

O Direito Internacional e o Poder Legislativo na condução da política externa

Janice de Carvalho Lima

Sumário

Considerações iniciais; 1. A Evolução do Direito Internacional; 1.1. A Sociedade Internacional: Características e Conceitos; 1.2. Descentralização das Sociedades Internacionais; 1.3. Diferenças entre Direito Interno e Direito Internacional; 1.4. Princípios Gerais; 1.5. As fontes do Direito Internacional; 1.6. Sujeitos do Direito Internacional: Os Estados Soberanos, as Organizações Internacionais e demais sujeitos Internacionais; 2. Tratados; 2.1. Origem; 2.2. Conceito; 2.3. Importância; 2.4. Elaboração dos tratados; 2.5. Condições de validade; 2.6. Classificação dos tratados; 2.7. Processo de formação; 2.8. O legislativo não ratifica tratado; 2.9. Aplicabilidade; 2.10. Pirâmide de leis Kelsiana; 2.11. Situação jurídica dos Tratados; 2.12. Conflitos Internos; 2.13. Separação versus distribuição do poder; 3. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Processo de formação dos Tratados; 3.1. Do Poder Executivo; 3.2. Do Poder Legislativo; 4. Conclusão;

Introdução

Não é de hoje que, mediante acordos, convênios e tratados, os países buscam cooperação mútua em diversas áreas da atividade humana. O Direito não poderia deixar de posicionar-se diante dessa realidade, a qual se convencionou chamar de globalização. É por esse motivo que o Direito Internacional Público vem adquirindo tamanha importância.

Diante de tal situação, embora não se repitam na ordem internacional as mesmas condições de coerção existentes na ordem

Janice de Carvalho Lima é aluna do Curso de Especialização em Direito Legislativo pela UNILEGIS.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

interna dos diferentes Estados, as relações entre eles, ou entre eles e nacionais de outros Estados, ou ainda entre nacionais de Estados diferentes, se processam segundo princípios e normas gerais que devem ser aceitos universalmente.

O novo sistema de Direito Internacional, que resultou da definição das fronteiras, foi baseado no equilíbrio de poder entre os Estados, ou, em outras palavras, entre as organizações responsáveis por uma ordem que mantenha os indivíduos em constante relação uns com os outros.

Após o clima de tensão oriundo da disputa militar e ideológica travada entre as superpotências Estados Unidos e União Soviética, as guerras étnicas e a consequente ascensão dos direitos humanos, a preocupação com o meio ambiente e um acelerado processo de globalização econômica iniciou-se a formação de um sentimento de solidariedade internacional.

Neste contexto, intensificou-se a cooperação entre as nações, como forma de promover o bem-estar mútuo e auferir ganhos recíprocos, embora ainda se trate de um processo que demandará um grande esforço internacional para que efetivamente se concretize. Mas, “a questão é de grande importância, sobretudo na época atual, quando as relações interestatais se intensifica” (MIRTÓ FRAGA, 1998, p.3).

É por tudo isto que o Direito Internacional Público deve ser entendido não como a Lei do mais forte, mas sim como um sistema planetário cada vez mais efetivo e necessário.

O presente estudo tratará dessa evolução pela qual tem passado o Direito Internacional Público, caracterizando a universalidade de seus princípios gerais, suas fontes, sujeitos entre outros. Além disso, será abordado o processo de aprovação dos tratados e suas fases regulares; a sua situação jurídica, definindo, para tanto, com que tipo de norma eles se equiparam; e, ainda, qual a medida que se deve adotar para a solução de um possível conflito com a legislação interna brasileira.

1. A Evolução do Direito Internacional

Durante a Idade Média, por força das necessidades do comércio, sobretudo o marítimo, os povos cristãos começaram a estabelecer regras que hoje são apontadas como as primeiras manifestações de um ordenamento internacional, porém, só no Renascimento, com a formação dos Estados modernos e o estabelecimento das relações diplomáticas, é que realmente passa existir o Direito Internacional Público (cf ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL, 1981, p.21-7).

O advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), conquanto haja sido extremamente prejudicial ao Direito Internacional, possibilitou, em seu termo, a criação das Nações Unidas, cuja Carta foi firmada em São Francisco (EUA), a 26 de junho de 1945 (MACEDO, 1997, p.33).

A partir de então, principalmente com a criação da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, em 1947, o Direito Internacional ingressou em nova era de desenvolvimento.

Como bem ressaltado por SILVIO DE MACEDO:

De lá a esta parte, sua atualização e os novos enfoques que passou a abordar foram constantes: guerra fria, guerra nuclear, o espaço ultraterrestre da lua e dos corpos celestes, os fundos e os subsolos dos leitos marinhos, mereceram tratados específicos pela comunidade internacional (1997, p. 37).

Mais recentemente, sua preocupação recaiu sobre questões de meio ambiente, direitos humanos, clima e biodiversidade, além de reforçar as preocupações já existentes acerca do trabalho da mulher e do menor e, também, sobre normas de comércio internacional.

Inúmeras entidades internacionais novas surgiram a partir de tais preocupações e passaram a atuar nesse cenário, como as Organizações Não Governamentais, as Or-

ganizações Regionais e Sub-Regionais, como a Comunidade Econômica Européia, o Mercosul, o Pacto Andino, a Liga Árabe, etc.

