

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS
DE DIREITO INTERNAS ATRELADO ÀS QUESTÕES DA
SOBERANIA NACIONAL**

Renata Brigatti Piloni

Presidente Prudente / SP

2004

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS
DE DIREITO INTERNAS ATRELADO ÀS QUESTÕES DA
SOBERANIA NACIONAL**

Renata Brigatti Piloni

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Valério de Oliveira Mazzuoli.

Presidente Prudente / SP

2004

**O CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS
DE DIREITO INTERNAS ATRELADO ÀS QUESTÕES DA
SOBERANIA NACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Valério de Oliveira Mazzuoli
Orientador

Dirce Felipin Nardin
1ª Examinadora

Anízio de Souza
2º Examinador

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2004.

*“Há pessoas que nos falam,
e não os escutamos;*

*Há uns que nos tocam,
e não os sentimos;*

*Há outros que nos ferem,
e nem cicatrizes nos deixam;*

*Mas há aqueles que simplesmente vivem,
e nos marcam por toda a vida!”*

(autor desconhecido)

Aos meus pais, Nanci e Ivando, por todo amor e dedicação.

Ao meu irmão, André, pelas lições de vida.

Ao meu namorado, Diego, por todo carinho.

Aos familiares, pelo companheirismo, incentivo e força.

Aos amigos, pela compreensão e pelos bons momentos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida que me deu, pela família que me presenteou e pelas oportunidades que me abriu.

Agradeço aos meus pais que, durante toda a minha vida estiveram presentes, dando-me todas as condições e ensinamentos para que hoje eu seja assim. Faltam palavras para expressar a real importância que eles guardam para mim

Agradeço ao Diego pela tolerância, paciência, compreensão e afeto.

Agradeço aos familiares por todo o carinho a mim despendido e, principalmente, pela compreensão pelos momentos que precisei estar ausente.

Agradeço aos amigos de turma por todos os bons momentos que passamos, pela vida que na Faculdade construímos, pelos exemplos compartilhados, pelas lágrimas derramadas e pelos abraços confortadores.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Valério de Oliveira Mazzuoli que, gentilmente, aceitou meu convite e esteve, no decorrer deste ano, pronto a me auxiliar nos momentos de dúvida.

Agradeço sincera e profundamente aos Doutores Dirce Felipin Nardin e Anízio de Souza que prontamente atenderam ao meu pedido e, certamente, abrilhantarão me honrarão por fazerem parte de minha banca examinadora.

Agradeço a todos os professores que contribuíram para minha formação acadêmica.

Agradeço a todos aqueles que me auxiliaram, direta ou indiretamente, na confecção da presente monografia e na conclusão deste curso.

A todos vocês, que estarão para sempre guardados em meu coração, meu muito obrigada. Que Deus retribua em dobro a todos vocês.

RESUMO

Este trabalho visou buscar a melhor solução a ser adotada quando em confronto normas de direito internacional e de direito interno, principalmente no que tange ao respeito que se deve ter com a soberania de um país, mas sem deixar de lado o valor que se deve dar aos tratados internacionais.

A análise do tema iniciou-se com o estudo da soberania, seu conceito, suas características e disciplina legal e doutrinária. Foi desta forma que se encontrou a axiologia do instituto da soberania no contexto deste trabalho.

Após, passou-se ao estudo dos aspectos principais do processo legislativo em geral, tal qual o Poder Legislativo, os atos do Processo Legislativo e o Procedimento Legislativo.

A fim de se comparar a maneira de elaboração e entrada em vigor de uma norma nacional infraconstitucional com a internalização de um tratado internacional no sistema jurídico pátrio, esta monografia buscou também conceituar tratados internacionais para, em seguida, tratar das fases de celebração e entrada em vigor dos mesmos, num capítulo seguinte àquele em que se estudou o Processo Legislativo Nacional.

Por fim, para se chegar à conclusão, estudou-se as teorias, nacionais e internacionais, que tratam do conflito de normas internas e internacionais, bem como as legislações interna e internacional que são utilizadas para se resolver o conflito. A par disso, também trouxe à colação a posição do STF frente ao assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania; processo legislativo – Poder Legislativo – procedimento legislativo; tratados internacionais - celebração dos tratados; teorias dualista e monista nacionalista e internacionalista.

ABSTRACT

This work aimed to get the best solution to adopt when are in confrontation rules of national rights and international ones, principally at a respect that we may to have with the country's sovereignty, but without to forget the merit of international agreements.

This subject analyze began with the sovereignty study, its proper and legal and doctrine's discipline. It was this way that we met the value of sovereignty institute into this context.

After all, we passed to study the principals' aspects of legislative process, as for example the Legislative Power, its acts and the Legislative Procedure.

Purposing to compare the way how to a national law is created and its introduce with the international agreement introduce into the native juridical system, this monograph also inquired to conceit international agreements to, after, to take care of its celebration and introduce stages, in a posterior chapter from that we studied the National Legislative Process.

Finally, to conclude, we studied the national and international theories that take care of international and national rules confrontation, and also international and national laws to solve the conflict. Besides, we came the STF understand about this them.

KEY-WORDS: Sovereignty; legislative process – Legislative Power – legislative procedure; international agreements – agreements celebration; theory dualist and internationalist and nationalist monism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. NOÇÕES DE SOBERANIA	12
1.1 – Breve histórico e Conceito	12
1.2 – Doutrinas	14
1.3- Características da Soberania	16
1.4 - Disciplina Legal Brasileira	20
2. ASPECTOS PRINCIPAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO	21
2.1 - O Poder Legislativo	21
2.1.1 – Organização	21
2.1.2 – Atribuições	22
2.2 - O Processo Legislativo	29
2.2.1 – Conceito	29
2.2.2 – Objeto	30
2.2.3 - Atos do Processo Legislativo	31
2.2.4 - Procedimentos Legislativos	40
3. INTERNALIZAÇÃO DE UMA NORMA INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNO	43
3.1- Conceito de Tratados Internacionais	43
3.2 - Procedimento de internalização de uma norma estrangeira	45
3.2.1- Negociações preliminares	46
3.2.2- Assinatura ou adoção pelo Executivo	48

3.2.3- Ratificação ou adesão do texto convencional	49
3.2.4- Adesão	55
3.2.5- Reservas	57
3.3- Fases Internas para entrada em vigor dos tratados	58
4. TEORIAS ATINENTES A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL	61
4.1 - Teoria Dualista	62
4.2 - Teoria Monista	63
4.2.1 - Monismo Nacionalista	64
4.2.2 - Monismo Internacionalista	66
4.3 - Teoria Eclética (doutrina conciliatória)	69
5. DISCIPLINAS LEGAIS QUE TRATAM DO CONFLITO ENTRE NORMAS	71
5.1 - Solução adotada pela Convenção de Viena	71
5.2 - Diplomas Nacionais	74
6. CONCLUSÃO	81
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho foi desvendar o tormentoso tema que envolve o conflito entre tratados internacionais regularmente ratificados por um país e sua legislação interna, também chamados inconstitucionalidade extrínseca ou formal dos tratados.

Sabemos que não há, no mundo, uniformidade na solução desta questão. Nem, tampouco, este tema é pacífico internamente.

As bases doutrinárias que surgiram até o presente momento para resolver o assunto são as famosas teorias monista e dualista, de maneira que a primeira ainda se subdivide em nacional e internacional.

Mas, afinal de contas, o direito internacional e o direito interno pertencem ao mesmo âmbito de aplicação ou a nichos diferentes? Ambos são partes de um todo? Ou são independentes entre si? Qual a relação entre ambos? Qual deve prevalecer? E qual deve se submeter ao outro? São indagações muito freqüentes para aqueles que se aventuram a pesquisar e enfrentar o problema.

Não podemos nos esquivar diante destas perguntas, sobretudo atualmente, quando as relações inter-estaduais se intensificam. A globalização é algo de ocorrência muito freqüente e inevitável em nosso cotidiano.

O que deveremos fazer quando em relações internacionais houver, aparentemente, duas normas aptas a resolver o caso, mas conflitantes entre si? Qual é a adequada? E o que acontece quando um país ratifica um tratado, mas sua legislação interna destoa do objeto do tratado? Deixar de aplicar a norma interna para aplicar a internacional implica em lesão à sua soberania?

Para determinar a melhor solução para os casos exemplificados acima, dentre outros que podem ocorrer, o presente trabalho foi elaborado com dois métodos de pesquisa: o Método Dedutivo, através do qual partiu-se de argumentos gerais para chegar a argumentos particulares; e o Método Dialético, segundo o qual, pensou-se o objeto, contrapôs-se uma antítese à uma tese inicial, com o fim de se chegar a uma síntese, qual seja, o resultado de nosso trabalho, de nossa pesquisa.

Não podemos deixar de mencionar que, subsidiariamente, foram utilizados os Métodos Histórico, Comparativo e Tipológico.

As técnicas desenvolvidas no trabalho, em virtude do campo de aplicação, foram restritas à Técnica de Documentação Direta, em suas duas faces, ou seja, Pesquisa Documental, e Pesquisa Bibliográfica, na medida em que nossos objetos principais serão leis, tratados, doutrinas, e jurisprudências.

Iniciamos o trabalho com o estudo da soberania, seu conceito, suas características, sua disciplina legal e doutrinária, e sua visão atual. Ou seja: delimitou-se bem o que vem a ser a soberania, para que se pudesse constatar quais as atitudes que estariam confrontando com ela, e quais não a violariam.

Partiu-se então para a segunda parte do trabalho, através da qual, inicialmente, estudou-se o processo legislativo interno brasileiro, com pinceladas sobre o Poder Legislativo, sua formação e suas funções, e sobre o processo e procedimento legislativo interno.

Para traçar um paralelo com a elaboração de leis no âmbito interno, passamos a discutir como se formam e internalizam os tratados internacionais, sem deixar, evidentemente, de conceituá-los e tratar das fases externas e internas necessárias à sua confecção.

Muito mais próximo do problema a que se propôs o presente trabalho resolver, trouxemos à colação um capítulo inteiro para tratar das teorias mundialmente conhecidas para resolver as situações onde entram em conflito normas nacionais e internacionais, que são as teorias dualista, monista internacionalista e monista nacionalista. Neste tópicos foram elucidados todos os pontos nos quais se baseiam aqueles que defendem cada uma destas teorias, e as críticas que sofrem elas.

Antes da conclusão do trabalho, ainda fizemos questão de estudar como o tema está posto na legislação internacional (Convenção de Viena de 1969) e nacional, e como a jurisprudência (do STF) tem entendido o problema.

Enfim, trata-se de um tema muito importante, de crescente aplicação prática, e que ainda não é pacífico no cenário internacional, nem, sequer, na seara nacional, e foi investigado com o propósito de se chegar à melhor conclusão possível.

1. NOÇÕES DE SOBERANIA

1.1 – Breve histórico e Conceito

O conceito de soberania não é algo estático, certo, que não enseja discussões. Muito pelo contrário. Até porque seu nascedouro se deu por um motivo: a luta e a defesa do poder; e a busca pelo Poder não é estanque, continua no decorrer dos tempos. Além do mais, nasceu ela com todas as características da inflexibilidade, e hoje, como se poderá notar adiante, é composta por muitos contornos de flexibilização.

Desta forma, de cada ângulo que se analisa a soberania extrai-se um conceito que, genericamente, tem as mesmas características, mas que se diferenciará na medida em que se chega às especificidades encontradas em cada enfoque, seja ele jurídico, político ou histórico.

O certo mesmo é que ela nasceu da necessidade de se manter o Poder do Estado, justamente quando ameaçado por algum outro poder oposto. Não havendo ameaça a esse poder absoluto e soberano, não se discutia a idéia e o conceito de soberania, evidentemente, pela desnecessidade de tal discussão. Tanto é assim que Pereira¹ bem expõe que: *“De fato, na Antigüidade não vai se encontrar o conceito ou a utilização do instituto por não haver formas outras de ofensa a supremacia do poder estatal(...)”*. Ora, se não há perigo, ou ameaça ao Poder Estatal, não há que se preocupar com ele, por enquanto.

Tomando-se por base o aspecto político, que é o que mais interessa quando se trata de soberania, em rápidas palavras, podemos dizer que a soberania é uma característica conferida ao Estado que o faz se sobrepor aos demais organismos sociais, dotando-o da mais alta autoridade governamental, e o permitindo agir livremente tanto em seu interior como no exterior.

No mesmo sentido deste conceito, encontramos grandes pensadores da história, como se pode notar a seguir.

¹ PEREIRA, BRUNO YEPES. **Soberania interna e a integração no Cone Sul**: aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.18.

Segundo Jean Bodin, “*República* é um governo justo de muitas famílias, e dos que são comuns, com poder soberano. A soberania é o poder absoluto e perpétuo da república”.² Este foi o primeiro conceito formal de soberania, datado de 1576, ano da publicação de seu livro “*Seis livros sobre a República*”.

Como se pode notar, a soberania passa a ter um status muito elevado, na medida em que ganha traços de absoluta e perpétua. Além do mais, atrela-se de maneira maciça a característica de soberania à República, de tal forma que mais do que uma característica, a soberania passa a ser um elemento da República, isto é, inexistindo o traço de soberania, não mais se poderá falar em República. É neste momento em que o Estado passa a assumir uma cultura de independência em relação ao divino, ao espiritual, desvirtuando-se um pouco a idéia de que todo e qualquer poder emana de Deus, e em seu nome deve ser exercido. O povo passa a legalizar a idéia de Poder do Estado, atribuindo contornos jurídicos à idéia de soberania. O homem deixa de aceitar tudo aquilo o que lhe é imposto, definindo cada vez mais precisamente quais os contornos e limites do poder estatal, e quais os deveres e direitos do homem na luta pela existência e continuidade da sociedade.

Ao tratar do assunto, Laferrière preleciona que a soberania é um poder supremo, superior aos outros, atribuindo-lhe, inclusive, caráter absoluto.

E, Luiz Pinto Ferreira anota que haverá soberania onde houver o poder de decisão em última instância.

Veja: impossível não atrelar o conceito de soberania à característica de poder, de superioridade, de supremacia. Analisando-se historicamente, observa-se que a necessidade do Poder não é nada mais do que um instinto de sobrevivência do ser humano, notadamente quando deixou de ser nômade, e passou a habitar um determinado espaço territorial, de maneira que sempre precisava defender este seu território dos demais invasores.

² JEAN BODIN. **Seis Livros sobre a República**. Liv. I, capítulo VIII. [s.n.]: 1576, pp. 96 e ss. APUD: PEREIRA, BRUNO YEPES. **Soberania interna e a integração no Cone Sul**: aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 21.

² SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 17ª edição, p. 763.

Por fim, cabe ressaltar outro aspecto da soberania, dotado de característica eminentemente jurídica. Trata-se do fato de que este poder soberano que se sobrepõe aos demais, a todos os outros poderes, via de regra, não admite limitações. A exceção é encontrada quando se trata de Tratados Internacionais ou disposições constitucionais, haja vista que, nestes casos, se expressa e voluntariamente previstas por esse próprio Poder Supremo, as limitações impostas pelos Tratados ou Constituição Nacional ao poder interno de um país têm plena eficácia. Frise-se: as limitações somente serão admitidas se previstas expressa e voluntariamente. É este o entendimento de Plácido e Silva³, *in verbis*:

“(...) No conceito jurídico, soberania entende-se o poder supremo, ou o poder que se sobrepõe ou está acima de qualquer outro, não admitindo limitações, exceto quando dispostas voluntariamente por ele, em firmando tratados internacionais, ou em dispondo regras e princípios de ordem constitucional”. [grifo nosso]

1.2 - Doutrinas

Depois de verificado o conceito de soberania, não podemos nos esquecer que alguém deve ser titular deste Poder Soberano. Para explicar esta titularidade, surgem as doutrinas, dentre as quais se destacam duas:

a) *Doutrina Pactista Medieval*, segundo a qual, a soberania é um Poder que vem de Deus. Mas, mais do que isso, segundo esta linha de entendimento, não somente a soberania, mas todo e qualquer poder emana de Deus. A soberania é, pois, um poder que emana de Deus, com a especialidade de que este poder vem por intermédio do Povo. E o povo atua expressa ou tacitamente através de seu consentimento. Por isso, para esta doutrina, soberania é um poder que vem de Deus, por intermédio do povo.

