

3

A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro

Atento a essa necessidade de constante atualização das normas destinadas à proteção dos direitos humanos, especialmente face as constantes inovações trazidas por meio de normas de direito internacional, o Poder Constituinte Originário logrou inserir, no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, fórmula destinada a assegurar a mais completa integração entre as normas de direito internacional e as integrantes do ordenamento jurídico pátrio, *verbis*:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A correta interpretação de tal dispositivo tem sido objeto de intenso debate doutrinário, divergindo doutrina e jurisprudência sobre a técnica pela qual as normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil passam a integrar o ordenamento jurídico interno. Apesar de existirem algumas variações, duas posições parecem predominar. A primeira é aquela afirmada reiteradamente¹ pelo Supremo Tribunal Federal e que tem por fundamento, tanto a doutrina clássica, quanto a jurisprudência firmada pelo STF sobre o assunto antes da promulgação da Constituição de 1988, e que defende que a incorporação destes instrumentos de direito internacional em nada pode discrepar dos parâmetros fixados pela Carta para o procedimento legislativo destinado à internalização dos demais tratados e acordos de direito internacional. O segundo grupo, por sua vez, pugna em defender a incorporação automática dos tratados de direito internacional dos direitos humanos.² Os defensores dessa posição entendem que, assim como se verificou nas constituições européias acima indicadas, a norma em questão abriu um espaço para a imediata aplicação, no

¹ Supremo Tribunal Federal, Apelação cível nº 7.872 e Pedido de Extradicação nº 7, RE 80.004- SE.

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 323.

âmbito interno do Estado brasileiro, das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.³

Antes de se adiantar os argumentos que justificam ambas as posições, parece imprescindível esclarecer o quê, afinal, são tratados internacionais de direitos humanos e em que estes difeririam dos demais pactos de direito internacional. Demais disso, se impõe, o estudo das relações entre o direito internacional e o direito interno.

3.1. Fontes do direito internacional

A doutrina dá ao nome de fontes formais aos meios pelo qual a norma jurídica se manifesta dentro de um determinado sistema jurídico. Como visto acima, no caso do direito internacional, a identificação das fontes formais das normas jurídicas é uma tarefa árdua, dada a falta de um órgão legislativo central responsável pela edição de leis e outros atos normativos. Do mesmo modo, viu-se que tal obstáculo é superado pela adoção das fontes indicadas no artigo 38, 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,⁴ assim redigido:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional aquelas lides que lhes forem submetidas, aplicará:
 - a. convenções internacionais, quer de caráter geral, quer de caráter particular, que estabeleçam normas expressamente aceitas pelos Estados em litígio;
 - b. o costume internacional, como evidenciado por uma praxe comum aceita como direito;
 - c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. observado o preconizado pelo artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos mais qualificados publicistas das mais diferentes nações, como forma subsidiária de se determinar as regras de direito.

Embora tal dispositivo tenha por principal objetivo impedir que, caso provocada, a Corte Internacional de Justiça não se negue a resolver o litígio que lhe é apresentado, indicando os locais onde pode ser procurada a solução para o

³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, pp.545-546.

⁴ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.55.

conflito, todos os Estados que integram “...as Organização das Nações Unidas estão sujeitas ao Estatuto por força do artigo 93⁵ da Carta da O.N.U.... razão pela qual não há quem dispute o fato de que tal preceito expresse o conjunto de fontes de direito internacional universalmente aceito.”⁶

O DI é tradicionalmente classificado como direito internacional geral e direito internacional particular. A primeira denominação resulta de se considerar geral o direito internacional cujos dispositivos têm caráter universal, isto é, quando a norma de DI se aplica a toda a sociedade internacional.⁷ Ao DI Geral se contrapõe o direito internacional particular que vige somente para um determinado grupo de Estados. Com base no mesmo raciocínio que estabeleceu como fontes do DI aquelas indicadas pelo artigo 38, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, cuja observância os Estados estão obrigados por força do parágrafo primeiro, do artigo 93⁸ da Carta da Organização das Nações Unidas, seria lícito concluir que o DI geral é composto pelas convenções internacionais de caráter geral, o costume internacional, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e as decisões judiciais e a doutrina de publicistas qualificados.

3.1.1. O costume

O tema da presente dissertação impõe no que tange o estudo das fontes de direito internacional uma primazia aos tratados. Assim, com o objetivo de facilitar o desenvolvimento do presente trabalho, a análise dos tratados será remetida a um tópico específico deste capítulo. Dessa forma, a análise das fontes de DI se iniciará pelo costume internacional, que desde já definimos como sendo uma ação habitualmente praticada pelos membros da sociedade internacional em função da

⁵ Mais especificamente, tal obrigação decorre do parágrafo primeiro do artigo 93 que impõe: “Todos os Membros das Nações Unidas são ipso facto partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.”

⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.55.

⁷ SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.18.

⁸ “Todos os Membros das Nações Unidas são ipso facto partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.”

convicção de sua obrigatoriedade, pode ser caracterizado como DI geral. Apesar de, historicamente, ser o direito internacional um direito consuetudinário, por resultar das práticas adotadas pelos Estados em sua convivência internacional, várias críticas são feitas à tese de que o costume internacional permanece nos tempos atuais a ter um papel fundamental como fonte de DI.

Estas críticas têm por fundamento a incapacidade do costume internacional, em um mundo por demasiado complexo e diverso, preencher de situações que necessitam de uma intrincada regulação, fornecer os parâmetros normativos necessários em velocidade e detalhe suficientes. O reconhecimento de uma determinada prática internacional como costume, a sua adoção como norma, depende de um lento processo de aceitação e reconhecimento, inadequados para os tempos modernos. Além disso, a prova de que uma determinada prática existe, e que tal prática não é mera cortesia, mas sim um costume que gera obrigações jurídicas é de extrema dificuldade. Todavia, assim como um tratado pode revogar um costume, o contrário também é verdadeiro.⁹ Assim, a adoção de um novo costume permite, sem as dificuldades formais necessárias para a criação de um novo tratado, uma mudança rápida no direito internacional,¹⁰ sendo possível identificar a existência de normas consuetudinárias de direito internacional que seriam instantâneas,¹¹ isto é, que não dependeriam de um longo período de gestação.¹² A norma costumeira, desde que oriunda de uma prática geral, e não local, integra o DI geral.¹³

⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 pp.58 e 96.

¹⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.58.

¹¹ Shaw ressalta que, tanto o direito costumeiro da soberania de um Estado sobre o seu respectivo espaço aéreo, quanto o da ausência de soberania sobre as rotas espaciais utilizadas por satélites, se desenvolveram de forma rápida, o primeiro após a I Guerra Mundial e o segundo logo após o lançamento dos primeiros Sputnicks. *in* SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 pp. 58, 61 e 62.

¹² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.58.

¹³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 281.

3.1.2. Os princípios gerais de direito

Acuradamente, Celso Mello aponta como questão tormentosa no DI determinar se os princípios gerais de direito são fonte autônoma ou são simples elemento subsidiário.¹⁴ Na verdade, mesmo quando vistos como fonte autônoma, os princípios gerais de direito são vistos como uma fonte suplementar, destinada a suprir lacunas no ordenamento internacional e assim impedir a Corte Internacional de Justiça de pronunciar o *non liquet*.¹⁵ Embora não seja imprescindível para sua compreensão, o conceito de lacuna é mais bem explicado sob o prisma do direito positivo. Mister ter-se em mente que as teorias de direito positivo, apesar de variadas, partilham da idéia de sistema jurídico, isto é, de um complexo de normas jurídicas que regulam todas as situações da vida humana e que é fechado e perfeito. A existência de uma lacuna, pois mostra uma falha no sistema, ao denotar uma situação por ele não regulada.

As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico integradora.¹⁶

A incompletude do sistema jurídico internacional é evidente, quer por lhe faltar um órgão legislativo central destinado à edição de normas jurídicas, quer por serem poucos os julgados de direito internacional existentes, quer ainda pela dificuldade, ante a ausência de uma convenção internacional específica, de se definir em determinados casos a aplicabilidade do direito consuetudinário internacional.¹⁷ Essa deficiência tem por principal efeito gerar a insegurança jurídica, isto é, a incerteza dos sujeitos de direito quanto às conseqüências de seus

¹⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 281.

¹⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp. 308-309.

¹⁶ ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição, Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas Fundação Calouste Gulbekian, 2001 p.279.

¹⁷ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.78.

atos em tais situações. Mister a utilização de um instrumento destinado a evitar a ocorrência de lacunas e conferir uma solução a todos os conflitos jurídicos.¹⁸

Tal solução, então, por força do próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ é a integração da ordem jurídica internacional pela utilização dos princípios gerais de direito. Mas o quê, afinal são estes princípios? Como adverte Rezek,

Tratado e costume são, pois, duas formas indiscutidas de expressão do direito internacional fora desse duplo âmbito, contudo, a cena permanece nebulosa. Quais são os princípios gerais a que alude, desde o início da década de vinte, o estatuto da Corte de Haia?¹⁹

Como será demonstrado mais adiante no presente trabalho, determinar a exata dimensão normativa dos princípios jurídicos é tarefa que tem sido debatida a exaustão, tanto por constitucionalistas, quanto por filósofos do direito. Para a discussão objeto da presente dissertação, somente algumas observações se fazem necessárias. No caso do direito internacional, a doutrina se divide entre afirmar que se está a cuidar de princípios de direito natural ou sustentar que tais princípios seriam aqueles já expressamente reconhecidos pelo costume e pelos tratados internacionais.²⁰

No comitê de juristas que preparou o Estatuto não existia um consenso definitivo... O jurista Belga... tinha o direito natural em mente e sua versão se referia às 'regras de direito internacional reconhecidas pela consciência jurídica das gentes civilizadas'. Root entendia que os governos não confiariam uma corte que se lastrava em um conceito subjetivo de princípios de justiça... No final uma proposta conjunta de Root e Phillimore foi aceita...

¹⁸ Aqui cabe atentar para o fato de que a utilização dos princípios gerais para justificar as decisões da Corte Internacional de Justiça, antes de uma questão acadêmica, é um imperativo decorrente do artigo 38 do Estatuto. Seria possível afirmar, então, que o dever da Corte em sempre oferecer uma solução, mesmo que por meio da utilização dos princípios gerais de direito, obriga a concluir que não existem lacunas no sistema do DI? English responde "houve quem desenvolvesse teoremas segundo os quais a <<plenitude...da ordem jurídica>> foi transformado em dogma e contestada a existência de genuínas lacunas...Estes teoremas puderam ainda ser fundamentados através de um conceito filosófico-jurídico...o conceito do espaço ajurídico...Ao lado daqueles domínios regidos pelo Direito há, na verdade, aqueles outros que não são por ele afectados...algo que se situa completamente fora do direito...O nosso escopo é neste momento conhecer um tipo particular da actividade do juiz e uma determinada metódica do pensamento do jurista...<<integração do direito>>. Este conceito de integração jurídica pressupõe logicamente um conceito de lacuna..." *in* ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição, Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas Fundação Calouste Gulbekian, 2001 pp.278-279.

¹⁹ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 6.

²⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.78.

Root e Phillimore viam os princípios como sendo regras aceita pelo direito local de todos os Estados civilizados... Contudo, a posição de Oppenheim se mostra a melhor: “A intenção é autorizar a Corte aplicar os princípios gerais da jurisprudência local, particularmente do direito privado, enquanto estes forem aplicáveis às relações entre os Estados.”²¹

Como identificar, dentro de um sistema de relações conformado por um ordenamento jurídico disperso e, sublinhe-se, lacunoso, os princípios gerais? A resposta é dada pela alínea “c” do artigo 38 do Estatuto, quando exige que tais princípios sejam reconhecidos pelas nações ditas civilizadas. Os princípios gerais consistiriam naquelas regras comuns adotadas internamente pelos Estados membros da sociedade internacional, mas que, não obstante, não são objeto de convenções internacionais ou fazem parte do costume internacional. Do mesmo modo, é possível argumentar que os princípios gerais de direito seriam o produto direto ou indireto dos tratados e convenções internacionais.²²

Tais princípios, então, seriam destilados dos textos convencionais, por meio da extração de características normativas comuns aos vários dispositivos pactuados, dos quais seriam retirados os enunciados básicos, de caráter geral. A validade dos princípios, por sua vez, residiria no seu reconhecimento pelos Estados, isto é, na vontade dos Estados em adimplir com normas “... advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro, - e conseqüentemente -, imunes ao seu poder de manipulação.”²³ Como alerta Fenwick, por serem, via de regra, utilizados para solucionar aqueles casos em que o direito consuetudinário não é claro, muitas das vezes os argumentos utilizados como suporte da aplicação dos princípios gerais se confundem com aqueles empregados para demonstrar a existência de prática costumeira.²⁴ O certo é que se trata de questão ainda polêmica, somente existindo concordância quanto ao fato de que os princípios gerais são uma fonte autônoma do DI de alcance restrito.²⁵

²¹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 16.

²² SCHWARZENBERGER, Georg. **International Law and Order**. London: Stevens & Sons, 1971, p.41.

²³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público** Curso Elementar, 9ª edição São Paulo: Editora Saraiva 2002, p..130

²⁴ FENWICK, Charles G. **International Law**. 3rd edition, revised and enlarged. New York: Appleton – Century – Crofts, Inc., 1962, p. 71,

²⁵ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.78.

3.1.3. Decisões judiciais e doutrina

No que diz respeito às decisões judiciais e a doutrina de publicistas qualificados, não há dúvida que sim, haja vista que estas são consideradas como fonte subsidiária por disposição expressa da parte final da alínea “d” do parágrafo primeiro do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Quanto às opiniões de publicistas, não resta dúvida que estas não se constituem em meios pela qual a norma jurídica internacional se manifesta. Como se pode concluir da definição de tratados acima, bem assim como da brevíssima exposição sobre o direito consuetudinário, as fontes do DI decorrem, antes de tudo, de uma manifestação de vontade dos sujeitos de direito internacional, principalmente no que se refere aos Estados. A doutrina, atualmente, serve mais como elemento de esclarecimento e auxílio interpretativo do que como fonte de direito.²⁶

Do mesmo modo, as decisões judiciais não podem ser consideradas como fonte do direito internacional, embora sua importância seja irrefutável. O próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 59, determina que as decisões da Corte Internacional somente vinculam as partes em litígio, assim, em princípio, a Corte se limita a aplicar o direito ao caso concreto, sem criá-lo.²⁷ Tal dispositivo tem por intuito não só, consagrar o instituto da coisa julgada, como, também, expressamente excluir a adoção do sistema de precedentes, característico da Common Law, pela Corte Internacional.²⁸ Mesmo assim, a Corte Internacional de Justiça tem por hábito, reiterar seus julgamentos anteriores, de modo a construir um corpo coerente de jurisprudência.²⁹ Ao agir dessa forma, a Corte oferece um parâmetro de DI apto a orientar de forma eficiente os Estados em suas relações internacionais. Estes, por sua vez, ao agir de acordo com a

²⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.88.

²⁷ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 20.

²⁸ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 21.

²⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.86.

jurisprudência da Corte Internacional, acabam por transformar um uso comum em um novo costume e em uma nova norma de DI.

3.2. Os tratados internacionais

O parágrafo primeiro do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao listar as fontes de direito internacional, não se utiliza a expressão “tratados”, preferindo um termo mais genérico, qual seja, “convenções internacionais, de caráter geral ou particular”. Isso se explica, eis que o aumento constante das relações internacionais entre os diversos integrantes da sociedade internacional gerou um incremento das situações carente de regulação. Disso resulta uma multiplicidade de acordos internacionais, destinados a regular as mais diversas matérias, fato que tornou os tratados internacionais, atualmente, na principal fonte de direito internacional.³⁰ Por essa mesma razão, não existe no direito internacional uma definição inequívoca do que sejam tratados. Do mesmo modo, a doutrina é unânime em reconhecer que a expressão “tratado” é utilizada genericamente, de modo a englobar um sem número de acordos internacionais, podendo um tratado ser denominado como pacto, convenção, carta, declaração, protocolo, acordo, dentre outras nomenclaturas.³¹ A tipologia recolhida por Celso D. Albuquerque de Mello, abaixo reproduzida de forma simplificada, serve para ilustrar o afirmado:³²

Acomodação ou compromisso - termo utilizado para identificar acordos provisórios destinados a regulamentar a aplicação de um tratado previamente utilizado;

Acordo – tratado de cunho econômico, financeiro, comercial ou cultural;

Acordos em forma simplificada – também denominados acordos executivos, são os acordos que não são submetidos ao Poder Legislativo para aprovação, mas, tão-somente, concluídos pelo Poder Executivo. É comum que sejam feitas por troca de notas;

³⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.203.

³¹ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 450.

Ato – acordo que estabelece regras de direito;

Ata – denominação dada, em português, aos Atos que não estabelecem regras de direito, mas que têm caráter normativo ou moral;

Carta – tratado solene em que se estabelecem direitos e deveres, bem como denominação dada para os instrumentos constitutivos de organizações internacionais;

Compromisso - acordo sobre litígio a ser submetido à arbitragem;

Concordata – tratado sobre assunto religioso, firmado pela Santa Sé versando sobre matéria de competência comum da Igreja e do Estado;

Convênio – tratado sobre matéria cultural ou desportiva;

Convenção – tratado que cria normas gerais;

Declaração – acordo que cria princípios jurídicos ou uma política comum;

Estatuto - tratados coletivos que estabelecem, via de regra, normas para o funcionamento de tribunais internacionais;

Pacto – denominação que se dá a tratados solenes;

Protocolo – os protocolos tanto podem ser tratados firmados como complemento de um acordo preexistente, ou como ata, aqui entendido registro, de uma conferência internacional;

Tratados – acordos solenes.³³

Tal dubiedade foi vencida com as definições lançadas no primeiro parágrafo “a”, do artigo 2º, da Convenção Sobre os Direitos dos Tratados, realizada em Viena, em 1969, e, posteriormente, naquela contida no parágrafo primeiro, “a”, do artigo 2º da Convenção de Viena Sobre os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, *verbis*:

³² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp. 204-206.

³³ Sempre lembrando a falta de uniformidade das denominações acima, Celso Duvivier de Albuquerque Mello lembra ainda a existência dos acordos de cavalheiros (gentlemen's agreements) acordos sem oficialidade ou capacidade vinculativa, regulamentados por normas morais e destinados a fixar programas de ação política, geralmente formalizados por um memorandum of agreement. Do mesmo modo, recorda a existência dos pactos “de contrahendo” e “de negociando”. O primeiro consistiria em pacto preliminar que imporia o dever de finalizar um acordo sobre determinada matéria, enquanto o segundo ensejaria em obrigar as partes a iniciar negociações de boa fé destinadas à conclusão de um tratado. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.206.

a) '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;

a)'tratado' significa um acordo internacional, regido pelo Direito Internacional, e concluído por escrito:

(i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou

(ii) entre organizações internacionais quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Mesmo assim, a questão não se resolve facilmente. Existe disputa na doutrina quanto a inclusão das convenções internacionais universais no DI geral. Esta disputa resulta do fato de que, entre os tratados que compõem o direito internacional particular e aqueles que integram o direito internacional geral, não existiria distinção de fundo, vez que ambos os tipos, independente do número de Estados-partes, criam obrigações e não regras de aplicação genérica.³⁴ A ausência de um número significativo de ratificações também serve como um forte argumento para negar o caráter de direito geral de algumas convenções tidas como universais.³⁵ Assim, boa parte da doutrina tende a aceitar que tal designação seja dada somente aos acordos classificados como tratados-lei, tratados multilaterais, formados por vontades de conteúdo idêntico, e cujo objeto é a criação de normas jurídicas aceitas como normas de conduta pela sociedade internacional.³⁶ Contrapostos a estes, estariam os tratados-contratos, formados por vontades divergentes, e cuja finalidade seria unicamente a constituição de obrigações subjetivas entre os Estados pactuantes.

Essa distinção recebe ataques de todos os lados, sendo comum constar dos tratados internacionais cláusulas de natureza contratual ao lado de outras de aspectos mais genéricos, dotados de características de norma jurídica.³⁷ A distinção entre lei e contrato não é tão evidente quanto possa parecer em princípio.

³⁴ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 2.

³⁵ SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.18.

³⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 211.

O traço essencial que caracteriza materialmente a lei é a sua generalidade; talvez essa generalidade possa ser determinada pelo direito interno, mas em um sistema no qual, como no direito internacional, os sujeitos de direito são entidades coletivas pouco numerosas (em torno de duas centenas de Estados) como se definirá a generalidade de um tratado? Pelo número das partes? Pela permanência (um tratado sobre fronteiras bilaterais)? Pelo caráter abstrato (um acordo aduaneiro)? Na realidade, é muito delicado distinguir os tratados de acordo com seu conteúdo.³⁸

A sociedade internacional é composta por Estados iguais e soberanos de cuja vontade resultam os acordos internacionais, não existe, como já afirmado, um poder legislativo central apto a editar normas genéricas, disso decorreria a natureza eminentemente contratual dos tratados.³⁹ É indubitável que, quanto à forma de produção, os tratados em muito se assemelham aos contratos, eis que aqueles, como estes, podem ser definidos, basicamente, como instrumentos nos quais são formuladas proposições de caráter vinculativo para os signatários.⁴⁰ De outro giro, Celso Mello sustenta que todos os tratados são fontes de norma de DI, eis que o artigo 38 que indica as fontes de direito internacional menciona convenções de caráter especiais ou gerais, não fazendo entre estas quaisquer distinções.⁴¹ É quase que impossível, pois, encontrar um tratado contratual puro,⁴² isto é, que não contenha determinações de caráter normativo

Quando menos, o tratado contratual terá seu texto arrematado pelas indispensáveis cláusulas finais – sobre ratificação, entrada em vigor, perspectiva de denúncia –, cujo caráter *normativo* os autores dessa proposição classificatória não poderiam negar.

Apesar da controvérsia, tal diferenciação tem utilidade, eis que, via de regra, os tratados que recebem a designação de tratados-lei consagram regras de condutas que refletem práticas e aspirações amplamente aceitos e reconhecidos

³⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 212.

³⁸ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.24.

³⁹ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.24.

⁴⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.75.

⁴¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 212.

