

O Congresso Nacional e o treaty-making power

WILSON ACCIOLI DE VASCONCELOS

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

É inquestionável a força de que dispõe, na época atual, o Poder Executivo em todas as partes do mundo. Sua ascensão deveu-se a diversos fatores, entre os quais se inclui o da chamada *eficácia*. Perdeu-a o Legislativo em seu favor. De certa forma só se acredita no que é *eficaz*, no que pode ser realizado de modo imediato. E o Poder Executivo, que se supre de técnicos, que se apóia numa burocracia crescente e tentacular, que busca dinamizar, de certa maneira, suas multifárias atividades, que se atribui a gigantesca tarefa de resolver os ingentes problemas sócio-econômicos, culturais e políticos, está, aparentemente, cumprindo sua determinação. Porque se mostra imediatista. Porque sugere mais *eficácia*.

E o Poder Legislativo, que, do ponto de vista da *eficácia*, não conseguiu ainda impressionar, decaiu de suas antigas prerrogativas. A despeito de seu louvável esforço de *aggiornamento*, tentando, de forma meritória, superar suas dificuldades, pode-se imaginar que a verdadeira

causa desse *gap* entre os dois poderes do Estado não reside, por certo, nessa diferença em termos de possibilidades de promover *modernizações*. A nosso ver, trata-se de uma questão eminentemente política.

Decaindo de sua condição primacial de órgão elaborador das leis, pela defasagem progressiva de sua capacidade de iniciativa, remanesce para o Poder Legislativo o que denomino de *funções inspetivas*. Nesse domínio, pode ainda haver alguma vantagem para ele. Basta que exerça, com senso e responsabilidade, as tarefas de fiscalização que lhe são deferidas pelos preceitos estampados na *Carta Política*. E, entre estes, vale destacar o que lhe outorga competência, no que concerne à aprovação dos tratados e atos internacionais, — o inciso I, do art. 44 da Constituição atual.

Na realidade, conquanto caiba ao Presidente da República tomar a iniciativa nas *demarches*, visando à celebração de um tratado — através de seu Ministro das Relações Exteriores, de embaixadores ou plenipotenciários —, recai no Poder Legislativo a incumbência de aprová-lo, previamente.

Conforme expõe, em trabalho pioneiro, Mirkine-Guetzévitch, “o direito internacional deixa ao direito constitucional o cuidado de definir quais são as regras de direito interno segundo as quais deve ser concluído um tratado internacional. Um tratado internacional é assinado, o direito internacional estabelece suas formas, os efeitos. Mas é apenas o direito constitucional que pode dizer em que condições este tratado deve ser considerado válido”. (1)

É, aliás, interessante assinalar — na trajetória de sua evolução histórica — que, na Grécia antiga, consoante notam certos publicistas, a aprovação dos atos internacionais pertencia à assembléia popular, à *Eclésia*. Assim, discorre Ehrenberg: “Na *Eclésia* estava concentrado o supremo poder do Estado, tanto nos debates como nas decisões; a *Eclésia* resolvia sobre a guerra e a paz, *tratados* e alianças com outros Estados.” (2)

Em Roma, verifica-se quase o mesmo. Expõe, a esse propósito, Jolowicz: “Os tratados não podem ser considerados firmados a não ser que o ato do magistrado seja autorizado anteriormente pela comunidade, ou posteriormente ratificado. Para efeito de autorização ou ratificação dos tratados, a expressão *comunidade* significava o “Senado e o povo de Roma”, a denominação do Estado romano usada particularmente quando se tratava de relações internacionais. Autorizado, o tratado era usualmente concluído quando enviado a uma comissão composta de dois ou três “feciais” — membros do colégio eclesiástico, especialmente encarregado do ritual internacional —, que prestava um juramento em nome do Senado e do Povo”. (3)

(1) Mirkine-Guetzévitch, “Droit Constitutionnel International”, Sirey, 1933, pág. 95.

