

A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro

Celso Antonio Martins Menezes

Sumário

1. Introdução; 2. Surgimento e Evolução dos Tratados; 3. Direito das gentes e direito dos tratados; 4. Fontes do direito internacional; 4.1. Fontes codificadas; 4.1.1. Fontes imediatas; 4.1.2. Fontes mediatas; 4.2. Fontes não codificadas; 5. Sujeitos de direito internacional e personalidade jurídica; 6. Organizações Internacionais; 7. O tratado e a obrigatoriedade de cumprimento; 7.1. A questão dos conflitos internos; 7.2. A palavra de alguns doutrinadores; 7.3. Preceitos constitucionais de alguns países; 8. Os tratados e os conflitos gerados no ordenamento jurídico brasileiro; 8.1. Normas internas e externas: a questão da supremacia; 8.2. Propostas de regulamentação interna dos tratados; 9. Conclusão; 10. Notas; 11. Referências.

*"[...] the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back."*¹

Lord Denning

(In: Revista de Informação Legislativa,
nº 159, julho-setembro/2003.)

Celso Antonio Martins Menezes é Analista de Sistemas. Servidor do Senado Federal desde 1983 e Assessor do Diretor-Geral do Senado Federal.

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.

1. Introdução

A abordagem do tema “A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro” tem duas vertentes principais: a primeira está em apresentar a importância dos tratados, com a demonstração de como esse instrumento se tornou uma das principais fontes do Direito Internacional; a segunda, na verificação da sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à primeira vertente, não haverá a preocupação de provar com novos indícios o que é consagrado pelas relações internacionais e pelos doutrinadores. Aqui serão apresentados aspectos como seu surgimento e utilidade, sua evolução, suas fontes e os sujeitos capacitados para firmar os compromissos oriundos desse instituto, entre outros temas correlatos.

Na segunda vertente, não menos importante que a primeira, serão discutidos os efeitos que os tratados podem produzir no ordenamento jurídico brasileiro. E, analisadas as relações de supremacia do direito internacional e de subordinação do direito interno, verificado se essas relações realmente existem, e se existem, quem são seus defensores e quais os conflitos daí originados.

Bem verdade que as relações exteriores de um Estado têm sempre procedimentos formais e complexos, o que desautoriza o presente estudo a arriscar pensamentos levementes e de pouca contribuição. Portanto, serão abordados apenas tópicos necessários que contribuam para melhor entendimento da matéria.

Por fim, observando a citação de Lord Denning, utilizada na epígrafe, em proverbial julgamento na justiça britânica (caso *H. P. Balmer Ltda. versus Bollinger S. A.*, 1974), a força criadora da norma internacional se insere de forma definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais, de modo mais abrangente do que se possa imaginar em princípio.

2. Surgimento e Evolução dos Tratados

Os tratados, há muito, se apresentam como um expediente importantíssimo para as relações entre Estados, visando acomodar os mais variados interesses, sejam mercantis, bélicos, humanitários, culturais, ecológicos ou mesmo cooperação de toda ordem.

A comunidade internacional recorre a esse instituto para formalizar acordos, solucionar conflitos, firmar convênios e principalmente proteger a humanidade das ações que atentem contra a sua dignidade.

O primeiro registro da celebração de um tratado data do período situado entre 1280 e 1272 a.C. É o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia. Esse tratado pôs fim à guerra nas terras sírias.

Mas foi com o comércio marítimo que se apresentaram as primeiras regras laicas que versavam sobre a proteção do comércio e dos cidadãos. Com elas, percebe-se que vai tomando forma uma outra vertente de interesses comuns. Agora impera a ordem econômica, propugnando não a conquista de territórios, no sentido restrito, mas o fortalecimento das nações por meio da produção e venda de bens. A derrocada do sistema feudal e a conseqüente formação de sistemas organizacionais maiores, fizeram surgir a noção de Estado, o que proporcionou aos povos o sentimento de unidade e a necessidade de uma organização menos rudimentar. O povo passa a se organizar em torno de uma autoridade suprema e em processo de consolidação, o Estado.

A ele são delegadas as atribuições e competências originárias da vontade do seu povo, dentre elas a prerrogativa de representá-lo no exterior e, por conseguinte, celebrar tratados.

A partir do Tratado de Westfália, de 1648, que celebrou a paz entre o império Romano-Germânico e os Reinos da França e da Suécia, percebe-se na Europa uma nova ordem estatal baseada no princípio da soberania dos Estados e na evolução da regras que norteiam os confrontos armados, quando estes existirem.