⁴² REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p.131.

pela sociedade internacional.⁴³ Embora não vinculem os Estado que não o tenham ratificado, a prática universal de suas provisões pode acabar por criar direito internacional consuetudinário.⁴⁴ Disso tudo, mister concluir que a inclusão de determinada convenção no direito internacional geral depende, antes de tudo, de sua aceitação e adoção pela sociedade internacional, pelo menos de forma majoritária.

Da leitura dos dispositivos invocados, bem como do acima narrado, é possível adotar o conceito⁴⁵ dado por Reuter aos tratados: “... uma manifestação de vontades concordantes imputáveis a dois ou mais sujeitos de direito internacional destinada a produzir efeitos jurídicos segundo as regras do direito internacional.”⁴⁶ O tratado é possível reconhecer pelo “... processo de produção e pela *forma* final, não pelo conteúdo. Este – como o da lei ordinária numa ordem jurídica interna – é variável ao extremo.”⁴⁷ Nenhuma das duas Convenções de Viena Sobre o Direito dos Tratados adotou qualquer classificação sistemática dos tratados, sendo várias e variadas as classificações possíveis. Um mesmo tratado, aliás, dependendo do ângulo sob o qual é abordado, pela forma de elaboração ou por suas modificações, pode ser classificado de diversas formas.⁴⁸ Um tratado pode ser classificado pelo número de partes envolvidas em sua formação, sendo bilateral, caso sejam apenas dois os estados envolvidos, ou multilateral, se o pacto foi formado por três ou mais partes. “Outras classificações têm propostas pelos doutrinadores (Quoc Dihn): a) qualidade das partes (Estados ou organizações); b)

⁴³ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.75.

⁴⁴ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.75.

⁴⁵ No mesmo sentido, Greig que, embora não ofereça um conceito, identifica os requisitos que todos os tratados devem conter “(i) it should be a written instrument or instruments between two or more parties; (ii) those parties must be entities endowed with international personality; (iii) it must be governed by international law; and (iv) it should create a legal obligation.” GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 451. Já Shaw, por exemplo, trabalha sobre a definição dada pela Convenção de Viena. SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.634.

⁴⁶ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.26.

⁴⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público** Curso Elementar, 9ª edição São Paulo: Editora Saraiva 2002, p.14.

⁴⁸ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.31.

tratados constitutivos de organizações internacionais...c) tipo de procedimento...”⁴⁹

3.2.1. Elementos dos tratados internacionais

Partindo do conceito acima adotado e das definições conferidas pelas duas convenções de Viena sobre o direito dos tratados podemos identificar as características dos tratados internacionais. Como já foi aventado, os dispositivos convencionais acima reproduzidos deixam evidenciado o *nomen juris* conferido a um determinado acordo internacional pouca importância acarreta para configurá-lo como tratado internacional. A doutrina, partindo das definições convencionais, bem como da *praxis* internacional, coligiu uma série de elementos ou características essenciais dos tratados. Se partirmos da definição de Reuter, temos que a primeira característica a sobressair é o fato de que tratados são, antes de tudo, atos de vontade das partes acordantes, as quais livremente se submetem às regras dele decorrentes. Por serem atos de vontade destinados a produzir efeitos jurídicos reconhecidos pelo direito internacional, se impõe a conclusão de que os tratados são atos jurídicos.⁵⁰

O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional.⁵¹

É certo, porém, que não será todo ato jurídico de DI que poderá ser considerado fonte de DI, pois “... a noção de fonte não exige o elemento da vontade... a fonte da origem a uma norma que... ‘rege um número indeterminado de situações.’”⁵² No entanto, no caso do tratado internacional temos presentes um ato jurídico que também é uma fonte de direitos e obrigações, eis que esses são os

⁴⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 212.

⁵⁰ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.20.

⁵¹ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p.72.

efeitos que o direito internacional reconhece aos tratados e demais acordos internacionais. Daí, não ser possível separar o ato da norma.⁵³

Como emissão volitiva, importa verificar a forma pela qual a mesma é exteriorizada a fim de se tenha conhecimento do seu exato teor. Com efeito, “... os governos hesitam em aceitar com facilidade o nascimento de obrigações em função de manifestações de vontades insuficientemente claras...”⁵⁴ A incerteza sobre qual regra deve ser aplicada em determinado conflito entre Estados é afastada pela existência de acordos escritos, previamente firmados, sobre a matéria objeto de discussão, a qual oferece parâmetros objetivos para a solução destes conflitos. A forma escrita serve como meio de dar às partes contratantes segurança jurídica sobre os termos acordados, assegurar o respeito à boa fé e conferir certa solenidade aos pactos internacionais.⁵⁵ Não fosse isso bastante, cabe lembrar que ambas as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986, em seus respectivos artigos 2º, expressamente reclamam para estes a forma escrita.

Em reforço a este último argumento, cabe lançar mão, como faz Greig,⁵⁶ que o artigo 102 da Carta das Nações Unidas exige, em seu parágrafo primeiro que todo tratado e todo acordo internacional, concluído por qualquer Membro das Nações Unidas deverá ser registrados e publicado pelo Secretariado, enquanto que o parágrafo segundo do mesmo dispositivo determina que nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas. Tal limitação “... se aplica igualmente à Corte Internacional de Justiça na sua qualidade de ‘principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas.’”⁵⁷ Isso não obstante, a formulação de tratados carece de formalidades específicas, cabendo, via de regra, às partes envolvidas estabelecer o modo pelo qual o acordo

⁵² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 200.

⁵³ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.21.

⁵⁴ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.27.

⁵⁵ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.27.

⁵⁶ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 451.

⁵⁷ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 451.

será firmado.⁵⁸ Neste ponto, a exigência da forma escrita parece contrariar o pouco formalismo que caracteriza o DI, surgindo como uma exigência da segurança jurídica e da necessidade de se respeitar a boa fé, ao mesmo tempo em que se confere aos acordos internacionais um mínimo de solenidade.⁵⁹ Releva frisar que ambas as Convenções se apressam em reconhecer a eficácia jurídica de acordos verbais,⁶⁰ dessa forma lhes reconhecendo a qualidade de fonte do DI, mesmo que não os qualifique como tratados.

O segundo elemento que se retira da definição oferecida por Reuter, é que a formalização do tratado possa ser imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional. A questão posta por Reuter parece redundante, mas gira em torno de importante questão, qual seja, se um tratado é nulo, ou perde sua validade para um determinado Estado parte, por ter sido concluído e ratificado sem que fossem observadas as regras estabelecidas para tanto pela sua constituição. Trata-se de matéria afeta às condições de validade do tratado internacional, no caso, da capacidade das partes contratantes e da habilitação dos agentes signatários⁶¹, as quais serão analisadas mais detidamente ao final desta parte.

Contudo, para que não se crie um vácuo na presente exposição, mister deixar já estabelecido que somente aqueles entes aos quais o direito internacional reconhece personalidade jurídica, isto é, a capacidade de ser sujeito de direitos e contrair obrigações é podem ser partes em um tratado internacional. Como explica Brownlie, as primeiras versões da Convenção de Viena sobre O Direito dos Tratados previam a possibilidade de serem partes em tratados as organizações internacionais, todavia, a versão final a redação dada ao artigo 2º, (I), (a) não acatou tal sugestão. Em 1986, com base em sugestão da Comissão de direito

⁵⁸SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.636.

⁵⁹REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.27.

⁶⁰ O artigo 3º da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados assim dispõe: “O fato de a presente Convenção não se aplicar a acordos internacionais concluídos entre Estados e outros sujeitos de Direito Internacional, ou entre estes outros sujeitos de Direito Internacional, ou a acordos internacionais que não sejam concluídos por escrito, não prejudicará: a) a eficácia jurídica desses acordos; b) a aplicação a esses acordos de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção às quais estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção; c) a aplicação da Convenção às relações entre Estados, reguladas em acordos internacionais em que sejam igualmente partes outros sujeitos de Direito Internacional.” O artigo 3º, (iii), alínea “a” da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais contém idêntico.

internacional, a Assembléia Geral da ONU determinou a realização de uma conferência plenipotenciária em Viena para a adoção da Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais,⁶² cujo artigo segundo conferiu tal capacidade às Organizações Internacionais.

O terceiro elemento que sobressai do conceito de Reuter é que a intenção das partes em formar uma relação jurídica se mostra como fundamental para a formulação de um tratado, eis que são inúmeros os acordos internacionais que se esgotam na simples enumeração de princípios ou objetivos comuns, sem que destes se extraíam ou, mais importante, se pretendam extrair qualquer efeito jurídico.⁶³ Note-se que a expressão “tratado” serve não só para designar o ato jurídico como a norma que dele resulta e, sem a qual, não pode existir, ao menos enquanto tratado.⁶⁴ De outro modo, não existiria necessidade de prever o artigo 2º, I, “a” da Convenção Sobre os Direitos dos Tratados, que se está a tratar de acordos regidos pelo direito internacional. Meras declarações de princípios ou de objetivos políticos, via de regra, carecem de regulação jurídica. Por isso, não se pode falar em um tratado que não produza quaisquer efeitos jurídicos, não obstante o quão diminuto tais efeitos possam parecer em determinadas situações.⁶⁵ Pode acontecer que determinados documentos, que em princípio não acarretam obrigações para os seus signatários, venham a trazer conseqüências jurídicas indiretas, como ocorreu com a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU que acabou por engendrar uma revolução na proteção dos direitos humanos⁶⁶ e, até mesmo, conseqüências diretas. Neste ponto, cumpre trazer à baila, assim como o faz Shaw,⁶⁷ que a Corte Internacional de Justiça, ao julgar a admissibilidade de pleito ajuizado pelo Catar em face de Barein, reconheceu

⁶¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp.206-209.

⁶² BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 584. e SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.633, nota 2.

⁶³ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.634.

⁶⁴ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.21.

⁶⁵ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.30.

⁶⁶ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 461.

⁶⁷ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.634.

como acordo internacional, ou tratado, apto a vincular as partes documento denominado “Minuta”, por ter ficado evidenciado aos olhos daquela Corte que tal documento tinha por intuito reiterar compromissos e obrigações jurídicas previamente assumidas.⁶⁸

O quarto, e último elemento, é que o tratado, para ser assim considerado, deve estar sujeito ao direito internacional. Isto significa que a execução de suas disposições, bem como sua interpretação, se dará em conformidade com os princípios e regras de direito internacional, além disso, os tratados de direito internacional produzirão efeitos, principalmente, no plano das relações internacionais. Existem, repita-se, várias outras modalidades de acordos internacionais celebrados entre sujeitos de personalidade jurídica de direito internacional, dotados de capacidade de celebrar tratados, que não são assim considerados por não se enquadrarem nos tipos estabelecidos pelas duas convenções de Viena sobre o direito dos tratados. Na verdade, como já foi diversas vezes repetido, o fato de um determinado acordo internacional não preencher os requisitos erigidos nas duas Convenções de Viena, não o invalida como pacto dotado de efeitos jurídicos, mas, simplesmente, veda apelidá-lo de tratado. No caso presente, verifica que existem pactos, como, por exemplo, empréstimos concedidos a países por entidades de direito internacional, que por expressa disposição contratual se submetem ao direito interno.⁶⁹ A inexistência de

⁶⁸ Neste julgamento, ocorrido em 1º de julho de 1994, a Corte decidiu pela admissibilidade de pleito no qual o Catar pretendia ver delimitada a sua fronteira marítima, bem como o seu mar territorial. O Catar sustentava que documento intitulado “Minuta”, formalizado durante a reunião anual do Conselho dos Estados Árabes do Golfo, em Doha, no ano de 1991 e correspondências entre o Rei da Arábia Saudita e os Emires do Catar e de Barein, datadas de dezembro de 1987, nas quais era proposta o envio da questão à Corte Internacional, criavam obrigações para os Estados então em litígio. Barein refutou a pretensão do Catar aduzindo, dentre outros argumentos, que a “Minuta” invocada nada mais seria do que o registro escrito da reunião de Doha, em nada vinculando os litigantes. Por 15 votos a 1, a Corte decidiu conhecer da questão, sob o fundamento de que tal documento não se limitava a relatar a reunião, mas também, a reiterar compromissos previamente assumidos, criando obrigações para as partes, *verbis* “They enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. They constitute an international agreement.” Assim, o documento em questão se enquadrava na definição de tratado conferida pelo artigo 2º (I) (a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *in* Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iqb/iqbframe.htm>

⁶⁹ Greig exemplifica com caso de empréstimos concedidos pelo IBRD- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, denominação oficial do Banco Mundial “World Bank”, agência da Organização das Nações Unidas, cujos contratos expressamente previam que suas disposições seriam interpretadas de acordo com a lei do Estado de Nova Iorque. Do mesmo modo, transações similares que ocorreram entre 1966 e 1968 envolvendo a Dinamarca e outros Estados, eram, por disposição expressa, regida pelo direito

cláusula expressa em determinados acordos feitos, principalmente, entre Estados e organizações internacionais, pode ocasionar dúvidas quanto ao regime jurídico ao qual tal acordo está submetido. Em tais situações, somente uma cuidadosa análise do objeto do acordo internacional sob escrutínio, bem como das circunstâncias que levaram à sua elaboração, é que permitirão concluir se o pacto em questão se enquadra no tipo criado pelas duas convenções de Viena sobre o direito dos tratados.⁷⁰

3.2.2. Condições de validade dos tratados internacionais

Celso D. de Albuquerque Mello, sob o signo de condições de validade dos tratados, coloca a capacidade das partes contratantes, a habilitação ou competência dos agentes, objeto lícito e possível e o consentimento mútuo.⁷¹ Sob o ângulo da invalidade dos tratados, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados aponta as causas que justificam considerar um tratado inválido. Estas hipóteses estão concentradas na parte V, artigos 42 *usque* 72, de referida convenção onde, a partir do artigo 42, são arroladas as causas que legitimam os Estados-partes invocar a nulidade dos tratados internacionais, coisa que somente pode ser feita com fundamento nas cláusulas da Convenção, por expressa disposição dos parágrafos de seu artigo 42. Os dispositivos referentes à nulidade dos tratados internacionais, por seu turno, são reproduzidos, com a mesma numeração e pouquíssimas alterações pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

O primeiro ponto que deve ser ressaltado, antes mesmo de que a análise das nulidades que podem viciar os tratados internacionais é que as Convenções se preocupam em proteger não só a validade formal dos tratados, mas a própria manifestação de vontade das partes contratantes. Assim, o parágrafo 1º do artigo

dinamarquês. in GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 459.

⁷⁰REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 31.

⁷¹MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp.206-209.

42 de cada Convenção é claro ao estipular que a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado e, no caso da Convenção de 1986, de uma organização internacional em se obrigar por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção.

Ambas as convenções, é bom dizer, se mostram extremamente parcimoniosas na previsão daquelas hipóteses em que é argüir a nulidade dos tratados internacionais, restando evidenciado o intuito de assegurar o respeito à vontade dos contratantes, bem como a validade dos tratados internacionais. Este parece ser o intuito de ambas as convenções ao restringirem as possibilidades de serem declaradas nulas cláusulas isoladas dos tratados internacionais às poucas hipóteses previstas pelo artigo 44 de ambas as convenções. Na verdade, o parágrafo 2º de referidos dispositivos deixa claro que uma causa de nulidade de um tratado só pode ser alegada em relação à totalidade do tratado, salvo nas condições previstas nos parágrafos seguintes ou no artigo 60.

Aos parágrafos 3º e 4º, do artigo 44, compete explicitar aquelas hipóteses em que cláusulas individuais podem ser declaradas nulas. Das alíneas de referido parágrafo 3º é possível concluir que somente podem ser consideradas nulas aquelas cláusulas cuja invalidez não afete o adimplemento das demais, seja por impossibilidade material ou lógica em seu cumprimento, seja por acarretar um ônus demasiado grande para uma das partes contratantes, ou, ainda, aquelas disposições que tenham sido essenciais para assegurar o consentimento de um dos Estados-partes em integrar o pacto. O parágrafo 4º expressamente permite a invalidação de cláusulas que tenham sido firmadas mediante a conduta fraudulenta, dolosa, de um dos Estados negociadores (art. 49), ou cuja celebração decorra da corrupção de um de seus representantes. O parágrafo 5º admite somente a nulidade da íntegra dos tratados firmados em função de coerção exercida, seja contra os representantes do Estado, seja contra a própria entidade estatal (artigos 51 e 52) ou, por último, naqueles casos em que as normas convencionais ofenderem o *jus cogens* internacional (art. 53).

Além disso, a convalidação de dispositivos em princípio nulos, não só é permitida por ambas as convenções, como se trata de manobra de fácil execução, haja vista que o parágrafo 2º acima citado remete a contestação das cláusulas convencionais às causas de preclusão previstas pelo artigo 45.

Artigo 45 - Perda do Direito de Suscitar Causa de Nulidade, Extinção, Retirada ou Suspensão da Execução de um Tratado.

Um Estado não pode mais suscitar uma causa de nulidade, de extinção, de retirada ou de suspensão da execução de um tratado, com fundamento nos artigos 46 a 50 ou nos artigos 60 e 62, se, após ter se cientificado dos fatos:

- a) tiver expressamente concordado que o tratado é válido, permanece em vigor ou continua em execução conforme o caso, ou
- b) em virtude de sua conduta, deva ser considerado como tendo assentido que o tratado é válido, permanece em vigor ou continua em execução, conforme o caso.

A análise da primeira das condições apontadas por Celso Mello, a capacidade das partes contratantes, foi iniciada quando do estudo sobre a definição do que são tratados e quais seus respectivos elementos. Observe-se que a irregularidade na capacidade das partes não se encontra arrolada dentre os vícios sancionados com a declaração de nulidade, previstos pelos artigos 42 e seguintes das Convenções sobre o Direito dos Tratados. A invalidade da irregularidade da representação tem fulcro no artigo 8º da Convenção de Viena que é claro ao negar efeitos jurídicos aos atos praticados por pessoas que carecem da qualidade de representante. O direito internacional, lembre-se, confere aos Estados e às organizações internacionais a capacidade de ser parte em tratados internacionais, em função do expressamente determinado pelas duas convenções de Viena sobre o direito dos tratados. Porém, existem outros entes aos quais o DI também reconhece o direito de celebrar tratados como a Santa Sé ou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Em determinados casos limites, como um tratado entre um Estado e uma entidade que não mais represente um Estado, um governo provisório, por exemplo,⁷² surgem dificuldades que somente poderão ser solucionadas ante o estudo do caso concreto, especialmente, da personalidade das partes contratantes, do objeto do contrato, e das circunstâncias que ensejaram a formação do pacto. Estes empecilhos, por sua vez, impediriam a formulação de uma teoria geral.⁷³

Existem, ainda, casos em que o Estado tem sua capacidade para celebrar tratados restrita, competindo a um terceiro Estado conduzir suas relações exteriores. É o que se verifica com protetorados, que podem, dependendo dos termos do pacto pelo qual a potência protetora administra seus territórios, ser

⁷² REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.21.

⁷³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 208.

dotados de uma limitada parcela de treaty-making capacity.⁷⁴ É a mesma situação de “... territórios submetidos ao sistema de tutela das Nações Unidas, que adotaram estatutos de associação com a potência administradora, e de certos Estados exíguos (Mônaco...) que entregaram sua representação a vizinhos poderosos.”⁷⁵ Disso, resulta óbvio que a capacidade de um Estado firmar tratados tem por principal fundamento a soberania de cada Estado, vista no plano internacional como sua independência, ou seja, o direito de cada Estado exercer, legalmente, as funções que lhes são características, provendo seu próprio desenvolvimento e bem-estar, sem a interferência ou dominação de outros Estados.⁷⁶

Não é lícito confundir capacidade dos Estados, ou das organizações internacionais, para, no plano das relações internacionais firmarem tratados, com “... a competência dos poderes constituídos do Estado para formar e declarar a vontade estatal em assumir compromissos internacionais (*competência para celebrar tratados... treaty-making power*).”⁷⁷ O Estado, quer compreendido como uma categoria explicativa, “...forma de racionalização e generalização do político...”,⁷⁸ quer como categoria analítica, ou conceito histórico, “uma sociedade política territorial...”,⁷⁹ não tem vontade psicológica própria, sendo antes de tudo uma construção da vontade do povo que o integra. Assim, suas manifestações de vontade emanam de “... indivíduos, chamados a agir na qualidade de órgãos do Estado, nos termos de sua Constituição e suas leis.”⁸⁰ Compete a estes indivíduos celebrar tratados, não em lugar do Estado, mas em

⁷⁴ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 457.

⁷⁵ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995 p.137.

⁷⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.149.

⁷⁷ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995 p.136.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 38.

⁷⁹ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política**. 6ª edição, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, Tomo I, 1995, p.122.

⁸⁰ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995 p.137.

seu nome, como preconiza o artigo 7º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados.

Indigitado dispositivo, determina que, com a exceção de determinadas autoridades, como os Chefes de Estado, a celebração de tratados depende da concessão de plenos poderes pelo Estado-parte ao seu representante.⁸¹ Por oportuno é bom que seja reiterado que, por força do que dispõe o artigo 8º da Convenção de Viena de 1969, e dos respectivos dispositivos da Convenção de 1986, os atos praticados por pessoa a quem falece a qualidade de representante, isto é, que não possui os poderes necessários para tanto, não produzem quaisquer efeitos, salvo se posteriormente confirmados pelo respectivo Estado. Podem, ainda, existir entraves, oriundos do ordenamento interno de um Estado celebrante, que o impeçam de ingressar naquele tratado, como, por exemplo, a exigência de consentimento prévio para a celebração ou ratificação de tratados que versem sobre um determinado tema, presentes em algumas constituições modernas.⁸² A Convenção de Viena determina em seu artigo 46 que nenhum Estado poderá invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado se deu em violação de norma de direito interno sobre competência para concluir tratados. O mesmo dispositivo excepciona aqueles casos em que a violação a tal dispositivo era de prévio conhecimento dos Estados contratantes e lesionasse uma regra de direito interno de importância fundamental.

