



**PARLAMENTO E TRATADOS
INTERNACIONAIS: O MODELO CONSTITUCIONAL
DO BRASIL**

PARLIAMENT AND INTERNATIONAL
TREATIES: THE CONSTITUTIONAL
MODEL OF BRAZIL

José Francisco Rezek

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1966), Doutor da Universidade de Paris (Panthéon-Sorbonne) (1970), Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas.

INTRODUÇÃO

É da responsabilidade do poder Executivo, mesmo nas grandes democracias parlamentares, a dinâmica das relações internacionais. Notadamente o comprometimento externo formal, a expressão do consentimento do Estado em relação aos tratados, é algo que se materializa sempre num ato de governo - a assinatura, a ratificação, a adesão. Mas é próprio das democracias, ainda que sob o sistema de governo presidencialista, que os pressupostos do consentimento, ditados pelo direito interno, tenham normalmente a forma da consulta ao poder Legislativo. Sempre que o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isto vem a ser em regra a aprovação parlamentar. O modelo suíço, em que o referendo popular condiciona em caráter permanente a conclusão de certos tratados, configura uma exceção, assim como excepcionais têm sido os episódios avulsos de consulta ao eleitorado quando se cuida, como na Europa dos últimos anos, de integrar determinado país a um processo comunitário de grande desenvoltura e de notáveis consequências.

O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos - Legislativo e Executivo - em determinada ordem jurídica estatal. O estudo do quadro brasileiro, sob a regência da Constituição de 1988, será aqui precedido, ainda que em molde sumário, pela consideração de alguns outros sistemas nacionais.

1. SISTEMAS DE PARTILHA DO PODER CONVENCIONAL

Deixam-se de lado os modelos nacionais em que, de direito ou de fato, não há partilha, entre governo e parlamento, do poder de comprometer o Estado no plano internacional.¹ Em tais casos, hoje muito raros, não se pode falar, a rigor, em *pressupostos constitucionais do consentimento*, visto que nada o condiciona senão a vontade daquele mesmo poder que o exprime. No cenário restante abordam-se, em razão de sua excelência didática, três modelos: o francês, o britânico e o norte-americano.

§ 1. No modelo francês a aprovação parlamentar constitui pressuposto da confirmação de *alguns* tratados que a Constituição menciona, no seu artigo 53. São eles os tratados de paz, os de comércio, os relativos à organização internacional, os que afetam as finanças do Estado, os que modificam disposições legislativas vigentes, os relativos ao estado das pessoas, e os que implicam cessão, permuta ou anexação de território. Cuida-se, pois, de um sistema inspirado na ideia do controle parlamentar dos tratados de maior importância, à luz do critério seletivo que o próprio constituinte assumiu.²

Não há, assim, sob o aspecto qualitativo, diferença entre o modelo francês - herdado pela Constituição de 1958 às linhas gerais de suas predecessoras de 1946 e 1875 - e o que prevaleceu no Império do Brasil, sob a Constituição de 25 de março de 1824. Separa-os um fator puramente quantitativo, vez que neste último caso a aprovação da Assembleia-Geral impunha-se apenas quando o tratado envolvesse cessão ou troca de território imperial - "ou de possessões a que o Império tenha direito" e desde que celebrado em tempo de paz.³

§ 2. A originalidade do modelo britânico, construído sob o pálio de uma constituição costumeira, está no modo de focar a matéria. Ali, como no sistema já visto, *alguns* tratados não prescindem do beneplácito parlamentar. Não se pretende, contudo, que seja este um requisito de validade da ação exterior do governo, mas um elemento necessário à implementação do pacto no domínio espacial da ordem jurídica britânica.

O governo é livre para levar a negociação de tratados até a fase última da expressão do consentimento definitivo, mas não deve deslembrar-se da sua inabilidade constitucional para alterar as leis vigentes no reino, ou para, de qualquer modo, onerar seus súditos ou reduzir-lhes os direitos, sem que um *ato do parlamento* para isso concorra.

Este, pois, o toque peculiar ao modelo britânico. O mais singelo e estereotipado pacto bilateral de extradição reclama, para ser eficaz, o ato parlamentar convalidante,

¹ Em sua obra de 1943, Paul de Visscher mencionava alguns exemplos ostensivos de concentração do poder convencional nas mãos do governo. Eram eles, na época, o Império do Japão, a Alemanha sob o III Reich, a Etiópia, a República de São Marinho, a Arábia Saudita, o Iêmen e o Vaticano (Paul de Visscher, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelas, Bruylant, 1943, pp. 26-28).

² Quanto ao procedimento: manifestam-se, na França, as duas casas do parlamento, quais sejam a Assembleia Nacional e o Senado; e o fazem por meio de uma lei, aprovando o tratado, e permitindo, pois, sua confirmação pelo Presidente da República.

³ Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, art. 102 - VIII.

porque não se concebe que uma pessoa, vivendo no real território, seja turbada em sua paz doméstica, e mandada à força para o exterior, à base de um compromisso estritamente governamental. Concebe-se, porém, que tratados de mais transcendente importância política sejam concluídos pela exclusiva autoridade do governo, desde que possa este executá-los sem onerar os contribuintes nem molestar, de algum modo, os cidadãos. À margem da colaboração do parlamento pode o governo britânico, assim, adquirir território mediante compromisso político; e só não pode *ceder* território ante a presunção de que, com esse gesto, estará destituindo da proteção real os súditos ali instalados.⁴

O *Parlement Belge*, embarcação civil de uso do soberano belga, colidiu em 1879, em águas territoriais inglesas, com um barco privado pertencente a súdito local, que de pronto ajuizou no Tribunal do Almirantado um pedido de ressarcimento, envolvendo a apreensão da nave. Em preliminar, o governo belga sustentou a inviolabilidade daquela embarcação pública civil, não diversa da que cobria os navios de guerra, fosse à vista do direito internacional costumeiro, fosse em razão do tratado bilateral belgo-britânico de 1876, que estendia às naves do gênero aquele privilégio.

Robert Phillimore, juiz, na época, do Tribunal do Almirantado, negou, primeiro, que a inviolabilidade geralmente reconhecida pelo direito internacional comum fosse além dos navios de guerra. Em seguida recusou qualquer préstimo ao tratado de 1876 para estabelecer a extensão do privilégio, eis que não podia o governo, sem apoio num ato do parlamento, pactuar com potência estrangeira de modo a reduzir os direitos de um súdito local, entre os quais o de obter satisfação judiciária.

A Corte de Apelação derrubou essa sentença, por entender que o direito internacional costumeiro garantia ao barco real privilégio não inferior ao das naus de guerra. Não desautorizou, porém, a assertiva de Phillimore sobre a inidoneidade do tratado, nos termos em que formulada. O caso do *Parlement Belge* é citado até hoje como ilustração das limitações do governo britânico no trato internacional.⁵

§ 3. A Constituição americana de 1787 garantiu ao Presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, com o consentimento do Senado, expresso pela voz de dois terços dos senadores presentes.⁶ Bem cedo, porém, uma interpretação

⁴ Cf., a propósito, os argumentos de Gladstone e William Harcourt no debate sobre a cessão de Heligoland ao Império Germânico, em 1890 (William Reynell Anson, *The Crown*, II, p. 140). Relatam autores contemporâneos que de 1924 a esta parte o procedimento do governo britânico tem sido, na prática, mais cauteloso do que lhe manda o direito. Tem ele procurado enviar ao parlamento, com antecedência, todos os tratados não consumados pela assinatura - vale dizer, os dependentes de ratificação -, exprimindo seu consentimento definitivo caso aquele poder não se revele disposto, após algumas semanas, a colocar a matéria em debate. Isso de certo modo aproxima a atual tendência das instituições britânicas, no particular, do modelo dos Países Baixos (v. Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1975, p. 153).

⁵ V. Paul de Visscher, *op.cit.*, pp. 32-33; D.P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1970, p. 867; Arnold McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 83-84.

restritiva da palavra inglesa “treaties” fez com que se estimasse que nem todos os compromissos internacionais possuem aquela qualidade. Além dos *tratados*, somente possíveis com o abono senatorial, entendeu-se que negociações internacionais podiam conduzir a acordos ou ajustes, os ali chamados “agreements”, para cuja conclusão parecia razoável que o Presidente prescindisse do assentimento parlamentar. A prática dos *acordos executivos* começa no governo de George Washington, e ao cabo de dois séculos ostenta impressionante dimensão quantitativa. A Corte Suprema norte-americana, levada por mais de uma vez ao exame da sanidade constitucional desses acordos, houve por bem convalidá-los.

Na realidade, em dois casos análogos, *U. S. v. Belmont* (1937) e *U. S. v. Pink* (1942), a Corte Suprema enfrentou de modo curioso a pretensão de particulares, do setor bancário nova-iorquino, que contestavam a validade do *Acordo Litvinov* - um acordo executivo entre o presidente Franklin Roosevelt e o ministro soviético daquele nome, onde se determinava a devolução, à fazenda pública soviética, de somas depositadas em bancos de Nova York por súditos russos, antes da revolução de 1917, e não reclamadas mais tarde pelos depositantes privados. Chamando em seu socorro as leis e a ordem pública do estado de Nova York, Belmont, e mais tarde Pink, afirmaram não vislumbrar no acordo executivo o vigor jurídico bastante para neutralizar a proteção garantida por aqueles padrões de conduta a depósitos bancários particulares.

A Corte Suprema confirmou a validade do acordo executivo, sempre à luz da ideia de que só para “treaties” - não para “agreements” - a carta federal reclama o endosso de dois terços do Senado. Em seguida — e neste ponto reside a curiosidade, por aparente contradição, de tal jurisprudência - afirmou a Corte a prevalência do acordo Litvinov sobre as leis e a ordem pública do estado de Nova York, dando-lhe assim a estatura hierárquica que a mesma carta, no artigo VI, atribui aos “treaties”: a de “lei suprema do país” - o que traduz a virtude de prevalecer sobre a ordem jurídica dos estados federados.⁷

Embora cresçam em números absolutos, os acordos executivos do governo americano têm revelado o exercício de uma prerrogativa menos ampla do que se costuma supor. Não há indício da pretensão de que esses compromissos possam escapar ao âmbito de *três categorias* geralmente reconhecidas: aqueles que se apoiam em diretrizes ou autorização prévia do Congresso; aqueles que só se executam mediante autorização posterior do próprio Congresso; e aqueles que derivam dos estritos poderes constitucionais do Executivo. O'Connell estabelece um rol exemplificativo de cada uma dessas três categorias, onde se vê que os acordos da terceira - seguramente a mais discutível - são os menos numerosos. Seus temas,

⁶ Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, art. II, seção 2.