Até meados do século XIX, o uso de tratados era tímido, servindo basicamente para questões de alta política e de relações comerciais; no entanto, com a evolução das relações entre os Estados, os tratados passam a estabelecer alianças ou tréguas, celebrar a paz, normatizar a navegação e as relações comerciais ou solucionar litígios.

Atualmente, o seu uso é ilimitado, podendo-se afirmar não existir assunto que possa fugir à sua regulamentação. Enver-

dando por várias áreas do Direito, vejamos alguns exemplos: no Direito Constitucional existem tratados sobre direitos civis e políticos e proteção aos direitos humanos, entre outros; no campo do Direito Civil, destaca-se o direito do autor e a proteção de obras literárias; no Direito Penal, encontra-se a repressão ao tráfico de entorpecentes e a extradição; no Direito Tributário e Financeiro, verificamos as medidas para evitar a bitributação; no Direito Administrativo, pode-se citar a regulamentação dos correios e telecomunicações e a cooperação tecnológica e científica.

3. Direito das gentes e direito dos tratados

O jurista Hugo Grotius (1583-1645), teoriza que o Direito Internacional derivava do “direito das gentes”, originado no consentimento e na vontade dos povos. Ele discorreu sobre vários temas e formulou os princípios do Direito Internacional. Outro que influenciou o Direito Internacional foi o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804). Suas idéias e obras tiveram papel importante por ocasião da fundação da Liga das Nações (Tratado de Versalhes, 1919) e da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945.

Outros dois fatos contribuíram decisivamente para que a vontade do povo tomasse assento nas discussões internacionais, com a declaração de independência dos Estados Unidos da América (1776), que proclamou o direito dos povos de dispor de si mesmos, e a Revolução Francesa (1789), que se fundamentou no livre consentimento do povo.

A partir do final do século XIX, essa discussão passa a ter forma mais definida, quando surge um cenário internacional mais propício ao desenvolvimento conceitual e institucional do direito dos tratados, formando um acervo normativo mais amplo. Essa evolução deveu-se à multiplicação dos regimes republicanos e à constitucionalização das monarquias. E com a de-

mocratização das nações, as ações jurídicas, tanto internas quanto externas, expressam uma interdependência maior, valorizando sobremaneira o direito internacional.

Historicamente, pode-se afirmar que o continente americano teve uma participação muito importante para regulamentar internacionalmente o Direito dos Tratados, quando por ocasião da Sexta Convenção Internacional Americana, realizada em Havana, 1928, foi celebrada uma Convenção sobre Tratados, contendo 21 artigos. Esta Convenção foi ratificada por oito Estados, entre eles o Brasil.

Em 1966, a Organização das Nações Unidas (ONU) submeteu à consideração da Assembléia Geral um “Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados”. Essa iniciativa deu origem à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com 85 artigos e 1 anexo. O artigo 1º possibilita, formalmente, a celebração de tratados entre Estados e o artigo 2º define o tratado como sendo “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”.

Observa-se nesses dois artigos o reconhecimento do Estado como ator principal diante da possibilidade de celebração de tratados, pois este é tido como sujeito de direito internacional por excelência. No entanto, verificar-se-á mais à frente que existem outros sujeitos de direito internacional capazes de celebrar tratados e/ou acordos.

4. Fontes do direito internacional

Observa-se nos ordenamentos jurídicos nacionais que a aplicação de determinada legislação não representa maiores problemas, pois quase sempre, esta se fundamenta nos anseios de sua população ou no interesse do Estado em normatizar algum assunto. Já no direito internacional, por não existir um organismo legislador responsável pela criação de leis que sejam reconhecidas imediatamente pela comunidade inter-

nacional, e onde muito menos existe um judiciário comum que imponha sanção ao seu descumprimento, a tarefa de aplicar regras internacionais torna-se complexa.

Reconhecidamente um dos dispositivos mais respeitados pelas nações, está insculpido no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que em seu artigo 38 estabelece algumas fontes do direito internacional, *in verbis*:

Art. 38 – 1 A Corte, cuja função é decidir conforme o Direito Internacional as controvérsias a elas submetidas, aplicará:

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

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

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

d) sob ressalva disposta no art. 59, as decisões judiciais e as doutrinas dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das diversas regras de direito.

2 – A presente disposição não prejudica a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

Para melhor entendimento desse artigo, a doutrina costuma dividir as fontes em codificadas (imediatas e mediatas) e não codificadas.

