

TATIANA DE MARSILLAC LINN

DEMOCRATIZAÇÃO DA ATUAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do curso de Mestrado em Direito das Relações Internacionais do UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

BRASÍLIA

2005

Dedico esse trabalho à Dra. Marília Francisca de Marsillac,

minha mãe.

Agradecimentos

Agradeço à minha Mãe, ao meu Pai e à minha família, sem os quais nada teria sido possível.

À Professora, amiga e orientadora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, pela generosa acolhida.

Ao Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Jr, por todo o apoio recebido.

Aos meus amigos Marcelo Varella e Paulinha, Juliana e Camila, pelos momentos de alegria que tornaram esse tempo de dedicação mais prazeroso.

A Caio Leonardo, pela ajuda valiosa.

Ao Massi.

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

Lord Denning, membro da Câmara dos Lordes, no julgamento do caso H.P. Balmer Ltda. versus Bollinger S.A, 1974C. 401 (apud STEINER & WOODS).

RESUMO

Trata-se de abordar a sistemática da celebração de tratados frente ao direito internacional atual. Busca-se a descrição do direito internacional, da evolução dos tratados, do Estado democrático, do procedimento de atuação externa dos poderes estatais, avaliando-se o impacto das relações internacionais atuais na democracia.

Frente às transformações ocorridas no cenário mundial, à efervescência das relações internacionais que caracterizaram o último século, e às mudanças do direito internacional, que acompanhou esse processo, como ferramenta à atuação dos Estados o plano externo, avalia-se o procedimento atual de celebração dos tratados. A sua avaliação crítica leva à idéia de que, se transformações ocorreram, a forma de atuação dos poderes estatais em relação aos tratados ainda tem novos elementos a assimilar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS TRATADOS E O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL	11
1.1 Noção de tratado	15
1.2 Os tratados na Antigüidade	16
1.3 Os tratados na Grécia Antiga	22
1.4 Os tratados em Roma	24
1.5 Grotius e a Idade Média	26
1.6 Do fim da Idade Média à Revolução Francesa	30
1.7 O Século XVIII	32
2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	36
2.1 O século XIX	37
2.2 O século XX e as transformações do sistema internacional	40
2.3 O século XX e o novo Direito Internacional	43
2.4 Transformações dos tratados	45
2.5 Direito ambiental internacional do século XX	51
2.6 Evolução do procedimento de celebração de tratados	53
2.7 As organizações internacionais e o Direito Internacional particular	56
2.8 Atores não estatais da sociedade internacional	72
3. O ESTADO DEMOCRÁTICO – ESTRUTURA E DINÂMICA	82
3.1 Precedentes da democracia	82
3.2 Outros elementos da democracia atual	86
3.3 A estrutura do Estado democrático	91
3.4 Características da democracia moderna	98
3.5 O funcionamento do sistema democrático: parlamentarismo e presidencialismo	100
3.6 A relação entre os poderes na democracia atual	104
3.7 O compartilhamento das funções estatais	110

4. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO	115
4.1 Duas teorias: monismo e dualismo	115
4.2 Hierarquia entre direito internacional e direito interno	119
4.3 Competência para celebrar tratados: o <i>Treaty-making power</i>	121
4.4 O procedimento de celebração de tratados no direito brasileiro	126
4.5 Dualismo moderado	126
4.6 Procedimento parlamentar	129
4.7 Acordos executivos	134
4.8 Posição brasileira: primado do direito constitucional interno	135
4.9 Situações particulares no direito brasileiro atual	140
5. OS PODERES ESTATAIS E A ATUAÇÃO EXTERNA DO ESTADO	145
5.1 A preponderância do Poder Executivo na celebração dos tratados	147
5.2 O Poder Federativo	150
5.3 O Poder Legislativo e a atuação externa do Estado	152
5.4 A tradição do Legislativo norte-americano na celebração dos tratados	156
5.5 Os Estados Unidos e os acordos comerciais: A <i>Trade Promotion Authority</i>	157
5.6 Propostas do Legislativo brasileiro para a aproximação dos acordos internacionais	164
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

INTRODUÇÃO

Todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta¹. Qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de sustentar seu direito participa dessa tarefa, contribui para a realização da idéia do direito.

Essa luta de que fala Jhering é travada em dois cenários, a cada um dos quais corresponde uma distinta ordem jurídica: a interna a cada Estado e a internacional.

No interior do Estado, a luta pelo direito tem como protagonistas os indivíduos, as instituições e os grupos de interesse, que vão desde as associações de cunho local até os partidos políticos. No âmbito internacional, a luta tem como principais protagonistas os Estados.

Dada a grande permeabilidade atual do Estado ao impacto dos temas decididos em sede internacional, seu desempenho nessa esfera passa a ser fundamental para o indivíduo. Pois é de indivíduos que se forma o Estado, é ele que acaba sendo atingido pelo desempenho – bom ou ruim – do Estado no plano internacional. O desenvolvimento da sociedade e a melhoria das condições de vida não dependem hoje somente das condições internas de um país. É sua posição frente aos outros no concerto internacional que determina, mais do que nunca na História, as condições em que se dará a vida da nação.

¹JEHRING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo, Martins Claret, 2004, p. 4

Longe vai o tempo do absolutismo, em que o indivíduo servia ao Estado, que era visto apenas como um território habitado, cujos cidadãos tinham o dever de pagar impostos apenas para sustentar a autoridade do monarca sobre o seu território. Com a Revolução Francesa, deu-se a inversão dos papéis: hoje é o Estado que deve estar a serviço do cidadão, preservando seus direitos e garantias fundamentais, propiciando-lhe as condições para uma vida com dignidade e para o seu desenvolvimento.

Diante disso, reconhece-se ser o Estado hoje um patrimônio individual, um meio para o que o indivíduo busque sua felicidade. Não há condições para isso sem que o Estado seja forte.

A cooperação internacional ainda não venceu a rivalidade entre os Estados, cada um buscando ainda as melhores condições de realização dos interesses próprios – em contraposição a um ideal maior de equilíbrio nas relações internacionais. A luta entre os Estados deve ser a luta pelo direito de seus cidadãos. E estes devem estar conscientes disso.

m, atualmente, o direito internacional é, mais do que nunca, um interesse nacional com aspiração cosmopolita. Em alguns países, alguns setores da sociedade já atentaram para esse fato. Essa sociedade civil está ciente da importância das questões decididas em âmbito externo para sua própria condição de vida, e para a dos seus descendentes. Busca, assim, meios de incrementar a atuação do Estado frente à sociedade internacional, a fim de preservar os próprios interesses.

No estágio atual de desenvolvimento político, a participação democrática nas questões internacionais é o que torna legítima a atuação do Estado. Ela não pode ser

afastada sob o risco de propiciar um desequilíbrio no balanço entre os Poderes, com pendor para o Poder Executivo, que é usualmente o titular da representação exterior.

Nesse sentido, se houve uma verdadeira revolução da sociedade internacional, acompanhada pela multiplicação dos temas abrangidos pelo Direito Internacional, seu aspecto formal não parece estar acompanhando tal evolução. O Estado democratizou-se internamente, mas não em suas relações internacionais. O absolutismo foi abandonado pelos países que adotaram instâncias democráticas internas, mas ainda é de competência quase exclusiva do Poder Executivo, mesmo nesses países, decidir em nome do Estado nas relações internacionais. A partir dessas reflexões surgiu o presente trabalho. O Estado deve buscar o melhor modo de atuação possível para a solução dos problemas que se lhe impõe a sociedade internacional. Hoje, o melhor modelo é o da democracia. A democratização interna deve, nesse sentido, ser acompanhada da democratização do processo decisório nas relações internacionais. Qual o estágio atual de democratização interna ao Estado do processo decisório nas relações internacionais de que participa? Que alternativas estão sendo construídas para a democratização desse processo? É sobre essas questões que discorre este estudo.

1. OS TRATADOS E O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

Hugo Grotius, em sua obra *De jure belli ac pacis*, considerada inauguradora do Direito Internacional como ciência, diz que “não há nação tão forte que, às vezes, não possa ter necessidade do auxílio das outras, seja com relação ao comércio, seja até para rechaçar os esforços de várias nações estrangeiras unidas contra ela”². Nessa frase está resumida a razão de ser do Direito Internacional.

A polêmica a respeito da origem do Direito Internacional é grande. Há autores que consideram ter ele surgido em tempos muito remotos, na época em que os primeiros agrupamentos humanos travaram relações conforme o pactuado entre si. Outra parte da doutrina considera somente ter existido o Direito Internacional a partir da Paz de Westfália.

Independentemente de qual se considere o momento do surgimento o Direito Internacional, não se pode deixar de observar que são celebrados tratados há milhares de anos. O instituto do tratado esteve presente desde que são travadas as relações entre os povos, pacíficas ou mesmo violentas, tendo havido um pacto destinado a reger tais relações – mesmo que viesse ele a ser desobedecido.

Os tratados destinavam-se, quando de seu surgimento, a ditar as regras relativas às guerras e aos prisioneiros, assim como estabeleciam as condições dos estrangeiros, de comércio e limites territoriais. Desde o momento em que surgiram tais relações, se não se considerar que havia o Direito Internacional, tal como o conhecemos, pode-se reconhecer que começou a surgir e a firmar-se uma prática costumeira que, mesmo não tendo seguido

um desenvolvimento linear, foi abrangendo regras que indicavam o modo de negociação entre as partes e os órgãos envolvidos, o gênero de texto que produziam, o modo de assegurar a sua autenticidade, de expressar o consentimento definitivo, de colocar o pacto em vigência, os efeitos produzidos sobre as partes e sobre terceiros, as formas de alteração, desgaste ou extinção do compromisso. Esse conteúdo é o que veio formando o direito dos tratados que, em linhas rudes e incompletas, por meio da prática e do costume, desenvolve-se desde um tempo remoto da história³.

Há ainda quem sustente que a origem do Direito Internacional remonta à Antigüidade, e de que a sua história se confunde com a história da humanidade⁴, assim como autores que o vinculam ao surgimento do Estado, admitindo ter surgido com a Paz de Westfália.

Por ser o direito dos tratados uma parte fundamental do direito das gentes⁵, muitos autores preferem considerar que o início de um trouxe os elementos germinais do outro. Aqueles que consideram ter havido um Direito Internacional na Antigüidade afirmam ser um erro negá-lo, pois o conjunto de normas sobre os pactos firmados não pertencia somente a cada um deles, mas ao grupo que mantinha relações entre si. E é fato documentalmente comprovado a existência dessas relações, por meio das quais os povos praticavam a arbitragem, conheciam o instituto das imunidades dos agentes diplomáticos, e estabeleciam inclusive regras concernentes às guerras. Assim, a maioria dos autores hoje concorda que

² GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz.** (De jure belli ac pacis) . Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 46.

³ REZEK, Francisco. **Direito dos Tratados.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 13.

⁴ “Une histoire du droit des gens pourrait embrasser l’histoire de l’humanité tout entière.” NYS, Ernst. **Les origines du droit international.** Paris: Thorin & Fils, 1894, p. III.

na Antigüidade e na Idade Média, apesar de não haver Estado, já se verificavam os elementos necessários à existência do direito das gentes⁶.

Há, portanto, quem prefira desvincular o Direito Internacional da sociedade estadocêntrica, e dizer que, mais do que aos Estados, ele se aplica às sociedades políticas distintas e independentes, as quais existiram e interagiram por largo período antes do surgimento da forma Estado, tal como hoje o concebemos. As condições verificadas na Antigüidade e na Idade Média, inclusive no século XVI, dificultavam ou mesmo impediam que se utilizassem conceitos tais como “Estado independente” ou “direito” no seu sentido atual. Mas desde que houvesse dois ou mais grupos autônomos com cultura semelhante, desde que houvesse entre eles certa igualdade a partir do momento em que passavam a travar relações, então estavam presentes os traços iniciais daquilo que viria a ser o Direito Internacional⁷.

Como se vê, investigação histórica extensa não pode desprezar as relações entre os mais diversos grupos humanos que tenham alguma semelhança com o Estado. Elegendo-se a expressão latina *jus gentium*, pode-se alcançar a abrangência dos tipos históricos diversos que assumiu o Direito Internacional ao longo de sua evolução⁸.

O conceito de Direito Internacional como lei que seja respeitada por Estados independentes só viria a definir e concretizar-se, depois de vagas noções primitivas, nos

⁵ REZEK, op. cit., p. 12.

⁶ DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Droit International Public**. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 42.

⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 151.

⁸ NUSSBAUM, Arthur. **Historia Del Derecho Internacional**. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 209.

séculos mais recentes. Entretanto, para bem compreender o Direito Internacional como ele hoje se apresenta, é importante o estudo dos elementos que possuía antes mesmo de ser considerado como ciência. Pois, como lembra Michelet, aquele que se limitar ao presente, ao atual, não poderá compreender o atual.

A remota origem do Direito Internacional faz necessário situar a sua interpretação dentro de cada momento histórico. Analisando a sua evolução, podem atribuir-se suas diferentes características ao seu desenvolvimento no seio das diferentes formas de organização social, as quais são identificadas com as cidades gregas, o período romano, a república cristiana, as relações internacionais entre Estados territoriais, e a sociedade internacional atual⁹.

Uma vez que o Direito Internacional sempre foi marcado pelo fato de ser um conjunto formado preponderantemente por normas costumeiras, não há outra forma de identificá-lo ao longo de sua história, a não ser pelos documentos escritos produzidos segundo tais regras. Da análise dos tratados podem extrair-se os elementos característicos do direito das gentes, que indicam o caminho traçado ao longo de sua evolução.

O direito, como ciência viva, absorve e manifesta as características de sua época. O Direito Internacional encontra nos tratados o registro da sua transformação, que acompanhou as mudanças sociais e políticas, e a história de tais instrumentos revela a sua própria história. O tratado, assim, sendo “cristalização de uma situação política

⁹ VINOGRADOFF, Paul, apud MELLO, op. cit., p. 152.

determinada”, “fotografia de um momento das relações internacionais”¹⁰, pode ser utilizado para extraírem-se regras não escritas informadoras do Direito Internacional de cada época.

1.1 Noção de tratado

O primeiro tratado de que se tem notícia é o famoso pacto celebrado entre Kutusil III e Ramsés II 1.200 anos antes de Cristo. Segundo as características daquela época, poder-se-ia definir tratado como um “acordo celebrado entre dois monarcas sob a proteção e garantia dos deuses, observando certos rituais e com o fim de estabelecer uma aliança entre eles durante o tempo de suas vidas”¹¹. Essa definição se adapta aos diferentes tipos de tratados havidos então, os quais eram utilizados não apenas para o estabelecimento de alianças políticas, mas também fixavam certas regras para a guerra e para o comércio.

Tendo sido um direito essencialmente costumeiro até pouco mais de cem anos atrás, a definição de tratado só veio a ser formalizada em uma regra positiva de alcance geral na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969¹².

A Convenção define tratado como um “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação

¹⁰ARÉCHAGA, Jimenez de Aréchaga, apud PAOLILLO, Felipe H. **Curso de História dos Tratados** Buenos Aires: Fundación de Cultura Universitária, 1975, p. 3.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² Já desde meados do século XIX faziam-se tentativas de se codificar o direito dos tratados. O primeiro sucesso foi obtido com a Convenção sobre Tratados, celebrada em Havana, em 20 de fevereiro de 1928, cuja base principal foi o projeto de Epiácio Pessoa, divulgado em 1911. Todavia, essa convenção era restrita a alguns países da América Latina. In: Francisco Rezek, *op. cit.*, p. 16.

específica”¹³. Isso inclui as variadas denominações existentes, como convenção, protocolo, pacto, carta, estatuto, ata, declaração, minuta aprovada, memorando de acordo, *modus vivendi* ou aquelas que eventualmente venham a surgir.

Todavia, dada a existência das organizações internacionais, surgidas no século XIX e também sujeitos de Direito Internacional com capacidade de celebrar tratados, uma definição que não as inclua é incompleta. Melhor então seria a definição de Jiménez de Aréchaga, que considera tratado como sendo “toda concordância de vontades entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, destinada a produzir efeitos jurídicos, isto é, a criar, modificar ou suprimir uma relação de direito”¹⁴.

As definições de tratado modificaram-se com o tempo. Modificou-se substancialmente a comunidade internacional que o produz, e as características que ele apresenta hoje refletem a grande multiplicidade de sujeitos, a intensificação crescente das relações internacionais, e o tráfego constante de assuntos que até há pouco tempo eram considerados de jurisdição interna e que agora se situam e se resolvem em âmbito internacional, dado o rol cada vez mais absorvente do Direito Internacional público. Esses elementos indicam a adaptação por que esse instituto passou ao longo de sua história, o que o torna uma ferramenta ainda atual. São de grande importância para a nova sociedade mundial os tratados multilaterais, os quais hoje desempenham uma função quase legislativa¹⁵.

1.2 Os tratados na Antigüidade

¹³ Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, art. 2 “a”.

Já existindo as sociedades políticas desde a Antigüidade, e mantendo elas relações entre si, o longo período que vai daquela época até a Idade Média pode ser considerado como o período de surgimento dos elementos mínimos do Direito Internacional, o que é comprovado pela existência dos tratados.

Apesar de alguns registros encontrados, é difícil fixar precisamente a época em que surgiram os tratados. Supõe-se que os primeiros pactos firmados tiveram caráter verbal. Todavia, por falta de provas, a investigação sobre o seu surgimento não pode retroceder mais do que à época das primeiras referências escritas, como a bíblia, ou fontes epigráficas, como as inscrições em templos, em blocos de granito, etc¹⁶.

Deve-se observar que inicialmente os tratados eram celebrados entre cidades pertencentes a uma mesma civilização, entre tribos ou grupos de um mesmo núcleo étnico. A unidade cultural e de idioma favorecia a celebração de acordos entre os diversos grupos autônomos, e era essa autonomia que conferia aos acordos o caráter de tratados.

No século II antes de Cristo, os povos mais importantes do Oriente Próximo já haviam expandido seu território até se colocarem em contato recíproco. Diante da impossibilidade de cada um de modificar a situação em seu exclusivo proveito, chegaram a uma situação de equilíbrio baseada na repartição tácita ou expressa de zonas de influência.

¹⁴ ARÉCHAGA, apud PAOLILLO, op. cit., p. 4 .

¹⁵ PAOLILLO, op. cit., p. 8.

¹⁶ O primeiro tratado de que se tem prova diretas foi celebrado no ano 3.000 antes de Cristo, e está registrado em um bloco de pedra. Foi um tratado celebrado no idioma sumério, entre as cidades Lagash e Umma, na região da Mesopotâmia. Refere-se à fixação de fronteiras (que na época diziam respeito mais a zonas de influência), para o que se recorreu à arbitragem do rei de uma terceira cidade, Kish. A existência do recurso à arbitragem indica um desenvolvimento bastante acentuado do Direito Internacional, ao se atribuir a uma terceira pessoa o exercício de uma função jurisdicional reconhecida pelas partes. Entre o tratado de Lagash

Assim, já existia nessa época o que se pode considerar uma sociedade internacional, constituída por uma pluralidade de Estados, soberanos e independentes, que mantinham relações geralmente pacíficas e que estavam unidos entre si por uma série de tratados¹⁷. Havia até mesmo uma língua diplomática (o acádio), assim como se utilizavam enviados diplomáticos portadores de cartas, de informações e de presentes. Os chefes de Estado chamavam-se de “irmãos”, concluía os tratados de igual para igual e se consideravam todos membros de uma mesma família de Estados¹⁸.

A Bíblia também registra tratados, dos quais o mais citado pelos autores é aquele que foi celebrado pelo Rei Salomão com o rei Hiram de Tiro, no qual este proveria o primeiro de madeira para construir um templo em troca de produtos agrícolas. Todavia, esse pacto não se limitou ao conteúdo comercial, mas incluiu uma convenção de paz.

O tratado mais célebre da Antigüidade foi o celebrado por volta do ano 1270 a.C. entre o rei dos hititas, Kutusil III e o faraó Ramsés II. É fundamentalmente um tratado de paz, mas estabelece uma aliança contra inimigos exteriores e prevê a extradição de fugitivos importantes, pessoas do povo e artistas, assegurada a anistia aos extraditados.

Por volta do Século XVI a.C., devido à verdadeira rede de relações internacionais e de tratados que se formou no Oriente Próximo, é possível identificar certas regras gerais acerca das suas características.

e Umma, e o próximo de que se tem prova documental existe um período de mil anos. In: DAILLIER e PELLET, op. cit., p. 53.

¹⁷ BELLINI. Il regolamento delle relazioni internazionali nell'antico Oriente. In: **Archivio Giuridico**, Vol. CLV, 1958, p. 3.

¹⁸ PAOLILLO, op. cit., p. 62.

Quanto à forma, adotavam-se procedimentos de caráter solene que consistiam no uso de duas palavras de origem babilônica que significavam juramento (riksu) e aceitação do juramento (mamitu). Havia também um grande ritualismo religioso na celebração do tratado, que eram sempre submetidos à proteção divina¹⁹.

Devido ao intenso entrelaçamento entre o pensamento religioso, a moral e o direito, a violação de um tratado, para os povos da Antigüidade, além de uma falta moral, era considerada uma ofensa à divindade. O papel dos deuses não era garantir o cumprimento do tratado, mas punir com castigo mortal quem o violasse.

Entre os diferentes rituais utilizados na celebração dos tratados, era comum o uso do sangue humano para consagrá-los, fosse ferindo os celebrantes, ou misturando o seu sangue ao vinho que era bebido, ou manchando com sangue o rosto dos signatários²⁰.

Esses traços de forte ritualismo decorrem do fato de que os tratados eram celebrados oralmente, buscando meios de fixá-los na memória.

Quanto ao conteúdo, tinham os tratados quase que exclusivamente um caráter político, firmando amizade ou alianças entre os povos que se propunham a enfrentar um inimigo comum. Mais tarde esse conteúdo ampliar-se-ia, aparecendo os tratados de comércio, de extradição, certas formas rudimentares de convenções de arbitragem, assim como tratados delimitando fronteiras.

¹⁹ PAOLILLO, op. cit., p.. 64.

²⁰ Ibid., p. 65

Outra característica importante dos tratados na Antigüidade era o caráter pessoal com que eram celebrados. Como conseqüência, morrendo um dos celebrantes, havia insegurança se esse tratado estaria ainda vigente ou não, pois fora um compromisso pessoal do príncipe.

Um argumento que poderia contrariar a idéia da existência de um Direito Internacional no mundo antigo é o de que, em virtude do forte caráter religioso que tinham os tratados então, não se poderia falar de um Direito Internacional propriamente dito, uma vez que a prática contratual entre os diversos Estados não chegava a constituir um direito supra-nacional ou universal. O que havia, segundo alguns autores que sustentam tal concepção, era a idéia de uma obrigação derivada do direito sagrado interno, consentida a título de reciprocidade pela divindade nacional em favor de outro povo²¹.

Todavia, se havia uma prática que levava ao estabelecimento de pactos entre os povos em torno de uma vontade comum, os quais tendiam a ser respeitados pelas partes, entendemos que, mesmo sendo muito contaminados pelos costumes de cada povo, já estariam presentes os elementos mínimos para a existência do Direito Internacional, elementos que incidiam sobre os povos que travavam relações entre si. As diferenças entre os ordenamentos jurídicos de cada nação, a presença de normas internas que indicavam a necessidade de cumprimento dos compromissos internacionais não pode ser considerada como elemento que nega a existência do Direito Internacional. Pelo contrário, o Direito Internacional mantém com o direito interno a cada nação uma estreita relação.

²¹ TAUBE, Michel de. L'inviolabilité des traités. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haie, La Haye**, vol. 32, pp. 285-329, 1930, p. 299.

Assim como no passado eram as leis internas, específicas a cada povo, então de caráter religioso, o que fazia cumprirem-se os pactos externos, hoje ainda são as leis, não mais religiosas, mas estatais, de caráter jurídico, o elemento que confere essa mesma obrigatoriedade aos tratados.

Pois é certo que, ainda hoje, o Direito Internacional carece de mecanismos efetivos de coerção. Portanto, se nos tempos passados eram as regras religiosas que determinavam a observância dos pactos firmados com outros povos, hoje são ainda as regras jurídicas de cada Estado, e não do Direito Internacional, que cumprem esse papel. Mesmo que o descumprimento dos pactos constitua em mora internacional o Estado, não há hoje, como nunca houve, meios de punição efetivos, pois sendo o Direito Internacional eminentemente voluntário, ainda que os Estados aceitem certas retaliações, isso sempre depende, em última análise, de seu consentimento. A mais grave consequência que pode sofrer um Estado em decorrência do descumprimento de um tratado é sua exclusão do pacto.

Ainda hoje se verifica, portanto, que a observância dos tratados e a construção do Direito Internacional não é feita por normas supra-estatais, que se reduzem a certos costumes e raras regras codificadas, todas sem poder de coerção, mas pelo conjunto de relações estabelecidas a partir dos pactos entre os seus sujeitos. O mesmo direito supra-estatal ausente no passado ainda hoje não existe. O Direito Internacional ainda é, fundamentalmente, um conjunto de normas inter-estatais, que se desenvolve e se fortalece

na medida em que cada um dos direitos nacionais permite. Como afirma Ernest Nys, a existência do Direito Internacional é independente da aplicação da pena²².

1.3 Os tratados na Grécia Antiga

Na Grécia antiga se verificava uma grande preocupação com a vida internacional. As cidades-estados, pela sua individualidade moral, cultural e política, podem ser consideradas verdadeiros Estados helênicos, apesar da homogeneidade étnica e lingüística. O ideal buscado era a independência de cada uma, o que trazia a necessidade de estabelecer um equilíbrio recíproco, a fim de evitar as guerras. Com tais finalidades, foram celebradas no mundo grego numerosas alianças, ligas e confederações²³.

Todavia, além desses temas, eram incluídas nos tratados inúmeras cláusulas no sentido de assegurar integridade física e espiritual ao indivíduo, referindo-se ao tratamento na guerra de prisioneiros, feridos, espiões, reféns, e prescrevendo a obrigação de enterrar os mortos, e de proteção dos templos e lugares sagrados. Consta, inclusive, em um dos mais antigos tratados de que se tem indício, cláusula proibindo a utilização de armas desleais²⁴.

Além dos assuntos de guerra, eram objeto dos pactos as relações inter-pessoais entre cidadãos das diferentes cidades, em decorrência do estabelecimento das interações comerciais. O direito de cada cidade-estado não se aplicava a estrangeiros, sendo necessários tratados a fim de conceder-lhes garantias. Um evoluído tipo de tratado, a

²² “Sans doute, en droit international il n’est point encore d’autorité judiciaire établie de manière stable; mais em droit prive, l’intervention du pouvoir changé d’appliquer la loi est l’exception, non la norme.” NYS, op. cit., p. 352.

²³ MELLO, Celso, op.cit., p. 44, PAOLILLO, Felipe, op. cit., p. 72, NUSSBAUM, Arthur, op. cit., p. XX.

²⁴ PAOLILLO, op. cit., p. 73.

isopolitia, era usado pelas cidades gregas para reconhecer aos cidadãos da outra parte igualdade de direitos civis em relação aos seus próprios cidadãos, o que equivalia a conceder-lhe todos os direitos relativos à família, propriedade, contratação em matéria de comércio, indústria e agricultura, imunidade aduaneira, enfim, quase toda gama de direitos civis dos cidadãos, exceto os direitos políticos. Todavia, mais raramente, chegou até a haver a *simpolitia*, concedendo ao estrangeiro não só os direitos civis como políticos, sob a condição de reciprocidade²⁵.

O tipo de tratado grego político mais importante foi a *simmakia*, que consistia em uma associação para o combate, que, de simples associação em relação a um inimigo comum em um momento determinado, evoluiu para a forma de alianças militares de caráter permanente²⁶.

Mesmo que até o século XIX os tratados multilaterais tenham sido um acontecimento infreqüente na história, em algumas alianças entre cidades-estados gregas, esse multilateralismo se manifestou, como ocorreu na Segunda Liga Ateniense, em 377 a.C, firmada entre várias cidades, e que permaneceu aberta à adesão de qualquer outra que quisesse ingressar na liga, o que é outro traço muito moderno desse acordo. Consta que o número de adesão a esse tratado, cujo objeto era combater o imperialismo espartano e garantir a segurança coletiva, chegou a mais de setenta²⁷.

²⁵ PAOLILLO, op. cit., p. 75.

²⁶ MELLO, Celso, op. cit., p. 45.

²⁷ PAOLILLO, op p.cit., p. 76.

O traço mais importante que se atribui aos tratados gregos foi o desenvolvimento da arbitragem. A unidade religiosa e cultural do ambiente grego, além de uma certa unidade jurídica, facilitou o estabelecimento desse instrumento de caráter jurídico.

Característica marcante a solenidade na celebração dos tratados, sendo essencial e invocação divina, pois assim como nos povos do oriente antigo, os acordos estavam sempre fundados em bases religiosas. Esse aspecto aparecia sobretudo em relação às sanções previstas nos tratados. Sua violação de um tratado era considerada uma afronta à divindade, desencadeando um castigo ao violador²⁸.

Entre os gregos, a celebração dos tratados estava condicionada à deliberação popular em praça pública sobre a guerra e sobre a paz, bem como à formação de alianças²⁹.

Para o Direito Internacional, a relevância dos tratados na Grécia está no fato de que, em paralelo ao fundamento religioso, começava a insinuar-se, ainda que timidamente, o internacionalismo, que reduzia a importância da religião no cumprimento dos tratados. Em decorrência da interdependência cada vez maior em que se encontravam as cidades gregas, causada pelo aumento do comércio, impunha-se a necessidade da existência de tratados de paz, de amizade e de comércio. O cumprimento dos tratados surgia como uma necessidade para o progresso e o bem estar das cidades, como uma questão de interesse recíproco.

1.4 Os tratados em Roma

²⁸ NUSSBAUM, op. cit., p. 7.

²⁹ CACHAPUZ DE MEDEIROS Antônio Paulo. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 24.

No momento de sua fundação, Roma era apenas mais uma cidade-estado. Paulatinamente, Roma se engrandeceu e passou a dominar as cidades vizinhas, expandindo seu império até além da península itálica. Devido a esse caráter expansionista, era comum o estabelecimento de relações entre Roma e os grupos vizinhos. Essas relações, em lugar de internacionais, poderiam mais propriamente ser definidas como inter-grupais. Todavia, elas contêm também características que estão nas origens dos tratados³⁰.

As relações que os romanos estabeleciam com os outros grupos eram tanto belicosas como pacíficas. As guerras foram recurso utilizado por Roma desde a fundação até a sua derrocada. Eram consideradas normais pelos romanos e o que possibilitou sua expansão. Entretanto, simultaneamente às guerras, Roma relacionava-se com os outros povos por meio de negociações. Ao firmar um tratado com um povo estrangeiro, Roma demonstrava que reconhecia sua existência como comunidade diferenciada, em pé de igualdade jurídica em relação a ela própria.

Os tratados de então têm certas características muito peculiares, pois sua real finalidade era submeter os demais povos à supremacia romana. Assim, se por um lado os romanos reconheciam formalmente a igualdade jurídica de outro povo a ponto de dispor-se

³⁰ Em Roma, *jus gentium* era diferente do *jus civile*, que era aplicado somente aos cidadãos romanos. O *jus gentium* era menos rígido que o *jus civile* – cheio de fórmulas – e era aplicável aos estrangeiros que estavam em Roma. O *jus gentium* abarcou novas e mais amplas normas jurídicas, nas quais se amalgamavam os elementos das leis romanas com os de outras leis estrangeiras, sobretudo gregas. Gradualmente esse novo corpo de regras mais amplas e livres passou a ser aplicado às relações e pleitos entre os mesmos cidadãos romanos, até converter-se no *jus gentium* – em contraposição ao *jus civile* de antes – cujo núcleo é o que se considera hoje como o direito romano clássico. A evolução do *jus gentium* simboliza a liberalidade de Roma com a cultura estrangeira, mas esse *jus gentium* nada tem a ver com o moderno direito das gentes, que significa a lei que regula as relações entre os Estados independentes. O *jus gentium* era um direito nacional de Roma – ainda que às vezes tenha tomado emprestadas algumas idéias jurídicas de outras legislações – e virtualmente um ‘direito privado’ – isto é, se refere às relações entre os indivíduos.. Foi Hugo Grotius que utilizou o termo ‘*jus gentium*’ para referir-se ao Direito Internacional. In: NUSSBAUM, Arthur, op. cit., p. 19.

a celebrar um tratado, por outro lado, o conteúdo e o modo como agiam depois de existente o pacto demonstrava que essa igualdade era apenas formal: Roma seguia suprema.