⁷ Sobre os casos *U. S. v. Belmont* e *U. S. v. Pink*, v. *McNair*, pp. 64-65 e 80; e Bernard Schwartz, *Constitutional Law*; Nova York, Macmillan, 1972, pp. 152-155.

entendidos como afetos à “estrita competência governamental”, incluem armistício, ocupação militar de território estrangeiro, jurisdição sobre crimes militares, tratamento de nacionais americanos no exterior e processualística de registro de tratados.⁸

Do ponto de vista processual, é conveniente destacar que o modelo norte-americano poucos seguidores teve no tocante à entrega ao Senado - não às duas casas do Congresso - da competência para aprovar tratados. O México adota, tradicionalmente, esse sistema,⁹ bem assim as Filipinas e a Libéria. Adotou-o também o Equador enquanto teve um Congresso bicameral - vale dizer, até 1970.

2. O PODER CONVENCIONAL NO BRASIL REPUBLICANO

Mais de um século depois de lavrada a Constituição dos Estados Unidos, e perfeitamente cômico de todos os seus dispositivos, e da respectiva experimentação centenária, entendeu o constituinte brasileiro da primeira República de dispor sobre o *treaty-making power*, o *poder convencional*, nestes termos:

“Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[.....]

12º — resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras;

[.....]

Compete privativamente ao Presidente da República:

[.....]

16º — entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso;”¹⁰

A redundância terminológica - tratados, convenções, ajustes -, alvo constante da crítica doutrinária, persiste até hoje na lei fundamental brasileira, com um mínimo de variedade. Ali viu Carlos Maximiliano a intenção de compreender, pela superabundância nominal, todas as formas possíveis de comprometimento exterior.¹¹ O estudo da gênese das constituições brasileiras, a partir da fundação da República, não permite dúvida a respeito da correção dessa tese. Desprezado tal critério hermenêutico, e à luz única da linguagem do dispositivo, poder-se-ia, entretanto, chegar à conclusão oposta. Afonso Arinos atentou para esse risco e o deplorou em sua obra de 1957:

“A Constituição brasileira, ao falar em tratados e convenções internacionais, empregou duas palavras para exprimir o mesmo objeto jurídico, o que é de má técnica constitucional. O que é mais grave,

⁸ O'Connell, *op.cit.*, pp. 208-210.

⁹ Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917, art. 76-I. Não se refere a Constituição à maioria qualificada (2/3).

¹⁰ Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, arts. 34 a 48.

¹¹ Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira de 1946*; Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, vol. II, p. 238.

porém, é que não ficaria excluída a hipótese de se entender que outros atos internacionais que não viessem rotulados como *convenções* ou *tratados* ficariam dispensados da fiscalização do Legislativo.”¹²

É notório que os grandes comentaristas da Constituição da primeira República - entre eles, destacadamente, João Barbalho e Clóvis Bevilacqua¹³ - sustentaram a inviabilidade do comprometimento externo por obra exclusiva do governo, em qualquer caso. A Constituição de 1934 foi, porém, motivo de algum debate a respeito, ante uma alteração redacional presente nos dispositivos que regem a matéria:

“É da competência exclusiva do Poder Legislativo:
a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;
[.....]
Compete privativamente ao Presidente da República:
[.....]
6º - celebrar convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo;”¹⁴

Desapareceu desta última norma a referência a “ajustes”, bem assim o advérbio “sempre”, que precedia a expressão *ad referendum*. Superado o regime de 1937, em que o texto básico outorgava ao Conselho Federal o exame de tratados,¹⁵ a Constituição de 1946 retomou, quase que literalmente, a linguagem de 1934.¹⁶

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

¹² Afonso Arinos de Melo Franco, *Estudos de direito constitucional*; Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 266.

¹³ V., no volume II de *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)*, diversos pronunciamentos de Clóvis Bevilacqua, na qualidade de consultor do Itamaraty.

¹⁴ Constituição de 1934, arts. 40 e 56.

¹⁵ Carta política de 1937:

“Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre:

a) tratados e convenções internacionais;

[.....]

Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República: [.....]

d) celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo;”

¹⁶ Constituição de 18 de setembro de 1946:

“Art. 66. É da competência exclusiva do Congresso Nacional;

I - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;

[.....]

Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República: [.....]

VII - celebrar tratados e convenções internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;”

mais destacado patrocinador.¹⁷

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

A dúvida (. . . .) concerne à necessidade de aprovação do referido acordo pelo Congresso Nacional.

É lição que vem de Clóvis Bevilacqua: 'É a ratificação que torna o tratado obrigatório. No Brasil, compete a ratificação ao Presidente da República, depois que o Congresso aprove o tratado' (*Direito Público Internacional*, § 168, T. II, 2ª ed., 1939, p. 17). [.....]

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

Eis o que prescreve o § 3.º do seu art. 9.º: '§ 3.º Os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Presidente da República, em virtude das atribuições que lhe confere o art. 48, n.º 16, da Constituição, serão sujeitos à ratificação do Congresso, mediante um projeto de lei formulado pelo Poder Executivo, nos termos do art. 29 da Constituição'.

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

Finalmente, do mesmo sentir foi a jurisprudência nacional, manifestando-se a propósito de extradições concedidas com base em promessa de reciprocidade, em simples acordo mediante notas reversais. [.....]

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

Teriam os artigos da Constituição de 1934 e da atual, de 1946, já referidos, alterado aquela orientação do direito pátrio pelo fato de nos textos referentes ao Presidente da República falarem apenas em 'convenções internacionais' (1934, art. 56, 6.º) ou 'tratados e convenções internacionais' (1946, art. 87, VII)

¹⁷ Pela comodidade que proporcionava, a doutrina granjeou adeptos dentro da diplomacia brasileira. Não seria exato, porém, associá-la de modo raso ao Ministério das Relações Exteriores: Levi Carneiro, consultor jurídico do Ministério, ofereceu apoio limitado às concepções de Accioly; e Haroldo Valladão, ocupante do mesmo cargo, notabilizou-se como adversário dessa doutrina, fiel ao pensamento constitucionalista de Clóvis e de outros autores.

¹⁸ *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 7, 1948, pp. 5-11: Accioly.

na forma empregada nos dois diplomas básicos quanto ao Poder Legislativo (1934, art. 40, a, e 1946, art. 66, I)?

O elemento histórico desautoriza uma resposta afirmativa. [...]

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

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

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

Já escrevera Lafayette: 'Aos tratados dá-se indiferentemente a denominação de convenções, acordos, pactos e ajustes internacionais' (*Princípios de Direito Internacional*, II, 1902, p. 268). Não divergira Clóvis Bevilacqua (*op. cit.*, § 163 e nota, desde a 1.^a edição, 1910) nem Hildebrando Accioly (*Tratado de Direito Internacional Público*, 1934, n.º 1.251).

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

Entretanto ultimamente, em trabalho especial, já mencionado, o eminente internacionalista pátrio, Hildebrando Accioly, sustentou a possibilidade de ser o Brasil parte em atos internacionais que não dependem de aprovação do Congresso Nacional.

Eis os trechos fundamentais de sua argumentação: 'Realmente, o Brasil poderá ser parte em atos internacionais que não dependem de aprovação do Congresso Nacional. São eles, essencialmente, os que não exigem ratificação. Dizer que há tratados que não exigem ratificação poderá parecer contraditório com o preceito de direito internacional segundo o qual a ratificação constitui um dos requisitos para a validade de tais atos, até na ausência de cláusula expressa que a estipule. Trata-se, porém, ainda aqui, de um princípio de ordem geral, que admite exceções, conforme abaixo veremos... Isto posto, indiquemos agora quais as exceções admitidas ao princípio da obrigatoriedade da ratificação. Elas se fundam principalmente na natureza do ato internacional e, às vezes, nas circunstâncias que o cercam ou em que é firmado. Alguns autores mencionam também a forma do ato, como elemento suscetível de tornar dispensável a ratificação; mas, a nosso juízo, a forma nada significa, no caso; o que, na verdade, importa é a matéria do pacto. Acontece, porém, que esta geralmente influi naquela de modo que frequentemente se dá forma mais simples aos atos que não devem ser ratificados. O princípio geral que deve predominar no assunto é o da competência privativa dos órgãos constitucionais. Se a matéria sobre que versa o tratado é da competência exclusiva do Poder Legislativo, está claro que o aludido ato não se pode tornar válido sem a aprovação legislativa; e, se depende de tal aprovação, deve ser submetido à ratificação. A título de exemplos, podemos citar, no caso do Brasil, os tratados que, por qualquer forma, estabelecem novos ônus para o Tesouro Nacional; os que dispõem sobre a dívida pública federal; os que implicam cessão ou troca de território nacional ou resolvem sobre os limites deste; os que concedem favores aduaneiros; os de aliança militar; os que permitem o trânsito ou a permanência de forças estrangeiras no território nacional; os de comércio e navegação; etc. Nada impede, contudo, que o próprio Congresso tenha disposto previamente sobre o assunto do tratado e este não seja mais do que a aplicação exata do que já se acha regulado por lei, parecendo assim desnecessário que semelhante tratado seja ainda submetido à aprovação legislativa. Às vezes, também, o Congresso autoriza expressamente o Poder Executivo a dispor convencionalmente sobre determinado assunto. Se este, depois, faz objeto de um tratado, nas condições indicadas, é bem de ver que se pode considerar dispensável a aprovação subsequente, pelo Congresso. O último caso

sucedeu, com alguma frequência, nos Estados Unidos. Foi o que se deu, por exemplo, com os tratados de comércio concluídos durante o período governamental do Presidente Franklin Roosevelt, em virtude de ato do Congresso aprovado a 12 de junho de 1934.