São *fontes codificadas imediatas* as que correspondem aos tratados, costumes e princípios gerais de direito, e *fontes codificadas mediatas* as que correspondem à doutrina, jurisprudência, analogia e equidade.

Por outro lado, as *fontes não codificadas* são representadas pelos atos das organizações internacionais, pelos atos unilaterais dos Estados e pela existência de normas de *jus cogens*.

4.1. Fontes codificadas

4.1.1. Fontes imediatas

Tratado – Para Francisco Rezek (2000, p. 14), “Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.” É parte fundamental do Direito Internacional Público;

Costume – De acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a norma jurídica costumeira resulta de uma prática geral aceita como sendo o direito. O costume possui um elemento material e um elemento subjetivo. O primeiro, é identificado pela repetição de um procedimento, podendo ser uma ação ou omissão, realizada por pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. O segundo consiste em, sendo o procedimento repetido, verificar-se a necessidade de que a prática seja determinada pela *opinio juris*, ou seja, deve haver a convicção de que o procedimento é correto, justo e jurídico. Desse entendimento depreende-se que o elemento material do costume seria a prática, a repetição, de um certo modo de proceder, e teria no seu elemento subjetivo a convicção de que assim se procede por ser necessário, justo e dessa forma jurídico;

Princípios gerais do direito – Entre os princípios, encontramos o *pacta sunt servanda*, que traz consigo a idéia de que o pactuado vincula as partes. Temos, também, o princípio da solução pacífica de litígios entre Estados, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento, o da proibição da propaganda de guerra, a proibição do abuso de direito, a regra do respeito à coisa julgada e outros.

4.1.2. Fontes mediatas

Doutrina – Foi parte fundamental na elaboração do Direito Internacional, e as lições doutrinárias são o meio pelo qual pode-se apurar quais normas do direito consuetudinário estão em vigor;

Jurisprudência – Temos nas decisões judiciais referidas pelo Estatuto da Corte da

Haia as componentes da jurisprudência internacional. Desta forma, o conjunto das decisões arbitrais e judiciais, e ainda os pareceres proferidos pela referida Corte, formam a jurisprudência reguladora do convívio internacional;

Analogia e equidade – A analogia e a equidade – métodos de raciocínio jurídico – são utilizadas quando não existe a norma, ou quando nenhuma norma se aplica ao caso concreto. A analogia consiste em fazer valer, para determinada situação, a norma jurídica concebida para aplicar-se a uma situação semelhante. É importante ressaltar que seu uso encontra limitações na aplicação internacional. Já a equidade “pode operar tanto na hipótese de insuficiência da norma de Direito positivo aplicável quanto naquela em que a norma, embora bastante, traz ao caso concreto uma solução inaceitável pelo senso de justiça do intérprete. Assim, decide-se à luz de normas outras que preencham o vazio eventual, ou que tomem o lugar da regra estimada iníqua ante a singularidade da espécie”²

4.2. Fontes não codificadas

Atos das organizações internacionais – Após a Segunda Guerra Mundial, as organizações internacionais cresceram em importância no cenário mundial. Amparadas pela vontade dos Estados que as constituíram, formulam Convenções, Resoluções e Atos, como será visto mais à frente;

Atos unilaterais dos Estados – O artigo 38 do Estatuto acima citado não se refere aos atos unilaterais como fontes do direito internacional, mas, segundo Francisco Rezek (2000, p. 139/140), “Não há, efetivamente, em tais atos qualquer aspecto normativo, marcado por um mínimo de abstração e generalidade. É óbvio, entretanto, que esses atos produzem conseqüências jurídicas – criando, eventualmente, obrigações –, tanto quanto as produzem a ratificação de um tratado, a adesão ou a denúncia”;

Jus cogens – As normas de *jus cogens* estão presentes nos artigos 53 e 64 da Con-

venção de Viena sobre os Direitos dos Tratados. Elas são tidas como universais e devem ser aceitas pelos Estados, pois exprimem convicções comuns irrenunciáveis. Elas são evolutivas, pois admite-se a substituição das normas atualmente existentes por outras, desde que estas tenham a mesma natureza.

5. Sujeitos de direito internacional e personalidade jurídica

A contemporaneidade tem proporcionado o surgimento de novas entidades no cenário internacional. São novos sujeitos de direito internacional que participam ativamente de um rol de atividades internacionais.