As características das relações com outros povos eram a desigualdade, o princípio *pacta sunt servanda* e a boa-fé. Todavia, em decorrência da superioridade que conseguiam impor, esses princípios valiam apenas para a outra parte.

Interessante, porém notar a construção jurídica então efetuada. Ao descumprirem os tratados que celebravam quando declaravam guerra a um povo com o qual haviam firmado um tratado de paz, o que era muito comum, os romanos apresentavam justificativas, alegando ser tal retaliação extrema uma resposta ao descumprimento do pacto pelo adversário.

Essa forma de agir pode denotar desrespeito aos tratados. No entanto, a preocupação em buscar sempre uma justificativa – ainda que fictícia – para o descumprimento pode também revelar que eram os tratados encarados pelos romanos como um verdadeiro instrumento jurídico que, ao menos em tese, devia ser respeitado³¹.

Também em Roma, os representantes do povo eram envolvidos nas relações internacionais, que eram estabelecidas depois que as assembleias – as *commitia centuriata* do período republicano deliberavam sobre os tratados, declarações de guerra e estabelecimento da paz³².

³¹ PAOLILLO, op.cit.,p. 72.

³² CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 24.

1.5 Grotius e a Idade Média³³

Em relação aos assuntos de paz, a Idade Média utilizou e aprimorou as práticas da Antigüidade grega e oriental. Constatou-se então o emprego freqüente da arbitragem como modo de prevenir conflitos armados.

Todavia, os tratados ainda se caracterizavam pela roupagem antiga, tendo persistido o costume de confirmá-los com juramento durante toda a Idade Média, uso que sobreviveria até o século XII.

Mais tarde, com o desenvolvimento e a expansão da escrita, a assinatura ou o intercâmbio do instrumento do tratado veio a ser o ato decisivo, o que fez do juramento algo apenas acessório. Por ser o juramento algo sagrado, sua existência submetia o cumprimento da obrigação assumida à jurisdição da Igreja. Isso significava, por um lado, uma garantia importante de seu cumprimento, já que quem o violasse devia temer o castigo dos céus. Todavia, por outra parte, os Papas reclamavam e exerciam a faculdade de conceder dispensas de juramento e do prometido por meio dele. Além disso, prevalecia opinião de que um juramento se prestava sempre sob a condição de que seu cumprimento fosse possível sem pecar – doutrina que levava ao abuso. Também quanto a isso, a decisão final sobre a validade do juramento pertencia às autoridades eclesiásticas³⁴.

³³ Ernst Nys faz uma divisão histórica em que a Idade Média é dividida em quatro períodos. Assim, após a civilização antiga, que desapareceu no século VI, seguiram-se o período da ciência árabe (século VI até XII), o do nascimento do gênio europeu (séculos XII e XIII), o do cristianismo (séculos XIII a XV) e o do renascimento, que retomou a Antigüidade (século XVI). Op. cit., p. 344.

³⁴ NUSSBAUM, Arthur, op. cit., p. 34.

O desafio de então era dar às relações internacionais uma base independente das concepções religiosas. A reação contra a interferência do Papado teve início no final da Idade Média, quando se passou a usar uma cláusula contratual nos tratados pela qual os príncipes que os celebravam se obrigavam sob juramento a não apelar à dispensa papal em seus compromissos. Essa cláusula foi usada pela primeira vez em 1477, em um tratado entre Luís XI da França e Carlos, o Temerário, de Borgonha³⁵.

A obra de Hugo Grotius foi a doutrina que firmou essa nova fase do Direito Internacional, que evoluiu do tratamento fragmentário para o sistemático.

Foi Grotius que, na primeira metade do século XVII, assinalou a chegada de um conceito mais moderno de direito das gentes, de uma lei válida com separação das sanções religiosas e situada acima das crenças³⁶.

Ao atribuir à relação entre os Estados uma base independente da fé religiosa, Grotius, em consonância com o espírito de seu tempo, buscou na razão a regra absoluta para a conduta humana, norteando tanto o indivíduo como os povos. A relação entre os povos deveria ser regida, pois, de acordo com as regras da razão e da vontade coletiva, a qual deveria ser resultante de um consenso geral³⁷.

Em 1625, em sua obra *De jure belli ac pacis*, Hugo Grotius estabeleceu a diferença entre *jus gentium* e direito divino, pertencentes, segundo ele, a distintas categorias.

³⁵ NUSSBAUM, op. cit., p. 22.

³⁶ Ibid., p. XX.

³⁷ ANZILOTTI, Dionízio. **Cours de Droit Interanational**. Paris: Panthéon-Assas, 1999, p. 5.

O direito, segundo Grotius, dividia-se em direito natural e voluntário. O direito voluntário teria origem na vontade, seja humana ou divina.

O direito humano se dividiria em direito civil, direito menos amplo que o civil e direito mais amplo que o civil, ou *jus gentium*.

O direito civil seria aquele que emana do poder civil – o poder que estaria à frente do Estado, este entendido como uma união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilização comum. O direito mais restrito que o civil não emanaria do poder civil, ainda que fosse a ele submisso, e seria de diferentes espécies. Compreenderia as ordens de um pai, as de um mestre e outras similares.

O direito mais amplo que o civil, ou *jus gentium*, seria aquele que recebera sua força obrigatória da vontade de todas as nações, ou de grande número delas. “Grande número” porque, dizia Grotius, à exceção do direito natural, praticamente não podia ser encontrado um direito que fosse comum a todas as nações. Esse direito das gentes provar-se-ia da mesma maneira que o direito civil não escrito: por um uso continuado e pelo testemunho daqueles que o conhecem, sendo obra do tempo e do uso³⁸.

Grotius isolou também o direito natural do direito divino. O direito natural, um direito imposto por si mesmo, inerente à própria natureza das coisas, foi por ele concebido

³⁸ GROTIUS, Hugo, *op.cit.*, p. 88.

como imutável: “O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus.”³⁹

Atribui-se também a Hugo Grotius a divisão do Direito Internacional da Idade Média em direito da guerra e direito da paz. Diria ele na sua obra que já Demóstenes com razão afirmava ser a guerra “dirigida contra aqueles que não podem ser dominados pelas vias judiciais”⁴⁰, admitindo ainda a possibilidade de haver justiça na guerra. As noções de guerra justa e guerra injusta, presentes em sua obra eram produto da doutrina cristã, uma vez que Igreja não condenava as guerras contra os infiéis. Entre os fiéis, a guerra poderia ainda ser considerada justa, caso fosse declarada por um príncipe legítimo a fim de responder a uma injustiça, mas somente para o fim de puni-la⁴¹.

As idéias de Grotius colaboraram para o triunfo da eqüidade nas relações pacíficas entre os povos. Elas contribuíram para amenizar as crueldades da guerra, o que foi herdado pelos tempos que a ele se seguiram⁴².

1.6 Do fim da Idade Média à Revolução Francesa

Esse período decisivo é marcado pela efetiva formação do sistema de Direito Internacional inter-estatal, mediante a transformação das monarquias européias nos Estados modernos. As relações internacionais intensificaram-se, e a unidade religiosa, quebrada pela Reforma, foi substituída por uma nova comunidade intelectual mais ampla fundada sobre o humanismo do Renascimento. O progresso ocorrido em matéria de navegações

³⁹ GROTIUS, op. cit., p. 79.

⁴⁰ Ibid, p. 48.

⁴¹ DAILLIER e PELLET, op. cit., p. 48.

marítimas tornou possível tanto a busca pela evangelização dos povos como a intensificação das trocas comerciais. Graças a esse mesmo progresso, as comunicações puderam se estender além da comunidade tradicional dos povos cristãos da Europa.

Tal desenvolvimento determinou também um movimento normativo. A instituição diplomática se consolidou e, a fim de impedir qualquer dominação unilateral sobre o mar, via de comunicação essencial, o princípio da liberdade dos mares foi instituído. Outras regras foram também estabelecidas em relação à aquisição de terras longínquas e à navegação marítima. O movimento normativo abarcou também o direito da guerra, principalmente da guerra marítima e, em menor medida, da neutralidade.⁴³

Esse momento foi considerado decisivo pelo surgimento do Direito Internacional característico do sistema inter-estatal, que apareceu progressivamente ao longo desse período e que, preservando a maioria de suas características, ainda rege as relações internacionais de hoje em dia.

Até então, é fato que havia normas mínimas seguidas pelos grandes impérios e cidades antigas, assim como alianças multilaterais, tratados de paz, contatos entre embaixadas, acordos de comércio e formas de arbitragem, o que é suficiente para indicar a existência do Direito Internacional. No entanto, esses sistemas pioneiros, fundados sobre o equilíbrio entre os atores, tanto aliados quanto rivais, ocorriam em momentos raros, em meio a longos períodos de anarquia e violência⁴⁴. Não é verdade, pois, que o Direito

⁴² NYS, op. cit., p. 355.

⁴³ DAILLIER e PELLET, op. cit., p. 50.

⁴⁴ DECAUX, Emmanuel. **Droit international public**. Paris: Dalloz, 1999, p. 4.

Internacional não existisse. Todavia, sua negação era, então, mais ocorrente que sua utilização.

Somente a partir do século XVI, com o surgimento dos Estados europeus, apresentaram-se condições mais favoráveis ao desenvolvimento do Direito Internacional.

Os Tratados de Westfália são o marco inicial do desenvolvimento linear do Direito Internacional. Em 14 e 24 de outubro de 1648, foram concluídos dois tratados, o de Osnabrück e o de Münster, que constituem, pois, os Tratados de Westfália, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, conflito religioso travado entre soberanos católicos e protestantes.

Esses tratados foram considerados uma espécie de Carta constitucional da Europa. Em primeiro lugar, eles consagraram definitivamente a dupla derrota do imperador e do Papa, legalizando formalmente o nascimento dos novos Estados soberanos. A vitória da monarquia sobre o Papado ocorreu não somente no plano político, mas também no plano religioso, com a instituição da liberdade religiosa total. Em segundo lugar, os Tratados de Westfália estabeleceram os primeiros elementos de um direito público europeu. A soberania e a igualdade dos Estados foram reconhecidas como princípios fundamentais das relações internacionais. Assim, juridicamente, os Tratados de Westfália podem ser considerados como a base de toda evolução do Direito Internacional contemporâneo⁴⁵.

A guerra ainda representava, na época absolutista que se seguiu ao aparecimento dos Estados, após os Tratados de Westfália de 1648, o principal tema da vida internacional, o que se refletia tanto nos pactos internacionais como no senso comum. O fator principal de

⁴⁵ DAILLIER e PELLET, *op. cit.*, p. 52.

glória e de prestígio era a vitória militar. Machiavel considerava que o único objetivo que deve ter o príncipe, a única arte sobre a qual deve meditar e aprender é a guerra, pois somente ela é necessária a quem quer comandar os outros. Sob a inspiração de Maquiavel, a guerra foi considerada um meio necessário e normal da política internacional dos monarcas absolutistas.

1.7 O Século XVIII

O século XVIII foi um período de relativa estabilidade na Europa, uma vez que as guerras religiosas deram lugar às guerras dinásticas ou de gabinete, de caráter menos revolucionário e menos devastador. Esse cenário propiciou o desenvolvimento da atividade diplomática, e a argumentação e discussão jurídica.

As mudanças ocorridas no Direito Internacional em quase todo o século XVIII foram moderadas, mas a Revolução Francesa foi um importante acontecimento político, que influenciou fortemente o direito interno da França, repercutiu em vários países e também no Direito Internacional.

As idéias revolucionárias tiveram total expressão na Declaração de Direito das Gentes, que foi submetida em 1795 à Convenção constituinte francesa por um de seus membros, o abade Gregoire. Essa declaração, contendo 24 artigos, era um paralelo à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inspirada na doutrina de direito natural do século XVIII. O primeiro artigo da Declaração do Direito das Gentes afirmava o estado de natureza que existe entre as nações e a moral universal que as une. A convenção seguia desenvolvendo os corolários desse princípio em vinte artigos, em que se declarava a

inalienabilidade da soberania de cada país, o direito de cada país de organizar e trocar sua forma de governo, o reconhecimento de que o ataque contra a liberdade de um país era uma ofensa contra todos os demais países, a subordinação dos interesses particulares de uma nação aos “interesses gerais da raça humana”, entre outros princípios mais vagos.

A Convenção foi temerosa em comprometer-se de tal forma frente a uma conjuntura exterior perigosa, adiou o exame da declaração e acabou por não aprová-la, e mesmo a tentativa do abade Gregoire de incluí-la nas atas impressas também fracassou⁴⁶.

Todavia, a Assembléia Nacional de 1789 e a Convenção, mais tarde, proclamaram alguns princípios gerais de cunho jusnaturalista que constavam da declaração de Gregoire: a renúncia à guerra de conquista, a renúncia contra os ataques contra a liberdade de outras nações, o princípio da não intervenção. Note-se que a participação dos Estados Gerais na condução das relações exteriores da França teve início em 1302, ano mesmo de sua estréia na vida política francesa⁴⁷. Isso pode ser entendido como uma das razões que conferiam o caráter democrático do Direito Internacional proposto à Convenção.

A Constituição dos Estados Unidos foi outro acontecimento importante para o Direito Internacional do século XVIII. Desde as origens da sua formação política, verificou-se claramente a preocupação de seus fundadores com três aspectos: independência, união e feitura dos tratados⁴⁸.

⁴⁶ ANZILOTTI, Dionísio, op. Cit., p. 80.

⁴⁷ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 34.

⁴⁸ Ibid, p. 41.

A Constituição americana, ao dispor sobre os tratados, distribuiu a competência para sua celebração entre o Presidente e o Senado. Ao Presidente caberia dirigir as negociações, porém o Senado ficou investido do poder de aprovar ou não o texto final, bem como lhe foi facultada a possibilidade de aconselhar o Executivo durante as negociações. Em matéria de relações internacionais, o Senado funcionaria como uma espécie de Conselho do Presidente, mantendo com ele um canal de consultas direto e contínuo sobre os temas da política exterior⁴⁹.

A partir das Constituições Norte-americana, e Francesa de 1891, os demais países europeus também incluíram nas suas cartas a sistemática de celebração de tratados. A importância do Direito Internacional, que ganhava vigor com a intensificação da vida internacional, estava finalmente vindo a ser reconhecida.

⁴⁹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 48.

2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

A história dos povos desde há muito conheceu o instituto do tratado. Todavia, como visto no capítulo anterior, durante muitos séculos, desde os seus remotos tempos, os tratados se restringiam a poucos conteúdos, como a celebração de alianças, definição das fronteiras, disciplinamento da guerra ou estabelecimento da paz.

O desenvolvimento do Direito Internacional, a partir do século XIX, veio alterar muito a feição que o tratado apresentava até então. Desde a época de seu surgimento, esse instrumento utilizado nas relações entre os diferentes povos nunca havia sofrido alterações tão profundas como as que viriam a ocorrer a partir dali.

As transformações ocorridas no âmbito dos tratados apenas refletiram a ebulição que ocorreu a partir do século XIX nas relações internacionais, e que iriam dar ao Direito Internacional as características que ele hoje apresenta.

Assim, além das mudanças ocorridas nos tratados, que sempre foram seu principal instrumento, o Direito Internacional viu surgirem as organizações internacionais, e em decorrência delas, um novo tipo de acordo internacional: a convenção. Essas organizações, reconhecidamente novos sujeitos de Direito Internacional, passariam a criar o seu direito próprio, que se afasta do Direito Internacional geral, mas se aproxima dos Estados-membros, tornando-se importante ferramenta utilizada no movimento de integração recíproca.

Outra importante alteração ocorrida no século XX foi o início da participação da sociedade civil nas relações internacionais, por meio do surgimento das organizações não governamentais – ONGs. Estas têm atuado ao lado dos Estados nas questões internacionais de maior relevância, principalmente aquelas relacionadas com o meio ambiente, o desenvolvimento e os direitos humanos, atuando frente aos grandes desafios que se impõem à sociedade mundial.

Abarcando esses novos elementos, o campo do Direito Internacional se expandiu. A feição atual dos tratados, as organizações internacionais e as ONGs são aspectos que caracterizam e mesmo definem o Direito Internacional do último século, marcando a sua inovação em relação àquele que existiu até então.

2.1 O século XIX

A profunda modificação dos tratados é o primeiro indício da grande transformação por que o Direito Internacional passou. Os tratados, que sempre foram, e ainda são, o seu principal instrumento, refletem claramente o estágio em que se encontra o Direito Internacional, pelas diferenças que apresentam em relação ao passado.

Até as últimas décadas do século XVIII, o conteúdo dos tratados era muito restrito, pouco versava além da guerra, paz e alianças. Por esse motivo não havia por muito tempo propriamente o Direito Internacional como ciência, sendo apenas tido como um dos tópicos da guerra⁵⁰. Todavia, a partir de 1800 verificou-se a transformação das relações internacionais, indicada pelo declínio desse tipo de tratado: as alianças tornaram-se mais raras e os convênios políticos perderam importância.

Uma das principais modificações havidas no Direito Internacional do século XIX foi a multiplicação dos tratados de caráter não político. Ocorreu a diversificação de seus conteúdos, surgindo tratados de comércio, consulares, sobre extradição, sobre problemas monetários, postais, telegráficos e comunicações (linhas) ferroviárias; sobre pesca marítima, direitos do autor e patentes. Chegou-se a uma contagem de cerca de 16.000 tratados celebrados entre o Congresso de Viena e 1924⁵¹.

Em virtude desse incremento dos temas versados e da freqüência com que passaram a ocorrer, concedeu-se um caráter mais técnico aos tratados, os quais perderam alguns elementos formais presentes por longo tempo. A evocação da divindade, como já se viu, era comum nos pactos celebrados em todo o período anterior, inclusive no século XVIII,

⁵⁰ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 138.

⁵¹ BITTNER Apud NUSSBAUM, Arthur op. cit., p. 209.

desapareceu gradualmente, mesmo nos tratados de paz. A citação dos diversos títulos dos Chefes de Estado e das múltiplas distinções e condecorações dos plenipotenciários, comumente usadas ainda também no século XVIII, também caíram em desuso. Em virtude da doutrina da igualdade dos Estados, tornou-se costume geral que a assinatura de um tratado multilateral fosse feita na ordem alfabética dos Estados. Além disso, ainda que o idioma francês continuasse a ser a língua diplomática, tornou-se cada vez mais forte uma corrente contrária, surgida também no século XVIII, a favor do idioma vernáculo.

Outro aspecto importante ocorrido no século XIX em matéria de tratados foi o desenvolvimento de pactos e convenções multilaterais. Apesar de ter sido comprovada sua existência já desde tempos mais antigos, os tratados multilaterais foram empregados a partir de então com muito mais frequência.

Assim, se em tempos passados (salvo no caso da Paz de Westfália, de amplo alcance e conteúdo) os acordos multilaterais versavam sobre a distribuição de territórios, delimitação de fronteiras, regulando, pois, temas restritos, os convênios e acordos plurilaterais do século XIX mostram uma tendência crescente em estabelecer normas gerais para a futura conduta dos Estados. Esses tratados – notem-se as disposições do Congresso de Viena sobre os rios internacionais e sobre os agentes diplomáticos, ou a Declaração de Paris sobre direito marítimo – formavam um grupo especialmente importante de acordos plurilaterais, o que levou a empregar-se, em relação a eles, o termo “tratados-leis”⁵².

O Direito Internacional do século XIX viu ocorrer grandes modificações no âmbito dos tratados, que diziam respeito à multiplicação dos temas sobre os quais versavam, ao

aumento do número de integrantes e à alteração da forma pela qual eram celebrados. Os tratados, assim, além dos tradicionais acordos bilaterais, com diferentes direitos e obrigações para as partes, passavam a existir também sob a forma de um mesmo pacto firmado entre vários Estados, o que viria a chamar-se “convenção”. São exemplos dessa época a União Telegráfica Universal, estabelecida em Paris em 1865 por vinte Estados; a União Postal Geral, firmada em Berna em 1874; a Convenção Internacional sobre Tráfego Ferroviário de Mercadoria, de 1870, pactuada entre todos os principais países do continente europeu; Convenção de Berna sobre os Direitos do Autor, de 1866; a Convenção de Paris sobre os Direitos de Patentes, de 1883, essa tendo assinalado o início do estabelecimento de normas de alcance mundial que asseguram a igualdade de direitos para os súditos de todas as nações signatárias⁵³.

Essa a nova feição que os tratados passaram a ter a partir do século XIX. Estava sendo gestada uma grande evolução do Direito Internacional, que implicaria modificação em sua própria estrutura, relacionada com a sua expansão territorial, a abrangência de novos temas e o incremento numérico dos tratados de tipo normativo.

Em virtude de todas essas modificações, considera-se o século XIX como o período final do Direito Internacional clássico. A esse, seguiu-se o Direito Internacional moderno, nos moldes em que hoje o conhecemos. Foram amplas e profundas as mudanças ocorridas nas relações travadas entre os Estados. A evolução do Direito Internacional foi fundamental para que pudesse atender às novas demandas da sociedade mundial, disponibilizando as

⁵²NUSSBAUM, Arthur, op. Cit., p. 211.

⁵³ NUSSBAUM, Arthur, op. Cit., p. 213.

ferramentas jurídicas adequadas para atender a todo tipo de relações sobre os mais variados temas.

2.2 O século XX e as transformações do sistema internacional

O século XX é tido como um período muito intenso na história das relações internacionais. Foi marcado por dois conflitos mundiais, pelo início e fim da Guerra Fria, pela queda da União Soviética e desmembramento do bloco comunista, o que foi substituído pelo conflito comercial entre os países do Norte e os do Sul e, finalmente, pela intensificação das ações terroristas e do combate ao terrorismo.

Analisando as características do final do século XX, podem ser identificados alguns aspectos estruturantes das relações internacionais ainda hoje considerados como os grandes temas da pauta internacional, e que assim determinam a feição do novo direito.

O primeiro aspecto importante no século XX é a primazia dos assuntos econômicos em relação aos temas tradicionais de segurança militar. Não significa que a guerra deixou de ser uma ameaça, pois apesar das previsões mais otimistas em relação a uma maior paz mundial com o fim da bipolarização do mundo, marcada pela queda do muro de Berlim, as questões de segurança e de guerra continuaram tendo crucial importância. Isso foi demonstrado pelos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e a reação americana (*american led war*)⁵⁴. Todavia, essas questões, ao lado da proliferação de armas nucleares e dos perigos dos conflitos regionais ao sistema internacional, somam-se aos novos temas tratados pelas relações internacionais e pelo Direito Internacional no século XX, entre os

⁵⁴ VIOLLA, Eduardo. **Centre for Brazilian Studies, University of Oxford**, Working Paper n. 56, p. 4.

quais se destacam as questões comerciais. Se a guerra ainda é algo que todos temem, e que ainda se manifesta em regiões determinadas, a preocupação com um grande conflito mundial armado perde espaço na agenda internacional para as questões relacionadas ao conflito comercial.

Além das questões comerciais, surgiram também como temas internacionais importantes a proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos. A diversificação da agenda internacional e sua desmilitarização determinou a expansão do Direito Internacional em relação a novos temas, o que significou a primeira grande diferença em relação ao modo como ele vinha existindo até então.

Outra característica do sistema internacional atual é a sua multipolaridade política, paralela à existência de centros de poder econômico, que são a América do Norte, a União Européia, o Japão e eventualmente a China. Na atualidade considera-se haver um mundo unipolar no aspecto militar e multipolar no aspecto político⁵⁵, uma vez que não há interesses ideológicos tão fundamentais ou abrangentes que possam determinar o agrupamento dos países.

A divisão norte-sul, que diz respeito a aspectos econômicos, não chega a representar interesses políticos comuns aos países de cada um dos pólos, dadas as características e interesses próprios buscados por cada um.⁵⁶

⁵⁵ OLLOQUI José Juan. **La diplomacia total**. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 17.

⁵⁶ A dicotomia norte-sul passou a ser utilizada na economia política internacional a partir do anos 70 para indicar a oposição entre os países desenvolvidos (situados em sua maioria no hemisfério norte) e os países não desenvolvidos e em desenvolvimento (a maioria dos países do hemisfério sul).

Em decorrência da importância dos assuntos comerciais, a origem do enfrentamento dos pólos de poder se dá atualmente em torno de questões econômicas. As tensões entre Estados Unidos, Japão e União Européia, aliados na guerra fria, começaram na década de 80 devido ao crescente protecionismo japonês e ao déficit comercial norte-americano em relação às potências asiáticas⁵⁷.

O sistema de alianças econômicas construído em torno dos blocos comerciais substitui, assim, as antigas alianças militares, constituídas em torno dos Estados Unidos e da União Soviética, as duas superpotências do pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, situa-se o conflito comercial que se verifica entre os países do Norte, desenvolvidos, e os países do Sul, grupo integrado pelos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento, conflito que se dá em torno da liberalização dos mercados e do fim ao protecionismo econômico estatal.

O cenário mundial atual é ainda marcado pela diversificação dos temas da agenda internacional, que levou o Direito Internacional a adentrar domínios que antes eram da competência exclusiva dos Estados⁵⁸. A expansão do Direito Internacional ocorre principalmente no âmbito do direito ambiental e do direito econômico. Paralelamente, os direitos humanos também passaram a integrar a pauta internacional. Por fim, ressurgiu a discussão sobre temas que estavam adormecidos durante a guerra fria, como a democracia,

⁵⁷ OLLOQUI, José Juan de, op. cit., p. 18.

⁵⁸ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3.

o racismo, a xenofobia, a migração de povos inteiros para os centros de poder econômico e as tensões interétnicas⁵⁹.

2.3 O século XX e o novo Direito Internacional

A partir do século XIX, as relações travadas pelos Estados modificaram-se tão profundamente que os autores consideram esse período como marco final do Direito Internacional clássico. A este sucedeu um novo Direito Internacional, moldado aos novos conteúdos que passaram a pautar as relações internacionais a partir do século XX.

O século XX viu desaparecer a clara divisão entre os temas que eram de interesse apenas interno ou externo. O Direito Internacional contemporâneo se expandiu, pois, para uma seara que a ele era antes desconhecida, passando a tratar de domínios que até ali haviam sido da competência exclusiva dos Estados⁶⁰.

A diversidade dos novos temas que foram inseridos na agenda abrangidos pelo Direito Internacional causou grande desenvolvimento do Direito Internacional. Todavia, é característica desse direito sempre ter sido utilizado para tratar de questões parciais, as quais dificilmente envolvem todos os países, e que muitas vezes acarretam a superposição de situações contraditórias e de difícil conciliação. Quanto mais temas são tratados pelo Direito Internacional, maiores possibilidades de conflitos entre os diferentes pactos estabelecidos entre os países. Essa incongruência aparece com maior clareza entre o direito econômico e o direito ambiental: os objetivos presentes nos tratados comerciais (liberalização comercial, desenvolvimento industrial), por suas conseqüências, muitas vezes

⁵⁹ OLLOQUI, *op. cit.*, p. 19.

conflitam com os fins dos tratados que visam à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável. O curioso é que muitas vezes os Estados firmam tratados que se mostram conflitantes, o que gera tensões decorrentes da superposição dos diferentes tipos de pactos. Esse fenômeno demonstra que o Direito Internacional, caracterizado pela a coexistência e superposição de tratados, não chega a ter um sistema coerente⁶¹. Todas essas mudanças se refletem nos tratados e nos sujeitos de Direito Internacional, que são seus elementos estruturantes, áreas nas quais ocorreram inovações importantes.

Os tratados apresentam novas características em relação à sua forma, conteúdo, número de partes envolvidas e procedimento. Ao lado da maior participação dos parlamentos surgiram os acordos em forma simplificada.

Todas essas mudanças ocorridas no seio do Direito Internacional são apenas reflexos das mudanças da sociedade. As alterações geopolíticas foram acompanhadas de uma revolução tecnológica que impactou a economia, a intimidade, as próprias relações internacionais e, por conseqüência, o Direito Internacional.

2.4 Transformações dos tratados

⁶⁰ VARELLA, Marcelo Dias, *Direito Internacional*, cit., p. 3.

⁶¹ VARELLA, La Complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de coherence systémique. In: **Revue Belge de Droit International**, 2003/2. Bruxelles: Bruylant, 2003 p. 364.

As transformações ocorridas nos tratados dizem respeito à sua forma, conteúdo e procedimento de celebração.

Classicamente, desde o seu surgimento até o século XVIII, os tratados, com algumas exceções, eram em sua maioria bilaterais. Na sua forma original, os tratados eram assemelhados a contratos, que envolviam duas partes – os Estados, estabelecendo para cada parte diferentes direitos e obrigações. Consistiam no acerto entre duas vontades distintas.

Com o incremento das relações internacionais, a partir do início do século seguinte, começaram a ser celebrados os tratados multilaterais, ainda envolvendo diferentes direitos e obrigações, mas abrangendo um maior número de Estados. Com o incremento das relações internacionais, a partir do início do século que se seguiu, iniciou-se o uso das convenções multilaterais.

Ainda se recorre aos tratados bilaterais, que predominaram até o século XVIII, apesar de terem sido ofuscados pelas grandes convenções. Atualmente, destinam-se a temas específicos:

- a) Tratados relativos ao território: limites, regime de fronteiras, regime fluvial, e outros temas que concernem a países geograficamente vizinhos ou próximos;
- b) Tratados relativos à condição dos indivíduos: questões de dupla nacionalidade, convenções sobre as condições de estabelecimento, de exercício da profissão, de aquisição de direitos e de extradição dos nacionais de um país em outro;

- c) Tratados a respeito das relações diplomáticas e consulares;
- d) Tratados relativos aos meios de comunicação, estradas de ferro, vias fluviais, comunicações aéreas, utilização do espaço aéreo;
- e) Acordos econômicos: convenções de comércio, aduaneiras, sobre investimentos, assistência econômica e financeira;
- f) Tratados políticos, alianças, tratados de paz, convenções de armistício⁶².

A técnica do tratado multilateral remonta a 1815. Com a queda de Napoleão, o Tratado de Paris, celebrado em 30 de maio de 1814, comportava sete tratados concluídos em termos análogos entre a França e cada um dos sete Estados aliados, Inglaterra, Áustria, Prússia, Rússia, Suécia, Portugal e Noruega. Não se criou, ali, nenhum vínculo jurídico entre esses sete Estados⁶³.

Diferente foi o que se verificou no Congresso de Viena de 1815. Lá foram firmados alguns tratados particulares entre os Estados diretamente interessados, mas a conferência decidiu formalizar a Ata final do Congresso de Viena (9 de junho de 1815), com o propósito de reunir sob um instrumento geral as disposições essenciais desses tratados bilaterais. Esses tratados bilaterais, como anexos, integraram a Ata final, destinada a servir de lei da sociedade européia, sendo um dos seus conteúdos importantes as regras gerais sobre os rios internacionais⁶⁴.

⁶² BASTIDE, Suzane, *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 1985, p. 24-5.

⁶³ PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, p. 26.

⁶⁴ BASTID, Suzanne, *Les traités dans la vie internationale.: conclusion et effets*. Paris: Economica, 1985, p. 24.

Mas o primeiro tratado multilateral efetivamente negociado como tal foi o Tratado de Paz de Paris de 30 de março de 1956, do qual não são signatários somente os beligerantes, mas também a Prússia e a Áustria, que haviam estado neutros. A partir daí a técnica multilateral foi freqüentemente utilizada para estabelecer uma regra comum a um conjunto de Estados mais ou menos numeroso.

