

## O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA CELEBRAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### THE ROLE OF THE LEGISLATIVE POWER IN THE CELEBRATION OF INTERNATIONAL TREATIES AND THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Victor Hugo Alcalde do Nascimento\*

**RESUMO:** Este artigo versa sobre o papel do Poder Legislativo na celebração de tratados, visto que a condução da política externa do Estado é privativa do Poder Executivo, e a competência para a celebração dos acordos internacionais, como disposto na Constituição brasileira, é privativa do Presidente. Impera no país a interpretação de que todos os tratados internacionais devem passar pela apreciação do Parlamento, entretanto, dada a imprecisão normativa, há dois processos de celebração de tratados: os tratados em devida forma, de maior formalidade, que compreendem as fases de negociações e assinatura, referendo parlamentar, ratificação e publicação, e os tratados de forma simplificada que compreendem as etapas de negociação, assinatura ou troca de notas e publicação. Tais tratados, admitidos e utilizados na prática diplomática, são, para muitos internacionalistas e para o STF, inconstitucionais, vez que eximem a apreciação do Parlamento, impedindo o controle de constitucionalidade e de legalidade. Ressalta-se neste artigo a importância da edição de Lei ou Emenda Constitucional que discipline de forma clara o processo de celebração de tratados internacionais, assim como todos os atos que lhes são necessários, como a concessão de plenos poderes, necessidade ou não de referendo do texto do tratado pelo Legislativo, hierarquia que, uma vez ratificados, ocuparão no ordenamento jurídico a negociação e aplicabilidade. O tratado internacional, fonte de Direito Internacional, é matéria de relevante importância para o Estado, vez que temas antes privativos do Direito interno agora são por ele disciplinados, e que estes instrumentos afastam o preceito arcaico da reciprocidade nas relações internacionais.

**Palavras-chave:** Tratado internacional; Poder Legislativo; Acordos em forma simplificada; Acordos executivos; Direito Internacional.

**ABSTRACT:** This article explains the role of the Legislative Power in the celebration of international treaties, since the conduction of the foreign policy is private to the Executive Power, and, the competence for celebration of international agreements, as written in the Constitution, is private to the President. In the country employs an interpretation that every treaty should be submitted to the Parliament appreciation, although, because of the imprecision of the rules, there are two process of celebration of treaties: the full form treaties, which require more formalities and consist of phases as negotiation and signature, parliament referendum, ratification and publication, and, the simple form treaties which consist of negotiation, signature or exchange of letters and publication. These treaties, admitted and used in the diplomatic practice, are for many internationalists and for the STF unconstitutional since they exempt from the Parliamentary appreciation, then obstructing the constitutionality control. It should be mentioned in this article the importance of creating legislation or Amendment to the Constitution capable to rule, undoubtedly, the process of celebration of treaties, as all the acts needed to it, as the concession of Full Powers, the need of parliamentary referendum, the hierarchy they are going to be established in the national Law, since ratified, the negotiation and applicability. The international treaty, material source of International Law, is an important subject to the State, since subjects once private to the National Law are now ruled by that sphere o Law, and this juridical instrument removes the old reciprocity treatment in the International Relations.

**Keywords:** International treaties; Legislative Power; Simple form agreements; Executive Agreements; International Law.

---

\* Mestrando em Direito Negocial pela UEL/PR. Advogado.

## INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais ocupam, atualmente, posição primordial na condução da política externa e na regulamentação jurídica de matérias pelos Estados. Esses instrumentos jurídicos internacionais, fonte material de Direito das Gentes, disciplinam matérias que antes eram tidas como privativas do Direito interno estatal. Tais instrumentos jurídicos ganham maior papel quando se trata de processo de integração regional e de globalização, fazendo com que conceitos, como soberania, Direitos Humanos e meio ambiente, ampliassem suas conotações.

A celebração dos tratados internacionais pelo Brasil, entretanto, encontra sérios obstáculos quanto às formalidades necessárias. Inexiste, no país, regulamentação clara da matéria, e vige a imprecisão do legislador em discipliná-la na Constituição Federal.

A competência para a condução da política externa dos Estados, em regra e historicamente, foi confiada ao Poder Executivo, todavia, quando assume um compromisso externo, o faz para ser observado, também, no plano interno dos Estados. Nesse sentido, pleiteia-se maior participação do Poder Legislativo no processo de Celebração de tratados. A apreciação parlamentar faz-se necessária, vez que permite o exercício de controle político, constitucional e legislativo sob os atos internacionais do Executivo.

No Brasil, o processo de celebração de tratados internacionais não é claro; vigem no país, dada a imprecisão legal, duas categorias de celebração de tratados internacionais: os tratados em devida forma, que cumprem maior formalidade na celebração, e os tratados em forma simplificada, que, admitidos pela prática diplomática, dispensam maiores formalidades, como a apreciação legislativa do texto internacional.

Este artigo versa sobre a importância da edição de dispositivo normativo sobre tratados internacionais, expondo as peculiaridades e posicionamentos doutrinários

sobre os tratados em devida forma e os tratados em forma simplificada.

## OS TRATADOS INTERNACIONAIS

O século XXI presenciou o mundo tornar-se mais complexo e interconectado, assim como trouxe novos conceitos de segurança, liberdades individuais, liderança internacional, mudanças climáticas e desigualdades entre os indivíduos. Nações, anteriormente acreditadas como potências hegemônicas, atualmente mostram-se incapazes de dominar as nações mais fracas ou mesmo de resolver quaisquer problemas, seja no plano interno ou internacional, sozinhas. A revolução no transporte e na tecnologia de comunicação são exemplos bastantes das mudanças deste século, vez que criaram um mundo sem fronteiras entre o internacional e o doméstico. A Democracia, conseqüentemente, perante tais mudanças, não possui o mesmo significado que possuía no século anterior, por exemplo.