(2) Ehrenberg, “The Greek State”, Basil Blackwell, Oxford, pág. 57.

(3) Jolowicz, “Historical Introduction to the Roman Law”, Cambridge, pág. 39.

Mais adiante, encontramos o Estado medieval, que é fundado num princípio, pode-se dizer, ideal: o caráter sagrado da convenção, a fidelidade que se deve à palavra empenhada. Faz-se sentir, na consagração dos tratados, a presença forte do príncipe. Quando ele assina um acordo, os poderosos do reino o confirmam, nele também se comprometendo. Em síntese, a aprovação se transfere à vontade do próprio príncipe. Compete-lhe, pois, decidir.

Com o advento do absolutismo moderno, então, a regra continua a ser a mesma. Tudo depende da vontade do governante. *Princeps legibus solutus est*. Constituíam a norma jurídica autocrática, que colocava o príncipe, em sua área de competência, acima da submissão às leis, convertendo-o na suprema autoridade jurídica.

Mas, na segunda metade do século XVIII, dois fatores preponderantes concorrem para a necessária participação do Legislativo na aprovação dos atos internacionais: a elaboração da Constituição americana, de 1787, e a Revolução Francesa, de 1789.

Assinale-se, porém, a título de ilustração, que antes mesmo da queda do *Ancien Régime*, o próprio Rousseau não atinava ainda com a importância política do problema do consentimento do órgão deliberante na aprovação dos tratados. O autor do *Contrato Social* entendia que os negócios externos pertenciam exclusivamente aos príncipes, e que a liberdade dos cidadãos não possuía a mínima relação com a diretriz desses negócios. Em reforço de sua tese, escreve Rousseau: “Para os princípios estabelecidos no *Contrato Social*, nota-se que, a despeito da opinião comum, as alianças de Estado a Estado, as declarações de guerra, e os tratados de paz não são atos de soberania, mas de governo, e este sentimento está de acordo com o costume das nações que têm melhor conhecido os verdadeiros princípios do direito político. O exercício exterior do poder não convém ao povo; as grandes máximas do Estado não estão ao seu alcance; ele deve se subordinar, a esse respeito, a seus chefes que, mais esclarecidos do que ele nesse assunto, não têm absolutamente interesse de fazer no exterior tratados desvantajosos para a pátria; a ordem deseja que ele lhe permita todo o brilho exterior, e que se ligue unicamente ao estável. O que importa essencialmente a cada cidadão é a observação das leis no interior, a propriedade dos bens, a segurança dos particulares”. (4)

Nota-se, desta forma, que o autor dos “Discursos sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade” não estabelecia qualquer relacionamento entre a liberdade dos cidadãos e a política exterior.

O princípio, no entanto, evoluiu e, atualmente, o cidadão passou a ter mais ampla participação nos negócios do Estado, por intermédio, é claro, de seus representantes nas Casas legislativas. Não obstante

(4) Rousseau, “*Lettres Écrites de la Montagne*”, in *Oeuvres Complètes*, Pléiade, vol. III, págs 826-827.

o crescente e complexo relacionamento de governo para governo — que se erigem no centro das decisões mais agudas —, o direito interno ainda detém, nas suas estruturas, um liame de extrema relevância com o direito internacional nas questões mais vitais. A despeito de os dirigentes atuais desenharem, para os seus países, modelos de Executivo forte, ainda se percebem nítidos preceitos de controle interno, por exemplo, de seus atos internacionais.

Cabe, sem dúvida, ao Direito Constitucional determinar, em cada Estado, o órgão supremo das relações internacionais. Sob este aspecto, há combinações variadas, que podemos resumir a quatro tipos básicos:

- 1) o tipo inglês, em que compete exclusivamente ao Chefe de Estado negociar, concluir e ratificar os tratados. É, declaradamente, uma reminiscência do absolutismo. Na Inglaterra, pode-se adiantar, a *common law* é fiel à tradição, e concede ao dirigente — príncipe ou soberano — o *treaty-making power*. A aprovação parlamentar, no entanto, não está totalmente excluída, de vez que ela se torna imprescindível quando se cogita de um tratado modificando o direito interno, ou de um tratado dispondo sobre obrigações financeiras.