Examinada a questão da capacidade e da habilitação, importa agora abordar a questão da liceidade e possibilidade do objeto dos tratados. Caso se estivesse a falar de um negócio jurídico, por exemplo, um contrato regido pelo direito interno, a questão seria de fácil solução, bastando, para isso, confrontar o

⁸¹ Eis o texto do dispositivo: “1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar os plenos poderes apropriados; ou b) da prática dos Estados interessados ou de outras circunstâncias se extrair que sua intenção era considerar essa pessoa como representando o Estado para esses fins, sendo dispensável os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados como representando seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.” O mesmo se aplica, *mutatis, mutandi*, no que concerne a representação de organizações internacionais, inclusive no que cuida a convalidação de atos praticados por pessoas sem poderes, é o que se extrai da leitura dos artigos 7º e 8º da Convenção de Viena de 1986.

objeto do contrato com o ordenamento jurídico em vigor no Estado em que o contrato produzirá efeitos. No direito internacional a da invalidez dos tratados decorre de norma expressa pelos artigos 53 e 64, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que cuida do conflito entre norma imperativa e tratado.

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estabelece que

Um tratado é nulo se, ao tempo de sua conclusão, conflitar com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, considera-se uma norma imperativa do direito internacional geral aquela que seja aceita e reconhecida pela totalidade da comunidade internacional de Estados como sendo inderrogável, e somente passível de modificação pela adoção de uma norma subsequente de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter.

O consentimento aparece, pois, como a mais importante das condições de validade dos tratados. Aqui já restou firmado que a vontade dos Estados tem um papel primordial no que toca a elaboração das normas de DI, haja vista que, quer seja na formalização de tratados, quer seja na adoção de determinadas práticas costumeiras como obrigatórias, a vontade estatal tem papel principal. O artigo 42 da Convenção de Viena é claro ao permitir a contestação da validade dos tratados e do consentimento dos Estados pactuantes, o que pode ocorrer por erro, dolo ou fraude, corrupção e coação, conforme o previsto pela Convenção de Viena em seus artigos 48, 49, 51 e 52.

De acordo com os parágrafos do artigo 48, apenas o erro, uma representação inexata da realidade⁸³, quanto a uma situação ou um fato cuja existência era suposta pelo Estado quando da conclusão do tratado, permite a invalidação do pacto. Além disso, se impõe que tal suposição tenha sido fundamental na formação consentimento do Estado. Por expressa disposição do parágrafo 3º de indigitado artigo, o mero erro de redação não tem o condão de tornar inválido o pacto, devendo ser objeto de correção na forma prevista pelo artigo 79 da convenção. Importa fisar, ainda, que o erro não pode ser suscitado pelo Estado que lhe deu causa, como expressamente determinado pelo parágrafo

⁸² GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 471.

⁸³ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.157.

2º do artigo 48, o mesmo ocorre se o Estado sabia, ou deveria saber, do erro.⁸⁴ O dolo, ou fraude, pode acarretar na nulidade dos dispositivos convencionais, face o preconizado pelo artigo 49 da Convenção de Viena. Se a conclusão de um tratado, por um Estado, decorrer da conduta fraudulenta de outro Estado negociador, é possível àquele suscitar a fraude como tendo invalidado o seu consentimento em obrigar-se. Note-se que indigitado artigo não se refere ao dolo, mas a utilização de meios fraudulentos por uma das partes contratantes. O dolo, é bom firmar, qualifica a intenção de um Estado, por meio fraudulento, em induzir outro em erro.⁸⁵ Tanto o erro, quanto o dolo, permitem invocar a nulidade parcial, isto é, de cláusulas determinadas dos tratados, consoante o preconizado pelo parágrafo 3º, do artigo 44, de ambas as convenções sobre o direito dos tratados.

De outro giro, se a manifestação do consentimento de um Estado negociador em obrigar-se por um tratado se deu em função da corrupção de seu representante pela ação, direta ou indireta, de outro Estado contratante, aquele pode invocar tal fato como causa de invalidade de seu consentimento, consoante o previsto pelo artigo 50 da Convenção de Viena. O que se busca proteger aqui é a fiel representação do Estado negociador, razão pela qual a nulidade ocorre mesmo que o ilícito não afete uma cláusula essencial do pacto, bastando para tanto que se trate de ato que jamais seria aceito por um representante fiel do Estado.⁸⁶ A coação, por seu turno, consiste na ameaça do uso da força, na intimidação, dirigida, quer contra o Estado negociador, quer contra o seu representante. O artigo 51 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, expressamente nega quaisquer efeitos jurídicos aos tratados cuja conclusão se deva à obtenção do consentimento do representante de um dos Estados contratantes pela coação.

No que diz respeito àquelas ameaças dirigida a um Estado, a questão é um pouco mais complexa. De rigor, por força do que dispõe o artigo 52, um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força, é nulo, por consistir tal atitude em violação expressa dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas. Desde a assinatura da Convenção da

⁸⁴ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.662.

⁸⁵ Para Reuter, no entanto, “...sans êtres équivalentes, les notions françaises de <<dol>> et anglaise de <<fraude>>” in REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.156.

Liga das Nações⁸⁷, em 1919, ou pelo menos desde o Pacto de Paris (Kellogg-Briard Pact), firmado em 1928, a guerra ou qualquer uso de força para a resolução de conflitos internacionais passou a ser vista como um ilícito internacional.⁸⁸ O parágrafo 4º, do artigo 2º da Carta da Organização das Nações Unidas, estabelece que seus integrantes deverão se abster da ameaça ou do uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado. Frise-se que está se a tratar de caso de emprego ilícito de força, posto que o DI reconhece hipóteses em que o uso da força é legítimo.⁸⁹ Caso contrário, toda a vez que exista “...um agressor vencido por uma ‘força’ da ONU o ‘tratado de paz’ estaria inquinado de nulidade.”⁹⁰ Embora seja uma hipótese rara, haja vista que a sua comprovação é muito difícil, é possível admitir que, dependendo das circunstâncias, a ameaça ou força empregada pode ser de natureza econômica ou política.⁹¹ De fato, a disparidade do poderio econômico, especialmente entre os Estados do primeiro e terceiro mundos, leva a situações limites, na qual fica impossível distinguir se a pressão exercida para a conclusão de um determinado tratado é excessiva ou dentro dos padrões normais da diplomacia internacional.⁹² Entretanto, tal hipótese não foi adotada na redação final, apesar de referendada pela China e pelos países do terceiro mundo para inclusão no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tratando-se de possibilidade ainda controvertida.

Por sua vez, o artigo 64 da referida convenção “(i) se uma nova norma imperativa de direito internacional geral emergir, qualquer tratado que com ela conflitar se tornará nulo e revogado.” Disso tudo, é possível afirmar que a questão da licitude do objeto de um tratado é sua compatibilidade com normas imperativas de DI geral as quais, repita-se, só podem ter como fonte os tratados, o costume

⁸⁶ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.158.

⁸⁷ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.663.

⁸⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 210.

⁸⁹ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.159.

⁹⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp. 210-211.

⁹¹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.664.

⁹² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.664.

internacional e os princípios gerais de direito, eis que somente estas fontes são, de rigor, fontes de DI geral. Mas o quê seriam normas imperativas de DI? Via de regra, a doutrina corre em asseverar que a norma jurídica se caracteriza justamente por ser dotada de imperatividade, “Toda regra jurídica traduz um imperativo de conduta, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou omissão.”⁹³ As normas jurídicas refletiriam, pois, a escolha de um valor social a ser tutelado por uma sanção prevista pelo ordenamento jurídico.⁹⁴

As peculiaridades das fontes do DI tornam a comprovação de tal assertiva uma tarefa árdua, pelo menos no tocante ao direito internacional. Isto se explica porque no DI, além de não existir um sistema unificado e coerente de sanções, inexistem um órgão legislativo central ou, tão-pouco, tribunais dotados de jurisdição obrigatória.⁹⁵ O uso da força como instrumento de coerção, diga-se, é cada vez mais visto com ressalvas pela sociedade internacional.⁹⁶ Por isso, existem autores que negam ao DI a própria qualidade de direito. Se o problema for examinado a partir da legitimidade do DI, conclui-se que improcede tal conclusão. As regras de direito internacional constituem um sistema jurídico porque o que estas “...exigem é pensado e referido como obrigatório; há uma pretensão geral para o acatamento das regras; as pretensões e os reconhecimentos são baseados nelas...”⁹⁷

A sociedade internacional se organiza de forma distinta dos Estados nacionais. Do mesmo modo, a origem de todas as fontes de DI reside quase que exclusivamente na vontade dos Estados os quais detém a opção, quer de criar normas, quer de decidir se vão cumpri-las. Apesar desta liberdade, a necessidade de ser relacionado no plano internacional acaba por levar os Estados ao cumprimento das regras de DI, eis que a desobediência a estes preceitos viola o próprio “...coração do sistema, a criação e preservação da paz e justiça

⁹³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.324.

⁹⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pp. 327.

⁹⁵ HART, Herbert L.A., **O Conceito de Direito**, tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 230.

⁹⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 45.

⁹⁷ HART, Herbert L.A., **O Conceito de Direito**, tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 236.

internacional...”⁹⁸ De fato, enquanto o adimplemento das normas de direito internacional permite a convivência e o relacionamento pacífico entre os integrantes da sociedade internacional, a sua infração pode gerar retaliações de natureza e matizes variados, levando, em determinados extremos, a conflitos bélicos.⁹⁹ O DI não é o único método pelo qual conflitos entre integrantes da sociedade internacional são evitados, cabendo à política internacional um papel importante, até mesmo para a formulação de novas normas de DI.¹⁰⁰ O papel do DI em regular as relações internacionais decorre da própria necessidade dessa regulação para o bom andamento do comércio entre nações ao prover meios predeterminados para evitar e dirimir os conflitos que porventura resultem da interação dos membros da sociedade internacional.

Como identificar o *jus cogens* internacional, se partirmos do princípio de que raras, se é que existem, são as normas de DI dotadas de imperatividade? A resposta reside no fato de que a imperatividade a que se referem os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena consiste na indisponibilidade dessas normas, cujos dispositivos são impassíveis de modificação por vontade das partes contratantes.¹⁰¹ Além, disso se trata de normas dotadas de preceitos proibitivos, destinado a evitar que sejam praticados atos que lhes são contrários.¹⁰² Isso não obstante, qualificar como imperativa uma norma de DI é tarefa de dificuldade extremada, haja vista a latitude dos conceitos desposados pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Esta complexidade, por seu turno, foi reconhecida pela própria Comissão de direito internacional da ONU quando nos trabalhos preparatórios para a Convenção de Viena de 1969, asseverou “...não existe, até o momento, qualquer critério reconhecido pelo qual é possível qualificar como imperativa uma regra de Direito Internacional geral.”¹⁰³

⁹⁸ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p 6.

⁹⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 pp. 5- 6.

¹⁰⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 53.

¹⁰¹ SCHWARZENBERGER, Georg. **International Law and Order**. London: Stevens & Sons, 1971, p. 28.

¹⁰² SCHWARZENBERGER, Georg. **International Law and Order**. London: Stevens & Sons, 1971, p.31.

¹⁰³ SCHWARZENBERGER, Georg. **International Law and Order**. London: Stevens & Sons, 1971, p.29.

Apesar disso, do texto do artigo 53 da Convenção é possível concluir que é o reconhecimento universal dos Estados integrantes da sociedade internacional dessa característica que outorga a norma de DI esta qualidade. Principalmente no caso das normas de direito consuetudinário, esta aceitação, tanto do seu *status* de norma jurídica, como da sua imperatividade, é essencial para configurar uma norma de DI como inderrogável. O consentimento é como elemento essencial para a formação do *jus cogens*, defendendo Schwarzenberger que, desde que exista consentimento entre as partes acordantes, um determinado dispositivo de um tratado bilateral pode se constituir em norma imperativa, ao menos para os Estados-partes que assim manifestarem tal intenção. O mesmo ocorreria com os princípios gerais de direito. Aqueles princípios tidos e aceitos pela sociedade internacional como inderrogáveis gozam de tal situação jurídica, não por seu conteúdo, mas pelos efeitos que a sociedade internacional lhes reconhece. Por isso, a determinação do que é imperativo, ou não, no direito internacional, por uma absoluta falta de um parâmetro normativo, acaba por ficar na dependência da vontade dos Estados, e somente pode ser determinado caso a caso.

3.2.3.

A conclusão dos tratados internacionais e sua obrigatoriedade para os estados celebrantes.

Os tratados somente se tornam obrigatórios após sua conclusão, procedimento que pode ser dividido nas seguintes “...fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro”.¹⁰⁴ A primeira etapa, a negociação, é desprovida de formalidades, consistindo na discussão pelos representantes dos Estados-partes dos termos e objetivos a serem alcançados com a conclusão do pacto.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do inciso VIII, do seu artigo 84, atribui expressamente ao Presidente da República a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais. No plano do direito internacional, a alínea “a”, do 2º parágrafo do artigo 7º, tanto da

¹⁰⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 217.

Convenção de 1969, quanto da Convenção de 1986¹⁰⁵, reconhece, em razão das funções exercidas por tais funcionários, tal atribuição aos Chefes de Estado ou de Governo, bem como aos Ministros das Relações exteriores. A alínea “b”, do mesmo dispositivo, reconhece a competência dos Chefes de missões diplomáticas para celebrar tratados entre o Estado acreditado e o Estado junto ao qual estão acreditados, enquanto que a alínea “c” confere tal atribuição aos representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão. Como já ficou aqui estabelecido, ambas as Convenções prevêem a possibilidade de delegação de tal competência seja delegada a um representante plenipotenciário. Ao final da negociação o tratado é assinado pelos Estados celebrantes.

3.2.3.1. A assinatura

A assinatura do pacto internacional pelos Estados celebrantes costuma denotar o final da elaboração do tratado, mas não significa obrigatoriamente o início de sua vigência. Para tanto, se impõe que os Estados manifestem a vontade de se obrigar pelo tratado. De acordo com o artigo 11 da Convenção de Viena, o consentimento de um Estado em obrigar-se pode ser evidenciado pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios acordados quando da elaboração do pacto. Como decorre da parte final de tal dispositivo, os Estados negociadores têm ampla liberdade em estabelecer o meio pelo qual os mesmos serão considerados obrigados ao adimplemento dos tratados internacionais. È o que se extrai do artigo 13 da Convenção de Viena, ao permitir que a simples troca de instrumentos obrigue os Estados, desde que, quer pelos instrumentos, quer por outra forma, tenha tal efeito sido conferido.

A assinatura de um tratado, pois, é ato de grande importância, podendo significar o consentimento do Estado em se obrigar com os termos do tratado,

¹⁰⁵ O parágrafo 3º da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais trata dos representantes das

desde que, nos termos do artigo 12 da Convenção, os Estados negociadores confirmam à assinatura esse efeito, quer por meio do próprio tratado, quer de qualquer outra forma, ou, ainda, quando a intenção em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes do representante do Estado negociador, ou tenha sido manifestada durante a fase de negociação do pacto.

3.2.3.2. A ratificação

Apesar de ser a assinatura um meio mais ágil para a obtenção da manifestação de vontade necessária a tornar obrigatória a observância dos tratados internacionais, via de regra, o consentimento em se obrigar pelos tratados é manifestado por meio da ratificação.¹⁰⁶ Nestes casos, apesar de ter seus efeitos enfraquecidos, a assinatura tem o condão de autenticar o texto do tratado, indicando que os negociadores concordam com o seu teor. Demais disso, a assinatura serve como o termo inicial do prazo para a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, ou ainda, para a adesão de Estados que não tenham participado das negociações.¹⁰⁷ Do mesmo modo, a partir da assinatura, as partes estão proibidas, por disposição do artigo 18 da Convenção de Viena de 1969, de praticar atos contrários ao objeto e finalidade do tratado até que este entre em vigor, e desde que a entrada em vigor do pacto não tenha sido indevidamente retardada, ou, naqueles casos em que não foi manifestado o consentimento do Estado interessado em se obrigar, até que este manifeste, de forma inequívoca, que não pretende se submeter aos termos do tratado.

O artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados define, em sua alínea “b” a ratificação, a aceitação ou a adesão como sendo o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado. A ratificação pode ser definida como sendo o

organizações internacionais.

¹⁰⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.639.

...ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais¹⁰⁸

A ratificação, pois, é a confirmação definitiva por um Estado celebrante dos termos do tratado assinado e que tem por principal efeito obrigar o Estado a adimplir com os termos pactuados. Como tal é um ato de direito internacional, pois destinado a obrigar os Estados e demais sujeitos de DI aos quais se reconhece a capacidade de celebrar tratados perante a sociedade internacional. Cuida-se de ato discricionário do Poder Executivo de cada Estado eis que, via de regra, são os órgãos do Executivo de cada Estado que têm o poder de celebrarem tratados. Neste sentido, Rezek quando afirma

Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão renunciado, antes por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirma pela ratificação.¹⁰⁹

Aqui compete distinguir entre papel do Executivo e do Legislativo no procedimento de conclusão dos tratados internacionais. Frise-se que, como se extraiu das explanações sobre a assinatura dos tratados, a ratificação não é indispensável para que um dado tratado possa ser tido como obrigatório para os celebrantes. O artigo 14 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados deixa claro que a ratificação somente é exigível, no plano internacional, quando: o tratado disponha que o consentimento em se obrigar pelo tratado se manifeste pela ratificação; por qualquer outra forma os Estados negociadores estabeleçam que a ratificação seja exigida; o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito à ratificação; ou quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou, ainda, tenha sido manifestada durante a negociação.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 217.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 220. *apud* Câmara, Sette José. **The Ratification of International Treaties**, 1949.

¹⁰⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público** Curso Elementar, 9ª edição São Paulo: Editora Saraiva 2002, p.49.

Por isso, embora prevista pelo direito internacional como meio de manifestação volitiva adequada a vincular um Estado aos termos de um tratado, a exigência da ratificação decorre de uma imposição do direito interno do Estado pactuante, neste sentido, aliás, a manifestação do Delegado Brasileiro à Convenção de Viena, Embaixador Gilberto Amado quando conclui “ ‘...A Constituição do Brasil exige a ratificação, e tal seria mantida mediante um dispositivo expreso nos tratados que negociasse.’”¹¹⁰ Do mesmo modo como também compete à Constituição de cada país instituir quais os órgãos competentes para celebrar e ratificar um tratado¹¹¹, nada impedindo que um determinado Estado confira ao parlamento ou a outro órgão que não aquele titulado pelo Chefe de Governo, a capacidade de celebrar tratados.

Dependendo da Constituição de um Estado determinado, seja o presidente do órgão legislativo a pessoa encarregada de celebrar tratados. Ocorre que, sublinhe-se, ambas as convenções de Viena sobre o direito dos tratados estipulam, em seus respectivos artigos 7º, quais os agentes de governo que são dotados do poder de celebrar tratados, isto é, os Chefes de Estado ou de Governo, bem como aos Ministros das Relações exteriores, admitindo, ainda que tal poder seja exercido por meio de representantes, dotados de poderes para tanto. Em função do que dispõe o parágrafo 1º, do artigo 7º de ambas as convenções de Viena sobre o direito dos tratados, para que no exemplo dado fosse possível ao parlamentar exercer essa função mister a apresentação de documento demonstrando se tratar de representante plenipotenciário.

3.2.3.2.1.

A competência do Poder Executivo para celebrar tratados

A primazia do órgão executivo na condução das relações exteriores se explica em função das próprias peculiaridades da ordem internacional. Como já assentado, o direito internacional não deriva de um órgão centralizado, resultando, em grande parte, senão de forma absoluta, da vontade dos Estados que compõe a

¹¹⁰ SILVA, G.E. do Nascimento e “A Conferência de Viena Sobre o Direito dos Tratados.” *in* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano XXV, Janeiro-Dezembro, 1969, n° 49 e 50, p. 32.

sociedade internacional. Do mesmo modo, não existe um órgão dotado do monopólio da jurisdição, isto é, encarregado de compor os conflitos resultantes dos interesses em jogo nas relações internacionais. Ao contrário do que ocorre no interior da maioria dos Estados, especialmente daqueles considerados democráticos, a jurisdição internacional não é inafastável, ainda mais ante a ausência de órgãos dotados de força suficiente para impor aos Estados uma determinada solução. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, somente tem jurisdição sobre aqueles Estados que concordem em se submeter aos seus ditames.¹¹²

Via de regra, são os Estados interessados que previnem, ou dirimem, os litígios resultantes de conflitos de interesses, por meio de composição ou de autotutela.¹¹³ Daí, “cada Estado precisa proteger a si mesmo e conta para isso basicamente com suas próprias forças.”¹¹⁴ Trata-se, pois, de uma situação potencialmente belicosa, que impõe a concentração de poderes em uma única autoridade, de forma a garantir agilidade e continuidade de propósitos suficientes para fazer prosperar os interesses de cada Estado no plano internacional.¹¹⁵

Esta concentração de poderes em uma única autoridade, por sua vez, impede que sejam as relações internacionais conduzidas pelos parlamentos, haja vista, que nestas casas os poderes são difusos, as decisões são tomadas somente após amplo debate e rituais demorados, em função da necessidade da obtenção de consenso mínimo entre diversos pontos de vistas conflitantes. Embora essencial para a democracia, o processo decisório parlamentar se mostra incompatível para a agilidade necessária para a condução das relações exteriores. “Quer se trate de relações diplomáticas, quer de ações militares, é ao Executivo que compete

¹¹¹ ARAÚJO, Pereira João Hermes. **A Processualística dos Atos Internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Internacionais – Seção de Publicações, 1958 p.23.

¹¹² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.756.

¹¹³ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 164.

¹¹⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 164.

¹¹⁵ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito

sempre a iniciativa e a impulsão; cabe a ele orientar, dar a primeira e última palavra.”¹¹⁶ No Brasil, tal competência resta consagrada pelo inciso VII, do artigo 84 da Carta de 1988 ao determinar que compete **privativamente** ao Executivo manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos. Por essa razão, no plano da condução das relações internacionais, a atuação parlamentar se verifica em um segundo momento, fiscalizando e controlando a ação do Executivo.

3.2.3.2.2.

O controle do procedimento de celebração de tratados pelo Poder Legislativo

Esse controle, por seu turno, se dá por meio da aprovação do tratado por um órgão distinto daquele encarregado de celebrá-lo, procedimento compatível com o princípio da separação dos poderes e que somente se mostra viável por meio da ratificação, já que esta implica, obrigatoriamente, em uma dilação temporal entre a assinatura do tratado e o momento em que os Estados decidirão se vincular aos termos pactuados. É este o caso brasileiro, haja vista que a Constituição de 1988, em seu artigo 84, VIII, preconiza ser da competência do Presidente da República celebrar tratados, não obstante *ad referendum* do Congresso Nacional. A aprovação dos termos do tratado, diga-se, não se confunde com a ratificação, por se tratar de ato de direito interno destinado a fiscalizar o fiel cumprimento dos deveres estabelecidos constitucionalmente para o Presidente da República. Essa distinção, em princípio, de aparência formal, é de grande importância, especialmente em um regime democrático. Em um Estado absoluto, em que todos os poderes se encontravam enfeixados na mão de uma só pessoa, “... A ratificação era o ato pelo qual o soberano confirmava a autoridade com o que seus representantes concluíam um tratado, manifestando...a sua aprovação

Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 164.