Assim também, naquele país as Convenções Postais são concluídas pelo Presidente e o *Postmaster General*, sem necessidade de 'parecer e consentimento do Senado', porque antiga lei do Congresso, modificada em junho de 1934, dispôs nesse sentido. Por outro lado, é princípio assento na União norte-americana que os tratados meramente declaratórios da lei internacional (*law of nations*), ou direito das gentes, não exigem sanção legislativa, porque a dita lei, conforme tem decidido a Suprema Corte, é reconhecida como parte da lei do país. Como quer que seja, apesar da disposição expressa da Constituição americana a que atrás aludimos, segundo a qual foi concedido ao Presidente 'o poder de, com o parecer e consentimento do Senado, fazer tratados, mediante a aprovação de dois terços dos senadores presentes', é praxe antiga e muito seguida nos Estados Unidos a de concluir ajustes ou compromissos internacionais, sobre várias matérias, por meio dos chamados 'acordos executivos' (*executive agreements*), para a validade dos quais é dispensado o 'parecer e consentimento do Senado'. Os acordos executivos, segundo diz Miller, não possuem talvez definição exata e compreendem atos da mais variada natureza. Assim, por meio deles, têm sido ajustados, não só assuntos de pouca importância, como, por exemplo, a execução de cartas rogatórias, mas também matéria de mais relevância, como a navegação aérea, e até assuntos de natureza política. Sem falar, porém, na praxe americana, pode dizer-se, de conformidade com a doutrina mais corrente que a ratificação não é geralmente exigida para os seguintes atos internacionais: a) os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do poder Executivo; b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita; c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente; d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; e) os de *modus vivendi*, quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras. A esses casos, é frequente que na prática se acrescentem outros, como, por exemplo, os de ajuste para a prorrogação de tratado antes que este expire, e as chamadas declarações de extradição, isto é, as promessas de reciprocidade, em matéria de extradição, feitas por simples troca de notas.' (*Boletim*, pp. 5 a 8).

A primeira consideração de Hildebrando Accioly, de que independem de aprovação pelo Congresso os tratados que independem de ratificação — importaria em pedir ao direito das gentes a solução de um problema de exegese da Constituição de um determinado país, o que não me parece orientação aceitável.

A maior ou menor amplitude de poderes do Governo de um país para negociar e assinar atos internacionais há de depender, evidentemente, dos textos da Constituição e leis desse mesmo país. É assunto típico de direito interno, que escapa de todo ao direito internacional. A consulta, no assunto, ao direito constitucional é o que aconselha a doutrina corrente no direito internacional, salvo, é claro, o caso anormal de um Governo revolucionário, ou melhor, extraconstitucional. [...] Sai, portanto, o modo de ver de Accioly também da orientação brasileira no campo do próprio direito internacional.

Proclama ele, a seguir, o princípio geral da competência privativa dos órgãos constitucionais, fazendo depender da aprovação legislativa os tratados que versam sobre matéria exclusiva do Poder Legislativo. É, manifestamente, fugir do *jus constitutum* para penetrar no campo do *jus constituendum*. É criar, nos artigos constitucionais, contra seu texto, abandonando seu histórico, desacompanhando tradição firme, na legislação (Lei 23, de 1890), na doutrina

(João Barbalho, A. Milton, Clóvis Bevilacqua), na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, distinção que, em absoluto, não ocorreu quer aos seus autores, quer aos seus intérpretes.

A razão do preceito de nossas constituições republicanas, exigindo a aprovação pelo Congresso dos tratados e convenções, foi dada em trecho que já transcrevemos de Barbalho; visou a estabelecer um controle amplo do Congresso sobre o Presidente da República nas relações internacionais, dadas as graves consequências que poderão advir para o país de compromissos assumidos na ordem internacional. Não olharam os constituintes republicanos brasileiros a matéria ou a importância dos ajustes internacionais. Quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo em matéria de política exterior, não permitindo assumir o Brasil quaisquer responsabilidades, na ordem internacional, sem o consentimento do Congresso. Aliás, o critério proposto por Hildebrando Accioly, de distinguir entre os tratados que versassem matéria exclusiva do Poder Legislativo e matéria 'privativa' do Poder Executivo, levaria a sérias dificuldades em assunto que deve ser preciso, dada sua altíssima relevância: validade de atos internacionais firmados pelo Brasil.

É 'exclusiva' do Poder Legislativo, além das atribuições básicas referentes à administração federal propriamente dita, especificadas no artigo 65, I a VIII (orçamento, tributos, dívidas públicas, cargos públicos e vencimentos, operações de crédito e emissões, fixação de forças, transferência de sede do Governo Federal, limites do território nacional), toda a legislação concernente a bens do domínio federal e a 'todas as matérias da competência da União', art. 65, IX, art. 5.º, I a XV, letra a a r, etc. É todo o âmbito do Governo Federal. [...] Será possível considerar a matéria de um acordo daquela natureza, 'privativa' do Poder Executivo?

Para isto seria preciso fixar um limite à atividade legislativa no assunto, estabelecendo-se que a partir de um certo marco, a atribuição de estabelecer normas sobre a dívida pública federal cessaria para o Poder Legislativo e começaria, privativamente, para o Poder Executivo. Tal distinção, separação de atribuições com esse caráter, inexiste no direito constitucional brasileiro. Se se quisesse, porém, ter em vista, em cada lei, a parte deixada à execução e à regulamentação do Poder Executivo e, pois, parte sem fronteiras 'privativas' a depender da própria lei — nesse mesmo caso seria perigoso admitir fizesse o Presidente acordos, ajustes, tratados ou convenções com Estados estrangeiros no exercício de um poder, o regulamentar, diretamente subordinado ao Legislativo, que, a cada momento, poderia alterar a lei passível de regulamento. A estabilidade, necessária aos acordos internacionais, apresentar-se-ia de forma bem precária. E o Poder Executivo poderia criar, na espécie, um caso internacional, de inexecução de um compromisso que assumira para execução imediata. E tudo sem ponderar a repercussão inevitável de tais acordos no campo orçamentário, de competência legislativa anual. A doutrina exposta por Hildebrando Accioly está ligada, qual ele próprio o confessa, ao direito doutros povos, em especial, ao dos Estados Unidos. [...]

Accioly replicaria, em número ulterior do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional:

“[...]”

Os fatos indicam que nunca se entendeu, entre nós, que a aprovação do

¹⁹

Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, nº 11-12, 1950, pp. 95-108: Valladolid.

Congresso Nacional era necessária ou, melhor, indispensável 'para *quaisquer* atos bilaterais internacionais'. Ainda no regime da Constituição de 1891 — que era, nesse ponto, talvez mais exigente do que as posteriores, pois não se limitava a mencionar *tratados* e *convenções*, falando também em *ajustes* —, numerosos são os acordos bilaterais concluídos pelo Governo brasileiro com Governos estrangeiros e que vigoraram sem o preenchimento daquela condição. Percorra-se, por exemplo, o Código das Relações Exteriores, publicado em 1900, e lá se encontrarão vários exemplos de tais acordos. [...]

De datas posteriores a 1900, mas ainda sob a vigência da Constituição de 1891, poderíamos mencionar vários outros exemplos, inclusive alguns acordos para a demarcação de fronteiras e outros sobre a troca de correspondência diplomática em malas especiais.

A opinião de João Barbalho, embora das mais respeitáveis, não impediu a prática acima referida, sem que, aliás, se confirmassem os receios do eminente comentador de nossa primeira Constituição republicana. Por outro lado, custa-nos crer que o nosso Poder Executivo, ou melhor, o Presidente da República, não tenha noção dos 'altos interesses nacionais' e fosse comprometê-los *em matéria atinente à sua competência privativa*, ao tratar, por intermédio de seus agentes, com países estrangeiros. A declaração de que os constituintes brasileiros 'quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo, em matéria externa', carece de provas. E não se justificaria. Em toda parte, até nos países de regime parlamentar, a política externa é ação confiada precipuamente ao Chefe da Nação ou do Governo e a seu órgão especial para esse fim, que é o Ministro das Relações Exteriores ou dos Negócios Estrangeiros. Por isso, costuma dizer-se que o Chefe do Estado é quem representa este perante os países estrangeiros e que o dito Ministro é o seu mandatário direto para a direção dos serviços relativos às relações exteriores. Onde funciona o sistema parlamentar, poderá alegar-se que a orientação da política externa depende da maioria do parlamento; mas, ainda aí, quem a executa é, necessariamente, o órgão ordinário dos negócios estrangeiros, ou seja, o ministro da pasta que destes se incumbem.

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

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

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

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

Não nos parece mais procedente a alegação da dificuldade em distinguir a competência privativa do Poder Executivo da competência exclusiva do Poder Legislativo. Realmente, a Constituição Federal estabelece, primeiramente, o princípio de que os três Poderes pelos quais se dividem as atividades do Estado 'são independentes e harmônicos entre si'. Depois, indica o que compete privativamente a cada um. Evidentemente, haverá pontos de contato nessas competências; mas parece-nos possível distinguir sempre a que Poder cada uma delas pertence. [...]

Relativamente à prática nacional, já mostramos que foi frequente, no sentido indicado, durante a vigência da Constituição de 1891. Depois, sob a de 1934

(que durou, apenas, pouco mais de três anos) e a de 1946, podemos referir mais, entre outros, os seguintes casos: [.....]

Parece deva ser aqui acrescentado um caso correlato, talvez pouco conhecido, o qual não é propriamente o da ausência de aprovação legislativa e consequente ratificação de tratado ou convenção, mas o de *antecipação* de sua execução, determinada por motivo de força maior. Trata-se de um fato que não ocorre somente no Brasil, mas também em outros países. É o que sucede com certas convenções multilaterais, de caráter técnico ou administrativo, que estabelecem data fixa para sua entrada em vigor.

O melhor exemplo disso nos é dado pelas convenções da União Postal Universal, que, em geral, determinam sua entrada em vigor numa data fixada à distância de cerca de um ano após o encerramento do Congresso que as elabora, e dispõem que a partir dessa data os atos postais anteriores ficam revogados.

Como essas convenções exigem tempo demorado para a sua tradução em português e como sua tramitação também é lenta, no Congresso Nacional, o Departamento dos Correios e Telégrafos vê-se sempre forçado a dar início à sua execução, entre nós ou nas relações com os demais países da União Postal Universal, muito antes de sua aprovação e de sua ratificação. A este propósito, baste-nos mencionar que à data em que estamos escrevendo (2-VII-1953), a convenção principal e demais atos do Congresso da União Postal Universal realizado em Paris em 1952 já começaram a ser executados universalmente e, no entanto, entre nós, ainda não puderam ser submetidos ao Congresso Nacional, por se não haver ainda concluído a respectiva tradução, feita pelo órgão administrativo competente. [.....]