Mas para se ter capacidade jurídica é necessário o preenchimento de alguns requisitos, além da análise da natureza da entidade. Isso é determinado por um exame da personalidade jurídica que envolve a análise de certos conceitos, como a capacidade e a competência jurídica e a extensão dos direitos e obrigações. Essa análise se verifica em cada ordenamento jurídico, que determinará as entidades passíveis de serem detentoras de personalidade, sua natureza e definição, e ainda, aceitação na comunidade internacional.

Atualmente pode-se afirmar que além das organizações internacionais governativas, a Soberana Ordem de Malta, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Santa Sé são sujeitos de direito internacional.

6. Organizações Internacionais

A idéia de criação das organizações internacionais surgiu em “reação à I Guerra Mundial (1914-1918), com a preocupação de adaptar o sistema internacional às exigências do direito e da justiça”.³ Por iniciativa do então presidente norte-americano Woodrow Wilson foram apresentados os princípios que deram origem à Liga das Nações, com o objetivo de restabelecer a ordem, tornar estável o sistema internacional e garantir a paz.

Mas é com o advento da II Guerra Mundial que é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com o objetivo de manter a paz e a segurança internacional, podendo intervir para restaurar a paz e para prevenir conflitos. Neste contexto, surgem também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a proposta de proteção internacional aos trabalhadores; a Organização Mundial de Saúde (OMS), objetivando o alcance do mais alto grau de saúde para os povos; a Organização das Nações Unidas para a Educação e Cultura (UNESCO), contribuindo para a paz por meio da educação, ciência e cultura.

Houve, ainda, a preocupação de se criar outras instituições que atuassem em diversas áreas e que possibilitassem as relações comerciais e de finanças internacionais. Daí o surgimento do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial, e o GATT, para promover o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, que foi precursor da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Todas as organizações internacionais surgiram de acordo com a vontade de determinado número de Estados, por meio de um tratado contendo objetivos definidos para sua atuação. Vê-se que o fato de essas organizações serem signatárias dos respectivos Estados-membros está intrinsecamente relacionado com os seus atos constitutivos e os objetivos que estes lhes conferiram.

Pode-se afirmar que o surgimento de tais organizações vem em oposição à idéia de Estado soberano, com a finalidade de promover a aproximação de posições entre os países membros; adoção de normas comuns de comportamento desses países; previsão de ação operacional em casos de urgência na solução de crises de âmbito nacional ou internacional, originadas de catástrofe naturais, conflitos internacionais, guerra civil e pesquisas conjuntas em áreas específicas de interesse dos Estados partes; prestação de serviços, principalmente de cooperação econômica, entre outros objetivos.

Existem, ainda, vários organismos criados por países de uma mesma região com a finalidade de promoverem intercâmbio e relações comerciais de interesses comuns. É o caso da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e do Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul).

Finalmente, as Organizações Não Governamentais (ONGs) não são consideradas sujeitos de direito internacional e não possuem o privilégio de celebrarem tratados por não possuírem designação para este fim. No entanto, têm conquistado cada vez mais importância e respeito da opinião pública internacional, promovendo debates sobre temas de interesse mundial e fazendo pressão sobre Estados e organismos internacionais nas questões importantes para a humanidade.

7. O tratado e a obrigatoriedade de cumprimento

Os tratados quase sempre são negociados pelos agentes diplomáticos que assistem aos seus Chefes de Estado e só se tornam obrigatórios após sua ratificação, que acontece, normalmente, quando se encerra a apreciação do Poder Legislativo de um determinado Estado.

A necessidade de submeter o tratado à apreciação do Poder Legislativo situa-se na idéia de que o povo é detentor da soberania, que delega, por sua vontade, ao legislativo nacional. Os tratados são tão importantes quanto as leis, pois obrigam o Estado ao seu cumprimento e, por conseqüência, obrigam os cidadãos.

Neste sentido, pode-se afirmar que a subordinação ao tratado advém do acatamento deste pelos Estados que o ratificaram e fundamentado no *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado deve cumprir as obrigações dele decorrentes, sob pena de responder na esfera internacional pela quebra do que fora firmado.

A obrigação de cumprimento do contrato tem assento na Convenção de Viena, que

preceitua em seu art. 26 que “Todo tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. (*pacta sunt servanda*).” E no seu art. 27 estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”⁴

Deve-se atentar para o fato de que o cumprimento de um tratado por parte do Estado que o ratificou, ou que a ele aderiu, dura enquanto o tratado estiver em vigor no cenário internacional.