A concepção atual é no sentido de que o Estado já não é mais o único sujeito de Direito Internacional, havendo, mesmo, uma pluralidade de sujeitos atuando constantemente nas relações externas entre os países, embora se reconheça que, a despeito disso, os Estados Soberanos ainda constituem as entidades mais importantes desse relacionamento sem, no entanto, excluir as demais.

1.1. A Sociedade Internacional: Características e Conceitos

O que diferencia esse tipo de Organização (Sociedade Internacional) das demais é o fato de ser universal, paritária, de não possuir organização institucional com a sociedade interna e de ter um direito originário.

A Sociedade Internacional é constituída, em regra, por tratado, o qual criará a personalidade jurídica internacional, razão pela qual se pode prever nesse tratado, a superioridade deste sobre outros tratados (art. 103^a da Carta das Nações Unidas), bem como a superioridade dos atos praticados pelos órgãos, razão pela qual são tratados que proíbem a aposição de reservas ao tratado institutivo e a sua própria superioridade sobre os outros tratados celebrados pela Organização Internacional.

1.2. Descentralização das Sociedades Internacionais

Como bem afirmado por HANS Kelsen:

No plano internacional, verifica-se uma ausência de órgãos especialmente designados para a criação e aplicação de regras internacionalmente válidas, inexistindo uma autoridade central independente, com milícia permanente, caracterizando-se, a sociedade internacional, pela descentralização (1960, p. 201).

As relações interestatais, dessa forma, são reguladas pelos acordos negociados e firmados entre eles, bem como pelos costu-

mes e princípios gerais de direito internacional.

Contudo, ressalte-se que os tratados só representam um compromisso para as partes contratantes, de modo que não se pode responsabilizar um país pela violação de um acordo que não assinou. Como se vê, a responsabilização de um país é complicada, uma vez que os meios para puni-lo ainda são insuficientes.

Assim, nota-se que a inexistência de uma autoridade superior compromete a eficácia do direito internacional como um todo. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem tentado assumir este papel, embora a idéia ainda sofra muitas resistências.

Talvez a ascensão de temas considerados universais, como meio ambiente e direitos humanos, possa levar à consolidação de um sistema jurídico internacional.

1.3. Diferenças entre Direito Interno e Direito Internacional

Várias são as diferenças entre esses dois ramos do direito. Uma delas diz respeito à matéria objeto de estudo, haja vista o Direito Interno estar vinculado às normas que se aplicam aos assuntos de interesse interno (que não são do âmbito Internacional), enquanto que o outro trata de questões universais, que envolvem várias nações.

Mas são as fontes que vão distinguir o direito interno do direito internacional público, pois enquanto que o primeiro é, via de regra, de criação unilateral (lei), o segundo é de criação bilateral, ou seja, se dá por meio de Tratados e Convenções.

1.3.1. Do Direito Interno

O objeto material do direito interno, ou seja, a matéria a que ele se reporta, é a vida social dos indivíduos, ou, em outras palavras, pode-se dizer que ele vai estudar as relações dos homens que compõem uma determinada sociedade.

A partir desse estudo, serão criadas, pela própria sociedade, ou pelos seus órgãos representativos, regras comuns que irão re-

gulamentar o convívio dos indivíduos no meio social. O conjunto de tais regras irá formar o direito positivo (interno) daquela sociedade.

HANS Kelsen define direito (interno) nos seguintes termos: “o direito se constitui primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram”(1989, p. 189).

O direito interno, portanto, reflete os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro da textura de determinanda coletividade, os quais podem variar de sociedade para sociedade. Entre as suas principais características destaca-se o fato de que, além do Estado, o homem também aparece como sujeito de direito, as normas jurídicas externas são a expressão da vontade estatal, a sua estrutura se baseia na subordinação, entre outras.

1.3.2. Do Direito Internacional Público

Deve-se conceituar o Direito Internacional Público como a disciplina jurídica que estuda o complexo normativo das relações de direito público externo.

As relações interestatais não constituem, contudo, o único objeto do Direito Internacional Público: além dos Estados, pode-se citar as coletividades criadas artificialmente pelos próprios Estados, como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e outros.

Entre as suas características, destaca-se o fato de que a fonte das normas jurídicas advém da vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados e tacitamente no costume internacional, extrapolando a vontade de uma única sociedade.

Além disso, a estrutura das ordens jurídicas desse ramo do direito está baseada na relação de coordenação e cooperação entre os países e não mais na de subordinação (Estado-indivíduo), como ocorre no direito interno.

1.3.3. O Moderno Direito Internacional

Dada a fluidez e a peculiaridade das normas jurídicas que regem as relações internacionais, são numerosas as teorias voltadas para caracterizar o fundamento em que se estriba esse ramo do direito público e ao qual se deva atribuir sua existência.

Procurou-se sua razão de ser no próprio direito natural, seja de origem divina, seja como concepção filosófica; ou então no simples consentimento dos Estados soberanos, na imposição dos mais poderosos ou no interesse da própria convivência dos povos.