Registre-se que o modelo inglês, pelo menos em sua concepção, motivou a Itália fascista e a Alemanha nazista;

- 2) o tipo franco-belga, que foi formulado na Constituição belga de 1831, que exige a intervenção do Parlamento para a ratificação de certos tratados;
- 3) o tipo americano, que exige, para os tratados, a colaboração do Presidente da República e a do Senado, que deve se manifestar mediante um *quorum* estabelecido;
- 4) o tipo suíço, que dá competência ao Legislativo, com participação facultativa do povo, através de *referendum*.

Entre nós, é adotado o modelo americano, apenas com a diferença de que, ao invés do Senado, previmos a participação do Congresso na aprovação. Esta participação é indispensável. Através de seus representantes, se exprimem os representados, num assunto de elevada importância nacional. Constitui a ingerência do Congresso, uma característica marcante, por certo, do Estado de Direito ou, se quisermos, do Estado Democrático.

Procurando estabelecer uma conceituação a propósito do termo *tratado*, que é o assunto central de nosso estudo, assim o distingue o art. 2º da Convenção de Viena sobre o *Direito dos Tratados*: "A expressão *tratado* se entende como sendo um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, seja consig-

nado num instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos, não importando qual seja sua denominação particular.”

Diante dessa definição, parece-nos que a Convenção mencionada considerou o tratado como um acordo geral entre Estados, tornando irrelevante a designação peculiar ao ato objeto do ajuste. Consoante tal compreensão, verifica-se que as diversas classificações, quanto à espécie do acordo, teriam apenas o escopo de evitar que, na ordem interna, houvesse dúvida no que tange à aprovação global dos tratados.

Com maior razão cabe esse argumento quando se trata das expressões consignadas pelas diferentes Constituições brasileiras. O *Documento Básico* do Império, por exemplo, usava, no art. 102, item 8º, o termo *tratados*, apenas. Mas a Constituição de 1891, no art. 34, item 12, reproduzia a técnica empregada posteriormente, determinando que competia privativamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os *tratados e convenções* com as nações estrangeiras”.

Essa expressão conservou-se até a Carta Política de 1967, que inovou, nesse sentido, adotando simplesmente, no art. 47, item I, a fórmula “resolver definitivamente sobre os *tratados* celebrados pelo Presidente da República”, elidindo a palavra *convenções*.

A Carta Política atual, ampliando o conteúdo do texto anterior, dispôs deste modo:

“Art. 44 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I — resolver definitivamente sobre os *tratados, convenções e atos* internacionais celebrados pelo Presidente da República.”

Destarte, o legislador constituinte, evitando as diferenciações por vezes irrelevantes que poderiam surgir, amalgamou os diversos termos da nomenclatura internacional, para significar que todos eles devem submeter-se, em síntese, à decisão do Congresso Nacional.

Evidencie-se, desde logo, que *celebração e ratificação* dos tratados são coisas distintas. Entende-se, pelo primeiro vocábulo, as negociações ou *demarches* realizadas através das gestões dos delegados do Governo, com o objetivo de obter o pretendido acordo; pelo segundo, compreende-se a confirmação, pelo Governo, da propositura do acordo, depois do *placet* do órgão legislativo. Tanto no que se refere às negociações, quanto no que concerne à ratificação, intervém o Poder Executivo. A aprovação compete ao Poder Legislativo.

Tendo em conta o paradigma da Constituição brasileira, que é, sem dúvida, o *Texto Básico* dos Estados Unidos, verifica-se que, nesse sistema, incumbe, apenas, ao Senado o exame dos tratados internacionais, conforme assinalamos. Assim é que o art. II, Seção 2, cláusula

2, estipula que “compete ao Presidente, com o Conselho e o consentimento do Senado, ratificar tratados, mediante o voto de dois terços dos Senadores presentes”.