Desta forma, o governo, necessariamente, pressupõe o acordo de vontades entre Deus e o Povo. Por se tratar de acordo de vontades surgiu o nome “pactista”, pois advém de um pacto.

³ SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 17ª edição, p. 763.

b) *Doutrina do Contrato Social*, cuja diferença da primeira doutrina é, basicamente, o fato de que o acordo de vontades não é fonte somente da soberania, mas antes e acima de tudo, é fonte da sociedade. Esta doutrina é subdividida em dois segmentos, quais sejam, o da soberania popular, cujo grande nome é Thomas Hobbes; e o da soberania nacional, amplamente defendido por Emmanuel Joseph Siéyès.

Para o primeiro, que defende a idéia de soberania nacional, a existência da sociedade é inevitável, na medida em que não havendo, a humanidade estaria em guerra continuamente, lutando por seu espaço, por sua força, por seu poder, aniquilando os demais. Praticamente todos seriam inimigos uns dos outros, com raríssimas exceções. Sendo inimigos uns dos outros, lutando constantemente entre si, resultaria em dissipação da humanidade. E, neste diapasão, encontra-se a necessidade da existência da sociedade, que equilibra as forças, que organiza os povos de modo que não lutem constantemente entre si, aniquilando-se. Para esta organização, é necessário que haja um poder que seja superior a todas as pessoas, ao qual todos tenham subordinação e respeito. Trata-se da soberania popular.

Acrescente-se a esta doutrina, uma grande lição de Rousseau, segundo o qual, o Poder deve originar-se da vontade de todos os seus governados para que seja legítimo. Desta maneira, deve haver uma identidade e reciprocidade entre governantes e governados. Isto implica dizer que cada cidadão é detentor de uma parcela da soberania.

A segunda linha de entendimento da doutrina do contrato social preconiza que a soberania não deve ser a popular, mas a nacional. A principal diferença entre a soberania popular e a nacional é que, nesta o poder do Estado não deve ser exercido em nome do povo. Vai além. Deve ser exercida em nome da nação.

O grande nome dessa corrente, isto é, Siéyès, ensina-nos que a razão para não se atrelar a soberania ao povo é que o homem é, naturalmente, limitado no tempo. Cada geração de homens pode deter interesses que se modificam com o passar do tempo. Neste sentido, a soberania, sendo diretamente ligada aos interesses humanos, sofreria uma irremediável lesão, com a progressão das gerações. O mais correto, pois, é que o Poder Supremo do Estado seja dirigido a interesses que não sejam transitórios. Daí conclui-se que os interesses da nação

mais se adequam à forma de materialização do Poder Soberano Estatal. Por isso defende ele a teoria da soberania nacional.

Grande problema surge ao se questionar a forma como a nação, uma entidade imaterial, inanimada, possa exercer sua soberania através de sua vontade. O que ocorre, na verdade, é que a nação será representada por seus governantes, que atuarão em seu nome. E, segundo ele, a forma mais correta e justa de escolher-se os governantes é o voto de todos, o qual, antes de um direito, constitui-se um dever do cidadão.

1.3- Características da Soberania

Já dissemos alhures que a soberania é o poder supremo, superior a todos os outros considerados dentro do mesmo âmbito de aplicação, que devem ser, conseqüentemente, subordinados a este poder soberano. É o poder soberano quem delimita, restringe, coordena, autoriza e define tudo o que está a este poder subordinado.

Dizer que algo é soberano implica em dizer que ele não se subordina a outro poder e, nem sequer, atua conjuntamente com outro Poder ou Ente de maneira coordenada. A soberania implica na chefia una e absoluta.

Para nosso estudo, o âmbito de aplicação da soberania é o país, individualmente considerado. Desta forma, dizer que o país é dotado de soberania, para os clássicos significaria dizer que ele não se submete, nem tampouco se coordena com nenhuma outra norma jurídica interna ou externa.

Mas já adiantamos alhures que, modernamente, a soberania é dotada de contornos de flexibilização. Isto é uma exigência natural, na medida em que os países não estão isolados no mundo. Vale dizer: internamente, a soberania é algo muito presente para que os estados membros mantenham um padrão, respeitando um poder maior, sem perder a noção do todo, que é a nação. Todavia, no plano externo, necessariamente, o poder dos países deve sofrer limitações. Se não fosse assim, os países entre si estariam em lutas constantes acarretando, muito provavelmente, a aniquilação daqueles que tenham culturas e aspectos normativos divergentes, pois sempre lutariam para que prevalecesse a sua vontade em detrimento total da alheia.

Então, para que se mantenha a ordem e a organização mundial, inevitável que se trace limites para o Poder Supremo de cada país. Deste modo, sua soberania não deve ser tão rígida que não possa sequer contratar com outro país, nem tão flexível a ponto de perder todo e qualquer traço de poder interno.

Isso só vem a confirmar a história, que nos demonstrou que o conceito de soberania não é estático, mas sofre evoluções na medida em que a própria sociedade evolui.

Vejamos, agora, pois, quais as características básicas que deve manter a soberania, para que se defina os limites de sua flexibilização.

Diz-se que a soberania é dotada de três atributos: é una, indivisível e inalienável.

Tudo o que foi dito nas assertivas acima está muito intimamente correlacionado com a unicidade da soberania. Quer esta primeira característica indicar que num determinado âmbito de aplicação, uma soberania não coexiste com outra soberania. Quando se diz e aceita que soberania está intimamente ligada à supremacia, à superioridade, fica muito claro que é impossível coexistir duas ou mais soberanias no mesmo patamar. Uma exclui a outra. Neste diapasão denota-se a unicidade da soberania, isto é, só há uma soberania no mesmo âmbito.

Isto não exclui o que dissemos acerca da flexibilização da soberania. Não são idéias contrapostas. Na realidade, a unicidade interna da soberania é evidente. Todavia, externamente, há limitações para esta característica. Mas tais limites não anulam a unicidade, nem tampouco a existência da própria soberania, Isto apenas ocorre porque, se for totalmente una, a ponto de não admitir qualquer interferência externa, o país certamente terá de isolar-se do resto do mundo, o que fatalmente implicaria na desestabilização do país em relação ao restante das nações. Assim, para manter a nação interligada ao resto do mundo, ela tem que “recuar” um pouco de seu Poder, sofrendo limitações que ela mesmo permita. No Brasil, *v.g.*, a própria Carta Constitucional prevê tais limitações para adequação ao direito externo. Veremos nos próximos capítulos.

Decorrente da característica da unicidade está o segundo atributo, qual seja: a indivisibilidade. Se não fosse indivisível, poderia haver mais de uma

soberania num mesmo lugar. Acontecendo isso, duas situações poderiam surgir: ou todos os poderes seriam soberanos, sobrepondo-se uns aos outros e se aniquilariam, ou então nenhum se sobreporia aos outros e, conseqüentemente, deixariam de ser soberanos.

Veja, é impossível imaginar divisibilidade de soberanias, pois, na primeira hipótese supra citada, o exercício da soberania por diversas esferas levaria a aniquilação de todos, deixando de haver soberania, ou subsistiria apenas um (o mais forte), confirmando a unicidade do poder soberano; ou, como se notou na segunda hipótese, nem chegaria a ocorrer o exercício da soberania, porque nenhum importaria seu poder sobre o outro ente que buscasse a soberania. Em suma, nas duas hipóteses em que se tenta vislumbrar a divisibilidade da soberania, deixa de existir a soberania.

Reportamo-nos ao que dissemos anteriormente acerca da unicidade. Também aqui na característica da indivisibilidade aplicam-se os limites da flexibilização, o que não nega tal característica. Apenas reafirma o conceito moderno de soberania nacional que deve se submeter a algumas regras gerais de direito internacional, para manter vivo o país nesta seara.

Questão que surge quando se discute divisibilidade da soberania no direito pátrio ocorre quando pensamos nos Três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º preleciona que:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Pois bem, se a União é dividida em três outros Poderes, que são independentes, não seriam cada um deles dotados de soberania, o que implicaria em dizer que houve a divisibilidade da soberania internamente? A resposta é negativa. Na verdade, o que ocorre não é a divisibilidade da soberania, mas apenas a delegação de funções ou atribuições pelo Poder Soberano, que não deixa de ser único. Cada um dos Três Poderes, dentro de seu âmbito de atuação

é independente e soberano, mas um não pode interferir no outro, e todos devem se submeter a uma ordem jurídica superior à ele.

E mais: o dispositivo constitucional além de dizer que tais Poderes são independentes, disse também que são harmônicos entre si. Isto afirma o que por nós está sendo dito. Se eles são harmônicos entre si, não se sobrepõem uns aos outros. Se não podem ser superiores aos outros, não se pode falar em soberania absoluta.

Comunga da mesma opinião Marcus Cláudio Acquaviva, citando Sahid Maluf, senão veja-se:

Em princípio, a soberania é una porque não pode existir mais de um poder soberano, num mesmo Estado. Se o adjetivo “soberano” significa “supremo”, “superior”, como admitir duas entidades “soberanas”, concomitantemente, numa mesma sociedade política? A indivisibilidade da soberania é corolário de sua unidade. Como adverte Sahid Maluf, o poder soberano delega atribuições, reparte competências, mas não divide a soberania. Não há que falar, portanto, em poderes do Estado, como na célebre tripartição de poderes que nos vem de Aristóteles a Montesquieu, e que se consagra na Constituição brasileira, em seu art. 2º. Não há, em verdade, três poderes, mas três órgãos, cada qual atuando, de forma soberana, na esfera de sua competência.⁴

Por derradeiro, está a característica da inalienabilidade que, não diferente das outras duas, a elas também está atrelada. Se a soberania deve ser una e indivisível, também não se pode alienar ela toda, ou parte dela.

Bem diz Pedro Baptista Martins, que *“Dispor da soberania em benefício de um poder inferior equivaleria ao suicídio da organização alienante”*⁵. E o mesmo autor, agora citando DUGUIT, explica o porquê da inalienabilidade nestes termos: *“A razão da inalienabilidade (...) consiste em ser a soberania a vontade de um ente metafísico. Se este, com efeito, alienasse sua soberania, deixaria por isso mesmo de existir como ser investido de uma vontade e, no momento em que a cedesse, desapareceria em consequência da alienação”*.⁶

⁴ ACQUAVIVA, MARCUS CLÁUDIO. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.46.

⁵ MARTINS, PEDRO BAPTISTA. **Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 25.

⁶ _____. op. cit. p. 25.

Conclui-se, assim, que: alienando-se a soberania, deixaria ela própria de existir. É impossível, pois, juridicamente, alienar-se a soberania, da mesma forma que também não se vislumbra a possibilidade de dividi-la, haja vista que tanto um, quanto outro, implicariam em sua inexistência.

1.4 - Disciplina Legal Brasileira

A disciplina legal brasileira da soberania está no art. 1º da CF, em seu inciso I, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

(...).

Como se pôde notar, a norma máxima interna deste país, a CF-88, traçou em seu primeiro dispositivo o que é a República brasileira. E neste mesmo dispositivo legal, trouxe como um de seus fundamentos, o primeiro, a soberania do Estado.

A CF-88 é a norma máxima interna do país. De acordo com a famosa teoria Kelseniana, é o topo da pirâmide, a norma mais alta do Estado. Normatização esta que deve submeter todas as outras normas jurídicas internas. Ou seja, dentro do país, nenhum dispositivo legal pode ser contrário aos ditames da Constituição Federal.

Não há, pois, qualquer dúvida quanto à importância e a dimensão do status jurídico que representa a soberania para este país se ela foi elencada como pilar da República Federativa Brasileira, no art. 1º da CF. Mas veremos adiante que esta soberania absoluta ocorre sob o ponto de vista interno do país. De outro lado, quando se tem em confronto normas internas com normas de calão internacional, pode acontecer desta soberania ser mitigada, prevalecendo a norma internacional. Trata-se da flexibilização a que nos referimos logo no primeiro parágrafo do presente trabalho monográfico.

2. ASPECTOS PRINCIPAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO

2.1 - O Poder Legislativo

No capítulo anterior, dissemos que a soberania do Estado é una, mas que, através do art. 2º da Constituição Federal Brasileira, houve a delegação de atribuições, indevidamente chamados Poderes. Tais Poderes são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e são dotados de independência e harmonia entre si.

Trataremos neste capítulo do primeiro destes Poderes: o Legislativo, responsável pela criação das leis que entram em vigor.

Para disciplinar todo o processo de elaboração das leis, desde quem as vai criar, passando pelo modo como se o faz e chegando a quais matérias podem ser disciplinadas e por quem, além da previsão no art. 2º, a Constituição Federal traz, em seu Título IV, que compreende os arts. 44 a 135, toda a organização dos Três Poderes. O Capítulo I do referido Título, abrangendo os arts. 44 a 75, trata especificamente do Poder Legislativo em suas 9 (nove) Sessões.

Existe o Poder Legislativo no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No entanto, devemos ressaltar que o presente trabalho terá como enfoque apenas o Poder Legislativo da União, sem recorrermos às especificidades que ocorrem em relação aos outros entes federativos.

2.1.1 - Organização

O exercício do Poder Legislativo da União dá-se pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Isto está explícito no art. 44 do diploma constitucional, como se pode ver a seguir:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

Assim, responsáveis e titulares do Poder Legislativo são todos os membros do Congresso Nacional, que é formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

A Câmara dos Deputados representa o povo. Desta forma, o número de deputados que compõem esta câmara legislativa deve ser proporcional ao número de pessoas de cada estado federado, respeitando-se o mínimo de 8 (oito) e o máximo de 70 (setenta) deputados representantes de cada estado, conforme disposição expressa do art. 45, CF. A intenção, ainda que muitas vezes frustrada, é a de que o número de Deputados que compõe esta câmara seja proporcional ao povo que ele representa. Essa proporcionalidade, como não fica difícil verificar, fica prejudicada quando se tem em mira uns estados extremamente populosos, que não podem ter mais que 70 (setenta) deputados que os representem, frente a outros entes desbastados de população, que terão, no mínimo, 8 (oito) que os representem, ainda que a população seja muito escassa.

Já o Senado Federal, o outro ente que compõe o Congresso Nacional, representa os estados federados. Por isso, o número de senadores representantes de cada estado é sempre igual. São três senadores para cada estado, conforme preleciona o art. 46, §1º, CF.

Conforme se pôde notar, o Poder Legislativo brasileiro é composto pelo chamado *bicameralismo*. Tanto o Senado como a Câmara dos Deputados fazem parte do Congresso Nacional, e são responsáveis pelo Processo Legislativo.

Ainda há que se notar o que está disposto no parágrafo único do art. 44 da CF, e que é confirmado pelos arts. 45 e 46 do mesmo estatuto jurídico, qual seja, o fato de que tanto os Deputados, quanto os Senadores devem ser eleitos pelo povo, sendo os primeiros de maneira proporcional e com mandato de 4 (quatro) anos, e os últimos pelo princípio majoritário, e por 8 (oito) anos de mandato.

2.1.2 - Atribuições

As atribuições do Congresso Nacional estão previstas, no diploma constitucional pátrio em vigor, a partir do art. 48.

Para podermos falar em atribuições do Poder Legislativo, é possível dividir em funções típicas ou atípicas, mas, para bem ilustrar a matéria, o ideal é que possamos dividir tais atribuições entre atribuições do Congresso Nacional; atribuições privativas da Câmara dos Deputados e atribuições privativas do Senado Federal.

Em relação às funções típicas e atípicas, trataremos delas em rápidas palavras. O que ocorre é que, como dito anteriormente, o art. 2º da Magna Carta proclama a tripartição dos Poderes, sendo eles independentes e harmônicos entre si. Na realidade, dividem-se apenas as atribuições, não os poderes propriamente ditos, sob pena da aniquilação da soberania interna, violando a característica da unicidade da mesma. O certo é que cada Poder tem atribuições predominantes e outras que não lhe são essenciais. As predominantes são as funções típicas. As outras são as funções atípicas. É este o entendimento de Alexandre de Moares⁷, como se pode ver a seguir:

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

Em relação ao Poder Legislativo, típicas são as funções de legislar e fiscalizar; atípicas são as funções de administrar e julgar.