Modernamente têm curso, no campo do Direito Internacional Público, teorias que, se no fundo não diferem muito das do passado, lhe dão, contudo, nova feição. Assim, para os partidários da renovada doutrina do direito natural - que procuram, já agora, construí-la sobre dados da própria realidade social - o ordenamento jurídico internacional, tal como o interno, repousaria no dever moral de reparar as lesões injustificadas, e no respeito ao compromisso livremente assumido.

Esses princípios, que não estariam sujeitos à vontade arbitrária dos Estados, se firmariam na idéia de justiça inerente à razão humana. Outros, apoiados na velha regra de que os tratados devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), limitam, nessa idéia, o fundamento do Direito Internacional Público.

Mas não só as obrigações internacionais tendem a se estender além dos limites do simplesmente ajustado entre Estados soberanos, como atrás de tal regra o que se impõe é um princípio ético de justiça internacional, acima da vontade coletiva.

Outros ainda, como o jurista francês *Léon Duguit*, fundam a validade da ordem internacional não na vontade dos Estados, mas no princípio da solidariedade, sem a qual não sobreviveria a própria comunidade humana.

1.4. Princípios Gerais

Os princípios gerais têm assumido uma importância cada vez maior nas relações

internacionais contemporâneas. Em razão da ausência de um órgão supranacional capaz de efetivamente obrigar os países a cumprirem os pactos firmados, tais princípios surgem como a principal referência da atuação internacional de um Estado, uma vez que o desrespeito aos mesmos compromete sua imagem e credibilidade junto à comunidade internacional.

Segundo MARIA HELENA DINIZ:

Os princípios gerais de direito são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imaneente ao ordenamento jurídico. São reconhecidos pelas nações civilizadas como um substrato comum a todos os povos, indistintamente (1997, p. 71-2).

Além disso, uma vez que o Direito Internacional rege o relacionamento entre diversos Estados, a observância de determinados princípios é indispensável para que um país não interfira na soberania do outro.

Entre os princípios basilares do Direito Internacional, os quais deverão, sempre, ser observados, pode-se citar o Princípio De Respeito Pela Integridade Territorial e Pela Soberania dos Estados; Princípio da Não Agressão; Princípio da Não Ingerência em Assuntos Internos; Igualdade de Benefícios entre os Estados; Princípio da Coexistência Pacífica e Princípio do Ônus da Prova.

1.4.1. Aplicabilidade dos Princípios no Brasil

O Brasil, atualmente, tem assumido uma presença cada vez maior nos fóruns de debates internacionais, nos quais seus representantes têm sempre defendido o respeito aos princípios gerais de direito como forma de alcançar a harmonia e o bem-estar de toda a sociedade internacional.

Na prática, o Brasil tem norteado sua atuação no plano internacional através desses princípios, sendo hoje reconhecido externamente como um país que se compromete com a defesa dos mesmos, motivo pelo qual o então Ministro de Estado das Relações Exteriores, CELSO LAFER, referiu-se ao

Brasil como “país que reconhece o multilateralismo como princípio ordenador da convivência entre Estados” (Correio Braziliense, 2002).

Vale lembrar que, embora estejam elencados alguns princípios gerais no art. 4º da CF/88, a legislação brasileira não é taxativa quanto ao alcance desses princípios. Em alguns dispositivos, a Constituição Federal faz expressa referência à possibilidade da aplicação de outros princípios, além das hipóteses previstas, como no art. 5º, § 2º, *verbis*: “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”.

1.5. As Fontes do Direito Internacional

O sentido jurídico da palavra fonte não difere daquele que lhe é atribuído cotidianamente. Sendo assim, fonte é sinônimo de nascente, origem, causa.

As fontes do direito representam o modo de criação e revelação das normas jurídicas, podendo distinguir-se entre fontes formais (processo como a norma é criada ou revelada) *versus* fontes materiais (razões substantivas que levam à formação de uma norma).

Ainda que controverso o caráter cogente do direito internacional, a verdade é que a Comunidade Internacional carece de um instrumento com valor universal que determine quais são as fontes de direito internacional.

Na lacuna da universalidade, no entanto, vigora um texto de natureza para-universal, de grande importância em função do número de Estados que a ele aderiram: o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que elenca em seu artigo 38 algumas das fontes do direito internacional, as quais são denominadas de fontes formais como será visto a seguir.

1.5.1. Das Espécies de Fontes

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, elenca, exemplificativamente, em seu artigo 38 as fontes do direito internacional:

Art. 38 – I) A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhes forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito;

c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Parte da doutrina não inclui como fonte subsidiária de direito internacional a jurisprudência, a doutrina nem a equidade. Defendem que as duas primeiras são simples meios auxiliares para determinação de regras de direito, caso semelhante ao da equidade, que em sua tripla função – corretiva, supletiva e supressora – mais se assemelha a uma forma de solução de litígio (cf. ROSSEAU, 1970, p. 72).

De modo geral, estas fórmulas de solução de litígios não podem ser consideradas fontes de direito, nem subsidiárias nem indiretas, pois faltam-lhes a principal características de uma fonte: a autonomia de criação do direito.