A par dos tratados bilaterais, ainda utilizados para certos fins, as convenções multilaterais surgem como o instrumento de relacionamento internacional característico dos dias atuais. Elas reúnem um grande número de países em torno de questões que se tornam cada vez mais importantes e complexas, requerendo um esforço coordenado da sociedade internacional.

Atualmente, os internacionalistas fazem a distinção entre tratado e convenção. O tratado é aquele tradicional instrumento de Direito Internacional, em que há a concorrência de vontades, com o estabelecimento de diferentes direitos e obrigações para as partes, como em um contrato. Já na convenção, mesmo que ela reúna apenas dois Estados, há o estabelecimento de uma regra comum para todos os seus integrantes, havendo prescrições apenas em um sentido. Por isso ela tem o caráter de norma, sendo também chamada de tratado-lei⁶⁵.

As convenções, portanto, destinando-se a estabelecer uma regra uniforme para todos os Estados que são seus membros, podem chegar a reunir um grande número deles. O que as caracteriza é que nelas há a união de vontades em somente um sentido, logo as mesmas disposições se aplicam a todas as partes, como uma lei. Não há, como no modo tradicional,

diferentes obrigações e direitos para cada parte. Por isso as convenções correspondem hoje ao que já se denominou tratados-lei, em oposição aos tradicionais tratados-contrato. Nas convenções gerais, todas as partes têm uma vontade idêntica que é o estabelecimento de uma regra correspondente às necessidades comuns. Com frequência essas convenções gerais estendem-se mesmo a Estados que não participaram de sua elaboração, mas que a elas aderem posteriormente aos primeiros signatários.

As convenções multilaterais comportam uma multiplicidade de relações jurídicas, estando cada país-membro ligado a todos os demais. Em decorrência disso, cada um deles pode reivindicar perante qualquer outro o cumprimento da regra estabelecida pela convenção. É isso que confere à convenção o caráter de lei perante o grupo de Estados-partes.

As convenções podem ser pactos regionais, universais ou destinados à criação de organizações internacionais. As convenções regionais correspondem a uma solidariedade especial que existe entre certos grupos de Estados que, em razão de afinidades especiais, podem aplicar regras uniformes em relação a certos temas de interesse mútuo. A Organização dos Estados Americanos, desde o fim do século XIX, vem favorecendo a conclusão de acordos multilaterais de grande importância prática: o Pacto de Bogotá (sobre solução pacífica de contendas internacionais, de 1948), Pacto do Rio de 1947 (sobre defesa mútua, revisto em 1975), e o Pacto Andino, este firmado por um grupo limitado de Estados americanos⁶⁶.

⁶⁵ BASTIDE, Suzanne, op. cit., p. 25.

⁶⁶ BASTID, Suzanne, op. cit., p. 26.

Depois da Segunda Guerra Mundial, as convenções européias tornaram-se numerosas no âmbito do Conselho da Europa (Convenção européia do direito do homem, Convenção sobre o tratamento recíproco dos nacionais, Convenção sobre a segurança social, sobre a solução pacífica de controvérsias, Carta social européia, Convenção sobre a repressão do terrorismo, etc. Algumas delas prevêm a possibilidade de Estados que não são membros do conselho da Europa de integrá-las.

Outras convenções têm caráter universal e ocorrem desde o século XIX. Elas são estabelecidas tanto por conferências diplomáticas como por organizações internacionais universais, como a Organização Internacional do Trabalho.

O século XX inovou com as convenções que criam organizações internacionais, dando origem a uma nova pessoa jurídica de Direito Internacional. As convenções constitutivas das organizações são regidas pelo Direito Internacional geral, aplicando-se a elas a Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados, de 1969, conforme preceitua seu art. 5º (aplica-se a Convenção também aos tratados adotados pela organização)⁶⁷.

Todavia, aos tratados celebrados pelas organizações internacionais com Estados ou pelas organizações entre si, não se aplicam as normas gerais da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, conforme disposto no seu art. 3º⁶⁸. A elas se aplica a Convenção de

⁶⁷ Artigo 5º Tratados Constitutivos de Organizações Internacionais e Tratados Adotados no Âmbito de uma Organização Internacional – A presente convenção aplica-se a todo tratado que seja o instrumento constitutivo de uma organização internacional, e a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização. (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969).

⁶⁸ “Art. 3º – Acordos Internacionais Excluídos do Âmbito da presente Convenção – O fato de a presente Convenção não se aplicar a acordos internacionais concluídos entre Estados e outros sujeitos do Direito Internacional, ou entre estes outros sujeitos do Direito Internacional, ou a acordos internacionais que não sejam concluídos por escrito, não prejudicará: a) a eficácia desses acordos; b) a aplicação a esses acordos de

Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986.

Já se mencionou que o conteúdo clássico dos tratados era essencialmente político, uma vez que se destinavam basicamente a celebrar alianças, demarcar fronteiras, garantir a paz, dispor sobre extradição de prisioneiros, fixar a arbitragem. Pouco se via nos tratados, até meados do século XVIII, conteúdos diversos desses. Até essa época se considera ter havido o Direito Internacional clássico. A este sucedeu o moderno Direito Internacional, o qual não apenas trata de fronteiras, mas também de problemas comuns, que cada vez mais demandam uma solução mundialmente coordenada.

Atualmente, os tratados regulam quaisquer tipos de relações. Os principais temas da atualidade se resolvem mediante tratados, sendo decididos em nível interestatal, não mais internamente. É possível dizer que hoje nada escapa à regulação pelo Direito Internacional. Como afirma Cachapuz de Medeiros, “o âmbito de validade do Direito proveniente dos tratados internacionais é, presentemente, ilimitado: não existe assunto, seja qual for sua natureza, que possa fugir à sua regulamentação”⁶⁹. Há tratados sobre quase todas as áreas do direito, e que até pouco tempo eram restritas ao âmbito do direito doméstico. Em um apanhado geral, podem ser mencionados, em relação ao direito civil, tratados sobre responsabilidade por danos nucleares, proteção de obras literárias e artísticas, prestação de alimentos no estrangeiro. Direito penal: apoderamento ilícito de aeronaves, repressão ao tráfico de entorpecentes, extradição. Direito tributário e financeiro: tarifas aduaneiras,

quaisquer regras enunciadas na presente convenção às quais estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional independentemente da Convenção; c) a aplicação da Convenção nas relações entre Estados, reguladas em acordos internacionais em que sejam igualmente partes outros sujeitos do Direito Internacional.”

medidas para evitar a bi-tributação. Direito administrativo: correios, telecomunicações, cooperação industrial, científica e tecnológica. Direito processual: cartas rogatórias, eficácia de sentenças no estrangeiro, prova e informação acerca do direito estrangeiro. Direito do trabalho: pagamento de indenizações, seguros sociais. Direito comercial: cheques, letras de câmbio, notas promissórias, compra e venda internacional de mercadorias⁷⁰.

Além disso, surgem novos temas, os quais já alcançam estatura no âmbito internacional ainda não verificada nas ordens jurídicas internas, como é o caso da proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. Ao lado destes, direito ambiental e humanitário, o direito econômico, objeto da Organização Mundial do Comércio – OMC, são as grandes áreas do Direito Internacional moderno, estando relacionadas a esses três temas as grandes preocupações internacionais do último século.

2.5 Direito ambiental internacional do século XX

O direito ambiental é um bom exemplo para se ter uma noção do quão intenso foi o desenvolvimento do Direito Internacional no século XX. Apesar de existirem tratados ambientais desde a Idade Média (sobre a proteção das florestas, fauna – para garantir a caça – e águas), no século XX houve uma verdadeira explosão de normas nesse âmbito.

Um dos primeiros textos importantes para o Direito Internacional moderno nesse âmbito foi a Convenção de 1933 sobre a proteção da fauna e da flora nos seus estados naturais. Também se destaca a Convenção de 1940 sobre a proteção natural e a proteção da

⁶⁹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 193.

vida selvagem no hemisfério ocidental, sendo esta e a de 1933 convenções amplas. Das décadas de 1940 e 50 ainda podem ser citadas a Convenção Internacional sobre a Caça da Baleia, de 1946, a Convenção sobre o Estabelecimento da Comissão Interamericana para o Atum; Convenção sobre a pesca em geral e sobre a proteção dos pássaros⁷¹.

Os tratados sobre o meio ambiente adquiriram sua atual dimensão realmente universal apenas a partir dos anos 1980, com acordos aceitos pela maior parte da comunidade mundial (Convenção de Estocolmo, Convenção da Diversidade Biológica, Convenção das Mudanças Climáticas, convenções quadro que eventualmente foram mais tarde complementadas por outras mais específicas).

O cenário que demandou o surgimento e propiciou o desenvolvimento do direito ambiental era formado pelas elevadas taxas de aumento da população mundial, em consequência da melhoria das condições sanitárias, o desenvolvimento da medicina, após a Segunda Guerra Mundial, a destruição de ecossistemas em vários lugares do mundo, os primeiros acidentes com grandes danos ambientais (em usinas químicas e nucleares, as marés negras e os acidentes de transporte terrestre)⁷².

Frente a essas circunstâncias, surgiu o conjunto de regras que hoje forma o Direito Internacional ambiental, cujo principal fórum de criação foi a Organização das Nações

⁷⁰ Ibid, p. 194.

⁷¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 25.

⁷² VARELLA, Marcelo, op. cit., p. 23.

Unidas. Destaca-se no âmbito do direito ambiental a amplitude dos assuntos tratados, que avança cada vez mais os limites que antes ficavam adstritos aos Estados⁷³.

Abrangendo os mais diversos temas, que hoje abordam a questão do meio ambiente sob o ponto de vista do direito sustentável⁷⁴, e entre os quais destacam-se a proteção dos mares, tratamento dos dejetos e da poluição, mudanças climáticas, proteção da atmosfera, das florestas, da saúde humana, das espécies ameaçadas, da fauna e da flora e a produção agrícola, os números obtidos pelo direito ambiental são impressionantes. Como relatado por Marcelo Varella, até os anos 1960, existiam apenas alguns dispositivos para a proteção dos pássaros úteis à agricultura, das peles de focas e das águas. Todavia, de 1960 até hoje foram criados mais de trinta mil dispositivos jurídicos sobre o meio ambiente, dos quais trezentos são tratados multilaterais e novecentos são acordos bilaterais sobre conservação, havendo mais de duzentos acordos oriundos de organizações internacionais⁷⁵.

2. 6 Evolução do procedimento de celebração de tratados

Outro aspecto a ser considerado, paralelamente às transformações internas dos tratados, e que pode ser atribuído justamente ao fato de hoje abordarem temas que antes ficavam restritos exclusivamente à vontade de cada Estado, é que surgiu uma importante diferença em relação ao procedimento pelo qual são celebrados. Pois a partir do século

⁷³ Ibid, p. 52.

⁷⁴ Marcelo Varella aponta as duas Conferências das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1972 e Rio de Janeiro, 1992) como o grande marco do direito ambiental moderno. Assim, a Convenção de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1972, seria o documento fundador desse novo ramo do Direito Internacional. Apesar de antes já existir uma centena de textos sobre proteção à natureza, foi então que o Direito Internacional do meio ambiente passou a assumir a forma atual, absorvendo a noção de desenvolvimento sustentável, no qual se busca a utilização racional da natureza pelo homem, de modo a serem viabilizadas a estas condições de vida satisfatórias, o que depende de um meio ambiente saudável. Op. cit. P. 54.

XIX, buscou-se assegurar, em certo nível, a participação dos parlamentos na manifestação da vontade estatal, externada perante os outros Estados pelo Poder Executivo.

Assim, a ampliação do conteúdo dos tratados se refletiu no procedimento previsto à sua celebração. Os países europeus, de formas diferentes, incluíram em suas constituições a necessidade de aprovação dos tratados pelo Poder Legislativo. Isso, por um lado, dificultou a celebração de pactos internacionais, mas, por outro, lado a intervenção do legislativo contribuía para fortalecer as obrigações internacionais uma vez estabelecidas.

A preocupação em garantir uma maior participação do Poder Legislativo nos tratados coincidiu com o desenvolvimento e multiplicação dos tratados-leis no século XX.

O parlamento passou a ter participação no processo de formação dos tratados mais importantes. Isso pode ser considerado reflexo da realidade atual, em que os tratados, versam a respeito de temas tão variados, que não apenas dizem respeito a questões externas, mas cada vez mais tratam de temas domésticos. Portanto, entendeu-se que os tratados deveriam ser também legitimados por quem tem a função de fazer as leis que internamente regulam aqueles temas que passaram a ser decididos na esfera internacional.

A Antigüidade foi marcada pelas solenidades na celebração dos tratados. Desde seu surgimento até a Idade Média os tratados tinham um caráter religioso, considerando-se que sua violação submetia o responsável ao castigo divino.

Mais tarde, era o príncipe ou Chefe de Estado que comparecia para a celebração de um tratado, fazendo-o a título pessoal, comprometendo sua própria pessoa. Entendia-se

⁷⁵ HUGLO e LEPAGE-JESSUA, e KISS, apud VARELLA, *Direito Internacional...* cit., p. 53.

então que o monarca, Chefe de Estado, encarnação da divindade, era ele próprio sujeito de Direito Internacional, não o Estado. Em consequência disso, os tratados tinham a duração da vida daquele que o tivesse celebrado.

Além disso, quanto aos procedimentos, em decorrência do caráter pessoal que tinham os acordos, o monarca intervinha pessoalmente em quase todas as suas fases, da negociação à assinatura. Quando concluído o tratado por plenipotenciários, cabia a ele fazer a sua ratificação. Tal personalismo foi desaparecendo gradualmente com a democratização dos Estados, quando o monarca deixou de ser o depositário da soberania, que passou a ser da nação. Como consequência, um tratado não mais comprometia apenas aquele príncipe, mas o próprio Estado. O monarca deixa então de participar de todas as fases do tratado, aparecendo só em algumas delas⁷⁶.

Com a transferência da soberania para o povo, o procedimento de celebração dos tratados se complicou. Pois a negociação e ratificação pelos monarcas dava aos outros Estados certeza quanto à legitimidade do procedimento. Todavia, a partir do momento em que as Assembléias Legislativas começaram a limitar a competência geral dos Chefes de Estado, passou a ser necessário para que um tratado tivesse validade, ser ele aprovado pelo Parlamento. Hoje, mesmo nos casos em que essa aprovação não é necessária, o trâmite interno é muito mais complexo que a simples intervenção do monarca.

⁷⁶ PAOLILLO, op. cit., p. 10.

Essa tendência de maior controle dos acordos internacionais poderia causar engessamento das relações entre os países, o que, frente à intensidade do convívio internacional, não pode mais ser cogitado.

Em virtude da dinâmica e da importância da vida internacional para os Estados, a qual envolve muitas vezes a necessidade de decisões céleres sobre os mais diversos assuntos, portanto agilidade na atuação dos países, a opinião que predomina é que se deva conferir certa autonomia aos agentes diplomáticos, a bem da dinâmica das relações externas. Essa é uma tendência que se manifesta na maioria dos países que admitem e praticam a assunção de certas obrigações internacionais por meio dos acordos em forma simplificada, ou acordos executivos, que dispensam a aprovação do legislativo. A utilização desse tipo de acordo fica a critério de cada Estado, em geral sendo utilizados apenas para determinados temas, e quando não impliquem novas obrigações de caráter oneroso.

2.7 As organizações internacionais e o Direito Internacional particular

Uma das grandes inovações do século XX em matéria de Direito Internacional, desenvolvida principalmente após a Primeira Guerra Mundial, foram as organizações internacionais.

Atribui-se sua origem a modestos antecessores que foram as comissões fluviais e uniões administrativas, que remontam ao século XIX, tendo sido desenvolvidas na área de comunicações. Depois do fim da Primeira Guerra mundial, entretanto, é que as

organizações internacionais contemporâneas tiveram um desenvolvimento intenso e variado⁷⁷.

O surgimento das organizações internacionais é um aspecto da expansão e da sofisticação dos métodos de operação do Direito Internacional. As organizações internacionais têm um importante significado, pois constituem o rompimento do tradicional monopólio estatal da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, consistindo em instrumento que propicia o enfoque dos problemas mundiais a partir da comunidade internacional como um todo⁷⁸.

Esse mecanismo de associacionismo internacional é uma ferramenta desenvolvida no âmbito do Direito Internacional no intento de se realizarem objetivos não alcançados pelos Estados individualmente. Estaria pois ligado à insuficiência ou dificuldade dos Estados frente a determinadas atividades que exigem concertação institucional, cooperação permanente e dimensão orgânica, aspectos que são atendidos por essa forma de arranjo estatal. Outra idéia que está por trás dessa forma de arranjo institucional é que o estreitamento de laços recíprocos entre os Estados reduz a possibilidade das guerras, sendo as organizações internacionais um instrumento em busca da paz⁷⁹.

Todavia, se as organizações podem ser consideradas como um salto qualitativo para a sociedade internacional, por representarem uma técnica de cooperação institucionalizada

⁷⁷ COMBACAU, Jean e SUR, Serge. **Droit International public**. 5a. Ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 703.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. vii.

⁷⁹ Essa é a idéia que está por trás do surgimento da OMC. Após o final da II Guerra Mundial, a Europa idealizou a integração econômica como forma de estreitar os laços e a dependência econômica recíproca a fim de evitar outro conflito de tal dimensão. A primeira tentativa de criar a organização foi obstada pelos

entre os Estados, não devem ser entendidas como algo que visa à sua substituição. Elas surgem e dependem da vontade dos Estados que as criaram, e não possuem território, não dispõem de competências soberanas. Elas têm apenas competências ou atribuições derivadas, sempre a critério dos Estados e na medida em eles determinam⁸⁰.

A organização internacional tem personalidade jurídica distinta da de seus membros, noção que foi desenvolvida com a ONU. Observe-se todavia, que a personalidade internacional da organização não significa que ela tenha obrigatoriamente capacidade de celebrar tratados. Aliás, não existe um modelo que possa ou deva ser aplicado às diferentes organizações, uma vez que elas são marcadas pela sua particularidade. Isso vai depender do que é disposto no seu ato constitutivo⁸¹.

As organizações representam um mecanismo permanente de colaboração entre os Estados, e são um instituto próprio do Direito Internacional moderno. Sua importância se destaca uma vez que podem abarcar um conjunto de competências próprias dos Estados, agrupando mesmo a quase totalidade dos países do mundo, como é o caso da Carta das Nações Unidas, estabelecida em 26 de junho de 1945. As organizações regionais são outro importante tipo de organização, como é o caso da Comunidade Econômica Européia, que teve início com o Tratado de Roma de 25 de março de 1957, e que precedeu a União Européia, que possui hoje não só de caráter econômico, mas também político. O MERCOSUL é também uma organização regional, a qual ainda se encontra nos estágios iniciais de integração econômica.

EUA, que não concordaram com a criação do Mercado Comum, só tendo possível a criação do GATT 47. Mais tarde o objetivo foi retomado e criada, em 1994, a OMC.

Pode-se definir organização internacional como sendo “uma associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de Direito Internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos”⁸².

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, refere sucintamente que “organização internacional significa uma organização intergovernamental” (art. 2º. “i”), o que lhes confere caráter de ente paraestatal.

A organização internacional é instituída por meio de um tratado ou convenção constitutiva. Esse tratado se dá inteiramente no âmbito do Direito Internacional. Cria-se assim um novo sujeito de Direito Internacional que, como já vimos, pode inclusive celebrar outros acordos internacionais.

O art. 5º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que suas regras se aplicam ao ato constitutivo de uma organização internacional e a todo tratado já existente adotado no seio de uma organização internacional “sob a reserva de qualquer regra pertinente da organização”. O desenvolvimento dessas regras particulares das organizações é um aspecto de grande importância atual.

⁸⁰ COMBACAU, op. cit. P. 704.

⁸¹ Cançado Trindade refere que muitas organizações seguem o modelo da Carta das Nações Unidas em seu ato constitutivo. Op. cit., p. 124.

⁸² SERENI, Piero, apud MELLO, Celso, op. cit., p. 573.

A já referida Convenção de Viena de 1986, o qual ocupou uma lacuna que até então fora deixada pela Convenção de Viena de 1969, cuja aplicação só se dava em relação ao tratado constitutivo da organização.

Assim, parece que não há como negar a cisão que hoje se opera entre os diferentes níveis do Direito Internacional. A diferenciação entre o direito interno à organização internacional e o Direito Internacional geral tem por base a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quando, no seu art. 5º, limita sua própria aplicação ao tratado que estipula o organismo internacional. A incidência do direito dos tratados em sua forma clássica termina aí. No seio do organismo, além de princípios do Direito Internacional, o que incide são as regras por ele produzidas, conforme o que determina o art. 3º daquela Convenção.

A Convenção de Viena de 1986, também confirmou essa autonomia do direito voluntário, uma vez que dispõe ser a própria incidência limitada aos tratados celebrados pelas organizações, havendo total liberdade destas em regular os demais aspectos. Aliás, essa própria Convenção é de aplicação meramente subsidiária pelas organizações, o que está assentado no seu art. 5º, que dispõe que “a presente Convenção aplica-se a todo tratado entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais que seja o ato constitutivo de uma organização internacional ou a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo das regras pertinentes à organização”.

Isso significa que a aplicação da Convenção de Viena de 1986 pode ser afastada se isso for disposto pela organização. Isso confere a possibilidade de optar pelas regras da organização inclusive em relação ao que está disposto na própria Convenção, que em

princípio se aplica sobre os tratados por elas firmados. A previsão se insere na idéia, hoje consagrada pela doutrina, de que as organizações internacionais são aptas a criar um direito que, mantendo os princípios do Direito Internacional, seja específico a cada uma, por meio das normas unicamente por ela estipuladas, caso essa seja a vontade dos países que a criaram.

O desenvolvimento do direito voluntário é de certa forma inerente ao Direito Internacional. Tratando das relações entre os diferentes povos, o Direito Internacional – ou seus elementos germinais - sempre serviu de meio para o contato de ordenamentos variados, e sua evolução o tornou um elo comum entre os diferentes ordenamentos jurídicos existentes. Essa a idéia que hoje persiste: ainda há um Direito Internacional geral, universal, mas de aplicação restrita. Há, todavia, inúmeros compartimentos que surgem dentro desse direito geral.

O Direito Internacional universal, ou simplesmente Direito Internacional na sua acepção clássica, é o caminho necessário para a interação entre os sujeitos de Direito Internacional. A relação entre o Direito Internacional geral e os direitos particulares mostra-se como uma relação dialética, servindo o desenvolvimento como alimento do outro.

Assim, a partir da interação entre os Estados, que ocorre no seio do Direito Internacional universal, surgem as organizações, grupos de Estados, onde se desenvolvem direitos específicos. A idéia pode ser mais bem compreendida nas palavras do mestre italiano Dionísio Anzilotti a respeito:

“Uma vez que as normas jurídicas internacionais se constituem, em sua maioria, por acordos entre os Estados, é evidente que o valor dessas normas é limitado aos Estados que participaram do acordo que as constituiu ou pelo qual se deu sua adesão. Esse acordo, uma vez que foi realizado de uma maneira reciprocamente determinada, pode valer entre todos os membros da comunidade internacional, ou entre um certo número deles, ou entre dois somente; e, por conseguinte, ele pode ter normas de aplicação geral, que vigoram para todos os Estados que se reconhecem, reciprocamente, como sujeitos de direito e de deveres, e de normas de eficácia restrita a um grupo mais ou menos numeroso de Estados, ou mesmo a dois somente: as primeiras constituem o Direito Internacional geral ou comum; as segundas, o Direito Internacional particular, ou melhor, os direitos particulares, uma vez que, no seio da comunidade jurídica internacional, existirão tantas comunidades jurídicas restritas quantos grupos de Estados tenham estabelecido normas especiais para o tratamento de assuntos determinados.”⁸³

Anzilotti refere-se aos dois níveis dentro do Direito Internacional, a que hoje, com base na diferenciação referida no art. 5º da Convenção de Viena de 1969, os autores relacionam o Direito Internacional geral e o direito particular das organizações, o qual tem início onde termina aquele.

Anzilotti observou que o Direito Internacional geral ou comum era exclusivamente um direito costumeiro, uma vez que não havia um tratado do qual tivessem participado todos os membros da comunidade internacional. Considerava este direito costumeiro o produto de uma longa evolução histórica, contendo as principais normas de convívio

⁸³Na tradução francesa: “Etant donné que les normes juridiques internationales se constituent par le moyen d’accords entre les Etats, il est évident que la valeur de ces normes est limitée aux Etats qui ont participé à l’accord que les a constituées ou qui y ont par la suite donné leur adhésion. L’accord, en vue de se conduire d’une façon réciproque déterminée, peut intervenir entre tous les membres de la communauté internationale, ou entre un certain nombre d’entre eux, ou entre deux seulement; et, par suite, il peut y avoir des normes d’application générale, en vigueur pour tous les Etats qui se reconnaissent, réciproquement, comme sujets de droits et de devoirs, et des normes dont l’efficacité est restreinte à un groupe plus ou moins nombreux d’États ou même à deux seulement: les premières constituent le droit international general ou commun; les secondes, le droit international particulier, ou, mieux, les droits particuliers, puisque, de cette façon, dans le sein de la communauté juridique internationale, viennent à exister autant des communautés juridiques restreintes, qu’il y a de groupes d’Etats ayant établi des normes spéciales pour le règlement de rapports déterminés. Une de ces communautés particulières, et certainement la plus importante, est la Société des Nations (...) In: ANZILOTTI. op. cit., p. 88.

internacional. Essas normas seriam em número limitado e conteúdo não rígido, precisamente porque, segundo Anzilotti, devem adaptar-se aos grupos sociais constituídos em condições de vida e de civilização profundamente diversos⁸⁴.

Todavia, apesar da força do costume no Direito Internacional, talvez hoje se possam mencionar algumas normas que, consagradas em primeiro lugar pelo costume, hoje já apresentam uma feição concreta, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção de Viena de 1969. Tais normas podem ser consideradas integrantes do Direito Internacional universal, uma vez que servem de parâmetro à sociedade mundial como um todo⁸⁵.

Assim hoje, a doutrina se refere a dois níveis de normas internacionais: as que integram o Direito Internacional geral ou universal, e as que decorrem do Direito Internacional particular também chamado direito voluntário, aquele que é interno às organizações.

Uma vez criada uma organização internacional, adquire ela vida própria, passando a ser regida pelas normas estabelecidas no seu tratado constitutivo e, preservando os princípios de Direito Internacional, tem liberdade para produzir seu próprio direito, o que é feito em geral por meio de resoluções.

⁸⁴ ANZILOTTI, Dionísio, op. cit., p. 90.

⁸⁵No Brasil, apesar de a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ainda estar em tramitação no Congresso Nacional, ela é aplicada com força de costume internacional. Assim, apesar de ainda não possuir o status de lei interna, o que dependerá de sua aprovação pelo Congresso e posterior ratificação pelo Presidente da República, ela é evocada e aplicada pelo STF em seus julgamentos.

O instrumento constitutivo das organizações cria uma entidade que possui personalidade jurídica distinta daquela de seus Estados-membros individuais. Essa característica serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos⁸⁶.

Portanto, ao decidirem celebrar um tratado que dá início a uma organização internacional, ao invés de disporem sobre um determinado tema por meio de sucessivos tratados, os Estados optam por reger as relações que estabelecem em torno desse tema ao seu modo, essas relações ficam sujeitas ainda às regras principiológicas do Direito Internacional, mas afastam a incidência das normas específicas pré-existentes do Direito Internacional comum.

Esse recurso existente no Direito Internacional é uma valiosa ferramenta, ao possibilitar aos Estados uma maior autonomia nas relações travadas entre si, o que vem a favorecer a integração que, sem o engessamento de normas preexistentes, pode ser feita exclusivamente do modo pelo qual é pensada por aqueles que estão envolvidos.

Os autores apontam que, com o aparecimento das organizações internacionais, teria surgido uma nova fonte formal de Direito Internacional, que não consta entre as fontes na enumeração do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, uma vez que não se enquadra no conceito de costume nem de tratado. Esta nova fonte seria considerada como

⁸⁶ ZACKLIN, Ralph, apud CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 28.

uma lei internacional, sob a forma de normas e decisões produzidas pelas organizações internacionais⁸⁷.

Essa A lei internacional surgiu a partir do fenômeno do associacionismo internacional, que se intensificou após a Segunda Guerra mundial, e foi desenvolvido com as Comunidades Européias: CECA, CEE, EURATOM.

Assim é que, em cada ramo do Direito Internacional atual, convivem esses dois tipos de tratamento: há organizações e há também tratados isolados sobre algumas matérias. Um exemplo curioso é o que ocorreu no caso da Organização Mundial do Comércio, a OMC. As origens dessa organização remontam a 1944, quando foi concluído em Bretton Woods, EUA, um acordo que tinha por objetivo de criar três instituições internacionais, que seriam o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Internacional do Comércio. Essa última seria encarregada de coordenar e supervisionar a negociação de um novo regime para o comércio mundial.

Com o final da guerra, o FMI e o Banco Mundial foram criados, mas a OIC não foi instituída, uma vez que os EUA, que seriam um dos seus principais membros, acabou por não ratificar o seu tratado constitutivo, a Carta de Havana. O impasse foi provisoriamente solucionado pela celebração de um acordo provisório, em 1947, que adotava apenas um segmento da carta, relativo à negociação de tarifas e regras sobre o comércio. Esse acordo

⁸⁷ VERDROSS, Reuter, apud MELLO, Celso, Op. cit. p. 299.

foi chamado General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) ou GATT⁸⁸.

Desse fato decorreria que as relações travadas entre os países signatários do GATT estariam sujeitas às regras de Direito Internacional geral. Isso significava que as relações comerciais estabelecidas entre os membros estariam eventualmente sujeitas a outros tratados vigentes entre as mesmas partes, e que de um ou outro modo incidissem sobre o mesmo tema. Todavia, foi estabelecida uma sede em Genebra, a qual passou a fornecer não só a base institucional para diversas rodadas de negociações sobre comércio, como a funcionar na coordenação e na supervisão das regras do comércio até o final da Rodada Uruguai, quando se criou atual OMC. Mas o GATT, além de foro de negociações, era também o árbitro das regras de liberalização do comércio entre as partes.

Casos de conflitos eram levados a painéis criados pelo próprio GATT, que podiam autorizar medidas de retaliação. Apesar de não ter força de um tribunal, o GATT exercia forte pressão política. Assim, na prática, o que se deu foi que o GATT foi transformado, de mero tratado, em verdadeira organização⁸⁹.

A diversidade e particularidade das organizações internacionais é acentuada pelo fato de ser cada uma regida por seu próprio instrumento, que lhe serve de base, constituído por um tratado ou convenção constitutiva. Isso significa que existe um princípio de especificidade das organizações internacionais, pois cada organização desenvolve sua própria regulação interna que, aumentando a densidade de sua regulamentação autônoma, a

⁸⁸ THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 30.

afasta das outras⁹⁰. Essa maleabilidade do direito voluntário é importante porque enriquece os instrumentos do Direito Internacional de modo a possibilitar que seja forjado de acordo com a vasta gama de nuances que as relações internacionais demandam.

Apesar da diversidade do direito das organizações, é possível identificar ali certos elementos de um direito comum. Estes são de natureza costumeira, além dos princípios gerais de direito, e se aplicam à medida em que os problemas institucionais se aproximam daqueles que foram previstos e regulados pelos poderes públicos internos dos Estados. Esse direito comum entretanto é sempre supletivo, uma vez que não é aplicado a não ser no silêncio do tratado constitutivo. Além disso, também existem práticas comuns às diferentes organizações⁹¹. Cançado Trindade aponta que os estatutos de muitas organizações se assemelham entre si, uma vez que há uma tendência em seguirem o modelo do estatuto das Nações Unidas⁹².