A tese da competência privativa é perfeitamente razoável. Se a matéria de um acordo é das que cabem peculiarmente dentro das atribuições constitucionais do Poder Executivo, e dado que a este é que compete o exercício das relações com outros Governos, não há por que se lhe deva negar a autoridade para celebrar o dito acordo e pô-lo em vigor, sem intervenção do Poder Legislativo. [.....] Seja como for, o que principalmente desejávamos era esclarecer que, entre nós, o costume já de muitos anos — ainda que se pretenda estabelecido *extra legem* — é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina.”²⁰

§ 2. O regime constitucional de 1988.

A Constituição brasileira vigente diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, sendo que ao Presidente incumbe “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.²¹

A Carta não inova substancialmente por mencionar os tais *encargos ou compromissos*: não há tratado internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. No entanto esse infeliz acréscimo à linguagem tradicional mereceu, por conta de seu desfecho (*gravosos ao patrimônio nacional*), a crítica da doutrina como se pudessem escapar ao controle do parlamento tratados porventura *gravosos ao patrimônio privado*, inventando-se assim entre nós um modelo inglês às avessas...²²

²⁰ *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 13-14, 1951, pp. 20-33: Accioly.

²¹ Constituição de 1988, art. 49-I e art. 84-VIII.

²² Mas o governo, desde 1988, simplesmente ignorou a inútil guirlanda: até mesmo tratados bilaterais para a mera dispensa de vistos em passaportes têm sido regularmente submetidos à aprovação do Congresso.

A Carta preserva, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana - e em quanto ali se promoveu a partir da compreensão restritiva do termo *treaties* -, se não de todo inglória no Brasil republicano anterior, tornou-se agora impensável. Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade estatal, a ser escorada, a todo preço, pela doutrina. Os argumentos metajurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos, deplorando, por contraste, e finalmente, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional, nas relações internacionais contemporâneas, seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado, é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando vestidos de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele dispendido pelos governos - também em geral - para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes - e não daqueles - já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência.²³

Juristas da consistência de Hildebrando Accioly e de João Hermes Pereira de Araújo não escoraram, naturalmente, seu pensamento em considerações do gênero acima referido. Nem se pode dizer que tenham tomado por arma, na defesa da prática dos acordos executivos, o entendimento restritivo da fórmula “tratados e convenções”, num exercício hermenêutico à americana. O grande argumento de que se valeram, na realidade, foi o do *costume constitucional*, que se teria desenvolvido, entre nós, temperando a fria letra da lei maior.

Parece, entretanto, que a gênese de normas constitucionais costumeiras, numa ordem jurídica encabeçada por constituição escrita - e não exatamente sumária ou

²³ O *Tratado de Itaipu* foi encaminhado ao Congresso por mensagem presidencial datada de 17 de maio de 1973. No dia 30 do mesmo mês, promulgava-se o Decreto Legislativo 23/73, aprovando-o. No Senado - cujo pronunciamento sucede sempre ao da Câmara - durou *dois dias* a tramitação da matéria. O Acordo nuclear Brasil-Alemanha também ilustra a assertiva do texto. A mensagem presidencial que o mandou ao Congresso é de 21 de agosto de 1975, e o inteiro processo se concluiu, com a promulgação do Decreto Legislativo 83/75, aprobatório do acordo, em 20 de outubro seguinte. Neste caso, foi de vinte dias a permanência da matéria no Senado.

concisa -, pressupõe o silêncio, ou no mínimo a ambiguidade do diploma fundamental. Assim, a carta se omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais, e de partilhar a propósito a competência dos poderes políticos. Permite pois que um costume constitucional preencha - com muita nitidez, desde 1926 - o espaço normativo vazio. Tal não é o caso no que tange à determinação do poder convencional, de cujo exercício a carta, expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o poder Legislativo. Não se pode compreender, portanto, e ao risco de fazer ruir toda a lógica jurídica, a formação idônea de um costume constitucional *contra a letra da Constituição*.

A própria realidade do elemento psicológico de qualquer costume é, no caso, muito discutível. Não há *opinio juris* onde, como no Itamaraty, a sombra da dúvida, que se projetava, em seu tempo, sobre o espírito de Raul Fernandes, marca ainda incômoda presença. Está claro que os acordos executivos, até hoje celebrados sob o pálio doutrinário de Accioly, expõem-se à luz plena do conhecimento: publica-os o Diário Oficial da União, e leem-nos os membros do Congresso. Mas o silêncio usual não perfaz a *opinio juris*, além de se ver quebrado vez por outra.

Na edição de 25 de maio de 1972, à página 3, o jornal *O Estado de S. Paulo* estampou esta notícia:

“O voto de aplauso ao Chanceler Gibson Barbosa, sugerido pelo Deputado Marcelo Linhares à Comissão de Relações Exteriores da Câmara, pelo êxito brasileiro na assinatura do acordo de pesca com Trinidad-Tobago, foi sustado pela unanimidade dos membros daquele órgão técnico, sob a alegação 'de desconhecimento oficial do texto aprovado'.

Lembraram os deputados Flávio Marcílio e Henrique Turner o texto constitucional, que dá competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, não importando que título tenham tais documentos.

Revelou Flávio Marcílio o interesse da Marinha em que os acordos de pesca fossem ratificados pelo Congresso Nacional, em contraposição à opinião dominante do Itamaraty, pelo não-envio deles ao Legislativo sob o argumento de que sua aprovação seria muito demorada.

Henrique Turner acentuou que, no caso do acordo de Roboré, o governo alegara que se tratava 'apenas de notas reversais', mas acabou remetendo seu texto ao Congresso, para que se soubesse se era realmente um tratado ou realmente 'notas reversais'.

O deputado paulista admitiu a hipótese de o Itamaraty não ter ainda encaminhado o acordo ao Congresso, talvez por não lhe interessar a divulgação antes de serem concluídos entendimentos idênticos com outros países, como ocorreu recentemente com os Estados Unidos.

De qualquer maneira, mesmo com essa tentativa de explicação a Comissão decidiu, por unanimidade, sustar a votação do voto de aplauso e congratulação, proposto pelo Deputado Marcelo Linhares, até que o Ministério das Relações Exteriores forneça à Câmara os necessários esclarecimentos sobre a matéria.”²⁴

²⁴ A notícia é confirmada pela Ata da 6.^a reunião ordinária da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, realizada em 24 de maio de 1972.

§ 3. Constituição e acordos executivos: juízo de compatibilidade.

Sobre a premissa de que um costume constitucional se pode desenvolver em afronta à literalidade da lei maior, os poucos patrocinadores contemporâneos da prática do acordo executivo, no Brasil, prosseguem fiéis ao rol permissivo lavrado sob a vigência da carta de 1946. Na lógica, na observação de outros modelos nacionais, na própria experiência local - não na Constituição -, pretendem encontrar base para sua lista de tratados consumáveis sem consulta ao Congresso. Não é de estranhar, assim, que a lista seja encabeçada justamente por seus dois tópicos indefensáveis - visto que, quanto a eles, nenhuma acomodação aos preceitos da lei fundamental se pode conceber. Trata-se dos acordos “sobre assuntos que sejam da competência privativa do poder Executivo”, e daqueles “concluídos por agentes que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita”, que compõem as alíneas *a* e *b* do rol de Accioly.

Tão nebulosa é a segunda categoria - sobre a qual não se produziram fundamentos teóricos, senão exemplos avulsos - que melhor parece não discuti-la em abstrato, sobretudo à vista da probabilidade de que não constitua mais que extensão periférica da primeira. Esta, por seu turno, vem a ser uma versão da terceira categoria norte-americana de *executive agreements*, concebida em termos menos precisos que os do modelo. A adaptação, de todo modo, resulta impossível: no Brasil, os poderes constitucionais que revestem o Executivo são por este amplamente exercitáveis à luz singular da ordem jurídica nacional, mesmo no que tange ao relacionamento diplomático ordinário. Quando se cuide, porém, de legislar internacionalmente, de envolver no contexto outra soberania, assumindo perante esta compromissos regidos pelo Direito das Gentes, e apoiados na regra *pacta sunt servanda*, não há como agir à revelia da norma específica, que exige a combinação da vontade dos dois poderes políticos, independentemente da importância do tratado ou de qualquer outro elemento quantitativo.

Não é ocioso lembrar quanto se encontram já ampliados os poderes reais do Executivo, neste domínio, pela interposição dos entes parastatais dotados de personalidade jurídica de direito privado - e hábeis, assim, para contratar com seus congêneres no exterior, e mesmo com Estados estrangeiros, sob a autoridade política do governo, e sem controle parlamentar tópico.

Por certo que a alegada competência privativa do governo não pretende confundir-se com o poder regulamentar, e buscar legitimidade nas leis votadas pelo Congresso. Se assim fosse, tampouco haveria lugar para acordos executivos no setor: lembrou Valladão que seria insensato assumir compromissos externos em área normativa subordinada, por excelência, ao próprio Congresso, que a todo tempo “poderia alterar a lei passível de regulamento”. Idêntico raciocínio proscreve a conclusão de acordos executivos naquele domínio em que a lei formal tenha autorizado o governo à ação administrativa discricionária - concessão de licenças de pesca ou pesquisa mineralógica, entre outros temas comuns -, porque a mutabilidade da lei seria incompatível com o vínculo assumido ante soberania estrangeira. O quadro é, na essência, diverso daquele em que o Congresso norte-americano, por lei, expressamente autoriza o governo a pactuar com nações estrangeiras sobre determinada matéria. Neste caso, a estabilidade dos tratados resultará garantida pela própria lei, conscientemente elaborada para servir de base ao comprometimento exterior.

Mais grave parece o fenômeno da complacência frente aos acordos executivos, em nações cuja ordem constitucional não os abona em princípio, quando se verifica que, a propósito, o padrão norte-americano, mal compreendido alhures, conduziu ou propende a conclusões e a práticas alarmantes. Descrevendo o entendimento oficial dessa questão na Argentina, Juan Carlos Puig dá como pacífico que o que pode o governo, ali, resolver por decreto, é matéria idônea para fazer objeto de acordo executivo.²⁵ No Brasil, como noutras nações de regime republicano presidencialista, o poder Executivo repousa nas mãos do chefe de Estado, a quem o ministério serve como um corpo de auxiliares, na expressiva linguagem da lei fundamental. Os poderes constitucionais privativos do governo são aqueles que a carta vigente atribui no artigo 84 ao Presidente da República, como exercer a direção superior da administração federal, iniciar o processo legislativo, ou vetar projetos de lei. É importante observar que a competência para celebrar “tratados, convenções e atos internacionais” se inscreve nessa mesma lista, só que acrescida do vital complemento “...sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Não há, assim, como fugir à norma específica, a pretexto de que o tema do ato internacional compromissivo pode inscrever-se noutra inciso da relação. Assim fosse e nos defrontaríamos com uma perspectiva convencional gigantesca, além de tangente de pontos os mais sensíveis do poder político. O Presidente da República, por sua singular autoridade constitucional, nomeia e destitui livremente os ministros de Estado, bem como exerce o comando supremo das forças armadas. Ninguém, contudo, o estimará por isso autorizado a celebrar acordos executivos, por hipótese, com o Equador e com a Santa Sé, partilhando temporariamente aquele comando supremo, e condicionando a escolha e a dispensa de ministros ao parecer da Cúria Romana.