1.6. Sujeitos do Direito Internacional: os Estados Soberanos, as Organizações Internacionais e Demais Sujeitos Internacionais

Além dos Estados, cuja personalidade jurídica internacional resulta do reconhecimento pelos demais Estados, outras entidades são modernamente admitidas como pessoas internacionais, ou seja, como capazes de ter direitos e assumir obrigações na ordem internacional.

Tais pessoas, ou são coletividades, criadas artificialmente pelos próprios Estados – o que lhes empresta um reconhecimento implícito – como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e entidades congêneres, ou são de criação particular, como a Cruz Vermelha Internacional, a Ordem de Malta e outras associações reconhecidas, de âmbito internacional.

Alguns tratadistas reconhecem, no próprio indivíduo, personalidade jurídica internacional, vale dizer, capacidade para ser sujeito de direitos e obrigações internacionais, em determinadas situações.

Entre estas situações, cite-se a do proprietário do navio ou da carga, perante o tribunal de presas; as relações entre o pirata e o Estado que o persiga; as condições de imunidade do agente diplomático; e a situação dos apátridas (cf. ACCIOLY e EULÁLIO, 1998, p. 18).

Há, no entanto, um entendimento minoritário na doutrina que não atribui às pessoas a qualidade de sujeitos de Direito Internacional, ao argumento de que, tal como a fauna e a flora, os indivíduos são protegidos por inúmeras normas internacionais mas, nem por isso, e aí sua atuação se diferencia daqueles dos Estados e das organizações, envolvem-se, à título próprio, na formulação das normas internacionais e nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas (cf. FRANCISCO REZEK, 1998, p. 156).

Há, ainda, casos especiais de personalidade internacional de fato, como o das comunidades beligerantes, reconhecidas como tais, cuja atuação incide no âmbito do Direito Internacional Público.

2. Tratados

No sistema jurídico brasileiro, o tratado, regularmente concluído, é uma fonte de direito, expressamente prevista na Constituição Federal, produzida com a colaboração externa, ao lado de outras, emanadas apenas de órgãos internos.

Advertem ACCIOLY e EULÁLIO que: “O direito das Organizações Internacionais somente foi reconhecido com a complementação dada pela Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986”. (1998, p. 23)

Dada a sua importância, os tratados, após a sua vigência, produzem alguns efeitos tais como o da obrigação de cumprimento, conforme o que fora convencionado, observando o princípio da boa-fé e *pacta sunt servanda* (art. 26º da CV) que é uma norma de *ius cogens* e que tem caráter imperativo (art. 27º, com as exceções do art. 46º da CV).

Outro efeito interessante seria quanto à sua aplicação temporal e territorial só para o futuro, ressalvados os casos em que as partes houverem convencionado de outra forma (art. 28º da CV). No que concerne à sua aplicação Territorial, o princípio geral é o da aplicação a todo o território do respectivo Estado, salvo se as partes houverem convencionado de outra forma (art. 29º da CV).

2.1. Origem

O tratado é uma figura existente desde as civilizações mais remotas. Segundo FRANCISCO REZEK: “o primeiro registro de celebração de um tratado, foi o realizado entre *Hatusil III*, rei dos *Hititas* e *Ramsés II*, faraó egípcio da 19ª Dinastia, chegando, inclusive, a instituir regras de extradição” (1996, p. 82).

O autor GERSON DE BRITTO MELLO BÓSON (2000, p. 41), entretanto, ventila a possibilidade de considerar como sendo o primeiro tratado realizado ao berço das civilizações clássicas, o escrito num monumento de pedra, em idioma sumérico, encontrado na região da Mesopotâmia, estabelecendo, por volta de 3.100 a.C., inviolabilidade de fronteiras entre a Cidade-Estado de *Lagash* e a de *Umma*.

2.2. Conceito

A Convenção de Viena de 1969 definiu tratados como sendo um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e

regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação escrita (Art. 2 a).

Para FRANCISCO REZEK, “tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (1998, p. 14).

2.3. Importância

Na celeuma doutrinária sobre fontes formais e materiais revela-se a importância de duas fontes de direito internacional – os costumes e os tratados – sobre as quais se desenvolveu toda a teoria das fontes de direito internacional.

Embora inexista hierarquia, uma ordem taxativa de aplicação de uma fonte sobre outra, deve-se considerar uma e outra fonte de maior relevância que as demais para a solução de litígios, vértice máximo da declaração normativa de um direito: um documento escrito firmado entre as partes tem um grande valor para a interpretação da relação jurídica estabelecida entre elas.

Esta prática escrita para fixação de direitos e obrigações, que ao longo dos anos ganhou espaço sobre o direito consuetudinário, teve seu reconhecimento no artigo 7º da Convenção XII de Haia de 1907, na qual se declarou os tratados como fonte mais importante de direito internacional. Além disso, vale lembrar que é por intermédio dos tratados que se encontra o consenso expresso dos sujeitos de direito internacional.

2.4. Elaboração dos Tratados

Embora o Presidente da República seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar negociações, como de ratificar o ato internacional já concluído, a interveniência do Poder Legislativo, no processo de elaboração dos tratados, sob a forma de aprovação congressional é, via de regra, necessária, pois, sem a participação destes dois Poderes, a realização do ato não se completa.