¹¹⁶ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 164.

definitiva ao mesmo e sua disposição de cumprir seus preceitos.”¹¹⁷ Mas em um Estado democrático, o povo é o titular do poder soberano e sua vontade, nos casos em que não se manifesta por instrumentos de democracia direta, somente se manifesta por meio dos seus órgãos de representação popular.¹¹⁸

Os tratados internacionais não geram apenas obrigações no campo internacional, mas têm o condão de alterar o próprio ordenamento interno do Estado celebrante. Nestes casos, a primazia da edição das leis, conferidas aos parlamentos na maioria, se não em todos, os Estados democráticos, estaria seriamente ofendida. Ao obrigar os Estados, os tratados internacionais obrigam aos cidadãos destes Estados, razão pela qual se justifica o cuidado de evitar que o poder de contrair compromissos tão graves seja monopólio de um só homem.¹¹⁹

A democracia pressupõe o exercício das funções de governos de forma desconcentrada, por órgãos distintos e independentes, que atuam em conformidade com normas jurídicas estabelecidas em uma escala hierárquica. As instituições democráticas têm por escopo assegurar a liberdade dos cidadãos, impedindo a predominância do poder político sobre o indivíduo.¹²⁰ “A separação dos poderes faz com que cada órgão governamental seja controlado por outro, de sorte que “o poder limita o poder” como propõe Montesquieu.”¹²¹ Essa limitação, por sua vez, se dá não só pelo exercício das diferentes funções de governo fundamentais por órgãos distintos, mas pelo fato de que tais funções são interdependentes. Assim, por exemplo, compete ao Executivo concretizar a legislação editada pelo Parlamento, enquanto ao Judiciário cabe fiscalizar a concordância do ato administrativo com o comando legal. Mais do que isso, o

¹¹⁷ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 198.

¹¹⁸ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 198.

¹¹⁹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 198.

¹²⁰ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.68.

¹²¹ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.68.

Parlamento, na qualidade de representante da vontade popular, possui o poder de delimitar o escopo do exercício do Poder Executivo.¹²²

Tal delimitação se dá, via de regra, de dois modos distintos. O primeiro consiste em enquadrar a atuação do Executivo por meio da edição de normas destinadas que precisam quando, onde e como se faz necessária a intervenção, ou abstenção, da Administração Pública.¹²³ Por sua vez, ao Parlamento compete votar o orçamento anual do governo, fixando as despesas anuais da Administração Pública, bem como a forma em que serão empregadas as verbas públicas, assim delimitando financeiramente a ação do Executivo.¹²⁴

No Brasil, a Constituição da República Federativa, ao estabelecer as competências do Congresso Nacional, por meio, principalmente, de seus artigos 48 e 49, disciplina a função delimitadora do parlamento brasileiro. Enquanto o *caput* do artigo 48 estatui que caber ao Congresso Nacional, dispor sobre todas as matérias de competência da União, os dois primeiros incisos de referido artigo estabelecem o poder de disposição do parlamento sobre o sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas, bem como sobre a elaboração do plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual, as operações de crédito, a dívida pública e as emissões de curso forçado.

Por sua vez, como determinado pelo artigo 49 é da competência exclusiva do Congresso Nacional, dentre outras coisas, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (inciso I), julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República, apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (inciso IX) e fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (inciso X). As estipulações do tratado celebrado podem acarretar a criação de novos serviços e, por conseguinte, aumentar as despesas da Administração Pública, despesas que devem ser aprovadas pelo Congresso Nacional em função das competências que a Constituição lhe outorga. Por essa razão ainda o crivo do

¹²² DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.141.

¹²³ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.141.

¹²⁴ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.142.

Legislativo sobre o tratado internacional se mostra indispensável.¹²⁵ Os dispositivos citados, interpretados em conjunto com a norma do artigo 84, VIII, também da Carta de 1988, refletem “...a regra segundo a qual o controle congressional dos compromissos externos da República é um controle total, é um controle que não comporta evasões.”¹²⁶

Por oportuno, deve se repisar que, para que a ratificação seja a forma pela qual os Estados se considerem obrigados aos termos de um tratado, tal exigência há de ter sido pactuada em algum momento do processo de conclusão da convenção. É fato que a Convenção Pan-Americana sobre o Direito dos Tratados, de 1928, adotou de forma expressa a exigência da ratificação como condição de vigência dos tratados internacionais, posição posteriormente consagrada pela jurisprudência internacional.¹²⁷ A existência de inúmeros tratados bilaterais em vigor que não adimpliam com tal requisito, acabou por ensejar a adoção dessa orientação no artigo 14 de ambas as convenções de Viena sobre o direito dos tratados. Isso não obstante, apesar de ser a ratificação, naquilo que concerne o direito internacional, apenas um dos meios admitidos para caracterizar a vinculação dos Estados celebrantes aos dispositivos convencionais, a necessidade de aprovação dos tratados internacionais pelos parlamentos nacionais é uma exigência da democracia.

Em oposição ao método secular que reduzia a política estrangeira à condição de problema pessoal dos monarcas, surgiu a noção moderna de que a nação não pode se vincular a outra senão em virtude de sal vontade expressa diretamente (hipótese teórica, de aplicação praticamente impossível), quer pelo através da representação nacional, isto é, pelos Parlamentos eleitos pelo povo.¹²⁸

A aprovação dos tratados internacionais pelo parlamento é procedimento que, por sua própria natureza, acarreta um interstício temporal entre a assinatura e

¹²⁵ HERMES JR., João Severiano da Fonseca. “O Poder Legislativo e os Atos Internacionais.” Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano IX, Janeiro-Dezembro, 1953, nº 17 e 18, p.131.

¹²⁶ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, **O Poder de Celebrar Tratados** Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 357.

¹²⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 222.

¹²⁸ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Brasil e L&PM Editores Ltda., 1983, p. 34.

a manifestação de vontade definitiva do Estado celebrante, consubstanciada na ratificação. O decurso temporal entre assinatura e ratificação, por sua vez, serve, ainda, para dar uma oportunidade aos Estados de examinarem, com mais cuidado, as implicações dos dispositivos tratados e, assim, ajudar a firmar a convicção sobre a utilidade e a necessidade da convenção.

O hábito de não considerar os tratados atos jurídicos perfeitos pelas simples assinatura dos plenipotenciários é muito antigo. O interesse dos governantes de rever a matéria pactuada fez com que se tornasse necessário um posterior ato soberano pelo qual o Príncipe aprovava e tornava válido o que convieram seus plenipotenciários.¹²⁹

Por isso, para os fins do direito interno, o representante do Estado cuja constituição exige a aprovação legislativa para sua vinculação aos termos de um tratado internacional, somente pode celebrar pactos que contenham a cláusula de ratificação, como, repita-se, no caso do Brasil, em que o inciso VIII, do artigo 84 da Constituição da República Federativa do Brasil, submete à aprovação do Congresso, a celebração dos tratados, convenções e atos internacionais pelo Presidente da República. Do mesmo modo o comando veiculado pelo inciso I, do artigo 49 da Carta de 1988, que assenta ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O grande problema que o controle da celebração de tratados pelo Legislativo apresenta é a discussão sobre a possibilidade de que o Congresso venha a aprovar apenas parte do tratado internacional, lhe impor reservas ou, ainda, modificá-lo, apresentando emendas que alterem os termos acordados pelos representantes dos Estados signatários. A doutrina se divide quanto a essa, pugnando Celso Mello pela impossibilidade de que sejam apresentadas emendas, sob pena de que se viole a competência exclusiva do Poder Executivo na celebração de tratados.¹³⁰ A possibilidade da apresentação de reservas aparece

¹²⁹ ARAÚJO, Pereira João Hermes. **A Processualística dos Atos Internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Internacionais – Seção de Publicações, 1958 p.208.

¹³⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 230.

como solução adequada a conciliar as competências do Congresso Nacional e do Poder Executivo

... a reserva não tem o aspecto acima mencionado. O Legislativo poderá apresentá-la desde que cabível. Decorre essa posição da seguinte consideração: quem negociou o tratado foi o Executivo, e uma vez que ele admite reserva, foi por ele ter concordado com isso. Ora, nesta situação o Legislativo se manifesta dentro dos estritos limites do tratado negociado pelo Executivo. Entretanto, caberá ao Executivo apreciar a vantagem de ratificar o tratado aprovado pelo Congresso com reservas ou deixar de fazê-lo.¹³¹

Não obstante a bem fundada rejeição de parte da doutrina à possibilidade de que o Legislativo ofereça emendas aos tratados internacionais celebrados pelo Executivo, parece claro que o mesmo raciocínio empregado para aceitar a aposição de reservas se aplica naquilo que concerne às propostas de emendas pelo Congresso Nacional. Lembre-se aqui que os tratados internacionais são, antes de tudo, o resultado da manifestação de vontade dos celebrantes, nada impedindo que esta, na conclusão de uma convenção internacional, conclua pela possibilidade da apresentação de emendas ou modificações antes do oferecimento da ratificação ou da entrada em vigor do instrumento internacional. Do mesmo modo, nada obsta que os celebrantes, vislumbrando vantagens para todos nas emendas propostas, venha a alterar o texto do pacto para incluir as modificações sugeridas. Neste ponto, preciosa a lembrança de Cachapuz de Medeiros sobre posição assumida por Marotta Rangel:

As emendas inseridas nos decretos legislativos valem, na verdade, como propostas de emenda ao tratado encaminhadas ao Poder Executivo. A interposição de emendas pelo Congresso Nacional aos tratados deve ser utilizada com *extrema prudência* e pode ou não representar uma recusa aos mesmos. Não implicará em recusa do tratado, que poderá ter seguimento, se: 1) em sendo o tratado bilateral, houver concordância expressa da outra parte contratante com a emenda proposta; 2) em sendo o tratado multilateral, houver concordância das demais partes contratantes; 3) em sendo o tratado multilateral e havendo discrepância de parte contratante, existirem cláusulas a propósito de emenda e modificação do tratado e a emenda proposta se harmonizar com as mesmas.¹³²

¹³¹ MELLO, Celso Duviervier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 230.

¹³² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Brasil e L&PM Editores Ltda., 1983, p. 442.

Por isso, não cabe rejeitar de pronto uma participação ativa do Congresso Nacional no procedimento de celebração dos tratados internacionais, cabendo reconhecer a importância da intervenção do Poder Legislativo em determinados casos. A prática legislativa demonstra que o oferecimento de emendas pelo Legislativo, embora não seja medida rotineira, é prática bastante empregada pelo Congresso Nacional, inclusive em anos recentes.¹³³

3.2.3.2.3.

A ratificação como competência discricionária do poder executivo

A obtenção da aprovação parlamentar não enseja a ratificação automática do tratado. A obtenção do consentimento do congresso tem, simplesmente, o condão de autorizar o Chefe do Executivo de examinar a oportunidade de vincular o Estado de forma definitiva aos termos do tratado. Uma vez que compete, pelo menos na maioria dos casos, ao Executivo a condução da política externa, cabe a este órgão a recusa em vincular definitivamente o Estado ao tratado internacional. A discricionariedade do Executivo em ratificar os tratados se justifica pela mesma razão que condiciona a ratificação à aprovação do tratado pelo Legislativo, qual seja, o princípio da separação de poderes que determina a divisão do exercício das funções estatais entre diversos órgãos, a fim de que não se verifique uma concentração indevida de poderes em detrimento da liberdade individual.

Os incisos VII e VIII, do artigo 84 da Carta Republicana, não deixam dúvida quanto a ser a condução das relações exteriores do Brasil matéria de competência privativa do Poder Executivo. Assim como não poderia o Poder Executivo engajar o Estado em tratado internacional sem o consentimento do Legislativo, não pode este ordenar o Executivo a ratificar um tratado que não se mostra mais oportuno aos interesses do Estado. Pode se aqui raciocinar como Celso Mello que entende caso a ratificação fosse obrigatória, a necessidade de obtenção da aprovação legislativa no processo de conclusão dos tratados seria

¹³³ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Brasil e L&PM Editores Ltda., 1983, p. 442.

medida desnecessária.¹³⁴ “Essa regra é universal, sendo entendimento unânime que a decisão de ratificar cabe ao mesmo Poder em nome do qual foram assinados os tratados.”¹³⁵ Por outro lado, oportuna a lição de Hidelbrando Accioly quando, ao contestar posição do Senado da República que sustentava que, uma vez assinados e remetidos as convenções internacionais ao Congresso, estes não poderiam mais sofrer intervenção alguma do Executivo, estando, pois pronta e acabada para produzir todos os efeitos,¹³⁶ afirmou:

Pondo, entretanto, de parte a praxe constante seguida entre nós a tal respeito, pode afirmar-se ser evidente que o Poder Executivo, além de possuir a iniciativa nesse assunto, por lhe competir ‘manter relações com Estados estrangeiros’, tem uma esfera de ação que lhe é privativa. E seria estranho que, dentro dessa esfera de ação, não lhe fôsse permitido usar daquela competência que lhe é própria.¹³⁷

Frise-se aqui que a recusa em ratificar um tratado aprovado pelo parlamento não decorrerá de mero capricho, mas do estudo, pelo Chefe de Governo, da compatibilidade dos dispositivos do tratado com os interesses do Estado pactuante. A recusa em ratificar um tratado pode ter fundamentos diversos, como, por exemplo, a mudança na orientação política da Chefia de Governo acarretada pela sucessão presidencial. Por exemplo: um tratado destinado a reduzir direitos trabalhistas, celebrado por um Presidente de um partido de plataforma liberal e aprovado por um parlamento dominado por partidários desse presidente, pode não ser ratificado por seu sucessor caso este tenha se eleito por uma legenda de esquerda, em função de uma plataforma dedicada à defesa das causas trabalhistas, as quais, no seu entender se veriam prejudicadas pelo tratado aprovado pelo Congresso.¹³⁸ O mesmo ocorreria, ainda a título de exemplo, caso os termos de um tratado aprovado pelo Legislativo gerassem tal comoção popular que sua ratificação poderia ensejar uma revolta na população.

Por não se tratar, ainda, de uma obrigação jurídica para os Estados celebrantes, essas alterações na orientação política ou nas situações de fato que

¹³⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 223.

¹³⁵ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Brasil e L&PM Editores Ltda., 1983, pp. 447-449.

¹³⁶ ACCIOLY, Hildebrando. “A Conclusão dos Atos Internacionais no Brasil” Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano IX, Janeiro-Dezembro, 1953, n° 17 e 18, p. 58.

¹³⁷ ACCIOLY, Hildebrando. “A Conclusão dos Atos Internacionais no Brasil” Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano IX, Janeiro-Dezembro, 1953, n° 17 e 18, p. 59.

¹³⁸ Hipótese bastante improvável de acontecer no Brasil.

ensejaram a celebração do tratado, podem levar à sua não ratificação por um Estado.¹³⁹ Tal possibilidade, expressamente prevista pelo artigo 7º da Convenção Pan-Americana sobre os Tratados de 1928, decorre ainda do fato de que o tratado sujeito à ratificação dos pactuantes, embora assinado, não gera obrigações para os Estados, salvo as de não tomar medidas para impossibilitar o seu cumprimento. Dessa forma, não só pode o Estado se recusar a ratificar o pacto, por força da não obtenção da aprovação necessária, como, também, em função de outros motivos. “Atualmente princípio da liberdade de recusa é aceito por todos os internacionalistas.”¹⁴⁰

A necessidade de controle Legislativo do processo de celebração de tratados capitaneado pelo Executivo trouxe a lume o problema das ratificações imperfeitas, assim consideradas aquelas que são oferecidas sem que tenham passado pelo crivo parlamentar. Os tratados de tal forma ratificados, então, seriam formalmente inconstitucionais, por não ter sua celebração observado os requisitos estabelecidos para tanto. Teriam validade os tratados assim ratificados? Produziriam efeitos? A doutrina oferece respostas diferentes para esse problema. Deve se atentar que não se pode esperar que, ao celebrar um tratado, um Estado conheça o direito interno do outro Estado pactuante de tal sorte que possa controlar a conformidade formal da manifestação do representante deste com o respectivo ordenamento jurídico. Além disso, a boa fé é princípio que rege as relações internacionais e, em especial a celebração de tratados, sendo de se presumir que, se um representante de um Estado oficia no sentido de o vincular definitivamente a um tratado, este ato preencheu todos requisitos legais.¹⁴¹

Partindo de um suposto isolamento entre o DI e o direito interno de cada Estado, alguns autores concluem que o ilícito de direito interno em nada atinge o ato de direito internacional, além disso, a nulidade do tratado não poderia ser invocada por quem lhe deu causa, uma vez que o culpado estaria a lograr vantagem indevida quando, na verdade, deve ser responsabilizado.¹⁴² A

¹³⁹ ARAÚJO, Pereira João Hermes. **A Processualística dos Atos Internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Internacionais – Seção de Publicações, 1958 p.219.

¹⁴⁰ ARAÚJO, Pereira João Hermes. **A Processualística dos Atos Internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Internacionais – Seção de Publicações, 1958 p.218.

¹⁴¹ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.17.

¹⁴² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 231.

responsabilidade, em tais casos, substituiria a vontade como fundamento de validade do tratado.¹⁴³ Aceitar a nulidade do tratado nestas situações acarretaria grande insegurança nas relações internacionais. Um segundo grupo de autores, defendia a supremacia das normas de direito interno, visto que o direito internacional reconhece ser da competência do Direito Constitucional de cada Estado determinar o procedimento de aprovação dos tratados, sem falar na sua representação internacional, bem como por não existir regra de DI que dê validade dos tratados em tais situações.¹⁴⁴

Como que para conciliar estas duas posições conflitantes, a Convenção de Viena de 1969, estabeleceu, em seu artigo 46, a regra pela qual nenhum Estado poderá invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado se deu em violação de norma de direito interno sobre competência para concluir tratados salvo naqueles casos em que a violação a tal dispositivo era de prévio conhecimento dos Estados contratantes e lesionasse uma regra de direito interno de importância fundamental. Trata-se, sem dúvida, da melhor solução porque, de um lado, garante estabilidade às relações internacionais e, de outro, possibilita que o princípio da boa fé não sirva de pretexto para convalidar flagrante violação ao direito interno de um Estado contratante. Aqui, cabe frisar que o artigo 27 de referida convenção deixa claro que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, ressalvando que esta regra não prejudica o determinado pelo artigo 46.

Além disso, que o parágrafo 2º, do artigo 46, considera manifesta a violação quando esta for objetivamente evidente para qualquer Estado agindo de boa fé e de acordo com a *praxis* internacional. A prática internacional, como delimitada pelo princípio da boa fé, constitui a regra primordial em matéria de tratados.¹⁴⁵ Entretanto, não se pode deixar de enfrentar o fato de que é extremamente complicado determinar o que constitui uma norma de direito interno de importância fundamental, bem como sua notoriedade, isto é,

¹⁴³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 231, *apud* ANZILOTTI, Dionizio. “Volontà e Responsabilità nella Stipulazioni dei Trattati.” in **Scritti di Diritto Internazionale Pubblico**. t.1, 1956, pp. 545 e seguintes.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p. 231.

¹⁴⁵ REUTER, Paul. **Introduction Au Droit Des Traités**. 3ª edição, revista e aumentada, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.17.

estabelecer que os demais Estados contratantes tinham conhecimento prévio dessa limitação. A regra geral é a da validade dos tratados, salvo em casos excepcionais, como, aliás, confirma a redação dada ao artigo 46 da Convenção de 1986.

3.2.3.3. Registro e publicação dos tratados

Uma vez obtida a manifestação definitiva da vontade dos Estados celebrantes em se obrigar pelos termos do tratado celebrado, em número suficiente para que este possa vigor, o artigo 80, da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, determina que o tratado deva ser registrado e publicado, a fim de que a sociedade internacional tenha conhecimento do seu teor. Trata-se de dispositivo editado em consonância com as determinações contidas nos dois parágrafos do artigo 102 da Carta da ONU. O parágrafo primeiro preconiza que todos os tratados e acordos internacionais de que participem os Estados membros da ONU deverão ser registrados e publicados pelo Secretariado, enquanto o parágrafo segundo que proíbe a qualquer dos Estados invocar em sua defesa, ou como fundamento de qualquer pretensão¹⁴⁶, perante qualquer dos órgãos das Organizações das Nações Unidas, tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado.

Cuida-se de medida destinada a impossibilitar a chamada “diplomacia secreta” cujo principal instrumento eram os tratados e acordos secretos e que, embora não tenha se iniciado no século XIX, foram as constituições liberais deste século que consagraram esta *praxis* danosa às relações internacionais.¹⁴⁷ Com efeito,

Os historiadores são unânimes em afirmar que a suspeita recíproca e a ausência de sinceridade, causas da diplomacia secreta, foram razões fundamentais da Primeira Grande Guerra. Os dois sistemas que se chocaram então, a Tríplice Aliança e a Entente Cordial foram mantidas por longo tempo em sigilo. O tratado secreto era o meio mais eficaz para a elaboração de alianças destituídas de

¹⁴⁶ RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 99.