Diante de tais mudanças, o Direito também evoluiu e nota-se o papel indispensável do Direito Internacional Público nas relações da sociedade internacional, anárquica, não se entendendo, exatamente, “o caos, mas sim a ausência de uma autoridade suprema, legítima e indiscutível que possa ditar regras, interpretá-las, implementá-las e castigar quem não as obedece” (NOGUEIRA, MESSARI, 2005, p. 26). Significa dizer, como assevera Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 264), que “embora exista uma ordem jurídica em que todos se integram, não existe um órgão superior de poder, a que todos se submetam”.

A sociedade internacional, composta pelos Estados soberanos, pelas organizações internacionais intergovernamentais, e pelos indivíduos, ainda que em menos áreas, são sujeitos a quem o Direito das Gentes visa tutelar. Esse ramo jurídico viu na reciprocidade a forma mais elementar de Justiça, assim como utiliza-se ainda da atávica responsabilidade coletiva. Trata-se de uma Justiça “comutativa, do dar-te-ei o que me deres; do talião, [...] correspondente ao tratamento do próximo, pelo critério da rigorosa reciprocidade, “como tu me

tratas”, e de que é exemplo, nas relações internacionais, a guerra fria” (VALLADÃO, 1974, p. 14).

Na vigência arcaica da reciprocidade nas relações internacionais, observou-se a necessidade de instrumentos jurídicos capazes de criar direitos e obrigações na esfera internacional, e que fossem expressamente claros, do qual as partes contraentes não duvidariam do firmado. Incumbido de por termo, definitivamente, ao tratamento por reciprocidade, no término da Segunda Grande Guerra, o presidente norte-americano, *Woodrow Wilson*, nos seus *Fourteen Points*: “disse aos europeus que, a partir de então, o sistema internacional deveria basear-se não no equilíbrio de poder, mas, na autodeterminação dos povos, e suas seguranças deveria depender não de alianças militares, mas em uma segurança coletiva, e que sua diplomacia deveria não mais ser conduzida secretamente por especialistas, mas, na base de acordos abertos, publicamente firmados<sup>1</sup>”.

Os tratados internacionais, neste sentido, tornaram o instrumento jurídico utilizado pela sociedade internacional capaz de propiciar aos contraentes maior segurança jurídica vez estabelece, claramente, as obrigações e direitos das partes de maneira expressa e por escrito. Aliás, cita-se a importância da evolução conceitual e estrutural desses instrumentos alcançados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em cujo Art. 2º, § 1º, a, afirma que: “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (CONVENÇÃO, 2008)”.

A capacidade para celebrar tratados internacionais pelas Organizações Internacionais intergovernamentais, embora

ignorada pela Convenção de Viena de 1969, foi assegurada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, em 1986.

Esses instrumentos, fontes materiais de Direito Internacional Público, consagrados, aliás, como fonte jurídica pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assim consagrado em seu art.38, 1, a, expressa que aplicará “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes” (ONU, 1945). Ressalta-se que, pelo termo ‘convenção’ estão compreendidas todas as terminologias referentes a tratados internacionais, como expõe a Convenção de Viena de 1969.

O tratado internacional, aliás, segundo Hans Morgenthau (apud PETIOT, 2005, p. 428), “constitui o instrumento mais importante para a criação do Direito Internacional” que anteriormente direcionado “sobretudo para as alianças estratégicas dos Estados”, transformou-se “em poderoso mecanismo de cooperação internacional e de aperfeiçoamento das condições de vida do ser humano”.

A celebração dos tratados internacionais, entretanto, depende das competências atribuídas a cada um dos Poderes dos Estados. Ela é disciplinada isoladamente por cada Estado soberano, vez que lhes cabem confiar plenos poderes, estabelecer formas de negociação, referendo parlamentar, incorporação ou transformação em norma interna do tratado e estabelecer a posição hierárquica que ocuparão no ordenamento jurídico interno estatal.

A tendência atual mostra que o instituto com melhor aptidão para regulamentar o Direito Internacional Público no ordenamento interno é a Constituição. Trata-se, aliás, de uma tendência constitucionalista, a “internacionalização do Direito Constitucional”, afirmando-se “na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições Modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito Externo na órbita interna” (BONAVIDES, 2009, p. 47).

<sup>1</sup> Told the Europeans that, henceforth, the international system should be based not on the balance of Power but on ethnic self determination, that their security should no longer be conducted secretly by experts but on the basis of “open agreements, openly arrived at” (WILSON apud KISSINGER, 1994, p. 19).

A Constituição Brasileira, por exemplo, proclama dez princípios, em seu art. 4º, que devem ser obedecidos na condução da política externa do país, como: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica de conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Ademais desses preceitos de direito Internacional recepcionados pela Constituição, cabe a esta regulamentar sobre poder de um Estado e, portanto, delegar as competências dos Poderes. Aliás, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, em seu art. 16, já expressava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinados não tem constituição”<sup>2</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 29). Vê-se a importância do texto constitucional em separar os Poderes e assegurar a garantia dos direitos.