Cabe, portanto, ao Poder Executivo presidir a política externa e, ao Legislativo, cumprir o controle dos atos executivos.

2.5. Condições de Validade

Como exposto anteriormente, no direito brasileiro, a simples aprovação do legislativo não é capaz de gerar norma interna ou de transformar o tratado em direito interno, pois consiste apenas em uma etapa do processo de conclusão dos mesmos. Sendo assim, para que um tratado tenha validade no ordenamento jurídico vigente, é necessária a participação tanto do Poder Executivo como a do Poder Legislativo.

As condições de fundo para a validade dos tratados, no seu processo de elaboração, resumem-se aos seguintes elementos: Capacidade dos Sujeitos (partes), concedida aos Estados Soberanos, organizações sociais, aos beligerantes, à Santa Sé, e outros entes internacionais.

Habilitação dos agentes signatários, os quais recebem a denominação de plenipotenciários, sendo dispensáveis da habilitação o Chefe de Estado, Ministro das Relações Exteriores e chefes de missão.

Regularidade do Consentimento, ou seja, que os Estados quando prestem o consentimento à vinculação, o façam de forma regular, livre e esclarecida. O erro, o dolo e a coação viciam os tratados.

E, por último, a licitude do Objeto – o tratado não pode ser incompatível com as normas de *Ius Cogens*, que são normas imperativas de Direito Internacional, nem pode contrariar a moral. Além disso, o objeto deve ser possível de ser executado.

Vale ressaltar que, promulgado o Tratado, para que ele passe a ter validade jurídica no âmbito do direito interno, é necessário que o mesmo seja Publicado; abolindo de vez a diplomacia secreta.

2.6. Classificação dos Tratados

No que se refere à classificação dos tratados, será exposto aqui de acordo com o

objeto a ser apreciado. Sendo assim, uma primeira classificação considera a existência de quase-tratados em contraposição à noção tradicional de tratado.

Segundo esta corrente doutrinária, são considerados quase-tratados os acordos entre Estados e uma pessoa privada estrangeira; os demais, celebrados entre Estados, seriam classificados como tratados propriamente ditos.

Uma segunda classificação divide os tratados em bilaterais e multilaterais, distintos pelo número de partes envolvidas. Quando as partes envolvidas (no caso dos tratados multilaterais) são em grande número, dá-se a estes o nome de tratados coletivos, abertos à assinatura de todos os sujeitos de Direito Internacional.

Há, ainda, uma terceira classificação: tratados solenes e tratados em forma simplificada. Seguindo esta linha de pensamento, os tratados solenes são os celebrados segundo uma forma tradicional, e necessitam de ratificação para serem eficazes, enquanto que os tratados em forma simplificada prescindem de ratificação.

A doutrina diverge desta opinião no sentido que estes tipos de tratado sejam simplificados somente em seu procedimento de celebração, oriundo das dificuldades constitucionais que têm determinados Estados em celebrar tratados solenes (cf. SORENSEN, 1960).

Segundo o entendimento doutrinário, o Estado está obrigado internacionalmente ainda que não ratifique o tratado, sendo, pois, para tanto, desnecessário o acolhimento do mesmo pelo direito interno.

2.7. Processo de Formação

No Brasil, toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores.

O texto final do ato internacional, juridicamente, deve ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o aspecto

processual, pela Divisão de Atos Internacionais.

Enquanto acordo formal, o tratado exige uma série de etapas a serem cumpridas até que seja efetivamente internalizado pelo ordenamento jurídico. De uma forma geral, o tratado segue as seguintes etapas: negociação, assinatura e ratificação. Existem, porém, uma série de fases intermediárias, inerentes à instituição de cada país, que não são, necessariamente, exigidas por todos, como a promulgação, a publicação e o registro do mesmo.

Na fase inicial, tem-se a negociação do acordo e de suas cláusulas. Em regra, os competentes para o exercício desta fase são os chefes de Estado e de Governo; secundariamente, tem-se os plenipotenciários, por meio da apresentação da Carta de Plenos Poderes, e as delegações nacionais, especificamente enviadas para este fim.

Cabe ressaltar, ainda, a competência derivada do Ministro das Relações Exteriores, a quem compete auxiliar o Poder Executivo na formulação da política exterior do país, conforme o Decreto nº 2.246, de 06 de junho de 1997.

Possui também competência derivada, prescindindo da Carta de Plenos Poderes, os Chefes de Missão Diplomática (embaixadores ou encarregados de negócios), mas somente para negociar tratados entre o Brasil e o Estado acreditante.

Após a negociação do tratado, submete-se ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, com a incumbência de apreciá-lo e aprová-lo.

O Congresso Nacional por meio do decreto legislativo, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

O decreto legislativo está dentre as espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal, aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência, e por isso, não está sujeito à sanção presidencial. Apenas é promulgado pelo Presidente do Senado Federal. Segundo PONTES DE

MIRANDA, “decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)” (1958, p. 338).

O que não pode o Presidente da República fazer é manifestar definitivamente o consentimento sem o abono do Congresso Nacional. Embora ele seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído, o abono do Poder Legislativo, sob a forma de aprovação congressual é, via de regra, necessário.

