

O CONTROLE DOS ATOS INTERNACIONAIS PELO PODER LEGISLATIVO

(APONTAMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL)

Por J. M. OTHON SIDOU *

SUMÁRIO

1. O CLÁSSICO *TREATY-MAKING POWER*.—2. AMPLITUDE JURÍDICA DA EXPRESSÃO «TRATADO».—3. IMPUGNAÇÃO E EMENDA DO ATO *SUB SPES RATI*.—4. NEGATIVA DE HOMOLOGAÇÃO.—5. TRATADO «VERSUS» LEI.—6. ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA.

1. O CLÁSSICO *TREATY-MAKING POWER*

Formalizando-se nos tratados a vontade mais solene das relações entre Estados-nações, parece óbvio que qualquer deles e por qualquer denominação que se lhes aplique —convenção, acordo, ato internacional— precisa ser elaborado segundo os preceitos de cada parte, uma vez que a vontade contratual daí surgida irá integrar seu próprio Direito interno.

A obviedade desse princípio induz ser pacífico também que, se o direito de negociar os tratados é da competência do chefe de Estado, o de consentir, ou homologar, é tarefa do Poder Legislativo, visto como, se do ponto de vista internacional tais atos equivalem aos contratos do Direito privado, do ponto de vista interno eles convertem-se em lei, obrigando não só o poder público, mas também os jurisdicionados. Daí o consentimento aderir à independência do órgão legiferante.

Quer nos parecer que foi Petión quem, com precedência, lançou esses fundamentos, assentes em quase todos os modernos Estados, de controle dos atos internacionais pelo Poder legislativo. Intervindo nos debates da

* Professor Universitário. Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Assemblée Constituante de 1790, exclamava Petição: «Les traités de quelque nature qu'ils soient, d'alliance ou de commerce, ne sont autre chose que des lois de nation à nation... Or, s'il n'appartient pas au pouvoir exécutif de faire les lois le plus simples, comment pourrait-on lui donner le droit d'en conclure d'aussi importants?»¹.

Sob a égide das constituições-tipo, em que há separação de poderes, a feitura das leis é atribuída só ao Poder legislativo, não podendo impor-se com tal nome as oriundas doutro poder. «C'est une conséquence logique du principe: la législation appartient tout entière et exclusivement au pouvoir législatif», ajunta Esmein².

A doutrina começa, entretanto, a mostrar vacilações no delimitar da zona mista, em que o Poder executivo dá por feita a sua tarefa, abrindo vez ao Legislativo para que encete a sua, dentro da harmonia e independência que há de prevalecer entre ambos.

É nessa zona mista que se situam os atos de ratificação, o do chefe de Estado, dando empenho às gestões dos seus plenipotenciários e o do Poder Legislativo, aprovando o ato do Executivo, só com o que, nos regimes legalistas, está visto, o tratado tem força de lei.

O preceito —ensina Pontes de Miranda³— tem a consequência de limitar a representação do Presidente da República perante os outros Estados. É que, se internamente a representação do Estado pelo seu Chefe se pauta num comportamento limitado pela Carta de princípios, as restrições porventura havidas atuam também na órbita internacional, e assim carecem de eficácia, nessa órbita, os atos jurídicos levados a efeito com extralimitação de atribuições⁴.

Antes da aprovação da resolução definitiva, e uma vez que os tratados pressupõem um acordo de vontades, os poderes dos plenipotenciários não geram obrigação; o instrumento por eles assinado não passa de uma — *«promesse d'engagement»*.

Teoricamente —assenta Masquelin⁵— o consentimento legislativo pode ser considerado como simples medida de controle do Parlamento sobre os atos particularmente importantes do Executivo, assim como uma autorização habilitando o chefe de Estado a proceder à troca de ratificações, ou uma medida permitindo submeter definitivamente o Estado em

¹ A. ESMEIN, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 3.^a ed., p. 590, Larose, edit., Paris, 1903.

² ESMEIN, *eodem*.

³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, p. 66, Cohen, edit. Rio de Janeiro.

⁴ FRANZ VON LISZT, *Derecho Internacional Public*, Versão da 12.^a ed. alemã, p. 171, Gili, edit., Barcelona, 1929.

⁵ JEAN MASCHELIN, *Théorie élémentaire des traités internationaux*, p. 24, Bruylant, edit., Bruxelles, 1953.

fase das outras partes contratantes, formalidade destinada a introduzir a letra do ato internacional no direito interno.

Ocorre, entretanto, que o assentimento legislativo se encoraja de bem mais forte significação porque abarca não só o Direito interno, mas diz também com o Estado em função de sua soberania, dado que o Poder legislante é um dos três suportes da cúpula em que se sedia a soberania estatal. Assim, a decisão legislativa é norma para os jurisdicionados do Estado, internamente, e é preceito externo também, eis que expressada por um dos órgãos da soberania.