A Constituição Federal Brasileira, entretanto, não disciplinou de forma clara quando se trata de matéria de Direito Internacional, inclusive sobre a celebração de tratados. Aliás, a história do processo legislador brasileiro mostra que tal inépcia não é atual: “[...] mesmo passados quase cem anos entre a entrada em vigor da Constituição de 1891 e a promulgação da atual Carta de 1988, não foi possível disciplinar, de forma inequívoca, a função de cada Poder no Processo de celebração de atos internacionais e de sua posterior aprovação interna, ratificação, implementação e eventual denúncia. [...] os imprecisos dispositivos constitucionais dão margem a múltiplas interpretações jurídico-doutrinárias sobre o alcance e limite das prerrogativas dos dois poderes (Executivo e Legislativo) nessa área” (SOARES apud MEDEIROS, 2005, p. 134).

A falta de disciplina na Constituição não exime a criação de norma infraconstitucional disciplinando a matéria.

Todavia, no Brasil, há, em sede de tratados internacionais, “ausência [...] de uma lei reguladora da negociação, da assinatura, da processualística e da execução dos atos internacionais – circunstância à que se agrega a relutância em ratificar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” (LESSA apud MEDEIROS, 2005, p. 133). Essa Convenção foi referendada pelo Congresso Nacional no ano de 2009, contudo, com reservas a dois de seus dispositivos, art. 25 e 66.

## **CELEBRAÇÃO DE TRATADOS SEGUNDO AUTORES CLÁSSICOS**

As relações exteriores de Estado, “materializadas juridicamente através dos tratados internacionais, têm como centro de impulso o Poder Executivo” (MEDEIROS, 2005, p. 135), ideia consolidada desde o século XVIII. Entretanto, o primeiro marco da realização de um tratado internacional possui data anterior e foi celebrado e negociado pelo Poder Executivo, ou o equivalente a este. Trata-se de um “tratado internacional, de natureza bilateral, [...] entre Hatusil II, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó da XIXª dinastia” (REZEK, 2008, p. 11). Tal tratado estabeleceu o fim à guerra nas terras sírias, assim como versou sobre a paz entre os dois povos e alianças contra seus inimigos.

Na concepção clássica de divisão de poderes, cabe ao Poder Executivo a gestão interna e externa do Estado, restando ao Legislativo a criação de leis e o direito de “velar para que os interesses nacionais não sejam afetados por equívocos do Executivo na direção das relações Exteriores” (MEDEIROS, 2005, p. 135). Desta forma, “os rumos da política externa e os métodos da ação diplomática devem ser confiados ao Executivo, mas o Legislativo precisa exercer controle sobre a atividade governamental” (MEDEIROS, 2005, p. 135).

A condução da política externa do Estado, no entanto, foi entendida diferentemente por autores clássicos como Locke, Montesquieu e Grotius; inclusive, alguns sugeriram e elaboram nova distribuição do poder no Estado. O primeiro utilizou-se do termo federativo para designar atribuições do

<sup>2</sup> Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution. (BONAVIDES, 2009, p. 29).

“poder de relações internacionais” a esse departamento e distingui-lo dos poderes executivo e legislativo.

O Poder Federativo de John Locke era desempenhado pelo Rei, traduzindo-se no “poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade” (LOCKE apud MEDEIROS, 2005, p. 136). Trata-se do poder das relações exteriores. Embora diferente do Poder Executivo, “devem ser confiados a um só órgão em concreto, porque a sua separação pode acarretar inconvenientes, desordens e a ruína do Estado” (MEDEIROS, 2005, p. 136).

Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, inspirando-se na obra do inglês John Locke, desenvolveu seu modelo de distribuição de poderes na obra *Espírito das Leis*, de 1748. Segundo este, há “três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o poder executivo das matérias que dependem do Direito Civil” (MONTESQUIEU apud MEDEIROS, 2005, p. 137).

Pelo poder legislativo, na concepção de Montesquieu, o “príncipe ou magistrado faz as leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab roga as que já estão feitas” (MONTESQUIEU apud MEDEIROS, 2005, p. 137). Ao segundo poder, o poder executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, “faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões” (MONTESQUIEU apud MEDEIROS, 2005, p. 137). Pelo terceiro poder, o poder executivo das coisas que dependem do Direito Civil, “pune os crimes ou julga as controvérsias entre os indivíduos” (MONTESQUIEU apud MEDEIROS, 2005, p. 137), que o autor preferiu chamá-lo de Judiciário.

O poder executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, de Montesquieu, assemelha-se, no todo, ao poder federativo de John Locke, embora este tenha, posteriormente, mudado sua opinião, “passando a defender a natureza

essencialmente executiva do poder das relações exteriores (MEDEIROS, 2005, p. 138)

Hugo Grotius, jurista holandês, ao contrário dos autores clássicos acima citados, defendia serem os tratados de competência exclusiva do Rei, e os classificava as Ligas, assim denominadas as Convenções Públicas, “elaboradas pelo Comando do Poder Soberano, pelo qual toda a Nação está submetida à Coroa dos Deuses, se a violarem”<sup>3</sup> (GROTIUS, 2005, p. 818), em duas classes. Na primeira classe encontram-se aqueles que “requerem algumas Coisas somente, como são compatíveis com a Lei da Natureza [...] e são geralmente feitos entre dois inimigos pela conclusão da Guerra; e eram frequentemente feitos, [...] entre aqueles que antes não teriam contratado nenhum acordo entre ambos”<sup>4</sup> (GROTIUS, 2005, p. 821). Na segunda classe encontram-se dispostos aqueles acordos que acrescentam algo a mais ao Direito Natural, que poderia ser celebrado em paridade com os contraentes ou com disparidade de condições.