Já foi visto antes que o Congresso Nacional é o órgão detentor do Poder Legislativo e é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. As atribuições do Congresso são de cinco ordens, que podem ser definidas como:

a) *Atribuições legislativas* – que, como o próprio nome indica, são as competências para elaboração de leis. As leis que pelo Congresso podem ser elaboradas são aquelas cuja competência pertence à União. E o art. 48, *caput*, da CF ainda indica que, salvante as hipóteses dos arts. 49, 51 e 52 do mesmo

⁷ MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional**. 8. ed. rev., ampl. e at.. São Paulo: Atlas, 2000, p. 362.

diploma, é necessária a sanção do Presidente da República. Veja-se, a propósito, o que está disposto no artigo em questão:

CF, Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...). [grifo nosso]

Por último, lembre-se que a elaboração das leis pelo Poder Legislativo sempre deve seguir um rito próprio e previamente previsto em uma lei maior, que é a Constituição Federal. Este procedimento específico, denominado Processo Legislativo, será visto adiante, e está previsto nos arts. 61 a 69 da CF.

b) *Atribuições meramente deliberativas* – estas são feitas através de Decretos Legislativos ou mesmo de Resoluções, independentes da sanção do Presidente da República e do Processo Legislativo dos arts. 61 a 69 da CF. Há uma disciplina jurídica própria para a feitura destes atos, muito mais amena, sem tanto rigorismo como no item anterior. É competência exclusiva do Congresso Nacional. Tais atribuições estão previstas no art. 49, CF, que poderemos ver *in verbis*:

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;

II- autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III- autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV- aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI- mudar temporariamente sua sede;

VII- fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, IX, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, II;

VIII- fixar os subsídios do Presidente e Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I;

IX- julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução de planos de governo;

X- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII- apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV- aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV- autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI- autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII- aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

c) *Atribuições de fiscalização e controle* – é uma das funções ditas atípicas do Poder Legislativo. Pode ser exercida através de diversos procedimentos. Veja-se, a este respeito, o que diz José Afonso da Silva⁸:

(...) atribuições de fiscalização e controle, que exerce por vários procedimentos, tais como: (a) pedidos de informação, por escrito, encaminhados pelas Mesas aos Ministros ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (art. 50, §2º, redação da ECR-4/94), importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas; (b) comissão parlamentar de inquérito, nos termos do art. 58, §3º (...); (c) controle externo com auxílio do Tribunal de Contas e da Comissão mista a que se refere o art. 166, §1º, que compreenderá toda a gama de medidas constantes dos arts. 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que anualmente o Presidente da República há de prestar (art. 49, IX); (d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); (e) tomada de contas pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente não as prestar no prazo que a Constituição assinala, ou seja, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, então até 15 de abril (arts. 51, II, e 84, XXIV);”

⁸ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. rev. e at. [São Paulo], Malheiros, 2001, p. 522.

d) *Atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade* – É outra das funções atípicas do Poder Legislativo. Ora o Congresso estará autorizando a instauração do processo contra os sujeitos ativos do crime de responsabilidade, o que se chama juízo de admissibilidade, feito, em geral, pela Câmara dos Deputados, conforme dispõe o art. 51, I, CF; e, ora estará processando e julgando estes sujeitos, através do Senado Federal, de acordo com o previsto no art. 52, I, CF. Excepcionalmente o Senado será responsável tanto pelo processo quanto pelo julgamento. Isto se dá na hipótese do art. 52, II, que trata do julgamento dos Ministros do STF, do Procurador Geral da República e do Advogado Geral da União, também nos casos de crime de responsabilidade.

e) *Atribuições constituintes* – Estas não deixam de ser uma função legislativa típica de legislar. No entanto, têm a especialidade de destinar-se à elaboração de normas constitucionais, que têm um procedimento próprio, e são feitas através de Emendas Constitucionais, segundo o art. 60, I, CF, que podemos observar *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

(...).

Após tecermos comentários acerca das atribuições do Congresso Nacional genericamente, observemos agora o segundo grupo das atribuições do Poder Legislativo, que são as privativas dos Deputados. Em relação às atribuições privativas da Câmara dos Deputados não há muitos problemas a serem tratados. É, todavia, importante frisar que tais atribuições são exclusivas, insuscetíveis de delegação.

Estão previstas na Seção III da CF, que trata da Câmara dos Deputados. Esta seção é composta única e exclusivamente pelo art. 51, CF, que se pode ver abaixo:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros do Estado;

II- proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III- elaborar seu regimento interno;

IV- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

V- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VIII.

A Câmara dos Deputados faz parte do Congresso Nacional. Sendo assim, estas atribuições ditas *privativas da Câmara* não excluem as competências atreladas ao Congresso, tratadas anteriormente. Ocorre apenas que estas funções do art. 51 são exclusivas e indelegáveis dos Deputados.

Por derradeiro, cabe-nos ainda lembrar da terceira parte das atribuições do Poder Legislativo, ou seja, das atribuições privativas do Senado Federal. Em relação a estas atribuições cabem os mesmos comentários, reservadas as devidas proporções, tecidos anteriormente para as atribuições privativas da câmara dos deputados, quais sejam: cabem as explicações feitas sobre atribuições do Congresso em geral, são privativas do senado, não podendo ser delegadas a ninguém e não excluem as atribuições do Congresso.

A previsão das atribuições privativas do Senado Federal se dá no art. 52 da CF e seus incisos, contidos na seção IV da Magna Carta, que trata, obviamente, do Senado Federal. São elas:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I- processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e Diretores do Banco Central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes da missão diplomática de caráter permanente;

V- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII- dispor sobre limites globais e condições para operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI- aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII- elaborar seu regimento interno;

XIII- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

XIV- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

2.2 - O Processo Legislativo

2.2.1 - Conceito

Antes de ingressarmos na seara da definição do Processo Legislativo, mister diferenciarmos “processo” e “procedimento”, expressões corriqueiramente utilizadas como sinônimas, mas que, em sua íntegra, guardam características próprias, capazes de diferenciar uma da outra.

Processo é algo mais amplo, mais abstrato que o procedimento. Grosso modo, procedimento é o conjunto de atos que formam o processo.

Segundo Plácido e Silva⁹, juridicamente, *“Processo é a relação jurídica vinculativa, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a administração”*.

Ainda seguindo os passos de Plácido e Silva¹⁰, podemos também obter noções de procedimento abrilhantadas pela confrontação deste (procedimento) com as noções de processo, conforme se passa a expor:

O procedimento, a ação de tocar para a frente, de ir por diante, é o meio exterior, de que nos utilizamos, desde começo ao fim, para realizar o objetivo intentado.

Assim, enquanto o procedimento é ação, é movimento, é exteriorização de meios, o processo se mostra à direção desse movimento ou dessa atuação, dando-nos a soma de atos, que se devem executar, ou o ato para que o procedimento se consubstancie ou se concretize.

Desse modo, enquanto o procedimento nos revela ou nos mostra a ação de ir por diante, a ação de prosseguir, ou a atuação, o processo nos fornece a ordem de coisas, que se seguem umas às outras, dá-nos a direção dessa sucessão de coisas, para exato cumprimento do que se tem em mira.

Nesta razão, como bem assevera BÜLOW, o procedimento é o invólucro; o processo, a íntima substância.

Tomaremos por base, no presente trabalho monográfico, que o Processo Legislativo é o todo, é a íntegra da elaboração das leis, ao passo que o procedimento legislativo é o conjunto de atos tendentes à formação do processo legislativo que culmina com a elaboração das leis.

⁹ SILVA, DE PLÁCIDO E. Op. cit., p. 643.

¹⁰ _____. Op. cit., p. 642.

Depois destas considerações iniciais acerca das diferenciações de processo e procedimento, passamos a análise do conceito de Processo Legislativo.

Podemos identificar vários conceitos de Processo Legislativo sem, contudo, haver grandes mudanças em sua natureza.

Apenas para aprimorar o presente trabalho monográfico, citaremos alguns.

Para José Afonso da Silva¹¹:

Por processo legislativo entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos.

Já Alexandre de Moraes¹² ao conceituar processo legislativo, diferencia-o em dois tipos: o jurídico e o sociológico, como a seguir se pode verificar:

O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

De posse destes dois conceitos, podemos dizer que o procedimento legislativo nada mais é do que um conjunto de atos direcionados a um fim, qual seja a coordenação e direção dos órgãos responsáveis à feitura das leis para a elaboração das espécies normativas previstas na enumeração do art. 59 da CF.

2.2.2 – Objeto

O Processo Legislativo, como acima exposto, destina-se a elaboração de figuras normativas previstas no art. 59 da CF.

¹¹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Op. cit. , pp. 525 e 526.

¹² MORAES, ALEXANDRE DE. Op. cit., p. 506.

Diz o artigo 59 do dispositivo constitucional pátrio que:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I- emendas à Constituição;

II- leis complementares;

III- leis ordinárias;

IV- leis delegadas;

V- medidas provisórias;

VI- decretos legislativos;

VII- resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

O objeto, então, do processo legislativo, são todas as espécies de leis previstas no art. 59, CF.

2.2.3 - Atos do Processo Legislativo

Dissemos, acima, que o procedimento legislativo é o conjunto de atos tendentes à formação do processo legislativo que culmina com a elaboração das leis. Tais atos são necessariamente coordenados, pois seguem uma lógica e uma ordem necessária.

Mas, que atos seriam estes que compõem o processo legislativo?

A maioria diz que são cinco atos, a saber: iniciativa legislativa; emendas; votação; sanção e/ou veto; promulgação e publicação. Comunga deste entendimento José Afonso da Silva¹³:

Processo legislativo é um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: (a) iniciativa legislativa; (b) emendas; (c) votação; (d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação.

Dado o máximo respeito aos ilustres doutrinadores que pensam neste sentido, humildemente diríamos que talvez não seja essa a melhor interpretação

¹³ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Op. cit. , p. 526.

do número de atos, haja vista que sanção e veto, contados como um só ato, apesar de acontecerem necessariamente alternadamente, isto é, um exclui a ocorrência do outro, são dois atos diferentes; e em relação à promulgação e publicação, embora aconteçam juntamente, também são dois atos diferentes. Desta forma, diria que são sete, e não cinco os atos do processo legislativo. Cinco são as fases, sete são os atos.

Mas há outros, ainda, que dividem o processo legislativo em três fases: a *introdutória* (composta pela iniciativa das leis), a *constitutiva* (constituída pelas emendas, votação e sanção / veto), e, derradeiramente, a *complementar* (formada pela promulgação e publicação). Exemplo de adepto a esta forma constituição do processo legislativo está Alexandre de Moraes¹⁴

Independentemente desta ou daquela classificação, passemos a analisar, ainda que superficialmente, cada um dos atos acima elencados, pois discutir qual a melhor interpretação para o caso não tem grande relevância para nosso trabalho.

A iniciativa legislativa é o ato segundo o qual propõe-se projetos de lei. Uma série de pessoas, entes ou órgãos possuem legitimidade para tanto. Há, todavia, situações em que a iniciativa da lei é atribuída com exclusividade a um deles.

Vejamos alguns exemplos de previsão legal para legitimação à iniciativa de leis.

O art. 61, *caput*, da CF traça quem são os legitimados gerais para a propositura das leis. Este dispositivo enumera todos aqueles que de alguma forma podem ser os sujeitos ativos da iniciativa das leis, sem, no entanto, precisar quando poderão atuar. Apenas diz, genericamente, que a iniciativa cabe a qualquer deles “na forma e nos casos previstos nesta Constituição”. Será em dispositivos esparsos na carta constitucional que se encontrará as delimitações para suas atuações.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou

¹⁴ MORAES, ALEXANDRE DE. Op. cit., pp. 510 a 523

do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”.

Um caso de especificação da legitimidade para propositura de projetos de lei é o §1º do próprio art. 61, CF, que elenca quais matérias devem, necessariamente, ser iniciadas pelo Chefe do Executivo Nacional.

Art. 61 (...)

§1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I- fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II- disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

(...).

O art. 14, III, CF, por sua vez, consagra a soberania popular, que poderá ser exercida, por exemplo, através de iniciativa popular. O art. 61, §2º, CF traça os requisitos para tanto, e a lei 9.709/98, em seus arts. 1º, III, 13 e 14, regulamenta o dispositivo constitucional.

CF, art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

III- iniciativa popular.

(...)”

“CF, art. 61. (...)”

§2º. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

“Lei 9709/98, art. 1o. A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

(...)

III – iniciativa popular”.

“Lei 9709/98, art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação”.

“Lei 9709/98, art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno”.

E, terminando nossos exemplos, temos o art. 169, também da CF, que trata de alguns casos em que a iniciativa deve ocorrer através do Judiciário. Nestes casos, a iniciativa dar-se-á através do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores ou Tribunais de Justiça, privativamente, propor ao Poder Legislativo o projeto de lei, observados os ditames do art. 169.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

§7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

Concluídas as explanações acerca da fase da iniciativa da lei, passemos, agora, à fase das *emendas*.

As emendas nada mais são do que novas proposições ao projeto de lei apresentado. São alterações ou inclusões acrescentadas ao primitivo projeto, antes que ele passe à fase seguinte, ou seja, à votação, com o intuito de melhorar o projeto de lei ou de melhor adequá-lo ao sistema normativo vigente.

Podemos citar Alexandre de Moraes¹⁵ ao conceituar emendas:

Emenda é a proposição apresentada, com exclusividade, pelos parlamentares, como acessória de outra, sendo a principal as proposta de emenda à Constituição; os projetos de lei ordinária; os projetos de lei

¹⁵ MORAES, ALEXANDRE DE. Op. cit., p. 518.

complementar; os projetos de decreto legislativo; os projetos de resolução. As emendas são supressivas, aditivas, aglutinativa, modificativas, substitutivas e de redação.

Após a fase das emendas, passa-se à *votação*.

Como já dito algumas vezes, o sistema brasileiro trabalha com o bicameralismo, ou seja, há duas casas legislativas: uma dos deputados, e outra dos senadores. Um projeto de lei deve, depois de aprovado por uma delas, ser encaminhado à outra, que também analisará o projeto e dará seu voto.

Antes de anunciar o voto, há uma série de análises feitas por comissões técnicas e por debates em plenário. Há a comissão técnica justamente porque os membros das duas casas são representantes do povo e, não necessariamente, grandes conhecedores do direito. Desta forma, para evitar que entre em vigor uma lei eivada de vícios constitucionais ou de outra natureza, submete-se o projeto à comissão técnica, que dirá se está ele em acordo ou desacordo com a lei.

Mas, mesmo que a comissão técnica diga que aquele projeto não contém vícios, que está de acordo com a norma vigente, é necessário, ainda, que haja a votação pelos membros das casas. Se a maioria aprovar, aprovado está, e encaminha-se o projeto ao Presidente da República para sancionar ou vetar.

Questão importante ainda a se notar é a maioria. Há três tipos possíveis de maioria. Cada tipo de lei requer a sua. Aprovar por maioria simples ou relativa ocorre quando a o primeiro número inteiro após a metade dos membros presentes vota favorável. Já em se tratando de maioria absoluta, é necessário que haja votos favoráveis no importe de o primeiro número inteiro após a metade dos membros da Casa, estejam eles presentes ou não. Como enuncia o art. 69, CF¹⁶, as leis complementares dependem de maioria absoluta para serem aprovadas. Por fim, há casos, como o das emendas constitucionais que precisam de votação

¹⁶ “CF, art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”.

de três quintos dos membros do Congresso para serem aprovadas. A previsão se dá no art. 60, §2º, CF¹⁷.

A principal disciplina legal da votação está no art. 65, CF, *in verbis*:

CF, art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Sendo o projeto de lei aprovado pelas duas Casas legislativas, a Casa onde se concluiu a votação o encaminha para o Presidente da República, e inicia-se a próxima fase: a da *sanção ou veto*.

A sanção ocorre quando o Chefe do Executivo Nacional demonstra sua adesão àquele projeto de lei que foi previamente aprovado pelo Congresso Nacional. O veto, por sua vez, a contrário sensu, ocorre se o Presidente não concordar.

Há duas maneiras de o Presidente da República sancionar um projeto de lei: a maneira expressa, que ocorre quando ele, dentro do prazo legal de 15 dias assina o projeto, sancionando a lei. A outra maneira é a tácita, que ocorre quando, decorrido o prazo legal de 15 dias úteis, deixa de vetar o projeto. Este prazo de 15 dias é o prazo que tem o Presidente para vetar o projeto, se entender que existe alguma inconstitucionalidade ou que seja contrário ao interesse público. Está estampado no art. 66, §1º, CF. Passado, pois, este prazo, não há mais como o Presidente vetar, logo, a única solução é a sanção. Por isso se diz que, nestes casos, há a sanção tácita.