Paul Visscher⁶ exprime que a tendência propiciada pela prática internacional se inclina para tomar como fáctico o sistema sem embargo vigente nas Américas, segundo o qual o despreço às condições que, através de controle parlamentar, completam e aperfeiçoam o tratado, exime o Estado de qualquer obrigação no campo exterior. Na doutrina, é esse o princípio esposado por F. Dehousse, para quem —o defeito de assentimento, quando ele é imposto pela lei interna, deixa o ato internacional neutro, quer no campo doméstico do país, quer no exterior.

Previne Bry⁷ que, se o chefe de Estado ratifica o tratado antes que o Poder legislativo o sancione, nos casos em que a lei do país lhe reserva essa competência, diz-se que a ratificação é incompleta; o tratado, portanto, não é ainda executável e o soberano deve, em respeito ao Estado co-contratante, bem assim dando respeito à lei orgânica do seu país, abster-se de ratificar um ato antes de ter obtido a aprovação do mencionado poder.

A aceitação por válida da ratificação imperfeita, ou incompleta, é motivo também de divergências entre os mestres de ambas as doutrinas, a constitucional e a internacional. Alguns negam-lhe embargo, sob o pressuposto de que o Estado co-contratante deve conhecer as peculiaridades legais do país com que pactua; outros admitem-na, em respeito a que o chefe de Estado representa sempre a nação, nas relações internacionais, e assim deve ela, necessariamente, suportar as conseqüências das omissões ou ações extra-legais dos seus governantes.

Tem prevalecido, todavia, que as condições de ratificação decorrem das diretivas internas, conseqüentemente, que os tratados não são obrigatórios, senão depois de completamente ratificados pelo Estado contratante, ainda que cláusula assim expressa não se configure nos poderes dos gestores nem se explicita no texto do tratado, e que só excepcionalmente, e nos casos de urgência comprovada, pode o chefe de Estado, *ad referendum* do Poder Legislativo, autorizar os plenipotenciários ao ajuste de atos e a sua execução imediata. Àquela condição fazem referência expressa o art. 5º da Con-

⁶ PAUL DE VISSCHER, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruylant, edit., Bruxelles, 1943.

⁷ GEORGES BRY, *Précis élémentaire de Droit International Public*, 7.ª ed., p. 415, Lib. Recueil-Sirey, Paris, 1910.

venção de Havana, de 1928, e o art. 16 do princípio confirmado pela Corte Permanente de Justiça Internacional; e da última, é exemplo a convenção concluída em Londres em 15 de julho de 1840, tendo em vista a pacificação do Levante.

Spiropoulos⁸ oferece explicação cabal para a matéria: «Au point de vue juridique, la ratification représente une déclaration unilatérale adressée au co-contractant qui, pour que le traité devienne obligatoire, doit procéder également de son côté à la ratification. Mais, si la ratification constitue, em général, une condition indispensable pour la validité du traité, il n'y a pas, d'autre part, pour le chef de l'État, d'obligation de ratifier. Et il convient d'ajouter que le refus de ratifier n'est pas envisagé comme un acte peu amical».

Os negociadores que concertam o tratado nos limites de suas atribuições não comprometem definitivamente o Estado. Não se discute mais hoje —já ponderava Despagnet⁹— como se fazia outrora, sobre saber se o mandatário, assim agindo nos limites de seu mandato, obrigaria o chefe de Estado seu mandante e decorrentemente o Estado mesmo, conforme os princípios de Direito civil. E acrescenta: os interesses em jogo são deveras consideráveis para que se possa admitir uma delegação absoluta de poderes do Estado a funcionários seus, por mais categorizados que sejam.

Antes que a ratificação se verifique não há a obrigatoriedade, para as partes pactuantes, de cumprir o pactuado, eis que, preleciona Foignet¹⁰ —«c'est seulement par la ratification que l'Etat est engagé; jusque— là il n'y a pas encore de traité obligatoire, ou, pour mieux dire, il n'y a pas encore de traité proprement parler, mais um *projet de traité*».

A conclusão de um tratado compreende, pois, três fases: o credenciamento, ou seja, a investidura na capacidade para negociar obrigando o Estado; a redação, ou forma escrita formalizadora da vontade pactual; e a ratificação, completada essa por uma tramitação complexa, só ao fim da qual se dá a troca (ou depósito, nos pactos multilaterais) do instrumento ratificado, a promulgação e a publicação. Inconclusos esses, não passa o ajustado de letra morta. É a todo esse complexo que o direito internacional dá a denominação de *treaty-making power*, em tradução livre, poder de elaborar tratado.

⁸ JEAN SPIROPOULOS, *Traité théorique et pratique de Droit International Public*, p. 238, Lib. Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1935.

⁹ FRANZ DESPAGNET, *Cours de Droit International Public*, 3.^a ed., p. 533, Paris, 1905.

¹⁰ RENÉ FOIGNET, *Manuel élémentaire de Droit International Public*, 15.^a ed., p. 418, Rousseau, edit., Paris, 1932.

2. AMPLITUDE JURÍDICA DA EXPRESSÃO «TRATADO»

Antes do mais, convém esclarecer uma dúvida suscitada pelo uso frequente das expressões «tratado», «convenção», «acordos internacionais». Seriam denominações específicas? Envolveriam maior ou menor potencialidade obrigacional uma sobre outras? O rito seria idêntico?