A celebração de tratados, como assevera Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (2005, p. 139), “configura um ato absolutamente original, uma forma normativa autônoma, que não se compara a nenhuma outra, nem à lei e nem ao contrato”, logo, “deveria corresponder, no conjunto das competências dos poderes do Estado, a uma função própria, original, que, subordinada, como a lei, à Constituição, formasse, paralelamente ao Poder Legislativo, um poder diferente”.

As Constituições atuais, entretanto, não se basearam nesses autores. Muitas, inclusive a brasileira, sequer regulamenta a condução da política externa do país e a celebração de tratados internacionais.

<sup>3</sup> “are made by the Command of the Sovereign Power, whereby the whole Nation is exposed to the Wrath of the Gods, if they violate it” (GROTIUS, p. 818).

<sup>4</sup> “those that require such Things only, as are agreeable to the Law of Nature [...] are generally made between two Enemies upon the Conclusion of a War; and were formally often made [...] among those who before had never contracted any Engagement towards one another” (GROTIUS, p. 821).

## O PODER LEGISLATIVO E A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS

A principal competência conferida ao Poder Legislativo é a de elaborar leis, que serão observadas por todos na sociedade. O disposto no art. 49, inciso XI, expressa que é seu dever “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes” (BRASIL, 1988); portanto, merece participação na celebração de tratados internacionais, vez que são fontes jurídicas no ordenamento pátrio.

O órgão parlamentar, ademais, “tem o direito de velar para que os interesses do País não sejam afetados por erros ou má fé do Executivo na direção das relações internacionais”, (MEDEIROS, 2005, p. 140). O contrário significaria “renunciar à soberania nacional e ao direito de nação de controlar o seu próprio destino” (MEDEIROS, 2005, p. 140). Ao Poder Legislativo incumbe, ainda, a função de guardião do tesouro nacional e, portanto, de impedir que o Poder Executivo contraia encargos gravosos ao patrimônio nacional.

A celebração de tratados internacionais compreende quatro fases distintas, a saber: negociações e assinatura; referendo parlamentar; ratificação; e promulgação. Na primeira fase, “os Chefes de Estado (ou de Governo, dependendo do sistema adotado em cada país) têm, em razão do cargo que exercem, capacidade originária para a celebração de tratados” (MAZZUOLI, 2007, p. 162). A competência para celebrar tratados internacionais, entretanto, é privativa do Presidente da República, como expresso no art. 84, VIII, mas não impede a sua delegação, e, logo, pode ser realizada por um dos agentes acima descritos, desde que apresentando os plenos poderes.

As negociações e assinatura “têm lugar quando os representantes dos Estados se reúnem em um certo local e em uma época preestabelecida, a fim de estudar conjuntamente as possibilidades de se chegar a um entendimento relativo à conclusão” (MAZZUOLI, 2007, p. 164) de um tratado internacional. Após, uma vez “adotado o texto

convencional, e estando as partes contraentes de acordo com os seus termos, tanto substanciais como formais, procede-se então à sua assinatura” (MAZZUOLI, 2005, p. 168). Trata-se de um “aceite precário, por ser provisório, podendo jamais vir a ser ratificado, e o tratado jamais entrar em vigor, uma vez que somente a ratificação (troca ou depósito dos seus instrumentos) é que exprime *consensus* efeitos das partes” (MAZZUOLI, 2007, p. 168).

Nesta fase inicial do processo de celebração de tratados não há de se pleitear ou defender participação do Poder Legislativo, vez que “existiriam inconvenientes e dificuldades, se o Legislativo tomasse parte diretamente na negociação de tratados ou em outras ações diplomáticas, mas é impossível negar o direito do Parlamento de apor seu veto” (MEDEIROS, 2005, p. 141). Os rumos políticos devem ser traçados pelo poder Executivo, mas o parlamento deve a todos fiscalizar.

Salienta-se que, nesta primeira fase, são geralmente celebrados tratados internacionais por escrito, vez que a interpretação da Convenção de Viena de 1969 por muitos doutrinadores assim o exige; entretanto, “o artigo 3º estipula que esta limitação não acarreta prejuízo para a força legal de acordos ‘não em forma escrita’” (BROWNLIE, 2008, p. 610). Neste caso, “substanciais partes da Convenção não são relevantes para acordos orais: o fato revela que importantes partes da lei, por exemplo as relativas à invalidade e extinção, irão aplicar-se a acordos orais” (WHITEMAN apud BROWNLIE, 2008, p. 610).

Realizada a assinatura durante as negociações, o Poder Executivo envia ao Congresso Nacional uma Mensagem salientando ao Parlamento que celebrou um tratado e que se procederá, então, com a apreciação legislativa. Nesta fase, o órgão

<sup>5</sup> Article 3 stipulates that this limitation is without prejudice to the legal force of agreements “not in writtem form” (BROWNLIE, 2008, p. 610).

<sup>6</sup> Substantial parts of the Convention are not relevant to oral agreements: the fact remains that important parts of the Law, for example, relating to invalidity and termination, will apply to oral agreements” (WHITEMAN apud BROWNLIE, 2008, p. 610).

legislativo pode realizar três espécies de controle, quando se trata de política externa, como apontado por S. R. Chow: controle constitucional, controle legislativo e controle político.