¹⁴⁷ RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 34.

fundamento, de empresas coloniais as mais discutíveis e para as partilhas mais imorais.¹⁴⁸

Por isso, no plano internacional, a publicação dos tratados se mostram imprescindível para o sucesso de seus dispositivos, eis que sem que tal medida seja tomada os Estados celebrantes não poderão, por exemplo, se utilizar da Corte Internacional de Justiça para dirimir qualquer conflito resultante da aplicação de um tratado não registrado. Mas, mais importante, a publicidade dos tratados internacionais tem o

... mérito de dar a expressão escrita do Direito Das Gentes ao conhecimento geral, como sucede com o acervo legislativo de todo Estado soberano. Pretendia-se que o direito internacional escrito passasse a ser tão acessível – a qualquer interessado – quanto as leis nacionais... Sobre os tratados recairia com, o tempo, a presunção de notoriedade que, numa ordem jurídica estatal, reveste todo diploma legislativo.¹⁴⁹

3.3. A internalização dos tratados internacionais

Neste ponto se impõe a seguinte indagação: O registro e a publicação previstos pelas normas de DI só têm o escopo de tornar conhecidas as disposições convencionais no plano internacional, ou bastam para produzir que estas produzam efeitos também no plano interno dos Estados celebrantes? A resposta a esta pergunta foi, e ainda é, tema de extenso debate doutrinário destinado a estabelecer as fronteiras e a forma pela qual se relacionam o sistema jurídico internacional e os sistemas jurídicos internos de cada Estado. Para a sociedade internacional, especialmente em face do que dispõe o preceito do artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pouco importa a forma ou as providências necessárias para que as normas convencionais produzam efeitos no âmbito interno dos Estados pactuantes, desde que estes cumpram o tratado de boa fé.¹⁵⁰

Ocorre que, muitas vezes, os tratados internacionais geram obrigações e direitos, não só para os órgãos e pessoas de direito público, mas também, para os

¹⁴⁸ RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 35e 36.

¹⁴⁹ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 374.

¹⁵⁰ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 382.

particulares. É o caso do artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que assegura aos acusados em processo penal um rol de garantias individuais mínimas como, por exemplo, o direito à ampla defesa. Como dar conhecimento a estes particulares de tais direitos e, mais importante, como fazer com que uma norma, que não tenha sido firmada pelo órgão legislativo estatal produza efeitos internamente?

3.3.1.

As relações entre o direito internacional e o direito interno

Antes que se examine a forma pela qual as normas dispostas pelos tratados internacionais passam a vigor para os estados contratantes, portanto, é preciso estabelecer como o direito internacional e o direito interno se relacionam se, em determinado caso, ambos os regimes jurídicos contiverem disposições contraditórias para a solução de um conflito. Como sabido, o direito internacional, via de regra, busca regular as relações entre os Estados integrantes da sociedade internacional, enquanto que, em princípio, o direito interno de cada Estado tem por escopo a regulação das relações jurídicas entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Dessa forma, dificilmente surgiriam conflitos sobre qual a norma, de DI, ou interna, a ser aplicada para regular uma dada relação jurídica.

Existe um campo comum nas quais ambos os sistemas jurídicos estão aptos a produzir efeitos, regulando a mesma matéria.¹⁵¹ Daí se admitir a possibilidade de um conflito de normas como, por exemplo, no caso de um processo instaurado em função do ingresso de um navio em águas consideradas como mar territorial pelo direito interno, e como sendo alto mar pelo direito internacional, a defesa invocar o dispositivo de DI para se eximir de qualquer responsabilidade.¹⁵² Por isso, surge a necessidade de se indagar qual norma de qual ordenamento deve prevalecer. A celebração de um tratado cujos dispositivos destoam das normas adotadas pelo ordenamento interno de um dos Estados celebrantes tem o condão de revogar a legislação estatal, ou, pelo contrário,

¹⁵¹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 33.

¹⁵² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.100.

prevalece o diploma de direito intestino, não obstante a possibilidade de ser o Estado responsabilizado internacionalmente? Sob que qualidade são as normas de DI aplicadas internamente por um Estado? Como norma de DI, ou de direito interno e, nesse caso, como ocorre a sua adoção pelo ordenamento jurídico de um determinado Estado? A resposta a estas indagações dependerá, em todos os caso, da constituição de cada Estado, a qual determinará a forma pela qual os preceitos convencionais passarão a vigor internamente.

3.3.1.1. O Dualismo

Para responder a estas e outras indagações e determinar a forma pela qual se relacionam os dispositivos de direito internacional com aqueles pertencentes aos ordenamentos internos de cada Estado, a doutrina ofereceu teorias variadas que podem, mal ou bem, ser catalogadas em duas correntes principais: as teorias dualistas, ou pluralistas; e as teorias monistas. Em um segundo momento, foram desenvolvidas diversas teorias cujo intento é o de conciliar os aspectos convergentes de ambas as escolas de pensamento e assim oferecer uma solução única para o problema.

O primeiro autor a abordar o problema foi Heinrich Triepel, em obra denominada Volkerrecht und Landerrecht. Para Triepel, direito internacional e direito interno são noções diferentes, fundamentalmente divergentes, consistindo em sistemas que coexistiriam de forma independente.¹⁵³ A primeira distinção entre ambos reside no fato de que o direito interno deve ser compreendido como todo o direito estabelecido e vigente dentro de um determinado Estado.¹⁵⁴ Demais disso, o direito interno tem por escopo regular as relações sociais entre os indivíduos¹⁵⁵ que se encontram numa relação de subordinação com a entidade estatal e entre estes e o Estado.¹⁵⁶ O direito internacional, afirma, somente

¹⁵³ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.1.

¹⁵⁴ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.2.

¹⁵⁵ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.2.

¹⁵⁶ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.100.

reconhece como sujeito de direitos o Estado, enquanto que para o direito interno, o indivíduo também é titular de obrigações. A segunda diferença reside justamente no fato de o direito internacional buscar regular as relações entre Estados que, por definição, são entes internamente soberanos e externamente independentes. Por isso, o direito internacional e o direito interno têm fontes distintas, pois este é estabelecido de forma unilateral, isto é, por cada Estado independentemente da vontade de seus pares, enquanto aquele resulta da conjunção de vontades dos integrantes da sociedade internacional.¹⁵⁷ Disso, resulta a terceira distinção identificada por Triepel, qual seja, a de que, enquanto os indivíduos se encontram e um sistema de subordinação, o Estados convivem em um sistema jurídico coordenado.¹⁵⁸

...o direito internacional público e o direito interno não são apenas divisões, ramos distintos do direito, mas também sistemas jurídicos distintos. São dois círculos que se encontram em estreito contato mas que jamais se sobrepõem. Uma vez que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que haja uma concorrência entre as fontes desses dois sistemas jurídicos.¹⁵⁹

Para que uma norma de DI venha a ser aplicada internamente, se impõe sua transformação em norma de direito interno, através de um ato emanado do órgão estatal competente. “Não é o tratado, mas a norma estatal, mesmo que criada com a mera publicação do tratado, que é obrigatória para os sujeitos do Estado.”¹⁶⁰ Somente com a edição deste ato, por meio de um determinado procedimento previsto por seu ordenamento interno, é que os dispositivos contidos em um tratado celebrado por um dado Estado passarão a vigor internamente. Por isso mesmo, essa dualidade de sistemas evitaria a ocorrência de conflitos entre lei interna e norma de DI, haja vista que este não seria aplicável diretamente no plano interno e vice-versa.

A teoria de Triepel foi denominada de dualista, por defender a coexistência de dois ordenamentos distintos foi, mais tarde, adjetivada de

¹⁵⁷ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.4.

¹⁵⁸ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.4.

¹⁵⁹ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.5.

pluralista, vez que, na verdade, existem tantos direitos internos, quanto existem Estados a conviver com o DI. O pluralismo foi adotado por vários autores, os quais, não obstante terem realizado algumas modificações na teoria inicial de Triepel, mantiveram os dois sistemas separados em suas elaborações teóricas. Dentre estes doutrinadores, ganhou destaque Dionísio Anzilotti, autor que, embora fosse um ferrenho defensor do pluralismo, admitia, em alguns casos específicos, a possibilidade de aplicação do DI sem necessidade de transformação em direito interno.¹⁶¹

3.3.1.2. Monismo

Contra as teorias pluralistas, defendendo a existência de um único ordenamento jurídico, com efeitos tanto no âmbito doméstico dos Estados, quanto na sociedade internacional, foram construídas uma série de teorias que, em função da unidade pretendida, passaram a ser denominadas de monismo. Não obstante a sua tese base, as teorias monistas partem de fundamentos diversos para chegar à universalidade do ordenamento jurídico. Historicamente, o monismo remonta às construções filosóficas da Idade Média e à Renascença, que buscavam justificar, com o auxílio da doutrina da universalidade do direito natural, a unidade de uma Europa dividida entre a hegemonia papal e a imperial.¹⁶²

Apesar disso, as doutrinas monistas encontram proponentes, tanto naqueles autores identificados pela doutrina inglesa como “naturalistas”¹⁶³, quanto no campo do positivismo legalista, como é o caso de Kelsen e os demais integrantes da Escola de Viena. Para “naturalistas” como Lauterpach a unicidade do ordenamento jurídico é o único meio apto a assegurar a defesa dos direitos humanos. Para tanto, entende que deva ser conferida a predominância às normas de DI, de modo a suplantar qualquer obstáculo que a soberania possa apresentar na defesa dos indivíduos. “O Estado...não pode ser confiado como um veículo de

¹⁶⁰ TRIEPEL, Heinrich “Les Rapports Entre Le Droit Interne Et Le Droit International” RCADI 1923. t.1 Paris: Hachette, 1925 p.6.

¹⁶¹MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.114.

¹⁶² GREIG, D. W. **International Law**. 2nd edition, London: Butterworths, 1976, p.52.

proteção dos direitos humanos: o direito internacional, assim como o direito interno, tem como principal preocupação a conduta e o bem-estar dos indivíduos.”¹⁶⁴ Para tanto, Lauterpach, não só rejeita a tese dualista que conclui não ser o indivíduo reconhecido pelo direito internacional como sujeito de direitos, mas o coloca no centro das preocupações do DI, repudiando a idéia de um soberania estatal absoluta.¹⁶⁵

Abordando o tema sob um prisma lógico-formal, a partir de sua teoria pura do direito, entendida como uma teoria cognitiva do problema jurídico, Kelsen e os demais adeptos da Escola de Viena propuseram que a teoria monista se encontrava cientificamente demonstrada.¹⁶⁶ Para tanto, a unidade do ordenamento jurídico se justifica de duas maneiras. A Ciência do Direito somente pode ter, como toda ciência, um objeto único de estudo, no caso o material jurídico, quer este se apresente como direito internacional, quer apareça como direito estadual.¹⁶⁷ Esta unidade do direito tem um caráter negativo, qual seja, a ausência de contradição.¹⁶⁸ O monismo resulta de um imperativo lógico, destinado a evitar conflitos lógico-formais entre dois sistemas normativos contraditórios, eis que, assim como todo o conhecimento, também o conhecimento jurídico é único, somente podendo existir uma única ordem jurídica dotada de obrigatoriedade.¹⁶⁹ Adotada a concepção dualista, o que somente seria viável se aceita a hipótese de conflitos insolúveis entre os dois sistemas, seria impossível, sob pena de incorrer em uma contradição gnoseológica, considerar ambos os sistemas como válidos ao mesmo tempo¹⁷⁰, conclusão que derruba a viga mestra da teoria dualista. A unidade do ordenamento tinha por fundamento a teoria de Kelsen pela qual as normas jurídicas são escalonadas, como a formar uma pirâmide na qual a norma inferior retira sua legitimidade daquela que lhe é imediatamente superior,

¹⁶³ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.100.

¹⁶⁴ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 34.

¹⁶⁵ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.101.

¹⁶⁶ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 35.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4^a edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 365.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4^a edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 365.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système Entre Le Droit Interne Et Le Droit International Public” RCADI 1926. IV, t.14 Paris: Hachette, 1927 p.268.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4^a edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p.365.

fenômeno que se repete até alcançar a norma fundamental – Grundnorm – no vértice do ordenamento. Kelsen rejeita o fundamento jusnaturalista da unicidade do direito internacional. Como parte integrante de uma ordem jurídica objetiva, o direito internacional se legitima a partir de um princípio, de uma norma pressuposta, apto a conferir obrigatoriedade aos tratados internacionais. Em princípio entendeu Kelsen ser este princípio o *pacta sunt servanda*.

Em sua crítica ao dualismo, Kelsen afirma ainda que, apesar de uma norma de direito interno não poder pretender regular relações regidas pelo DI, nada impede que o contrário se verifique, fato que solapava um dos vértices da teoria de Triepel.¹⁷¹ Kelsen defende que as relações jurídicas entre indivíduos, bem como aquelas que desenvolvidas entre estes e os Estados, têm a mesma natureza daquelas relações estabelecidas entre Estados. Nestes casos aquilo que se está a regular são as relações entre indivíduos que exercem funções de governo, em ambos os casos se está a regular relações jurídicas entre indivíduos.¹⁷² Ao contrário do que defendem os dualistas, o direito interno regula sociais de igual natureza das reguladas pelo DI. O dualismo, pois, se sustenta sobre bases equivocadas.

O monismo, a unicidade do ordenamento jurídico, por sua vez, pode se efetivar de duas maneiras distintas, ambas tidas como hipóteses válidas para Kelsen. A primeira consiste no fato de que a validade das normas de DI decorre do seu reconhecimento pelo direito interno dos Estados nacionais. Para tanto, se impõe compreender a soberania estatal como sendo de natureza absoluta, de tal forma que não possa ser admitida a validade de qualquer norma que não tenha emanado da vontade do Estado.¹⁷³ Somente por força de sua vontade é que o Estado pode ser obrigado pelo direito internacional.¹⁷⁴ Examinado pelo prisma da teoria pura do direito, como professada por Kelsen, a norma fundamental, no caso, seria a constituição de cada Estado.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système Entre Le Droit Interne Et Le Droit International Public” RCADI 1926. IV, t.14 Paris: Hachette, 1927 p.281.

¹⁷² KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système Entre Le Droit Interne Et Le Droit International Public” RCADI 1926. IV, t.14 Paris: Hachette, 1927 p.282.

¹⁷³ MELLO, Celso Duviuier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.115.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système Entre Le Droit Interne Et Le Droit International Public” RCADI 1926. IV, t.14 Paris: Hachette, 1927 p.290.

Os defensores do monismo com primazia no direito interno, pois, não reconhecem outra fonte de direito que não o Estado. Esta concepção foi criticada, principalmente, por negar a existência de um direito internacional autônomo e independente. Observa Celso Duvivier de Albuquerque Mello rejeita tal concepção sob o argumento de que, toda vez que, em função de uma revolução ou conflito bélico, um Estado passar por uma mudança radical em sua estrutura constitucional, automaticamente todos os tratados firmados por aquele Estado deixariam de produzir efeitos, coisa que a prática internacional demonstra que não se verifica, já que dificilmente os tratados celebrados anteriormente não são adimplidos.¹⁷⁵ A falência de tal concepção se mostrou inevitável já que como explica Marotta Rangel

A opção em favor do Direito Interno (Wenzel, Felipe e Alberto Zorn, Decendière-Ferrandière) importou, contudo, em falso monismo já que deu reconhecimento da pluralidade de ordenamentos jurídicos internos em função dos quais o Direito internacional se dispersa e esfacela. E atribuir a êsse Direito fundamento meramente constitucional significa desconhecer, por outro lado, o princípio da continuidade das obrigações internacionais e a eficácia de fontes (costumes, princípios gerais de direito) que não dependem da vontade governamental.¹⁷⁶

A outra forma pela qual a unidade do ordenamento jurídico pode ser assegurada é por meio do reconhecimento da primazia do direito internacional sobre o direito interno. O monismo com primazia do direito internacional parte da idéia de que somente por meio do direito internacional é possível regular a coexistência dos Estados integrantes da sociedade internacional. Para Kelsen, a coexistência espaço-temporal das ordens jurídicas estaduais, no plano internacional, somente é possível por meio do princípio da efetividade¹⁷⁷, norma do direito internacional positivo que condiciona “...tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas...delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este...como

¹⁷⁵ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.115.

¹⁷⁶ RANGEL, Vicente Marotta. “Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais” Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano XXIII, Janeiro-Dezembro, 1967, n° 45 e 46, p. 33.

¹⁷⁷ “O princípio da efetividade tem influenciado de modo profundo toda a moderna literatura jurídica internacional. A noção de efetividade, na ciência jurídica, é ‘a relação que existe entre um certo fato e uma regra ou situação jurídica’...‘é a qualidade de um título jurídico que preenche

ordens jurídicas parciais incluídas... numa ordem universal.”¹⁷⁸ Quanto à norma fundamental que daria legitimidade aos dispositivos inferiores, Kelsen, em um primeiro momento, sustentou que seria o *pacta sunt servanda*, norma de direito internacional consuetudinário.¹⁷⁹ Posteriormente, por entender ser tratar de norma do DI positivo enquanto criação do direito internacional consuetudinário, da prática costumeira dos Estados, passou Kelsen a sustentar que a norma fundamental consistiria na seguinte elaboração teórica “Os Estados, quer dizer os governos dos Estados, devem conduzir –se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados.”¹⁸⁰

Em direta contraposição às teorias monistas que concedem primazia ao direito interno, a soberania deve aqui ser vista como algo relativo. O Estado não aparece mais como ordem dotada de competência soberana, mas, sim, caracterizada por “... uma pretensão à totalidade (*Totalitätsanspruch*), somente limitada pelo direito internacional; quer dizer ela não é de antemão limitada pelo Direito Internacional a certas matérias...”¹⁸¹

Por isso, embora em um primeiro momento de sua teoria, identificada como monismo radical, tenha Kelsen rejeitado a possibilidade de conflitos entre o DI e o direito interno, devendo, em caso de contradição, a norma de direito interno sucumbir perante a norma de DI, em um segundo momento a existência de conflitos entre as duas ordens foi reconhecida como uma possibilidade. Para Celso Mello, em tais casos, a unidade do ordenamento pretendida por Kelsen não é atingida, vez que, a prática internacional demonstra a predominância do DI, a partir do momento em que uma lei contrária ao DI dá confere ao prejudicado o direito responsabilizar internacionalmente o Estado infrator, não sendo o mesmo possível quando a norma de DI contraria o ordenamento interno de um determinado Estado.¹⁸²

Tal hipótese foi reconhecida por Kelsen quando defendeu que naqueles casos em que o direito interno não admitir a internalização de uma determinada

objetivamente a sua função social.” MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.90.

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 374.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.116.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 241.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 376.

regra de DI, quer porque incompatível com o seu direito interno, quer porque tal incorporação depende de um procedimento específico ainda não concluído, isto não significava a invalidade da norma de direito internacional, mas sim, que o Estado será, se for o caso, responderá por uma violação do DI perante a sociedade internacional. Entretanto, para Kelsen, trata-se de constatação insuficiente para negar a unicidade do ordenamento jurídico, pois existem casos em que a mera contrariedade entre, por exemplo, lei e Constituição, não gera imediatamente a invalidade daquela. A conformidade de uma norma de direito interno com a Constituição, somente pode ser atacada por meio de um procedimento específico. Por isso, naqueles casos em que uma Constituição estadual não vislumbre tal possibilidade, mas, ao invés, preveja a existência de um processo de responsabilização dos agentes responsáveis pela edição da norma viciada, o sistema permanece íntegro, não obstante a aparente contradição.¹⁸³

A primazia do direito internacional, na doutrina de Kelsen, se mantém inclusive em face da existência de preceitos constitucionais que exijam a transformação da norma de DI em norma de direito interno para ser aplicada pelos órgãos de um Estado. O mesmo ocorre, naturalmente, ante a existência de cláusulas gerais que expressamente disponham integrar as normas de DI o direito interno. A ausência de tais cláusulas gerais, ou da transformação exigida constitucionalmente, não têm o condão de invalidar a norma de DI, mas sim significar a sua não aplicação e, por conseguinte, caracterizar um ilícito internacional.¹⁸⁴ Disso segue a conclusão que a transformação da norma de DI é desnecessária para a manutenção da unidade do ordenamento jurídico.

Kelsen, embora sustentasse que ambas as correntes monistas era teoricamente possíveis, sendo a eleição de uma dessas teorias resultado de uma escolha política ou ética, alheia a critérios jurídicos, deu preferência expressa ao monismo como primazia do DI, por entender que somente o direito internacional, ao servir de limite das soberanias internas, "... desempenha um papel decisivo na

¹⁸² MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.116.

¹⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 368.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, pp. 374-375.

ideologia política do pacifismo.”¹⁸⁵ Neste sentido, Verdross que, apesar de apoiar sua teoria em uma visão “... de que a humanidade no seu conjunto forma uma unidade jurídico-moral ancorada no direito natural.”¹⁸⁶, assim se assemelhando à Lauterpach, também defende a primazia do DI. Para Verdross, é a universalidade dos valores jusnaturalistas cristãos que confere à legitimidade ao DI e, do mesmo modo, a sua supremacia, enquanto veículo de valores universais, supra legais, sobre os ordenamentos jurídicos estaduais. Daí, a aplicação do DI pelos Estados se dar de forma automática, sem qualquer necessidade de transformação, consistindo em mera execução, ou aplicação, de preceitos normativos superiores pelo aparelho estatal.

Isso não obstante, Verdross entende que a possibilidade de conflitos é real, sendo que tais conflitos são temporários, eis que facilmente resolvido pelos procedimentos e regras previstos pelo direito internacional.¹⁸⁷ Com efeito, a ocorrência de conflitos entre normas constitucionais e legislação infraconstitucional é fato comum nos ordenamentos estaduais, sendo certo que, em sua maioria, as constituições estaduais prevêm procedimentos destinados a debelar tais contradições. Por sua vez, em nenhum momento é lícito sustentar que tais situações significam uma fratura na unidade do direito interno. Do mesmo modo, entende Verdross que a existência de conflitos entre o direito interno de um Estado e suas obrigações contraídas sob o direito internacional não constitui uma ameaça maior à unidade dos dois sistemas, desde que sejam adotados os meios previstos pelo DI para a reparação do dano. “A validade temporária, provisória, das normas domésticas contrárias ao direito internacional é simplesmente uma consequência da estrutura *descentralizada* do direito internacional...”¹⁸⁸ As normas de direito interno contrárias ao DI teriam sua validade limitada a contestação de sua aplicação pelo Estado interessado e à solução do conflito pelos instrumentos previstos pelo DI. Para os monistas a necessidade de instrumentos de internalização era uma preocupação menor, se é que existia, pois a unicidade do ordenamento jurídico necessitava, tão-somente, de

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 382.

¹⁸⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.55.

¹⁸⁷ SIMMA, Bruno. “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law” <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3-02.html>.

normas destinadas a evitar e solucionar as eventuais contradições entre o sistema de DI e o de direito interno.

3.3.1.3.

As críticas ao dualismo e ao monismo: As teorias conciliadoras.