No momento da Ratificação, a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes do Estado, que confirma a assinatura do Tratado negociado pelo plenipotenciário. Os Tratados somente tornam-se obrigatórios após a ratificação dos Estados.

Em seguida, tem-se a promulgação, ou seja, ato jurídico de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, ordenando sua execução.

Promulgado o Tratado, para que ele passe a ter validade jurídica no âmbito do direito interno é necessário que o mesmo seja publicado; abolindo, como dito anteriormente, a diplomacia secreta.

Finalmente, tem-se o Registro do tratado, que serve para a informação dos demais Estados.

2.8. O Legislativo Não Ratifica Tratado

O Congresso Nacional não tem competência para ratificar tratados. Somente o chefe do Estado, Presidente da República, tem esse poder.

O ilustre Professor ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ, a respeito desse assunto, resalta o seguinte:

Os Parlamentos não ratificam tratados internacionais. Somente os examinam, autorizando ou não o Poder

Executivo a comprometer o Estado. (...) A ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional. (1983, p. 128).

2.9. Aplicabilidade

Na Inglaterra os tratados, para produzirem efeitos, devem ser transformados em lei, sem o que os tribunais estão impedidos de aplicá-los, devendo conferir eficácia ao Direito interno. Nos Estados Unidos, o tratado é aprovado apenas pelo Senado.

Não é o que acontece com o Ordenamento brasileiro. Aqui, o Poder Judiciário, por imposição constitucional, aplica diretamente o tratado, ao contrário do juiz inglês que aplica a norma de Direito interno na qual, porventura, se tenha transformado o tratado. No Brasil, não há necessidade da transformação do tratado em Direito interno. Basta a promulgação que lhe confere força executória.

Ainda quanto à aplicabilidade dos tratados, vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Havana, cujos artigos 10, 11 e 12 dispõem:

- a) um Estado só pode deixar de executar um contrato se houver concordância dos demais contratantes;
- b) os Tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda que se modifique a constituição interna dos contratantes;
- c) a parte que inexecutar culposamente um tratado é responsável pelos prejuízos resultantes de sua inexecução.

2.10. Pirâmide de Leis Kelsiana

Buscando solucionar o problema da fonte de validade de uma norma jurídica, o filósofo alemão, HANS Kelsen (1961), desenvolveu uma teoria que ficou conhecida como Pirâmide das Leis. De acordo com esta teoria, uma norma é válida porque foi criada

de uma forma determinada por outra norma, que é a razão de sua validade. Entre estas normas surge uma relação de subordinação, em que a norma geradora é chamada de superior e a norma gerada de inferior.

Observa-se, desse modo, uma hierarquia de diferentes níveis de normas superpostas, cuja unidade deriva do fato de que o fundamento para a criação de uma norma é determinado pela norma superior correspondente, que por sua vez tem seu fundamento numa terceira norma que lhe é superior, e assim por diante.

No topo da pirâmide, enquanto norma básica da estrutura jurídica, está a Constituição, concebida como o fundamento de todas as normas, ocupando, assim, o nível mais alto da hierarquia do direito nacional.

Segundo este modelo, uma ciência normativa não pode admitir qualquer contradição entre duas normas que pertencem ao mesmo sistema. O próprio sistema resolve um possível conflito entre duas normas válidas, situadas em estratos diferentes, em favor daquela de nível mais elevado.

2.11. Situação Jurídica dos Tratados

Na Carta Brasileira de 1988, como se sabe, infelizmente, à exceção da regra insculpida no seu art. 5º, § 2º, sobre os tratados de proteção dos direitos humanos, não existe sequer uma cláusula de reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo nosso direito interno.

Diferentemente, a título de comparação, a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) expressamente dispõe, em seu art. 25, que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e sobrepõem-se às leis nacionais.

O que existe na Constituição brasileira é um rol de princípios pelos quais o Brasil se rege em suas relações internacionais, consagrados pelo art. 4º, bem como disposições referentes à aplicação dos tratados pelos tribunais nacionais (arts. 102, III, b, 105, III, a 109, inc. III e V).

2.11.1. O Tratado no Ordenamento Jurídico – CF

Segundo os ensinamentos de GABRIEL DEZEN JÚNIOR, “a hierarquia federativa das normas no ordenamento jurídico brasileiro segue a estrutura e a organização político-administrativa do País, explicitada no art. 18 da Constituição Federal de 1988” (2001, p. 63).

Dessa forma, no primeiro nível está a Constituição Federal, norma fundamental e subordinadora das demais; no segundo nível, encontram-se as Constituições Estaduais (art. 25 da CF/88), subordinadas aos princípios da Constituição Federal; e, no terceiro e último nível, estão as leis orgânicas dos Municípios (art. 29 da CF/88), subordinadas duplamente à Constituição Federal e à Constituição do seu Estado respectivo.

Abordando mais especificamente as demais normas e, tomando como critério a maior ou menor complexidade do processo de elaboração legislativa, a Constituição Federal de 1988 hierarquiza os diversos tipos normativos em seu art. 59 (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

Como se pode ver, os tratados não foram elencados no referido dispositivo. Contudo, devem ser equiparados às leis ordinárias, uma vez que o processo de aprovação de um tratado se assemelha àquele de votação de um projeto de lei.