O controle constitucional realizado pelo Poder Legislativo diz respeito àquele exercido em decorrência de determinações constitucionais, como aquela que determina que acordos internacionais devam ser submetidos à apreciação legislativa; um controle formal dos atos do Executivo. Sob os preceitos desse controle, “o ato internacional praticado sem a formalidade da aprovação do Parlamento pode ser não só inexecutável no âmbito interno, como será nulo no plano exterior” (MEDEIROS, 2005, p. 142).

O controle legislativo é o controle que o Poder Executivo desempenha conforme sua competência exclusiva, ou seja, “há certos acordos celebrados pelo Executivo que precisam de lei para se tornar executórios; ou então a declaração de guerra ou o emprego de força armada” (CHOW apud MEDEIROS, 2005, p. 142).

A última classificação de controle, o controle político, é aquele em que o Poder Legislativo exerce em virtude de sua influência sobre o Executivo na dinâmica política do país. É amplamente utilizado “nos regimes parlamentaristas, onde a responsabilidade do Gabinete é aplicada em toda a sua plenitude”; neste sentido, “para não provocar a oposição do Legislativo, o governo vê-se obrigado a observar a opinião das Câmaras na condução da política externa” (CHOW apud MEDEIROS, 2005, p. 142). Tal controle não encontra disposição expressa em lei; é somente oriundo da prática parlamentar.

Neste sentido, “se o Executivo preside a política, tanto interna quanto externa, ao Legislativo compete controlar as ações governamentais, concedendo-lhes a sua aprovação, o seu estímulo ou, quando for o caso, a sua censura” (MEDEIROS, 2005, p. 143). No Brasil, a Constituição, de forma favorável, expressa que compete ao Legislativo, exclusivamente, a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, inclusive sob a administração indireta (Art. 49, X).

## **ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Quando se pleiteia a maior participação do Poder Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais, deve restar claro que, por se tratar de uma espécie de norma, fonte de Direito, não só internacional, mas interno, a participação parlamentar deve dar-se em todos aqueles instrumentos. Entretanto, na prática da condução da política externa de muitos países, inclusive o Brasil, dispensa-se a apreciação parlamentar de determinados acordos, ou seja, são atos internacionais desprovidos de várias solenidades; são tratados internacionais de forma simplificada ou tratados do Executivo.

A razão sustentada para a não apreciação fundamenta-se em que “quando o compromisso verse sobre matéria executiva, não há razão para que este seja submetido ao poder legislativo” (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 34). Essa habitualidade é reconhecida por países como os “Estados Unidos, onde a prática dos acordos executivos já recebeu a consagração da própria Suprema Corte, apesar do que dispões a Constituição americana em relação aos tratados” (ACCIOLY; SILVA, 2002, p. 35).

Nesse sentido, “a dinâmica das relações internacionais legitima a celebração de atos políticos ou diplomáticos que não se destinam à criação de normas jurídicas” (PETIOT, 2005, p. 429). Para esses atos, é comum utilizar a nomenclatura de “memorando de entendimento, protocolo ou carta de intenções, declaração ou comunicado conjunto, ata, entre outras, evidenciando preocupação de se evitar nesses casos o uso do termo tratado” (PETIOT, 2005, p. 429).

Essa prática de celebração de tratados encontra-se, principalmente, “nos países onde os procedimentos constitucionais de celebração de tratados continuam particularmente lentos e complicados” (MEDEIROS, 2005, p. 159). Ressalta-se que “os sistemas que mantêm a obrigatoriedade da aprovação do Legislativo para todos os tratados, a despeito da prática reiterada dos acordos em forma simplificada, estão sujeitos

ao surgimento de conflitos” (MEDEIROS, 2005, p. 159) entre as normas constitucionais que determinam a competência dos Poderes do Estado para a celebração de tratados e os acordos internacionais que não as observam.

Há Estados que mantêm nos seus textos constitucionais “os tratados que requerem obrigatoriamente a aprovação do Legislativo ou os tratados que não requerem obrigatoriamente a aprovação parlamentar” (MEDEIROS, 2005, p. 159). No Brasil, os dados históricos referentes à celebração de tratados internacionais comprovam que, “durante o Primeiro Reinado, os legisladores da época imperial já haviam exigido a aprovação parlamentar para todos os compromissos externos”, no período em que “o governo fosse exercido pela regência Permanente (1831 – 1840)” (MEDEIROS, 2005, p. 160).

Na República, a preocupação sobre a apreciação parlamentar de tratados mudara, vez que “o legislador constituinte conferiu ao Parlamento a prerrogativa de apreciar os tratados internacionais e conceder ou não o seu consentimento” (MEDEIROS, 2005, p. 160). Nesta mesma época, com o advento da Constituição Federal brasileira, em 1981, atribuiu-se “ao Presidente da República o poder de entabular negociações, celebrar ajustes, convenções e tratados internacionais, sempre submetendo tudo ao referendo do Congresso Nacional” (MEDEIROS, 2005, p. 161). Após, todas as Constituições nacionais utilizaram-se de termos semelhantes à Constituição Federal de 1988, ou seja, que é competência privativa do Presidente da República celebrar tratados internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional, o qual detém competência exclusiva para apreciá-los.

No país, atualmente, a imprecisão quanto à necessidade de apreciação do texto internacional pelo parlamento advém de dois dispositivos constitucionais – o art. 84, VIII, e o art. 49, I – com a prática diplomática que admite a celebração de tratados em forma simplificada, apoiada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que mesmo antes de não ser ratificada, a diplomacia brasileira a seguia, por tratar-se de normas declaratórias de Direito Internacional Público.