Além dessas teorias, surgiram ainda as chamadas teorias conciliadoras, que sustentam a independência das duas ordens jurídicas sob coordenação do direito natural. Essas teorias, em comum, afirmam a primazia do direito internacional sobre o direito interno, admitindo a responsabilização do Estado pelo descumprimento de preceito de DI em função de norma de direito interno. É possível sustentar que tais teorias adotam o monismo, não obstante de natureza moderada. Parece apropriada a lembrança de Celso Mello¹⁸⁹ quando afirma que para Klaus Stern as diversas teorias monistas podem ser classificadas sob três categorias, instituídas quanto ao modo de internalização das normas de direito internacional no direito interno:

a) a teoria da transformação em que o DI precisa ser convertido em direito interno (Constituição dos EUA); b) a teoria da execução que exige um ato intra-estatal e a norma internacional não é transformada, permanecendo DI; c) teoria da incorporação ou da adaptação que dá validade imediata ao DI no direito interno.¹⁹⁰

O mesmo autor, neste ponto, sustenta que o que se constata hodiernamente no campo internacionalista é a prevalência de teorias monistas que defendem a primazia do DI, quer as tidas como radicais, quer as adjetivadas de moderadas, pelo fato de aceitarem a existência de conflitos entre direito interno e as normas de direito internacional, sobre as teorias pluralistas.¹⁹¹ Isso não obstante, merece atenção a seguinte advertência:

A determinante do alinhamento no monismo ou no dualismo é, em primeiro lugar, a opção que se fizer quanto ao conceito de soberania. O monista de direito

¹⁸⁸ SIMMA, Bruno. "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law" <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3-02.html>.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp.118-119.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.119.

¹⁹¹ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.119.

interno não reconhecerá o direito internacional porque finge, não encontrar limites à actuação do Estado; o dualista, por seu turno tenta conciliar a soberania com a existência de certas regras de direito internacional que se impõem ao Estado; finalmente o monista com primado da ordem jurídica internacional transfere o conceito de soberania para a sociedade global¹⁹²

Embora se esteja a cuidar de hipóteses que busquem explicar uma realidade jurídica, as diversas teorias refletem opções ideológicas e políticas, apesar de sustentadas por argumentos jurídicos, como admitido expressamente por Kelsen. O direito internacional e o direito interno têm como principal nota de distinção as suas fontes. Naquilo que concerne o ordenamento interno, estas fontes, via de regra, são estabelecidas pelo direito constitucional de cada Estado, quer este conste, ou não, de um documento formal. Parece que a dificuldade em se estabelecer uma teoria definitiva decorra justamente do fato de que estão nas constituições os dispositivos que estabelecem a forma pela qual as normas oriundas de DI são internalizadas. A teoria adotada em cada país dependerá, precipuamente, da vontade dos legisladores constitucionais e da aplicação da regra de internalização prevista constitucionalmente pelos tribunais. Na verdade, nada impede que uma norma convencional de DI venha a ser adotada pelo ordenamento interno Estado que não tenha participado de sua elaboração.

As críticas não se limitam a cada posição doutrinária, mas a própria discussão entre monistas e dualistas é objeto de fortes críticas. O primeiro ponto levantado contra as essas duas correntes teóricas é que nenhuma das diversas teorias que cuidam do tema logrou explicar o problema de acordo com a forma pela qual o mesmo é enfrentado pelas organizações internacionais e nacionais, aí incluídos os tribunais.¹⁹³ Ambas as teorias funcionariam somente num plano contrafático, carecendo de efetividade para a análise das relações entre o DI e o direito interno.¹⁹⁴ O segundo argumento erigido contra esta discussão se encontra na própria utilização do adjetivo moderado para qualificar as doutrinas apontadas como conciliadoras. Na verdade, o carácter idealizado de ambas as teorias permite afirmar que em nenhum momento da História tenha se verificado a existência de

¹⁹² SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp.70-71.

¹⁹³ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 36.

¹⁹⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 69.

“... um Estado completamente monista ou completamente dualista.”¹⁹⁵ Por tudo isso, são vários os autores que interpretam tal discussão como meramente acadêmica, justamente por carecer de conseqüências práticas.

3.3.1.4.

Dualismo e monismo; teorias distintas para problemas diferentes

Na verdade, parece lícito concluir que a presente discussão concerne duas situações distintas. O monismo e o dualismo têm pontos de partida distintos e buscam soluções para problemas que não se confundem. O monismo tem por escopo estabelecer a prevalência de uma das normas conflitantes na resolução de um litígio concreto. Neste caso, a unicidade do ordenamento jurídico não exclui sua divisão em hierarquias distintas assim como ocorre com o direito interno. É possível que existam disposições contraditórias contidas em normas de mesma hierarquia ou de níveis distintas, convivendo até que uma delas seja declarada inválida em função da outra. Para os monistas o que importa é manter a higidez e unidade do ordenamento jurídico, conferindo uma solução na qual uma das normas venha a sucumbir diante da outra em função da primazia de um sistema sobre o outro. “Do que especialmente se trata, ao determinar a relação existente entre Direito estadual e Direito internacional, é da questão de saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas.”¹⁹⁶

Não se pode negar que, salvo a responsabilização internacional do Estado infrator, a sociedade internacional pouco pode fazer para impor o adimplemento de uma norma de DI cuja recusa tenha se verificado em função de sua incompatibilidade com o ordenamento interno de um Estado determinado. Por isso pretendem as teorias identificadas pela doutrina como de coordenação que, existindo o litígio, a prática demonstra parecer mais acertado focar a questão como sendo um de conflito de obrigações, ou seja, o inadimplemento de uma obrigação contraída de acordo com as regras de DI em função de um dispositivo

¹⁹⁵GALINDO, George Rodrigo Bndeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 69.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p.365.

de direito interno.¹⁹⁷ Se o conflito for levado à jurisdição internacional e a solução se limitar à responsabilização do Estado, sem que seja determinada, de alguma forma, a anulação da norma ofensiva, se impõe a conclusão de que, embora a norma de DI tenha prevalecido no caso concreto, esta, mesmo assim, não produz nenhum efeito no ordenamento interno do Estado infrator. Dessa forma, ambas as normas continuam sendo tidas como válidas.

Aparentemente, tais teorias se enquadram sob a égide do monismo moderado, tanto de Verdross, pois a primazia do DI seria mantida, pelo menos no campo internacional, eis que a norma de DI limitaria a eficácia da norma de direito interno no campo internacional, quanto de Kelsen, já que

norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional. Com efeito, este não prevê qualquer processo através do qual a norma jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada.¹⁹⁸

Para os dualistas, por sua vez, o problema se apresenta em estabelecer a forma pela qual o Estados internalizam o direito internacional, isto é, o meio pela qual as normas de DI passam a integrar o ordenamento interno. “O ponto básico na doutrina dualista... é a eliminação teórica de toda a possibilidade de conflito entre a lei e o tratado internacional.”¹⁹⁹ O conflito, para os dualistas, é tido como impossível, haja vista estar se a cuidar de dois ordenamentos, distintos e estanques.

A prática demonstra que conflitos entre dispositivos internacionais e de direito interno ocorrem com alguma frequência, haja vista que cada vez mais normas de DI passam a regular temas anteriormente reservados ao direito interno, tanto assim, que a preocupação monista se dirige justamente em encontrar meios de evitar esse conflito. Neste ponto, cabe repetir que o procedimento de internalização será determinado pela Constituição de cada Estado, sendo tantas, quanto distintas, as técnicas de internalização. Lembre-se que são as constituições

¹⁹⁷ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.102.

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, pp.367-368.

¹⁹⁹ RANGEL, Vicente Marotta. “Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais” Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano XXIII, Janeiro-Dezembro, 1967, n° 45 e 46, p. 49.

estaduais que regulam a forma pela qual o DI será aplicado internamente, sendo certo que todos os servidores públicos estão obrigados a obedecer a Constituição de seu Estado respectivo.²⁰⁰ Dessa forma, parece acertada a distinção feita por Nádía Araújo e Inês da Matta Andreioulou entre dualismo e monismo:

Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional, para saber qual deles deve prevalecer.²⁰¹

Dessa distinção, pois, resulta a possibilidade de um Estado admitir, de forma concorrente, a aplicação de ambas as teorias, o dualismo, ou uma variação, no que toca a forma pela qual as normas de direito internacional são internadas e o monismo, ou uma variação, no que tange a hierarquias das normas de direito internacional internalizadas dentro do ordenamento interno.

3.4.

O problema da internalização dos tratados internacionais no direito comparado.

No final do capítulo precedente foi dito que várias das constituições europeias promulgadas no segundo pós-guerra passaram a reconhecer como parte do direito interno dos respectivos Estados, as normas de direito internacional público comumente reconhecidas. Para o direito britânico, as regras não escritas de direito internacional são aceitas como parte do direito consuetudinário interno e são plenamente aplicáveis, desde que não contradigam norma escrita editada pelo parlamento.²⁰² O mesmo se aplica, via de regra, nos casos em que existe um precedente judicial, quando a regra estabelecida judicialmente deve prevalecer sobre a norma internacional.²⁰³ Por sua vez, os intérpretes da Lei Fundamental

²⁰⁰ SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 4ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.75.

²⁰¹ ARAÚJO, Nádía e ANDREIULO, Inês da Matta “A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos”, *in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p 87.

²⁰² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 108.

²⁰³ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 109.

alemã, defendem que o artigo 25 desse diploma inovou na questão da internalização das normas de direito internacional. Para Hesse, até o advento da Lei Fundamental, o ato de conversão da norma internacional em direito interno era *conditio sine qua non* para a validade interna da norma convencional.²⁰⁴ Porém, com a promulgação da Carta alemã, entrou em vigor o determinado pelo seu artigo 25 que admitiu expressamente, como lei interna, de aplicação automática, **as regras gerais de direito internacional**, as quais vigem em uma hierarquia superior às normas federais infraconstitucionais.²⁰⁵ Para que o direito internacional tenha vigência interna no caso dos Estados europeus se impõe que a constituição do Estado assim o determine expressamente, cabendo à jurisprudência, nos casos em que o texto constitucional não deixar clara essa opção, decidir pela aplicabilidade ou não das normas gerais internacionais.

Aqui cabe frisar que no que concerne os **tratados internacionais**, permanece a necessidade de conversão da norma de direito internacional para que estas vigorem internamente.²⁰⁶ **Mesmo, é bom que se firme aqui, que se cuide de tratados internacionais destinados à proteção dos direitos humanos.**²⁰⁷ O mesmo parece ocorrer com parte significativa dos Estados europeus. As normas escritas de direito internacional para a sua aplicação carecem, via de regra, de serem introduzidas e reproduzidas pelo direito interno.²⁰⁸ No caso do direito britânico, impera a necessidade de incorporação da norma internacional, haja vista que a Coroa Britânica não pode exercer atos privativos do Parlamento, titular absoluto da função de legislar.²⁰⁹ Como exceção que confirma a regra, a

²⁰⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 93.

²⁰⁵ BERRAMDANE, Abdelkhhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, pp. 44-45.

²⁰⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 94.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 278.

²⁰⁸ BERRAMDANE, Abdelkhhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 64.

²⁰⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 111.

intervenção parlamentar é desnecessária em acordos administrativos de menor importância.²¹⁰

A análise das relações entre o direito internacional e o direito interno na Europa exige, ainda, que se aborde a questão das relações entre direito comunitário e o direito interno dos Estados integrantes da União Européia. Ao contrário do que seria de esperar, a doutrina dualista parece prevalecer, mesmo que com adaptações. Na Grã-Bretanha, a necessidade de incorporação se mantém, mesmo diante de normas convencionais firmadas entre membros da União Européia.²¹¹ Na Itália, a jurisprudência predominante firmou que, até que o tratado seja aprovado pelo parlamento, ato que ao mesmo tempo em que autoriza a ratificação da convenção edita uma ordem de execução determinando a aplicação interna dos dispositivos internacionais, o tratado não vige internamente.²¹² Algumas vezes, para que o dispositivo internacional produza seus efeitos dentro da República Italiana, faz-se necessário ainda a adaptação de diplomas internos a fim de possibilitar a plena aplicação do direito internacional.²¹³ Do mesmo modo, para a doutrina e a jurisprudência alemãs, a doutrina dualista formulada por Triepel prevalece, mesmo nos casos em que a norma de direito comunitário.²¹⁴ A exceção a essa regra são as normas de direito comunitário derivado,²¹⁵ formulado a partir da delegação prevista pelos parágrafos 1º dos artigos 23 e 24 da Lei Fundamental.²¹⁶

A aplicação das normas internacionais não escritas nos Estados Unidos se dá de forma semelhante, senão idêntica, ao modelo adotado pelo Reino Unido. As normas costumeiras de direito internacional são aplicadas como lei federal, cuja

²¹⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 112.

²¹¹ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 64.

²¹² BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 81.

²¹³ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 82.

²¹⁴ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 89.

²¹⁵ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 90.

²¹⁶ O §1º do artigo 23 da Lei Fundamental alemã, permite a delegação de parcela da soberania da Federação para a União Européia, por meio de uma lei do Bundesrat, a fim que sejam redigidas normas destinadas a permitir a unificação, enquanto que o §1º do art. 24 possibilitar organizações internacionais, razão pela qual as normas de direito criadas dessa forma decorreriam, ao menos em parte, da vontade do constituinte germânico, assim se legitimando como direito interno.

aplicação pelas cortes federais norte-americanas gera precedentes a serem seguidos pelos tribunais estaduais e, também Como ocorre na Grã-Bretanha as normas internacionais devem ceder perante o direito estatutário.²¹⁷ No que diz respeito aos tratados o sistema adotado pelos Estados Unidos difere do eleito pelo Reino Unido. Para que um tratado seja ratificado se impõe que o mesmo seja aprovado por dois terços do Congresso norte-americano, exceção sendo feita aos acordos executivos, tratados cuja competência exclusiva para celebrar resultaria como implícita na constituição daquele país, como reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte.²¹⁸

A problemática da necessidade de norma de internalização para que os preceitos convencionais sejam aplicados internamente recebe, nos Estados Unidos, uma abordagem distinta daquelas estudadas pela doutrina europeia. Os norte-americanos agrupam os tratados sob duas categorias os self executing treaties e os non-self-executing treaties. Os tratados auto executáveis consistiriam naqueles instrumentos internacionais cujos dispositivos para serem aplicados como direito interno prescindiriam de qualquer providência complementar, enquanto os demais carecem de serem transformados em norma direito interno para, só então, passarem a produzir efeitos dentro da jurisdição norte-americana.²¹⁹ O problema é identificar quais os tratados que se enquadram em cada categoria. Embora não seja um critério infalível, a doutrina, fundada na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, procura identificar como sendo auto-executáveis os tratados que regulam relações de direito privado, enquanto aquelas de direito público ou dotadas de componente político se enquadrariam na segunda categoria.²²⁰

Dos exemplos acima coligidos é possível deduzir que naquilo que concerne à incorporação das normas convencionais, a doutrina dualista parece prevalecer. Uma possível exceção a essa regra seria a Constituição da França de 1958 que teria adotado um sistema monista moderado, limitado, condicionado

²¹⁷ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 pp. 115-116.

²¹⁸ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 pp. 117-118.

²¹⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p.118.

²²⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p.118-119.

pelo direito internacional e pelo direito comunitário.²²¹ A partir de 1946, as normas convencionais passaram a ser internadas na França por meio da publicação, não se fazendo mais necessária a transformação da norma de direito internacional em norma de direito interno. O mesmo procedimento foi adotado pelo artigo 55 da Constituição de 1958, que confere o status de norma supra legal às normas internalizadas.²²²

O estabelecimento da hierarquia das normas internacionais uma vez que estas sejam incorporadas, ou tidas como aplicáveis internamente, é questão que dependerá ou de determinação expressa da Constituição ou, na falta disso, da interpretação dos tribunais.²²³ No que diz respeito ao direito dos países europeus, o estabelecimento da hierarquia dos dispositivos escritos de direito internacional depende ainda da natureza do direito em questão, quer dizer, se está a se tratar de direito internacional público ou de direito comunitário.²²⁴ Na América do Sul, por exemplo, o parágrafo 22, do artigo 95, da Constituição da República Argentina, confere, de forma expressa, hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

3.5.

A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro

Como não poderia deixar de ser, eis que, como todo Estado participante da sociedade internacional, o Brasil também carece de instrumentos que possibilitem a coexistência das regras de direito internacional e de seu ordenamento interno, a discussão de como a norma de DI obtém validade interna, bem como qual norma deve prevalecer em caso de conflitos de normas dos dois ordenamentos. Assim como ocorreu na Europa, a teses desenvolvidas sobre tais temas pela doutrina e jurisprudência pátrias tiveram como ponto de partida as teorias de Triepel e de Kelsen. E, como lá se deu, no Brasil foram desenvolvidas teorias derivadas das

²²¹ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 130.

²²² DINH, Nguyen Quoc . **Droit International Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. pp. 224-225.

²²³ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 97.

²²⁴ BERRAMDANE, Abdelkhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 97.

duas propostas iniciais, posteriormente identificadas como sendo moderadas – monismo moderado e dualismo moderado – em contraposição às teorias tidas como radicais ou extremadas – monismo radical e dualismo extremado.²²⁵ Não obstante as preocupações doutrinárias sobre qual o sistema jurídico preponderante ou qual a melhor técnica de incorporação do direito internacional, deve se ter em mente que compete ao Judiciário e, acima de tudo ao STF, como guardião supremo da Constituição, dizer qual o direito em vigor no país. Na verdade, foi o Supremo Tribunal Federal a arena onde se travaram, e ainda hoje se dão, as principais disputas sobre o tema e onde, afinal, se decidirá a teoria adotada pelo Brasil.

Para Celso Mello, de início, o monismo com primazia do direito internacional, teria sido a tese vencedora.²²⁶ Esta assertiva encontra fundamento na jurisprudência do STF, inaugurada pelo acórdão proferido no caso do Pedido de Extradicação nº 7 de 1914, no qual o Supremo, aparentemente, reconheceu a primazia do tratado de 17 de dezembro de 1877 sobre a Lei nº 2.416 de 28 de julho de 1911.²²⁷ Aparentemente, porque em princípio a Corte Constitucional não teria abordado a questão da internalização das normas de direito internacional pelo Brasil. O problema que então se pôs perante o Supremo Tribunal Federal era o de determinar sobre a validade de acórdão proferido em 27 de janeiro de 1911, em que apreciou um pedido de extradição feito pelo Reich Alemão. No caso, os dois atos normativos estariam em um conflito aparente de normas. Explica-se, no acórdão de 7 de janeiro de 1914, proferido no pedido de extradição nº 7, o Pretório Excelso decidiu que, até a edição da Lei nº 2.416, não detinha competência para conhecer dos pedidos de extradição, incumbência que lhe foi conferida pelo artigo 10 deste ato normativo de direito interno. Ocorre que o artigo 12 do mesmo diploma legal dispunha: “Art. 12 Publicada esta lei, será o seu texto enviado a todas as nações com as quaes com as quaes o Brazil mantém relações e serão denunciados todos os tratados de extradição ainda vigentes.”²²⁸

²²⁵ BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo.

²²⁶ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.122.

²²⁷ Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 7 Governo do Império Alemão e Ernst Weigscheider, Ministro Relator Canuto José Saraiva.

²²⁸ Imprensa Nacional **Collecção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1911**. Rio de Janeiro, 1914, vol. 1, “Actos do Poder Legislativo” p. 29.

Ao contrário do que se verifica hoje em dia, vez que a Constituição de 1988 expressamente confere tal competência ao STF por meio de seu artigo 102, I, “g”, o artigo 59 da Carta de 1891, dispositivo responsável naquela época pela definição das competências do STF, se calava sobre o assunto. Por tudo isso, o que se extrai do referido acórdão é que o STF concluiu que o artigo 12 condicionava o exercício desta competência à denúncia dos tratados internacionais mantidos pelo Brasil sobre extradição. No caso, o tratado que o Brasil mantinha com o Reich Alemão, somente foi denunciado em 14 de março de 1913, isto é, após a decisão sobre cuja validade o Supremo fora instado a se manifestar. Por isso, pareceria acertado afirmar que o STF não abordou o problema sob o ângulo das relações entre direito internacional e direito interno, mas simplesmente entendendo que, por força de uma norma de direito interno, sua competência para conhecer de pedidos de extradição, ficaria a depender de um ato de direito internacional. A solução encontrada pelo legislador quando da edição da Lei nº 2.416, teve o grande mérito de evitar que o Brasil fosse responsabilizado internacionalmente, evitando o conflito entre o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional. Parece que, no caso em questão, foi o Legislativo que pareceu entender que a norma convencional não poderia ser revogada internamente sem a denúncia do pacto.

Philadelpho de Azevedo ao fundamentar o seu voto nos autos apreciar a Apelação cível nº 7.872, asseverou

...a técnica exata e sincera foi a que adotou a lei de extradição de 1911, mandando no art. 12 que fossem denunciados todos os tratados vigentes para que ela pudesse vigorar genérica e irrestritamente, mas antes dessa denúncia os tratados não seriam alcançados pela lei, como reconheceu, acabamos de ver, o Supremo Tribunal em 1914.²²⁹

Ocorre que apesar da profunda análise do tema com que nos brinda o Ministro Philadelpho de Azevedo ao fundamentar o seu voto, a verdade é que este, ao decidir, entendeu pela inaplicabilidade do tratado, não em função da primazia do direito interno, mas por este não englobar a matéria veiculada na

²²⁹ Supremo Tribunal Federal, Apelação cível nº 7.872 – Rio Grande do Sul Apelantes Juiz dos Feitos da Fazenda Pública, ex-officio, Carlo Marti e outros, União Federal Apelados Carlo Marti e outros, União Federal, Ministro Relator: Philadelpho de Azevedo fl. 84.

apelação. Em ambos os casos o STF, apesar de vários pronunciamentos pela primazia do direito internacional sobre o direito interno, o problema das relações entre os dois sistemas, não foi de fato o objeto da decisão.