Apesar de tudo o acordo executivo - se assim chamamos todo pacto internacional carente da aprovação individualizada do Congresso - é uma prática convalidável desde que, abandonada a ideia tortuosa dos *assuntos da competência privativa do governo*, busque-se encontrar na lei fundamental a sua sustentação jurídica.

Três dentre as cinco categorias arroladas por Accioly são compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”.²⁶ Os primeiros, bem assim estes últimos, inscrevem-se no domínio da *diplomacia ordinária*, que se pode apoiar em norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados. Os intermediários se devem entender, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. Isto pede, entretanto, explicações maiores.

1.º) *O acordo executivo como subproduto de tratado vigente.*

Neste caso a aprovação congressional, reclamada pela carta, sofre no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que, ao aprovar certo tratado, com todas as normas que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

²⁵ Juan Carlos Puig, *Derecho de la Comunidad Internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 149.

²⁶ *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 7, 1948, pp. 8 e seguintes.

Dir-se-á que o acordo executivo, subproduto evidente de acordo anterior aprovado pelo Congresso, escapa assim ao reclamo constitucional de uma análise do seu texto acabado, implícito na fórmula *ad referendum*. Ao contrário, porém, de toda exigência legal de condição *prévia* - que em princípio não se pode suprir com a respectiva satisfação *a posteriori* -, a exigência do referendo pode perfeitamente dar-se por suprida quando ocorre a antecipação do consentimento. Desnecessário lembrar que, neste caso, a eventual exorbitância no uso do consentimento antecipado encontra remédio correto nos mais variados ramos do direito, e em todas as ordens jurídicas.

Nos exemplos seguintes observa-se, primeiro, a previsão convencional de acordos executivos, e em seguida a conformação vinculada destes últimos.

a) No acordo Brasil-Marrocos sobre transportes aéreos regulares (Brasília, 1975), aprovado pelo Decreto Legislativo 86/75:

“Art. VIII - 1. Cada Parte Contratante poderá promover consultas com as autoridades aeronáuticas da outra Parte para interpretação, aplicação ou modificação do Anexo ao presente Acordo ou se a outra Parte Contratante tiver usado da faculdade prevista no Artigo III.

2. Tais consultas deverão ser iniciadas dentro do prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da notificação do pedido respectivo.

3. Quando as referidas autoridades aeronáuticas das Partes Contratantes concordarem em modificar o Anexo ao presente Acordo, tais modificações entrarão em vigor depois de confirmados por troca de notas, por via diplomática.”

No Acordo básico de cooperação técnica Brasil-Itália (Brasília, 1972), aprovado pelo Decreto Legislativo 31/73: “Artigo I. 4. [...] Os programas de cooperação serão executados em conformidade com os entendimentos técnicos que forem estabelecidos entre as autoridades qualificadas para tanto. Esses entendimentos passarão a ter força executiva na data em que forem confirmados por troca de notas, as quais passarão a constituir Ajustes Complementares ao presente Acordo.”

b) No Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação técnica Brasil-R. F. da Alemanha, concluído por troca de notas, em 5 de maio de 1981: “Senhor Embaixador, Tenho a honra de acusar recebimento da nota [...] datada de hoje, cujo teor em português é o seguinte: 'Senhor Ministro, Com referência à nota [...] de 17 de abril de 1979, bem como em execução do Acordo Básico de Cooperação Técnica, de 30 de novembro de 1963, concluído entre os nossos dois Governos, tenho a honra de propor a Vossa Excelência, em nome do Governo da República Federal da Alemanha, o seguinte Ajuste sobre o desenvolvimento de processo bioquímico contra a ferrugem no cafeeiro. [...] (H.J.S.) [...] (R.S.G.)’

No Ajuste complementar ao Acordo de cooperação científica e tecnológica Argentina-Brasil, lavrado em instrumento único e vigente à data da assinatura (Brasília, 15 de agosto de 1980): “O Governo da República Federativa do Brasil e O Governo da República Argentina Animados do desejo de desenvolver a cooperação científica e tecnológica, com base no Artigo II do Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica, firmado em Buenos Aires a 17 de maio de 1980, e Reconhecendo a importância da cooperação no campo das comunicações para promover o desenvolvimento econômico e industrial, Acordam o seguinte: [...] (R.S.G.) (O.C.)

A constitucionalidade do acordo executivo que, em razão do disposto em tratado antes aprovado pelo Congresso, aparece como subproduto daquele, não pode ser colocada em dúvida. Esta tese é, no mínimo, compatível com quanto preceitua o artigo 84 da carta de 1988. Serve o costume, assim, para convalidá-la.

O Congresso, ademais, tem perfeita ciência do assentimento prévio que confere a esses acordos antevistos na literalidade de um pacto submetido a seu exame. E se, porventura, não deseja no caso concreto abdicar do controle individualizado de todos os subprodutos ali enunciados, procede como quando aprovou o Acordo básico de cooperação Brasil-Líbia:

“Decreto Legislativo n.º 23, de 1981.

Aprovo o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 1.º - Fica aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 2.º - Todas as emendas ou alterações introduzidas no texto referido no artigo anterior só se tornarão eficazes e obrigatórias para o País após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional.

Art. 3.º - Este decreto legislativo entrará em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 09 de junho de 1981. (J.P.)”

2.º) O acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária.

Precedendo o inciso que se refere à celebração de “tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, o artigo 84 da Constituição encerra um inciso apartado que diz ser da competência privativa do Presidente da República “manter relações com os Estados estrangeiros”. Neste dispositivo tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâmica das relações internacionais: incumbelhe estabelecer e romper, a seu critério, relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida ante determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuide de incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a auto-suficiência do poder Executivo é praticamente absoluta.²⁷

²⁷ Temperam-na, não obstante, os fatores seguintes:

a) A declaração de guerra e a celebração da paz, promovidas pelo Presidente da República, têm sua validade condicionada ao endosso ulterior do Congresso, quando este não haja manifestado antecipadamente sua aquiescência.

b) Na escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, depende o Presidente da aprovação prévia do Senado Federal, por voto secreto.

c) Como todo ministro de Estado, encontra-se o chanceler obrigado a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado, ou qualquer de suas comissões, desde que convocado por uma ou outra casa para prestar, pessoalmente, informações acerca de assunto determinado. A convocação dirá respeito, presumivelmente, a tema afeto às relações exteriores. Pode transparecer em tal ensejo a desaprovação do Congresso à política exterior do governo. Nada, porém, mais que isso. Num sistema presidencialista, as convicções do Congresso não vinculam o Executivo. Diversamente do que sucede nos regimes parlamentares, não depende entre nós o governo, ou cada um de seus integrantes em particular, da confiança do Legislativo.

Também no referido inciso - cuja autonomia em relação ao referente a tratados merece destaque - parece repousar a autoridade do governo para a conclusão de compromissos internacionais terminantemente circunscritos na rotina diplomática, no relacionamento ordinário com as nações estrangeiras. Não seria despropositado, mas por demais rigoroso, sustentar que a opção pelo procedimento convencional desloca o governo de sob o pálio desse inciso lançando-o no domínio da regra seguinte, e obrigando-o à consulta parlamentar. Dir-se-ia então que, livre para decidir unilateralmente sobre qual a melhor interpretação de certo dispositivo ambíguo de um tratado em vigor, ou sobre como mandar proceder em zona de fronteira enquanto não terminam as negociações demarcatórias da linha limítrofe em causa, ou sobre a cumulatividade de nossa representação diplomática em duas nações distantes, ou ainda sobre quantos escritórios consulares poderão ser abertos no Brasil por tal país amigo, o governo decairia dessa discricção, passando a depender do abono congressional, quando entendesse de regular qualquer daqueles temas mediante acordo com Estado estrangeiro. O rigor não elide a razoabilidade dessa tese, que não é, contudo, a melhor. Acordos como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo* nada mais são, em regra, que exercício diplomático preparatório de outro acordo, este sim substantivo, e destinado à análise do Congresso. Acordos interpretativos, a seu turno, não representam outra coisa que o desempenho do dever diplomático de entender adequadamente — para melhor aplicar — um tratado concluído mediante endosso do parlamento.

Deve-se haver, entretanto, como pedra de toque na identificação dos acordos executivos inerentes à diplomacia ordinária, e por isso legitimáveis à luz do inciso VII do artigo 84 da lei fundamental, o escrutínio de dois caracteres indispensáveis: a *reversibilidade* e a preexistência de *cobertura orçamentária*. Esses acordos devem ser, com efeito, desconstituíveis por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte, sem delongas — ao contrário do que seria normal em caso de denúncia. De outro modo, se a retratação unilateral não fosse hábil a operar prontamente, o acordo escaparia às limitações que o conceito de *rotina diplomática* importa. Por igual motivo, deve a execução desses acordos depender unicamente dos recursos orçamentários *alocados às relações exteriores*, e não de outros.

São muitos os exemplos de acordos executivos celebrados pelo governo brasileiro — na pessoa do ministro das Relações Exteriores ou de chefe de missão diplomática, nas mais das vezes —, e caracterizáveis como expressão da atividade diplomática ordinária, coberta por inciso autônomo do artigo 84 da Constituição em vigor. Alguns deles:

Acordo Brasil-Uruguaí sobre turismo, concluído por troca de notas, em Brasília, em 11 de setembro de 1980:

“Senhor Ministro, Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência com relação ao intercâmbio turístico entre a República Federativa do Brasil e a República oriental do Uruguaí, cujo volume experimentou um crescimento constante nos últimos anos.

2. Esta circunstância requer uma permanente adequação das normas aplicáveis para facilitar e promover o normal desenvolvimento do turismo recíproco.