Nas palavras de Alexandre de Moraes¹⁸, sanção:

É a aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. Poderá ser expressa, nos casos em que o Presidente manifesta-se favoravelmente, no prazo de 15 dias úteis, ou tácita, quando silencia nesse mesmo prazo.

¹⁷ “CF, art. 60, §2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. [grifo nosso]

¹⁸ MORAES, ALEXANDRE DE. Op. cit., p. 520.

Na mesma linha de entendimento preleciona José Afonso da Silva¹⁹ que:

Sanção é, pois, a adesão do Chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Pode ser expressa ou tácita. Aquela ocorre se o Presidente emite o ato de sanção assinando o projeto. A outra se dará se, recebido o projeto para sanção, o Presidente silencia (não o assina) durante os quinze dias subseqüentes; na verdade, uma quinzena de dias úteis para harmonizar o disposto no §3º com o §1º do art. 66, pois que este último dá quinze dias úteis para vetar.

De outro lado, o veto ocorre quando o Presidente entende haver *inconstitucionalidade do projeto*, ou que ele é *contrário ao interesse público*. Pode parecer, à primeira vista, que o Chefe do Executivo seria o mais forte de todos os membros que participam do processo legislativo, porque em suas mãos está o poder de vetar um projeto de lei, que nas outras esferas foi aprovado. Mas não é tão simples assim. Quarenta e oito horas após o veto do Presidente da República, isto será comunicado ao Presidente do Senado Federal para reapreciar o projeto, o veto e seus motivos. Após o recebimento, há o prazo de trinta dias para que o Congresso faça uma sessão conjunta, analisando novamente o Projeto de Lei, o veto e seus motivos. Os membros votarão secretamente. Se a maioria absoluta entender que o que não há motivo para o veto, este será derrubado, e o Projeto torna-se Lei, que entra em vigor mesmo sem a sanção do Presidente da República. Mas se não for obtida a maioria absoluta, mantém-se o veto e o projeto de lei é arquivado e tido como rejeitado.

Ainda há uma limitação para o veto. Não é necessário que o Presidente vete todo o projeto de lei. Pode ele vetá-lo parcialmente. Todavia, nos casos de veto parcial, deve respeitar-se o mínimo de um dispositivo. Ou seja, pode-se vetar apenas um parágrafo de um artigo do projeto. O que não se pode é vetar algumas expressões apenas daquele parágrafo, sob pena de modificar completamente sua idéia.

É por esses motivos que se diz que o veto é supressivo e superável. Supressivo porque precisa pelo menos um dispositivo inteiro, e não parte dele, para ser vetado. Superável porque o Congresso pode derrubar o veto.

Podemos identificar a disciplina legal da sanção e do veto, no art. 66 da CF, e seus parágrafos 1º a 6º, *in verbis*:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

(...).

As últimas duas etapas para entrada de uma lei em vigor são a promulgação e publicação.

Com previsão legal nos parágrafos 5º e 7º do art. 66, CF, a promulgação é o ato pelo qual se comunica aos destinatários da lei sua criação e seu conteúdo. Nada se altera no projeto de lei com promulgação. Esta é apenas requisito de eficácia e aplicação da lei. Mas ainda é necessário que a promulgação seja publicada. Tanto é assim que se o Presidente não o fizer em 48 horas, o Presidente do Senado promulgará, e se este também se tornar inerte, cabe ao Vice-Presidente do Senado o fazer.

Art. 66. (...)

(...)

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

¹⁹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Op. cit. , p. 529.

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

A publicação, por sua vez, é outra condição de eficácia da lei. Destina-se a transmitir a promulgação aos destinatários da lei. Assim é que a promulgação comunica a existência e conteúdo da nova lei, e a publicação transmite a promulgação desta lei.

Pois bem, são estes os atos do processo legislativo completo. Vale deixar assentado que algumas espécies de lei não requerem todos estes atos. Quando isso ocorrer, isto será expressamente dito, porque, via de regra, devem todos estes atos ser observados. As exceções, como se sabe, devem ser claramente elucidadas.

2.2.4 - Procedimentos Legislativos

O último tópico do nosso estudo sobre Poder Legislativo são os procedimentos legislativos.

O procedimento legislativo nada mais é do que o modo pelo qual os atos do processo legislativo devem ser realizados. Nas palavras de José Afonso da Silva²⁰: “Procedimento legislativo é o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam. Diz respeito ao andamento da matéria nas Casas legislativas. É o que na prática se chama tramitação do projeto”.

Temos, no ordenamento jurídico pátrio, três tipos de procedimentos legislativos: o ordinário, o sumário e os especiais.

O procedimento legislativo ordinário é o mais completo e complexo, pois compreende cinco fases, quais sejam: a *introdutória*, que é a apresentação do projeto de lei; a do *exame do projeto nas comissões permanentes*, que analisam a constitucionalidade e a adequação à norma jurídica então vigente, emitindo pareceres favoráveis ou desfavoráveis; a das *discussões em plenário*, através da qual, de posse do parecer das comissões, discute-se o projeto, inclusive abrindo-

²⁰ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Op. cit. , p. 531.

se oportunidade à emendas, na Casa Legislativa onde foi proposto o projeto de lei (casa iniciadora); a *decisória*, por meio da qual decide-se quanto a viabilidade daquele projeto na casa iniciadora, de maneira que, se for favorável, remete-se à outra casa para revisão da matéria, se desfavorável, ou parte-se a novo turno de discussão, ou arquiva-se; e a *revisória*, que acontece justamente se o projeto de lei foi aprovado pela casa iniciadora, e consiste em apreciar o projeto para aprovação ou não. Aprovado, segue-se à sanção do Presidente, rejeitado, arquiva-se o projeto.

Uma observação a se fazer neste processo legislativo ordinário é que na casa iniciadora pode haver duas rodadas de discussão e votação, ao passo que na casa revisora, só pode apenas um, conforme dispõe o art. 65, CF:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

O procedimento legislativo sumário ocorre em casos excepcionais, quando há urgência para apreciação do projeto. Está previsto no art. 64, CF²¹, e deve ser solicitado pelo Presidente da República. Uma vez solicitada a urgência na apreciação do projeto, a Câmara dos Deputados será necessariamente a casa iniciadora, e terá 45 (quarenta e cinco) dias para apreciar o projeto. Após, sendo aprovado, segue-se ao Senado, que terá igual prazo para análise e apreciação do

²¹ CF, Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

§ 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

projeto de lei. No caso do senado emendar o projeto, este volta à casa iniciadora, que terá mais 10 (dez) dias para apreciá-lo.

Por fim, os procedimentos legislativos especiais são destinados à elaboração de emendas constitucionais, de leis financeiras, de leis delegadas, de medias provisórias e de leis complementares. Cada um deles contém uma particularidade, como por exemplo, o quórum para instalação da sessão, o tipo de maioria para aprovação do projeto, o prazo para discussões, etc. Enfim, são particularidades inatas a cada um desses tipos que fogem ao foco do presente trabalho, trazidas à colação apenas para salientar a existência dos mesmos, sem haver necessidade de tecer comentários mais aprofundados acerca da matéria.

3. INTERNALIZAÇÃO DE UMA NORMA INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNO

3.1- Conceito de Tratados Internacionais

Em nosso estudo, trataremos dos tratados internacionais como espécie normativa quando em confronto com o ordenamento jurídico interno. Desta forma, necessário se faz, preliminarmente, conceituarmos o que vem a ser um tratado internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 2º, I, a, conceitua tratados internacionais como “*acordo internacional celebrado 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 particular*”.

Segundo J. F. Rezek²², “Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Desmembrando este conceito, teríamos que: acordo nada mais é do que um ajuste de vontades entre sujeitos diferentes. Sujeitos do direito internacional público são aqueles entes com capacidade de direito e de obrigação na seara de aplicabilidade do direito internacional público, ou seja, os Estados Soberanos e a Santa Sé, que a eles é equiparada. Observação a se fazer é que os Estados serão, obviamente, representados por alguém, que poderá o fazer em virtude de sua própria função (como é o caso dos Chefes de Estado, Chefes de Governo e ministros das Relações Exteriores), ou em razão dos plenos poderes que lhes foram conferidos através da Carta de Plenos Poderes. Atos que produzem efeitos jurídicos são todos aqueles cujas suas conseqüências são importantes, de maneira a alterar ou até mesmo confirmar uma ordem jurídica vigente. Excluem-se, aqui, todos aqueles atos que não produzem efeitos significativos para o Direito.

Melhor entendimento, todavia, podemos encontrar em Valério de Oliveira Mazzuoli²³, quando desmembra este artigo em todos os seus elementos

indispensáveis, que aqui só se faz citar: “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”. E o mesmo autor sintetiza dizendo que “trata-se, portanto, de um acordo formal concluído entre os sujeitos de direito internacional público, regido pelo *direito das gentes*, visando a produzir imprescindivelmente *efeitos jurídicos* para as partes contratantes”.

Em relação ao status do tratado quando entra em vigor internamente, há discussões. Há aqueles, corrente minoritária, que dizem que uma vez internalizado, como isso se dá através de Decreto Legislativo (no caso específico do Brasil), é a própria lei interna que se aplica, porque é o Decreto (lei interna) que tem força executória, não o tratado. Segundo eles, sem o Decreto, o tratado não se aplica, por isso é o Decreto Legislativo que tem força cogente.

De outro lado, todavia, estão aqueles, que entendem que internalizando-se um tratado por meio do Decreto legislativo continua-se a aplicar a norma internacional, de sorte que o Decreto de promulgação apenas é exigência constitucional implícita que tem o condão somente de dar força executória interna ao tratado internacional. Nesta linha de entendimento temos Mirtô Fraga²⁴, que na conclusão de seu trabalho, deixa muito claro seu posicionamento neste sentido, e as razões para tanto, *in verbis*:

No sistema jurídico brasileiro, o tratado internacional, regularmente concluído, é uma fonte de direito, expressamente prevista na Constituição, produzida com a colaboração externa, ao lado de outras, emanadas, apenas, de órgãos internos. A sua promulgação é consequência desse fato constatado e, ao contrário do que se pensa, não é, apenas, prática que se estabeleceu, mas exigência constitucional implícita. Não tem o efeito de transformá-lo em direito interno, mas tão-só o de conferir-lhe força executória. Ao aplicar a norma convencional, o Poder Judiciário aplica o próprio tratado (Direito Internacional) e não o direito nacional (o produzido, apenas, pelos órgãos internos) em que, supostamente se tenha transformado, por via do decreto de promulgação).

²² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.14.

²³ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. **Tratados Internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 40.

²⁴ FRAGA, MIRTÔ. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.127.

Essa corrente de entendimento é, sem dúvida, majoritária na doutrina e jurisprudência, e é a ela que nos filiamos.

3.2 - Procedimento de internalização de uma norma estrangeira

Após rápidas palavras sobre o conceito de tratados internacionais, e antes de adentrarmos precisamente no estudo da internalização de uma norma internacional no direito interno, é válido ressaltarmos que há basicamente, quanto à aplicabilidade ou executoriedade de um tratado internacional, dois tipos de tratados.

Os tratados auto-executórios são aqueles tratados que independem de qualquer manifestação legislativa interna para terem eficácia no país.

De outro lado, os tratados não-auto-executórios são aqueles que necessitam de uma manifestação jurídico-legislativa que os faça ter condições de aplicabilidade internamente.

A distinção se faz necessária porque, para o primeiro, nada há que se dizer sobre o procedimento de internalização no país, visto que independem do mesmo, têm inerentes à si a executoriedade em qualquer lugar. Quanto aos últimos, estes sim precisam de um rito especial para que produzam eficácia jurídica interna, ou seja, dando-lhes condição de executoriedade.

Além disso, e preliminarmente às fases necessárias à celebração dos tratados, não podemos nos esquecer do *treaty-making-power*, cuja tradução que melhor se adapta a nosso sistema é a capacidade para celebrar tratados. Acerca desta capacidade de celebração, há muito a ser falado. No entanto, e visando os fins específicos do presente trabalho monográfico, não nos ateremos aos detalhes específicos, deixando por expor que o *treaty-making-power* completa-se: quando os sujeitos forem legalmente habilitados para tanto, através dos plenos-poderes que lhes são inatos em razão do cargo que ocupam (Chefe do Executivo e Ministro das Relações Exteriores), ou quando os detentores destes poderes conferirem-nos a outrem; quando houver consentimento expresso e livre dos Estados participantes; e quando o objeto do acordo internacional for lícito e

possível. Brilhante explicação, de onde foram extraídas lições para composição do presente excerto, podemos encontrar em Mazzuoli²⁵.

Em se tratando de tratados solenes, há quatro fases principais previstas na Convenção de Viena de 1969, desde sua celebração até sua entrada em vigor, que são: as negociações preliminares; a assinatura ou adoção pelo Executivo; a aprovação parlamentar; e, por derradeiro, a ratificação ou adesão do texto convencional. Ocorre que esta Convenção de 1969 não trata dos trâmites internos e particulares a cada país para que uma norma internacional passe a ter aplicabilidade internamente. Como corolário lógico desta situação temos que, além destas quatro fases principais previstas na Convenção, os países podem definir outras, sem as quais a execução da norma estrangeira não se completa internamente.

Veremos, a seguir, estas quatro fases principais, acrescentando-se a elas o instituto das reservas e a promulgação por Decreto Legislativo.

3.2.1- Negociações preliminares

As negociações preliminares de um tratado são o início de formação do mesmo. É o momento em que as partes celebrantes de um tratado iniciam as tratativas para formação da norma internacional que pretendem concluir.

Os tratados podem ser bilaterais ou multilaterais, segundo o número de partes que estarão o compondo. Para um e para outro, a maneira das negociações pode ser diferente. E ainda, de acordo com o tipo de tratado que quer se firmar, as negociações também podem trazer especificidades.

No Brasil, além da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, temos regulamentando esta matéria o Decreto n. 2.246, de 6 de junho de 1997, e o Decreto n. 2.775 de 1998 que regulamentou o Decreto anterior. Assim, para o específico caso brasileiro, é necessário que as negociações sejam acompanhadas por um funcionário diplomático, e o texto final do tratado ainda deverá passar pelas aprovações jurídica da Consultoria Jurídica do Itamaraty, e processual da Divisão de Atos Internacionais.

²⁵ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit. pp. 73-78.

Sendo o tratado bilateral, não há muita complexidade nas negociações, de sorte que basta que um sujeito de direito internacional envie ao outro uma nota diplomática contendo o interesse no início das negociações. Esta nota diplomática tem caráter eminentemente informal, e não exige que a negociação se dê no âmbito do território de um dos Estados membros do tratado, donde se conclui que a negociação pode se dar em um terceiro Estado. E o idioma a ser utilizado também é de livre escolha dos pactuantes, sendo um dos dois idiomas utilizados pelos países (caso o tenham diferentes), ou ainda um terceiro idioma. Lógico, tanto território como idioma serão escolhidos ante a conveniência de cada país. Não há impedimentos. O que deve ser frisado é justamente a liberdade que têm os Estados para pactuar, que é muito mais evidente nos acordos bilaterais do que nos multilaterais.

E o certo é que, caso os Estados não estejam se entendendo sobre o território a ser celebrado o tratado, ou mesmo sob qual idioma, podemos dizer que as negociações já começam mal, truncadas, com atritos desde o início. Inevitável, pois, fiquem prejudicadas as negociações.

Quando tratamos de tratados multilaterais, pelo simples fato de envolver várias partes, as dificuldades e complexidades invariavelmente passam a ser inerentes à espécie.

Além das dificuldades na escolha da língua utilizada e do território sede das negociações, e em enquadrar todas as vontades e interesses em um texto comum, há complexidade, também, em escolher onde se darão as negociações, pois podem ocorrer, segundo Mazzuoli²⁶, *“no seio de uma Organização Internacional, ou com a convocação de uma conferência internacional ad hoc, especialmente estabelecida para tal fim, por parte de um grupo de Estados, ou mesmo de uma Organização Internacional”*. Veja: há três maneiras: em uma Organização Internacional, em uma conferência internacional *ad hoc* (isto é, formada especificamente para aquele caso) convocada por um grupo dos Estados participantes, ou também por uma conferência internacional *ad hoc*, mas convocada não pelos Estados-parte, mas por uma Organização Internacional.