Se, de um lado, há a penetração do direito geral na prática das organizações internacionais, pelos costumes e princípios gerais de direito, como referido, também há elementos do direito particular que penetram no Direito Internacional geral. Pois, como já visto, as regras derivadas de resoluções de organizações internacionais distinguem-se do costume, do tratado e dos princípios gerais de direito, não recaindo em qualquer das categorias enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sendo portanto direito meramente particular. Todavia, já houve casos em que se efetuou a

⁸⁹ Ibid., p. 31.

⁹⁰ COMBACAU, Jean, SUR, Serge. Droit international public. Paris, Montchretien, 5a ed., 2001. op. cit., p. 706.

⁹¹ Ibid., p. 707.

⁹² CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 38.

aplicação do direito interno de algumas organizações em decisões proferidas por aquela Corte, o que se tem verificado desde 1954⁹³.

Portanto, o Direito Internacional estaria hoje dividido entre o universal ou geral, formado principalmente por princípios gerais e normas consuetudinárias, e o direito particular, de origem convencional.

A idéia de que haveria uma ordem jurídica universal que se manifestaria no direito das gentes parece portanto pertencer ao passado. O Direito Internacional público, produto da sociedade internacional como um todo, mas que é composto por relativamente poucas normas escritas, e também, tradicionalmente pelo costume internacional, convive com o direito convencional, composto pelos direitos particulares produzidos pelas diferentes organizações internacionais, que ficam quase que completamente a descoberto daquele.

Assim, pode-se dizer que a idéia de uma ordem jurídica supra-estatal não se concretizará por meio do Direito Internacional geral, incidindo sobre todos os Estados, mas somente no seio de uma comunidade formada por determinados Estados.

Na forma contemporânea, portanto, a ordem jurídica supra-estatal se caracteriza por um modo particular de produção e de realização de um direito que é formulado no seio de uma comunidade, mas que tem aplicação não só no âmbito desta, mas no interior dos próprios Estados-partes.

⁹³ CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 46.

Hoje, constata-se que o Direito Internacional é uma ordem jurídica inter-estatal, enquanto o direito comunitário é supra-estatal⁹⁴.

A supra-nacionalidade do direito das organizações se concretiza quando se prevêem meios para que as normas por ela produzidas sejam obrigatórias para os Estados-membros independentemente de qualquer ratificação por sua parte, o que fica a critério de cada organização. A União Européia, cujo direito comunitário tem aplicação direta nos Estados-membros, é o exemplo do maior grau de aplicação automática de direito voluntário existente.

O direito comunitário da União Européia é um fenômeno jurídico singular: na condição de Direito Internacional voluntário, ramo do Direito Internacional portanto, o direito comunitário se integra à ordem jurídica interna dos Estados membros por meio de procedimentos especiais. Uma de suas particularidades em relação às outras organizações internacionais é o processo de interpretação centralizada de suas normas, assim como a incorporação direta de suas obrigações no âmbito interno dos Estados-membros⁹⁵.

Entretanto, com menor grau de vinculação dos Estados-membros, existem outras organizações que prevêem regras especiais de internalização de suas decisões, visando à sua maior efetividade. É o que ocorre com as convenções internacionais do trabalho, que obrigatoriamente deverão ser levadas à aprovação do Poder Legislativo, fugindo às regras normais do processo de conclusão dos tratados, que o Executivo pode desistir de ratificar.

⁹⁴ COMBACAU, op. cit., p. 8.

⁹⁵ Ibid., p. 705.

Outro exemplo são as convenções em matéria sanitária da OMS, que entram em vigor se os Estados não se opõem à sua aceitação em determinado prazo, o que significa que podem tornar-se obrigatórias independentemente de ratificação. Há ainda o caso da Organização de Aviação Civil Internacional, cujo Conselho adota padrões de segurança, eficiência etc, pelo voto de dois terços, os quais se tornam obrigatórios para os Estados após o prazo de três meses (ou mais), se nesse período a maioria não manifestar a sua desaprovação. Por fim, é característica peculiar das comunidades europeias, ao constituírem as denominadas organizações supra-nacionais, emitirem decisões que são diretamente executáveis no território de cada um dos Estados-membros, inclusive quando são contrárias à sua vontade⁹⁶.

Ao mesmo tempo em que o direito comunitário se afasta do Direito Internacional geral, ele se aproxima e se mescla ao direito doméstico dos Estados-membros da União Europeia. Os órgãos da comunidade têm legitimidade para produzir normas que poderão ter aplicação e ser evocadas não só pelos Estados-membros, mas também pelos indivíduos. Estes são simultaneamente sujeitos às ordens jurídicas estatais e à ordem jurídica comunitária, que se sobrepõe às diferentes ordens estatais. Pode-se dizer que o Direito Internacional particular nasce como Direito Internacional, mas tende a tornar-se direito doméstico, fundindo-se à ordem interna dos países, diretamente ou por meio de um processo de internalização.

Os Estados, ao estabelecerem entre si as relações concretas, por meio de instrumentos de Direito Internacional, podem portanto optar entre duas alternativas: firmar

⁹⁶ MELLO, op. cit., p. 300.

um tratado, ou vários tratados, sujeitando essas relações ao Direito Internacional geral, o que possibilita a eventual sobreposição de tratados e sua aplicação a uma mesma questão, ou criar uma organização, o que lhes dará maior autonomia, uma vez que, além dos princípios de direito incidentes, as relações dar-se-ão exclusivamente de acordo com as normas por eles estipuladas no seio dessa organização.

Se isso pode ser encarado como um aspecto positivo, na medida em que é uma maneira de permitir a evolução do Direito Internacional, dando-lhe ferramentas para atender da melhor forma cada particular situação, sob outro prisma pode revelar também um aspecto negativo.

É que, assim como há sobreposição de tratados, há sobreposição de organizações. E, uma vez que as organizações prevêm mecanismos ou instituições de solução de conflitos, quando há a incidência de normas emanadas de diferentes organizações sobre uma mesma questão, ainda não há um mecanismo no Direito Internacional capaz de abranger e solucionar tais conflitos. O que ocorre então é que a decisão a ser seguida será a da organização com maior grau de cogência junto aos países, o que será determinado pela gravidade da eventual retaliação prevista.

Isso pode revelar-se um problema, pois o Direito Internacional se torna palco da lei do mais forte. Citando um exemplo, as regras sobre comércio estabelecidas no âmbito da OMC muitas vezes chocam-se com regras dispostas em convenções ambientais. Quando dois países debatem um conflito onde coexistem questões comerciais e ambientais, provavelmente prevalecerá a decisão da OMC, uma vez que as retaliações de natureza comercial em geral são mais gravosas às economias nacionais. Já houve decisões do órgão

de solução de controvérsias da OMC que, utilizando a melhor técnica de Direito Internacional, buscou aplicar as regras da Convenção de Viena de 1969, a respeito de conflito de tratados. Assim, buscou integrar as próprias normas com tratados ambientais. Não obstante, pode a OMC simplesmente afastar a norma ambiental ao tomar uma decisão⁹⁷.

Tendo em vista que os acordos da OMC, ao estabelecerem reduzidas tarifas para importação de produtos industrializados e altas tarifas para produtos agrícolas, além de buscarem a liberalização do comércio por meio de regras iguais que não levam em conta as desigualdades mundiais, o que coloca em desvantagem os países do Sul, a força de uma organização como essa, que é hoje inegável, parece ser um aspecto negativo do que pode representar uma organização internacional.

Entretanto, como aponta Cançado Trindade, as organizações não deixam de propiciar uma participação mais efetiva dos Estados nas decisões internacionais, uma vez que são a porta de entrada para outros nacionais que não apenas os encarregados de conduzirem as relações internacionais. Na medida em que pessoal técnico, membros de outros poderes que não o Executivo podem participar da vida das organizações internacionais, os temas nelas decididos tendem a ser mais bem assimilados pelos dos países, o que enriquece sua participação internacional e torna mais democráticas as decisões tomadas nesse nível.

2.8 Atores não estatais da sociedade internacional

⁹⁷ VARELA, Direito Internacional...cit., pp. 259-290.

Além do surgimento e desenvolvimento das organizações de caráter estatal, o século XX gerou mais um importante ator das relações internacionais. Esse novo ator, que inovou por atuar num campo onde até então apenas agiam os entes estatais, fossem Estados ou organizações formadas por estes, são as organizações não governamentais, ou simplesmente ONGs.

Apesar de hoje existirem numerosas fontes de inspiração de direito não estatais além das ONGs, que são os meios científicos e as associações de empresas, as ONGs se destacam por uma atuação que a princípio é voltada à preservação de interesses da comunidade mundial como um todo. As ONGs, em princípio, estão ligadas aos interesses do homem comum como integrante da sociedade civil, preocupado com valores que dizem respeito à qualidade e condições de vida das gerações presentes e futuras.

Se as organizações internacionais têm sua influência sobre o Direito Internacional reconhecida, na medida em que são considerados como sujeitos de Direito Internacional, o reconhecimento dos meios científicos e das ONGs não é tão evidente. Apesar de estarem os juristas divididos, os cientistas políticos já reconhecem a atuação de tais atores. Elas representam setores da própria sociedade civil organizada, e cuja finalidade é atuar de forma a efetivamente influenciar as decisões tomadas pelos Estados ou organizações referentes a assuntos decididos no âmbito internacional⁹⁸.

O surgimento das ONGs pode ser considerado o resultado do despertar da sociedade civil para as questões internacionais. E o seu reconhecimento é hoje de fundamental

⁹⁸ VARELLA, Marcelo, *La complexité croissante...*, cit., p. 341.

importância para se compreenderem as forças que atualmente governam os assuntos internacionais.

Até o século XVIII a sociedade civil era sinônimo de Estado ou de sociedade política, um grupo de cidadãos que regula suas relações e conflitos por meio de um sistema de leis. A idéia era a de que uma sociedade legalizada gera uma existência legalizada.

A queda do absolutismo demonstrou que a sociedade civil é oposta tanto à idéia do estado de natureza à margem da lei como à sujeição a um governo despótico. Foi então que, no século XVIII, as noções de Estado e sociedade civil começaram a separar-se. Hegel formulou a idéia de que a sociedade tinha uma dinâmica própria: ela está acima da família e abaixo do estado, porém compondo o Estado. Após Hegel, os pensadores modernos passaram a separar a sociedade civil do Estado⁹⁹.

O Estado liberal viria a reconhecer que os cidadãos têm de fato um certo grau de liberdade em relação à autoridade estatal. Essa noção foi fruto das idéias de Montesquieu, Tocqueville e Smith, que, refletindo as tendências anti-despóticas, reconheceram uma certa esfera de liberdade do indivíduo em relação ao Estado.

O marco para essa liberdade foi o desenvolvimento da economia de mercado, baseada na propriedade privada, onde o papel do Estado fica bem restrito frente à auto-regulação do mercado. Os direitos de propriedade, articulados por Locke e outros, foram outro elemento formador da sociedade civil.

⁹⁹ WAPNER, Paul. Governance in global civil society. In: YOUNG, Oran (org.) **Global Governance: Drawing insights from the environmental experience**. Cambridge, London: Mit Press, 1997, p. 69.

Todos os Estados podem ser diferenciados das sociedades mais amplas das quais fazem parte. O que está fora do alcance do Estado tem sido entendido, desde o Iluminismo, em vários sentidos, como sociedade civil¹⁰⁰.

Tomados conjuntamente, a noção de um Estado limitado que respeita os direitos dos cidadãos, e uma economia de mercado que viabiliza a liberdade de comércio, esses elementos formam as bases da idéia liberal de sociedade civil e a estrutura de uma esfera em que há um domínio não-estatal da vida coletiva¹⁰¹.

A comunicação e colaboração além das fronteiras constituem hoje uma rede ampla, permitindo a interpenetração de mercados, esforços coletivos transnacionais estabelecem estruturas de ação humana acima do nível individual, abaixo do estatal e além dos limites territoriais.

Mesmo diante da emergência da atuação da sociedade em nível global, é necessário ter em mente que o sistema estatal é o que dá a estrutura da governança global. Assim, é o sistema estatal que estabelece, legitima e encoraja a interação transnacional dos cidadãos em todas as áreas. Por exemplo, é papel do Estado legitimar os direitos de propriedade, o que torna possível a interação econômica transnacional.

Nesse contexto é que se situam as ONGs, que representam hoje o principal veículo de atuação da sociedade civil global. Mais do que organizações políticas defensoras de

¹⁰⁰ GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação**. Tradução Beatriz Guimarães. São Paulo: Edusp, 2001, p. 46.

¹⁰¹ WAPNER, op. cit., p. 71. Para Wapner, a sociedade civil está relacionada com a tradição do pensamento político ocidental, com os regimes liberais dos países ocidentais, com o liberalismo econômico e com seu desenvolvimento. Assim, não faria sentido falar em sociedade civil na África, Índia, China ou Polônia. Não faz sentido ainda falar em sociedade civil global.

direitos humanos, meio ambiente e questões de paz mundial, são organizações que operam através das fronteiras estatais. O ponto comum às ONGs é precisamente o fato de não serem limitadas às fronteiras nacionais.

Apesar de não serem sujeitos do Direito Internacional, esses novos atores têm tido uma intensa atuação na sua criação, implementação, podendo a sua atuação chegar a ser mais efetiva do que a de certos países¹⁰².

A importância das ONGs para o Direito Internacional reside no fato de que podem atuar independentemente dos Estados. Isso faz com que, apesar de a maioria das ONGs terem origem nos países do Norte, muitas delas defendem interesses universais, como os direitos humanos ou o meio ambiente, consistindo assim em um fator de equilíbrio ao cenário internacional, marcado pela desigualdade Norte-Sul.¹⁰³

A Convenção Europeia sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das Organizações não Governamentais, ocorrida em Estrasburgo, em 24 de abril de 1985, estipula condições para uma organização ser assim considerada:

“Art. 1. A presente Convenção se aplica às associações, fundações e outras instituições privadas (de agora em diante denominadas ONGs) que preenchem as condições seguintes:

- a. não ter fins lucrativos e ter utilidade internacional;

¹⁰² VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional...** cit., p. 293. Os exemplos do autor são: Fundo Mundial para a Natureza - WWF, União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN (no direito ambiental) e Médicos sem Fronteiras e Oxfam (no direito humanitário).

- b. ter sido criada por um ato relevante de direito interno de uma Parte;
- c. exercer uma atividade efetiva em ao menos dois Estados;
- d. ter sua sede estatutária no território de uma Parte e sua sede real no território desta Parte ou de uma outra Parte.”

O fato de não ter fins lucrativos aparece como um dos elementos principais das ONGs. Marcelo Varela propõe a seguinte definição: “pessoa jurídica formada por um agrupamento organizado de pessoas, sem fins lucrativos, possuindo objetivos comuns, e não compreendendo as associações de empresas cuja finalidade é a promoção de suas atividade”¹⁰⁴

As ONGs adquirem, portanto, por meio de sua atuação, cada vez maior importância no cenário mundial, atuando em cooperação com os Estados, ou confrontando-os, conforme sejam os interesses em pauta.

A multiplicação das organizações internacionais é muito significativa. Na segunda metade do século XX, algumas organizações foram criadas. O sistema da ONU conta com mais de 40 instituições. Ao nível regional, há mais de centenas.

As ONGs representam um grande ajuda para os países do sul, uma vez que são capazes de prestar apoio técnico e científico na discussão dos assuntos cada vez mais específicos tratados nas negociações internacionais, para os quais esses países muitas vezes não contam com o necessário suporte especializado, ou não em número suficiente para um

bom desempenho nas negociações. Além disso, podem aportar recursos às organizações internacionais. Também exercem o controle das convenções, divulgando as negociações e o conteúdo da norma, contribuindo até mesmo para a educação do público.

Há grupos de reuniões que são criados para elaborar documentos técnicos a serem distribuídos aos integrantes das conferências internacionais, com o objetivo de oferecer às conferências proposições técnicas discutidas e consolidadas pelos especialistas. Esse é um mecanismo que indica que os numerosos atores do processo de negociação além dos Estados, como as organizações não-governamentais e científicas são cada vez mais atuantes.

A participação das ONGs é igualmente crucial no processo de produção de normas, uma vez que elas mobilizam a opinião pública acerca de temas específicos, pressionando os estados para que produzam normas internacionais. Elas participam de um modo mais ativo quando o país a convida a redigir um projeto de norma. É o caso da União Internacional para a Conservação da Natureza, que é constantemente solicitada pelos Estados para elaborar os projetos de normas de proteção ambiental. No caso das convenções sobre a diversidade biológica e sobre as mudanças climáticas, as discussões das conferências das partes são acompanhadas de perto pelas ONGs. No primeiro caso, RAFI e GRAIN, IISD, Greenpeace, WWF têm papel muito ativo, produzindo documentos, financiando a participação de especialistas e mesmo de membros das delegações, organizando seminários para diplomatas. É difícil, na verdade, como aponta Varella, demonstrar o nexo de causalidade entre o estudo dos documentos feitos pelas ONGs e as decisões finais dos

¹⁰³ Ibid., p. 295.

estados, mas esses dados mostram que, de uma certa forma, as ONGs participam ativamente do processo de formação do Direito Internacional, ao menos em matéria ambiental. A decisão final da aceitação da norma jurídica pertence ao Estado, como membro do organismo internacional. Mas a contribuição das ONGs durante todo o processo da formação jurídica não pode ser negado¹⁰⁵.

A atuação das ONGs é tão intensa em certos temas, que atualmente se chega a discutir a questão do seu acesso à justiça. No plano internacional, essa questão encontra diferentes tratamentos, sendo adotada pela Corte Internacional de Justiça uma postura mais fechada, tendo a OMC uma postura um pouco mais aberta, não obstante haver restrições a essa participação. Segundo Marcelo Varella, o NAFTA é a entidade que mais abertura dá à atuação litigiosa das ONGs¹⁰⁶.

Ainda não foi reconhecida a legitimidade das ONGs para atuar judicialmente nem na Europa nem nos Estados Unidos. Varella aponta que o Brasil possui normas sem equivalentes em outros países para permitir o acesso das ONGs à justiça.

O século XX apresenta-se como a era do associacionismo internacional. Não apenas em nível governamental, com as mais de trezentas organizações intergovernamentais, mas no nível particular, com a criação de ONGs. Fala-se tanto em 4.500 como em 13.000¹⁰⁷.

¹⁰⁴VARELLA, Marcelo, *Direito Internacional...* cit., p. 299.

¹⁰⁵VARELLA, La complexité croissante... cit., p. 344.

¹⁰⁶VARELLA, *Direito Internacional ...*, cit., p. 361.

¹⁰⁷MELLO, *op. cit.*, p. 45.

Todavia, se esse é um aspecto positivo sob o ponto de vista que representa uma maior participação da sociedade civil nos assuntos internacionais, por outro lado não chega ainda a atuar suficientemente para reduzir o desequilíbrio entre os países do Norte e do Sul.

Reproduzindo o que se dá no âmbito dos Estados, a participação das instituições do norte no Direito Internacional é mais efetiva em relação às do Sul, em decorrência da vantagem em relação ao conhecimento técnico das ONGs e especialistas do Norte, além do alto nível e da capacidade de participação das entidades privadas internacionais nos fóruns globais.

A desigualdade existente entre os Estados se repete ao nível privado, no qual se estabelece a reprodução do tipo de relações travadas entre os entes estatais, sendo aí a contradição ainda maior, uma vez que no setor privado não existe o princípio de legalidade que rege as relações entre os Estados no nível internacional¹⁰⁸.

Vemos que o Direito Internacional passou por profundas transformações no século XX. Tão profundas e drásticas foram essas transformações que os autores chegam a considerar que o século XIX foi o final do Direito Internacional clássico.

Pensamos que procede esse entendimento. Pelo que foi abordado até aqui, vimos que as transformações da sociedade internacional demandaram a evolução do direito que rege essas relações. E o Direito Internacional mostrou-se maleável o bastante para moldar-se de modo a corresponder às necessidades do mundo atual, o que indica que, mesmo ainda

¹⁰⁸ VARELLA, La complexité croissante..., cit., p. 345

não sendo o sistema ideal, é instrumento ainda útil e eficaz. A cristalização e o engessamento do Direito Internacional frente a tais mudanças determinaria sua inadequação e ineficácia, o que seria grave prejuízo para a sociedade internacional.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO – ESTRUTURA E DINÂMICA

Desde o final do século XVIII, quando a igualdade e a liberdade, ideais da Revolução Francesa, penetraram no espírito dos povos ocidentais, a democracia voltou a ser considerada a melhor forma de sistema político. Assim, atualmente, mesmo que não seja possível efetuar universalmente todos os valores democráticos, são eles o ideal por todos aspirado. Ao menos formalmente, os países cuidam de ter uma Constituição, assegurar o sufrágio universal, possuir um parlamento e um sistema judiciário independente, elementos cuja base é o modelo democrático¹⁰⁹.

Uma vez que o direito tem a função de regular a estrutura política do Estado, por intermédio da lei, pode-se dizer que a democracia e os valores que a informam passam a ser conteúdo do direito. Por isso é válido, dentro de um estudo jurídico, buscarem-se os aspectos que fazem da democracia o elemento central da política em boa parte do mundo atual.

O presente capítulo, em que se trata de descrever o vínculo estabelecido ao longo da história entre o direito e os elementos da democracia, será necessário para abordarmos sob um ponto de vista crítico, nos capítulos seguintes, o significado do processo de celebração dos tratados hoje vigente.

3.1 Precedentes da democracia

A origem etimológica do termo “democracia” designa a forma de governo no qual o povo exerce o poder político¹¹⁰.

Em Atenas era praticada a democracia direta, havendo a participação de todos os cidadãos nas decisões políticas da cidade-estado¹¹¹. Todavia, com o desaparecimento dessa forma de organização política, o exercício da democracia somente foi resgatado depois de muitos séculos, por meio de novas instituições. Na sociedade feudal da Idade Média, deu-se a pulverização das relações políticas e sociais, ao mesmo tempo em que o poder político se organizava em torno dos príncipes, auxiliados por magistrados, oriundos do povo. Mais tarde, o pacto entre estes soberanos e a Igreja Católica teve o efeito de revestir o poder terreno do soberano com a aura sagrada, o que legitimou a concentração do poder nas mãos daquele que, segundo a Igreja, tinha sido eleito por Deus, e foi base do absolutismo que se verificou a partir do século XVII.

A partir da Revolução Francesa, porém, foi deflagrada uma transformação da estrutura social que veio a estender-se por toda a Europa. O sistema democrático foi consagrado como único sistema político capaz de proporcionar a efetivação dos valores liberdade e igualdade, os ideais que a sociedade passou a aspirar a partir de então. Esses ideais, todavia, não foram fruto de uma mera construção teórica. Maurice Duverger ressalta que o modelo democrático não resultou de uma construção artificial dos teóricos, juristas

¹⁰⁹ DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. Paris: Presses universitaires de France, 1973, p. 29.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 135.

¹¹¹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Plebiscito e referendo: instrumentos da democracia direta. In: **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC. Fortaleza, vol. 11/12, num 1/2 jan/dez 1992/1993, pp. 183-193. A autora aponta que na Grécia, o que tornava a democracia direta possível era o fato de que das decisões políticas somente participavam os cidadãos – o que excluía mulheres, plebeus,

ou politólogos, mas foi o resultado de uma longa evolução histórica, da Europa ocidental, no seio de um sistema que não reconhecia as liberdades individuais. Houve sim uma ruptura da estrutura social e política na Europa, alavancada pela revolução. Entretanto, muitos dos institutos que se firmaram a partir dali, mesmo apontando para fins diversos, foram herdados dos sistemas políticos vigentes até o século XIX, notadamente das monarquias aristocráticas. Tais institutos, porém, foram transpostos, transformados e adaptados, de modo a forjarem um novo sistema¹¹². É o que se deu, por exemplo, com o instituto da representação, essencial ao modelo democrático, cuja origem é explicada por várias teorias¹¹³.

Assim, finda a Idade Média, enfraquecido o absolutismo monárquico que a sucedeu, difundidos os ideais do Iluminismo, deu-se a revolução no plano ideológico, que significou a retomada pelo homem das rédeas do próprio destino. Nesse contexto, surgiram as teorias que devolveram ao indivíduo a responsabilidade da escolha, não mais colocando-o totalmente nas mãos de Deus. Essas noções, refletidas no plano político, geraram teorias que buscavam explicar a origem do Estado sob o ponto de vista antropocêntrico,

estrangeiros, escravos. Assim, a idéia de democracia abrangia todos os cidadãos, mas a cidadania era um privilégio obtido por pequena parcela da população.

¹¹² DUVERGER, Maurice. op. cit., p. 32.

¹¹³ LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and governmental process**. Chicago: Chicago University Press, 1968. O autor aponta várias teorias que tentam explicar a origem do mecanismo de representação: originária dos povos teutônicos, da alma livre dos povos anglo-saxões, e mesmo a que teria a remota origem da representação nas assembleias das províncias romanas no período do Baixo Império, que teria sobrevivido subconscientemente na Espanha e Gaul. A teoria mais recente é a que atribui a prática da representação à penetração das tradicionais técnicas representativas da Igreja Católica e suas ordens religiosas na vida secular. A primeira manifestação da técnica representativa teria ocorrido na Inglaterra e decorrido da Revolução Gloriosa. Somente a técnica da representação permitiu na Inglaterra a institucionalização do Parlamento como um poder separado, independente do governo. Essa experiência foi então seguida e o modelo se estabeleceu, com Locke tendo colhido na experiência inglesa os elementos para sua sistematização, feita nos seus "Tratados sobre o Governo".

salientando a importância da participação de cada um na opção pela vida organizada na sociedade.

Nesse sentido contribuíram Rousseau, com a teoria do contrato social, Hobbes com a idéia do pacto social, John Locke com a sua noção de igualdade e liberdade perante Deus, todos esses pensadores enfatizando a participação do homem na formação do Estado. Se essa hoje é uma maneira natural de conceber a sociedade, vale recordarmos que nem sempre foi assim. Lembremos que, durante a Idade Média, as noções de individualidade de igualdade e mesmo de liberdade eram inexistentes. Os indivíduos estavam divididos em classes e era disso que decorriam seus direitos e deveres, não da própria personalidade e atributos, mas do estamento ao qual pertenciam. O homem, durante a Idade Média, nascia no seio da nobreza ou da pobreza e, se não se tornasse membro da Igreja, viveria a sua vida toda atrelado ao limitado horizonte que lhe proporcionava a sua classe social¹¹⁴.

Com os ideais iluministas, que inspiraram a independência norte-americana e a Revolução Francesa, o homem descobriu sua individualidade e, depois de longos séculos adormecido, passou a assumir um papel mais atuante na organização da sociedade. O indivíduo viu-se então libertado da idéia de que estava atrelado ao modo de vida tal qual lhe fora designado por Deus, e passou a ocupar o papel central, atuando como sujeito que é capaz de determinar o próprio destino.

Essa nova concepção de que é o homem o ator principal da própria vida, portanto, foi, no plano ideológico, o fator que contribuiu à radical mudança da estrutura social,

¹¹⁴ LEFÈBVRE, Georges. **1789: o surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 37.

propiciando o surgimento e a difusão dos ideais da Revolução Francesa pelos países da Europa. A Revolução era efetivada no plano social à medida que os estamentos sociais eram destroçados e a nova sociedade, ainda composta de diferentes classes, passava a permitir a mobilidade social, mediante a possibilidade de o homem progredir por meio do próprio esforço¹¹⁵.

Correspondendo às novas aspirações sociais, destinando-se a assegurar os novos princípios que deviam pautar a atuação do Estado, liberdade e igualdade, foi também engendrado um novo sistema político, em substituição ao absolutismo: a democracia. Tendo como missão assegurar esses ideais revolucionários, a democracia foi fundada sobre as bases da Constituição, do sufrágio universal, do Parlamento como representante do povo, e do Poder Judiciário independente e imparcial¹¹⁶.

Do que já se escreveu a respeito da democracia, podemos aferir que há uma percepção quase unânime de que ela, se não é condição suficiente, é elemento essencial a que se alcancem os mais altos índices de justiça, paz e desenvolvimento social entre os povos. A democracia, assim, parece ser a base necessária às virtudes sociais.

3.2 Elementos da democracia atual

Fundado no Estado de Direito, que tem como um de seus pilares a separação de poderes, a democracia, porém, é informada também por outros elementos. O modelo democrático, que corresponde à democracia liberal estabelecida nos países capitalistas

¹¹⁵ LEFÈVRE, Georges, op. cit., e SHENNAN, J. H. **A França antes da Revolução**. Rio de Janeiro: Gradiva, 1885, p. 26.

¹¹⁶ DUVERGER, op. cit., p. 29.

avançados de 1870 até por volta de 1939, é a estrutura política que, com certas transformações, vige ainda nas constituições democráticas.

O que vem a ser a democracia, quais os elementos que a compõem? As respostas variam. Diferentes autores revelam algumas de suas diversas nuances, omitindo outras, o que decorre de ser a democracia um conceito composto por vários elementos.

No plano da filosofia política, considera-se que a democracia é composta por dois valores fundamentais: liberdade e igualdade¹¹⁷. Seu significado político, que remonta à democracia clássica, síntese do pensamento liberal, mas que ainda consiste em referência atual, consagra, ao lado da divisão de poderes do Estado, aqui já abordada, a soberania popular, a limitação constitucional à representação política e a declaração dos direitos e garantias individuais¹¹⁸.

A fim de analisarmos a interação entre os poderes com relação a um aspecto específico, no caso aqui, a atuação internacional do Estado democrático, é importante avaliarmos os traços da democracia que se perfaz no seio da realidade atual. Assim, a democracia que hoje se efetiva pode ser compreendida como um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e segundo quais procedimentos. Essas regras seriam, para a sociedade, primárias e fundamentais. Bobbio assim concebe a democracia, como um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo)

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47.

¹¹⁸ ROCHA, Maria Elizabeth, op. cit., pp. 184-5.

para solucionar os conflitos sem o derramamento de sangue. O governo democrático seria, para ele, fundamentalmente, o respeito rigoroso a essas regras¹¹⁹. São suas palavras:

“Entendo por Estado democrático aquele que se baseia em um pacto de não-agressão entre grupos políticos distintos e na estipulação, entre esses mesmos grupos, de um conjunto de regras que permitam a solução pacífica dos conflitos que possam surgir. Do mesmo modo, reitero que o efeito principal do falido processo de democratização da ordem internacional apóia-se no fato de que a única maneira de resolver os conflitos que surgem entre as nações continua a ser, em última instância, o recurso à violência recíproca. Isso é causado, de um lado, pela ineficácia do pacto de não-agressão entre grupos de Estados, que foi estipulado com um objetivo claro de defesa-agressão contra outros Estados.”¹²⁰

Para Bobbio, Estado de direito e Estado democrático caminham lado a lado. É que, na sua linha de raciocínio, a democracia reside na organização e no respeito às regras, possibilitadas apenas no âmbito do Estado de direito.

Há outro elemento também importante nessa concepção de democracia, que é o caráter público dos atos governamentais. Nesse prisma, só quando os atos governamentais são públicos, os cidadãos estão em condições de fiscalizá-los e, com isso, de exercer perante eles uma das prerrogativas fundamentais em uma democracia: controlar os governantes¹²¹.

A concepção democrática de Norberto Bobbio, que parece ficar restrita a um conjunto de regras de um jogo público, pode afigurar-se um tanto maleável, uma vez que refere somente o que seria a forma, excluindo a análise valorativa dessas próprias regras. Nesse sentido se poderia pensar que uma regra que fosse voltada contra a efetivação dos valores democráticos, como por exemplo um direito fundamental, desde que claramente

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 34.

¹²⁰ Ibid, p. 361.

exposta e seguida, indicaria a realização da democracia. Mas não se trata disso. Na verdade, a concepção de democracia como um conjunto de regras é mais um artifício usado por esse autor, que recorre a uma imagem simples e clara para tentar fixar um conceito. Bobbio de modo algum restringe a democracia a um aspecto formal, mas a avalia também pelo conteúdo das regras vigentes.