Peremptoriamente, não, quanto às duas primeiras indagações. A obrigação assumida por um Estado é uniforme; não obedece a escala potencial. Com respeito à última, operou-se, de fato, uma mutação no curso do Direito internacional moderno. O rito já experimenta tendência modificativa, e isto iremos observar a seu tempo.

Por enquanto, é preciso aclarar que a palavra «tratado» é genérica e corresponde a todo ajuste concluído entre Estados, dois ou muitos, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, tal como é a definição para qualquer ato jurídico lícito. Clara é a Convenção de Viena sobre tratados, em seu art. 2(1ª,a): — «Tratado significa um ato internacional celebrado entre Estados (...), qualquer que seja sua denominação».

Spiropoulos, em sua obra citada, ensina que só quanto ao conteúdo exigem diversa classificação os tratados-contratos (quando visem a um direito substantivo) e os tratados-leis (quando sejam preparados para a fixação de regras).

Se se desejar ser mais minudente, pode-se, entretanto, distinguir os tratados como acordos mais importantes pelo seu objetivo, ou pela veracidade de pontos que enfoquem, das convenções, mais adequadas às questões especiais ou cercadas de caráter mais econômico ou jurídico do que político, assim as de comércio e navegação, etc.¹¹

Emprega-se tratado ou convenção —preleciona ainda Spiropoulos— certamente porque o conceito de tratado político (*Staatsvertrag*) se revela como uma idéia insuficiente para a técnica jurídica. Não existe um termo definitivo nos idiomas. Os dicionários traduzem essa idéia por *traité*, *convention* ou *accord*, em inglês *treaty and convention*, em alemão *Voelkerrechtlicher Vertrag* e *internationaler Vertrag*¹².

Moore, John Basset — citado por Accioly¹³—, distingue acordo e tratado, dando àqueles a acepção de prática constante entre governos, com maior ou menor formalidade, sem a qual os negócios diplomáticos correntes não poderiam ser levados avante.

¹¹ Th. FUNKE BRENTANO et ALBERT SOREL, *Précis de Droit des Gens*, 3.ª ed., p. 105, Despaget, *op. cit.*, p. 528.

¹² SPIROPOULOS, *op. cit.*, p. 137 et seq.

¹³ HILDEBRANDO ACCIOLY, «A conclusão dos atos internacionais no Brasil», in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. de 1953, p. 63.

Não existe, com efeito, uma regra para estabelecer a diferença, a não ser a apontada pelo mestre de Salónica. E daí resulta que há atos internacionais que bem poderiam ser postos a lume como «protocolo» e adotam o título de «convenção», do mesmo modo como há atos de bem maior potencialidade aplicativa, titulados de «protocolos», como é o caso do recente, de Kioto, sobre o meio ambiente.

Os textos constitucionais brasileiros empregavam a locução «tratados e convenções», pretendendo designar todos os acertos internacionais de que o País participava e participa, e assim o faziam em respeito a que as duas palavras constituem a mais solene forma das relações jurídicas entre Estados, na expressão de Georges Bry¹⁴.

Desviando-se corretamente, a Carta de 1967 se exprimia apenas pelo termo «tratado», mas a sua chamada Emenda nº 1, na verdade uma Carta sucedânea, emendou-a, voltando à expressão dúplice. Provindo donde proveio, é difícil detectar na emenda qualquer traço de cientismo.

Já a vigente Constituição, decerto encarreirada para os novos rumos da conclusão simplificada dos acordos internacionais, ampliou a linguagem no art. 49(1), ao atribuir competência exclusiva ao Congresso para «resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional».

3. IMPUGNAÇÃO E EMENDA DE ATO *SUB SPES RATI*

O sistema constitucional pátrio tem-se mantido no reservar ao chefe de Estado a iniciativa e direção da política exterior.

Não existe acentuada diferença de sentido se cotejarmos a Constituição do Império, de 1824, e as da República, em suas diferentes versões. Aquela atribui ao imperador (art. 102, VIII) «fazer tratados (...), levando-os, depois de concluídos, ao conhecimento da Assembléia Geral, quando o interesse e a segurança do Estado o permitirem». (*Rectius*: aconselharem, ou impuserem).

Tratados, portanto, havia, por sua natureza, escapes à apreciação, melhor, ao conhecimento do Poder Legislativo na condição *sub spes rati*, visto como acrescentava o mandamento constitucional: «Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessão a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela Assembléia Geral».

A partir da República, as Cartas políticas mantiveram o natural privilégio do chefe de Estado para a condução da política externa, mas sempre *ad referendum* do Congresso Nacional, tal como se configura nos arts. 14 e 15 da Constituição de 1891.

¹⁴ BRY, *op. cit.*, p. 405.

A Carta de 1934 não se afastava da anterior, inclusive empregando o adverbial «definitivamente» para a resolução pelo Congresso, um dos pontos de discórdia na exegese da matéria que nos ocupa.