Salienta-se nesta matéria que “a Convenção não é toda declaratória de Direito Internacional geral: ela não se expressa nesse sentido”<sup>7</sup> (BROWNLIE, 2008, p. 608); entretanto, “um bom número dos artigos são essencialmente declaratórios de direito existente e certamente aquelas provisões que não são constituem evidência presumida de normas emergentes de direito internacional geral”<sup>8</sup> (BROWNLIE, 2008, p. 608)

Há, entre os dispositivos constitucionais dos arts. 84, VIII e 49, I, aparente conflito normativo, vez que o primeiro expressa que compete ao Presidente da República a celebração de tratados *ad referendum* do Congresso Nacional, e o segundo, que é de competência exclusiva do órgão parlamentar resolver definitivamente sobre tratados internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A esses dispositivos, todavia, a opinião majoritária da doutrina e do Supremo Tribunal Federal ensina que se deve interpretá-los extensivamente, vez que o “legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretem encargos, gravames, ônus financeiros para o patrimônio nacional” (MEDEIROS, 2005, p. 161). Ademais, no tocante aos encargos ou compromissos gravosos que podem ocorrer ao tesouro nacional, “não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários” (REZEK, 2008, p. 60). Nesse sentido, “até mesmo tratados bilaterais para a mera dispensa de vistos em passaportes têm sido regularmente submetidos à aprovação do Congresso” (REZEK, 2008, p. 60).

Os autores Jack Goldsmith e Eric Posner (2004, p.123-127) asseveram que, perante o Direito das Gentes “e sob o Direito

<sup>7</sup> The Convention is not as a whole declaratory of general international Law: it does not express itself so to be. (BROWNLIE, 2008, p. 608).

<sup>8</sup> [...] a good number of articles are essentially declaratory of existing Law and certainly those provisions which are not constitute presumptive evidence of emergent rules of international law. (BROWNLIE, 2008, p. 608).



Constitucional norte-americano, um acordo do Executivo celebrado à autoridade do Presidente, somente, sem a participação legislativa, pode ser legalmente vinculante<sup>9</sup> (2004, p. 123). Os autores ainda lecionam que a apreciação legislativa deve dar-se em três hipóteses: “quando outra nação demanda um comprometimento mais forte ou duradouro; a meta da política externa do presidente converge com as do legislativo que sua aprovação pode ser obtida; ação imediata não é requerida”<sup>10</sup>.

A interpretação extensiva dos dispositivos constitucionais (arts. 84 e 49), no entanto, não é suficiente para extinguir a prática da celebração de tratados em forma simplificada. Pode-se concluir que, atualmente, no país, vigem dois processos de celebração de tratados, um processo completo, dos tratados em devida forma, e um abreviado, dos tratados em forma simplificada.

O processo de celebração dos tratados em devida forma, processo completo, compreende as quatro etapas: a negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação. O processo de celebração dos tratados em forma simplificada, entretanto, “compreende as etapas da negociação, assinatura ou troca de notas e publicação” (MEDEIROS, 2005, p. 162).

Os acordos em forma simplificada são, geralmente, celebrados por trocas de notas diplomáticas. Historicamente, “a prática remonta aos *executive agreements*, que o Presidente dos Estados Unidos passou a concluir a partir do fim do século XVIII sem consulta do Congresso” (PETIOT, 2005, p. 429).

A troca de notas é amplamente utilizada “para assuntos de natureza

geralmente administrativa, bem como para alterar ou interpretar cláusulas de atos já concluídos” (MAZZUOLI, 2007, p. 142). Hildebrando Accioly (apud MEDEIROS, 2008, p. 62) estabelece três categorias de possibilidades para a celebração dos tratados em forma simplificada: “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”.

A prática da celebração dos acordos executivos é sustentada, principalmente, pela “velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, [...], da importância das decisões rápidas” (REZEK, 2008, p. 61), dada a “lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares” (REZEK, 2008, p. 61).

Esses argumentos, no entanto, não se sustentam juridicamente, vez que, segundo o art. 49, X, da Constituição impõe-se ao Poder Legislativo o Dever de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, assim como o de zelar pela sua competência legislativa, vez que outros poderes têm igual atribuição.

## **SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NA CELEBRAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS**

Sustenta-se, atualmente, que a solução mais viável para garantir a apreciação compulsória do Poder Legislativo na celebração de tratados internacionais seria a criação de uma Lei nacional disciplinando a matéria. Esta “teria a conveniência de regulamentar aspectos sobre os quais persistem dúvidas recorrentes, inclusive no plano federal” (LESSA apud MEDEIROS, 2005, p. 134). As dúvidas referem-se “à caracterização das partes contratantes, à forma dos atos e suas hierarquias, à concessão de plenos poderes, à entrada em vigor, à ratificação e a vários outros aspectos” (LESSA apud MEDEIROS, 2005, p. 134).

<sup>9</sup> “[...] US constitutional Law, an executive agreement made on the president’s authority alone, without legislative participation, can be legally binding” (POSNER, GOLDSMITH, 2004, p. 123).

<sup>10</sup> “the other nation demands a strong or lasting commitment; the president’s foreign policy goals converge sufficiently with the legislature’s that consent can be obtained; immediate action is not required” (POSNER; GOLDSMITH, 2004, p. 127).

Muitos autores, como Paulo Caliendo e Valério de Oliveira Mazzuoli (apud MEDEIROS, 2005, p. 134), entendem primordial a criação de um dispositivo legal nacional que discipline a matéria de tratados. Segundo estes, “é necessária a promulgação de uma lei de tratados no Brasil, onde se deixem bem fixadas as regras brasileiras relativas à integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados internacionais em nosso país”.