Consideram os autores norte-americanos que, desde 1795, tem sido livremente praticado o poder do Senado para emendar tratados. Em 1870, uma decisão da Corte Suprema estabeleceu que “o Senado não pode ser compelido a aprovar ou rejeitar um tratado totalmente, mas tem o direito de modificá-lo ou emendá-lo”. (5)

O próprio publicista trazido a depoimento afirma, em seu trabalho, tido como clássico, que, “do ponto de vista legal, uma emenda do Senado a um tratado deve ser considerada como uma condição vinculada à sua aprovação”. (6)

Torna-se evidente que esse poder de emenda não advém da Constituição, mas da jurisprudência da Corte Suprema estadunidense. O escopo principal dessa prerrogativa senatorial é explicado a contento por Haynes, quando escreve: “O Senado tem, em certas oportunidades, usado *emendas* ou *reservas* na aprovação dos tratados, com o propósito de salvaguardar os interesses dos Estados Unidos”. (7)

Aliás, parece ser este, do mesmo modo, o intuito que impele o Congresso brasileiro a apresentar também emendas aos tratados internacionais, a despeito de ser indecisa, a esse respeito, a doutrina.

De modo geral, os internacionalistas procuram negar essa competência do Congresso, argumentando que tal iniciativa delongaria a ratificação dos tratados.

A nosso ver, no entanto, não só descabe esse raciocínio — que é inconsistente, quando se tem em foco o interesse nacional —, como é válida a apresentação de emendas ou reservas aos acordos celebrados.

Examinadas as diversas Constituições brasileiras, verificamos que todas conferem ao Poder Legislativo a aprovação dos tratados pretendidos pelo Governo, inclusive a do Império, que, com ligeira discrepância, estabelece, em seu art. 102, nº 8, que, entre as atribuições do Chefe do Executivo, figura a de “fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio, levando-os depois de concluídos, *ao conhecimento da Assembléia-Geral, quando o interesse e segurança do Estado o permitirem*”.

A despeito dessa ressalva, infere-se do dispositivo que os tratados especificados naquele preceito deviam, normalmente, ser levados ao conhecimento da Assembléia-Geral.

(5) Decisão no caso *Haver v. Yaker*, 9 Wall. 32, 35 (U. S. 1870), citada por Schwartz, “A Commentary on the Constitution of the United States”, The MacMillan Co., N. York, 1963, vol. II, pág. 120.

(6) Schwartz, *ob. cit.*, vol. II, pág. 120.

(7) Haynes, “The Senate of the United States”, Russell & Russell, N. York, 1960, vol. II, pág. 617.

É neste sentido que cabe inteira razão a Pimenta Bueno — talvez o maior exegeta da Carta Política de 1824 — quando afirma que, “considerada só em teoria, a atribuição de celebrar tratados não deveria pertencer ao Poder Executivo, sim, ao Legislativo, porquanto é um ato de soberania, uma expressão do voto nacional; e porque tais convenções internacionais se transformam em leis internas do País, que devem ser religiosamente observadas, que produzem direitos e obrigações”. (8)

Uma explicação: Pimenta Bueno fala em celebração eplo Legislativo, quando se trata, na realidade, de aprovação, pois a celebração *per tence, como se sabe, ao Executivo.*

Adiante, porém, ele admite que, sob o aspecto prático — tendo em conta a possibilidade maior na consecução de informes por parte do Executivo, na sua discreção, na escolha de melhores vantagens para o País —, deveria caber a este, realmente, a celebração e ratificação dos atos internacionais.

Depois da elaboração da primeira Constituição republicana, em 1891, seguiu-se a prática da resolução definitiva, pelo Congresso Nacional, em caráter privativo ou exclusivo, dos tratados submetidos à sua aprovação, à exceção da de 1937, que conferia ao Conselho Nacional — designação dada ao Senado Federal — a competência para placitar os acordos e convenções.