O estatuto que se lhe seguiu, de 1946, reforçou, mediante radical inovação, o princípio de controle dos atos internacionais pelo Poder Legislativo, ao estatuir no art. 71 que —«Considera-se com a votação final encerrada a elaboração das leis (de resolução definitiva do ato internacional), que será promulgado pelo presidente do Senado Federal».

A vigente Constituição, de 1988, no art. 49(1), deu novo rumo ao controle legislativo, restringindo a resolução definitiva aos tratados, acordos ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Críticas, injustas queremos nós, não têm faltado, ontem e hoje, para a expressão «resolver *definitivamente*». Aponta-se uma antinomia entre o que dispõe o art. 84(VIII) quanto à competência *privativa* do Presidente da República e a competência *exclusiva* do Congresso Nacional.

Ora, o tratado, como contrato de Estado, segundo Bry, e, por esse motivo, devendo perfazer-se como lei, é um ato só, complexo como aqueles cuja eficácia só é plena quando colaboram dois ou mais poderes para a sua ratificação. Exemplos desses atos complexos, na técnica brasileira, são certas leis financeiras que, de iniciativa do Poder Executivo, são aprovadas pelo Congresso, e a declaração de inconstitucionalidade de lei, que, assim julgada pelo Supremo Tribunal Federal, só se completa, para efeito *erga omnes*, depois de pronunciamento do Senado.

A «resolução definitiva» pedida pelo legislador constituinte tem redação, ao nosso sentir, feliz: não se trata de uma «ratificação», que essa, como já observamos, constitui a última etapa para a vigência do tratado. Assim, vale por aprovação e autorização de um ato, sem as quais o Poder Executivo não o pode fazer executar.

Todavia, sem dar maior realce à sutileza, os praxistas cuidam que todos os trâmites para pôr o tratado em condições de executabilidade, depois de concluído pelos plenipotenciários, são atos de ratificação, e a classificam em *completa e incompleta*, conforme obtenha, ou não, o apoio legislativo. Este o ensinamento de Bry¹⁵: «Si le chef de l'État ratifie le traité, avant que les Chambres ne l'aient sanctionné, dans le cas où la loi constitutionnelle du pays leur réserve ece pouvoir, on dit qu'il y a *ratification incomplète*».

Obstinam-se os críticos na arraigada opinião de que a ingerência legislativa se circunscreve à vida interna do País, à lei para aplicabilidade interior, ou doméstica, dando assim um caráter demasiado extenso ao imperativo do art. 84(VIII), citado, de competência do Presidente da República.

¹⁵ BRY, *op. cit.*, p. 415.

Ao nosso juízo, a missão do Congresso no controle dos atos internacionais não é colaboradora, e sim policiadora e referendadora. Ele referenda, e referendar é examinar um ato já completado, no sentido de, aprovando-o, passar a participar com responsabilidade na consecução desse ato.

4. NEGATIVA DE HOMOLOGAÇÃO

Duas situações diversas da simples resolução afirmativa são factíveis de ocorrer em razão do controle dos atos internacionais pelo Poder Legislativo.

Uma não comporta dúvida, mas apenas simples considerações: a negativa do referendo pelo Congresso; outra, a possibilidade de emenda ao texto submetido a seu crivo, essa ensejadora de mais ampla cogitação.

Vejamus a negativa de homologação.

Em meio à dinamização de um Estado, não há setor que careça ater-se mais às regras de tradição do que o diplomático, por ser o responsável pelo trato com outros Estados. As leis Internas são muito mais permeáveis às mutações bruscas, aos imperativos de ocasião, por obrigarem indivíduos interligados por aspirações e idiosincrasias homogêneas, do que as leis para efeito internacional, destinadas a aplicar-se coordenando interesses multifários, de conveniências quase sempre heterogêneas.

É exatamente a tradição que firma no conceito universal a personalidade das nações. Sem ela, dificilmente um povo imprimirá confiança aos de diversa nacionalidade.

Dai o afirmar-se que a recusa de ratificação não pode ser considerada como uma violação de Direito¹⁶, ao passo que a recusa de cumprimento após o ato completo e acabado, vale por uma violação, com a sua corte de implicações.

Por isso mesmo é que os pactos concertados pelos plenipotenciários, incluídos em protocolos e firmados devidamente, não têm força obrigatória na ordem internacional, senão depois de formalmente aprovados ou ratificados na inteira seqüência das normas institucionais do país pactuante. São expectativas de leis, nada mais. Em conseqüência —ensina Liszt¹⁷— a não aprovação não vale por um ato contrário ao direito internacional nem sequer pode ser acimado de pouco amistoso.

Memora o Mestre de Berlim que o Senado dos Estados Unidos se nega, com relativa freqüência, à ratificação de atos internacionais concluídos pelo Poder Executivo.

No campo do direito legal, significativo, neste ponto, é a posição tomada pela Convenção sobre Tratados, concluída em Havana, 1928, cujo art.

¹⁶ BRY, *op. cit.*, p. 416.

¹⁷ LISZT, *op. cit.*, p. 228.

7º estabelece: «A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional».

A Convenção, acabada de citar, dispõe em seu art. 6º que «a ratificação deve ser dada sem condições e abranger todo o tratado», ressalvadas as reservas. A similar de Viena, de bem maior espectro aplicativo, silencia a respeito, limitando-se a disciplinar ditas reservas.