Recorre-se, ainda, a dois outros preceitos para reafirmar a obrigatoriedade em dar cumprimento ao que foi acordado por meio do tratado. O primeiro consta do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, que estabelece: “(...) o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional”. O segundo, vinculado à Carta das Organizações dos Estados Americanos, traz nas alíneas *a* e *b* do artigo 3^o as seguintes normas:

- a) o direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas;
- b) a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional.

Por conseguinte, o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, fazendo observar, na esfera de sua jurisdição, as normas respectivas, sob pena de responsabilidade no âmbito internacional.

7.1. A questão dos conflitos internos

A obrigatoriedade do cumprimento de um tratado tem gerado prolongadas discussões quando este atinge de qualquer forma as normas internas dos Estados. Isso dificulta a absorção das determinações internacionais, por causar divergências dentro

da jurisdição dos países contratantes, quer seja por parte do órgão legislador, quer seja por parte do judiciário nacional. Torna-se, ainda, uma discussão mais apaixonada quando de alguma forma penetra na questão de soberania, trazendo consigo aspectos de conflito entre as normas internacionais e as nacionais.

Neste caso, qual das duas deverá prevalecer? Esta é uma pergunta que tem gerado grandes divergências entre os doutrinadores, mas antes de apresentar seus pensamentos, torna-se necessário comentar as seguintes teorias que tratam do tema, são elas: o Dualismo e o Monismo com primazia do direito Interno, e o Monismo com primazia do Direito Internacional.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 109) destaca Carl Heinrich Triepel, em 1899, como sendo o primeiro estudioso da matéria. Ele discorre sobre a teoria dualista partindo do princípio de que não existe possível conflito entre essas duas normas. Declara sua independência dizendo não existir entre elas nenhuma área comum e que lhes é possível apresentarem-se como tangentes, mas nunca como secantes.

O Monismo com primazia do Direito Interno foi adotado por autores nazistas e algumas vezes por autores soviéticos. Essa teoria parte do princípio de que os Estados são absolutamente soberanos. Não estão sujeitos a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Essa teoria recebe muitas críticas. A mais importante de todas é que ela nega a existência do próprio Direito Internacional como um direito autônomo, independente. Ela o reduz a um simples direito estatal.

O Monismo com Primazia do Direito Internacional foi fundado na escola de Viena e teve em Hans Kelsen um de seus maiores estudiosos. Os monistas que atribuem primazia ao direito internacional “voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outro-

ra, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes” (REZEK, 2000, p. 5).

Como se pode extrair das teorias acima, a questão parece se resumir na prevalência da concepção monista ou da dualista em relação às ordens jurídicas. Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – internacional e nacional – são independentes e não se misturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional.

7.2. A palavra de alguns doutrinadores

Os pensamentos que serão apresentados objetivam apenas remeter a um debate teórico sobre o assunto em discussão, sem, contudo, indicar prevalência deste ou daquele doutrinador. No entanto, observa-se que a maior parte deles adota o pensamento kelseniano – é assim com Haroldo Valladão, Marotta Rangel e Celso de Albuquerque Mello.

Haroldo Valladão (1980, p. 53), assevera a “realidade da organização jurídica da humanidade, como fonte original, objetiva e única decorrendo ou do renascido direito natural ou da imperiosidade da vida social”. Para Marotta Rangel (1967, p. 54/55), “a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional”. E prossegue: “A solução ideal e desejada é a da harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional. A tendência de várias constituições contemporâneas é a de concorrer para essa harmonização. Fortalece essa tendência admitir que os

tratados, tão logo sejam regularmente concluídos e produzam efeitos na ordem internacional, passem imediata e automaticamente a produzi-los na ordem interna dos Estados contratantes”.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 115), acentua que “a jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do Direito Internacional”. Isso se deve ao fato de que um Estado possa ofender normas de direito internacional com base exclusiva no seu ordenamento interno.

Francisco Rezek (2000, p. 102/103), lembra que “o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica”.

7.3. Preceitos constitucionais de alguns países

De início, deve-se observar que a teoria monista está consagrada pelo direito interno de muitos países. Entre eles se destacam: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia, Suíça, países africanos de idioma francês e diversos Estados latino-americanos, entre eles Argentina e Brasil. Entre os partidários da concepção dualista, encontram-se o Reino Unido da Grã-Bretanha, a Austrália e o Canadá.⁵

A Constituição francesa afirma a integração automática do tratado ratificado no seu direito interno, colocando-o, acima da lei, na hierarquia das fontes formais de direito, preceituando no seu art. 58 que “uma vez que os tratados diplomáticos regularmente ratificados possuem uma autoridade superior às das leis internas, suas disposições só podem ser ab-rogadas, modificadas ou suspensas após uma denúncia regular, notificada por via diplomática.”