Sistematizado o pensamento de Bobbio, revelam-se as duas regras que ele tem como fundamentais: sufrágio universal e o princípio da maioria. A primeira regra define que todos os cidadãos adultos têm o direito de participar da escolha de seus governantes; a segunda estabelece que o que foi decidido pelo maior número de cidadãos será respeitado.

Celso Lafer, em prefácio à obra, onde interpreta o pensamento de Bobbio, refere que o método democrático tende a ativar a autonomia da norma aceita e, portanto, a diminuir a heteronomia da norma imposta. Bobbio possui uma firme convicção de que os melhores intérpretes do interesse coletivo são os próprios interessados.¹²²

Outros autores tratam a democracia como um sistema hierarquizado, sendo constituída por elementos necessários e elementos secundários.

Assim, de acordo com Pierre Pactet, as condições indispensáveis à democracia serão aquelas que fazem prevalecer a vontade da maioria. A democracia repousaria, portanto, sobre o sufrágio universal, implicaria pluralismo de agrupamentos políticos

¹²¹ Ibid., p. 364.

¹²² BOBBIO, op. cit, p. 17.

(multipartidarismo) e liberdade de cidadãos e de grupos. Essas, segundo esse autor, as condições necessárias para que a vontade da maioria possa ser efetivada.¹²³

O pluralismo político é necessário para que, na democracia, todo o povo possa escolher seus governantes. E não haverá escolha verdadeira se o eleitor não dispuser de múltiplas possibilidades. Isso implicaria, de uma parte, que não haja ortodoxia ideológica e de outra, que os partidos tenham liberdade de se formar e de agir. A rejeição de toda ortodoxia ideológica é fundamental. Em uma democracia pluralista, não pode haver uma verdade oficial.

O liberalismo político diz respeito às liberdades individuais e de associação suscetíveis de influenciar a formação da opinião. Todos devem ter liberdade de expressão, para que a oposição possa subir ao poder. Assim, a imprensa deve ser livre. As críticas e oposição devem poder ser expostas livremente, sem punições.

O princípio majoritário significa que todos os cidadãos devem poder votar, segundo condições mínimas de idade, de nacionalidade. Isso é necessário porque serão os eleitores que expressarão a vontade da maioria, a ser realizada no regime democrático.

Outra condição que favoreceria a democracia, não sendo essencial, seria a existência de um grande número de partidos, a fim de que a escolha dos detentores do poder, para usar a denominação dada por Loewenstein, seja feita com maior liberdade. Além disso, a democracia demandaria a educação e a informação, uma vez que só pode haver

¹²³ PACTET, Pierre. **Institutions Politiques Droit Constitutionnel**. 21ed. Paris: Armand Colin, 2002, p. 85.

efetivamente a escolha quando o cidadão tem a real consciência daquilo que está escolhendo.

3.3 A estrutura do Estado democrático

O novo Estado democrático, fruto dos valores surgidos no Século das Luzes, dos ideais que inspiraram a Constituição norte-americana de 1786 e que se difundiram a partir da Revolução Francesa, teve como um de seus pilares a separação dos poderes. A tal ponto esse princípio era tido como essencial que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu, no seu artigo 16: “um Estado em que não haja divisão de poderes não tem Constituição”.

A divisão funcional do poder ou, como tradicionalmente se diz, a separação de poderes, não foi uma invenção teórica, mas o resultado empírico da revolução constitucional inglesa, consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689. Foi uma conquista da Revolução Gloriosa a ascensão da autoridade do parlamento ao mesmo nível da autoridade real, o que reclamou o compromisso fixado pela divisão do poder. Assim, designaram-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras, e foi reconhecida a independência dos juízes. Esse compromisso foi identificado e teorizado por Locke, no seu “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, vinculando-o à existência de um estado inicial de natureza. A teoria, que foi desenvolvida e difundida a partir do final do século XVIII pela obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, tornou-se uma das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.¹²⁴

¹²⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 76.

Sobre essa teoria foi baseada a organização política liberal. As três diferentes funções estatais já haviam sido descritas por Aristóteles: a deliberativa, que diz respeito à tomada de decisões fundamentais, a executiva, relativa à aplicação das decisões pelos magistrados, e a judiciária, consistente na realização da justiça. Sem que Aristóteles tivesse concebido a atribuição dessas funções a órgãos diferentes, a sua divisão atrelou-se à fórmula difundida a partir de Montesquieu.

Na teoria clássica, a lei foi concebida como manifestação da vontade popular, expressa por meio dos representantes do povo. A atuação do Executivo, dentro dos limites da lei, assegura que sua atividade vise o bem comum. Daí a importância de que haja efetivamente a vinculação da lei à vontade do povo, a fim de que os atos de governo correspondam às suas aspirações. Traçando os limites para a atuação do Estado, portanto, a lei, como expressão da vontade geral, é o elemento garantidor da democracia concebida como o governo do povo para o povo.

Na concepção democrática liberal, a divisão de poderes é tida como elemento tão fundamental que se considera uma concreta ameaça às liberdades fundamentais o fato de as funções de legislar, executar e impor o respeito às leis se concentrarem em um mesmo órgão. Assim, o princípio da separação de poderes é tido como garantidor de uma maior segurança jurídica dos direitos humanos, portanto como alicerce do Estado de direito e, conseqüentemente, da própria democracia¹²⁵.

Em Locke, o Poder Legislativo é aquele a quem compete fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la a si própria e a seus

membros. É esse o poder supremo do Estado. Ao lado deste, existem o Poder Executivo, que compreende a execução das leis da sociedade dentro de seus limites, sobre todos os seus membros, e o Poder Federativo, que diz respeito à gestão da segurança e do interesse público externo. Este último poder compreende o poder de guerra e de paz, de firmar ligas e alianças e “todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas”.¹²⁶ Locke faz a diferenciação teórica entre os poderes Executivo e Federativo, todavia na prática os vê reunidos: “Embora, como já se disse, os poderes Executivo e Federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, em pessoas diferentes.”¹²⁷ Atribui essa união à necessidade concreta de que a força que requerem da sociedade não seja cindida, e à necessidade de que não haja a separação de duas vontades diversas.

A separação de poderes está estreitamente relacionada com a prática da representação e com o governo representativo. A essência legal da representação é que os representantes – independentemente do modo como são escolhidos – são autorizados a governar segundo a vontade daqueles que representam, colocando em prática as decisões coletivas. Essas técnicas de representação eram desconhecidas na Antigüidade e na Idade Média, e a esse fator Karl Loewenstein atribui o não desenvolvimento da separação dos poderes durante esse período¹²⁸.

¹²⁵ RÁO, Vicente. **As delegações legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 33

¹²⁶ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 516.

¹²⁷ *Ibid*, p. 517.

¹²⁸ LOEWENSTEIN, *op. cit*, p. 246.

Mesmo hoje, mais de dois séculos depois de seu surgimento e em um contexto completamente diverso, a divisão do poder estatal em Legislativo, Executivo e Judiciário é tida por muitos autores como elemento essencial à organização do Estado democrático.

Em Canotilho, vemos a separação de poderes concebida como princípio organizatório fundamental da Constituição. Assim, o caráter constitutivo da separação constitucional de competências, isto é, o fato de que a forma com que ela é moldada define o próprio Estado, justifica os termos restritivos das delegações de competência dos órgãos estatais.

Dentro dessa concepção, um aspecto importante é a necessidade não só de os poderes estarem separados em diferentes órgãos no Estado de direito, mas que essa separação seja respeitada na concretização da política, mantendo-se a prática fiel à Constituição. O autor mostra a preocupação com uma delegação indiscriminada de competências, o que constituiria um caminho para a dissolução da ordenação democrática das funções constitucionalmente estabelecidas. É como se, por meio das delegações, um truque fosse feito para se desvirtuar a estrutura e a relação entre os poderes, definidas na Constituição. Dessa forma, a estrutura constitucional estabelece um equilíbrio entre as funções, competências e legitimação dos órgãos, pelo qual se efetua um controle recíproco dos poderes (*checks and balances*) dentro de uma ordem jurídica que define os limites de atuação dos órgãos estatais.¹²⁹

No interior dessa delicada relação de equilíbrio, situa-se a questão da legitimidade. Assim, o que importa num Estado constitucional de direito não é tanto saber se o que o

legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima segundo o que está constitucionalmente estabelecido.

Admissível o exercício de poderes administrativos pelo parlamento (ex. funções de polícia exercidas pelo seu presidente), o exercício de funções legislativas pelo governo (medidas provisórias, decretos-leis) o exercício de funções administrativas pelo juiz, o que não coincide com os arquétipos apriorísticos e que, como frisa Canotilho, só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada.

Aquilo para o que se deve atentar, a fim de que a divisão essencial de poderes e o espírito constitucional sejam preservados é o respeito ao núcleo essencial de cada poder. Assim, na prática política pode ocorrer que funções específicas de um órgão sejam exercidas por outros, desde que essa atuação seja secundária, respeitando-se os limites constitucionais de competências. Aqui pode estar em jogo todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controle e sanção definido no texto constitucional. Nesse contexto, como exemplo do que seria uma usurpação indevida da função de um órgão por outro, Canotilho menciona o deslocamento da proteção jurídica dos tribunais para outro órgão (ex.: a apreciação de arbitrariedades do executivo pelo parlamento em substituição dos tribunais pode conduzir a que o parlamento confirme as próprias arbitrariedades do governo, sobretudo em casos de governos majoritários)¹³⁰.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 244.

¹³⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 245.

Distanciando-se da noção clássica, há vários autores que, frente às alterações ocorridas na sociedade desde o final do século XVIII, não reconhecem na separação de poderes uma importância tão grande para o bom funcionamento da máquina estatal. Karl Loewenstein afirma não crer que a diferenciação das funções estatais entre órgãos diversos seja essencial para a operacionalização do poder político.¹³¹ Para ele, a invenção da teoria da separação de poderes estaria condicionada no tempo e no espaço, sendo um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monárquico monolítico dos séculos XVII e XVIII. Apenas o constitucionalismo liberal identificaria liberdade individual com a separação de poderes.

Assim é que Loewenstein prefere substituir a idéia de separação de poderes pela separação de funções. Para ele, a separação de poderes é meramente a maneira tradicional de formular a necessidade do exercício compartilhado e mutuamente controlado do poder político. O que coloquialmente e erroneamente se denomina separação de poderes é operacionalmente apenas a distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos estatais. O termo “poderes”, firmemente estabelecido, deve ser entendido como meramente figurativo.¹³²

O tripartismo de Loewenstein, portanto, baseia-se na distinção entre a decisão política, a execução da política e o controle político. A decisão política consiste na determinação dos objetivos que devem ser buscados pelo Estado, e é função precípua do Poder Legislativo. A execução política reúne o conjunto de ações concretas pelas quais se efetua a implementação das decisões políticas, o que cabe ao Poder Executivo. A função de

¹³¹ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 31.

controle político, por sua vez, tem por objetivo limitar o poder político do governo, em primeiro lugar, mas também se destina ao controle político de qualquer que seja a categoria do detentor do poder. Essa função é atribuída a todos aqueles que Loewenstein designa como detentores do poder: governo, parlamento e o eleitorado, estando ligada à noção de responsabilidade no exercício do poder tanto pelos membros do Legislativo como do Executivo.

Assim, a decisão política consiste nas escolhas políticas principais tomadas por um Estado. Essas escolhas dizem respeito aos objetivos fundamentais de uma comunidade em relação ao seu futuro imediato, ou mesmo remoto. Referem-se tais decisões tanto a assuntos internos como externos, e seu conteúdo pode ser político, sócio-econômico ou mesmo ético ou religioso.

Diante dessa sucinta apreciação da concepção da divisão de poderes, a conclusão a que se pode chegar é que, se essa é uma teoria que ainda tem algo a oferecer à preservação dos valores inerentes ao Estado democrático liberal, as Constituições atuais enfrentam o grande desafio que reside em encontrar a fórmula que propicie a sua aplicação, tendo em vista as transformações do mundo em relação àquele no qual foi gerada. Vale aqui remontar às palavras de Loewenstein quando afirma:

“A história do constitucionalismo desde sua invenção tem sido nada mais que a busca perene da fórmula mágica para estabelecer o equilíbrio ideal entre o governo e o parlamento; isso nunca foi descoberto e, possivelmente, não existe. A maior aproximação a isso é o governo de gabinete na Grã-Bretanha, e, dentro disso, como o nome indica, o gabinete governa e o parlamento confirma. O Estado constitucional sempre tem oscilado entre a superioridade do governo e a ascendência da assembléia, o governo alçando

¹³² LOEWENSTEIN, op. cit., p. 35

a posição de comando em períodos de crise o parlamento recuperando sua estatura sobre o retorno da normalidade. As flutuações no dinamismo do poder foram em geral refletidas no vaivém do pêndulo ideológico, indo e vindo, da liberdade para a autoridade, dois conceitos igualmente difíceis de conciliar em um equilíbrio harmonioso permanente.”¹³³

O que percebemos do pensamento de Loewenstein é que, apesar de identificar que a realidade impede a igualdade de forças entre Legislativo e Executivo, ele entende importante o zelo para que essa desigualdade seja, por assim dizer, a menor possível. Essa, na verdade, seria a intenção de qualquer constitucionalista que construa sua teoria no contexto do Estado democrático de direito.

Assim, mesmo consciente das inafastáveis circunstâncias do mundo atual, em que o governo exerce funções legislativas, tanto autonomamente como por delegação, pondera que essa atividade, não própria do governo, deve ocorrer sob certas condições, demandando uma série de justificativas (gerenciamento de crises, dinamismo para administrá-las, qualificação técnica). Sua conclusão é que a delegação legislativa ao governo, sendo atividade de exceção, deve ser exercida estritamente dentro dos limites da norma permissiva e em conformidade com ela.¹³⁴

3.4 Características da democracia moderna

¹³³ No original: “The history of constitutionalism since its invention has been nothing but the perennial quest for the magic formula to establish the deal equilibrium between the government and parliament; it has never been discovered and, possibly, does not exist. Its closest approximation is cabinet government in Britain, and, under it, as the appellation implies, the cabinet governs and the parliament confirms. The constitutional state has always oscilated between the superiority of the government and the ascendance of the assembly, the government rising to the commanding position in periods of crisis, the parliament regaining its stature upon the return of the normalcy. Fluctuations in the power dynamism were usually reflected in the swing of the ideological pendulum back and forth from liberty to authority, two concepts equally difficult to reconcile in a permanently harmonious equilibrium.” LOWENSTEIN, op. cit., p. 185.

¹³⁴ Ibid., p. 209.

Analisando-se o sistema político hoje em vigor, revela-se que apesar de ser fundado sobre as mesmas bases da democracia liberal, apresenta marcantes divergências em relação a esta. A antiga estrutura é mantida, existem as mesmas instituições, todavia é no seu funcionamento que são reveladas as grandes diferenças.¹³⁵

O aspecto mais aparente nessa transformação consiste no enfraquecimento do Parlamento, simultâneo à proeminência do Governo. Esse fortalecimento do Executivo não decorre apenas da parcela de funções que retira do Parlamento, legislando em lugar dele por meio de decretos-lei, ou medidas provisórias, mas é devido também ao crescimento dos poderes do Estado, decorrente do aumento da demanda social por serviços públicos sociais e econômicos, do aparecimento das empresas estatais, da necessidade de planificação. Da necessidade de uma maior atuação do Estado na vida social e econômica, percebida a partir da Segunda Guerra Mundial, é que decorre o crescimento do aparelhamento estatal.

As diferenças entre a democracia do período de 1870 até a II guerra Mundial, e a que se estabeleceu a partir de 1945 residem, pois, nas mudanças ocorridas na sociedade, que tiveram reflexo no funcionamento político do Estado. Se antes imperava a concorrência econômica, a lei do mercado, elas foram mitigadas pela atuação de grandes empresas, muitas vezes em conjunto, ocasionando distorções na concorrência. As empresas privadas aproximam-se hoje do porte, organização e hierarquização dos órgãos estatais. Com o crescimento do poder das empresas, torna-se necessário o fortalecimento das ações do Estado. O desenvolvimento econômico impôs assim a necessidade de regulação estatal da produção, do comércio, do consumo. Por outro lado, a feição política da sociedade também

¹³⁵ DUVERGER, Maurice. op. cit., p. 31. O autor emprega o termo 'tecnocracia' para designar a forma atual

se transformou: o antigo sistema abrigava poucos partidos, radicalmente posicionados, enquanto eles hoje se multiplicam, atenuando suas diferenças e agregando-se em torno de interesses comuns.

Analisando esses aspectos da realidade social e sua vinculação com a política, observa-se surgir, em tempos de crise, a tendência de dotar o Executivo de mais liberdade para agir, enquanto que em tempos de estabilidade, prepondera a atuação do Legislativo. No sistema da democracia clássica do Estado democrático-liberal, contaminado pelo receio do povo diante do possível monopólio da vida pública pelo Executivo, como reflexo da experiência do antigo regime, mesmo em pleno século XX, após a I Guerra Mundial de 1914-18, o arranjo político foi vivenciado de modo a conceder uma posição modesta ao Executivo em relação ao Legislativo¹³⁶. Essa tendência só foi superada pelo advento da crise econômico-social que adveio posteriormente.

Frente a essas transformações profundas que ocorreram na sociedade desde o final do século XVIII até hoje, tendo passado o mundo recentemente por graves situações de crise social e econômica, em sua reação, o Estado passou a abarcar funções em maior número e mais complexas. O desafio, que demandou o alargamento de algumas funções estatais, ocasionou o fortalecimento do Poder Executivo.

3.5 O funcionamento do sistema democrático: parlamentarismo e presidencialismo

de democracia, surgida a partir da II Guerra.

¹³⁶ PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4^a. ed. São Paulo, Saraiva, 1962, II Vol., p. 426.

O modo de relacionamento entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo é o ponto fundamental na caracterização dos regimes de governo¹³⁷. Cuida-se aqui, partindo dos modelos teóricos de cada um desses regimes, de analisar como se dá a separação de poderes em cada um deles, analisando-se suas peculiaridades.

Três seriam os traços fundamentais do regime parlamentar, segundo Maurice Duverger¹³⁸: primeiro, um executivo dualista, composto por um chefe de Estado e por um gabinete ministerial; segundo, a responsabilidade política do gabinete perante o parlamento, que significa que os ministros devem demitir-se quando perdem a confiança da câmara, e pela participação desta na investidura do novo governo; e o terceiro traço, facultativo, o direito de dissolução.

O regime presidencial apresenta, segundo a maior parte da doutrina, dois elementos: o primeiro seria a separação absoluta entre os poderes, em oposição ao regime parlamentar. A separação drástica ocorre nos Estados Unidos, considerado como o puro regime presidencialista, amenizando-se em outros países que adotam regime semelhante. O segundo aspecto que caracteriza esse regime é a proeminência do Executivo.

Aos traços acima mencionados, que seriam os essenciais de cada regime, podem ser somadas outras características. O parlamentarismo também implica a eleição ou aprovação do gabinete, com a aceitação de seu programa, pelo voto da maioria parlamentar, o primeiro ministro como o chefe do gabinete ao qual cabe o exercício das funções governamentais, a discriminação limitativa das atribuições do Chefe de Estado (monarca ou

¹³⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 75.

presidente da república eleito por uma assembléia nacional). A isso somam-se também a faculdade do chefe de Estado de dissolver as câmaras antes do término de seu mandato, sob proposta e com o assentimento do primeiro ministro, a formação do gabinete pelo primeiro e pelos ministros indicados e nomeados pelo chefe de Estado, a constituição do gabinete por elementos representativos do partido majoritário ou das coligações partidárias que formam a maioria parlamentar, o acesso dos ministros e de seus secretários parlamentares, ou demais secretários de Estado, ao plenário das Câmaras e suas comissões e sua participação nos debates, a faculdade parlamentar de interpelação dos membros do gabinete, de votação de moções de confiança, ou desconfiança, ou censura do gabinete ou de algum dos seus membros, o entrelaçamento das atribuições da câmara e do gabinete no exercício das funções legislativas, seja quanto à iniciativa das leis, seja quanto ao processo de sua elaboração¹³⁹

Richard Moulin¹⁴⁰ aponta que hoje é a combinação entre separação de poderes e a proeminência do presidente que constituem a definição do regime presidencial. Todavia, analisando detidamente a questão, objeto de sua obra, conclui com a proposta de um novo elemento: a responsabilidade política como traço também essencial à diferenciação dos dois regimes. Assim, o regime parlamentar seria caracterizado pela responsabilidade dos ministros perante o parlamento, enquanto que o presidencialismo implicaria na proeminência e ausência de responsabilidade política do Executivo. Considera o autor ainda

¹³⁸DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 19a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p 258.

¹³⁹RÁO, Vicente. op cit., p. 36.

¹⁴⁰MOULIN, Richard. **Le presidencialisme et la classification des regimes politiques**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 217.

como presidencialistas regimes em que coexistem a prevalência do Executivo e a responsabilidade ministerial perante as câmaras.

Vicente Ráo aponta outra a característica que considera o traço mais saliente do parlamentarismo: a formação do governo por membros da maioria das câmaras.¹⁴¹

Já no presidencialismo, outras características seriam: a) incompatibilidade com o regime monárquico; b) eleição, em geral popular, do presidente da república que exerce, ao mesmo tempo, as funções de chefe de Estado e chefe de Governo, competindo-lhe nomear e demitir livremente os seus ministros que, perante ele ou solidariamente com ele, respondem, não dependendo sua escolha, nem sua permanência nos respectivos cargos, de prévia aprovação de seus nomes, ou do programa de governo, pelas câmaras; c) o exercício das funções governamentais pelo chefe de Estado-chefe de Governo, com a colaboração de seus ministros, durante todo o tempo de seu mandato, salvo afastamento ou perda do cargo por processo regular de *impeachment*; d) a comunicação do chefe de Estado-chefe de Governo com o congresso por meio de mensagens, o exercício de suas funções pelas câmaras durante todo o tempo do mandato das respectivas candidaturas, as quais não podem, pois, ser dissolvidas pelo chefe de Estado, a participação do chefe de Estado-chefe de Governo no processo legislativo limitado ao direito de iniciativa das leis (em alguns tipos de presidencialismo), de veto, ou de sanção, promulgação e publicação das leis votadas pelas câmaras e ao direito de regulamentação destinado a facilitar a execução das leis, cabendo-lhe a exclusividade da iniciativa das leis orçamentárias e de aumento de

¹⁴¹ RÁO, Vicente, op. cit p. 35.

despesas e, finalmente e) a possibilidade de convocação dos ministros perante as comissões parlamentares e, segundo certos tipos de presidencialismo, perante o plenário¹⁴².

Tanto em um como em outro sistema admite-se a constituição e funcionamento de comissões parlamentares de inquérito.

A partir dessas características, examinando o aspecto que diz respeito ao exercício pelo governo da prerrogativa originalmente parlamentar de elaboração das leis, Vicente Ráo coloca que a delegação de funções legislativas mais se compreende e mais facilmente é explicada quando é praticada dentro do sistema parlamentarista. Pois nele o Executivo emana do Legislativo, de cuja confiança depende. No parlamentarismo, é o governo como que uma comissão ou delegação do parlamento, o que não ocorre no presidencialismo, onde a separação de poderes é, portanto mais nítida e mais incisiva.

Essa a caracterização sucinta dos dois sistemas de governo vigentes na grande maioria dos países liberais, em cujos contextos se dá a dinâmica atual dos poderes, o que será abordado a seguir.

3.6 A relação ente os poderes na democracia atual

A conformação da sociedade atual, tão diversa daquela que originou a conformação clássica do Estado de direito, refletida na organização e no funcionamento político estatal, altera a dinâmica entre os poderes seja qual for o regime adotado, parlamentarismo ou presidencialismo. Assim, apesar de esses regimes estarem fundados sobre as mesmas bases

¹⁴²Ibid, p. 37.

daqueles originados quando do nascimento da democracia liberal do final do século XVIII, e que foram o seu meio de manifestação, a dinâmica política atual revela neles novos traços.

Como já vimos, atualmente, ainda que enfraquecida na prática, a separação formal dos poderes, com a manutenção das estruturas legislativas e executivas tradicionais, ainda é tida como pedra angular da organização política dos países liberais. De um lado, o chefe de Estado e de governo e o aparelho administrativo com suas prerrogativas e poder de decisão conforme delegações. De outra banda, as estruturas deliberantes, que continuam a ser as assembléias representativas.

Assim, não é na estrutura política que se verifica o enfraquecimento da separação de poderes, mas na dinâmica das funções por eles desempenhadas, as quais deixam de corresponder àquelas tradicionalmente desenhadas. Essa transformação altera o equilíbrio do sistema político desenhado na teoria clássica.

Considera-se haver uma verdadeira nova repartição de funções entre os poderes. Essa nova organização seria resultante de uma tendência geral nas sociedades contemporâneas, que consiste em confiar ao seu governante o poder de tomar as grandes decisões políticas, as quais se traduzem pelas leis ou pelas medidas executivas, ficando a cargo das assembléias o papel de refletir e controlar essa ação governamental¹⁴³. Assim, de

¹⁴³ PACTET, op. cit., p. 114.

uma concepção primitiva do governo como órgão de execução, a sua concepção atual seria a de governo como órgão de impulso.¹⁴⁴

A nova repartição de funções resulta de uma tendência geral das sociedades contemporâneas, que consiste em atribuir ao governante a competência para tomar as grandes decisões políticas, as quais se traduzem nas leis ou nas medidas executivas, cabendo às assembleias o papel secundário, de avaliação e de controle da ação governamental. Assim, hoje em dia, o governo está no poder para realizar a plataforma eleitoral do partido ou coligação vencedoras das eleições, com a colaboração constante das assembleias, compostas por representantes eleitos dentre candidatos dos partidos formalmente registrados. É por isso que a divisão verdadeira não mais é identificada pelos autores entre o poder de fazer a lei e o de executá-la, mas entre o poder que pertence aos órgãos executivos de dirigir a política nacional, utilizando para isso o aparato administrativo de que dispõe e, de outra parte, a função hoje atribuída aos órgãos deliberantes, isto é, às assembleias, de controlar a ação governamental¹⁴⁵.

Assim, nas democracias atuais, a divisão de papéis consiste no reconhecimento das funções diretiva e administrativa assumidas pelo chefe de Estado e de governo e as funções deliberantes e de controle assumidas pelas assembleias.¹⁴⁶

Nesse novo esquema, o equilíbrio institucional existiria apenas no regime presidencial, onde legislativo e executivo encontram-se, em tese, independentes e possuem

¹⁴⁴ BARACHO, op. cit., p. 79.

¹⁴⁵ PACTET, op. cit., p. 114.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: CAETANO, Marcelo, **Direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 246, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **O processo legislativo**, cit., p. 128, Pinto Ferreira, cit., p. 426, Baracho, cit., p. 80, Duverger, cit., p. 58.

mecanismos de pressão e de ação recíprocos. Como observa Pactet, no regime presidencialista, se a maioria parlamentar pertence a um partido diferente do partido do presidente (como freqüentemente ocorre nos Estados Unidos), este não pode impor sua vontade ao legislativo, então ocorre o equilíbrio. Entretanto, nos regimes em que o governo é responsável perante a assembléia e onde ele deve portanto ser apoiado por uma maioria, o equilíbrio tende a declinar, e se ele subsiste, é porque estará apoiado em outras causas. Com efeito, o que se verifica no contexto político atual é que o governante que conta com o apoio de uma maioria fiel dispõe tanto do legislativo como do executivo. É dessa forma que, na concretização atual do poder, não se pode falar em poderes antagônicos, mas a colaboração entre eles torna-se condição de sua eficácia.

A análise realista do arranjo de poder nos dias de hoje revela que os órgãos executivos, considerados pelo pensamento clássico tradicional como órgãos secundários e subordinados, uma vez que não procediam diretamente da vontade da nação, atualmente são em realidade o elemento motor e dinâmico de todo sistema político. Muito distante de serem os instrumentos de uma política decidida pelas assembléias, eles devem ser encarados como os verdadeiros autores e realizadores da política nacional, a qual os órgãos representativos não podem senão aprovar e supervisionar. O seu papel não é mais o secundário, mas o principal.

Os órgãos executivos tendem a se fortalecer, pelo crescimento de sua autoridade e ampliação dos seus poderes. Essa ampliação de poderes executivos ocorre pela transferência de competência. Em certos países, a assembléias têm seu Poder Legislativo limitado pela Constituição, enquanto que o executivo é dotado de competência normativa

de direito comum. Assim, existe na maior parte dos países um sistema de legislatura delegada, que permite às assembleias habilitarem o governo a intervir pela via regulamentar nas matérias que são normalmente legislativas.

Além disso, tem sido observado que muitos temas de importância crescente estão primordialmente na seara de competência do Poder Executivo, como as relações internacionais, defesa, economia. É o Poder Executivo que quase exclusivamente decide tais assuntos, restrita a atuação das assembleias a um controle ulterior, eventual e distante.

As assembleias, que, por sua vez, têm como funções clássicas a representativa, a deliberativa e, nos regimes parlamentares, a de controle do governo, vêem hoje sua importância reduzida, em contraste com a crescente importância do executivo. Sob o aspecto legislativo, essa retração do legislativo deve-se precisamente ao crescimento do papel normativo do governo (projetos de lei, legislatura delegada, aumento do poder regulamentar).

Há outro fator de enfraquecimento das assembleias, que é a integração dos Estados em organismos supranacionais. Nesses organismos ou uniões supranacionais, ocorre uma transferência de competências do Estado para o ente supraestatal, o que reduz, em consequência, as competências internas das assembleias nacionais.¹⁴⁷

Por conta desse fenômeno, chega-se a considerar que o legislativo não mais constitui um freio eficaz aos excessos eventuais do executivo. Na verdade, esse freio só existiria nos regimes presidenciais autênticos, que são raros. Nos regimes em que o governo

¹⁴⁷ PACTET, op. cit., p. 118

é responsável perante uma assembleia, em princípio ele tem como fazer aprovar pela maioria que o apóia as leis que lhe são necessárias. Assim, o legislativo, apesar de seu caráter representativo, não tem mais o *status* de protetor dos governados.

Observando o modo de funcionamento dos regimes atuais de governo, Pactet defende que se estaria diante de um envelhecimento da teoria da separação dos poderes. Talvez esse anacronismo deva-se ao fato de que ao tempo em que foi elaborada, não havia ainda a dinâmica dos partidos políticos, tal como se manifesta na forma moderna. Atualmente, mais que oposição entre poderes executivo e legislativo, a oposição verifica-se nas relações partidárias.

Não é o caso de se sustentar que a teoria da separação dos poderes pertença ao passado. Tanto entre os eleitores quanto entre os governantes a separação dos poderes é proclamada e demandada, bem como praticada nas decisões judiciais que muitas vezes a utilizam como fundamento no julgamento de questões constitucionais.

Se a teoria clássica perdeu força e hoje não se manifesta nas nuances com que os seus idealizadores a conceberam, a organização política dos países liberais reflete ainda a estrutura orgânica em conformidade com ela. Vale indagar se, na realidade atual, essa teoria estaria tão enfraquecida que não existiria mais um controle recíproco entre os poderes, e que a sociedade estaria sujeita à livre ação dos titulares do poder, principalmente dos integrantes do hoje preponderante Poder Executivo.

A teoria de separação dos poderes destina-se, desde sua criação, a estabelecer um equilíbrio de forças, de modo a que seja favorecida a real manifestação de um regime

liberal. Todavia, ao analisar o funcionamento de regimes contemporâneos, teoricamente sujeitos à teoria separatista, verifica-se, em muitos casos, a concentração de poder, sem que deixem de manter sua característica de regimes liberais. Entendemos que, ao se analisar mais detidamente o modo pelo qual se dá a atuação dos poderes hoje em dia, podemos inferir o mecanismo vigente pelo qual não se verifica a realização do modelo estanque descrito pela teoria clássica, mas de um sistema de exercício compartilhado das funções dos distintos órgãos do Estado.