Os mestres da matéria, dentre os quais avulta Bry¹⁸ tanto por nós evocado, manifestam-se contra o poder do Legislativo para emendá-los.

Despagnet¹⁹ ensina que «em princípio a ratificação deve ser integral e sem modificações».

Pontes de Miranda²⁰, dentre os pátrios, explana que o exame, de regra, é para se aprovar, ou não. Se o Poder Legislativo sugere alterações, o Presidente da República deve interpretar que o tratado não conseguiu aprovação, e entabulará, ou não, a seu juízo, as negociações, a menos que os próprios tratados prevejam a possibilidade de aprovação com *reservas*, como a Convenção de Berna, revista em Berlim (1908), para a proteção das obras literárias e artísticas.

C. Maximiliano²¹ também considera que não pode o Congresso emendar a convenção internacional. Palavras suas: «Trata-se de um contrato bilateral concluído pelo Presidente, que, no Brasil, não está obrigado, como nos Estados Unidos, a ouvir conselhos, a opinião prévia do Senado (*advince and consent*)». Mas Maximiliano tempera a rijeza de sua lição, ao admitir que o texto constitucional brasileiro não se opõe a que, em vez de rejeitar pura e simplesmente, o Congresso sugira modificações que, levadas ao plenipotenciário estrangeiro e por ele aceitas, determinariam uma aprovação definitiva. E exemplifica: nos Estados Unidos, a Câmara dos Deputados não tem voto no assunto, mas pode lembrar ao Executivo a conveniência de negociar um tratado em determinado sentido. Cabe ao chefe de Estado aceitar ou recusar o alvitre.

Não é outra a opinião de Pederneiras²², dado que, no seguimento do seu raciocínio, não pode a ratificação penetrar no mérito ou na forma intrínseca, para alterar ou modificar o conteúdo dos tratados. O Senado dos Estados Unidos —ajunta— estabelece o sistema de aprovar e introduzir emendas, o que conduz a novo trabalho de negociações, pelo menos em atos adicionais, constituindo, assim um entrave à boa organização dos convênios.

¹⁸ BRY, *op. cit.*, p. 416.

¹⁹ DESPAGNET, *op. cit.*, p. 534.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. e loc. cit.*

²¹ CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 4.ª ed., vol. II, p. 146, Rio de Janeiro, 1948.

²² RAUL PEDENEIRAS, *Direito Internacional comparado*, 5.ª ed., p. 215, Rio de Janeiro, 1936.

A Sociedade Brasileira de Direito Internacional, em sessão de 24 de julho de 1953, tomou orientação sobre o importante tema, concluindo que — «Ao Congresso Nacional não cabe, *ex-vi* do texto constitucional, a faculdade de modificar o conteúdo do ato internacional, mas resolver definitivamente sobre a aprovação ou rejeição do mesmo, e sua decisão é, *de fato*, definitiva, por isso que o terceiro Poder da República, o Judiciário, não goza de competência para interferir em atos cuja elaboração cabe privativamente ao Executivo e a respeito dos quais compete, exclusivamente, ao Legislativo resolver definitivamente; como ao Presidente da República não assiste, na matéria, o direito de veto».

Na palavra de Clóvis Bevilacqua²³ o Congresso aprova ou rejeita o tratado; não lhe cabe o direito de emendá-lo ou aprová-lo somente em parte. E não cabe ao chefe de Estado insurgir-se contra uma rejeição da espécie, porque ela não chega a sua esfera de atuação, exaurindo-se no decreto legislativo emitido pelo Senado».

Para fixar atitude, estamos com o ponto de vista expendido no Senado por reputado jurista²⁴: ao Poder Legislativo cabe o direito de rejeitar o acordo ou de lhe sustar o processo de andamento, informando, se assim o julgar oportuno, o Poder Executivo dos motivos que o levaram a adotar qualquer dessas atitudes. O Poder Legislativo teria, assim, a oportunidade de expor ao Executivo as razões e os fundamentos que julgar procedentes para a defesa ou sustentação dos dispositivos impugnados.

Essa orientação é a mais racional e, sobretudo, a mais produtiva. Não se pode, com efeito, silenciar a manifestação de um Poder de Estado, impondo-lhe uma confinada afirmativa ou uma negativa. O Poder Legislativo tem direito, que a Constituição lhe não nega, antes implicitamente lhe assegura, de colaborar e de dizer sua soberana vontade.

Pacífico, portanto, é o entendimento de que o Poder Legislativo não tem competência para modificar um tratado submetido a sua aprovação, mas por ser definitiva essa aprovação, a recíproca, a desaprovação, é também definitiva, desarmando *in totum* o chefe de Estado de prosseguir em perseguição ao objetivo impugnado.

As reservas que possam ser tomadas a um tratado, quando esse as admitir, ou a aceitação parcial dos termos de um tratado (Convenção de Viena, arts. 19 e 17, respectivamente) são formuladas no ato de assinatura do instrumento, o que necessariamente precede a fase de aprovação legislativa.