Patrick Petiot (2005, p. 428) partilha da opinião majoritária da doutrina sobre a necessidade de se “preparar um projeto de lei que discipline os vários aspectos relacionados à celebração de tratados”, vez que “o volume de questões dirigidas à Consultoria Jurídica do Itamaraty, em matéria de tratados, parece justificar efetivamente a elaboração de ato normativo que disponha sobre o tema sem ser código que enrijeça a conclusão”.

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (2005, p. 163), entretanto, defende que se deve “reiterar que os tratados são sujeitos a referendo do Congresso Nacional, mas admitindo a celebração de acordos em forma simplificada” em algumas hipóteses, como “quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo Legislativo”, ou “quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de denúncia”.

Há, portanto, autores que defendem a tese de que todos os tratados devem, compulsoriamente, ser apreciados pelo Poder Legislativo, e outros que defendem a tese de que alguns tratados, dada sua matéria, não necessitam de apreciação legislativa. Entretanto, é opinião majoritária a necessidade de edição de um diploma normativo nacional sobre tratados.

No plano concreto das ações do Poder Legislativo, há o Projeto de Lei n.º 31, de 1982, de autoria de Itamar Franco, “regulamentando a expedição de credenciais, plenos poderes ou outros instrumentos que habilitem agente diplomático a firmar atos internacionais em nome do País” (MEDEIROS, 2005, p. 164). Seu art. 2º expressa que “a ratificação de

qualquer ato jurídico que crie obrigações internacionais para o País será, em qualquer hipótese, precedida de aprovação pelo Congresso Nacional” (MEDEIROS, 2005, p. 164).

Itamar Franco (apud MEDEIROS, 2005, p. 164) sustenta seu projeto alegando que “vêm as autoridades responsáveis pela condução dos negócios exteriores acolhendo com crescente liberdade a prática dos *executive agreements*”; em sua opinião, “o que se procura utilizando tais caminhos é simplesmente frustrar a competência fiscalizadora das Casas Legislativas” (MEDEIROS, 2005, p. 164).

O Projeto de Lei n.º 4.938, de autoria de Gerson Marcondes, defende, assim como o Projeto de Itamar Franco, a compulsoriedade de apreciação legislativa em tratados internacionais. Este Projeto expressa que: “nenhum tratado, acordo ou ato internacional que acarrete encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional terá validade e eficácia enquanto o respectivo instrumento, em sua redação final e definitiva, não for aprovado, mediante decreto legislativo, pelas Casas do Congresso Nacional” (MEDEIROS, 2005, p. 165).

Para o autor do Projeto de Lei n.º 4.938 (apud MEDEIROS, 2005, p. 165), “a violação à disciplina nesta lei constitui crime de responsabilidade e sujeita a julgamento político criminal”.

Nenhuma das soluções elencadas obteve sucesso no plano legislativo, muito embora é inegável a necessidade de um diploma legal ou emenda à Constituição que discipline a matéria de tratados internacionais. Seja a solução. No que se refere à apreciação do Poder Legislativo, compulsória ou não em algumas hipóteses pré-estabelecidas, vale-se da premissa que “a correta regulamentação da atividade externa é garantia da executoriedade das normas internacionais no âmbito interno” (MEDEIROS, 2005, p. 160).

A edição de Emenda Constitucional “poderia dispor sobre os acordos em forma simplificada ou remeter a definição dos critérios de admissibilidade à legislação infraconstitucional” (PETIOT, 2005, p. 430).

Ressalta-se que a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados já oferece o arcabouço jurídico de origem costumeira sobre a vida dos tratados no plano internacional”; o diploma legal que se cogita a criação “diria respeito a pontos de Direito interno, como concessão de plenos poderes, distribuição de competências para aprovação, adesão, reservas, internalização, [...] admissibilidade dos acordos em forma simplificada” (PETIOT, 2005, p. 428), dentre outras matéria relevantes.

É necessário, portanto, a edição de legislação ou reforma à Constituição, vez que “os acordos em forma simplificada equivalem a tratados à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” (PETIOT, 2005, p. 430), e, segundo esta dispõe em seu artigo 27, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (VIENA, 1969). Nestes termos, ocorrendo ou não a apreciação legislativa sobre o texto do tratado, independente de se tratar de acordo em forma simplificada ou em devida forma, o valor jurídico é o mesmo.

## CONCLUSÃO

Do exposto, é inegável a importância atual do Direito das Gentes na condução da política externa e interna do Estado. Matérias antes restritas ao domínio do Direito interno estatal, agora são disciplinadas pelo Direito Internacional, como Direito Ambiental, comunicação e Direitos Humanos. Nota-se, ainda, a incorporação de preceitos do Direito Internacional nas Constituições dos Estados, símbolo máximo dos ordenamentos jurídicos internos, e postos no ápice do edifício normativo no positivismo. Em regra, a regulamentação dessas matérias é realizada pela fonte que lhe é de relevante importância, os tratados internacionais.

Os tratados internacionais afastam o caráter político e o tratamento baseado meramente na reciprocidade nas relações internacionais, vez que garantem maior segurança jurídica às partes contraentes. As partes contraentes, em um tratado, conhecem claramente suas obrigações e direitos. Entretanto, a sociedade internacional, composta pelos Estados, organizações

internacionais e pelos indivíduos, ainda que em menor atuação, carece de órgãos supranacionais legítimos para garantir a compulsoriedade da observação dos tratados.