3.7 O compartilhamento das funções estatais

Na verdade, entendemos que a melhor interpretação que hoje se poder fazer da teoria de separação de poderes implica distanciamento da noção clássica, que prega a separação das funções em diferentes órgãos do Estado como requisito ao Estado de direito. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao lado de inúmeros constitucionalistas que reconhecem a dificuldade de verificar a efetivação da divisão na sua fórmula clássica, afirma:

“A ‘Separação de poderes’, versão clássica da divisão funcional do poder, está, sem dúvida, superada. Foi ela estruturada para outras circunstâncias, segundo um quadro de forças muito diferente do atual, dentro de uma concepção bem diversa do papel do Estado na vida social. Permanece, porém, em pé e atualíssima a idéia central que a inspirou.”¹⁴⁸

Essa idéia traz a exata noção do que cremos ser o atual conteúdo da teoria da divisão dos poderes. De fato, trazendo elementos novos à concepção clássica, mas sempre nela inspirados, é possível fazer uma interpretação em que se verifica que a divisão dos poderes, mesmo numa época em que se reconhece a hipertrofia do Poder Executivo, é uma fórmula atual e eficiente, na medida em que atua na preservação do equilíbrio do sistema político.

O entendimento aqui defendido já foi exposto por Kelsen, para quem essa teoria é princípio de organização política, que pressupõe poderes determinados pelas distintas funções do Estado. Todavia, Kelsen reconhece que essa fórmula nem sempre corresponde à realidade, uma vez que nem sempre é possível definir as linhas exatas que separam as funções entre si.¹⁴⁹ Munro é outro autor em que se pode apontar a presença dessa idéia¹⁵⁰.

Kelsen indica elementos reais que confirmam seu entendimento, como a noção de que nem sempre a ordem jurídica é criada exclusivamente por um órgão designado como legislador: existe função legislativa do chefe do Poder Executivo na maioria das constituições que proclamam aderir ao princípio da separação de poderes, quando elas autorizam o chefe do executivo a expedir normas gerais, em lugar do órgão legislativo, em circunstâncias peculiares, independentemente de autorização especial (como é o caso dos decretos-lei, no Brasil no passado, ou das medidas provisórias atualmente). O mesmo fenômeno ocorre quando os tribunais estão autorizados a anular leis inconstitucionais. E em relação ao legislativo, bem observa Kelsen que este tem uma posição de privilégio na criação das normas gerais, mas não o seu monopólio.¹⁵¹

Entendemos que assiste razão àqueles autores para quem o princípio de Montesquieu de modo algum destrói as relações entre órgãos e poderes, ou melhor, funções, que podem chegar a uma certa dependência, propiciando a colaboração no que toca ao exercício dos atos de uma mesma função.¹⁵²

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 97.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 287.

¹⁵⁰ MUNRO, apud PINTO FERREIRA, op. cit., p. 430.

¹⁵¹ KELSEN, op. cit., p. 67.

¹⁵² DABIN, Jean, apud BARACHO, op. cit., p. 68.

Nessa linha, o que realmente importa para assegurar o equilíbrio dos poderes no funcionamento da máquina estatal não é o peso ou o número de funções que cada um deles exerce, mas o fato de não as exercerem de forma autônoma.

Essa noção de divisão e compartilhamento das funções do Estado não se trata, como já foi muitas vezes apontado, do exercício de funções executivas pelo legislativo ou judiciário, na sua administração interna, ou da legiferação ou administração pelos tribunais, ao editarem seu regimentos ou contratarem seus funcionários. Essas não são as funções estatais típicas atribuídas a cada poder, mas são necessidades inerentes não só a cada órgão público, mas a toda empresa privada, e não têm, portanto, qualquer implicação no equilíbrio entre os poderes.

O que realmente é fator de equilíbrio na dinâmica política é o exercício de cada função do Estado – edição de normas gerais, execução dessas normas e decisão - não só pelo seu titular, mas mediante a interferência efetiva de outro poder.

Mais importante do que a separação de poderes ou de funções, o verdadeiro pilar do Estado democrático é o compartilhamento das funções estatais. Isso significa a cooperação entre os diferentes órgãos no desempenho de cada função estatal: definição dos valores a serem buscados (função legislativa), cumprimento das funções estatais segundo esses valores (função executiva), decisão das lides de acordo com os mesmos valores eleitos (função judicial).

Essa é a fórmula seguida pelos modelos constitucionais, e é aplicada, como já vimos em Kelsen, quando as leis são elaboradas pelo legislativo com a colaboração do executivo,

e quando o executivo e o judiciário cumprem suas funções de executar e decidir sob o parâmetro dessas leis. Assim, o sentido da divisão dos poderes pode ser identificado não pela atribuição a cada órgão de uma das funções (legiferante, executiva e judiciária), mas pelo desempenho de cada função em si com a participação de mais de um órgão. Essa divisão de funções implica que nenhuma das funções – de legislar, de executar e de julgar – fica a critério único e exclusivo de um só órgão, e que, nessa interferência de um poder na atuação do outro residiria a preservação do limite de cada poder e do equilíbrio entre eles: é o mecanismo de freios e contrapesos em ação, não só externamente, mas por meio de linhas de conexão estabelecidas no cerne da atuação dos poderes.

Com relação à feitura da lei, a cargo do Poder Legislativo, vemos a possibilidade de interferência do executivo, por meio da faculdade do presidente tanto de vetar as leis como de exercer a iniciativa legislativa. Além disso, ao executivo é concedida a prerrogativa de legislar provisoriamente, editando normas (decretos-lei, medidas provisórias) que podem tornar-se leis depois de avaliadas pelo parlamento. A interferência do judiciário na atividade do parlamento também existe, uma vez que tem a faculdade de exercer a legiferação negativa, por meio da declaração de inconstitucionalidade. Na atividade do executivo, que realiza a ação descrita na lei, a interferência do legislativo é prévia, uma vez que a execução é feita nos limites legalmente traçados. Na sua atuação internacional, negociando e firmando os tratados, também há o controle, mesmo tímido, por parte do parlamento, que tem de aprová-los. Por outro lado, está o executivo também sujeito ao crivo do judiciário, quando demanda ou é demandado judicialmente. Por sua vez, a função do judiciário, de decisão das lides, é também pautada pela lei, não podendo o juiz criar

livremente o direito. Em alguns países os integrantes das mais altas cortes indicados pelo Chefe do executivo, o que também revela a interferência externa.

Na vivência constitucional, a teoria clássica, que foi interpretada como a atribuição de cada atividade estatal a um órgão específico, sempre encontrou obstáculos à sua plena concretização, chegando-se mesmo a considerá-la um mito. Levando-se em conta o aspecto real da organização política encontrada nos diversos países que, ao surgimento da teoria, que descreveu excepcionalmente as três faces do Estado, seguiu-se o desenvolvimento de um mecanismo político que assegurou não a depuração de cada função no interior dos diferentes órgãos estatais, mas um sistema diverso, em que cada poder é o titular de uma função específica, a qual, todavia, nunca é por ele exercida exclusivamente, mas sempre mediante a interferência de outro poder. Nessa hibridização, portanto, é que estaria a chave do verdadeiro e efetivo equilíbrio entre os poderes, preservando-se, no modo de atuação do Estado, a possibilidade do controle recíproco entre eles, visando à sua concretização em correspondência com os princípios democráticos.

Segundo essa concepção, haveria a ameaça ao equilíbrio da estrutura estatal sempre que a participação dos outros poderes não fosse assegurada no exercício das funções próprias a um deles. O desafio hoje consistiria em que as constituições alcançassem, na descrição das atividades de cada uma das funções estatais pelo seu titular, um mecanismo que possibilitasse a efetiva participação dos titulares das demais competências, criando um sistema de verdadeiro compartilhamento do poder. Este seria um esquema que, se descrito de forma eficiente pela constituição, e se utilizado para os devidos fins pelos seus titulares,

constituiria um instrumento eficaz para a preservação do equilíbrio, com vistas ao funcionamento do Estado democrático e realização dos seus princípios.

4. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

O modo de relacionamento entre o direito interno e o Direito Internacional varia de acordo com as leis de cada Estado e de cada segmento do Direito Internacional (tratados, direito das organizações internacionais, direito comunitário). As diferentes formas de integração entre o direito doméstico e cada tipo de Direito Internacional estão relacionadas a duas teorias: o monismo e o dualismo.

4.1 Duas teorias: monismo e dualismo

A teoria monista não concebe que Direito Internacional e direito interno sejam duas ordens distintas e isoladas, mas uma só. Considera existir uma lógica sistêmica entre as duas categorias de normas, que são submetidas ao princípio de subordinação¹⁵³. Há duas correntes na teoria monista: uma que sustenta a primazia da ordem interna, em que o Direito Internacional seria derivado do direito interno. A outra, no extremo oposto, vê a ordem internacional como preponderante, uma vez que seria ela a origem da lei interna. A teoria monista coloca os sujeitos de Direito Internacional numa posição mais ou menos

¹⁵³ RUIZÈ, David, **Droit International public**. 14 ed. Paris: Daloz, 1999, p. 10.

análoga à dos entes de uma federação, na qual todos têm seu direito próprio, enquanto as leis da federação ao como um direito comum a todos eles.

A teoria monista comporta dois ramos antagônicos, um assegurando primazia ao direito interno; outro a do Direito Internacional. Considera-se que o monismo na verdade corresponde a duas teorias distintas ¹⁵⁴.

O monismo com primazia do direito interno tem como base a idéia de que o Estado é soberano absoluto, não estando, por isso, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. O Direito Internacional retiraria sua validade do direito interno, sendo meramente um direito estatal externo (Jellinek, Wenzel, Verdross, inicialmente)¹⁵⁵. Isso dá margem a que as normas de Direito Internacional não sejam válidas internamente em um Estado se contrariam o direito nacional.

Por outro lado, o monismo com primazia do Direito Internacional (teoria defendida por Kelsen, Verdross, Kunz) considera Direito Internacional e interno integrantes de uma mesma ordem jurídica, na qual a norma fundamental é a norma de Direito Internacional. O monismo radical (Kelsen) prega que a norma interna não pode sequer ir de encontro à norma de Direito Internacional, que seria o seu fundamento. O monismo moderado (Verdross) sustentou a possibilidade de conflito entre a norma internacional e a interna, todavia com a preponderância da norma internacional.

Enquanto o monismo implica a unidade entre as ordens jurídicas, a interna e a internacional, o dualismo supõe a justaposição de duas ordens distintas.

Essa teoria reporta-se ao voluntarismo, à idéia de que, nas relações externas travadas pelos Estados, deve sempre prevalecer a vontade de cada um deles. O tratado, portanto, se é capaz de obrigar o Estado no plano internacional, não é um meio em si de criação do direito interno. O tratado será sempre apenas um convite ao Estado para emitir um ato particular de sua vontade.

O dualismo trata Direito Internacional e direito interno como duas ordens jurídicas iguais, independentes e isoladas¹⁵⁶. As duas ordens jurídicas nunca se tocam, e isso significa que para uma norma internacional ser aplicada no âmbito interno, deve primeiro ser transformada em uma norma de direito doméstico, por meio do devido processo previsto pelo direito de cada Estado.

Na versão radical do dualismo, a norma internacional só poderá ingressar no âmbito interno se for plenamente compatível com o ordenamento jurídico interno. Caso a ele seja contrária, não poderá ingressar no direito doméstico. Essa teoria manifesta a posição mais radical e mais nociva ao Direito Internacional.

A Convenção de Viena de 1969 rejeita essa teoria. Consta de seu art. 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

¹⁵⁴ COMBACAU, Jean e SUR, Serge. **Droit International Public**. Paris: Montchrestien, 2001.,p. 178.

¹⁵⁵ MELLO, Celso. Curso de ... p. 111.

¹⁵⁶ ROUZIÈ, David. **Droit International public**. 14 ed. Paris: Daloz, 1999, p 23..

A concepção dualista pode situar-se em uma posição oposta, de modo a garantir a superioridade do Direito Internacional em relação ao direito interno. Essa teoria surgiu com Triepel e foi desenvolvida na Itália, por Dionísio Anzilotti e outros (Sereni, Perassi)¹⁵⁷.

A primazia do Direito Internacional sobre o direito doméstico na teoria dualista ainda implica a necessidade de a norma internacional ser internalizada pelo procedimento previsto em cada Estado. Depois de ingressar no ordenamento jurídico interno é que ela tem o efeito de revogar as normas contrárias, independentemente de seu status (o que abrange as normas constitucionais), bem como prevenir que se editem normas nacionais que modifiquem o Direito Internacional internalizado.

Noutra versão, o dualismo significa que a norma internacional internalizada pode acarretar a revogação mesmo das normas anteriores que lhe são contrárias, desde que não se trate da Constituição. É o caso da França, na Constituição de 1958, art. 55, da Grécia, Constituição de 1975, art. 23 parág 1º, Peru, Constituição de 1979, art. 101¹⁵⁸.

O fato é que, segundo o dualismo, independentemente de qual a ordem jurídica que prevaleça, a interna ou a internacional, é necessário que se observe procedimento formal para transportar o conteúdo normativo dos tratados para o direito interno, para que estes, embora já existentes no plano externo, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Já na teoria monista não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao

¹⁵⁷ TRIEPEL, apud MELLO, Celso, op. cit., p. 110.

¹⁵⁸ REZEK, Direito dos Tratados, cit., p. 463.

direito interno após a ratificação de um tratado, e estará ele automaticamente surtindo efeitos jurídicos na ordem interna¹⁵⁹.

O relacionamento do direito interno de cada Estado com o Direito Internacional manifestará uma dessas duas teorias e suas derivações.

Os Estados podem ainda adotar diferentes sistemas segundo o tipo de tratado em questão. Mesmo que aplique a teoria dualista em um tratado do tipo clássico (o que demanda a sua internalização), pode-se proceder, em relação a certos tratados, segundo a teoria monista. É o que tende a ocorrer quando os Estados chegam a um alto nível dentro dos processos de integração, como da União Européia, cujas normas – as diretivas – são automaticamente aplicadas no âmbito dos Estados-membros sem demandarem processo de internalização, sem que isso afaste a possibilidade de esses mesmos Estados aplicarem o dualismo em relação a outros tipos de tratados de que são parte.

4.2 Hierarquia entre internacional e direito interno

Doutrina e jurisprudência têm defendido a primazia do Direito Internacional, o que, sob o aspecto teórico, faz sentido: as normas internacionais são dirigidas aos Estados, portanto, seria impossível existirem, em última análise, duas ordens jurídicas contraditórias e independentes, o que seria negar o próprio Direito Internacional¹⁶⁰.

¹⁵⁹ RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991, p. 17.

¹⁶⁰ RODAS, Op. cit., p. 112.

Do ponto de vista da sociedade internacional, para que ela possa desenvolver-se pela colaboração entre os Estados, é fundamental que sejam cumpridos os compromissos assumidos por meio dos pactos internacionais. Esse é um dado importante.

A concepção nacionalista que defende a primazia do direito interno busca justificativa na preservação da soberania estatal. É fruto do temor de que, ao garantir a prevalência do Direito Internacional, o Estado esteja abrindo mão de sua soberania.

Sob o aspecto estritamente teórico, a primazia do Direito Internacional é sem dúvida a tendência mais coerente. A superioridade do Direito Internacional em relação à ordem interna se justificaria uma vez que, fundado na declaração de vontade do ente estatal, o pacto internacional não implica a perda de poder por parte do Estado mas é, pelo contrário, uma decorrência da sua vontade soberana.

As decisões tomadas no plano internacional, e que originam os compromissos estatais, só podem ser aplicadas em relação aos Estados que declaram vontade de se comprometer perante os demais membros do acordo. Cada membro tem, teoricamente, total liberdade para tanto, o que condiz com a própria natureza voluntária do Direito Internacional – natureza esta que afasta a idéia de perda de soberania. A própria declaração de vontade é em si um ato de soberania.

Todavia, essa questão merece ser analisada sob um ponto de vista realista. Considerando o desnível entre os Estados na esfera internacional, que refletem as suas condições individuais, essas diferenças acabam por afetar, na prática, o equilíbrio formal das relações internacionais. Diante dessa circunstância, o cuidado em preservar o direito

interno surge como um mecanismo que possibilita aos países mais fracos preservarem-se de conseqüências danosas de pactos que resultem de deliberações nas quais eles são a parte mais fraca - e que, portanto, muitas vezes não lhes são as mais favoráveis.

Da mesma forma com que o dualismo já serviu a alguns países europeus mais fracos para se protegerem das principais potências vizinhas, ele hoje é aproveitado pelos países mais fracos internacionalmente em decorrência de questões relacionadas ao desenvolvimento.

Pode-se dizer que, falando em termos do dever ser, o devido lugar do Direito Internacional corresponderia àquele acima das ordens jurídicas nacionais. Todavia, no mundo do ser, devido ao receio – com base real - dos países mais vulneráveis, de que as decisões internacionalmente tomadas não lhe sejam as mais convenientes, a prevalência, em alguma medida, do direito interno ainda se justifica.

Entretanto, sendo ciência em constante transformação, nada impede que, em virtude havendo modificação do cenário atual, que nos leve ao efetivo equilíbrio entre os povos, possa vir o Direito Internacional a ocupar o lugar que, numa lógica sistemática, a ele deve ser confiado: o de preponderância sobre o direito estatal.

É sempre a lei de cada Estado que elege a forma de relacionamento entre as duas ordens jurídicas, interna e externa, por meio de previsão constitucional. Essa sistematização data da Revolução Francesa, que inspirou as constituições européias a preverem os requisitos à vigência interna das normas adotadas internacionalmente.

A previsão constitucional da forma de relacionamento entre o direito externo e interno, desenvolvida na Europa a partir da Revolução Francesa, está relacionada com o modo de participação dos poderes estatais na celebração dos tratados.

4.3 Competência para celebrar tratados: o *Treaty-making power*

A descrição do modelo constitucional de assunção de compromissos internacionais pelo Estado, que a partir do final do século XVIII passou a envolver a participação do Poder Legislativo, é decorrência da derrocada do absolutismo.

Até então, o absolutismo era informado pela idéia de que o monarca era o único titular do poder estatal, sendo, portanto, inteiramente sua a competência para a celebração dos pactos internacionais, ou de seus delegados.

Os autores remetem novamente a Hugo Grotius as bases para o desenvolvimento do modelo de celebração de tratados do moderno Direito Internacional. Ao discorrer sobre o direito da guerra e da paz, Grotius abordou a questão de a quem pertencia a faculdade de celebrar a paz, concluindo que deveria ser aquele que detém o supremo poder do Estado. Nas monarquias, seria o monarca, nas aristocracias, a maioria do mais alto conselho, e nas democracias, a maioria do povo¹⁶¹.

Em 1749, Christian Von Wolf estendeu a idéia que Grotius tinha a respeito das declarações de paz para os demais tratados. Aponta-se ter sido ele um dos primeiros teóricos a sustentar que era a nação o titular da soberania, e não a pessoa do monarca,

¹⁶¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 141.

formulando a idéia de que o poder de celebrar tratados pertence à nação, portanto exercido por aquele ou aqueles investidos desse poder, e que o exerce em nome da nação¹⁶².

Emmer de Vattel, propagando as idéias de Wolf, diria que é nas leis fundamentais de cada Estado que deve ser buscada a localização do poder de contratar validamente em nome do Estado, que poderia estar nas mãos do monarca somente ou compartilhada com um senado ou corpo representativo da nação¹⁶³.

Conjectura-se que as idéias de Vattel tenham influenciado a feitura da Constituição dos Estados Unidos da América, que previu a repartição do poder de celebrar tratados entre o Presidente e o Senado. O fato é que ali voltou a estar presente a idéia de repartição dessa competência que, desde os tempos antigos, tinha permanecido exclusivamente nas mãos de um soberano¹⁶⁴.

A repartição das competências para a atuação externa do Estado, que ressurgiu na época devido às revoluções francesa e americana, estava intimamente ligada à consagração da teoria da separação de poderes. Uma vez que deveria haver o equilíbrio entre os poderes, cujo mecanismo era o controle recíproco, a atuação internacional também deveria externar esse princípio. Assim, o Poder Executivo, que externamente representava o Estado, teria sua ação observada pelo parlamento, de modo a garantir de alguma forma a participação dos representantes populares nas decisões internacionais, a bem da manutenção do princípio democrático.

¹⁶² Ibid, p. 143.

¹⁶³ Ibid, p. 144.

¹⁶⁴ Na antiguidade, tanto na Grécia como em Roma havia a participação do Senado nas decisões a respeito dos compromissos assumidos externamente (ver capítulo 1).

Portanto, consistindo o tratado em uma obrigação que estabelece regras de conduta, da mesma forma que a lei, pode ser traçado um paralelo entre a formação das leis e a celebração dos tratados. Assim, como elaboração da lei, que cabe ao Legislativo, tem a participação do Executivo, pela iniciativa, poder de veto e publicação, na formação do tratado, iniciado e negociado pelo executivo, deve ser assegurada a participação do parlamento, que é propiciada por meio do mecanismo interno de aprovação.

Na Constituição dos Estados Unidos de 1786, coube ao Presidente a iniciativa e negociação dos tratados, esta acompanhada de perto pelo Senado, ao qual incumbiu aprovar o texto final. As constituições da maioria dos países ocidentais também estabeleceu a co-participação dos dois poderes na assunção dos compromissos internacionais.

Assim, em geral, é adotada uma das seguintes fórmulas para a assunção de compromisso externos:

- a) a competência é exclusiva do Poder Executivo (monarquias absolutas e monarquias constitucionais não parlamentares);
- b) a competência é exclusiva do Poder Executivo, mas há controle político e legislativo do parlamento (regimes parlamentares);
- c) a competência é dividida entre o executivo e o legislativo eventualmente para certos tipos de acordos, como os que derogam leis, impõem encargos financeiros ou demandam procedimento legislativo (sistema franco-belga);
- d) a competência é do executivo, com o consentimento do Senado (Estados Unidos);

- e) a competência é do executivo, com o consentimento da duas câmaras (Portugal e vários países da América-Latina);
- f) a competência é exclusiva do Poder Legislativo, com a participação facultativa do povo, por meio da iniciativa popular ou do referendun Suíça)¹⁶⁵.

A fórmula constitucional de assunção dos compromissos externos é um ponto de contato entre o direito doméstico e o Direito Internacional. Cabe a cada Estado disciplinar as condições de celebração do tratado e o procedimento para que adquira valor jurídico no seu direito interno. Por outro lado, o Direito Internacional não admite que as questões internas interfiram no compromisso assumido internacionalmente.

O procedimento constitucionalmente previsto para a celebração dos tratados, indicando os poderes estatais envolvidos na efetivação e assunção dos compromissos internacionais, bem como o procedimento a ser seguido para sua incidência interna, é um ponto de contato entre Direito Internacional e constitucional.

Cabe ao Direito Internacional determinar quais são as pessoas jurídicas de Direito Internacional capazes de celebrar tratados, mas cabe ao direito constitucional, direito interno, determinar quais são os poderes constituídos que possuem competência para celebrá-los. E, para estipular essa competência, o direito constitucional “não só é exclusivamente competente, mas também completamente livre para determinar as normas relativas à competência para celebração de tratados”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ BASDEVANT e MIRKINE-GUETZÉVICH, apud CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 154.

¹⁶⁶ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 150.

O Direito Internacional é indiferente ao modo eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional no seu ordenamento jurídico. A ele apenas importa que o tratado seja, de boa fé, cumprido pelas partes.

E, nessa definição, podem os modelos adotados pelas constituições coincidir, mas não há um que seja principal¹⁶⁷.

4.4 O procedimento de celebração de tratados no direito brasileiro

A relação entre o direito brasileiro e o Direito Internacional se dá segundo o dualismo desde a Constituição do Império, de 1824. Essa carta previa ser necessária a utilização do mecanismo de recepção da norma internacional para que pudesse vir a surtir efeitos no nosso ordenamento.

Desde então, o procedimento previsto para a celebração dos tratados e seu posterior ingresso no ordenamento jurídico pátrio tem sido pouco modificado pelas constituições que se seguiram.

O Brasil se insere no sistema adotado pela maioria dos países, mesmo nas grandes democracias parlamentares, onde a dinâmica das relações internacionais é de competência do Poder Executivo.

¹⁶⁷ Países Baixos, entre 1906 e 1953 adotava-se o monismo, não sendo necessário nenhum procedimento de recepção para que o tratado incidisse internamente.

Assim, o comprometimento externo formal, a expressão do consentimento do Estado em relação aos tratados, é sempre efetuada por meio de um ato de governo, na forma de assinatura, ratificação e adesão.

4.5 Dualismo moderado

Uma vez que a Constituição de 1988 não foi explícita a respeito, buscam-se indícios para situar nosso sistema jurídico em uma ou outra teoria – monismo ou dualismo - em relação ao Direito Internacional, e constroem-se interpretações. A prevalência da norma constitucional está assentada no art. 102, inciso III, “b”, que submete o tratado ao controle de constitucionalidade.

O sistema constitucional brasileiro não se situa no dualismo extremado, uma vez que não exige a edição de lei em sentido formal para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno¹⁶⁸. Nosso dualismo é moderado, bastando que, para efeito da executoriedade doméstica dos tratados, seja efetuado o iter procedimental que compreende a aprovação do Congresso nacional e a promulgação executiva do texto convencional¹⁶⁹.

Assim, o que decorre da interpretação jurisprudencial do texto constitucional vigente no Brasil é a adoção do dualismo moderado, com prevalência do direito

¹⁶⁸ A internalização do pacto por meio de lei tornaria o processo muito mais lento.

¹⁶⁹ Voto do Ministro Celso de Mello no Agravo regimental em carta rogatória n. 8279-4 – República Argentina, publicado no D.J. em 10/08/2000.

constitucional, como determinado pela Constituição, possuindo o tratado, internalizado pelo procedimento do decreto legislativo, status de lei ordinária.

A Constituição de 1988 atribui ao Presidente da República a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Constituição de 1988, art. 84, inciso VIII.

Adotado, portanto, pelo direito pátrio, o sistema que envolve executivo e legislativo na assunção de obrigações internacionais, o que também é característica das democracias, mesmo que tenham o sistema de governo presidencialista. Com raras exceções, é regra que o consentimento previsto pelo direito interno para a vinculação definitiva ao tratado seja dado pelo Poder Legislativo¹⁷¹.

No que concerne ao Congresso, dispõe a Constituição ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, inciso I)¹⁷².

Uma vez firmado o tratado pelo Presidente da República, é necessária sua aprovação pelo Congresso Nacional, que se dá pela via do decreto legislativo, por ser o instrumento normativo pelo qual o Congresso delibera sobre as matérias de sua competência exclusiva¹⁷³.

¹⁷¹ O modelo suíço, que prevê o referendo popular como condição para a conclusão de certos tratados, bem como a consulta ao eleitorado dos países europeus, integrantes da União Européia, a fim de admitirem-se novos membros, são exceções. Rezek, Parlamento e tratados... cit., p. 121-2.

¹⁷² A redação atual dos dispositivos constitucionais, tanto o art. 84, VII, como o 49, em muito se aproxima daquela presente na primeira constituição da República, que já empregava uma multiplicidade de termos (ajustes, tratados, convenções). Essa redundância terminológica, é alvo constante da crítica doutrinária, uma vez que dá margem a interpretações que levam à exclusão de pactos com diferentes denominações. Todavia, não parece ser este o entendimento mais correto. A questão foi interpretada por Carlos Maximiliano como uma intenção de abranger todas as formas possíveis de comprometimento no âmbito externo. In: MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1946**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 238.

¹⁷³ O art. 49 da Constituição, ao falar em “competência exclusiva” do Congresso, determina a utilização de decreto legislativo, que é a espécie normativa produzida exclusivamente no seio do Poder Legislativo. Tem o mesmo status jurídico que a lei ordinária, uma vez que é votado da mesma forma – maioria simples (art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”). A única diferença procedimental entre o decreto legislativo e a lei, portanto, reside no fato de que a lei deve ser promulgada pelo Presidente da República, que tem sobre ela o poder de veto ou sanção. Essa última etapa é inexistente

Depois de publicado o decreto legislativo aprovando o tratado, esse é submetido à promulgação por meio do decreto presidencial. Interessante notar que a edição do decreto presidencial não encontra respaldo constitucional, sendo meramente fruto de um costume nacional, que remonta ao tempo do Império, e que é considerado obrigatória pelo STF para que o tratado vigore internamnte¹⁷⁴. Vale citar o que o Min. Francisco Rezek diz a respeito:

“A promulgação de tratados – que se praticou na França entre 1875 e 1940, e que se nunca deixou de se praticar no Brasil – é ato de publicidade de que o tratado existe, e vincula o país, devendo por isso ser executado. Ela mal se distingue, assim, da mera publicação – esse mínimo indispensável a que se tenha notícia da existência da norma de Direito das Gentes, cuja necessidade nem o mais ortodoxo dos monistas pretenderia negar. E, apesar de sua linguagem no modelo brasileiro, o ato promulgatório não é exatamente uma ordem de execução imprescindível. (...) a publicação pura e simples tem sido bastante para introduzir em nossa ordem jurídica certas espécies de compromisso internacional. Não se compreenderia, além disso, que o texto, a que se reconhece, quando menos, a estatura hierárquica de uma lei federal, padecesse da estrita dependência de uma ordem de execução com nível de decreto simples do chefe de Governo.”¹⁷⁵

Todavia, a maioria dos países adota o sistema de promulgação de tratados.

4.6 Procedimento parlamentar

no processo de feitura do decreto legislativo. (AMARAL JR., Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro, In: **Revista Jurídica Virtual - Casa Civil da Presidência da República**, abril/maio 2000, p. 2.)

¹⁷⁴ MELLO, Celso, op. cit, p. 230.

¹⁷⁵ REZEK, Direito dos tratados, cit., p. 383-4.

Para a assunção de compromissos internacionais, a vontade individualizada de cada um dos poderes, executivo e legislativo, é necessária, mas não suficiente¹⁷⁶. Assim, concluída a negociação de um tratado, caso o Presidente da República queira efetuar a

declaração de vontade definitiva em relação ao tratado celebrado¹⁷⁷, deve encaminhá-lo ao legislativo.

Mensagem do Presidente da República envia ao Congresso Nacional o inteiro teor do tratado, acompanhado de exposição de motivos que a ele, Presidente, foi enviada pelo Ministro de Relações Exteriores¹⁷⁸. A mensagem é enviada ao Congresso por um aviso do Ministro Chefe da Casa Civil ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados – tendo o mesmo encaminhamento dos projetos de lei de iniciativa do governo, cuja tramitação inicia na Câmara, e não no Senado¹⁷⁹.

A matéria é então discutida e votada separadamente, primeiro na Câmara dos Deputados, depois no Senado Federal. Caso seja reprovado na Câmara, casa iniciadora, é findo o processo e rejeitado o tratado.

¹⁷⁶ REZEK, Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 1996.

¹⁷⁷ Depois de assinado o tratado, o Presidente pode mandar arquivá-lo, ou aprofundar estudos antes de mandá-lo á aprovação parlamentar.

¹⁷⁸ Eventualmente a Exposição de Motivos, em razão da matéria, é também assinada por outros ministros de Estado.

¹⁷⁹ REZEK, Parlamento e tratados... p. 13p.

O procedimento parlamentar na Câmara é iniciado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa nacional, a quem cabe elaborar o projeto de decreto legislativo. A proposição tramita em regime de urgência¹⁸⁰, o que determina seja apreciada simultaneamente em todas as comissões a que, pela pertinência do tema, for distribuída por despacho da Mesa Diretora¹⁸¹.

Além das comissões de mérito a que a matéria estiver afeta, o projeto de decreto legislativo é encaminhado à Comissão de finanças e Tributação, para exame da adequação financeira e orçamentária, e à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, para exame da constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e boa técnica legislativa¹⁸².