Os tratados de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já, os demais tratados (tratados tradicionais), além de apresentarem natureza infra-constitucional nos termos do artigo 102, III, b, da Constituição (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno.

2.12. Conflitos Internos

Solucionar os conflitos de lei e tratados, em nosso mundo globalizado e internacionalizado, passou a ter importância fundamental para que coexistam e possam se relacionar os países neste novo mundo.

De acordo com FRANCISCO REZEK, o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional, pode ser resolvido, no âmbito do direito das gentes, em princípio, de duas maneiras:

Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam; Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente (1998, p.146).

Posteriormente, será visto que a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido do sistema paritário, ou seja, não há hierarquia normativa entre os tratados e as leis nacionais.

Cabe ressaltar a lição de MIRTÔ FRAGA, segundo a qual:

O tratado não se confunde com a lei, e vice-versa. Isto se deve ao fato de que seus processos de elaboração são distintos. Diante disso, não se pode aplicar, automaticamente, a regra *lex posterior derogat priori*, ou seja, o critério temporal, pois deve ser levada em conta a citada hierarquia normativa entre as normas conflitantes (1998, p. 49).

2.12.1. Conflito Aparente de Normas no Brasil e o Posicionamento do STF

Face aos conflitos de norma, necessária se torna a criação de Tribunais Internacionais, o que antes era unimaginável, dar força coercitiva a esses tribunais, elaborar-se novas legislações, ratificarem-se tratados e alianças

entre países que se interessem em participar dessa nova realidade, sob pena de caírem na estagnação econômica e literalmente ficarem para trás diante das transformações ocorrentes em todo o mundo nos dias atuais.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, qualquer tratado ratificado pelo Brasil passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da legislação ordinária, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, está ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite (MAZZUOLI, 2000, p.30).

Não há, segundo o Supremo, garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é paritário o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional (*lex posterior derogat priori*).

No caso de simples portarias, decretos e resoluções do Poder Executivo e do Poder Legislativo, não se questiona que deve ser reconhecida a prevalência do tratado. A grande questão diz respeito ao eventual conflito entre um tratado e uma norma infraconstitucional, já que possuem tramitação semelhante no Congresso Nacional.

De acordo com o posicionamento adotado pelo STF, dois são os critérios para solucionar um possível conflito entre tratado e lei ordinária: a regra da especialidade (análise de qual norma trata a matéria de maneira mais específica) e a regra *lex posterior derogat priori* (critério temporal em que deverá prevalecer a norma editada mais recentemente).

2.13. Separação versus Distribuição do Poder

Para conter o absolutismo das monarquias nacionais, buscou-se consolidar um sistema em que não fosse mais possível que um único indivíduo chegasse a exercer tal dominação. Surgiu, então, a teoria da separação dos poderes, a qual desmembrava o poder do Estado em três – Executivo, Legislativo e Judiciário (KELSEN, 1961, p. 269).

Contudo, o termo separação não é apropriado, pois o que se observou foi a divisão do poder absolutista do monarca entre ele mesmo, o parlamento e os tribunais. O termo mais correto seria distribuição, pois o que se verifica é a atribuição de competências e funções estatais a cada um dos Poderes, que são exercidas de forma autônoma, mas coordenada, sem que haja o isolamento de nenhum dos Poderes, como pressupõe a palavra separação.

No que se refere ao tema dos tratados, o assunto é muito importante, pois, dependendo do momento em que se analisa o tratado, a competência é atribuída a apenas um dos Poderes, mas as decisões tomadas interferem na futura atuação dos demais.

Como bem ressaltado por MIRTÔ FRAGA:

Ao aprovar o tratado assinado pelo Poder Executivo, o Congresso Nacional dá o seu assentimento para que se conclua o ato internacional, trabalhando, sempre, de forma autônoma e coordenada. Por fim, estando ultrapassados os trâmites de aprovação para a vigência de um tratado, caberá ao Poder Judiciário conferir-lhe eficácia, quando aplicável ao caso em julgamento (1998, p.56).

Portanto, no Brasil, ainda há muito que evoluir tocante ao chamado Direito dos Tratados. De fato, a posição externada e defendida pelos três Poderes muitas vezes “não converge para um denominador comum, sobretudo em razão dos interesses específicos de cada um” (MARQUES, 2001, p.4).

3. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Processo de Formação dos Tratados

No Brasil, os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República (art. 84, VII, da CF), submetendo-se à posterior aprovação do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF).

Conforme o art. 84 da Constituição de 1988, “compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Por sua vez, o art. 49 da Constituição dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional: “I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos do patrimônio nacional”.

Assim, é competente para a celebração de atos internacionais em nome do Governo brasileiro o Presidente da República, cabendo ao Ministro de Estado das Relações Exteriores, nos termos do parágrafo único do art. 1º, do Anexo I do Decreto nº 2.246/97, a tarefa de “auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais”.

Ao Poder Legislativo é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada a celebração do ato pelo Presidente da República, se tal decisão pode ser mantida em nome do interesse nacional, concedendo, ou não, o seu abono.