3. Contudo, as normas que regulam a referida atividade, ou que de alguma maneira sobre ela incidem, referem-se atualmente a temas específicos e conexos, como migrações, transportes, alfândega e outros, cuja harmonia normativa é necessário lograr para estimular as correntes turísticas entre nossos países.

4. Para tal fim, e com o objetivo de harmonizar no maior grau possível as disposições que regulam o desenvolvimento do intercâmbio turístico brasileiro-uruguaio e de consubstanciar num instrumento jurídico a aspiração que nos é comum, é necessário concertar a adoção de medidas adequadas para lograr um acordo de caráter integral sobre facilitação do turismo.

5. Para tanto, o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em celebrar o referido acordo, o qual seria concluído como resultado do seguinte procedimento prévio: *a.* Criar uma Comissão *ad hoc* que terá a seu cargo os estudos prévios correspondentes e a redação de um projeto de convênio para a facilitação do turismo entre a República Federativa do Brasil e a República oriental do Uruguai. *b.* A Comissão será integrada por funcionários designados por cada uma das Partes. *c.* A Comissão deverá finalizar os estudos prévios e redigir o pertinente projeto de acordo antes do dia 1.º de janeiro de 1981.

6. A presente Nota e a de Vossa Excelência de mesma data e idêntico teor, constituem um acordo entre nossos Governos, o qual entrará em vigor a partir do dia de hoje. [.....]" (R.S.G.)²⁸

Acordo Argentina-Brasil sobre transportes marítimos, concluído por troca de notas, em Brasília, em 18 de junho de 1981: "Senhor Encarregado de Negócios, Tenho a honra de acusar recebimento da nota n.º 192, de 18 de junho de 1981, relativa às negociações de novo Convênio sobre Transporte Marítimo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, cujo teor em português é o seguinte:

'Senhor Ministro, Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, com referência ao Acordo, por troca de notas, celebrado nesta cidade no dia 20 de agosto último, mediante o qual nossos Governos criaram uma Comissão Especial encarregada de preparar texto de um projeto de convênio sobre transporte marítimo, que consolide e atualize as disposições que regulam o citado transporte.

Sobre o assunto, tendo em vista que a citada Comissão Especial deve finalizar seu trabalho antes do dia 18 de junho de 1981, e que, não obstante haver avançado significativamente na tarefa que lhe foi cometida, restam a precisar certos aspectos do Convênio, tenho a honra de manifestar a concordância do Governo da República Argentina com o de Vossa Excelência, em estender por 180 dias adicionais, a partir desta data, o prazo fixado para a conclusão das tarefas da Comissão Especial.

A presente nota e a de resposta de Vossa Excelência, de mesma data e igual teor, constituirão um acordo entre ambos os Governos, que entrará em vigor no dia de hoje. [.....]" (R.A.R.)

2. Em resposta, comunico a Vossa Senhoria que o Governo brasileiro concorda com a proposta de prorrogação de prazo contida na nota, a qual, com a presente, constitui acordo entre os dois Governos, a entrar em vigor na data de hoje. [.....]" (R.S.G.)²⁹

Acordo Brasil-Malásia sobre estabelecimento de escritório comercial, concluído por troca de notas, em Brasília, em 15 de outubro de 1981:

"Senhor Embaixador, Tenho a honra de levar ao conhecimento de

²⁸ Diário Oficial de 4.11.80, S. I, p. 21.986.

²⁹ Diário Oficial de 24.07.81, S. I, p. 13.962.

Vossa Excelência que o Governo brasileiro concorda em que seja mantido na cidade de São Paulo um escritório da Federação da Malásia para fins comerciais, nas seguintes condições: a) o escritório, designado como Escritório Comercial da Federação da Malásia, constituirá uma seção dos serviços comerciais da Embaixada da Malásia no Brasil; b) o Escritório Comercial terá exclusiva função de fomentar o intercâmbio comercial entre o Brasil e a Federação da Malásia e promover os interesses comerciais desta última no Brasil, não podendo, entretanto, praticar atos de comércio; c) as instalações do Escritório Comercial, bem como sua correspondência, gozarão do privilégio de inviolabilidade; d) os funcionários de nacionalidade malaia que vierem a servir no Escritório Comercial em São Paulo serão considerados um acréscimo ao número total dos funcionários da Embaixada da Federação da Malásia no Brasil; [.....]

2. Fica assegurada pelo Governo da Federação da Malásia reciprocidade de tratamento ao Governo brasileiro caso este venha a solicitar o estabelecimento de Escritório da mesma natureza na Federação da Malásia.

3. A presente nota e a respectiva resposta de Vossa Excelência, de igual teor, constituirão um Acordo sobre a matéria entre os Governos do Brasil e da Federação da Malásia, o qual entrará em vigor na data de recebimento da nota de resposta. [.....]" (R.S.G.)³⁰

Acordo Argentina-Brasil sobre identificação de limites, concluído por troca de notas, em Buenos Aires, em 16 de setembro de 1982:

"Senhor Ministro, Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para referir-me à conveniência de melhorar a identificação do limite de nossos países, no trecho do rio Uruguai, que compreende os grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras), tendo em conta que as citadas ilhas, por sua situação geográfica, podem suscitar dúvidas nos habitantes da zona, com respeito à jurisdição sobre as mesmas.

2. As ilhas citadas foram incorporadas definitivamente ao domínio territorial de cada um dos dois países, de conformidade com o Tratado de 6 de outubro de 1898, pelos 'Artigos Declaratórios da Demarcação de Fronteiras entre a República Argentina, e os Estados Unidos do Brasil', assinados no Rio de Janeiro, em 4 de outubro de 1910.

3. A respeito do assunto, é-me grato levar ao seu conhecimento que o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em atribuir à Comissão Mista de Inspeção dos Marcos da Fronteira Brasil-Argentina, constituída por troca de notas de 11 de maio e 17 de junho de 1970, as faculdades para a construção dos marcos que considere convenientes nos grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras).

4. A presente nota e a de Vossa Excelência, da mesma data e idêntico teor, constituem um acordo entre nossos Governos, que entra em vigor nesta data. [.....]" (C.S.D.G.R.)³¹

Ficou visto que não se enquadra na ação diplomática ordinária, não podendo, assim, celebrar-se executivamente, o acordo que envolva ônus apartado dos recursos do orçamento para as relações exteriores. A aprovação do Congresso é neste caso

³⁰ Diário Oficial de 28.10.81, S. I, p. 20.515.

³¹ Diário Oficial de 19.10.82, S. I, p. 19.809.

indispensável.

O Protocolo preliminar Bolívia-Brasil sobre navegação fluvial do Amazonas, firmado em La Paz, em 29 de março de 1958, com que se pôs a funcionar certa comissão mista para estudos e sugestões, teria sido celebrável pela autoridade dos dois governos, não importasse despesas de algum vulto na época. Como consequência disto, foi submetido ao Congresso, que o aprovou pelo Decreto Legislativo 4/61. O Acordo Brasil-FAO sobre estabelecimento de escritório da organização em Brasília (Roma, 1979) não difere, em natureza, daquele acordo Brasil-Malásia citado no item precedente, e consumado pelos dois governos. Aqui, porém, a necessidade do abono do Congresso - que o aprovou pelo Decreto Legislativo 122/80 - explica-se à leitura do artigo IV:

“O Governo, através do Ministério da Agricultura, prestará assistência ao estabelecimento e efetivo funcionamento do Escritório do Representante da FAO no Brasil, emprestando à FAO instalações, móveis, material de escritório e demais acessórios, bem como um aparelho de telex e telefones, e deverá também proporcionar pessoal de apoio técnico e administrativo e serviços de limpeza e manutenção para as instalações acima mencionadas. As despesas decorrentes do uso diário dos aparelhos de telex e telefones e quaisquer outras que a FAO considerar necessárias ao bom funcionamento do Escritório correrão inteiramente à conta da FAO. A contribuição governamental está especificada no Anexo ao presente Acordo.”³²

Um raciocínio analógico talvez explique, a esta altura, a razão por que tradicionalmente se apontam como independentes de aprovação parlamentar os *acordos de trégua* e assemelhados, que se concluem, dentro do estado de guerra, entre chefes militares - agentes do poder Executivo das respectivas partes. Mais que o argumento pragmático, tocante às circunstâncias prementes em que se ajustam estes pactos, vale a consideração de que presenciemos, nesse quadro, o exercício de uma diplomacia de guerra; ou a manutenção de relações - no caso especialíssimas, por óbvio - com Estados estrangeiros, dentro de um clima de guerra. A trégua, o cessar fogo, o acordo para preservação de certas áreas, ou para troca de prisioneiros, e outras tratativas a cargo de comandos militares - quase todas previstas nas grandes convenções de Haia e de Genebra -, configuram à evidência o resultado de uma peculiar diplomacia ordinária; e, tais como os acordos desta resultantes em tempo de paz, ostentam as características do não-comprometimento de recursos indisponíveis e da reversibilidade. Mal há lugar para que se efetive esta última, tão imediata a execução ou tão breve a duração de muitos dos acordos da cena de guerra.

Não se confundam esses acordos com a celebração da paz. Esta é de tal modo valorizada pela Constituição brasileira que, para o simples ato de *fazê-la* - e independentemente, assim, da confirmação de um tratado de paz - depende o Presidente da República de aprovação ou do referendo do Congresso.³³

³² Diário Oficial de 15.05.81, S. I, p. 8.842.

³³ Constituição de 1988, art. 84, XX. Na vigência da carta de 1946 era necessária, em todos os casos, a aprovação *prévia* do Congresso para a feitura da paz — assim entendida, juridicamente, a terminação do estado de guerra. V., a respeito, o parecer de 26 de julho de 1951, de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty (*Pareceres*, IV, pp. 516-518).

§ 4. Procedimento parlamentar.

Quando o tratado tenha podido consumir-se executivamente, por troca de notas ou pela assinatura do instrumento único, publica-o o Diário Oficial no título correspondente ao Ministério das Relações Exteriores. Em caso algum esses acordos pretendem produzir efeito sobre particulares, mas, por imperativo do direito público brasileiro, a divulgação oficial se impõe para que a própria ação de funcionários públicos da área, no sentido de dar cumprimento ao avençado, seja legítima. Importa agora informar sobre o procedimento que circunda, no Brasil, a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional.