O Brasil tem-se valido à larga do direito de «reserva», bastando lembrar que, ao aderir em 1966 à Convenção de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias, acautelou-se de treze dos vinte e três pontos facultados no Anexo correspondente; e à Convenção de Genebra sobre

²³ CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, 2.^a ed., vol. II, p. 18, Freitas Bastos, edit., Rio de Janeiro, 1939.

²⁴ Prof. Waldemar Pedrosa, Senador pelo Amazonas.

cheques reservou-se vinte e quatro dos trinta e um dispositivos ali constantes.

Importantíssimo instrumento de direito internacional, sem cujo recurso preciosos tratados teriam malogrado na própria articulação, as *reservas* desempenham duplo papel: ou autorizam que o texto convencional seja assimilado no todo e transite incólume para o Direito interno das partes, passando a coexistir com certos preceitos desse Direito, que permanecem em vigor apesar de inclinados por forma diversa; ou deixam a matéria do tratado em estado latente, a ser disciplinada por lei interna apenas quando o legislador achar conveniente trazê-la à aplicação doméstica.

5. TRATADO «VERSUS» LEI

O simplismo de todas essas conceituações quanto à participação do Poder Legislativo na tessitura dos ajustes externos, perde parte de seu pacífico entendimento quando o tema se encaminha, seja para a prevalência dos tratados internacionais sobre a lei interna, seja para distrair certos acordos do rol de atos de maior amplitude aplicativa, a fim de atender ao imperativo da dinâmica negocial dos tempos modernos.

Examinemos, por agora, a controvertida questão da precedência do tratado sobre a lei.

A Convenção sobre Direito dos Tratados é qualificadamente um tratado-lei. Concluída em Viena, em 1969, foi aprovada por 79 votos, inclusive do Brasil; um voto contrário, da França, e 19 abstenções. Entrou em vigor em 1980, depois do 35º depósito de ratificação ou adesão.

A Convenção se omite quanto à permissão de reserva a qualquer dispositivo de seu próprio texto, o que significa a ratificação só prevalece se completa, cobrindo os seus oitenta e cinco artigos, tanto pelos países signatários de origem, quanto pelos que a aderir vierem.

Desde 1992, esse importante diploma se encontra na dependência da «resolução definitiva» do Congresso Nacional, obstaculizada por dispositivos alegadamente conflitantes com o Direito pátrio. Um deles de menor monta, o art. 25, relaciona-se com a aplicação provisória dos tratados, exatamente infenso ao preceito inexcetuado do art. 49(I) constitucional; o outro, o art. 66, versa sobre o procedimento para a solução judiciária, arbitramento (*sic*) e conciliação, ou seja, a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça. O Brasil adota o princípio da arbitragem, mas impugna a arbitragem impositiva.

No País, vale dizer, não estão ainda em vigor, *ex iure*, as regras convencionais de Genebra, porém significativa é a palavra do professor e diplomata Cachapuz de Medeiros²⁵, dita em conferência internacional em

²⁵ ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, «O Brasil e os novos desafios do Direito dos

Belo Horizonte: «Devido à importância que possui, a Convenção de Viena ultrapassa o limite de obrigatoriedade restrita, aplicável aos Estados parte, para influir, *lato sensu*, sobre todos os tratados celebrados após o sua entrada em vigor».

Respeitante à controvérsia sobre o que deva prevalecer, se o tratado em face de lei interna ou essa sobre aquele, dentro das regras de Direito internacional, a Convenção é explícita:

«Art. 27 — *Direito interno e observância de tratados*. Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado».

É regra de direito internacional, portanto, que o tratado tem primazia aplicativa sobre a lei interna, dentro do seguinte quadro de incompatibilidade: *a)* a lei posterior não derroga preceito de tratado existente; *b)* o tratado derroga a lei anterior.

Essa regra vem sendo acolhida nas Cartas políticas mais modernas, mesmo anteriores à Convenção de Viena, o que significa, ela não a criou e sim absorveu-a da prática internacional.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, depois de assentar no § 25 que «as regras de Direito internacional são parte integrante do Direito federal», frisa que «elas têm primazia sobre as leis, e fazem nascer diretamente os direitos e as obrigações para os habitantes do território federal».

Taxativa é também a Constituição Francesa, de 1958, ao prescrever, no art. 55, que «Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis». Faz depender, entretanto, o princípio de igual preceito hierárquico pela outra parte. É o *facio ut facias*.

Por modo idêntico se conduz a Constituição Espanhola, de 1976, ao estatuir, no art. 96 (1), que as disposições de um tratado «somente poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional». Participante da Convenção de Viena, a Espanha, portanto, confere primazia ao tratado sobre a lei interna.

A mais nova do mundo democrático, a Constituição da Rússia, de 1993, recita com clareza no art. 13 que «as regras do tratado prevalecem sobre a lei».

Em nosso hemisfério, as Constituições de Costa Rica (1949), art. 7º, e da Argentina (atualizada até 1994), art. 75, item 24, asseguram que os tratados têm hierarquia superior às leis.