A garantia de efetivo cumprimento de um tratado pode ser auferida na correta aprovação destes em âmbito interno dos Estados. Significa dizer que a correta observação dos critérios formais de aprovação do texto dos tratados internacionais pelos Estados pode concretizar sua efetiva observação. Dentre as formalidades que foram assinaladas, encontra-se a apreciação do Poder Legislativo do tratado.

No Brasil, entretanto, há a carência de disposição legal que regulamente a celebração de tratados com bases mais específicas. Não há qualquer disposição sobre a concessão de plenos poderes, a necessidade ou não de submeter o tratado ao crivo do Legislativo, a posição hierárquica que, uma vez ratificados, ocuparão no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de celebrar acordos em forma simplificada, dentre outros.

A apreciação, pelo Poder Legislativo, do tratado internacional não significa afastar a aptidão da condução da política externa do controle do Poder Executivo. Aliás, como fora mencionado neste artigo, autores clássicos como John Locke, Barão de Montesquieu, Alexander Hamilton, erigiram teses criando um quarto poder que seria responsável pela condução da política externa, entretanto, demonstraram ser incapaz desvinculá-lo do Poder Executivo.

A condução da política externa pelo Poder Executivo, todavia, não significa que não pode ser assessorado por outros Poderes na celebração de tratados internacionais, assim como deve respeitar a competência de legislar do Poder Legislativo, vez que o tratado deverá, também, ser observado no plano interno dos Estados. Significa dizer que o tratado, uma vez ratificado, será observado no plano interno do país, ou seja, produz efeitos como qualquer outro dispositivo normativo.

O Poder Legislativo, por sua vez, deve zelar pela sua competência de legislar em face da atribuição normativa de outros Poderes, como expresso na Constituição Federal, no art.

49, XI. O Poder Executivo, quando celebra um tratado, nada mais significa que criar uma norma que será observada no plano interno do Estado, logo, é lógica e necessária a participação do Poder Legislativo neste processo.

O tratado internacional submetido ao crivo do Poder Legislativo passa por três esferas de controle: o político, o constitucional e legislativo. Pelo político, o Poder Legislativo se vale da sua influência política sobre o Executivo e, pelos outros dois, de natureza normativa, a adequação e respeito às normas constitucionais, assim como pelo controle legislativo, edita norma que tornará o tratado válido no plano interno.

A disposição constitucional sobre o processo de celebração de tratados é bastante vaga. A solução e a corrente majoritária, tanto a doutrinária como a dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ensina que os arts. 49, I e 84, VIII devem ser interpretados extensivamente. Significa dizer que todos os tratados deverão passar sob a apreciação do Legislativo, vez que é de competência do Presidente da República a celebração de tratados, *ad referendum* do Congresso Nacional; e a este compete exclusivamente resolver sobre acordos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Todos os tratados internacionais, de alguma forma, acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio do Estado.

A prática diplomática, nacional ou de outros Estados, sustenta a celebração de tratados internacionais de forma simplificada, também chamados de acordos executivos, que dispensam maiores formalidades, em comparação aos tratados em devida forma. Esses instrumentos jurídicos internacionais dispensam a apreciação do Legislativo; entretanto, uma vez celebrados, perante a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, tem igual valor e eficácia do que um tratado em devida forma. Ou seja, uma vez celebrados vinculam o Estado a observá-lo em plano internacional e em seu plano interno.

Vale ressaltar, ainda, que não poderá sustentar-se a tese de que o tratado

internacional em forma simplificada, por não ter sido submetido à apreciação do Legislativo, não pode produzir efeitos, vez que a Convenção de Viena de 1969 é clara ao proibir que um Estado use como justificativa da escusa do cumprimento do tratado seu ordenamento jurídico interno.

O legislador brasileiro deve editar dispositivo normativo que torne a celebração de tratados internacionais mais clara, como partilha a opinião majoritária da doutrina internacionalista. Poderá fazê-lo por lei infraconstitucional ou por Emenda à Constituição, tal como foi demonstrado neste artigo por vários projetos de ambos os diplomas legais.

A edição do diploma legal que regulamentará a celebração de tratados poderá optar pela compulsoriedade de apreciação do Poder Legislativo de todos os tratados que forem celebrados ou optar por editar um rol daqueles que serão dispensados de tal formalidade. Há, entretanto, algumas matérias que não trazem grandes repercussões normativas, e que poderiam ser dispensadas de referendo legislativo, como em matérias de caráter administrativo ou técnico.

Portanto, é clara e indiscutível a edição de diploma legal que verse sobre tratados internacionais, seja Lei infraconstitucional ou Emenda à Constituição, especificando todos os atos necessários para sua celebração, inclusive sobre quais tratados devem ser submetidos à apreciação do Poder Legislativo. Lembra-se que a correta celebração desses instrumentos é pressuposto para seus efetivos cumprimentos.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ACCIOLY, Hildebrando. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: 1974. v. I.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL, *Constituição Federal*. Organização dos textos, notas remissivas e índice por

- Valério de Oliveira Mazzuoli. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BROWNLIE, Sir Ian. *Principles of Public International Law*. 7.ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.
- CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Organização dos textos, notas remissivas e índice por Valério de Oliveira Mazzuoli. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. International agreements: a rational choice approach. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 44, n.1, p.113-124, 2003.
- GROTIUS, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2005.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon and Schuster, 1994.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (coord). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PETIOT, Patrick. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (coord). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Artigo recebido em: 16.12.2011.

Avaliado em: 28.11.2012.

Aceito para publicação em: 30.11.2012.