Isso não obstante, e de acordo com o que parecia ser a interpretação do STF, na época, o Legislativo editou a Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, que institui o Código Tributário Nacional - CTN, o qual determina em seu artigo 98 que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Do mesmo modo, o §3º do artigo 79 da Lei nº 6.815, editada em 19 de agosto de 1980, deu prevalência à determinação convencional em detrimento dos seus próprios dispositivos para determinar a preferência entre pedidos de extradição do mesmo alienígena formulados por Estados distintos. Disso tudo, e principalmente em função do artigo 98 do CTN, que expressamente preconiza que as leis editadas após a entrada em vigor de tratados internacionais devem respeitar os termos destes últimos, resultaria que o Estado brasileiro conferiria a primazia do DI sobre o seu próprio ordenamento.²³⁰

Entretanto, a partir do acórdão proferido em 1978 nos autos do Recurso Extraordinário nº 80.004, o STF teria, para Celso Mello, retrocedido ao adotar uma posição de cunho dualista,²³¹ existindo, ainda, quem diga que referido acórdão seria o marco da adoção do “...Monismo moderado, expressão que jamais fora utilizada pelos tribunais em casos anteriores, nem tampouco no próprio RE nº 80.004.”²³² Entretanto, como se passará a demonstrar, a discussão entres monismo e dualismo durante muito tempo foi disputada com base em premissas equivocadas, razão pela qual deve se ter como acertada a seguinte conclusão:

..As soluções para os conflitos entre tratados internacionais e as normas jurídicas internas no Brasil independem da concepção adotada quanto às escolas monista e dualista. Neste sentido é que se torna possível afirmar, com Charles Rousseau, que a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo é uma mera “*discussion d’école*”.²³³

²³⁰ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.123.

²³¹ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.123.

²³² BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo, pp.12-15

²³³ BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo, p. 5.

Como exposto acima, as teorias dualistas e monistas tratam, basicamente de questões distintas, o primeiro grupo cuida da forma pela qual as normas de DI são internalizadas pelos ordenamentos internos dos Estados e o segundo do modo pelo qual se solucionam conflitos de hierarquia entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno que, para estes, que já integram um mesmo ordenamento jurídico, apesar de integrar hierarquias ou sistemas diferentes. A partir de tais parâmetros é que Nádía Araújo e Inês Andreioulou afirmam que o Brasil, no que toca à internalização dos tratados internacionais adota o dualismo moderado.²³⁴ Para que seja possível descobrir o que justifica tal conclusão é preciso analisar o que foi decidido nos autos do RE 80.004- SE de 1977 e que tanta polêmica causou dentre os internacionalistas pátrios. Ao fundamentar o seu voto, o relator, Ministro Xavier Albuquerque, assentou logo de início

A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ58/70), o Supremo Tribunal Federal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pela Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram....²³⁵

Prosseguindo com o seu voto, afirmou o Ministro relator:

Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira.²³⁶

A conclusão que se seguiu foi pela prevalência da lei nova sobre os dispositivos convencionais. Como dito, referida decisão é causa de muita polêmica, controvérsia que Gustavo Binbenboim,²³⁷ entende como indevida. Como assinalado em trabalho intitulado “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma

²³⁴ ARAÚJO, Nadia e ANDREIULO, Inês da Matta “A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos”, in **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p 87.

²³⁵ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004- SE, Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Ministro Relator: Xavier de Albuquerque, fls. 928.

²³⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004- SE, Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Ministro Relator: Xavier de Albuquerque, fls. 952.

²³⁷ BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo, p. 29.

Dicotomia Afinal Irrelevante”, para o autor, somente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 é que a Corte Constitucional examinou uma situação de conflito entre legislação interna e tratado de direito internacional, em que a lei era posterior ao tratado. Este o caso, por exemplo, do acórdão proferido nos autos do RE nº 71.154, invocado como precedente pelo Ministro Xavier de Albuquerque na passagem acima reproduzida. O relator deste acórdão, Ministro Bilac Pinto, ao fundamentar o seu voto afirmou “Não resta dúvida de que, desde a vigência do D. 57.663-66, as Convenções de Genebra se incorporaram ao direito brasileiro, revogando as disposições anteriores em sentido contrário.”²³⁸

Até então, sustenta, os casos que chegaram ao conhecimento do Pretório Excelso, ou os conflitos decorriam sempre da internalização de um tratado internacional novo cujos dispositivos contrastavam com os da legislação em vigor ou eram resolvidos pelo princípio da especialidade.²³⁹ Entre 1949 e 1955, em diversos julgamentos, o STF afirmou a prevalência de normas de livre-comércio estabelecidas em tratado bilateral sobre legislação ordinária editada posteriormente.

Percebe-se nestes julgados, todavia, não um reconhecimento da superioridade hierárquica do tratado em relação à lei interna, mas mera aplicação do princípio de que lei geral posterior não derroga lei especial anterior (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*)²⁴⁰

Daí, a conclusão Gustavo Binbenojn, pela qual foi o acórdão proferido nos autos do RE nº 80.0004-SE que fixou o precedente para a matéria ora sob exame, precedente seguido até hoje pelo STF. Uma análise atenta da ementa e da fundamentação do voto do Ministro Lafayette de Andrada, relator da Apelação cível nº 9.587 – União Federal *versus* Cia. Rádio Internacional do Brasil dá uma exata medida da confusão. A controvérsia examinada em referido recurso girava em torno da possibilidade de prevalecer o Tratado de Comércio firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América sobre o decreto-lei nº 7.404 de 22 de março de 1945 que previa como hipótese de incidência do Imposto de Consumo a

²³⁸ Revista Trimestral de Jurisprudência Supremo Tribunal Federal Vol. 58 (p.625-922) dezembro 1971 organizada pela divisão de jurisprudência p. 746.

²³⁹ BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo, p. 17.

²⁴⁰ BINENBOJN, Gustavo. “Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante” mimeo, p.17.

importação de peças e válvulas utilizadas pela apelada em suas atividades de radiodifusão.

De início, mister sublinhar que em nenhum momento as partes ou o Supremo Tribunal Federal ao lavrar o Acórdão sob referência questionaram que o tratado internacional cuja aplicabilidade era contestada pela União Federal, entrou em vigor quando de sua promulgação por meio do decreto, de nº 542 de 24 de dezembro de 1935. Após manifestar sua adesão à tese da superioridade das normas convencionais como exposta por Philadelfo de Azevedo, o Ministro relator ponderou:

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado.

A meu ver, por isso uma simples lei que dispõe sobre impôsto de consumo não tem fôrça para alterar os termos de um tratado internacional.²⁴¹

Pois bem, se o *decisum* sob escrutínio não deixa dúvidas quanto à necessidade de que os tratados sejam internalizados no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um ato jurídico editado com esse fim específico, é forçoso admitir que este não oferece uma solução que possibilite afirmar qual a norma que prevalece em caso de conflito. Aliás, da própria ementa do acórdão, cuja redação pouco difere do primeiro parágrafo da transcrição acima, se extrai uma série de conclusões.

A primeira seria a de que os tratados podem ser revogados por legislação ordinária, desde que de forma expressa. A segunda é a de que os tratados teriam alguma prevalência sobre a legislação ordinária. Na existência de duas normas contraditórias em vigor, uma de natureza convencional e a outra veiculada por lei ordinária posterior, aquela prevaleceria, salvo se esta expressamente determinasse a ab-rogação do tratado. A terceira afirmação que se pode extrair de referido acórdão é que este, embora adotasse a tese da necessidade de um ato de incorporação, este não resolveu a questão do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno, muito menos da hierarquia em que são internalizadas as normas de direito internacional no país. O grande mérito dos julgadores do RE 80.004- SE de 1977 foi conferir ao problema uma abordagem

sistemática assim eliminando as contradições existentes em diversas outras decisões as quais impediam a consolidação de uma jurisprudência sobre o assunto a qual, como veremos, tende para o dualismo.

3.5.1. Da obrigatoriedade do ato de internalização

A Constituição da República Federativa do Brasil não prevê um procedimento específico de internalização dos tratados internacionais, contendo apenas uns poucos dispositivos que deixam obrigar os requisitos necessários para que o Brasil seja considerado obrigado aos dispositivos convencionais, tornando válidas estas disposições no âmbito interno do Estado brasileiro. Assim, enquanto o artigo 49 da Constituição de 1988 confere ao Congresso Nacional a competência para resolver definitivamente sobre pactos internacionais, o artigo 84 da Carta de 1988 consagra o poder de celebrar tratados do Presidente da República:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Note-se que os dispositivos citados quase que se limitam a repetir o que já dispunha a Constituição de 1967 em seus artigos 47, I e 83, VIII:

Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Art 83 - Compete privativamente ao Presidente:

(....)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;

²⁴¹ Fundação Getúlio Vargas Revista de Direito Administrativo Outubro-Dezembro.1953, vol. 34, p. 110.

Do texto constitucional fica evidente que Constituição da República Federativa do Brasil não exige a edição de uma lei específica para a incorporação das normas convencionais. Não existiria no direito brasileiro, a necessidade de transformação da norma de direito internacional preconizada por Verdross, razão pela qual não pode ser tal sistema não deveria ser considerado como dualista. Uma conclusão mais apressada poderia, inclusive, levar o intérprete a admitir que o Brasil é um país que adota a doutrina monista. A prática brasileira no que tange à incorporação de normas convencionais, sempre foi de promulgar os tratados internacionais, mesmo diante do fato de que tal exigência jamais constou de qualquer das constituições do Brasil.²⁴² Na verdade, “... o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é um produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império.”²⁴³

Esta tradição, por seu turno, parece ter originado a partir da Constituição de 1824 que exigia a sanção imperial para a entrada em vigor dos decretos e resoluções da Assembléia Geral, comando que era aplicado analogicamente aos atos internacionais.²⁴⁴ Costume que perdura até a presente data, já que a Constituição de 1988 em nenhum momento determina expressamente a promulgação de tratados internacionais, não obstante o parágrafo 3º, de seu artigo 60, preveja que a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal enquanto seus artigos 65 e 66 estabelecem que os projetos de lei deverão ser enviados à promulgação após a aprovação de ambas as casas do Congresso, nos prazos indicados nos parágrafos do artigo 66. Não bastasse isso, o inciso IV, do artigo 84, estabelece que a promulgação de leis é de competência privativa do Presidente da República, sem, contudo, fazer qualquer referência aos tratados e atos internacionais.

Pouco consta na Lei Fundamental sobre a necessidade da promulgação e publicação dos tratados internacionais, sendo lícito afirmar que a promulgação dos tratados e demais atos internacionais normativos decorre, antes de tudo, por

²⁴² RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 200.

²⁴³ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 385.

²⁴⁴ RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 200-201.

considerações de ordem prática.²⁴⁵ Como poderão os órgãos e pessoas que devem cumprir os dispositivos convencionais, ou que são por estes beneficiados, agir em conformidade com um tratado cujo teor desconhecem? Segue a conclusão de que para que os preceitos contidos em um tratado internacional passem a produzir efeitos no ordenamento interno de um Estado faz-se necessário que estes sejam “... introduzidos na ordem jurídica estatal por força de uma prescrição interna.”²⁴⁶ Os tratados de direito internacional, pois, somente podem produzir efeitos para os órgãos e os sujeitos de direito afetados por suas disposições, depois que seja editado um ato jurídico que tornem obrigatória a sua observância dentro do território estatal.²⁴⁷ Ao abordar o assunto Rousseau deixa claro que não se estaria a falar necessariamente de um ato jurídico de caráter legislativo, lembrando que, se até 1940 a França, em função de reiterada jurisprudência, negava validade a qualquer tratado internacional que não tivesse sido promulgado, a partir de 1946, por disposição constitucional expressa se passou a exigir apenas a ratificação e a publicação.²⁴⁸

O que importa, fica claro, é que é preciso tornar público os termos do tratado internacional em vigor para que então possam ser cumpridos pelos órgãos estatais competentes.²⁴⁹ Repita-se aqui que não se trata de editar uma nova norma de direito interno, reproduzindo os ditames convencionais, a fim de que os mesmos passem a vigor internamente. Afinal a promulgação “...não cria direito novo, mas simplesmente certifica a regularidade um direito preexistente a fim de permitir sua execução...”²⁵⁰ Tanto para Rousseau,²⁵¹ quanto para Rezek,²⁵² a promulgação e a publicação, seriam atos de efeitos análogos, ou seja, atos destinados a dar publicidade da existência do tratado, “...para que o tratado - cujo

²⁴⁵ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 167.

²⁴⁶ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 167.

²⁴⁷ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 167.

²⁴⁸ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, pp. 167-169.

²⁴⁹ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, pp. 168-169.

²⁵⁰ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 168.

²⁵¹ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, pp. 169.

texto completo vai em anexo – se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio.”²⁵³

Pelo menos para o atual Direito Constitucional brasileiro, esta conclusão carece de fundamento, havendo que se fazer uma distinção entre a promulgação e publicação. O inciso IV do artigo 84, como visto, dispõe ser da competência privativa do Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis...”. Pelo menos para a Constituição em vigor, promulgar e publicar são atos distintos, salvo se, fugindo à lógica, admitir-se a publicação repetida de um mesmo ato normativo. Em se tratando de atos jurídicos diferentes é de se presumir que tenham objetivos e produzam efeitos jurídicos diversos. Por isso, resulta como válida a distinção entre promulgação, ato pelo qual o Presidente da República “... atesta, autentica a existência de um ato normativo válido, executável e obrigatório”²⁵⁴ e a publicação, ato destinado a comunicar essa existência desse ato normativo,²⁵⁵ bem como ordenar sua execução pelos seus destinatários.²⁵⁶

Mesmo que não fossem os tratados internacionais firmados pelo Brasil objeto de promulgação, estes teriam de ser publicados por força do princípio da publicidade, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição, de observância obrigatória pela administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não se pode olvidar que em um Estado democrático a soberania popular e vontade popular são a fonte de todo o poder político.²⁵⁷ Assim, não poderia deixar de ser no Brasil, posto que o parágrafo 1º, do artigo 1º da Constituição de 1988 estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁵² REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 385.

²⁵³ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, pp. 385-386.

²⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3ª edição, atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 243.

²⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3ª edição, atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 243.

²⁵⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Theorie Générale Du Droit** 12ª edição França: Editora Dalloz, 1989, p. 119.

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 224.

Todos os que exercem o poder político, o fazem em função de delegação popular, razão pela qual os atos que praticam neste mister devem se submeter ao controle desse mesmo povo que outorgou o seu exercício. O “... Estado democrático de direito exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os *actos normativos secretos* contra os quais não se podem defender.”²⁵⁸ Tal assertiva já se mostrava verdadeira sob a égide da constituição revogada, tendo Rezek sustentado, apesar da ditadura militar, que

O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.²⁵⁹

Além disso, poucos, como Ricardo Ramalho Almeida, parecem atentar para o ponto de que o Brasil ainda não ratificou a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, razão pela qual ainda vigora em nosso ordenamento a Convenção de Havana sobre Tratados,²⁶⁰ de 20 de fevereiro de 1928, como promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929. Do abaixo transcrito artigo 4º de referida convenção, resta evidente que também é por força do direito internacional que a publicação dos tratados firmados pelo Brasil é obrigatória:

Artigo 4º – Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações.

A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas.

Da segunda parte do dispositivo acima, é possível concluir que uma vez ratificados os tratados internacionais, do seu teor deve ser dado conhecimento a toda população dos Estados-partes por meio da publicação interna. Com efeito, a

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 771.

²⁵⁹ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, pp. 384 - 385.

²⁶⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.06.

convenção institui “... uma obrigação positiva, de publicar **imediatamente** os tratados ratificados, da qual o Governo não se pode furtar.”²⁶¹

Neste sentido, o STF ao apreciar a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1480-3. No caso em referência, a Confederação Nacional dos Transportes e a Confederação Nacional da Indústria ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, visando sustar os efeitos da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Ao examinar o pleito cautelar, a Corte Constitucional, em acórdão da lavra do Ministro Celso Mello, o STF examinou a questão da internalização dos tratados e atos internacionais no Brasil.

Para o Pretório Excelso, a Constituição da República não prevê um rito específico para a incorporação de Tratados e Convenções Internacionais. Exige sim, consoante o disposto pelos artigos 49, I, 59, VI e 84, VIII da Lei Maior, a intervenção do Legislativo na ratificação dos tratados, como forma de controle democrático. Para integrar o direito positivo interno, os tratados internacionais devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, e promulgado pelo Presidente da República por meio de decreto presidencial, procedimento que foi seguido no caso dos dispositivos convencionais atacados por meio de referida ADI. Por isso, os dispositivos da Convenção foram incorporados ao direito positivo interno e são tidos como válidos.²⁶² Posteriormente, ao julgar o Recurso em Habeas Corpus nº 79.785, o STF reiterou mais uma vez sua posição sobre a primazia da Constituição sobre as normas convencionais. Por se tratar de decisão que concerne diretamente a questão da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, este acórdão será examinado um pouco mais adiante.²⁶³

²⁶¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.06.

²⁶² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 2031-2. Acórdão. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence.

²⁶³ Somente em 2003, o Poder Executivo, por meio de uma série de decretos promulgou pelo menos 13 protocolos adicionais relativos a acordos de cooperação econômica firmados com diversos países da América do Sul e Central, como Argentina e Cuba, bem como, por meio do decreto nº 4852 de 2 de outubro de 2003, a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, concluída em Santiago do Chile, em 3 de abril de 2001. fonte <https://www.planalto.gov.br/>

Disso tudo, resulta que, para que um tratado seja internalizado no Brasil, se impõe a prática de dois atos jurídicos distintos, o primeiro, a promulgação, destinado a atestar a existência, a validade e a exequibilidade de um tratado internacional firmado pelo país, e o segundo, a publicação, destinado a comunicar o teor das normas convencionais, introduzindo o tratado no direito interno, e determinando o seu cumprimento. Mais importante, o tratado somente começa a produzir efeitos quando de sua publicação. De pronto se conclui que as doutrinas monistas se afastam do modelo brasileiro, já que para estas a prática de qualquer ato de incorporação é desnecessária, convivendo em um único sistema subordinado ambas as esferas normativas. A incorporação ou internalização das normas de direito internacional é expressão que discrepa completamente dos preceitos teóricos do monismo. Em não se tratando da edição de um diploma legislativo que crie direito novo, mesmo que seu teor se limite a repetir os termos adotados pela convenção internacional, não é possível afirmar que o modelo brasileiro adota o dualismo como proposto por Triepel, mas uma versão moderada o que justifica a seguinte conclusão:

(i) no Brasil, **todos** os tratados internacionais precisam ser internalizados através de um ato complexo – que inclui a aprovação congressual e a promulgação executiva –, sem o que não se integram ao ordenamento jurídico interno;

(ii) este sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, **só pode** ser classificado como dualista.²⁶⁴

Uma vez estabelecido que os tratados, na praxe constitucional brasileira, tem de ser incorporados ao ordenamento jurídico interno, sem o que não têm validade ou eficácia, aparece como uma verdade inafastável que o direito brasileiro não admite a possibilidade de conflito entre norma contida de direito internacional e direito interno. Por não ser o tratado internacional, antes de sua promulgação e publicação, aplicável dentro da República Federativa do Brasil, não se afigura como possível ser o mesmo invocado em defesa de qualquer pretensão perante os Tribunais brasileiros. De outro giro, uma vez internalizado, os dispositivos convencionais passam a integrar o direito interno, razão pela qual

²⁶⁴ ARAÚJO, Nadia e ANDREIÓULO, Inês da Matta “A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos”, *in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 89.

o conflito, quando ocorre, se dá entre normas de direito interno. Disso, se extrai um novo problema, qual seja, em que grau na hierarquia legislativa são recepcionados os tratados internacionais.

3.5.2.

A hierarquia das normas convencionais internalizadas

De início, se impõe firmar que a tradição constitucional brasileira sempre pugnou pela supremacia a constituição sobre as normas convencionais. Competência consagrada pela Constituição de 1891, em seu art. 59, III, §1º, “a”, que afirmava competir ao Supremo Tribunal Federal julgar, em última instância, a sentenças que questionarem a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, em mantida no artigo 102, III, “a”, da presente Constituição, que estabelece a competência do STF de julgar, em grau de recurso extraordinário as decisões que declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Logo, se conclui, **em princípio**,²⁶⁵ que os dispositivos convencionais, ao serem internalizados o são como normas infraconstitucionais, pelo menos, na mesma hierarquia que as leis ordinárias. É da competência da constituição de cada Estado estabelecer, não só a forma pela qual os tratados internacionais passam a ganhar executoriedade interna, mas também delimitar o treaty-making power do Executivo. Disso resulta o cabimento do controle de constitucionalidade a fim de que se evite sejam ultrapassadas as fronteiras estabelecidas pela Lei Maior para a celebração de tratados.

É de se relevar que o controle de constitucionalidade previsto pelo artigo 102, III, “a”, se dá pela via incidental, não resultando a decisão do STF em uma declaração de nulidade da norma internacional com efeitos *erga omnes*. Isso não quer significar a impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade dos tratados internacionais. Nestes casos a argüição de inconstitucionalidade se dirige, não contra o ato normativo internacional, mas contra os atos editados para a internalização do tratado internacional no direito brasileiro. Essa matéria é pacífica no STF, tendo sido suscitada como preliminar nos autos da ADI 1480-3 DF. Ao rejeitar a preliminar, afirmou o Ministro Celso Mello:

²⁶⁵ No capítulo terceiro, a restrição ora posta será examinada em maior profundidade.

...Os atos estatais impugnados nesta sede de controle abstrato compreendem o Decreto Legislativo nº 68/92 e o Decreto nº 1.855/96 de cuja edição sucessiva resultou a definitiva incorporação, ao plano do direito interno brasileiro, das normas consubstanciadas na Convenção nº 158/OIT.

As normas convencionais, portanto, agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro, expõem-se, em consequência ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade²⁶⁶

A decisão que declarar inconstitucional a norma convencional, é de se relevar, produz efeitos apenas no âmbito interno do Estado brasileiro, não tendo o condão de afetar a eficácia do tratado no plano internacional. Não decorresse isso do fato que não tem o STF competência mundial, seria um contra-senso lógico-jurídico a invalidação de uma norma em função de um dispositivo de outra que, não só não lhe é superior, mas também, resulta de uma fonte não reconhecida pelo direito internacional. Não há que se falar em invalidade da norma convencional, pois esta persiste internacionalmente, mas sim de sua não aplicação no plano interno. Esta omissão em aplicar a norma internacional, por sua vez, acarreta para o Estado sua responsabilização no plano internacional.

Além das leis ordinárias, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no inciso II, do seu artigo 59, um outro tipo de ato normativo que, embora siga o mesmo rito legislativo exigido para a aprovação de lei ordinária, demanda para a sua aprovação um quorum qualificado composto pela maioria absoluta dos parlamentares de cada Casa do Congresso. Esse quorum, por sua vez, se justifica uma vez que à Lei Complementar é reservadas normatizar matérias de maior importância para nação, tornando exequível os preceitos constitucionais que complementa.