²⁶ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 80.

Como é de se deduzir, as negociações não podem ser iniciadas de um nada, pois do nada, nada surge. As idéias negociais prévias devem ser organizadas, inicialmente, em um projeto. Com base neste projeto dar-se-ão as negociações. Contudo, nada impede que o texto final do tratado seja completamente diferente do que foi seu embrião projeto, pois, na realidade, este serve apenas como um norte às negociações para que chegue no tratado internacional que será posto em vigor.

O texto final do tratado pode contar com três partes, quais sejam: o preâmbulo, onde se demonstra os participantes do tratado e os seus motivos; a disposição, que são suas normas dispositivas; e anexos que forem necessários para complementar o texto ou auxiliar as partes em seu cumprimento.

Neste sentido, Mazzuoli²⁷ leciona que:

Findas as negociações, tem-se o tratado como concluído. Neste ponto já existe um projeto de tratado composto por: a) um preâmbulo, que elenca os nomes das partes-contratantes e expõe os motivos a que se destina a consecução do acordo; b) uma parte dispositiva, que representa o corpo do texto do tratado, onde são expostos os princípios e regras do compromisso internacional, contando também com algumas cláusulas finais, que se destinam a regulamentar alguns procedimentos do próprio tratado, com sua entrada em vigor, duração, futuras adesões, possibilidade de emendas e reservas; e c) eventualmente alguns anexos, que contêm elementos técnicos que complementam o texto do compromisso internacional e auxiliam as partes no seu regular cumprimento.

3.2.2- Assinatura ou adoção pelo Executivo

A assinatura do texto convencional é ato exercido por sujeitos plenipotenciários, que sucede as negociações e antecede a entrada em vigor do tratado. Ela não é ato apto a pôr em execução internamente o ato internacional. Para tanto, ainda é preciso outras fases. Também não se presta a obrigar um Estado a cumprir um tratado

A finalidade da assinatura é apenas e tão somente colocar fim à fase das negociações e alterações do texto do tratado. O Estado que assina apenas está aceitando a forma e o conteúdo do tratado, sem vincular-se a ele. E, segundo

²⁷ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 81.

Mazzuoli²⁸ “significa apenas o *aceite precário* e provisório ao tratado, não acarretando efeitos jurídicos vinculantes”.

Veremos adiante que para vincular um Estado à aplicação das normas internacionais previstas no tratado, é necessário muito mais do que a assinatura, precisa-se da ratificação daquele tratado e de outras exigências internas de cada nação.

Todavia, exceção ao que foi dito em torno da vinculação do Estado através da assinatura, encontra-se na própria Convenção de Viena de 1969, em seu art. 12:

Art. 12. Consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela assinatura. 1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

- a) quando o tratado dispõe que assinatura terá esse efeito;
- b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou
- c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

2. Para os efeitos do §1º:

- a) a rubrica de um texto tem o valor de assinatura de tratado, quando ficar estabelecido que os Estados negociadores nisso concordaram;
- b) a assinatura ad referendum de um tratado pelo representante de um Estado, quando confirmada por esse Estado, vale como assinatura definitiva de um tratado.

Acreditamos seja dotado de maior segurança jurídica o tratado naqueles casos em que a assinatura é mero aceite provisório, necessitando ainda da fase da ratificação, com participação do legislativo para só então obrigar um Estado a cumpri-lo. Isto porque, muitas vezes suprimir fases inerentes à formação e entrada em vigor dos tratados ou de qualquer outra lei, deixaria nas mãos de poucos a decisão pela adesão de um tratado.

3.2.3- Ratificação ou adesão do texto convencional

A ratificação do tratado é ato do Chefe do Executivo.

²⁸ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 81.

No entanto, há que se fazer um adendo, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, antes da ratificação, ainda é necessário submeter o tratado à apreciação do Poder Legislativo, que o analisará e emitirá sua opinião acerca do mesmo. Trata-se da chamada fase da aprovação parlamentar. Depois de aprovado parlamentarmente, retorna ao Poder Executivo para, então, proceder à ratificação do tratado.

Há muitos conceitos e muitas distorções acerca do termo *ratificação*, mas o certo é que ela é o ato internacional que convalida a aceitação dos dizeres do tratado, ou seja, é através dela que o Estado passa a se obrigar pelo Tratado Internacional, que agora tem efeitos jurídicos vinculantes no plano internacional.

Se observarmos a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seus artigos 12 ao 15, poderemos perceber que um Estado pode obrigar-se por um tratado internacional de três formas, quais sejam: pela assinatura, pela ratificação, e pela adesão.

Dissemos alhures que, via de regra, a assinatura não obriga um país a cumprir as determinações de um tratado internacional. Não nos esquecemos, entretanto, de dizer que há exceção, e que esta é posta quando a vontade negocial, seja no texto do acordo, nas negociações ou até na característica embutida nos plenos poderes conferidos aos plenipotenciários quando da assinatura do acordo, façam prever que a assinatura gerará efeitos jurídicos vinculantes entre as partes signatárias.

Veremos, adiante, que também a adesão, quando assim previsto, fará o tratado internacional produzir efeitos obrigacionais entre os Estados participantes do acordo.

No entanto, é a ratificação a mais autêntica das formas de se obrigar por um tratado, até porque, na omissão de qualquer disposição que faça ser suficiente a assinatura ou a adesão para a produção de efeitos jurídicos entre as partes, somente com a ratificação os efeitos jurídicos se operam.

Aliás, da própria etiologia do termo, podemos notar aquilo que lhe é inerente: confirmar e obrigar-se a fazer o que se confirmou. Não são outras as disposições, senão as contidas no Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva²⁹:

RATIFICAÇÃO. Do latim medieval *ratificatio*, composto de *ratum* (confirmado) e *facere* (fazer), entende-se a aprovação ou a confirmação de ato jurídico praticado por outrem, sem poderes especiais para isso, ou para o qual não se tinha dado o necessário consentimento, ou autorização.

Atrelando-se este conceito ao que foi dito supra, confirmamos nossa idéia de que a ratificação, como elemento necessário para obrigar os Estados, é a regra, sendo a assinatura e a adesão exceções, e, como tais, devem ser expressamente previstas. Ou seja, havendo previsão de que basta a assinatura ou adesão para que o tratado produza efeitos jurídicos entre as partes, estas são suficientes; contudo, dispondo-se que é necessária a etapa da ratificação, ou simplesmente não dispondo nada, imprescindível para se completar a vinculação de efeitos jurídicos do tratado a ratificação pelos Estados-membros.

A ratificação pode operar-se em duas fases, que são a ratificação propriamente dita e a troca dos seus instrumentos constitutivos. Em razão disso, não são quatro as formas de se obrigar ao cumprimento de um tratado, como pode parecer à primeira vista, mas sim três, pois a ratificação constitui-se de duas etapas.

A etapa da troca dos instrumentos constitutivos está inserida no art. 13 da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual:

Art. 13. Consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela troca de seus instrumentos constitutivos. O consentimento dos Estados ou das organizações internacionais em obrigar-se por um tratado, constituído por instrumentos trocados entre eles, manifesta-se por essa troca:

- a) quando os instrumentos estabeleçam que a troca produz este efeito; ou
- b) quando fique estabelecido, por outra forma, que esses Estados acordaram em que a troca desses instrumentos produziria esse efeito.”

²⁹ SILVA, DE PLÁCIDO E. Op. cit., p.673.

E a obrigatoriedade da ratificação propriamente dita vem disposta no artigo 14, §1º e alíneas da Convenção de 1969, *in verbis*:

Art. 14. Consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela ratificação, aceitação ou aprovação.

1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:

- a) quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que a ratificação seja exigida;
- c) quando o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito a ratificação; ou
- d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

Uma observação muito importante a ser feita acerca da ratificação é que é um ato eminentemente político e circunstancial, visto que o Chefe do Executivo, mesmo após a aprovação do Legislativo, não está obrigado a ratificar um tratado, ainda que o tenha assinado. Trata-se de ato discricionário do Chefe do Executivo, que o fará se o julgar conveniente – e é esta sua característica política – ou de acordo com as circunstâncias do caso e do momento (característica circunstancial). Deixar de ratificar um tratado explicita a soberania de um Estado, através da decisão político-discricionária de seu chefe. Não existe ratificação tácita. Ou o Chefe do Executivo o faz expressamente, através das maneiras legalmente estabelecidas e permitidas, ou não ratificou, e isso não pode ser contestado, visto que é ato político, discricionário, e circunstancial. MAZZUOLI³⁰ muito bem preleciona neste sentido:

Caracteriza-se a ratificação por ser um ato eminentemente político e circunstancial, posto não estar o Chefe do Executivo – a quem quase sem exceção o Direito constitucional concede o poder para ratificar – obrigado a proceder a confirmação, perante as outras partes, da vontade do Estado em obrigar-se. As Constituições determinam que a ratificação de tratados deve se dar após o referendo do Poder Legislativo. Entretanto, a aprovação do parlamento em relação ao tratado não obriga

³⁰ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit., pp. 91-92.

o Chefe do Executivo na sua ratificação, podendo este decidir discricionariamente. É dizer, após a aprovação do tratado pelo Parlamento, pode ou não o governo ratificá-lo, segundo o que julgar mais conveniente (característica política), ou ainda, segundo as circunstâncias (característica circunstancial), não significando eventual não-ratificação a prática de ilícito internacional. De seu caráter dúplice decorre a falta de prazo para que seja levada a efeito no cenário internacional, a menos que o tratado expressamente fixe um prazo determinado para ela. Neste ponto, a doutrina mais moderna e a prática internacional têm sido unânimes. O Presidente da República, quando deixa de ratificar um acordo internacional, aliás, exerce um direito inerente à própria soberania do Estado que lidera, decorrente da definitividade da sua decisão político-discricionária.

Não é outro o entendimento de MIRTÔ FRAGA³¹, em relação à não obrigatoriedade do Executivo em ratificar um tratado após aprovado pelo Legislativo, segundo a qual:

Constitucionalmente, o Executivo só pode concluir, vale dizer ratificar o tratado, ou a ele aderir, mediante prévia autorização do Congresso. Pode, todavia, assiná-lo, celebrá-lo ad referendum do Poder Legislativo. Concedida a aprovação, não fica, porém, o Chefe do Executivo obrigado à sua ratificação. É que a palavra final, aí, deverá ser do Presidente da República a quem compete, como órgão representativo do Estado, nas relações internacionais, celebrar tratado, obrigando o Brasil. A manifestação do Congresso só é definitiva se concluir por negar aprovação ao texto, quando, então o Presidente da República estará impedido de concluir o acordo, ratificando-o.

Muito bem observado por MIRTÔ FRAGA foi o fato de que o Legislativo só vinculará o Executivo quando não aprovar o tratado. Rejeitando-o, não pode o Executivo, mesmo sendo ele o representante oficial do Estado nas relações internacionais, ratificar um tratado. A função do Poder Legislativo, na fase de internalização dos tratados, é eminentemente de fiscalização do Executivo, motivo pelo qual a simples ratificação, como veremos adiante, não internaliza um tratado. Ela faz obrigar o Estado no âmbito internacional. Para executar-se o tratado internamente, todavia, ainda será preciso da promulgação através de Decreto Executivo do Presidente da República. Mas esta matéria será vista adiante.

Além das preciosas lições de MAZZUOLI e FRAGA, podemos citar, também, como normas internacionais que tratam da facultatividade da ratificação de um texto internacional, que se opera em face do poder político-discricionário

do Chefe do Executivo Nacional, os arts. 7º e 9º da Convenção de Havana sobre Tratados, que assim dispõem:

Art. 7º. A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional. Em caso de negativa, esta será comunicada aos outros contratantes.

Art. 9º. A aceitação ou não-aceitação das cláusulas de um tratado, em favor de um terceiro Estado que não foi parte contratante, depende exclusivamente da decisão deste.

Sem embargo disso, não podemos nos esquecer de uma exceção à regra da discricionariedade política da decisão do Presidente da República em ratificar ou não um tratado depois de aprovado pelo Legislativo. Trata-se das Convenções Internacionais do Trabalho.

No caso destas Convenções, o país deve submeter o tratado à análise do Legislativo no prazo de até um ano e, aprovado por este Poder, necessariamente terá de ser ratificado pelo Chefe do Executivo.

O que foi condensado no parágrafo anterior está previsto na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo de 1946, que é a chamada “Declaração de Filadélfia”, por meio da qual, em seu art. 19, n. 5, alínea b, bem expressa esta matéria:

Art. 19. (...)

5. Tratando-se de uma convenção:

(...)

b) cada um dos Estados-membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento, a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza;

(...)”

³¹ FRAGA, MIRTÔ. Op. cit., p. 57.

Anteriormente, foi dito que a ratificação é composta de duas etapas, quais sejam: a ratificação propriamente dita e a troca ou depósito de instrumentos entre Estados. Pois bem, é a ratificação propriamente dita a etapa interna de aceitação dos tratados. Mas a obrigação internacional surgirá apenas e tão somente com esta troca ou depósito de instrumentos, que se opera, nos tratados bilaterais através da troca de instrumentos, e, nos tratados multilaterais, pelo depósito dos instrumentos de ratificação em um Estado ou órgão internacional que assuma esta custódia.

Neste sentido MAZZUOLI³²:

Mas frise-se que não é a ratificação propriamente dita, isto é, a assinatura da carta de ratificação, que torna um tratado obrigatório. Este é um ato interno que não tem o condão de dar vigência ao acordo. A entrada em vigor dos tratados e convenções internacionais dá-se, em verdade, através da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação em Estado ou órgão que assuma a sua custódia (v. g. a ONU e a OEA), cuja notícia o depositário dará aos demais pactuantes. A troca de seus instrumentos se dá nos tratados bilaterais e sua cerimônia é análoga à assinatura. O depósito, por sua vez, ocorre nos tratados multilaterais.

3.2.4- Adesão

Este ato ocorre quando um Estado ou Organização Internacional não participou das negociações de um tratado e, por óbvio, não pôde a ele aderir através da assinatura ou ratificação. Ou mesmo quando tendo participado das negociações, perdeu o prazo para ratificá-lo.

É um ato posterior à celebração dos tratados em que, unilateralmente, um Estado ou Organização, deseja assumir as obrigações impostas por aquele tratado. A adesão tem a mesma força vinculante da ratificação, sem, contudo, com esta confundir-se.

Parece necessário que as outras partes do tratado expressem sua anuência com a entrada de outro membro. E a Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 dispõe em seu art. 19 que:

³² MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 96.

Art. 19. Um Estado que não haja tomado parte na celebração de um tratado poderá aderir ao mesmo se a isso não se opuser alguma das partes contratantes, a todas as quais deve o fato ser comunicado. A adesão será considerada como definitiva a menos que seja feita com reserva expressa de ratificação.

Observe-se que outra questão interessante acerca da adesão é que, via de regra, ela dispensa a ratificação do texto convencional. Só será exigida a etapa da ratificação se expressamente, quando da adesão, observar-se a necessidade do ato ratificatório para que entre em vigor o texto internacional.

É importante deixarmos assentado que, especificamente no caso do Brasil, tem sido utilizada as duas formas de adesão: a que prescinde de ratificação; e a que depende dos referendos do Executivo e do Legislativo.

Outra coisa que não podemos deixar de expressar são os casos em que um tratado permite adesão de outros Estados. Para isso, inicialmente, temos que diferenciar entre tratados abertos e tratados fechados; e depois, entre os abertos, a distinção entre adesão limitada e ilimitada.

Pois bem, vejamos. Tratado aberto é aquele que permite a entrada de novos membros, que não participaram das negociações, através da adesão. Por outro lado, os fechados são aqueles que, antagonicamente aos abertos, vedam expressamente a entrada de outros membros. Os tratados fechados são feitos para valer única e exclusivamente entre aqueles Estados que fizeram parte desde o início das negociações. Entre os tratados ditos abertos (à novas adesões), também há uma subdivisão, que se opera entre aqueles que admitem que quaisquer Estados venham fazer parte daquele tratado (denominados ilimitados), e os outros que delimitam quais Estados podem vir a fazer parte daquele negócio jurídico internacional (estes são os limitados).

Essas limitações ou autorizações para entrada de um Estado por via de adesão podem ser efetuadas durante as negociações, ou mesmo após elas, se os Estados-parte assim assentirem.