Tratados», *Conferência no I Congresso Internacional de Direito Internacional*, Belo Horizonte, 2002. (Cópia xerográfica).

Objeto de eruditas manifestações de seus juízes, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que na Constituição do Brasil não há dispositivo quanto à prevalência do tratado sobre a lei interna. E assim tem-se inclinado, não à revogação do tratado pela lei posterior com ele conflitante, sim por afastar de aplicação o instrumento internacional na parte conflituosa com a norma interna.

Em verdade, a desaplicação adotada vai às avessas com a Convenção, cujo art. 42 (2, parte final) estatui que «a suspensão de aplicação de um tratado» só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado em causa ou da dita Convenção.

Uma vez, porém, que a Convenção de Viena não está em vigor no Brasil, nada impede o emprego do artifício adotado pela Corte Suprema brasileira.

Note-se que não é a questão da hierarquia do tratado sobre a lei, radicalmente resolvida pela Convenção, que tem constituído o empecilho para sua ratificação por nosso País. A motivação é outra, como acima exposta; donde se poder adiantar que a adoção do art. 27 da Lei internacional não constituiria obstáculo à sua assimilação pelo Direito brasileiro.

6. ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA

Vimos, no curso deste despretençioso estudo, o oscilar maniqueísta da expressão constitucional «resolver definitivamente», ora aferrado ao absoluto controle legislativo sobre tudo quanto implique em compromisso tomado na política externa do País, ora tendente a que essa interferência se restringe àqueles atos que acarretarem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Ambas as posições são perniciosas. Uma a de controle absoluto, porque engessa a política exterior, ao arrepio da dinâmica da vida moderna, em face da morosa tramitação do referendo congressual. Temos em mão, obsequiosamente cedido pelo Senador Bernardo Cabral, que foi presidente da Comissão de Relações Exteriores do Senado, um rol de nutridas cento e trinta páginas, envolvendo pelo menos duzentos processos de atos dependentes da resolução do Congresso Nacional. Sua tramitação não se faz em menos de cinco anos, quando não permanecem paralisados por qualquer engenho burocrático.

A outra posição, de interferência legislativa restrita a encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio, é perniciosa também, porque cerceia a competência do Legislativo, enquanto dilata o poder do Executivo na condução da política externa.

O direito constitucional comparado mostra que o mundo contemporâneo exige dinamismo na condução do trato internacional, ao que não mais corresponde em sua rijesa o *treaty-making power*.

O pós-guerra de 1918, que se pode considerar o limiar do século XX, marcou profundas transformações no domínio das ciências e das artes. O encurtamento das distâncias entre os povos, propiciado pelo fato técnico comunicação e transporte, exigia, e obteve, a colaboração do Direito, e nesse ponto o direito dos tratados seria chamado a ocupar lugar saliente naquelas transformações. Considerou-se que a clássica investidura de poderes do Estado na elaboração dos acordos internacionais, durante tanto tempo prevalescente, já constituía elemento retardador de certos ajustes, de exigência econômica e social bem mais instantes.

Surgiu então, ainda na década dos 20, a prática de considerar os tratados por duplo aspecto: os dependentes no todo da participação dual de poderes, e os de logo chamados «acordos em forma simplificada», de conclusão apenas pelo Poder Executivo, na pessoa do chefe de Estado ou mesmo na de seus agentes credenciados ou organismos estatais capacitados.

Esses acordos se perfazem não mais seguindo as etapas consecutivas de credenciamento, assinatura e resolução, e sim sujeitos a um ato, em que a vontade de tratar está formalizada apenas na assinatura. Obviamente, o credenciamento não pode deixar de estar implícito, seja por antecipação, em face do cargo exercido pelo agente diplomático para negociar, seja *ad hoc*, quando atribuído a outra entidade apta para a negociação. O que desaparece, então, é o ato ratificatório pelo Poder Legislativo; daí a incisiva explicação emitida pelo Prof. Celso de Albuquerque Mello: «o que caracteriza os acordos em forma simplificada é o fato de não serem apreciados pelo Congresso».

Na definição de Paul Visscher²⁶, «são acordos concluídos em nome do Estado por órgãos distintos dos que são constitucionalmente investidos do *treaty-making power*, tais os ministros das Relações Exteriores e os chefes das grandes administrações».

O primeiro Estado a adotar o sistema simplificado de acordos internacionais foi a Áustria. Sua Constituição de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, passou a ditar no art. 50(1) que «todos os tratados políticos e os que modifiquem uma lei não são válidos antes de ratificação pelo Congresso Nacional». Mas, no art. 66(2) se lê que «o Presidente pode validamente autorizar o Governo Federal ou os membros competentes do Governo Federal a concluir certas categorias de tratados não previstos no art. 50».

A inovação austríaca de logo teve prosélitos, e as Cartas políticas, desde então, se encaminharam para admitir a forma simplificada dos ajustes internacionais. Assim, a Constituição da Irlanda (1937) previne que a regra de ratificação pelo *Dail Eirean* (Parlamento) «não se aplica aos acordos ou convenções de caráter técnico ou administrativo».

²⁶ VISSCHER, *op. cit.*, p. 126.