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o Presidente da República — que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira — está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Ressalvada a situação própria das convenções internacionais do trabalho,³⁴ ou alguma inusual obrigação imposta pelo próprio tratado em causa, tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Este abono, porém, não o *obriga* à ratificação.³⁵ 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*.

A perspectiva aberta ao chefe do governo, de não ratificar o tratado aprovado pelo Congresso, torna lógica a simultaneidade eventual do exame parlamentar e do prosseguimento de estudos no interior do governo. Ilustram esta hipótese as primeiras linhas de um parecer de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty, com data de 9 de junho de 1951:

“Tendo-se verificado que a convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas, aprovada na Assembleia-Geral de 21 de novembro de 1947, não foi oportunamente submetida à minha apreciação, como havia sido determinado e se afirmou (até acentuando-se a demora do meu parecer) - veio-me agora às mãos, para o mesmo fim, o referido convênio. No entanto, esse convênio já se acha, ao que fui informado, em exame no Congresso Nacional - e, anteriormente, tivera, provavelmente, a coparticipação e a assinatura do representante do Brasil. Em tais condições, torna-se agora difícil fazer acolher alguma modificação conveniente. Ainda assim, não me posso furtar à satisfação do pedido que tenho presente. [...].”³⁶

³⁴ Sobre as convenções internacionais do trabalho e a razão pela qual é menor, nesse terreno, a liberdade do governo, v. Rezek, J.F., *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 164-168.

³⁵ V. a propósito o estudo de Hildebrando Accioly, consultor jurídico do Itamaraty, na vigência da Constituição de 1946 (*Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 8, 1948, pp. 164-166).

³⁶ *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores*, IV, pp. 505-509.

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional, para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *mensagem* do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, Presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores.³⁷ Esta mensagem é capeada por um aviso do ministro chefe do Gabinete Civil ao primeiro secretário da Câmara dos Deputados - visto que, tal como nos projetos de lei de iniciativa do governo, ali, e não no Senado, tem curso inicial o procedimento relativo aos tratados internacionais.

Os papéis abaixo transcritos dão ideia da integralidade do que tem entrada no Congresso Nacional.

“Em 19 de abril de 1982.

Excelentíssimo Senhor Primeiro Secretário:

Tenho a honra de encaminhar a essa Secretaria a Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, acompanhada de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, relativa ao texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de elevada estima e consideração.” (J.L.A. — Ministro Chefe do Gabinete Civil)

“Mensagem n.º 150

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Em conformidade com o disposto no artigo 44, inciso I, da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Brasília, em 19 de abril de 1982.” (J.F.)

“Senhor Presidente,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o anexo Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, assinado em Brasília, no dia 9 de fevereiro passado, por ocasião da visita ao Brasil do Presidente Osvaldo Hurtado Larrea.

2. Trata-se de documento que, pela flexibilidade e característica de acordo-quadro, visa a sistematizar a ampla área das relações entre os dois países, além de estabelecer diretrizes básicas de cooperação e prever a institucionalização, por instrumentos complementares, de mecanismos próprios para a consecução dos objetivos nele fixados.

3. O referido Tratado estabelece, em seu Artigo II, a criação de uma Comissão de Coordenação Brasileira-Equatoriana, que terá por finalidade fortalecer a cooperação entre os dois países, analisar e acompanhar o desenvolvimento de assuntos de interesse mútuo relativos à política bilateral, regional ou multilateral, e igualmente propor

³⁷ Ocasionalmente, em razão da matéria, firmam a exposição de motivos outros ministros de Estado além do titular das Relações Exteriores.

aos dois Governos as medidas que julgue pertinentes, sobretudo nos seguintes campos:

[.....]

4. Tendo presente a crescente importância do papel que a Amazônia deve desempenhar como elemento de união entre os países que integram e como ponto focal de um vasto processo de cooperação, sob a égide do Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado de Amizade e Cooperação consigna a decisão das Partes Contratantes de outorgar a mais alta prioridade à execução dos diversos projetos acima relacionados. Constituindo-se, dessa forma, em marco significativo nas relações Brasil-Ecuador, o referido ato internacional proporcionará elementos para que a cooperação mútua se desenvolva e fortifique de forma harmônica e sistemática, dentro de entendimento e boa vizinhança, em benefício do estreitamento dos laços que unem os dois países.

5. À vista do exposto, Senhor Presidente, creio que o Tratado de Amizade e Cooperação em apreço mereceria ser submetido à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição Federal. Caso Vossa Excelência concorde com o que precede, permito-me submeter à alta consideração, o anexo projeto de Mensagem ao Poder Legislativo, acompanhado do texto do Tratado em apreço.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, os protestos do meu mais profundo respeito." (R.S.G.) [segue-se o texto integral do tratado].

A matéria é discutida e votada separadamente, primeiro na Câmara depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra casa, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de Constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, segurança nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o quórum comum de presenças - a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores -, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o quórum comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo.³⁸ Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo

³⁸ Essa maioria qualificada foi o que não conseguiu obter no Senado, em 1919, o Presidente Woodrow Wilson, em relação ao Pacto da Sociedade das Nações.

presidente do Senado Federal, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

Alguns comentários tópicos, neste ponto, parecem úteis:

a) O uso do *decreto legislativo* como instrumento de aprovação congressional dos tratados é de melhor técnica que o uso da *lei* formal, qual se pratica na França³⁹ e já se praticou, outrora, no Brasil.⁴⁰ Não faz sentido que esse ato aprobatório, espelhando com absoluta pureza a posição do Congresso, comporte sanção do Presidente da República - e abra, conseqüentemente, a insólita possibilidade do veto.

b) Nos períodos da história do Brasil em que, desativado o Congresso, assumiu o Executivo seus poderes, teria sido lógico que o chefe de Estado simplesmente prescindisse de qualquer substituto formal do decreto legislativo de aprovação. Os juristas da época assim não entenderam. No *Estado Novo* desencontraram-se, ademais, quanto ao diploma executivo preferível: alguns tratados foram aprovados por decreto simples,⁴¹ outros por decreto-lei.⁴² Esta última foi também a forma adotada pela *junta* governativa no recesso parlamentar compulsório de 1969.⁴³ Em todos esses casos observou-se um curioso processo de determinação da vontade nacional: o Executivo negociava e firmava o compromisso. Analisava-o depois e, se disposto a ir adiante, editava o decreto ou decreto-lei aprobatório. Em seguida, munido de sua própria aprovação, ratificava o tratado...

c) A aprovação pode ter como objeto qualquer espécie de tratado, sem exclusão do que se tenha concluído por *troca de notas*,⁴⁴ sendo numerosos os decretos legislativos que já se promulgaram para abonar compromissos vestidos dessa roupagem.⁴⁵

d) O decreto legislativo exprime unicamente a *aprovação*. Não se promulga esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República. Exemplos de desaprovação repontam com extrema raridade na história constitucional do Brasil, e entre eles destaca-se o episódio do tratado argentino-brasileiro de 25 de janeiro de 1890, sobre a fronteira das Missões, rejeitado pelo plenário do Congresso em 18 de

³⁹ E também, ao que informam os textos, na Argentina, no Chile, na Colômbia e na Venezuela. No México adota-se a forma da *resolução* do Senado.

⁴⁰ V. em José Manoel Cardoso de Oliveira, *Atos Diplomáticos do Brasil*, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1912, vol. II, p. 48, a referência ao Tratado brasileiro-peruano de 1874, sobre permuta territorial, e alguns exemplos de aprovação de tratados na vigência da Constituição de 1891.

⁴¹ Tratado de extradição Brasil-Venezuela, de 1938 (*Col. MRE* no 160, aprovado pelo Decreto 4.868, de 9.11.39).

⁴² Tratado de extradição Brasil-Colômbia, de 1938 (*Col. MRE* no 168), aprovado pelo Decreto-Lei 1.994, de 31.01.40; Acordo sul-americano de radiocomunicações, de 1935 (*Col. MRE* no 217, aprovado pelo Decreto-Lei 687, de 14.09.38).

⁴³ Acordo geral de cooperação Brasil-R. F. da Alemanha, de 1969 (*Col. MRE* no 644), aprovado pelo Decreto-Lei 681, de 15.07.69; Tratado da Bacia do Prata, de 1969 (*Col. MRE* n. 633), aprovado pelo Decreto-Lei 682, de 15.07.69; Atos (diversos) do XV Congresso da União Postal Universal, de 1964, aprovados pelo Decreto-Lei 544, de 18.04.69.

⁴⁴ O ritual muda, preservado o princípio, se o compromisso, neste caso, já se encontrava em vigor quando da submissão ao Congresso.

⁴⁵ Decreto Legislativo 5/51; v. também a Mensagem 532/80 do Presidente ao Congresso; e comentário de Levi Carneiro, em 1949 (*Pareceres*, IV, pp. 318-322) e 1950 (*Pareceres*, IV, pp. 401-414).

agosto de 1891, por 142 votos contra cinco.⁴⁶

e) Um único decreto legislativo pode aprovar dois ou mais tratados.⁴⁷ Todavia, novo decreto legislativo deve aprovar tratado que antes, sob esta mesma forma, haja merecido o abono do Congresso, mas que, depois da ratificação, tenha sido um dia *denunciado* pelo governo. Extinta a obrigação internacional pela denúncia, cogita-se agora de assumir novo pacto, embora de igual teor, e nada justifica a ideia de que o governo possa fazê-lo por si mesmo.⁴⁸

f) A forma integral de um decreto legislativo que aprove, simplesmente, o tratado internacional é a seguinte:

“Decreto Legislativo nº 25 – de 28 de maio de 1979.

Aprova o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.

Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição, e eu, Luiz Viana, Presidente do Senado Federal, promulgo o seguinte:

Art. 1º É aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Viana Presidente do Senado Federal.”

A aprovação parlamentar é retratável? Pode o Congresso, por decreto legislativo, revogar o igual diploma com que tenha antes abonado certo compromisso internacional? Se o tratado já foi ratificado - ou seja, se o consentimento definitivo desta república já se exprimiu no plano internacional -, é evidente que não.⁴⁹ Caso contrário,

⁴⁶ Neste caso o próprio governo, e pela voz de Quintino Bocaiúva - que conduzira as negociações com o chanceler argentino Zeballos - recomendou ao Congresso a desaprovação do tratado (v. José Maria Bello, *História da República*; São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1964, pp. 73-75). Para outro caso de rejeição, ocorrido em 1949, e atinente a um pacto bilateral com a Tchecoslováquia, v. o comentário de Levi Carneiro em *Pareceres*, IV, p. 410.