Outra utilidade muito grande do instituto da adesão ocorre quando, muito embora um Estado tenha participado de todas as negociações para elaboração do acordo, perdeu o prazo para o ratificar. Aqui, valerá a mesma regra exposta no parágrafo supra: poderá este Estado que participou das negociações e não

ratificou em tempo aderir a este tratado, se for caso de tratados abertos ilimitados, ou, se limitados, que ele se enquadre nos requisitos exigidos para sua entrada.

Por fim, mencionamos a previsão legal da adesão, que é o art. 15 da Convenção de Viena de 1969, o qual passamos a expor:

Art. 15. Consentimento em Obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Adesão. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela adesão:

- a) quando esse tratado disponha que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão; ou
- c) quando todas as partes acordarem posteriormente em que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão.

3.2.5- Reservas

De acordo com as disposições do art. 2º, §1º, d, da Convenção de Viena de 1969, a reserva é:

(...) uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito Jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

Diante do dispositivo acima, podemos notar que a reserva é aquele ato através do qual um Estado, que deseja participar de determinado tratado, exclui ou modifica determinadas disposições do texto convencional, excluindo-se ou modificando-se alguns efeitos jurídicos, qualquer que seja o nome que este Estado dê a este ato. Ou seja, se na íntegra do ato, o objetivo for o mesmo da reserva, independente do nome atribuído ao ato, tratar-se-á do instituto das reservas.

Importante salientar é que as reservas efetuadas por algum Estado valerão apenas internamente para aquele membro. Para os outros, se não reservarem também, os dispositivos terão o efeito contido no texto do tratado, sem a reserva.

O art. 19 da Convenção de Viena de 1969 trata dos casos de formulação de reservas, e veda as reservas quando ocorrem as seguintes situações:

(...)

- a) a reserva seja proibida pelo tratado;
- b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
- c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

E, decorrente da própria lógica internacional, também não poderá existir reservas em tratados bilaterais, sob pena de desnaturar o próprio tratado.

3.3- Fases Internas para entrada em vigor dos tratados

Após as fases ditas acima, que tratam dos procedimentos previstos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, portanto, procedimentos externos à celebração de tratados, resta-nos, ainda, em poucas palavras, discorrermos sobre as fases internas, especificamente no Brasil.

Para tanto, é importante lembrar e ter em mente a diferença entre tratados bilaterais e multilaterais, que, acima, explicamos.

Pois bem, conforme leciona Valério de Oliveira Mazzuoli³³, após a promulgação de Decreto Legislativo e sua respectiva publicação no Diário Oficial, dá-se início às fases internas para ratificação e entrada em vigor internamente do tratado internacional.

Em se tratando de pactos bilaterais, há duas maneiras para que se dê a entrada em vigor, quais sejam: a troca de informações e a troca de cartas ratificatórias. A primeira pode ocorrer pela nota à Embaixada da outra parte junto ao governo brasileiro, se existir tal Embaixada no território brasileiro; ou pela Embaixada do Brasil situada no território da outra parte contratante; ou, ainda, se não houver Embaixada de um dos países parte no território do outro, a nota será passada pela Missão brasileira à Missão da outra parte junto à ONU. Se for o

caso de troca de instrumentos de ratificação, espera-se o fim dos trâmites internos, e dá-se a cerimônia de troca dos instrumentos, que serão redigidos nos idiomas dos dois contratantes e em um outro idioma, alheio, que serão assinados pelos plenipotenciários.

De outro lado, os tratados multilaterais, pela própria complexidade a eles inerentes, exigem também um procedimento mais especial. No Brasil, exige-se a ratificação do tratado, que estudamos alhures. O instrumento de ratificação do tratado que foi aprovado pelo Congresso Nacional e assinado, será depositado junto ao Governo ou outro organismo internacional que assuma a função de depositário. Há casos em que se exige aguardar-se o transcurso de um lapso temporal para que os efeitos passem a operar internamente.

Na prática, ainda, o Presidente da República promulga e publica um decreto de execução para que se materialize internamente o tratado. Esta é uma fase inerente à eficácia e aplicação no ordenamento jurídico interno brasileiro, porém, em relação aos tratados internacionais, esta fase ocorre apenas em virtude da praxes, tendo em vista que nenhuma das Constituições nacionais trouxe qualquer dispositivo que exigisse estes dois atos.

E mais: para alguns, a exemplo de José Afonso da Silva e Mirtô Fraga, a promulgação não faz parte do processo legislativo. Promulga-se o que já é lei. Questão importante para se voltar a frisar é que quando se aplica as normas do tratado internacional devidamente internalizado no país, é o próprio ditame internacional que se está a aplicar, e não a lei interna. Vale dizer: o tratado internacional não se transformou em lei interna, apenas passou a obrigar o país e seus sujeitos internamente. Muito bem explica isso Fraga³⁴, *in verbis*:

E qual o valor dessa promulgação? Terá o decreto o poder de transformar, em norma interna, o que se convencionou no ato internacional? Aplicar-se-á, em consequência, direito interno ao invés de Direito Internacional? Entendo que não. O decreto de promulgação é o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, me obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior. Se a promulgação não integra o processo legislativo, se, ao contrário, ela lhe é posterior – o que se promulga já é lei, - não se pode, logicamente, afirmar-se que o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no

³³ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais** na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, pp. 183-190.

³⁴ FRAGA, Mirtô. Op. cit., pp. 63-64.

âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu no seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse. Mas, como afirma José Afonso da Silva, fazer saber que há uma norma jurídica pouco adiantaria se não se divulgasse tal comunicação. Isso se faz com a publicação. E como é ela que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada, e como só se é obrigado à norma que se conhece (a publicação faz presumir conhecimento), o tratado só é obrigatório a partir da data de inserção, no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado.

Novamente, e por último, frisemos que indispensáveis à entrada em vigor, internamente, do tratado internacional, são as fases de troca de informações ou troca de instrumentos ratificatórios para os tratados bilaterais, e a ratificação do Executivo para os tratados multilaterais. As fases da promulgação e publicação são fases que a prática brasileira consagra, mas não há norma que obrigue estas fases. Trata-se apenas de medida viável, na medida em que dá amplo conhecimento a todos do conteúdo do tratado. Mas o tratado, para ter eficácia efetivamente, independe da promulgação e da publicação.

Segundo Fraga³⁵, “Uma vez publicado, com o decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares, aplicado pelos Tribunais”. Na afirmativa de Rousseau³⁶ “o tratado é obrigatório, em virtude de ratificação; executório, em face da promulgação; aplicável, em consequência da publicação”.

³⁵ FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 64.

³⁶ _____. Op. cit., p. 64. APUDD CHARLES ROUSSEAU. **Principes Généraux du Droit International Public**. Paris, A. Pedone, t. I, p.403.

4. TEORIAS ATINENTES A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

Até agora, fizemos uma explanação acerca do ordenamento jurídico pátrio, no qual dissertamos sobre a noção de soberania e sobre o Poder Legislativo em todas as suas facetas – desde a tripartição de Poderes até o procedimento pelo qual ele é responsável: a entrada das leis em vigor. Após, e separadamente, tratamos das normas internacionais, desde seu conceito, até sua formação e entrada em vigor.

O problema que se coloca aqui é: as normas internas, sobretudo as constitucionais, e as normas internacionais fazem parte de um todo comum? São independentes umas das outras? Qual delas deve se submeter a outra em caso de divergência? Realmente é possível haver divergência entre um tratado internacional ratificado por um país e a sua Lei Maior?

Na realidade estas dúvidas se estabeleceram quando, deixando-se o regime monocrático, por meio do qual somente o monarca era responsável pela ratificação dos tratados, passou-se ao regime democrático de direito, onde além do Chefe do Executivo emanar sua vontade, é necessária também a aprovação (ratificação) parlamentar para entrada em vigor dos tratados internamente.

Assim leciona Mello³⁷:

Este problema não existia ao tempo das monarquias absolutas, quando a ratificação era feita pelo monarca sem intervenção de qualquer outro poder. A questão surgiu com o 'controle' parlamentar da conclusão de tratados e, por conseguinte, com a intervenção dos dois poderes para ratificação. A ratificação continua sendo ato do Executivo, mas 'ad referendum' do Legislativo, que deve aprovar previamente o tratado a ser ratificado.

A razão disso é que, se havia apenas um legitimado a externar a vontade em nome do Estado (monarca) e ele o fazia, era a vontade do próprio Estado que

³⁷ MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. **Ratificação de tratados**: estudo de direito internacional e constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. pp.121-122.

se estava manifestando indubitavelmente. A partir do momento em que o Poder Legislativo passou a fazer parte da internalização dos tratados e fases internas tornaram-se imprescindíveis, expressamente previstas na lei interna, sobretudo a Constituição Federal, por óbvio, mais complexo ficou o sistema. Bastaria apenas o Chefe do Executivo externar a ratificação para que aceito fosse o tratado, presumindo-se que as normas internas específicas de cada país foram obedecidas, haja vista que, internacionalmente, é o Chefe do Executivo quem ratifica. Ou seria necessário que todos os Estados-pactuantes conhecessem as normas internas uns dos outros, e eles próprios fiscalizassem se o procedimento interno houvera sido seguido, sob pena de tornar nula a aceitação do tratado?

Para resolver estas indagações, surgiram teorias, que passaremos a expor.

4.1 - Teoria Dualista

Teoria extremamente complexa, mas que não traz muita repercussão atualmente no mundo jurídico por estar quase que superada.

Em linhas gerais, para tal teoria, há uma divisão bem marcada entre a norma jurídica interna e a internacional, de maneira que seria impossível o conflito entre ambas. E a própria realidade tem demonstrado que tal premissa não é verdadeira, pois pode acontecer – e efetivamente ocorre – conflitos entre norma interna e internacional.

Apenas para fins de informação, citaremos, aqui, as principais linhas de pensamento desta teoria, extremamente extensa, condensadas por Marota Rangel³⁸:

Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega a possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como *‘duas esferas, quando muito tangentes, mas, jamais secantes’*. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das Gentes; impossibilidade de que ordem jurídica possa determinar a validade das

³⁸ RANGEL, VICENTE MAROTTA. **Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais**, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 1967, nº 44-45, pp. 31-32.

normas de outra ordem; inadmissibilidade da norma internacional no direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no direito interno, incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem *‘dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais’*. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado – assinalam ainda os adeptos do paralelismo – o *‘prius’* lógico do Direito Internacional, de modo que aquele não está para este, senão ao contrário, o *‘direito internacional está para o Estado’*.

4.2 - Teoria Monista

Em contraposição à teoria dualista, surge a teoria monista, mais moderna e razoável, segundo a qual, o direito interno e o direito internacional fazem parte de um todo, de um sistema único. Não se pode dizer sejam realidades completamente distintas, que nunca se interceptam.

Segundo esta linha de entendimento, há necessariamente a subordinação entre as normas jurídicas, em ordem hierárquica. O que remete à teoria Kelseniana da hierarquia das leis. E isto não é apenas coincidência. Hans Kelsen é um dos líderes – provavelmente o primeiro – desta doutrina.

Não é outro o entendimento de Mirtô Fraga³⁹, senão vejamos:

A teoria monista foi construída sob o princípio da subordinação, em razão do qual todas as normas jurídicas se acham subordinadas entre si, numa ordem rigorosamente hierárquica. Immediatidade das normas internacionais em relação ao direito interno, divergências de grau e não de essência entre um e outro ramo do Direito, opção imperiosa por uma das ordens conflitantes, são, também, pontos doutrinários do monismo.

Na medida em que se passa a aceitar que as normas internas e internacionais fazem parte de um mesmo sistema, havendo subordinação ou hierarquia entre elas, evidencia-se a possibilidade de conflito entre ambas. Para definir qual das duas normas – a constitucional nacional ou a internacional – deve prevalecer nos casos de conflito, esta teoria monista se subdividiu em outras duas, quais sejam: o monismo nacionalista (que prima pela primazia da norma nacional em detrimento da internacional) e o monismo internacionalista (que apregoa a idéia de hierarquia superior do direito internacional).

³⁹ FRAGA, MIRTÔ. Op. cit., p. 7.

Mazzuoli⁴⁰, ao tratar deste assunto, completa a idéia acima narrada, e, confirmando que o conflito pode existir, diz que “(...) estaremos diante do problema da inconstitucionalidade extrínseca dos tratados internacionais, também chamada *ratificação imperfeita ou irregular*”. Ainda segundo o mesmo autor, o problema surge, principalmente, quando há ausência de ratificação pelo Parlamento, de maneira que a falta de assentimento do Poder Legislativo constituiria, para uma das subdivisões desta doutrina, um vício no consentimento em obrigar-se por este tratado. E isso acarretaria a nulidade da ratificação do tratado, e o Estado não estaria mais, internamente, obrigado às suas disposições.

Passaremos, agora, a tratar das duas subdivisões da doutrina monista.

4.2.1 - Monismo Nacionalista

Esta parcela da teoria monista entende, como se faz parecer evidente, que há a superioridade do direito nacional. Isto implica em dizer que, não se cumprindo todas as etapas e previsões do direito interno, a ratificação do tratado é imperfeita, e o ato é nulo. A justificativa que muito se aplica àqueles que defendem esta teoria é que, se fosse possível deixar de seguir a normatização interna, não seguindo todas as fases para internalização do tratado, estaria o direito internacional prevalecendo sobre o direito interno e, conseqüentemente, esvaziando o princípio democrático do país.

Há reflexos, inclusive, nas questões de soberania, pois, para tal entendimento, permitir que regras internacionais sobreponham-se à sua própria Constituição feriria gravemente a questão da soberania interna. O país deixaria de ter sua autonomia evidenciada. Entendem que a soberania é um poder que se sobrepõe a todos os outros e não pode sofrer limitações externas de nenhuma ordem. Se o Direito Internacional tivesse supremacia sobre o Direito Interno, a tal ponto de negá-lo, haveria uma limitação ao poder soberano interno daquele Estado. E o Estado não pode sofrer limitações em sua soberania, pois ser soberano é uma característica inerente ao próprio Estado. Vale dizer: sem soberania, deixar-se-ia de ser Estado.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. (A) , p.p. 147-148.

Como se pôde notar, é uma posição bem extremista, com uma visão completamente estática das noções de Estado e de Soberania.

Mas, seguindo com as idéias do monismo nacionalista, poderemos verificar que uma característica muito importante para esta doutrina é que a Nação que quer contratar com um outro país deve conhecer, profundamente, o direito interno deste país, sobretudo, sua Constituição. O intuito é que a parte contratante possa fiscalizar a outra parte, verificando se ela está cumprindo todas as exigências internas ou não.

É sabido, pois, que a não observância das disposições internas do país para a celebração e adesão ao tratado internacional acarretam sua nulidade. E, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli⁴¹: “Para a doutrina constitucionalista não existe, ademais, norma internacional que declare a validade do tratado ratificado em detrimento do mandamento constitucional”.

À luz da Convenção de Viena de 1969, Mirtô Fraga⁴² bem salienta que:

A tendência constitucionalista, defendendo a soberania estatal considera que a observância de regras constitucionais dos Estados contratantes é requisito essencial para a validade do tratado, pois é o Direito Constitucional de cada um que estabelece os órgãos competentes, isto é, os Poderes competentes e os procedimentos de que dependem a formação e a expressão da vontade do Estado em obrigar-se, internacionalmente. Em resumo: nesta matéria, o direito interno tem prevalência, uma vez que o compromisso só nasce, se houver o respeito às disposições internas. Dessa forma, se a Constituição exigir a autorização do Parlamento, para a conclusão de um compromisso internacional, a falta de manifestação do Legislativo implicará sua invalidade, se não for possível a aprovação posterior.

Como se pôde parecer evidente, para esta doutrina constitucionalista, não observar as normas internas implica em não ter competência nenhuma para celebrar o tratado, o que o faz viciado desde o início, razão pela qual deve ser nulo de pleno direito.

Em razão da alta severidade, diversidade e complexidade dos requisitos da teoria do monismo constitucionalista, Mirtô Fraga⁴³ baseada nos argumentos de Jean Hostert à teoria constitucionalista, diz que:

⁴¹ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit. (A) p. 149.

⁴² FRAGA, MIRTÔ. Op. cit. pp. 34-35.