Pois bem, um dos argumentos utilizados para sustentar a argüição de inconstitucionalidade na ADI 180-3 DF, foi justamente o de que a matéria normatizada pela convenção nº 158/OIT era reservada, pelo inciso I, do art. 7º da Constituição da República, à lei complementar. Os dispositivos atacados não poderiam ser promulgados por meio de convenção, já que a forma de incorporação de tratados e convenções é incompatível com o rito legislativo

²⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 2031-2. Acórdão. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, fls. 230-231.

destinado à edição de leis complementares. Para que os dispositivos convencionais tivessem validade interna, não bastava sua promulgação e publicação como normalmente se dá com os tratados internacionais, mas antes, se impunha a edição da lei complementar competente. A discussão então proposta girava em torno da possibilidade de se admitir que, esgotado o procedimento de incorporação, os atos normativos internacionais eram internalizados como lei, gênero do qual são espécies a lei complementar e a lei ordinária, de acordo com o que for exigido pela Constituição para a matéria objeto do tratado.

O Pretório Excelso ao abordar a questão, não obstante ter firmado o entendimento de que a Convenção nº 158/OIT,²⁶⁷ não tinha aplicabilidade imediata, pois seus dispositivos careciam de integração legislativa, rejeitou tal possibilidade, afirmando que, mesmo que assim não fosse, as normas oriundas de tratados e convenções internacionais, somente podem ser incorporadas como legislação ordinária. A lei complementar, como já assinalado, exige para a sua aprovação um quorum qualificado, superior ao necessário para a aprovação do decreto legislativo. Aceitar tal possibilidade implicaria ofender a primazia constitucional sobre os tratados, em burla a regra estabelecida pela Lei Maior. Uma vez internados, os atos legislativos internacionais gozam do mesmo *status* que a legislação ordinária.

No modelo constitucional brasileiro, a ratificação por si só não é suficiente para promover a incorporação automática do tratado ao sistema de direito positivo interno. Para tanto se faz necessário a convergência de vontades do Congresso Nacional e do Presidente da República. Se o decreto legislativo consiste na aprovação definitiva pelo Congresso Nacional do acordo. O decreto presidencial é insuprimível, pois promulga o tratado internacional, publica oficialmente o seu texto e dá executoriedade ao ato internacional.

A partir do momento em que passam a integrar o direito positivo brasileiro, como legislação ordinária, as normas dos tratados e convenções internacionais, inclusive as que versem sobre direitos humanos, estão submetidas à Constituição da República e aos instrumentos de controle de constitucionalidade

²⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 2031-2. Acórdão. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, fls. 281.

por ela estabelecidos. Não se pode confundir o processo legislativo das leis complementares e o procedimento de internacionalização de tratados e convenções, vez que são dois institutos distintos de inovação no direito positivo. Por essa mesma razão, impossível serem as normas convencionais internadas como lei complementar. A supremacia constitucional é, pois, inderrogável e oponível ao *pacta sunt servanda* que informa a obrigatoriedade de respeito aos tratados internacionais pelos Estados-partes.²⁶⁸

Essa conclusão tem como uma de suas principais conseqüências o fato de que a edição de legislação ordinária sobre a mesma matéria, pelo Congresso Nacional, pode alterar ou derrogar a norma convencional internalizada, tornando-a sem efeitos internamente. Isso autoriza concluir que a incorporação de um novo tratado internacional produz, dentre outros efeitos, a revogação de toda legislação ordinária anterior que com ele conflitar. Para a Corte Constitucional, os conflitos entre dispositivos de tratados internacionais e legislação ordinária se resolvem, não em função da primazia de um ordenamento sobre o outro, mas de acordo com os mesmos critérios utilizados na solução de conflito aparente de normas, seja cronológico - “Se a lei nova cria sobre o mesmo assunto da anterior um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que o outro sistema foi eliminado”²⁶⁹ - seja em função da especialidade - quando a legislação nova “...Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria.”²⁷⁰

No primeiro caso, assim como ocorre quando da declaração de inconstitucionalidade, a observância da norma derogada continua a ser obrigatória para o Brasil no plano internacional, razão pela qual, em não havendo a denúncia do tratado, este pode vir a ser responsabilizado internacionalmente.

Com isso, fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional – são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado

²⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 2031-2. Acórdão. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, fls. 232-237.

²⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 358.

²⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 361.

internacionalmente por dispositivo de tratado (“posto que seu parceiro” não foi comunicado da modificação) enquanto a legislação interna já o modificou.²⁷¹

3.5.3. Os tratados internacionais de direitos humanos

Do que foi lançado acima, se extrai, em princípio, a conclusão de que, pelo menos formalmente, os tratados de direitos humanos em nada se distinguem dos demais tratados internacionais, bem como que somente após o exame e interpretação dos dispositivos de um tratado é possível classificá-lo materialmente. Os tratados internacionais de direitos humanos se destacam dos demais pois têm, por principal traço característico, a sua natureza objetiva. Ao contrário do que ocorre com as convenções em geral, os tratados internacionais de direitos humanos não se limitam a estipular dispositivos gerando obrigações e direitos em favor dos Estados celebrantes, mais do que isso, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto e fim estatuir uma ordem jurídica internacional destinada à proteção dos indivíduos sob a jurisdição dos Estados contratantes.²⁷²

Ao invés de contrair obrigações com os demais Estados contratantes, o Estado que integra um tratado internacional de direitos humanos se obriga com toda a sociedade internacional e não apenas com as partes de citado instrumento.²⁷³ O conjunto de obrigações assumidas, este conjunto de normas protetoras estipulado nestes tratados, por sua vez, forma “... *o regime objetivo das normas de direitos humanos.*”²⁷⁴ Deve se salientar que, ao estabelecer esse regime de proteção universal, os Estados celebrantes estão a proteger um interesse comum coletivo, de forma distinta dos

²⁷¹ ARAÚJO, Nadia e ANDREIÓULO, Inês da Matta “A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos”, *in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 99.

²⁷² RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 29.

²⁷³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 28.

... regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados. Logo, os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.²⁷⁵

Isto significa dizer que este regime de proteção aproveita a todos os indivíduos sob as jurisdições dos Estados contratantes, sem que daqueles possa ser exigida qualquer forma de contraprestação, vez que referidos tratados internacionais formam uma ordem jurídica internacional que confere uma proteção universal dos direitos humanos dentro do território dos Estados celebrantes. Assim, a observância das normas convencionais internacionais de proteção aos direitos humanos se torna obrigatória, não em função de uma lógica de oportunidade e reciprocidade, mas pela própria natureza dos direitos por estas tutelados.²⁷⁶

Aqui cabe apontar que no Direito Internacional Humanitário já era possível encontrar convenções internacionais que fugiam do regime de reciprocidade habitual aos tratados internacionais multilaterais.²⁷⁷ Mais especificamente, o artigo 1º das quatro Convenções de Genebra de 1949 determinava que os Estados celebrantes assumiam o compromisso de respeitar e fazer respeitar referidos tratados humanitários.²⁷⁸ Isto significa dizer que as normas convencionais previstas nestes diplomas internacionais, por se constituírem em meio de proteção de um interesse comum a todos os Estados, são obrigações incondicionais, de natureza *erga omnes*, e passíveis de ter sua aplicação exigida até mesmo por Estados que não estivessem envolvidos em conflitos armados.²⁷⁹

²⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 28.

²⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 29.

²⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional Por Violação de Direitos Humanos** Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e Prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 40.

²⁷⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p. 357.

²⁷⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p. 357.

²⁷⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p. 357.

Por isso mesmo, a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados de 1969, ao prever que nos casos de violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes é possível a extinção ou a suspensão, total ou parcial, da execução do tratado pelas demais partes, taxativamente recusa o exercício de direito quando se tratar de disposições sobre a proteção da pessoa humana, contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente das que proibem represálias contra as pessoas protegidas por tais tratados. Neste sentido, Shaw quando afirma que neste caso “...estão envolvidos princípios objetivos e absolutos e não apenas direitos e deveres recíprocos.”²⁸⁰

3.5.4.

A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil

Além dos dispositivos acima citados, o parágrafo §2º do artigo 5º da Carta de 1988, veio inovar na tradição constitucional brasileira, fazendo referência expressa aos tratados internacionais de direitos humanos:

Art. 5º...

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este dispositivo, por sua vez, autorizou a autores de nomeada a defender que o procedimento de internalização de tratados internacionais seguiria um rito próprio dada a magnitude dos interesses protegidos por esses instrumentos. O principal mentor dessa doutrina, um dos maiores internacionalistas mundiais e juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, professor Antonio Augusto Cançado Trindade, teve papel fundamental na elaboração do artigo 5º e, em especial, do respectivo parágrafo 2º, da Constituição da República,²⁸¹ assim como na defesa de que, tais dispositivos, ao se referirem expressamente aos tratados

²⁸⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 669.

²⁸¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p. 513.

internacionais de direitos humanos, têm o condão de assegurar a incorporação automática dos direitos consagrados pelas normas convencionais internacionais de direitos humanos no rol de direitos e garantias assegurados pela Constituição de 1988.²⁸² Para Cançado Trindade, a incorporação automática dos tratados internacionais dos direitos humanos deve prevalecer sobre dualismos fictícios, que exigem a publicação de um tratado internacional de direitos humanos no diário oficial para que seus dispositivos possam encontrar guarida no judiciário nacional, em detrimento do imediato adimplemento da obrigação internacional contraída.²⁸³

Além disso, dando seqüência ao movimento iniciado no II pós-guerra, na Europa, muita das constituições dos países latino-americanos promulgadas a partir da segunda metade dos anos 80 do século passado, quando esses países deixavam para trás anos de ditadura militar, expressamente incorporaram em seus textos disposições destinadas a conferir a maior efetividade possível às normas internacionais no direito interno. Assim, por exemplo, as Constituições da Nicarágua e de Guatemala consagram as normas internacionais de proteção aos direitos humanos como normas de hierarquia constitucional.²⁸⁴

Por seu turno, em tese famosa, a professora Flávia Piovesan, defende que referido parágrafo 2º, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte, equipara os tratados internacionais às normas constitucionais. Partindo da doutrina de que toda a norma constitucional é dotada de eficácia e efetividade, bem como que “a nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser.”²⁸⁵

A conclusão de Flávia Piovesan parece se sustentar sobre dois argumentos principais. O primeiro seria que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica. Dessa forma, partindo da prioridade conferida aos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, bem como do princípio da máxima eficácia das normas

²⁸² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “A Interação Entre o Direito Internacional e o Direito Interno Na Proteção Dos Direitos Humanos.” *in* Arquivos do Ministério da Justiça 46(182) 27-54, jul./dez. 1993 p. 31

²⁸³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, pp.545-546.

²⁸⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p.510-511.

constitucionais, todas as normas internacionais de direitos humanos, teriam status constitucional.²⁸⁶ Em reforço a esse primeiro argumento, a autora sustenta que próprio processo de globalização impõe uma abertura da Constituição às normas internacionais de direitos humanos que, por sua própria natureza, teriam o caráter de *jus cogens*, internacional.²⁸⁷ O segundo argumento levantado em reforço a essa tese é o de que, por serem as normas de direitos humanos materialmente constitucionais, estas obrigatoriamente integram o rol de direitos fundamentais, razão pela qual os tratados que veiculam tais normas têm, quando incorporados, natureza de norma constitucional.

Mas não é só. De acordo com referida doutrinadora, o parágrafo 1º do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, seriam incorporados automaticamente. O dispositivo em questão determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”, o que, no entender de Flávia Piovesan, autorizaria a conclusão da desnecessidade de ato de incorporação. Aos tratados de direitos humanos “... aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática da incorporação legislativa.”²⁸⁸ Outra posição de destaque, é aquela defendida por André de Carvalho Ramos. A fim de assegurar uma maior efetividade ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, este autor pugna pelo entendimento de que entre as normas internacionais de direitos humanos e a Constituição da República existe uma presunção absoluta de compatibilidade, conclusão que extrai dos termos do § 2º de referido artigo.²⁸⁹ A solução estaria em “... encontrar-se uma interpretação da Constituição conforme os tratados de direitos humanos no caso de conflito aparente entre as normas dos tratados e as normas constitucionais.”²⁹⁰

²⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p.82

²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 90 e 321.

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 90, 91 e 321.

²⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 323.

²⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira.” in Choukr, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 266.

²⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira.” in Choukr, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 266.

3.5.5. O Supremo Tribunal Federal e a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos

Como já estudado, o STF, ao apreciar Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada com o intuito de impugnar a Convenção nº 158/OIT, consagrou a posição firmada pelo próprio Supremo sobre a internalização dos tratados internacionais, quando do exame do Recurso Extraordinário nº 80.004. Uma coisa que não foi dita, mas que decorre da própria natureza da Convenção nº 158/OIT, é que seus dispositivos tinham por intuito a proteção de direitos trabalhistas, isto é, de direitos humanos de segunda dimensão. É certo que tal questão não passou despercebida pelo STF quando do julgamento da medida cautelar em ADI nº 1480-3, parece lícito concluir que o problema da internalização das normas internacionais de direitos humanos, face o disposto pelo 2º parágrafo do artigo 5º da Constituição de 1988, não ocupou papel central nas discussões que precederam à prolação daquele acórdão.

Com o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131-1 RJ, que, embora tivesse como seu relator o Ministro Marco Aurélio, foi redigido pelo autor do voto vencedor, Ministro Moreira Alves, e do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7 RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, isso muda. Em ambos os casos, o acórdão somente pode ser proferido após a abordagem do problema da relação entres os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988.

No primeiro caso, o STF discutiu a aplicabilidade da norma contida no § 7º do artigo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, face o disposto pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Na fundamentação do seu voto, o Ministro Marco Aurélio conferiu a este inciso, uma interpretação restritiva, defendendo a tese de que a prisão do depositário infiel, não seria possível nos casos em que o depósito se dá por força de contrato de alienação fiduciária, invocando também a aplicabilidade de indigitado dispositivo convencional, que proíbe a prisão civil por dívida. Para o Ministro Marco Aurélio a prisão civil na hipótese de alienação fiduciária somente era prevista em função

do que dispunha o Decreto-Lei n° 911/69, que alterou o artigo 66 da Lei n° 4.728 de 14 de julho de 1965, dispositivo que teria sido derogado com a incorporação do Pacto de São José, no mesmo plano hierárquico da legislação ordinária, por meio do Decreto n° 678 de 06 de novembro de 1992.²⁹¹ A tese desposada pelo voto do relator encontrou asilo nos votos dos Ministros Francisco Rezek e Carlos Velloso.

Ao proferir o voto vencedor, o Ministro Moreira Alves entendeu, ao contrário do relator, que a proibição constitucional da prisão por dívida não se aplicava à alienação fiduciária, eis que em tais casos não se busca exigir coercivamente o pagamento de uma dívida, mas, sim, a devolução do bem ao seu proprietário legítimo. O Pacto de São José de Costa Rica, ao ser internado como norma hierarquicamente inferior à Carta de 1988, não poderia ter o condão de revogá-la, resolvendo-se a aparente antinomia entre o Decreto-Lei n° 911/69 e a norma convencional pelo princípio da especialidade. Neste sentido votaram os demais Ministros.

Da fundamentação dos votos proferidos em referido julgamento, inclusive dos votos vencidos, que reconheciam a aplicabilidade da norma convencional, duas coisas ficam claras. Para o Pretório Excelso, mesmo no que concerne a um tratado internacional de direitos humanos, os seus dispositivos mesmo só começam a produzir efeitos a partir de sua incorporação ao ordenamento interno, por meio do decreto de promulgação. A supremacia da Constituição no ordenamento interno se apresenta como algo absoluto, que não cede nem mesmo ante a legislação internacional de direitos humanos. Dessa forma, as normas convencionais são incorporadas na mesma hierarquia que legislação ordinária, não obstante os interesses por aquelas tutelados.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 79.785-7, o tema é uma vez mais abordado. No caso trazido perante o plenário do STF, o impetrante pretendia ver assegurado para a paciente o direito ao duplo grau de jurisdição, isto é, a ter recebido, com força de apelação, recurso inominado interposto perante o Superior Tribunal de Justiça. O impetrante defendia não só

²⁹¹ Habeas Corpus 72.131, Estado do Rio de Janeiro, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para o Acórdão, Ministro Moreira Alves Impetrante Marcello Ferreira de Souza Granado, Paciente Lairton Almagro Vitoriano da Cunha Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fls. 8663-8665.

que, o direito ao duplo grau de jurisdição decorre obrigatoriamente dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, expressamente consagrados pelo artigo 5º, LV, da Constituição da República, como, também, sustentava que se tratava de postulado de observância obrigatória no país, uma vez que o Brasil era parte da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a postulação inicial, dos artigos 8º, 2, “h”, e 25, do Pacto de São José da Costa Rica, se extrai que todos os processados têm direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. O Pacto de São José foi incorporado ao ordenamento interno, por meio da edição do Decreto nº 678/92, razão pela qual, na época dos fatos, já se encontrava em plena vigência.

Para melhor compreensão dos fatos que levaram à impetração, cumpre frisar que a paciente fora acusada, perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela prática, em conluio com procuradores autárquicos, servidores públicos e um juiz daquele Estado, de inúmeras fraudes cometidas em detrimento do INSS. A presença de um juiz nesse grupo de fraudadores fixou a competência do Órgão Especial do TRRJ, por força do disposto pelos artigos 93, XI e 96, III, da Carta de 1988. Em função disso, o *iter* processual do julgamento a que foi submetido a paciente, se viu modificado e reduzido, eis que a Constituição da República não prevê a possibilidade de recurso de apelação em casos como o da paciente.

Ao fundamentar sua decisão, antes de examinar a questão da internalização do Pacto de São José da Costa Rica, o Min. Sepúlveda Pertence partiu por rejeitar o status constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição afirmando

Só era consensual que, explicitamente, apenas a Carta Política do Império, no art. 158, erigira o “**duplo grau**” em princípio constitucional.

Não obstante o silêncio das sucessivas Constituições da República – que leva autores de tomo a negar **status** constitucional ao princípio – é numeroso e respeitável o rol dos que entendem ser a garantia do **duplo grau de jurisdição** uma derivação da própria organização constitucional do Poder Judiciário – seja em razão da previsão de tribunais competentes para o julgamento de recursos ordinários ou extraordinários – seja de outras garantias constitucionais, quer a da ampla defesa, quer particularmente aquela do devido processo legal – mesmo antes de sua consagração explícita na Lei Fundamental.....

....Não só a Carta Política mesma subtraiu do âmbito material de incidência do princípio do duplo grau as numerosas hipóteses de competência originária dos Tribunais para julgar como instância ordinária única, mas também, em linha de

princípio, não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis...²⁹²

Rejeitado esse argumento, a vitória da proposição veiculada por referido RHC passou a depender exclusivamente do STF aceitar a tese de que os direitos humanos consagrados em tratados internacionais teriam o status de norma constitucional. No entanto, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu, em consonância com as reiteradas decisões proferidas pelo Pretório Excelso, que no direito brasileiro a Constituição deve prevalecer sobre quaisquer convenções internacionais, inclusive as de proteção aos direitos humanos. Para Sepúlveda Pertence, o juiz brasileiro encontra na Constituição fonte de sua autoridade, razão pela qual será nela que deverá encontrar a resposta para a solução de eventuais conflitos entre normas de direito interno e normas internacionais. Mesmo no caso em que estas devam prevalecer, tal prevalência decorrerá sempre de expresse dispositivo constitucional e não de uma suposta primazia do ordenamento internacional, pois a supremacia da Carta de 1988

... está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que os das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)²⁹³

Isso não obstante, para o Ministro Relator, as normas convencionais de direitos humanos teriam o caráter de norma supra legal, “... de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição a complementem, especificando ou ampliando o direito e garantias dela constantes.”²⁹⁴ No caso então sob julgamento, as normas internacionais invocadas em favor da paciente eram frontalmente contrárias ao sistema processual erigido pela Lei Fundamental brasileira. O Ministro Relator, lastrado em tais argumentos, viu por bem indeferir o writ, no que foi seguido pela maioria, a exceção dos Ministros Marco Aurélio e Carlos

²⁹² RHC 79785-7 RJ relator Min. Sepúlveda Pertence fls. 290 e 293 Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes Recorrido: Ministério Público Federal

²⁹³ RHC 79785-7 RJ relator Min. Sepúlveda Pertence fls. 281. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes Recorrido: Ministério Público Federal

Velloso. O primeiro defendendo o duplo grau como princípio constitucional e o segundo assegurando o mesmo status aos dispositivos convencionais em questão por força da natureza de suas normas.

Disso tudo, é possível concluir que, para o Supremo Tribunal Federal, o procedimento de internalização dos tratados no Brasil é o mesmo, sejam as normas a serem internadas destinadas à tutela de direitos fundamentais ou não. Do mesmo modo, apesar da posição isolada do Ministro Sepúlveda Pertence, que, assumindo uma posição intermediária, passou a pugnar pelo entendimento de que as normas de direitos humanos de direito internacional incorporadas ao direito interno uma caráter supra legal, desde que complementem, de forma harmônica, a Constituição, se impõe a conclusão de que para a maioria do Pretório Excelso, as normas convencionais internalizadas devem ser equiparadas à legislação ordinária. Por derradeiro, deve se firmar que não existe dúvida para o Supremo que, qualquer que seja o grau hierárquico conferido à norma convencional, esta sempre será internalizada em nível infraconstitucional, sendo inquestionável a supremacia da Constituição sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

É possível afirmar que no Brasil existem, além da tese da incorporação automática, que a doutrina e jurisprudência brasileira reconhecem três outras proposições sobre a forma de internalização dos tratados internacionais dos tratados de direitos humanos. A primeira, confere, não uma primazia, mas sim supremacia à norma de direito internacional sobre a norma constitucional.²⁹⁴ A segunda dá às normas de direito internacional um caráter infraconstitucional mas supra legal, enquanto a última confere às normas de direito internacional paridade com a legislação federal.

²⁹⁴ RHC 79785-7 RJ relator Min. Sepúlveda Pertence fls. 301. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes Recorrido: Ministério Público Federal

²⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91.