A Constituição portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976, consagra a teoria monista, ao prever em seu art. 8º, dedicado ao Direito Internacional que “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

Igualmente a Constituição espanhola esclarece que a partir da publicação oficial do tratado, este passa a fazer parte do ordenamento jurídico interno, e que suas disposições “só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional”. A Constituição italiana prevê que “o ordenamento jurídico italiano ajusta-se às normas do direito internacional”. A Constituição holandesa trata do tema estabelecendo que “As disposições dos tratados que impõem obrigações aos particulares têm força de lei desde a sua publicação”.

Na Alemanha, a Constituição estabelece que a ratificação dos tratados atinentes a questões da competência da legislação federal depende da prévia aprovação dos órgãos legislativos, mediante lei federal (art. 59, § 2º), não se exigindo que o tratado, por essa forma aprovado, seja objeto de nova lei para ser incorporado ao direito positivo nacional. A Constituição austríaca estabelece que, uma vez que o tratado seja ratificado após sua aprovação pelo Conselho Federal, torna-se obrigatório no direito interno.

A Constituição dos Estados Unidos da América equipara os tratados às leis federais, atribuindo-lhes a característica de *supreme law of the land* (art. VI). Desde que sejam aprovados pelo Senado Federal, por maioria de dois terços de votos (art. II, n. 2), suas normas se incorporam à legislação nacional.

Entre os países latino-americanos, verifica-se na Argentina que a Constituição atribui aos tratados “hierarquia superior às leis”. No Uruguai, a ratificação do tratado precisa de aprovação por ato legislativo e

tem efeitos internos diretos e imediatos, sem necessidade de qualquer outro ato legislativo posterior.

O Brasil, por tradição constitucional, tem adotado a teoria monista. A Constituição de 1988 preceitua que após a ratificação do tratado, e a partir do momento em que este vigore no âmbito internacional, o mesmo se incorpora ao direito interno brasileiro, ou mais precisamente, sendo ele uma norma *self-executing* e já estando em vigor no plano internacional, pode alterar ou revogar o direito interno.

8. Os tratados e os conflitos gerados no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a celebração de tratados está determinada no art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal em vigor, que estabelece competir privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

O Congresso Nacional, por sua vez, tem a atribuição de autorizar, ou não, a ratificação do tratado por parte do Poder Executivo, mas nunca de modificar os termos pactuados. Essa atribuição está prevista no art. 49, inciso I, da Constituição, que dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

A espécie legislativa responsável pela tramitação e apreciação do tratado no Congresso Nacional é o Decreto Legislativo, que tem hierarquia de lei. Este será promulgado pelo presidente do Senado Federal.

Após sua aprovação, ele será ratificado pelo chefe do Poder Executivo por meio da troca ou depósito de um instrumento de ratificação junto ao país depositário. Para que o tratado tenha sua execução no plano interno, é necessária sua publicação.

Este procedimento é condição primordial para que o tratado tenha eficácia jurídica

no território nacional. A exigência da publicidade está revelada no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê que a lei, e aí inserido o tratado normativo, só vige entre nós “depois de oficialmente publicada”, ou seja, depois de divulgado o texto da convenção, em português, no Diário Oficial da União, com a data da sua ratificação e da sua vigência. Para Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 229), “A publicação é condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno”.

Esse desenrolar burocrático em torno do tratado é chamado de *processo completo*, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação, promulgação e publicação. Mas existe um outro processo chamado de *abreviado*, que compreende as etapas de negociação, assinatura ou troca de notas e publicação.

Cachapuz de Medeiros (2002, p. 81), ensina que “o processo abreviado é o seguido pelos chamados acordos em forma simplificada, cuja admissibilidade é sustentada por parte da doutrina jurídica nacional desde a vigência da Constituição de 1946”. Essa forma foi mantida na Constituição de 1988 e aceita pelo Congresso Nacional, principalmente porque as matérias arroladas nesse tipo de processo se referem quase sempre a ajustes complementares a tratados preexistentes, que se destinam a operacionalizar tratado anterior, devidamente aprovado. Em geral, são concluídos no quadro de acordos de cooperação científica, técnica ou tecnológica.