⁴⁷ Decreto Legislativo 91, de 1972: “Art. 1º É aprovado o texto do Tratado sobre Vinculação Rodoviária, assinado em Corumbá, a 4 de abril de 1972; e o do Protocolo Adicional ao Tratado sobre Vinculação Rodoviária, firmado, em La Paz, a 5 de outubro de 1972, celebrados entre a República Federativa do Brasil e a República da Bolívia. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Senado Federal, em 5 de dezembro de 1972. *Petrônio Portella* – Presidente do Senado Federal.”

⁴⁸ Decreto Legislativo 77, de 1973: “Art. 1. É aprovado o texto da Convenção Nacional Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, concluída em Washington, a 2 de dezembro de 1946, aprovada pelo Decreto Legislativo n 14, de 9 de março de 1950, promulgada pelo Decreto n. 28. 524, de 18 de agosto de 1950, e denunciada, por nota da Embaixada do Brasil em Washington, ao Departamento de Estado Norte-Americano, a 27 de dezembro de 1965, com efeito a partir de 30 de junho de 1966, em virtude de não haver, na ocasião, maior interesse do Brasil em continuar a participar da referida convenção. Art. 2. Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Senado Federal, em 7 de dezembro de 1973. *Paulo Torres* – Presidente do Senado Federal.”

⁴⁹ E não é, no caso, importante saber se o tratado já entrou em vigor ou não; ressalvada a possibilidade de retirada da ratificação em circunstâncias excepcionais.

seria difícil fundamentar a tese da impossibilidade jurídica de tal gesto. Temos, de resto, um precedente:

“Decreto Legislativo nº 20, de 1962.

Revoga o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate, assinado em 1956, entre os Governos do Brasil e da França.

Art. 1º É revogado o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro em 4 de maio de 1956, entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e da França, para a execução administrativa de questões financeiras e a liquidação, por meio de arbitramento, das indenizações devidas pelo Brasil, em decorrência da encampação das estradas de Ferro São Paulo-Rio Grande e Vitória-Minas, bem como da Companhia Port of Pará.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 15 de dezembro de 1962.

Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal.”

Este diploma revocatório de decreto legislativo anterior resultou de um projeto que mereceu, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer seguinte:

“O Deputado José Bonifácio, pelo projeto de decreto legislativo número 36, de 1960, deseja a revogação do decreto legislativo acima transcrito. Em longa e bem articulada justificação, demonstra o equívoco a que foi levado o Congresso Nacional para aprovar o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro, em 4 de maio de 1956, entre os Governos dos Estados Unidos do Brasil e da França.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (art. 66, I, da Constituição Federal).

Em face das razões alegadas, algumas delas que atingem o decreto legislativo em vigor para colocá-lo em orla de duvidosa constitucionalidade, consideramos que se deve permitir a tramitação do Projeto Legislativo no 36-60.

Brasília, em dezembro de 1960.

Pedro Aleixo, Relator.”

3. O CONFLITO ENTRE TRATADO E NORMA DE PRODUÇÃO INTERNA

O primado do *direito das gentes* sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis

fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de submeter-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, 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.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma deste exato feitio aparece na Constituição francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, admite, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação importa, por si mesma, uma reforma constitucional. Mas é imperativo, neste caso, que o parlamento holandês adote o ritual (quórum, turnos de votação) semelhante ao da emenda à carta - em procedimento semelhante ao que, desde 2004, prescreve a Constituição do Brasil para a aprovação de tratados sobre direitos humanos.⁵⁰

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.

§ 1. *Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.*

Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação. Para primar, em tal contexto, não seria preciso que o tratado recolhesse da ordem constitucional o benefício hierárquico. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*. A prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. A França, a Grécia e a Argentina oferecem exemplos de semelhante sistema.

Constituição francesa de 1958, art. 55: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte."

Constituição da Grécia de 1975, art. 28, § 1: "As regras de direito

⁵⁰ Conforme o § 3º do artigo 5º, inovado pela

internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação [...], têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis."

Constituição política da Argentina, texto de 1994, art. 75, § 22: "[...] os tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis."

§ 2. *Paridade entre o tratado e a lei nacional.*

O sistema brasileiro se identifica àquele consagrado nos Estados Unidos da América, sem contramarchas na jurisprudência nem objeção doutrinária de maior vulto. Parte da "lei suprema da nação", o tratado ombreia com as leis federais votadas pelo Congresso dos Estados Unidos e sancionadas pelo presidente - embora seja ele próprio o fruto da vontade presidencial somada à do Senado, e não à das duas casas do parlamento americano. A *supremacia* significa que o tratado prevalece sobre a legislação dos estados federados, tal como a lei federal ordinária. Não, porém, que seja superior a esta. De tal modo, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente. É certo, pois, que uma lei federal pode fazer "repelir" a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse - observa Bernard Schwartz - estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de *restrição constitucional*.⁵¹

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na Carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até algum tempo atrás, e a doutrina permaneceu dividida. Marotta Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Accioly e Carlos Maximiliano.⁵² Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, naquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.⁵³

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do recurso extraordinário 80.004,⁵⁴ em que assentada por maioria a tese de que, 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 - apesar das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. A maioria valeu-se de precedentes do próprio tribunal para ter como indubitosa a introdução do pacto - no caso, a *Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias* - na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma

⁵¹ Bernard Schwartz, *Constitutional Law*, Nova York, Macmillan, 1972, p. 87-88.

⁵² Vicente Marotta Rangel, *La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil*; R. Fac. SP (1960), v. 55, p. 264-265.

⁵³ Filadelfo Azevedo, *Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro*; BSBDI (1945), v. 1, p. 12-29.

⁵⁴ Para comentário à decisão do STF, v. Mirtô Fraga, *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias - o Decreto-lei 427/69, posterior em cerca de três anos à promulgação daquele - , visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária a sua estatura no ordenamento jurídico.⁵⁵ Entretanto ficou claro que, dada a diversidade das fontes de produção normativa, não se deve entender que isso é uma simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. O tratado tem, sem dúvida, qualidade para derogar a lei anterior desde o instante em que passa a integrar nossa ordem jurídica. Mas a lei interna carece de virtude para derogar uma norma que envolve outras soberanias além da nossa. Diz-se então que o judiciário enfrenta, no caso do conflito real entre tratado e lei mais recente, a contingência de “afastar a aplicação” do primeiro, sem dá-lo por derogado. Por isso é que se, em termos práticos, resulta preferível não que o governo denuncie o tratado,⁵⁶ mas que o Congresso revogue a norma interna com ele conflitante, o tratado, jamais derogado pela lei, volta a aplicar-se entre nós por inteiro. Por acaso, foi justamente o que aconteceu com o texto de Genebra sobre títulos de crédito, uma vez que revogado, pouco tempo depois, o decreto-lei que com ele entrara em conflito.

§ 3. *Situações particulares em direito brasileiro atual.*

Há, contudo, exceções à regra da paridade? Há domínios temáticos em que, desprezada a ideia de valorizar simplesmente a última palavra do legislador ordinário, seja possível reconhecer o primado da norma internacional ainda que anterior à norma interna conflitante? Duas situações merecem a propósito um comentário apartado, as que se desenham, no domínio tributário, à luz do artigo 98 do CTN, e, no domínio dos direitos e garantias individuais, à luz do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

I. Domínio tributário: o artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Esse dispositivo diz que os tratados (os que vinculam o Brasil, naturalmente) “...revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução do conflito consumado; mas se assim for entendida ela é virtualmente supérflua. Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da República, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional. Assim, para que se dê ao artigo 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno onde o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar “normas gerais”. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do artigo 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina.⁵⁷ Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a

⁵⁵ V. a íntegra do acórdão em RTJ 83/809; em particular o voto do ministro Leitão de Abreu.

⁵⁶ O que não nos exonera da responsabilidade internacional por eventuais consequências do conflito, enquanto não surte efeito a denúncia.

⁵⁷ V. Carlos Mário da Silva Velloso, *O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte, CEDIN, 2002.

compatibilidade, e muitas vezes o princípio *lex specialis derogat generali* remedia por si mesmo o problema. Mas se evidente e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei.

Resolve-se por mais de um caminho, creio, a questão de saber se o CTN tem estatutura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica. Faz sentido, por exemplo, dizer que no caso do conflito de que ora cuidamos a norma interna sucumbe por *inconstitucionalidade*. Ao desprezar o artigo 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária terá implícita e preliminarmente pretendido *innovar uma norma geral de direito tributário*, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a Carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas por uma fundar-se numa premissa ideológica hostil à exclusividade que a Carta dá à lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário.

II. Direitos e garantias individuais: o artigo 5^o, §§ 2^o e 3^o, da Constituição.

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do artigo 5^o da Constituição de 1988, um segundo parágrafo estabeleceu originalmente que aquela lista *não exclui outros direitos e garantias* decorrentes do regime e dos princípios consagrados na Carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria não se consolidou, entre 1988 e 2004, um entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria pareceu contudo pouco receptiva à ideia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado anterior a outubro de 1988, tivesse nível constitucional. De resto, não se encontrou em parte alguma de nosso acervo de compromissos internacionais anteriores à Carta esse *algum outro direito*, a menos que a tanto equivalessem os direitos resultantes, para os contribuintes, dos tratados bilaterais preventivos da bitributação e congêneres. A ideia de que o *upgrading* proposto pela linguagem obscura e atípica do parágrafo pudesse alcançar tratados supervenientes era, por seu turno, impalatável: assim postas as coisas, a Carta estaria dando ao governo e ao Congresso, este no quórum ordinário da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental.

A questão foi perfeitamente equacionada na emenda constitucional de dezembro de 2004 pelo aposição do terceiro parágrafo ao artigo 5^o: os tratados *sobre direitos humanos* que o Congresso aprove com o rito da emenda à carta — em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros — integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra, que se poderia chamar de *cláusula holandesa* por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados, autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatutura constitucional desde sua promulgação — que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia

mediante lei ordinária, e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

Uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º.⁵⁸ Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as *normas gerais de direito tributário* deveriam estar expressas em diploma dessa altitude.

Recebido em 18/03/2013
Aprovado em 27/09/2013

⁵⁸ Tal é o caso da garantia de que a prisão civil só pode alcançar o alimentante omissor, não o *depositário infiel*, prescrita pela Convenção de São José da Costa Rica a que o Brasil aderiu nos anos noventa.