A Constituição Francesa enfileira um elenco de objetivos dos tratados que «não poderão ser ratificados ou aprovados a não ser em virtude de uma lei» (art. 51), e assim mantém a regra de resolução congressual de modo indireto: se está no dito elenco, é lei; se é lei, há de promanar do Congresso, e aí se opera a ratificação. Mas o art. 52, *in fine*, assenta que o presidente da República «será informado de todas as negociações que possam levar às conclusões de um acordo internacional não sujeito à ratificação». Aplica, portanto, a França o princípio da simplificação dos acordos em sua forma radical: ausência do Congresso e iniciativa do presidente da República; e ausência de ambos no processo de conclusão e resolução dos ajustes, assinados por agentes diplomáticos ou órgãos estatais competentes, do que é simplesmente informado o chefe de Estado.

A Carta Espanhola segue o sistema gaulês de especificações dos tratados, distinguindo os que estão, *ex lege*, sujeitos ao crivo parlamentar, daqueles que escapam a esse controle; mas o art. 94(2) exige: «O Congresso e o Senado serão informados da conclusão dos demais tratados e convênios».

Na mesma diretriz se pronunciam as mais recentes Constituições: Peru (1979), art. 104; Chile (1980), arts. 32(17°) e 50; Costa Rica, Portugal (revisão até 1989), art. 200(c); Hungria (1990), art. 30-A (1).

Exemplarmente claros são os preceitos das Cartas chilena e costarricense. Essa, menciona no art. 121 (4, *fine*) que «não requererão aprovação legislativa os protocolos de menor importância, derivados de tratados públicos ou convênios internacionais aprovados pela Assembléia, quando esses instrumentos autorizarem de modo expresse tal derivação». Por sua vez, o estatuto chileno dispõe no art. 50(1), que «as medidas que o Presidente da República adotar ou os acordos que celebrar para cumprimento de um tratado em vigor não requererão nova aprovação do Congresso, a menos que se trate de matérias próprias de lei».

Há Constituições que só indiretamente se inclinam para a conclusão simplificada dos atos internacionais. Estatuindo que «a ratificação e a denúncia de tratado internacional referentes a limites do Estado, alianças defensivas ou que onerem o Estado com encargos financeiros, ou alterem a legislação, requererão autorização por lei», a Polônia, art. 33 (2), adere, *a contrario sensu*, à simplificação dos acordos internacionais.

O mesmo é de dizer do Brasil, que nesse ponto modificou, a partir de 1988, como já examinado, a conduta por que se vinha pautando desde o primitivo estatuto republicano.

Se a pretensão foi enfileirar o critério dos acordos simplificados, com o afastamento do *treaty-making power*, e não outra deve ter sido sua intenção no restritivo, o legislador constituinte deu mostra pávida.

O método gizado pela Constituição brasileira deixa dúvidas. O Congresso só teria ingerência com relação aos atos gravosos ao patrimônio

nacional? Estariam imunes a essa ingerência os tratados-leis, como por exemplo, uma convenção sobre delitos ou sobre o estatuto das pessoas?

É das célebres doze regras de Pothier para a interpretação dos contratos (aqui, de plena aplicação aos tratados, tanto mais quanto matéria omissa na Convenção de Viena —Parte I, Seção III), precisamente a 12ª Regra, segundo o qual «o que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente».

Aplicada a lição ao nosso inciso constitucional, intui-se que encargo ou compromisso gravoso ao patrimônio nacional não se refere apenas aos acordos ou atos internacionais, excluídos os tratados, mas a todos os ajustes de que o Estado brasileiro seja parte com outro Estado ou organismo internacional.

Numa lei regulamentadora do art. 42, item I, da Constituição estará a porta aberta para uma tomada de posição clara que assegure o encaminhamento do Brasil aos novos métodos do relacionamento internacional.

Anteprojetos, que nem sequer começaram a tramitar nas Casas legislativas, e projetos de leis adormecidos em suas Comissões parlamentares não têm faltado para regulamentar tal dispositivo constitucional.

Quer-nos parecer, dentre todas as modalidades apontadas, que a mais adequada à simplificação dos acordos internacionais é a apresentada, não em projeto de lei, mas doutrinariamente, pelo professor e diplomata Cachapuz de Medeiros²⁷ em sua erudita conferência em Minas Gerais, e que, uma vez posta em lei, assim se resume:

- a) reiteração de que todos os tratados (especificamente considerados) são sujeitos ao referendo do Congresso Nacional;
- b) admissão de celebração de acordos em forma simplificada para os casos de execução, interpretação ou prorrogação daqueles já devidamente aprovados;
- c) admissão também quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de denúncia;
- d) imediata informação, após a celebração desses acordos, ao Congresso Nacional, que poderá rejeitá-los por meio de decreto legislativo, se não estiverem enquadrados nas alíneas b e c.

Seria esse o meio hábil de organizar a condução da política externa brasileira, respeitado o controle reservado com exclusividade ao Congresso Nacional pela Constituição.

²⁷ CACHAPUZ DE MEDEIROS, *loc. cit.*