Verifica-se que tanto no processo completo como no abreviado existe a obrigatoriedade do assentimento do Congresso Nacional, com ênfase para aqueles tratados que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

8.1. Normas internas e externas: a questão da supremacia

Com relação à supremacia da norma internacional sobre a norma nacional, o judi-

ciário brasileiro firmou acórdãos que consagram o direito internacional com primazia sobre o direito nacional, mas há opiniões diversas, surgidas principalmente após o julgamento do célebre Recurso Extraordinário nº 80.004-SE.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no citado Recurso estabeleceu: “ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela justiça”. A conclusão a que chegou o STF no julgamento desse Recurso, foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.

Nas palavras de Francisco Rezek (2000, p. 103/104), “posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”. E prossegue: “os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico”. Dito isto, ele finaliza com a seguinte convicção: “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente”.

Sobre a questão, não são poucos os doutrinadores que acham equivocada a posição do STF e não poupam críticas a esse entendimento.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 119), por sua vez, trata do assunto com a seguinte indagação: “Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo?” E finaliza: “Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF”.

Muitos são os entendimentos pelos quais a norma internacional tem a forma própria, que é a denúncia, de cessar sua vigência na ordem nacional, observados os dispositivos legais que a aprovaram ou que estão no próprio corpo da norma; ou mesmo, pode ser alterada por outra norma internacional de valor igual ou superior a ela, mas nunca por norma interna ou inferior.

Uma hipótese de o Estado não se obrigar a cumprir ou refutar uma norma no plano internacional está na competência para concluir tratado, inscrita no artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e que prevê a nulidade em caso de violação expressa de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados.

8.2. Propostas de regulamentação interna dos tratados

Existem muitas propostas no Poder Legislativo visando regulamentar os tratados no âmbito do direito interno brasileiro. Já na década de 1960, a pedido do Governo Federal, Haroldo Valladão organizou um anteprojeto de reforma da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, denominado “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”. Nele constavam normas concernentes aos tratados.

Cachapuz de Medeiros (2002, p. 90) comenta que “congressistas formulam projetos de lei com o propósito de regulamentar a celebração de acordos internacionais e tornar mais completo e seguro o controle do Legislativo ao tema, porém não logram resultado nas suas proposições.”

Dentre essas iniciativas existe a do então Senador Itamar Franco, que apresentou Projeto de Lei nº 31, de 1982, com o objetivo de regulamentar a expedição de credenciais, plenos poderes ou outros instrumentos que habilitem agente diplomático a firmar atos internacionais em nome do País. Outro projeto apresentado, de autoria do Senador Humberto Lucena, previa a exigência da remessa, ao Congresso Nacional, de documentos complementares dos tratados, convenções e atos internacionais, para acompanhamento da sua fiel execução.

Em 1991, a pedido do Ulysses Guimarães, então presidente da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, o embaixador Paulo Nogueira Batista formulou um Anteprojeto de Resolução que, em síntese, induziria o Poder Legislativo a uma colaboração com o Poder Executivo durante o processo de negociação dos acordos internacionais.

Em 1999, o Deputado Pedro Valadares apresentou Projeto de Decreto Legislativo que tinha como justificativa “regulamentar, formalmente, aspectos do processo legislativo pertinente aos atos internacionais, consoante as diretrizes emanadas da nossa Lei Maior, que confere ao Parlamento amplos poderes, sejam de intervenção ou sejam de controle aos atos internacionais do País”.

Em 1992 e 1993, tramitou, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal, um Projeto de Resolução disciplinando a aprovação das operações financeiras com o Fundo Monetário Internacional. Esse projeto recebeu uma Indicação do Senador Jutahy Magalhães com o objetivo de proclamar que qualquer instrumento que crie obrigações para o País em face do Fundo Monetário Internacional precisa ser submetido à prévia aprovação do Congresso Nacional. Para esse senador, os instrumentos que criam obrigações junto ao FMI são atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Registre-se que todas as iniciativas dos parlamentares em regulamentar este ou aquele procedimento que vise a conclusão de um tratado, desde as mais antigas às atuais, têm como finalidade o controle sobre os atos do Poder Executivo em relação à condução da política externa. No Brasil a política externa sempre esteve concentrada nas mãos do Presidente da República, incluindo aí a negociação dos tratados.