Deduz-se, assim, que, a despeito de ser da natureza da celebração dos tratados, a participação prévia do Poder Executivo, cabe ao Poder Legislativo a aprovação. Não seria justo que pudesse o Chefe do Executivo assumir responsabilidades pessoais externas em nome da Nação, sustentando compromissos que, na verdade, deveriam ser atribuídos também às Casas do Congresso, que representam, igualmente, as aspirações populares.

Mas surge um dos problemas mais importantes a propósito da aprovação dos tratados, o qual, aliás, tivemos ocasião de abordar, quando, precisamente, tratamos do assunto em relação ao sistema estadunidense. Observamos, naquela oportunidade, que a jurisprudência americana era pacífica no concernente à apresentação de emendas ou reservas, por parte do Senado Federal, quando do exame dos tratados.

No Brasil, o assunto é altamente controverso: há os que admitem e os que não admitem as emendas.

Sou dos que entendem que é de acolher-se a tese afirmativa, pois nada há que impeça, na Constituição, seu aceite. De fato, a Lei Maior vigente, em seu art. 44, inciso I, estipula que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tra-

(8) Pimenta Bueno, “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, J. Ville-neuve, Rio, 1857, pág. 246.

tados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”.

Resolver definitivamente não significa apenas *aprovar* ou *desaprovar* totalmente. *Aprovar totalmente*, mesmo que, nessa aprovação, se englobassem cláusulas contrárias ao interesse nacional, seria contraproducente. *Desaprovar totalmente*, mesmo que essa desaprovação importasse no julgamento de certas cláusulas favoráveis às conveniências da política nacional, seria desaconselhável. Por essa razão, entendo perfeitamente admissíveis as *emendas*, pois tais modificações não elidiriam o preceito do art. 44, inciso I, quanto à aprovação definitiva.

Contra a argumentação dos autores que julgam que a apresentação de emendas inutilizariam o tratado, desde que traduziria uma espécie de recusa, que teria de ser submetida à outra parte contratante, anteponho o raciocínio segundo o qual a desaprovação total seria uma forma de rejeição que poderia, do mesmo modo, forçar as partes contratantes a uma reformulação dos termos do tratado em causa.

É, pois, dos mais relevantes o aspecto de que se reveste a possibilidade de inserção de modificações por parte do Congresso Nacional. Isto não significa absolutamente a mínima diminuição no papel saliente que exerce o Chefe do Executivo na tomada de decisões. As negociações continuam lhe pertencendo. (9) Apenas o Congresso Nacional — como o grande *forum* de debates da Nação —, tem o direito, que lhe é conferido pela cláusula constitucional, de exercer sua fiscalização no que concerne aos termos do acordo.

Na verdade, as emendas que possam ser apresentadas pelo Congresso Nacional não devem suscitar qualquer constrangimento ao Chefe do Executivo, em relação à parte ou partes contratantes — devido à reformulação proposta pelo órgão legislativo —, porque, de conformidade com o estatuído nas Convenções sobre tratados (Havana e Viena), cada parte contratante é obrigada a conhecer as disposições previstas, nesse sentido, no direito interno dos países figurantes nos acordos.

É, pois, de alto significado a cooperação do Congresso Nacional na elaboração dos tratados. Tal cooperação traduz a vontade tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo na consecução dos objetivos nacionais. O centro de decisão deve deslocar-se, nessa oportunidade, para ambos os pólos. A ingerência do Congresso Nacional, na formalização do ato internacional, aprova, aceita e confirma, quando for o caso, a decisão do Governo.

A liberdade de decisão do Congresso Nacional é uma das mais indiciadoras características do Estado de Direito.

(9) Na lição de Schwartz, “a constante prática a este respeito (do Presidente iniciar negociações sobre tratados sem consulta prévia ao Senado) deve ser considerada como indisputado monopólio constitucional do Presidente na negociação e celebração dos tratados”. In “Commentary on the Constitution of the United States”, MacMillan Co., N. York, vol. II, pág. 119.