A aplicação prática da teoria constitucionalista se torna impossível, salvo se se entender que não é a observância de qualquer regra que provoca a invalidade do tratado. As mais importantes, as de Direito Constitucional, diz o autor, são, por vezes, de conteúdo muito variado e difícil de determinar, pois tratam de assuntos diversos, como procedimento, competência, direito material. É difícil estabelecer delimitação entre cláusulas constitucionais relevantes e não-relevantes, correndo-se o risco de torná-la arbitrária. Assim, argumenta, por que a violação às normas relativas à competência e ao procedimento para concluir tratado provoca a nulidade o ato, ao passo que outras sobre, por exemplo, um direito material, não têm a mesma consequência? Por fim, a teoria constitucionalista pode levar a consequências extremas, se a inconstitucionalidade de um tratado é levantada diante de um Tribunal interno, após sua ratificação. Se os Juízes nacionais admitirem tal posição, o tratado não será aplicado na ordem interna e será nulo, na internacional, é a conclusão de Hostert.

Não assiste, porém, razão ao autor. Se a Convenção de Viena prevê a nulidade do tratado concluído pelo Estado com violação de uma disposição de seu Direito Constitucional sobre a competência para concluir tratados, é porque, na verdade, em tal hipótese, o tratado não chegou a ser concluído, e, portanto, na terminologia usual, é inexistente em relação a tal Estado. Se a violação diz respeito à matéria e se o Estado expressou sua vontade pelos Poderes competentes, ele se obrigou, formalmente, embora, materialmente, isto é, em determinado assunto, não pudesse fazê-lo em razão de sua Constituição. Para o Direito Internacional, o compromisso será válido. A Convenção de Viena não permite, como regra geral, que o Estado invoque seu direito interno, para eximir-se das responsabilidades decorrentes do compromisso assumido (art. 27). Para essa norma ampla, prevê, entretanto, uma exceção: se o consentimento em obrigar-se foi expresso em violação de uma disposição interna sobre a *competência* para concluir tratado, e desde que a violação seja *manifesta* e se refira a uma regra de seu direito interno de *importância fundamental*, o Estado pode eximir-se de cumprir o pactuado (art. 46). A expressão *regra e seu direito interno de importância fundamental* deve ser interpretada em sentido restritivo: fundamental é a Constituição do Estado, o Direito Constitucional vivo e efetivo, tal qual aplicado e entendido.; A competência, entretanto, pode se referir: ao Poder (ou órgão, se for o caso) ao qual ela é atribuída, para a conclusão do tratado, ou à própria matéria objeto do pacto.

4.2.2 - Monismo Internacionalista

Conforme pudemos observar das explanações acima, a doutrina monista constitucionalista, que prega pela primazia do direito interno sobre o internacional, acaba por gerar muitos efeitos que não são bons, principalmente sob o ponto de vista prático. Analisemos, agora, o que a doutrina do monismo internacionalista defende.

⁴³ FRAGA, MIRTÔ. Op. cit. pp. 35-36.

Como nos pode parecer óbvio, a doutrina monista internacionalista pura cerceia-se de idéias segundo as quais o direito internacional deve prevalecer sobre o direito interno, de maneira que se houver uma aparência de que o tratado fora celebrado corretamente, segundo as regras gerais, não há o Estado-contratante que alegar que alguma etapa de seu procedimento interno não foi observada. O tratado será válido.

Como base teórica para sua defesa, o principal argumento que defendem os adeptos desta teoria é que não há como um Estado conhecer a fundo toda a normatização jurídica interna do outro Estado com quem quer fazer um acordo. É completamente inviável, visto serem muito diversificadas as normatizações internas dos Estados, bem como a Constituição dos Estados tratar de várias matérias, tais como competência, procedimento e direito material. Por este motivo, devem orientar-se pelas regras gerais. Isto implica em dizer que para que um Tratado seja internacionalmente aceito e tido como válido, basta ter sido ele ratificado pelo Chefe do Estado, pois é ele quem, via de regra, tem poderes para agir em nome do Estado.

Não é outro o entendimento de Cachapuz de Medeiros⁴⁴, senão vejamos:

(..) um Estado, ao negociar um tratado com outro, não pode se preocupar com o processo interno de formação da vontade deste, mas somente com o órgão competente para declarar a sua vontade no plano internacional, que é o Chefe do Estado, segundo regra universalmente aceita. Dessa forma, os tratados ratificados ou confirmados pelo Chefe do Estado, a quem o Direito Internacional confere a faculdade de agir pelo Estado em suas relações exteriores, devem ser tidos como válidos e obrigatórios, mesmo quando os trâmites constitucionais relativos à celebração de tratados não forem observados.

Aduzem, também, que deve ser assim por questões de segurança e estabilidade das relações contratuais. E mais: na medida em que um Estado puder invocar disposições constitucionais internas como justificativa para não cumprir tratados internacionais implica em dizer que o Direito Interno (Constitucional) tem influência no Direito Internacional, que traria como corolário lógico, a negação da autonomia do Direito Internacional.

⁴⁴ MEDEIROS, ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE. **O Poder Legislativo e os tratados internacionais**. Porto Alegre: L&M Editores / Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983, pp. 250-251.

Assim é que diz MAZZUOLI⁴⁵:

Os Estados-contratantes não podem ser afetados pelo fato de um deles não ter obedecido as limitações constitucionais ao *treaty-making power* de seu País. De outra banda, admitir que um Estado possa invocar a invalidade do tratado por não terem sido obedecidas suas regras constitucionais sobre competência para celebrar tratados, equivaleria dizer que o direito constitucional tem influência no plano externo, o que seria negar a autonomia do direito internacional.

Como se pôde observar, o que mais interessa aos defensores desta teoria, é que o tratado tenha sido assinado por quem tenha competência internacional para o fazer, e que este tenha declarado que foram seguidas as regras de cada Estado contratante, para que o tratado seja tido como válido e apto a produzir efeitos entre todas as partes.

Por fim, um argumento muito forte que milita nesta corrente é o da boa-fé dos Estados partes. Em Direito Internacional, a boa-fé que devem ter as partes quando contratam é algo que tem um patamar elevadíssimo, razão pela qual deve ser levada em conta. Por isso admitir que um Estado alegue sua própria torpeza, na medida em que não seguiu um trâmite obrigatório, seria equivalente a desprezar a noção de boa-fé. Veja porquê.

Se o contratante não cumpriu determinada formalidade, ele justifica dizendo que ele não conhecia as regras internas para aquele caso, ou que, muito embora as conhecesse, não as seguiu. Destas duas assertivas, podemos tirar duas conclusões, a saber: a uma, se ele próprio não conhecia as regras internas para celebração dos tratados, como exigir que um outro país as conhecesse? Trata-se de questão que ofende princípios de lógica. Por outro lado, admitir que o Estado conhece sim suas regras internas, mas que não as cumpriu, e depois alegou erro na execução da celebração do contrato, induz sobremaneira à idéia de que este Estado fez isso de má-fé, ofendendo, portanto, o princípio da boa-fé internacional. Tanto um como outro entendimento são suficientes para se dizer que não é possível alegar descumprimento de preceito nacional para eximir-se do cumprimento das obrigações advindas do tratado.

⁴⁵ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. cit. (A) p. 151.

Todavia, não podemos deixar de assentar que uma exceção aqui existe. Trata-se do caso em que, no próprio texto do tratado, o Estado declara que referido acordo somente produzirá efeitos após cumpridos os trâmites constitucionais internos. Veja: o tratado foi inicialmente expresso em submeter sua eficácia à aceitação dos trâmites internos. Não há que se falar em ignorância de direito interno, nem tampouco de má-fé.

4.3 - Teoria Eclética (doutrina conciliatória)

As duas teorias acima explanadas refletem extremismos, pois uma diz que deve sempre prevalecer a norma interna de um país em detrimento da internacional. E a outra, por sua vez, defende que é o Direito Internacional quem deve prevalecer, de forma que se a aceitação foi expressada pelo Chefe do Estado, salvo ressalva expressa no corpo do tratado, não há nenhuma possibilidade de se invocar disposições internas, nem mesmo as constitucionais, para se eximir das obrigações assumidas no tratado.

A fim de conciliar as duas teorias e chegar a uma posição mais razoável e intermediária, surgiu a denominada Teoria Eclética ou Doutrina Conciliatória.

Essa doutrina tem como principal pilar o art. 43 do *Projeto de Artigos* da Comissão de Direito Internacional da ONU, que culminou na elaboração da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual:

Art. 43. Disposições do Direito Interno sobre competência para concluir tratados. O fato de que o consentimento de um Estado em se obrigar por um tratado tenha sido declarado com violação de uma disposição de seu Direito Interno concernente à competência para celebrar tratados, não poderá ser alegado pelo referido Estado, como vício do seu consentimento, a menos que essa violação de seu Direito Interno fosse manifesta.

Desta forma, essa doutrina parte da premissa de que, via de regra, não é possível um Estado alegar disposições de seu direito interno para descumprir acordo internacional (doutrina monista internacionalista). Todavia, essa regra comporta exceções, que se perfazem na medida em que for muito evidente, notória, manifesta a violação de suas normas internas. As exceções trazem

contornos da doutrina monista nacionalista, sem serem, contudo, tão extremistas quanto prega tal teoria.

Agindo desta maneira, salientam os adeptos desta posição, haveria segurança jurídica na medida em que não seria por qualquer motivo que o tratado deixaria de produzir efeitos, mas somente em determinados casos, quando fosse evidente o vício no consentimento ou nos trâmites internos.

Para fazer um paralelo com o princípio da boa-fé (que explanamos quando falamos da doutrina internacionalista), podemos dizer, neste momento, que, sendo *notório* o descumprimento da normatização interna do Estado “A”, quando celebrando tratado com o Estado “B”, a obrigação de “B”, em respeito ao princípio da boa-fé, é deixar de concluir o tratado. Desta forma, a responsabilidade passa a ser do Estado “B”, que, munido do dever de boa-fé, não pode concluir o tratado, pois, posteriormente, o Estado “A” terá legitimidade para invocar limitações constitucionais ao *treaty-making power* como causa de nulidade deste tratado.

Uma outra boa característica desta doutrina é que ela concilia as idéias de que um Estado deve conhecer profundamente o direito interno do outro com quem vai contratar (doutrina nacionalista) e a de que não há nenhuma obrigação de um Estado conhecer o direito pátrio do outro (doutrina internacionalista), de tal forma que compara este Estado com um homem médio. Vale dizer, o que é evidente, que qualquer um tem o dever de saber acerca do outro, o Estado contratante terá de saber, mas sem tantos rigorismos e pormenores, que exigiriam habilidade demais, inviabilizando a prática.

Por fim, salientamos que se as disposições internas do país não forem notórias, mas o outro Estado contratante delas tiver conhecimento de tais regras e de seu descumprimento, também surge a possibilidade de tornar nulo o tratado. Parece seja também questão de boa-fé.

5. DISCIPLINAS LEGAIS QUE TRATAM DO CONFLITO ENTRE NORMAS

5.1 - Solução adotada pela Convenção de Viena

São vários os artigos em que a Convenção de Viena de 1969, trata do direito interno dos Estados. Por exemplo, o artigo 27, segundo o qual:

Art. 27. Direito interno dos Estados, regras das organizações internacionais e observância dos tratados.

1. Um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.
2. Uma organização internacional parte de um tratado não pode invocar as regras da organização para justificar o inadimplemento de um tratado.
3. As regras dos parágrafos precedentes não prejudicam o art. 46.

Como pôde ser verificado, via de regra, não é lícito a uma das partes invocar seu direito interno como pretexto para não cumprir as obrigações pactuadas. Aliás, o artigo 26 da dita Convenção estabelece expressamente uma regra que nem precisaria ser dita. Segundo referido dispositivo, “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé*”. Podemos dizer que esta norma complementa a do artigo 27, pois, do contrário seria muito cômodo aos Estados assinarem um tratado e depois, escusando-se de cumprir suas disposições, alegassem norma interna. Certamente, no mínimo, não estariam agindo de boa-fé, princípio que deve estar presente em todos os atos da vida dos cidadãos e também, dos Estados.

No entanto, o principal dispositivo que resolve o assunto tema de nosso trabalho, e que demonstra qual foi a solução por ela adotada é seu art. 46, o qual podemos verificar *in verbis*:

Art. 46. Disposições de direito interno de um Estado e regras de uma organização internacional sobre competência para concluir tratados.

1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigarse por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação

seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma organização internacional não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação das regras da organização sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de importância fundamental.

3. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado ou qualquer organização internacional que procede, na matéria, de conformidade com a prática normal dos Estados e, se for o caso, das organizações internacionais e de boa-fé.

Referido dispositivo está muito intimamente ligado com o anteriormente citado art. 27 do mesmo Diploma. No entanto, este é mais completo, pois trata dos casos em que é lícito invocar direito interno para eximir-se do cumprimento do Acordo. Afinal, toda regra comporta exceções, e seria por demais cruel estabelecer de forma absolutamente rígida que nunca se poderia alegar normas internas para o não cumprimento do tratado.

A exceção a que trata este artigo trata-se dos casos em que a violação do direito interno seja “*manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental*”. Mais adiante, no parágrafo 3, a própria Convenção explica o que vem a ser essa violação manifesta de direito interno de importância fundamental, ou seja, ocorre quando for evidente para qualquer Estado ou Organização internacional que se está incorrendo em vício, porque muito distante da prática normal dos outros Estados.

Atinentes às teorias explicadas no capítulo 4 supra, neste dispositivo 46 podemos verificar que há as duas tendências, nacionalista e internacionalista, presentes, de maneira que o que o dispositivo buscou foi um equilíbrio entre ambas.

Aliás, MAZZUOLI⁴⁶ tratou do assunto lecionando o seguinte:

O art. 46 da Convenção de Viena de 1969, passou a estabelecer, assim, um *meio termo* entre as teorias constitucionalista e internacionalista, impedindo a invocação da norma de direito interno para justificar o não-cumprimento do tratado (concepção internacionalista), salvo o caso de tratar-se de violação manifesta de norma constitucional de importância fundamental (concepção constitucionalista), entendendo-se por *manifesta*

⁴⁶ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Op. Cit. (A) p. 156.

a violação objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé. Ou seja, o art. 46 da Convenção procurou manter um equilíbrio entre a segurança jurídica, necessária ao bom funcionamento do direito internacional, e o respeito à democracia (...).

Ficou muito claro que a Convenção de Viena não se declinou completamente por uma, nem por outra teoria, apenas prezou pelo princípio da boa-fé atrelado ao do *pacta sunt servanda*. Vale dizer: num tratado internacional vale aquilo o que as partes contrataram, sem que elas possam invocar, maliciosamente, normas internas para não cumprir o que acordaram. Deve, via de regra, prevalecer o pactuado no acordo internacional. Excepcionalmente, em casos extremos e manifestos, é possível que se invoque diplomas nacionais (constitucionais) violados, anulando-se o consentimento no Tratado Internacional.

Ou como bem disse Mazzuoli⁴⁷:

Enfim, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, buscando apaziguar as diferentes opiniões, buscou solução *intermediária* (ecclética) entre as teorias *constitucionalista* e *internacionalista*. A conciliação entre as tendências constitucionalista e internacionalista teve justamente esse objetivo.

Para concluir o item, não podemos deixar de expor a ótima lição que proferiu Mirtô Fraga⁴⁸, sintetizando todo o assunto da seguinte forma:

Se a Convenção de Viena prevê a nulidade do tratado concluído pelo Estado com violação de uma disposição de seu Direito Constitucional sobre a competência para concluir tratados, é porque, na verdade, em tal hipótese, o tratado não chegou a ser concluído, e, portanto, na terminologia usual, é inexistente em relação a tal Estado. Se a violação diz respeito à matéria e se o Estado expressou sua vontade pelos Poderes competentes, ele se obrigou, formalmente, embora, materialmente, isto é, em determinado assunto, não pudesse fazê-lo em razão de sua Constituição. Para o Direito Internacional, o compromisso será válido. A Convenção de Viena não permite, como regra geral, que o Estado invoque seu direito interno, para eximir-se das responsabilidades decorrentes do compromisso assumido (art. 27). Para essa norma ampla, prevê, entretanto, uma exceção: se o consentimento em obrigarse foi expresso em violação a uma disposição interna sobre a *competência* para concluir tratado, e desde que a violação seja

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p. 159.