3.1. Do Poder Executivo

O processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo.

No Brasil, toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores.

O texto final do ato internacional, juridicamente, deve ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais.

Após a assinatura do tratado pelo chefe do Executivo, submete-o ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, com a incumbência de apreciá-lo e aprová-lo.

3.2. Do Poder Legislativo

O Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. A ele caberá analisar se o tratado é constitucional, legal, oportuno e convencional.

O decreto legislativo está dentre as espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal, aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência e, por isso, não está sujeito à sanção presidencial. Apenas é promulgada pelo Presidente do Senado Federal.

Como dito anteriormente, após os atos de negociação do tratado pelo Poder Executivo, caberá ao Legislativo apreciá-lo e, se for o caso, dar o seu abono.

Este abono Parlamentar, na visão do Ministro FRANCISCO REZEK:

Não obriga à ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente (1998, p. 40).

Quanto à necessidade indispensável da participação dos dois Poderes no processo de formação dos tratados, salienta MIRTÔ FRAGA que:

Com a simples concordância do Congresso, completa-se, apenas, uma das fases de sua elaboração. O decreto legislativo é autorização ao Executivo para concluir o acordo e é a aquisição do Congresso à matéria nele contida.(...) O decreto legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades, nenhum valor normativo possui (1998, p.31).

Conclusão

Conforme o que fora aqui apresentado e, com base na política atual da globalização,

percebe-se que o mundo está passando por diversas mudanças: surgem os Blocos Econômicos como a União Européia, o Mercosul, o NAFTA, etc., as chamadas Organizações não Governamentais ganham uma força muito grande, começam, também, a ser criados Tribunais Internacionais.

Embora o seu processo de evolução ainda demande bastante tempo até que efetivamente se consolide, o Direito Internacional tem hoje sua importância e abrangência crescentemente reconhecidas pela opinião pública.

Especialmente em face da relevância assumida por grandes temas da agenda internacional como meio ambiente e direitos humanos, as nações têm percebido que, cooperando entre si, podem mais facilmente alcançar objetivos comuns.

Dessa forma, ganha destaque o papel dos tratados neste cenário, pois é através deles que os Estados se relacionam, trazendo harmonia e bem-estar às relações internacionais no mundo de hoje.

Como se vê, é imprescindível o estudo das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, presente a possibilidade, a cada dia, de conflito entre a norma convencional e a de Direito interno.

O tema ainda carece de uma maior atenção por parte dos órgãos competentes do País, em especial devido ao fato de que a regulamentação dos tratados está prevista em diversos artigos dispersos, ou seja, não existe um capítulo específico no texto constitucional ou numa legislação própria para tratar da matéria, o que faz com que dificilmente um acordo atinja a eficácia pretendida quando de sua celebração (MARQUES, 2001, p.9).

Além da reforma de suas instituições internas, faz-se necessário que o Brasil reconheça o importante papel das relações internacionais na formulação da política de todos os países, na medida em que não mais se concebe um Estado que possa se desenvolver sem cooperar com os demais.

Nas condições atuais, como bem exposto por MIRTÔ FRAGA:

É impossível afirmar-se, com certeza, qual o caminho que seguirá a jurisprudência brasileira, embora ainda haja a esperança de que a Suprema Corte passe a dar prevalência ao Direito Internacional sobre o Direito Pátrio, com amparo na Lei Magna, na doutrina e nos próprios julgados passados do Supremo Tribunal Federal (STF). (1998, p. 128)

Vale ressaltar que a celebração de acordos internacionais tem por escopo também o desenvolvimento social da humanidade, não visando apenas satisfazer os interesses econômicos e financeiros. Por isso, os governos devem ter em mente que o processo de globalização por que passa o mundo atualmente não implica, necessariamente, na subordinação da prioridades nacionais.

Para finalizar, veja-se um discurso do então Presidente da República, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO:

As dificuldades existem na medida em que muitas de nossas instituições, empresas e indivíduos, ainda não estão preparados para internalizar a dimensão da sustentabilidade global. Mas enfrentamos esse desafio democraticamente, e esperamos que os outros países também o façam (2002).

Referências

- ACCIOLO, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÓSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público – O Estado em Direito das gentes*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Discurso do Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, na Abertura do Debate em Torno da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável*. Palácio da Cidade, Rio de Janeiro, 23 jan. 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1.

ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL. São Paulo: Editora Enciclopédia Britânica do Brasil, 1990.

KELSEN, Hans. *General Theory of law and State*. Nova Iorque: Editora Russell & Russell, 1961.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LAFER, Celso. Em defesa do multilateralismo. *Correio Braziliense*, Brasília, 14. de set. 2002.

MACEDO, Silvio de. *História do pensamento jurídico*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *A internalização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZUOLI, Valério De Oliveira. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 1, Vol. 6: Nacional de Direito Livraria Editora, jun. 2000.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM Editores/Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: Curso Elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSEAU, Charles. *Droit International Public*. t. I. Paris: 1970.

SORENSEN, Max. *Les Principies du Droit International Public*, 101 Hr, 5, 1960.