9. Conclusão

Esta exposição objetivou demonstrar o relevante papel que o tratado representa para as relações internacionais, buscando, para tanto, definir sua origem e finalidade, e apresentando a complexidade da matéria que compreende as tratativas internacionais, tendo em vista que os atores envolvidos vislumbram quase sempre a satisfação dos seus interesses particulares. Porém, a lógica desenvolvida nesse relacionamento nem sempre atende plenamente aos objetivos de cada nação.

Para tanto, se busca nos instrumentos utilizados para consecução das diversas negociações entre as nações aquele que mais se adequar ao que está sendo pactuado, mas isso depende, exclusivamente, do grau de relevância da matéria em comento, podendo utilizar-se de um ou de outro instrumento normativo, dentre os quais destaca-se em importância o tratado.

Portanto, a razão pela qual o tratado é o instrumento utilizado para concretizar negociações de grande importância está na sua historicidade e nos atos complexos incorporados ao seu organismo, o que sugere maior segurança às negociações e contribui, reconhecidamente, para ser um instituto forte capaz de regulamentar situações de difícil consenso.

Dessa característica percebe-se que derivam os elementos conflitantes do tratado, uma vez que ele encerra acordos de natureza internacional quase sempre complexos e suscita a atenção de todos quantos por ele

se sintam envolvidos, seja no plano externo ou no interno.

No Brasil, assim como nos demais Estados democráticos, a política internacional é conferida ao Poder Executivo, que apesar de ter seus limites definidos constitucionalmente, por vezes torna-se necessário o monitoramento do legislativo e do judiciário, principalmente quando setores domésticos podem ser atingidos por determinadas negociações. O legislativo socorre os interesses da nação, conseqüentemente do povo; já o judiciário exerce seu papel de guardião da Constituição e das normas internas.

Com isso, e verificando tudo o que foi dito sobre o tratado, conclui-se com a afirmação de Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 200), quando este diz “Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles.”

10. Notas

¹ Os tratados são como as marés altas. Se espraíam pelos estuários e inundam os rios. Não há caminho de volta.

² Almeida e Freire, D. Direito Internacional. São Paulo. 2003. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/aula06e07>>. Acesso em 15-01-2004.

³ ONUKI, Janina. Organizações Internacionais – O Debate Teórico das Relações Internacionais. São Paulo. 2003. Disponível em <www.forumri.org/modules/wfsection/article.php>. Acesso em 18 fev. 2004.

⁴ O art. 46 dispõe sobre a nulidade do consentimento de um Estado, quando expresso em violação de uma disposição de seu direito interno.

⁵ A concepção dualista adotada nos mencionados países não será objeto de apreciação neste trabalho.

11. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. vol. I, 2a. Ed. Rio de Janeiro, 1956. p. 45/6.

- Almeida e Freire, D., *Direito Internacional*. São Paulo. 2003. Disponível em <http://www.lawinter.com/aula/06e07>. Acesso em 15 jan. 2004.
- ARIOSI, Mariângela de F. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Renovar, 2000.
- ARIOSI, Mariângela de F. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: a opção do judiciário brasileiro e as possíveis tendências frente aos movimentos de cooperação regional e globalização das relações internacionais*. Revista Forense, vol. 344, p. 497 a 505, out/dez 1998.
- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.
- Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- FONTOURA, Jorge Luiz. *Integração do Tratado no Direito Nacional*. 2003. 34 f. Notas de aula.
- MAZZUOLI, Valério de O. *A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. Revista CEJ, vol. 14, p. 112 a 120, ago 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2460>>. Acesso em: 15 jan. 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.
- MEDEIROS, A. P. Cachapuz. *O Brasil e os novos desafios do Direito dos Tratados*. In: Conferência pronunciada no I Congresso Internacional de Direito Internacional. 133 f., 2002. Belo Horizonte.
- ONUKEI, Janina. *Organizações Internacionais – O Debate Teórico das Relações Internacionais*. São Paulo. 2003. Disponível em www.forumri.org/modulos/wfsection/article.php. Acesso em 18 fev. 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- RANGEL, Marotta. *Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*. in “Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional”, Rio de Janeiro, nºs 45 e 46, 1967, p. 54/55.
- Revista de Informação Legislativa. Nº 159. Edição julho/setembro de 2003.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público - Curso Elementar*. 8ª ed São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol. I, 5a. Ed. Rio de Janeiro, 1980, p. 53.
- VITAGLIANO, José Arnaldo. Os conflitos de lei e a política nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1613>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