Ao final da tramitação na Câmara dos Deputados, a proposição é apreciada pelo Plenário dessa Casa, em único turno de discussão e votação¹⁸³.

No Senado, o projeto de decreto legislativo aprovado pela Câmara é apreciado pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e pelo Plenário. Se o Senado o aprovar na forma em que fora recebido da Câmara, o projeto é transformado em decreto legislativo e promulgado pelo Presidente do Senado. Caso seja aprovado com emenda, o projeto retorna à Câmara, que delibera definitivamente sobre a alteração introduzida pelo Senado.

¹⁸⁰ Art. 151, inciso II, alínea “j” do **Regimento Interno da Câmara dos Deputados** – RICD.

¹⁸¹ Art. 139, incisos IV e VI do RIDC.

¹⁸² PINTO, Júlio Roberto de. **Tratados internacionais** – A participação do legislativo na celebração. In: Prática Jurídica. Ano III, n. 24, 31 de março de 2004, p. 28 (pp 26 a 30).

¹⁸³ Art. 53 do RIDC.

Aprovado o decreto legislativo, é promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado no Diário Oficial da União¹⁸⁴.

O legislativo, contudo, pode não só aprovar ou rejeitar integralmente o tratado, mas apor emendas, que deverão ser negociadas pelo Executivo com os outros Estados, para ratificação do tratado. Pode portanto o Legislativo aprovar o tratado com reservas (ressalvas) a dispositivos do texto, elaborar cláusulas interpretativas ou ainda propor modificações ao texto para a posterior renegociação do ato pelo Poder Executivo. Todavia, essa prática não tem sido tão comum como a aprovação integral do tratado.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Francisco Rezek entende ser o decreto legislativo, enquanto instrumento de celebração dos tratados melhor técnica que o uso de lei formal. “Não faz sentido”, pondera, “que esse ato aprobatório, espelhando com absoluta pureza a posição do Congresso, comporte sanção do Presidente da República - e abra, conseqüentemente, a insólita possibilidade de veto”. O min. Rezek sustenta ainda que o decreto legislativo só é utilizado para exprimir a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional. Quando este o rejeita, não há promulgação de decreto legislativo, cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República. Esclarece ainda o ministro que um único decreto legislativo pode aprovar dois ou mais tratados. E diz que o tratado aprovado por decreto legislativo, mas que tenha sido denunciado pelo Governo após a ratificação, deve ser novamente aprovado por outro decreto legislativo caso o Brasil queira novamente aderir ao pacto. É que se trata de novo pacto, ainda que com novo teor, obrigação que não pode estar a critério apenas do Poder Executivo. Rezek, Parlamento e tratados..., cit., p. 140.

¹⁸⁵ A Diretoria Legislativa do Senado indica ter havido, de 1960 a 2001, quatorze acordos onde as ações tomadas pelo legislativo foram distintas da aprovação integral: Acordo de Comércio e Pagamentos, celebrado entre o Brasil e a Tchecoslováquia, a 24 de junho de 1960 – Aprovado pelo Congresso Nacional com emendas, as quais foram posteriormente negociadas pelo Executivo com o governo da Tchecoslováquia, que as aceitou (Decreto Legislativo n. 71/1961); Acordo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos e o Brasil. Assinado em Washington, em 6 de fevereiro de 1965 - Aprovado com ressalva (Decreto Legislativo n. 69, de 15/07/1965; Convenção n. 90, da OIT – Rejeitada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 20/65); Convenção sobre Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969. Texto aprovado na Comissão de Relações Exteriores e na de Constituição e Justiça e de Redação com reservas a alguns dispositivos (Projeto de Decreto-Legislativo n. 214-A/92); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Aprovada pelo Congresso Nacional retirando-se a reserva aposta pelo Poder Executivo (Decreto Legislativo n. 107/95); Tratado de Extradicação (Brasil/Canadá) – Aprovado com reservas pela Comissão de Relações Exteriores e de Constituição, Justiça e Redação (PDL n. 220-A/95); Tratado de Extradicação Brasi/Coréia – Aprovado com reservas pela CRE e pela CCJR (PDL 258-A/96); Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos (Brasil/Suíça) – Aprovado com uma cláusula interpretativa pela Comissão e Relações Exteriores e Defesa Nacional. Comissão de Finanças e Tributação(PDL 348-A/96): aprovação com reserva (emenda do PDL) e cláusula interpretativa. Plenário: apresentação de emenda substitutiva global pelo Deputado Walter pinheiro e outros. Retorno à Comissão de Economia, Indústria e Comércio, CFT e CCJR em 14/10/99 (inclusão de reservas e cláusulas interpretativas) em 14/10/1999. Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos (Brasil/Portugal). Aprovado com uma cláusula interpretativa pela Comissão de Relações Exteriores e

Uma vez ratificado o tratado pelo Presidente da República, o Congresso não mais poderá revogar o decreto legislativo pelo qual o tenha aprovado¹⁸⁶. Trata-se de decreto legislativo que, na prática, na maior parte das vezes, não pode ser revogado por outro ato de mesma natureza. Se essa circunstância destoia da lógica comum do sistema, coaduna-se com a complexidade do processo de internalização do tratado, envolvendo dois poderes estatais.

Somente após feita a ratificação do tratado é que será expresso o consentimento definitivo do Estado no plano internacional. Assim sendo, caso ainda não tenha sido o acordo ratificado pelo Presidente da República, nada obsta que o decreto legislativo seja revogado pelo Congresso por outro decreto legislativo¹⁸⁷.

Pode ocorrer que o governo brasileiro decida aderir a um pacto internacional já vigente. O aderente é um Estado que, havendo ou não negociado o tratado, não o assinou em tempo (e por isso não o ratificou). Em certos pactos é admitida a participação posterior de outros países além daqueles que originalmente o firmaram.

Defesa Nacional (PDL 365-A/96.) Plenário – Apresentação de emenda substitutiva global pelo Deputado Walter Pinheiro e outros. Retorno à Comissão de Economia, Indústria e Comércio, Comissão de Finanças e Tributos e e Comissão de Constituição, Justiça e redação em 14/10/99 (inclusão de reservas e cláusulas interpretativas); Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos (Brasil/Chile). Aprovado com uma cláusula interpretativa pela CREDN (PDL 366/96; Acordo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (Brasil/Reino Unido). Aprovado com uma cláusula interpretativa pela CREDN (PDL 367/96). Plenário: apresentação de emenda substitutiva global pelo Deputado Virgílio Guimarães (com reservas a dispositivos do acordo). Volta às Comissões. CEIC: aprovação da emenda de plenário em 4/11/99. CCJR: aprovação da emenda em plenário em 26/01/2000; Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos (Brasil/França), celebrado em Paris em 21 de março de 1995. CEIC: aprovação do PDC da CREDN com substitutivo (com reservas a dispositivos do Acordo e cláusula interpretativa (em 10/02/2000; Acordo entre o Brasil e os Estados Unidos Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999. Aprovado com ressalva pela CREDN.

¹⁸⁶ REZEK, Parlamento e tratados, cit., p. 141 e PINTO, Júlio, op. cit., p. 29.

¹⁸⁷ REZEK, Parlamento e tratados, cit., p. 141.

No Brasil, a fim de aderir a um tratado, é necessário também o consentimento do Congresso Nacional. A fim de que a adesão seja um ato definitivo de comprometimento em relação ao pacto, é necessário o consentimento prévio do Poder Legislativo.

O exame feito pelo Congresso Nacional para a adesão do país a tratados segue o mesmo procedimento daquele observado para dar o consentimento a sua ratificação. No decreto legislativo, o Congresso autoriza o governo a aderir, ou simplesmente aprova o tratado, para o efeito de adesão. Também no caso de adesão é necessária a promulgação do tratado mediante decreto do Presidente da República¹⁸⁸.

4.7 Acordos executivos

A prática brasileira, assim como ocorre em outros países, indica a existência, já desde longa data, de acordos internacionais celebrados por membros do Poder Executivo sem que sejam examinados ou aprovados pelo Poder Legislativo.

A questão é polêmica no Brasil, e gerou inúmeras discussões doutrinárias. Sustentavam uns que em certos tipos de acordo poderia haver o comprometimento externo do Estado por obra exclusiva do governo. Outros insistiam que a qualquer tipo de pacto internacional era necessária a aprovação do Congresso Nacional¹⁸⁹.

A posição hoje adotada no Brasil reflete a tendência mundial que admite a existência de acordos em forma simplificada - ou acordos executivos -, aqueles onde a

¹⁸⁸ REZEK, Direito dos tratados, cit., p. 426.

¹⁸⁹ Clovis Beviláqua sustentava, desde a Constituição da primeira República, a necessidade da participação do legislativo para qualquer tipo de acordo. Essa visão foi defendida por Haroldo Valladão, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, na famosa polêmica travada com Hildebrando Aciolly, que defendia

manifestação definitiva de vontade do Estado é dada sem o prévio consentimento do Poder Legislativo.

Com efeito, sob a égide da Constituição de 1988, são utilizados dois processos para a celebração de tratados: o processo completo (que envolve a participação do Congresso Nacional) e o processo abreviado (onde o Poder Executivo compromete o Estado sem consultar o parlamento).

Assim, a regra geral é que os tratados são sujeitos a referendo do congresso Nacional. Porém, admite-se a celebração de acordos executivos, ou em forma simplificada, em duas situações. A primeira é o acordo executivo como subproduto de tratado vigente. Ocorre quando esses acordos se destinam a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes que foram já aprovados pelo Poder Legislativo, e em cujo texto estejam previstas as ações então efetuadas pelo governo¹⁹⁰.

A segunda possibilidade é a de acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária. Podem ser celebrados quando estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e quando puderem ser desconstituídos unilateralmente, mediante simples comunicação à outra parte sem que seja necessária denúncia¹⁹¹.

a licitude dos acordos executivos. Ver, a respeito, REZEK, *Direito dos Tratados*, cit., p. 295 e segs, Rezek, *Parlamento e tratados*, cit., p. 125 e segs, CACHAPUZ DE MEDEIROS, cit., p. 46.

¹⁹⁰ REZEK, *Direito dos tratados*, cit., p. 314, CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 481.

¹⁹¹ REZEK, *idem*, p. 317, CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 481.

4.8 Posição brasileira: primado do direito constitucional interno

A preponderância do direito interno ou internacional dificilmente aparece como uma fórmula rígida no direito dos Estados, mas varia conforme o tempo e mesmo conforme a natureza do acordo em questão.

Não é admitida a prevalência do tratado em relação à norma constitucional. A norma está inserida no art. 102, III, “b” da Constituição de 1988, que submete o tratado ao controle de constitucionalidade. Assim, mesmo diante do princípio de *pacta sunt servanda*, que vigora no Direito Internacional, não se admite que um tratado que contrarie dispositivo da Constituição seja integrado ao nosso ordenamento, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve o Estado responder.

Entretanto, a relação entre a legislação ordinária e os tratados não é conteúdo de norma de direito positivo. As sucessivas Constituições não têm esclarecido a matéria, que vem sendo decidida pela jurisprudência. Já vigorou em nosso país a tendência de consagrar o primado do direito internacional em relação à legislação ordinária, existindo várias decisões judiciais em tal sentido.

O Supremo Tribunal Federal já considerou que uma lei anterior é revogada por um tratado que venha a vigorar no Brasil (Apelação Cível n. 9.587, União Federal v. Cia de Rádio Internacional do Brasil, 1951), assim como entendeu que uma lei posterior não é

capaz de revogar um tratado vigente no nosso ordenamento jurídico (STF, Pedido de Extradução n. 7, de 1913 e Apelação Cível n. 7.872, de 1943)¹⁹².

Todavia, a posição que se firmou no STF a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1978, foi da primazia do direito interno constitucional.

Desde esse pronunciamento do STF, firmou-se no Brasil a posição segundo a qual o tratado, uma vez formalizado, passa a ter status de lei ordinária¹⁹³. Esse entendimento é amparado por elementos extraídos da própria Constituição.

É que na recepção do tratado pelo direito interno, o que, segundo o art. 49 da Constituição, cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, a espécie normativa utilizada é o decreto legislativo.

Para Pontes de Miranda, o decreto legislativo é uma lei sem sanção, ou seja, um ato do Congresso Nacional que tem a mesma estatura de uma lei, mas que não demanda a intervenção do Presidente da República¹⁹⁴. Isso daria ao tratado internalizado, sob ponto de vista do direito interno, a estatura necessária para eventualmente revogar lei contrária, como é aqui admitido. Por outro lado, pelo mesmo motivo, acaba o tratado sendo afastável pela lei posterior. Isso dá coerência ao sistema brasileiro, do modo como vem sendo encarado pela jurisprudência.

Outro fator que reforça o *status* de lei ordinária ao tratado sob a roupagem de decreto legislativo é o de que a maioria requerida para a aprovação dessa espécie normativa

¹⁹² MELLO, op. cit., p. 118.

é a mesma da lei ordinária – a maioria simples, art. 47 da Constituição. Assim, justo é que desfrute de idêntica posição hierárquica que aquela¹⁹⁵.

Outra norma constitucional que indica a paridade entre a lei ordinária e a norma que internaliza o tratado é o art. 102, inciso III, alínea “a”, que atribui ao STF a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, o que indicaria o tratamento equivalente de uma e de outra¹⁹⁶.

Assim, vigente o tratado no direito brasileiro, pode revogar as disposições em contrário, ou vir a ser revogado (*rectius*: perder eficácia), diante de lei posterior.

Mas, em qualquer caso, no Brasil, o tratado nunca poderá ser contrário à Constituição, nem tratar de matéria reservada à lei complementar¹⁹⁷. Causa de infelicidade dos internacionalistas mais fervorosos, que clamam ser isso, além de retrocesso doutrinário, grave impedimento ao desenvolvimento atual do Direito Internacional¹⁹⁸.

Consagrando a prevalência do direito interno constitucional em relação ao tratado, na oportunidade em que proferia o julgamento do RE 80.004, o Supremo Tribunal manifestou, por decisão da maioria, o entendimento de que, diante do conflito entre o tratado e a lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador, deve ter a

¹⁹³ Recurso Extraordinário 80.004. Revista dos Tribunais 83, p. 809.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, apud AMARAL JR., Os tratados no ordenamento... cit., p. 4.

¹⁹⁵ AMARAL Jr., José Levi Mello do Amaral. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Cit., p. 2. Texto extraído em 07/03/2005 In: **Consultor Jurídico**, (www.conjur.com.br, <http://conjur.uol.com.br/textos/252140>)

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. In: <http://kplus.cosmo.com.br>, texto extraído em 23/04/2004.

¹⁹⁷ Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480-3 – DF, Relator Ministro Celso de Mello. D.J. 18/05/2001.

sua prevalência garantida pela justiça. Isso vale mesmo que implique conseqüências no plano internacional pelo descumprimento do tratado¹⁹⁹.

Entende a Suprema Corte que, na falta de previsão constitucional que assegure ao tratado a prevalência sobre as normas internas, o Judiciário deveria garantir a autoridade da norma mais recente, dada a sua paridade dentro do ordenamento jurídico.

A conseqüência disso é que, caso seja editada lei interna posterior ao tratado, ele perde sua eficácia no ordenamento jurídico nacional. Isso coloca o Estado em mora internacional, caso não haja a denúncia do tratado.

Há que se observar que a utilização do critério cronológico, decorrente do princípio *lex posteriori derogat priori*, presente no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, coaduna-se, em se tratando de normas que internalizam obrigações internacionais, com o critério da especialidade²⁰⁰. Assim, a adoção de um tratado posterior de caráter geral não revoga a lei anterior de caráter específico, e vice-versa.

O critério da especialidade é um complemento à utilização do critério cronológico e serve para dar-lhe precisão. A sua utilização conjunta pelo STF indica um tratamento adequado das relações entre tratados e leis internas com base no *status* hierárquico concedido ao pacto internalizado.

Para o STF, uma lei geral não pode derogar uma lei especial. O seu entendimento no HC 72.131 – RJ é o de que nem toda lei nova, somente por ser nova, tem força para

¹⁹⁸ Idem, p. 119.

revogar uma lei anterior que com ela conflita. Não basta somente ser lei nova, mas é necessário que, além disso, seja ela apta para revogar a lei anterior, o que só ocorre no caso em que ambas as leis são especiais, ou em que ambas são gerais.

Esse critério aparece na ADI 1.480-3 DF e na Carta Rogatória n. 8279-4, da República da Argentina, em voto do Ministro Celso Mello:

“A infraconstitucionalidade de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério de especialidade.”²⁰¹

4.9 Situações particulares no direito brasileiro atual

Trata-se aqui de saber se a regra da paridade entre tratado e lei encontra alguma exceção no ordenamento brasileiro. A questão leva a duas situações.

A primeira é a relativa aos tratados em matéria tributária, em virtude do que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

¹⁹⁹ Recurso Extraordinário 8004.

²⁰⁰ Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. 18/05/2001.

²⁰¹ RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/3434.

Indaga-se, entretanto, se seria possível que a disposição do CTN tivesse “estatura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica”²⁰². A dúvida parece razoável.

Todavia, a questão encontra saída simples por meio de uma interpretação constitucional que segue outro caminho, desviando-se desse aspecto polêmico.

É que, ao se dizer que um tratado é capaz de revogar ou modificar a legislação tributária interna, como admite o CTN, estaria sendo contrariada a disposição constitucional que prevê o tratamento da matéria por lei complementar²⁰³.

Sendo a lei ordinária e a lei complementar ambas normas primárias²⁰⁴, a exemplo dos decretos legislativos, em princípio não guardam relação de hierarquia entre si. O que diferencia a lei complementar em relação às demais espécies normativas é a matéria sobre a qual dispõem, que será toda aquela que lhe é atribuída pela Constituição.²⁰⁵

A matéria de lei ordinária é, segundo a Constituição, residual. Assim, lei ordinária tratará da matéria que não foi atribuída à lei complementar, ou de assuntos que o constituinte decidiu deixar à margem da possibilidade de veto (art. 49, 51 e 52 da Constituição)²⁰⁶.

²⁰² REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 41, n. 162, abril/junho 2004, p. 119.

²⁰³ Art. 146 Constituição de 1988.

²⁰⁴ Porque emanam diretamente da Constituição (art. 59).

²⁰⁵ AMARAL JR., Reforma define *status* jurídico de tratados internacionais. Op. cit., p. 4.

²⁰⁶ *Ibid*, p. 4.

Dessa forma, se a matéria tributária deve ser disciplinada por lei complementar e houver um tratado disposto sobre a mesma matéria, haverá o conflito desse com a Constituição, o que afasta a possibilidade que venha a ser internalizado. Isso confirma a situação de prevalência constitucional perante o direito internacional.

Uma outra questão que deve ser comentada é a possibilidade de certos tratados virem a ter *status* constitucional, o que se cogitava em virtude do disposto na art. 5º, §2º da Constituição e esclarecido pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004.

Dispõem os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988:

“Art. 5º.....

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

A discussão teórica que surgiu a partir da redação do § 2º, antes da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, consistia em saber se os novos direitos e garantias individuais, que eventualmente fossem objeto de tratados firmados pelo Brasil, integrariam o sistema jurídico brasileiro com ou sem *status* constitucional.

Havia interpretação daqueles dispositivos constitucionais de forma a considerar que os direitos e garantias individuais objeto de tratados teriam *status* de norma constitucional

(segundo o § 2º), tendo aplicação imediata (§1º)²⁰⁷. A consequência disso seria admitir que esses novos direitos individuais, decorrentes de obrigações externas, viriam a alterar o art. 5º, somando-se ao rol de direitos individuais de *status* constitucional.

Entretanto, sempre houve divergências, sendo o principal argumento contrário o esgrimado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao indicar que tal interpretação implicaria admitir que a Constituição pudesse ser concebida como um texto flexível, ao menos em relação aos novos direitos e garantias individuais²⁰⁸.

A polêmica questão inspirou a Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, a qual veio a acrescentar parágrafo ao art. 5º.

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A interpretação do dispositivo afasta a dúvida até então presente, ao explicitar as condições para que um tratado sobre direitos humanos tenha *status* constitucional no nosso ordenamento.

A Emenda Constitucional 45 esclareceu: os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que sejam recepcionados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais, terão *status* constitucional. Isso afasta a possibilidade de admitir que um ato internacional, internalizado por um processo que é bem mais simples do que aquele pelo qual passa uma norma constitucional, venha a ter *status*

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000, p. 77.

tão elevado. Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados segundo o mecanismo usual de recepção – por meio de decreto legislativo – terão força de lei ordinária²⁰⁹.

Convivem, portanto, as duas vias. O parágrafo 3º do art. 5º faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional, e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo²¹⁰.

Assim, o efeito da Emenda Constitucional 45 foi o de impedir que se entenda que um tratado sobre direitos humanos, aprovado por maioria simples no Congresso Nacional, viesse a ter a força de uma norma constitucional sem ter cumprido o rito específico de emenda previsto no art. 60 da Constituição de 1988²¹¹.

Sob o ponto de vista do sistema brasileiro, considerar que a Constituição pudesse vir a ser alterada por meio de um tratado significaria dar ao executivo, enquanto negociador do texto, o *status* de poder constituinte. Certo é que a internalização do tratado ainda dependeria da aprovação parlamentar porém, frente à preponderância que o Executivo tem nas relações internacionais, a atribuição de tamanho poder seria contrária ao Estado de direito.

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.

²⁰⁹ AMARAL JR., Reforma define *status* jurídico de tratados internacionais. Op. cit., p. 4.

²¹⁰ Ibid., p. 4.

²¹¹ MENDES, Gilmar op. cit., p. 3.

5. OS PODERES ESTATAIS E A ATUAÇÃO EXTERNA DO ESTADO

A atuação internacional do Estado se dá conforme regras existentes no seu direito interno. Em geral, as Constituições prevêm quais os órgãos responsáveis pela representação do país no plano externo. Via de regra ela cabe ao Poder Executivo.

O procedimento de celebração de tratados que é consagrado em muitas Constituições prevê que membros do Poder Executivo negociam e assinam o tratado que,

depois de aprovado pelo Poder Legislativo, compromete definitivamente o Estado em relação ao pacto. Isso foi objeto de análise no capítulo 4.

Ali também foi abordado que o tratado, ao ingressar no ordenamento jurídico interno, dispõe, no Brasil, de *status* de lei ordinária. Em outros países ele pode determinar a modificação do ordenamento constitucional.

Foi objeto de análise também que os acordos internacionais abrangem atualmente a grande maioria dos temas que são regulados pelo direito interno. Assim, se habitualmente o direito estatal era elaborado no âmbito nacional, hoje em dia se vê a crescente internacionalização dos temas domésticos, tema tratado no capítulo 2.

Diante dessa realidade, resulta que os tratados não mais se restringem a ser apenas o meio utilizado para o estabelecimento das relações entre os Estado no plano internacional, de modo a demarcar apenas a posição de cada nação em relação às demais, como acontecia antigamente, ao versar questões de guerra, de paz, fronteiras, arbitragem. Atualmente, o tratado é verdadeiramente um instrumento de formulação política, de deliberação de metas e de ações que determinam a atuação do governo interno de cada país. Assim, o tratado exerce, atualmente, uma grande influência no direito estatal.

Viu-se também que originalmente, na doutrina de Montesquieu, a função de deliberação política é própria do Poder Legislativo, enquanto a executória fica a cargo do Poder Executivo. Observou-se, entretanto, a dificuldade atual de concretizar-se a teoria da separação de poderes na prática da vida estatal.

Concluiu-se, no capítulo 3, que a preservação do princípio democrático frente à crise da teoria da separação de poderes pode ser alcançada pela fórmula do compartilhamento das funções estatais. É a forma que os Estados têm adotado e é demonstrada pelo modo de funcionamento efetivo dos poderes estatais: o Legislativo não faz a lei sozinho, mas com a participação do Executivo pela iniciativa, sanção ou veto, e mesmo por meio da conversão da medida provisória. Abriga também a participação do Judiciário, no controle da constitucionalidade das leis. O Executivo não governa sozinho, mas dentro do limite da lei, e sob o controle do Judiciário. E o Judiciário, por sua vez, decide dentro dos limites daquilo que foi estabelecido e realizado pelos dois outros poderes, tendo seus membros mais destacados escolhidos pelo Poder Executivo.

Decorreria daí a noção de que o princípio democrático, baseado na divisão e controle do poder pelo mecanismo de freios e contrapesos, seria assegurado por instrumentos que previssessem a possibilidade de atuação de todos os poderes no desempenho de cada função. Isso significa, por exemplo, como antes já dissemos, que, sem base na lei, no direito vigente, o Executivo não pode agir sozinho.

5.1 A preponderância do Poder Executivo na celebração dos tratados

É a partir dessas considerações que se coloca a questão dos tratados. Pois, se na feitura das leis, no processo legislativo, há a preponderante atuação do Poder Legislativo, titular originário dessa função, instaura-se o mecanismo de atuação conjunta e controle recíproco, na medida em que é assegurada, em maior ou menor grau, a participação do Executivo.

O mesmo não se dá em relação aos tratados quando em processo de internalização.

Isso porque o Poder Legislativo não participa do processo de celebração dos tratados: ele fica alijado de toda a discussão, da negociação do texto que será adotado por todos os membros. A possibilidade de emendar o texto do tratado tem eficácia limitada, vez que as emendas podem ser aceitas ou não pelos outros pactuantes, mas não integram o texto uniforme do acordo. Desse modo, o Legislativo está afastado de qualquer possibilidade de elaboração de um texto que, uma vez internalizado, tornar-se-á uma lei. Sua atuação se resume em aceitar o texto final com mudanças de alcance restrito, ou rejeitá-lo, o que é uma atuação extremada, a qual, caso se tornasse medida usual, certamente traria significativa perda de credibilidade no âmbito internacional.

Assim, o que se vê no modelo brasileiro de celebração dos tratados, é uma atuação com ampla preponderância do Poder Executivo na elaboração de ato que acaba por transformar-se em lei – ato originalmente típico do Poder Legislativo.

O problema grave não é o que se poderia apontar como usurpação de função por outro poder. Essa preocupação hoje seria anacrônica, dados o reconhecimento e a legitimação atual da atividade legislativa pelo Executivo, como visto no capítulo 3. A questão grave que realmente se coloca é o fato de estar havendo, em relação aos tratados, uma atuação quase que exclusiva do Poder Executivo na produção de um ato que terá grande importância do ponto de vista da vida política do Estado, cuja base é a lei.

O que se quer apontar estar mal no procedimento de celebração dos tratados não é a atuação do Executivo, mas a sua atuação quase que exclusiva, em decorrência do modelo

de celebração dos tratados atualmente vigente no direito brasileiro. Assim, a atuação do Poder Executivo na assunção de compromissos internacionais é muito diferente daquilo que hoje se verifica na concretização dos atos de qualquer um dos poderes, onde há a possibilidade de co-realização das funções estatais. Não existe, de fato, na celebração dos tratados, o efetivo compartilhamento dessa atuação. Nisso está a contradição com os princípios do Estado democrático.

Cachapuz de Medeiros destaca essa situação, quando afirma que o processo de celebração de tratados, mesmo nos países democráticos, caracteriza-se pela acentuada predominância do Executivo. Diz ele:

“Investido no poder de entabular as negociações e de engajar definitivamente a fé nacional, compete ao Executivo comunicar a vontade do Estado aos demais sujeitos de Direito Internacional. (...) Não obstante a força e a expansão dos princípios democráticos, que influenciam, desde o final do século XVIII, a organização dos regimes políticos representativos, os Estados mantêm, no domínio das relações exteriores, um comportamento quase monárquico.”²¹²

Cachapuz aponta que, no plano interno, as Constituições procuram impor limites à ação do Executivo. A preocupação em preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado faz com que uma maior concentração de prerrogativas nas mãos do Executivo desperte temores. Esse é um aspecto que se reflete na divisão territorial do poder, por meio da descentralização administrativa, e pelo modelo federalista.

Já no plano externo, as Constituições admitem uma concentração de prerrogativas em torno do Executivo. Assim, o governo dos países que adotam regimes democráticos

²¹² CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 163.

representativos dispõe de uma autonomia no plano das relações internacionais que não encontra similar em outros setores da atividade estatal.

Essa questão tem diferentes impactos conforme seja o regime estatal de governo presidencialista ou parlamentarista.

No parlamentarismo, o impacto das decisões do Executivo, titular da representação exterior, é menos agressivo ao princípio democrático. Isso porque o governo e parlamento estão entrelaçados, o governo é integrado por parlamentares do partido majoritário na assembléia, razão da proximidade do relacionamento entre Executivo e Legislativo. Não se fala propriamente em divisão entre esses dois poderes, mas de uma atuação conjunta, em que a ação de um depende da confiança e aprovação do outro.

Sob um regime parlamentar, em tese, dificilmente um tratado negociado pelo governo causaria surpresa no parlamento. Não que isso signifique o empobrecimento da discussão democrática. Mesmo que integrantes do mesmo partido, tanto a maioria dos parlamentares como o governo, eles têm posições e funções distintas. A proximidade dos parlamentares devido à integração dos dois poderes possibilita a análise dos tratados sob o ponto de vista do legislador. E essa visão é fundamental ao comprometimento no plano internacional, que significa a produção de normas que integrarão o direito nacional.

Já no regime presidencialista, a atuação do Executivo em relação aos tratados fica bem mais distante do alcance do Legislativo. Assim, a posição do parlamento em relação a um tratado celebrado pelo Executivo já não é tão improvável dentro de um sistema presidencialista. A atuação impermeável do Executivo em termos dos compromissos

internacionais em um país de regime presidencialista tem o nocivo efeito de fazer com que exclusivamente um dos poderes personifique o próprio Estado nas relações internacionais. Não há um grande espaço para a democracia nesse tipo de procedimento.

Enfatize-se que ao serem travadas as relações externas, o Executivo não está agindo em nome dele próprio, mas está a personificar o próprio Estado e que semelhante concentração de poder não existe em relação aos demais poderes – Legislativo e Judiciário.

5.2 O Poder Federativo

É significativo o fato de que, quando do surgimento da teoria da divisão de poderes, John Locke distinguiu a função executiva da federativa. Segundo ele, o Poder Federativo correspondia ao “ao poder de guerra e de paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas”.²¹³

É verdade que Locke depositou o Poder Federativo e Executivo nas mãos do mesmo titular, apesar de reconhecer a diferença entre eles:

“Esses dois poderes, o Executivo e o Federativo, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da segurança e de interesse do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos.”²¹⁴

A identificação de funções distintas, internas e externas, do Estado, as quais correspondem a diferentes poderes, indica que, apesar do desempenho da atividade exterior caber ao Executivo, ela consiste em uma função distinta da função executiva em si.

²¹³ LOCKE, John, op. cit., p. 516.

²¹⁴ LOCKE, John, op. cit., p. 516.

Essa diferenciação pode ser hoje alegada a fim de que se repense a atuação quase que absoluta do Poder Executivo na seara internacional, pois, ao estabelecer as relações com os outros Estados, o Poder Executivo não estaria desempenhando uma função que é realmente inerente à sua essência, embora seja certo afirmar que, no plano internacional, o Executivo é o próprio Estado.

Na época em que se distinguiu a função federativa da executiva, as relações internacionais eram muito restritas, e os tratados não tinham o caráter de leis.

Em um trecho do Federalista, de Alexander Hamilton, onde, em princípio, é reforçada a distância existente entre as funções legislativa, executiva e federativa, pode-se observar que, mesmo naquela época, em que os tratados não resultavam em normas gerais com a configuração de lei que têm hoje, já se intuía que a função federativa tem menos afinidade com a executiva do que com a legislativa:

“A essência da autoridade legislativa é fazer leis, ou, em outras palavras, prescrever regras para a regulamentação da sociedade; enquanto a execução das leis e o emprego da força pública, quer seja para a citada finalidade, quer seja para a defesa comum, compreendem as funções do magistrado encarregado da autoridade executiva. O poder de fazer tratados, como nada tem a ver, ou com a execução das leis já feitas, **ou com a criação de leis novas**, e menos ainda com o emprego da força pública, claro está que não pertence nem ao Legislativo nem ao Executivo.”²¹⁵
(grifamos)

5.3 O Poder Legislativo e a atuação externa do Estado

Hoje a afirmação de que a celebração de tratados nada tem a ver com a criação de leis novas carece de veracidade. Isso ensejaria haver maior identificação da atuação exterior com a função legislativa do que com a executiva? Se isso é verdadeiro, parece que o

desenvolvimento do direito tomou um rumo equivocado. Ao menos sob esse aspecto estritamente teórico.