⁴⁸ FRAGA, Mirtô. Op. cit. pp. 36-37

manifesta e se refira a uma regra de seu direito interno de *importância fundamental*, o Estado pode eximir-se de cumprir o pactuado (art. 46). A expressão *regra de seu direito interno de importância fundamental* deve ser interpretada em sentido restritivo: fundamental é a Constituição do Estado, o Direito Constitucional vivo e efetivo, tal qual aplicado e entendido. A competência, entretanto, pode se referir: ao Poder (ou órgão, se for o caso) ao qual ela é atribuída, para a conclusão do tratado, ou à própria matéria objeto do pacto.

5.2 - Diplomas Nacionais

Internamente a questão é extremamente tormentosa, isto porque a nossa CF-88 não foi expressa a esse respeito, e algumas das leis infraconstitucionais trazem alguns dispositivos que tratam do assunto, como é o caso do Código de Processo Penal, que em seu art. 1º, inciso I diz:

Art. 1º. O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I- os tratados, as convenções e regras de direito internacional; [grifo nosso]

Como a CF-88 não é expressa a este respeito, cabe ao intérprete da norma o fazer. É o que tem sido feito pelo STF, de acordo com as atribuições constitucionais que a ele são conferidas.

Todavia, *data máxima vênia*, a Suprema Corte não tem sido muito feliz em suas interpretações. E a razão de ser desta afirmativa reside em que suas decisões têm sido no sentido de equiparar os Tratados Internacionais às leis infraconstitucionais, no que atine a questões de hierarquia, pois dá a eles (tratados internacionais) patamar de lei ordinária. Vale dizer: o STF diz que tratados internacionais quando internalizados passam a ter estatura de lei ordinária, sendo, portanto, equiparados às leis infraconstitucionais (submetendo-se aos ditames da CF).

Se admitirmos essas considerações, muitas implicações, que não são lógicas e nem razoáveis, necessariamente terão de advir. Citamos dois exemplos: o fato de leis posteriores revogarem leis anteriores; e o princípio da especialidade das normas. Passamos a explicar nosso ponto de vista.

São formas de interpretar as normas as premissas de que leis posteriores revogam leis anteriores, e leis especiais têm prevalência sobre leis gerais. Assim, considerando-se que há uma norma que discipline determinado assunto, surgindo outra, mais nova, tratando do mesmo tema, pelo critério cronológico, naquilo que elas forem incompatíveis, despreza-se a mais antiga e utiliza-se a mais recente. Da mesma forma ocorre com leis genéricas em relação às especiais. Havendo duas normas sobre determinado tema, de maneira que uma seja geral, e a outra específica para o caso, quando ambas conflitarem, prevalece a específica em detrimento da geral.

Essas duas formas de interpretação da norma são corretas e válidas. No entanto, funcionam apenas entre normas do mesmo nível hierárquico. Se entre os dispositivos em discussão houver um que, necessariamente, seja superior ao outro, não importa se é mais novo ou se é mais específico; o hierarquicamente superior deve sempre prevalecer.

O que ocorre é que o STF, guardião da Constituição Federal que o é, equipara os Tratados Internacionais internalizados à Leis Ordinárias (inferiores à CF). É justamente aí que ocorre o equívoco. Não podemos admitir esse modo de se pensar, para não culminarmos em absurdos. Veja: se como o STF pensarmos, chegaríamos à conclusão de que um tratado, formalmente assinado, pelo qual um país se obrigou a determinadas condutas, poderia ser revogado por simples lei ordinária que fizesse um país, sem a participação dos outros Estados-membros do acordo internacional. Seria extremamente fácil um país obrigar-se ao cumprimento de determinado acordo internacional e, quando bem entendesse, simplesmente editasse uma lei interna, unilateralmente, e estaria livre de cumprir o pactuado e de sofrer as sanções legais pelo inadimplemento. Não pode! Isso não é nada razoável. Além do princípio da proporcionalidade e da boa-fé internacional, isso violaria completamente os ditames do art. 27 da Convenção de Viena, estudado no item 5.1, *supra*, segundo o qual um Estado não pode invocar normas de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado que assinou.

Ao tratar do assunto, podemos verificar que é este o entendimento de Mazzuoli⁴⁹, que também critica a posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal ao equiparar os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil à Leis Ordinárias, senão vejamos:

A doutrina da Excelsa Corte, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se por meio de lei interna se pudesse deixar de aplicá-lo? Seria muito simples admitir que o não cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder.

Em relação ao status de lei ordinária que o STF lança para os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a Suprema Corte, para tal identificação, baseia-se no art. 102, III, b da CF, segundo o qual:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado *ou* lei federal.” [grifo nosso]

Veja, a conjunção alternativa *ou* empregada no dispositivo seria causa, para o STF, suficiente para equiparar-se os dois diplomas legais.

Todavia, outro dispositivo constitucional deve ser levado em conta para a análise do tratado internacional ratificado pelo Brasil e sua posição interna. Trata-se do art. 5º, §2º da CF, *in verbis*:

⁴⁹ MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. **Direito Internacional Público**: Parte Geral, Volume 2. São

Art. 5º (...)

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

Devemos analisar com vagar este dispositivo.

A primeira observação a ser feita é que a inserção de Tratados Internacionais no corpo da Constituição Federal, erigido à categoria dos Direitos e Garantias Fundamentais ocorreu pela primeira vez em nossa atual Constituição, ou seja, a de 1988. Isto significa que o constituinte quis dar aos tratados internacionais situação peculiar, nunca obtida antes. Por isso devemos deter atenção especial para eles.

Outro ponto a ser notado é que quando a CF diz que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, significa que outros direitos previstos em tratados ratificados pelo Brasil farão parte do ordenamento jurídico pátrio, e serão tidos como se na Constituição estivessem escritos.

O que ocorre é que a CF distribuiu em três níveis o sistema de proteção aos direitos, a saber: a) aqueles previstos expressamente na Constituição Federal no corpo específico do art. 5º ou esparsos em outros dispositivos (Ex. art. 150, III, b – princípio da anterioridade tributária); b) aqueles implícitos, decorrentes dos princípios constitucionais ou dos regimes adotados pela Constituição; e c) aqueles provenientes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Então, direitos constituídos em tratados ratificados pelo país terão posição hierárquica constitucional, como se na Constituição estivessem escritos, porque a própria CF-88 abriu este leque, na parte final do §2º do seu art. 5º. Assim, havendo direitos previstos em tratados que se choquem com o texto constitucional pátrio, deve-se aplicar aquele que for mais favorável ao ser humano, seja ele o da Constituição ou o do Tratado. Embora não estejam incorporados no texto da Constituição propriamente, eles o integram.

Há quem diga, inclusive, que quando o texto constitucional disse *não excluem*, mais do que dar ao Tratado Internacional o mesmo patamar da norma constitucional, quis elevar o Tratado Internacional à categoria de norma supra-constitucional, devendo prevalecer sobre o texto constitucional. Vale dizer: deu mais força ao Tratado do que à própria Constituição em caso de divergência.

Assim é que bem diz Mazzuoli⁵⁰:

A cláusula aberta do §2º, do art. 5º, da Carta da República de 1988, assim, está a admitir visivelmente que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo governo ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no *mesmo* grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Se eles têm a mesma hierarquia que a Constituição, não poderão ter declarada sua inconstitucionalidade, por absoluta impropriedade. Razão pela qual o art. 102, III, b, CF, em que se baseia o STF, aqui, deve ser afastado.

Ainda outra observação faz Mazzuoli⁵¹, que confirma o status de matéria constitucional aos tratados que conferem direitos (Tratados de Direitos Humanos), que é:

Na medida em que a Constituição deixa de prever determinados direitos e garantias e encontrando-se tal previsão nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte, tem-se que tais instrumentos sobrepõe-se à toda legislação infraconstitucional interna por ter a Carta Magna equiparado, no mesmo grau de hierarquia normativa, os direitos e garantias nela constantes àqueles advindos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Questão importante a ser observada é que a posição hierarquicamente paritária à Constituição, que tratamos até agora, vale apenas para os Tratados de Direitos Humanos. Outros tratados, que não os de direitos humanos, não terão o mesmo patamar que normas constitucionais. Serão inferiores à normas

⁵⁰ MAZZUOLI, Op. cit. (A), p. 361.

⁵¹ _____. Op. cit. (A), p. 362.

constitucionais, mas superiores à legislação infraconstitucional, ou seja, estarão acima da legislação infraconstitucional, e abaixo da CF.

Isto não exclui, todavia, o que dissemos a respeito da não aplicabilidade do princípio de que lei posterior revogará a anterior (revogando-se o tratado por uma lei infraconstitucional), nem tampouco o princípio da especialidade. É porque, embora infraconstitucionais, os tratados ratificados ainda são supralegais.

Prova de que os tratados internacionais estão acima das leis federais é o exemplo do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/90), que em seu art. 7º, *caput*, preleciona:

Art. 7º. Os direitos previstos neste Código *não excluem* outros decorrentes de *tratados ou convenções internacionais* de que o Brasil seja signatário, da *legislação interna ordinária*, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. [grifo nosso]

Na medida em que o dispositivo separa os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, fica evidente a intenção do legislador em dar nível superior aos tratados. Se o legislador entendesse ter o tratado status de legislação ordinária, teria dito, neste dispositivo, apenas que os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária, sem referir-se aos tratados. Neste sentido está novamente Mazzuoli⁵²:

O artigo, como se vê, separa os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário da legislação interna ordinária, o que reflete claramente a vontade do legislador pátrio em ver os compromissos internacionalmente assumidos, alcançados a um grau *superior* ao da legislação ordinária infraconstitucional. Se a intenção do nosso legislador fosse a de equiparar os tratados internacionais à legislação interna ordinária, não teria ele, certamente, feito a distinção que fez. Bastava ter feito referência apenas à legislação ordinária, onde já se incluíam os tratados internacionais, se esta fosse a sua vontade.

⁵² ⁵² MAZZUOLI, Op. cit. (A), p. 366

É por todos estes motivos que, *data maxima venia*, a posição adotada e defendida pelo Supremo Tribunal Federal não pode resistir. Ela é falível por disposições do próprio texto constitucional.

6. CONCLUSÃO

Concluir o presente trabalho não é tarefa fácil, visto tantas interpretações discrepantes temos tido acerca deste tema. Não podemos deixar de assentar que, mundialmente ainda não se chegou a um consenso absoluto sobre qual das teorias, monista – em suas duas facetas – ou dualista é a que melhor se aplica ao caso. Temos defensores de ambas as teses.

Demonstramos na presente monografia o que é e como surgiu o instituto da soberania nacional. Não deixamos de apontar, outrossim, sua previsão normativa, que está disposta no primeiro dispositivo da Carta Magna, erigida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Tratamos também da elaboração e entrada em vigor das normas nacionais e dos tratados internacionais, com cada uma de suas peculiaridades, sem deixar de mencionar todas as formalidades que devem ser observadas quando da elaboração e entrada em vigor dos tratados internacionais, e quais são dispensáveis.

Passamos, posteriormente, a apontar as teorias que tratam do assunto, seus pontos altos, e seus pontos equivocados, suas vantagens, e suas críticas, e foi onde demonstramos ser o mais adequado entendimento aquele que prima pela conciliação entre o monismo internacionalista e o monismo nacionalista (teoria conciliatória ou eclética), sob o ponto de vista legal, e sob o princípio da razoabilidade e boa-fé internacional.

Terminamos a nossa pesquisa com as disciplinas legais que tratam do assunto, tanto a internacional (Convenção de Viena de 1969), quanto nossos diplomas nacionais. E é com base em tudo o que pesquisamos e produzimos, que passamos a externar nossa conclusão sobre o tema.

Podemos dizer que dar prioridade à norma internacional não significa, necessariamente, violar nossa soberania. Demonstramos no primeiro capítulo que, a par de ser una, indivisível e indelegável, a soberania atualmente tem sofrido, como inevitável seria, muitos contornos de flexibilização. E isso se faz necessário para que o país permaneça vivo no cenário internacional. O

absolutismo em questões de soberania levaria a um isolamento do resto do mundo que acabaria por ser mais prejudicial ao país do que a amenização da soberania. Vale dizer, é melhor abdicarmos de um pouco para não perdermos tudo.

Mas dizer somente isso não basta. Não podemos nos esquecer da divisão que foi feita entre tratados que versam sobre direitos humanos e os outros tratados internacionais.

Os tratados de direitos humanos devem prevalecer sempre que suas disposições sejam mais benéficas ao ser humano, ainda que em contrariedade com disposições expressas na Constituição Federal de um país. Esta é interpretação decorrente do disposto no art. 5º, §2º, CF, que estudamos neste trabalho monográfico.

Mas os outros tratados, não podemos nos esquecer, são normas infraconstitucionais, mas com hierarquia superior a qualquer outra lei nacional. Disso, concluímos que têm os tratados internacionais maior força do que as leis internas, o que implica em dizer que aos tratados internacionais não serão aplicados os princípios da anterioridade e da especialidade. Ou seja, em conflito tratados internacionais e leis internas não constitucionais, deve prevalecer o tratado internacional.

Isso o que foi dito acima não exclui, todavia, os casos em que os tratados devem ser desprezados porque manifesta sua violação ao direito interno de importância fundamental quando de sua ratificação. Nem significa, também, que sempre a norma interna deverá prevalecer.

Aliás, devemos lembrar que: se a ratificação é um ato político e discricionário, não estando ninguém obrigado a o fazer; e se antes da ratificação ainda há o procedimento de autorização pelo Legislativo, como autorizar que normas internas sejam suficientes para desobrigar um Estado de cumprir um acordo celebrado internacionalmente. Para dizer pouco, seria esta uma atitude incoerente, que não guarda a menor segurança jurídica nas relações internacionais. Outrossim, dizer que sempre o que foi pactuado no tratado internacional deverá prevalecer, também não é razoável, haja vista que assim poderíamos ver desprezado o princípio da boa-fé internacional, sem que nada

podéssemos fazer. Por isso, nem o monismo nacionalista puro e nem o internacionalista puro devem proceder. É necessário um mínimo de razoabilidade, por isso, melhor a doutrina conciliatória.

Finalmente, para terminar e concluir, repetimos um excerto transcrito na página 62 supra:

“(…) Vale dizer: num tratado internacional vale aquilo o que as partes contrataram, sem que elas possam invocar, maliciosamente, normas internas para não cumprir o que acordaram. Deve, via de regra, prevalecer o pactuado no acordo internacional. Excepcionalmente, em casos extremos e manifestos, é possível que se invoque diplomas nacionais (constitucionais) violados, anulando-se o consentimento no Tratado Internacional”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, MARCUS CLÁUDIO. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARIOSI, MARIÂNGELA. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CONVENÇÃO DE HAVANA SOBRE TRATADOS DE 1928.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

DESTRO, CARLA ROBERTA FERREIRA. **As limitações das normas internacionais de Direitos Humanos frente ao direito interno e a comunidade internacional**. 2003. 83 f. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2003.

FRAGA, MIRTÔ. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JUNQUEIRA, MARINA CALDAS. **Os tratados internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2002. 61 f. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2002.

MARTINS, PEDRO BAPTISTA. **Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA (A). **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____ (B). **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____ (c). **Direito Internacional Público: Parte Geral, Volume 2**. São Paulo: Editora RT, 2004.

MEDEIROS, ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE. **O Poder Legislativo e os tratados internacionais**. Porto Alegre: L&M Editores / Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983.

MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. **Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional**. 8. ed. rev., ampl. e at. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, BRUNO YEPES. **Soberania interna e a integração no Cone Sul:** aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

PEREIRA, MARIANA DE OLIVEIRA. **A natureza jurídica dos tratados internacionais frente à Constituição Federal de 1988.** 2002. 62 f. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2002.

RANGEL, VICENTE MAROTTA. **Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais,** in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 1967, nº 44-45, pp. 31-32.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. rev. e at. [São Paulo], Malheiros, 2001.

SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA. **Curso de direito internacional público,** volume 1. São Paulo: Atlas, 2002.

TAKAHASHI, LEANDRO SEIJI. **Condição jurídica do estrangeiro no Brasil.** 2002. 69 f. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2002.

VRECH, CRISTIANA CASADEI. **A importância do veto no processo legislativo brasileiro.** 2002. 87 f. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito de

Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.
Presidente Prudente, 2002.

YAMAMOTO, TORU. **Direito internacional e direito interno**. Porto Alegre: Sergio
Antonio Fabris Editor, 2000.