Observa-se que, se desde o fim do absolutismo houve a democratização do poder interno, a manifestação externa do poder estatal ainda se dá segundo um sistema de concentração de poder nas mãos do Executivo. E, devido ao crescente impacto das decisões internacionais internamente ao Estado, tal sistema acaba trazendo efeitos danosos ao princípio democrático²¹⁶.

Se antes vezes sustentavam a inadequação do Legislativo para participar das decisões internacionais, que requerem agilidade, aprofundamento e certa dose de sigilo, indaga-se se tal argumentação leva em conta que hoje o reflexo das relações internacionais, por meio dos compromissos assumidos, vinculam a condução dos assuntos internos em grau e em amplitude nunca antes vistos.

Observando o molde das relações internacionais na época do absolutismo, é possível identificar um movimento dialético de influência recíproca entre direito interno e Direito Internacional.

²¹⁵ HAMILTON, Alexandre. Apud MEDEIROS, Cachapuz de, p. 170.

²¹⁶ Celso Mello aponta que na Antigüidade já era viva a idéia de um controle das relações internacionais por parte de instituições ou assembléias populares – o que havia na Grécia e em Roma. A partir do século XIII, em Veneza, foi estabelecido o *consiglio dei pregardi*. Mesmo sempre tendo sido Veneza uma república oligárquica e aristocrática, a política externa não ficava nas mãos de uns poucos, mas era decidida com a participação das assembléias, que constituíam a base política, com o Doge no ápice. O que havia em Veneza era uma imensa desconfiança em relação ao poder pessoal, daí o grande número de conselhos e comissões. Também no período do Renascimento o controle da política externa existe, mas de modo irregular e, na verdade, exercido muito raramente. As próprias relações internacionais não eram claramente definidas, havendo assim a conclusão de tratados entre o rei e os senhores feudais. Esse foi o período histórico em que a luta pelo poder central foi forte e sem controle, sendo pois a alvorada do absolutismo. Assim, o período absolutista modificou a regra geral determinante da participação próxima dos representantes do povo em temas internacionais.

No século XVIII, devido à efervescência do direito interno, com a recente ‘descoberta’ do Estado de Direito, e a implantação da democracia por meio da divisão de poderes, o desenvolvimento do ordenamento que regulava internamente os países teve forte impacto no Direito Internacional, no que dizia respeito aos atores no cenário em que eram firmados os tratados. Se até então o monarca era o titular da soberania, essa titularidade passou ao chefe de Governo, com a nova conformação política dos Estados. O Chefe de Governo agia não de acordo com sua exclusiva vontade, como ocorria com o monarca, mas devia submeter o pactuado à aprovação interna, expressada por meio do Poder Legislativo.

Hoje, o que se dá é que, pela efervescência das relações internacionais que, como visto, evoluíram e se modificaram, principalmente a partir do último século, de modo a incrementar enormemente o número de tratados celebrados, sobre as mais diversas matérias e com um impacto crescente na esfera doméstica dos países, é o Direito Internacional que está causando um forte impacto no equilíbrio dos poderes e, por consequência, na democracia.

Há países que estão atentos a essa questão.

Veja-se o que Cachapuz de Medeiros diz a respeito:

“A nova realidade internacional demanda uma nova disciplina constitucional, que fosse capaz de permitir uma maior participação do Poder Legislativo na formação dos tratados, a fim de melhor assegurar o respeito ao princípio democrático. Se, de um lado, está a demanda por celeridade e fluidez de acordos internacionais, e de outro, a necessidade de possibilitar uma maior democratização desses acordos, alguns países conseguiram encontrar uma fórmula que busca convalidar esses dois aspectos de modo mais satisfatório.”²¹⁷

²¹⁷ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op. cit., p. 175.

Os primeiros países a conseguir encontrar essa fórmula foram Dinamarca e Suécia. A sua sistemática de atuação internacional assegura a efetiva participação do parlamento nas negociações internacionais.

Essa sistemática está prevista no art. 19, § 3º da Constituição da Dinamarca:

“Artigo 19 (...)

3. O Parlamento nomeia, entre os seus membros, uma comissão de política externa, que o Governo consulta antes de qualquer decisão importante nessa matéria. As regras precisas sobre essa comissão de política externa são fixadas por lei.”

A Constituição sueca também prevê mecanismo semelhante:

“Capítulo X

Artigo 6 - O Governo manterá continuamente informado o Conselho Consultivo de assuntos externos sobre os assuntos referentes às relações externas que possam ser importantes para o Reino e deliberará sobre estes assuntos com o Conselho tantas vezes quantas as forem necessárias. Em todos os assuntos de política externa de grande significado, o Governo deliberará com o Conselho, sempre que possível, antes de tomar uma decisão.

Artigo 7 – O Conselho Consultivo de Assuntos Externos é composto pelo Presidente do Parlamento e por outros nove vogais, que serão eleitos pelo próprio Parlamento dentre os seus membros. A Lei Orgânica do Parlamento estabelece as normas adicionais sobre a composição do Conselho.

O Conselho Consultivo de Assuntos Externos será convocado pelo Governo, que tem obrigação de o fazer se, pelo menos, quatro dos seus membros solicitarem deliberação sobre algum assunto em particular. As reuniões do Conselho serão presididas pelo Chefe de Estado ou, na sua ausência, pelo Primeiro Ministro.

Todos os membros do Conselho Consultivo de Assuntos Externos e todas as pessoas que estiverem relacionadas com ele por qualquer outro motivo deverão

ser reservados na comunicação a terceiros daquilo que tiverem conhecimento por esse motivo. O Presidente terá o poder de exigir o sigilo absoluto.”

Vê-se que a Constituição da Suécia parece ter encontrado fórmula que concilia a participação mais efetiva do parlamento sem obstar agilidade e com meios de assegurar o sigilo eventualmente necessário às negociações externas. O sistema sueco afasta, assim, dois argumentos em razão dos quais se costuma defender a maior vocação do Executivo para conduzir as negociações.

Observa-se também que o mecanismo da Constituição dinamarquesa, ainda que assegurando o papel preponderante do Executivo, pode servir à democratização das relações exteriores. Isso dependerá da forma como será utilizado na prática, uma vez que há certo grau de subjetividade para o que seja considerado “decisão importante”, ou “assunto de política externa de grande significado”. Todavia, como observa Cachapuz de Medeiros, em tais sistemas jurídicos já existe um caminho aberto, que pode ser utilizado com sucesso conforme sejam os valores vigentes nas sociedades nas quais essas normas existem²¹⁸.

5.4 A tradição do Legislativo norte-americano na celebração dos tratados

A Constituição norte-americana atribuiu ao Presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, pelo e com o conselho e consentimento do Senado, expresso por dois terços dos Senadores presentes²¹⁹.

²¹⁸ Op. cit., p. 175.

²¹⁹ Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, art. II, seção 2: “He [the President] shall have the power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur.”

A fórmula constitucional norte-americana prevê a atuação do Poder Legislativo não só na aprovação do tratado, mas também durante a sua formulação. A faculdade do Senado de aconselhar o Presidente garantiu-lhe autoridade para participar efetivamente da formulação da política externa.

Cachapuz de Medeiros observa que, buscando garantir uma sintonia entre os dois poderes, aquela Constituição atribui ao Senado uma função opinativa, mediante o emprego da expressão “pelo e com o conselho e o consentimento do Senado” (“*by and with the Advice and Consent of the Senate*”)²²⁰.

A base para a afirmação de que o dispositivo da Constituição dos Estados Unidos assegurou a participação do Senado na negociação do tratado reside na alegação de que a expressão utilizada no art. II consistia em expressão técnica, encontrada em diversos textos de direito público britânico e norte-americano, usada para descrever o sistema de consultas contínuas exigido para as relações entre governante e Conselho de Estado ou Conselho Privado²²¹.

Todavia, foi logo adotada na prática política norte-americana uma interpretação restritiva em relação ao termo *treaties*, que assim deixava de abranger muitos compromissos internacionais.

²²⁰ Op. cit., p. 48.

²²¹ BESTOR, Arthur, apud MEDEIROS, Cachapuz de op. cit., p. 48.

Consolidou-se, pois, o uso norte-americano de celebrarem-se, ao lado dos tratados, compromissos internacionais denominados *agreements*, para os quais se dispensava a participação do Senado, bastando para tanto a vontade presidencial²²².

A prática desses *agreements*, ou acordos Executivos tem sido considerada legítima pela Suprema Corte norte-americana, a qual mais de uma vez foi demandada a pronunciar-se em relação à constitucionalidade desses acordos, e os declarou válidos.

Observa Francisco Rezek que, embora numerosos, esses acordos têm menor incidência do que se costuma supor. Assim, eles se situam em três categorias: aqueles que se apóiam em diretrizes ou autorização prévia do Congresso, aqueles que só se executam mediante autorização posterior do próprio Congresso, e aqueles que derivam dos estritos poderes constitucionais do Executivo²²³.

5.5 Os Estados Unidos e os acordos comerciais: A *Trade Promotion Authority*

Em alguns casos, a norma constitucional norte-americana demanda legislação interna para que o tratado possa gerar efeitos no direito doméstico. A legislação proposta nessas circunstâncias terá de ser aprovada pelas duas casas legislativas: a Câmara (*House of Representatives*) e o Senado. Esta interpretação se fundamenta no artigo 1º daquela

²²² REZEK, Parlamento e Tratados: o modelo constitucional do Brasil. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 41, n. 162, abril/junho de 2004, p. 123.

²²³ Ibid, p. 124.

Constituição, que atribui ao Congresso o poder de regulamentar o comércio com nações estrangeiras²²⁴.

A necessidade da aprovação congressual de tratados em matéria comercial acarreta inconvenientes às negociações internacionais pelos Estados Unidos. Foi a não aprovação dos EUA que sepultou, em 1948, a tentativa de criar a Organização Internacional do Comércio²²⁵.

Essa instabilidade decorrente do sistema norte-americano determinou a adoção de uma alternativa ao procedimento constitucionalmente previsto. Em 1974, a fim de garantir a credibilidade dos EUA nas negociações da Rodada Tóquio, no âmbito do GATT, o Congresso autorizou o presidente a negociar e firmar acordos comerciais, que seriam posteriormente aprovados ou não pelo Congresso *in totum*, sem possibilidade de emendas. Essa foi a denominada *fast track*, a via rápida aplicada aos acordos comerciais²²⁶.

O *fast track* foi renovado em 1988 e estendido até 1994, tendo possibilitado a negociação e aprovação dos acordos do NAFTA e da OMC. O presidente Bill Clinton não conseguiu renovar o mandato, devido à sua minoria partidária no Congresso. George W. Bush, eleito em 2000, colocou o *fast track* como uma das prioridades de seu governo.

²²⁴ Constituição, artigo I.8: “The Congress shall have the power (...) to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes.

²²⁵ Efetivamente, a delegação comercial norte-americana tem a responsabilidade, mas não a autoridade (ou competência), para firmar um acordo comercial. A celebração de acordos comerciais no exterior mostra-se fracassada segundo esse sistema: dos 190 acordos preferenciais de livre-comércio do mundo, apenas em três deles os Estados Unidos figura como signatário. LEVINE, Keneth. **Política comercial norte-americana**. Tradução: Bárbara da Costa P. Oliveira. In: *Negociações Comerciais Multilaterais* (Welber Barral org), cit., p. 260-2.

²²⁶ BARRAL, Welber. A TPA e as negociações multilaterais. In: **Negociações Comerciais Multilaterais: a Trade Promotion Authority e os interesses brasileiros**. Welber Barras (org.) Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003, p. 21.

Obteve sucesso com a promulgação da *Trade Act of 2002*, a Lei de Comércio, que prevê o mecanismo agora denominado *Trade Promotion Authority*, a TPA²²⁷.

A TPA não confere plenos poderes ao Presidente em relação a tratados comerciais, pois são muito bem especificados na lei quais os objetivos a serem buscados pelo Presidente por meio dos acordos. Além disso, existem mecanismos de vigilância dos atos do Executivo, cuja desobediência pode implicar a suspensão da negociação. Finalmente, mesmo o atendimento aos objetivos e mecanismos previstos na lei não garante a aplicação imediata dos tratados comerciais, uma vez que terá de ser editada a legislação proposta²²⁸.

No sistema da TPA, a negociação de um tratado pelo Presidente demanda autorização específica do Congresso para aquele acordo. A norma autorizadora determinará os objetivos relevantes, e o Presidente terá de esclarecer como os alcançará, e consultar o Congresso em todas as fases da negociação. Após a celebração do tratado, deve ser internalizado por meio de edição de uma lei que incorpore os resultados do acordo e modifique a legislação americana que lhe for contrária²²⁹.

A participação do parlamento na negociação de tratados norte-americanos representa modelo ímpar de democratização da atuação estatal no âmbito internacional.

A Lei de Comércio de 2002 dispõe que um grupo de congressistas poderá participar das delegações, encontros e sessões de negociação dos EUA. Esse grupo, acreditado pelo *United States Trade Representative* (USTR - o Secretário de Comércio dos EUA) é

²²⁷ BARRAL, op. cit., p. 21.

²²⁸ Ibid, p. 21.

²²⁹ Ibid, p. 22.

formado por membros da Comissão de *Ways and Means* da Câmara e da Comissão de Finanças do Senado, que são indicados por cada casa no início de cada sessão do Congresso.

Além dos parlamentares diretamente envolvidos nas negociações, a *Trade Act of 2002* prevê também um grupo de acompanhamento congressional, (*Congressional Oversight Group*), composto por membros de comissões que possam ser afetadas pelas negociações em curso.

Finalmente, o Congresso como um todo tem também o poder de vigilância das relações comerciais externas, uma vez que as comissões podem convocar o USTR para prestar esclarecimentos.

A TPA tem grande significado do ponto de vista da relação entre os poderes estatais e a atuação internacional do Estado. Demonstra a grande importância dada na presença do Congresso norte-americano durante todo o processo de negociação do acordo comercial.

Essa participação intensa do Congresso no processamento dos acordos comerciais tem início pela consulta feita pelo presidente, até noventa dias antes de iniciarem as negociações, às comissões específicas e ao Grupo de Acompanhamento Congressional²³⁰.

Nessa fase há a atuação dos comitês consultivos do setor privado, que podem apresentar recomendações ao presidente, em que sejam externados os interesses específicos

²³⁰ TA, 2104 (a).

de cada setor industrial. Mas a interação entre os grupos privados e os negociadores é constante²³¹.

Na fase seguinte, o Presidente deve também consultar o Congresso antes de firmar o acordo. Para que o Congresso o aprove, o Presidente deverá demonstrar a natureza do acordo comercial, como e em que medida os objetivos e prioridades estabelecidas pela TPA foram atendidas, e quais leis norte-americanas existentes serão afetadas²³².

A Comissão de Comércio Internacional (ITC) deverá ainda preparar um relatório avaliando o impacto do acordo comercial em questão sobre a economia dos EUA em geral e também sobre os setores econômicos específicos que serão afetados. Deverá ser apresentada pelo ITC inclusive uma revisão da doutrina existente acerca desse acordo comercial.

Após firmado o acordo, a próxima etapa diz respeito à implementação do acordo comercial. Um rascunho da norma de implementação deverá ser enviado às duas Casas, demonstrando ter havido a observância da TPA e a conveniência de introduzir o tratado em questão no país. Deverá ser também justificada pelo presidente a revogação ou modificação de normas internas que contrariem o tratado²³³.

A última fase diz respeito à votação do texto em plenário da Câmara e do Senado, onde deverá ser aprovado por maioria. A partir daí o conteúdo do acordo, transfigurado em

²³¹ CAMERON e TOMLIN, apud BARRAL, cit., p. 25: Durante as negociações do NAFTA, os negociadores do governo norte-americano mantiveram mais de quatrocentas reuniões com os membros do Congresso, e entre 12.000 e 16.000 reuniões com o setor privado.

²³² TA, 2104 (d) (2).

²³³ BARRAL, op. cit., p. 25.

lei nacional, passará a ter executoriedade no plano interno. Isso pode implicar que o texto adotado internamente seja diferente do acordo, caso em que o Judiciário deverá aplicar a norma interna. No caso de infringência do acordo, outra parte deverá alegar a lei interna, não o acordo em si²³⁴.

Os acordos comerciais dizem respeito principalmente às barreiras alfandegárias. No Direito brasileiro, eles podem ser enquadrados no âmbito daqueles que devem ser aprovados pelo Congresso Nacional. Mas, ao contrário do que ocorre no Brasil, a lei de Comércio norte-americana é fruto do reconhecimento nacional da importância e relevância da negociação do acordo, que apresenta possibilidade restrita de atuação parlamentar depois de firmado.

Frente ao modelo norte-americano, a participação do Legislativo brasileiro nas negociações internacionais é ínfima. As poucas ocorrências são o eventual acompanhamento de parlamentares à delegação, porém sem poder efetivo de representação. Esse distanciamento do Legislativo brasileiro em relação à atuação estatal externa pode ser atribuída a razões como a tradição de um Executivo forte, característica do modelo presidencialista, irrelevância eleitoral das questões internacionais, pouca percepção do impacto dos temas internacionais – inclusive o comércio - na economia nacional. Ao lado dessas razões, historicamente houve a delegação do poder negociador ao Executivo, com base no reconhecimento da competência do Itamaraty. Todavia, como observa Werner Barral, ao contrário do que possa parecer, são justamente os países onde o processo decisório é aberto e descentralizado que obtêm melhores resultados nas negociações

²³⁴ BARRAL, op. cit., p. 26.

comerciais internacionais²³⁵. O autor conclui, e é prudente reconhecer, que a maior participação do Legislativo brasileiro pode fortalecer, e não enfraquecer, a credibilidade dos negociadores nacionais, bem como promover a obtenção de resultados mais positivos nas negociações internacionais.

Se a possibilidade que se abre, no sistema norte-americano, a que sejam exercidas pressões ao governo e ao parlamento pelos grupos privados, que têm canal de acesso ao procedimento de negociação dos tratados, isso não deve ser encarado necessariamente como um aspecto negativo. Se o Estado tem abertura para receber o posicionamento do setor privado acerca dos compromissos a serem firmados no plano externo, isso lhe dá condições de decidir com base em um maior conhecimento dos efeitos práticos nos setores envolvidos. Afinal, o Estado, buscando o devido equilíbrio entre os setores sociais, e a realização dos objetivos da política traçada, deve agir, sempre que possível, segundo os interesses dos seus cidadãos.

Caso a sistemática de celebração de tratados possibilitasse uma maior participação do Legislativo, isso poderia ter reflexos no Direito Internacional. Pois a democratização do processo de negociação de tratados poderia vir a ter como consequência um maior comprometimento do Estado em relação aos pactos firmados. Isso representaria o incremento da juridicização das relações internacionais, o que significaria um passo à frente para sociedade internacional.

5.6 Propostas do Legislativo brasileiro para a aproximação dos acordos internacionais

²³⁵ BARRAL, op. cit., p. 31.

O parlamento brasileiro, consciente de sua defasagem quanto à vida exterior do país, elaborou dois projetos que visam sua maior atuação na elaboração dos tratados.

Um deles é a Proposta de Emenda à Constituição n. 52, de 2001, que acrescenta inciso e parágrafo único ao art. 49 e inciso ao art. 84, de autoria do senador Roberto Requião. Segue o texto da Emenda:

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

(...)

XVIII – acompanhar as negociações realizadas pelo Poder Executivo dos atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o seu início até o momento de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os países signatários.

Parágrafo único. O Congresso Nacional terá um prazo de até trinta dias para emissão de relatório autorizativo para assinatura dos atos, acordos, convênios e tratados referidos no inciso XVIII.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XXXVIII – submeter ao Congresso Nacional, para acompanhamento de seu processo de elaboração até a fase de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os países signatários, os atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o início de suas negociações.”

A justificativa apresentada na Proposta de Emenda aponta a necessidade de equilibrar a relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo em matéria de ação externa do Estado. Indica que o denominado processo de “globalização econômica” tende a “influenciar e dominar a formulação de políticas externas e a provocar grandes impactos no processo de formulação de políticas públicas internas em todos os setores econômicos e espaços geográficos internacionais”.

Consta ainda da justificativa:

“Hoje se justificam as ações políticas no sentido de não poder haver política exterior democrática, realmente nacional e participativa, sem a ação e a intervenção parlamentar no planejamento, na execução e controle dessa política. Visão que contraria a tradicional posição daqueles que consideram que a definição da política exterior constitui-se em um domínio reservado ao Governo do qual o Parlamento deve manter-se alijado. (...) Hoje no Brasil prevalece a visão que era ultrapassada mesmo na Constituição de 1988 de que as questões de política exterior são de exclusiva competência do Executivo, cabendo ao Legislativo apenas a função homologatória de seus atos internacionais.”

Outra iniciativa no mesmo sentido é o Projeto de Lei n. 189 de 2003, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, que define os objetivos, métodos e modalidades da participação do Governo brasileiro em negociações comerciais multilaterais, regionais ou bilaterais. No seu art. 2º, o projeto estabelece as condições para o referendo do Congresso Nacional indicado no art. 84, inciso VIII, da Constituição.

A fórmula que permite uma maior interação entre Executivo e Legislativo na assunção dos compromissos externos é descrita está disposta no art. 4º do projeto. Ali se estipula que o Congresso Nacional, por suas comissões competentes e por missões especialmente designadas para este fim, acompanhará de perto o andamento das negociações comerciais e, de acordo com os dispositivos regimentais, avaliará seus resultados. Para isso, pode inclusive invocar membros do Poder Executivo e promover audiências com especialistas e representantes de setores da economia diretamente interessados nas negociações, de modo a facilitar a tomada da decisão congressional relativa ao acordo examinado. O parágrafo 1º do art. 4º determina que a avaliação far-se-á ao longo do processo de negociação do acordo. O parágrafo 2º dispõe que, para facilitar essa

avaliação, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional mensagem informando o conteúdo desses acordos, seu cronograma e custos previstos, linhas de ação e objetivos envolvidos.

Essas iniciativas mostram que já se esboça certa maturidade no seio do Congresso Nacional em relação à importância de sua maior participação nas questões externas. Todavia, esses dois projetos tramitam a passos lentos no Legislativo, na busca de mais vozes que os endossem. A cautela dos parlamentares indica que essa noção inovadora das relações exteriores do Brasil ainda deverá trilhar um longo caminho até que seja assimilada. Até lá, a velha fórmula ainda deverá prevalecer em relação à assunção de compromissos externos, sem dar o devido espaço à verdadeira discussão que o princípio democrático demanda.

Não se quer aqui sustentar que a fórmula adotada pelos Estados Unidos para uma maior participação do Legislativo nas relações exteriores, que serviu de modelo aos projetos de lei brasileiros, e que se espelha também na Suécia e Dinamarca seja fórmula ideal. Nossa intenção é apontar um caminho que já se insinua. Mas o desenvolvimento dos modelos atuais poderia somar novos elementos, que fossem mais adequados à realidade de cada país, ao modo efetivo de funcionamento dos poderes. Frise-se ainda que o grande entrosamento entre Legislativo e Executivo existente nos países parlamentaristas indica que o prejuízo mais grave à preponderância do Executivo na atuação internacional ocorre nos países que adotam regime presidencial.

Nossa intenção foi apresentar argumentos que pudessem indicar a importância do questionamento da fórmula atual da atuação dos poderes na celebração dos tratados, e

apresentar certos modelos alternativos. Esse é apenas um primeiro passo. Pela complexidade da questão e, principalmente pelo silêncio mantido tanto pela doutrina como pela grande maioria dos próprios membros do Poder Legislativo, é importante que a questão seja assimilada e debatida, a fim de que se possa pretender uma adequada modificação do padrão atual. Acreditamos, entretanto, desde já que, mesmo que ainda silenciosa, a sociedade de fato necessita construir procedimento de atuação Estatal internacional em que efetivamente se concretize o princípio democrático de equilíbrio dos poderes.

CONCLUSÃO

Tocqueville assinala que é na condução dos negócios estrangeiros que a democracia é inferior às outras formas de governo²³⁶. E isso se deve à incoerência desse sistema, que é baseado na soberania popular mas que afasta o povo da condução dos temas externos.

²³⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Maria da Conceição Ferreira Cunha. Porto: Rés editora, S.D, p. 67.

Malgrado essa crítica devastadora, a democracia ainda é um valor e um modelo buscado nas questões internacionais. As ONGs, fruto da ânsia da sociedade civil por uma maior atuação internacional, são prova disso.

Para que a democracia se concretize na esfera internacional devem ser assegurados pelo Estado meios para que ele atue segundo a vontade da maioria, efetivamente. Pois, segundo Luhmann, é o procedimento que torna legítima a decisão, uma vez ser impossível a avaliação individualizada de cada uma para obter-se sua aceitação²³⁷.

No entanto, o que se vê do modo atual de atuação internacional da maioria dos Estados é a preponderância do Executivo nesse plano, sem a atuação ali de mecanismos de *checks and balances*, os quais definem o controle recíproco apenas interno dos Poderes. Villeneuve, durante os debates que precederam a Constituição de 1789 da França, afirmou: “Se o Poder Executivo não tem o poder de fazer as leis mais simples, por que concederíamos a ele o direito de fazer os tratados, cujas conseqüências são tão importantes?”²³⁸ Pétion contestava não apenas a competência do rei para concluir em definitivo os tratados, mas também para negociá-los livremente.

É curioso que essa indagação, que tem total pertinência no cenário atual, remonte à Revolução Francesa. Ela traduz a preocupação decorrente da exata concepção dos tratados no direito interno, que hoje se impõe com tanta premência. É significativo que a Revolução

²³⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento..** Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, p. 30.

²³⁸ Colocação de Jérôme Pétion de Villeneuve no debate constituinte, 1789-91, da França Revolucionária. In: CACHAPUZ DE MEDERIOS, op. cit., p. 58.

Francesa, palco de estréia da discussão dos novos valores democráticos, estivesse já consciente de uma situação que até hoje se mantém.

Quando do surgimento do Estado de Direito, o Poder Legislativo era o mais importante. Mas já naquela época predisse Thomas Jefferson que essa situação seria alterada: “A tirania dos legisladores é atualmente, e será durante bons anos, o perigo mais temível. A do Poder Executivo virá a seu tempo, mas num período mais longínquo”.²³⁹

De fato, na vida internacional essa tirania está revelada.

Para que não fique refém de um modelo anacrônico de atuação internacional do Estado, deve a democracia pôr em cheque algo que surgiu no seu próprio seio, onde se estabelecem as divisões das funções e o relacionamento entre os poderes.

O fim do Direito é buscar as melhores condições para uma vida em sociedade. A democracia  é o modo de assegurar a vontade da maioria. A atuação efetiva dos poderes no controle recíproco de suas competências é o instrumento voltado a efetivar essa vontade no plano da representação. Ainda há um longo caminho a trilhar até que a atuação efetiva dos poderes que se equilibram internamente venha a repetir-se nos processos de decisão próprios às relações internacionais. Mas o caminho está apontado para mais uma luta pelo Direito.

²³⁹ Carta de Jefferson a Madison, 15 de março de 1789. In: TOCQUEVILLE, op. Cit., p. 44.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JR. José Levi Mello. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. In: **Consultor Jurídico**, 7 de março de 2005, p. 3. (www.conjur.com.br, <http://conjur.uol.com.br/textos/252140>)

_____. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista Jurídica Virtual da Casa Civil da Presidência da República**. N. 11, abril/2000 (www.planalto.gov.br)

ANZILOTTI, Dionísio. **Cours de droit international**. Paris: Editions Panthéon –Assas, 1999. BASTID, Suzanne. **Droit International Public**. Paris: Daloz, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARRAL, Welber. A TPA e as negociações multilaterais. In: **Negociações Comerciais Multilaterais: Trade Promotion Authority e os interesses brasileiros**. Welber Barras (org.) Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003.

BELLINI. **Il regolamento delle relazioni internazionali nell'antico Oriente**, in *Archivio Giuridico*, Vol. CLV, 1958.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

CAETANO, Marcelo, **Direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997.

DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Droit International Public**. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

DECAUX, Emmanuel. **Droit international public**. Paris: Dalloz, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 19a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

- GROTIUS, Hugo. **De juri belli ac pacis** (O direito da guerra e da paz). Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.
- JEHRING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo, Martins Claret, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEVINE, Keneth. **Política comercial norte-americana**. Tradução: Bárbara da Costa P. Oliveira. In: *Negociações Comerciais Multilaterais* (Welber Barral org).
- LEFÈBVRE, Georges. **1789: o surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and governmental process**. Chicago: Chicago University Press, 1968.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. In: <http://kplus.cosmo.com.br>, texto extraído em 23/04/2004
- MEDEIROS Antônio Paulo Cachapuz de . **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 200.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MOULIN, Richard. **Le presidencialisme et la classification des regimes politiques**. Paris: Librairie Generale de Droit et Marcelo Caetano, **Direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 246 de *Jurisprudence*, 1978.
- NUSSBAUM, Arthur. **Historia Del Derecho Internacional**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

- NYS, Ernst. **Les origines du droit international**. Paris: Thorin & Fils, 1894.
- OLLOQUI José Juan. **La diplomacia total**. México, Fondo de Cultura Económica, 1994
- PACTET, Pierre. **Institutions Politiques Droit Constitutionnel**. 21ed. Paris: Armand Colin, 2002
- PAOLILLO, Felipe H. Curso de História dos Tratados (Buenos Aires, Fundación de Cultura Universitária, 1975
- PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4^a. ed. São Paulo, Saraiva, 1962, II Vol.
- PINTO, Júlio Roberto de . Tratados internacionais – A participação do legislativo na celebração. In: Prática Jurídica. Ano III, n. 24, 31 de março de 2004, p. 28 (pp 26 a 30).
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000, p. 77.
- RÁO, Vicente. **As delegações legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 6^a ed. São Paulo:Saraiva, 1996.
- _____. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 41, n. 162, abril/junho 2004.
- RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Limitação dos Mandatos legislativos: uma nova visão do contrato social**. Poto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editos, 2002.
- _____. Plebiscito e referendo: instrumentos da democracia direta. In: **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC. Vol. 11/12, Num 1/2 jan/dez 1992/1993, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, pp. 183-193.
- ROUZIÉ David. **Droit International public**. 14 ed. Paris: Daloz, 1999.
- SHENNAN, J. H. **A França antes da Revolução**. Rio de Janeiro: Gradiva, 1885.
- TAUBE. **L'inviolabilité des traités**. InRecueil des Cours, 1930, II.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Porto: Tradução de Maria da Conceição Ferreira Cunha. Porto: Rés editora, S.D.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais.** São Paulo: Aduaneiras, 2001

VARELLA, **Direito Internacional Econômico ambiental** Belo Horizonte: Del Rey, 2004

_____. La Complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de coherence systémique. In: **Revue Belge de Droit International**, 2003/2. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VIOLLA, Eduardo. **Centre for Brazilian Studies**, University of Oxford, Working Paper.

WAPNER, Paul. Governance in global civil society. In: YOUNG, Oran (org.) **Global Governance: Drawing insights from the environmental experience.** Cambridge, London: Mit Express, 1997

Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480-3 – DF, Relator Ministro Celso de Mello. D.J. 18/05/2001.

Agravo Regimental em carta rogatória n. 8279-4 – República Argentina, publicado no D.J. em 10/08/2000. Voto do Ministro Celso de Mello.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Constituição da República federativa do Brasil de 1988.

Recurso Extraordinário 80.004. Revista dos Tribunais 83.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados