

MONISMO E DUALISMO ALÉM DOS TRATADOS: A INTERNALIZAÇÃO DAS
RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU / MONISM AND
DUALISM BEYOND THE TREATIES: THE INTERNALISING OF
RESOLUTIONS OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo;

Paulo Edvandro Costa Pinto*

Resumo

O presente artigo procura mostrar que o debate entre Kelsen e Triepel foi mal recepcionado no Brasil, pois ele aqui versou apenas sobre o problema da incorporação de tratados e da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento nacional. Mas os dois autores discutiram as relações entre o direito interno e o direito internacional como um todo. Assim, outras fontes normativas deste direito foram relegadas.

Entre nós, as resoluções do Conselho de Segurança da ONU ingressam por meio de decreto presidencial, como se fossem acordos executivos. Porém, não raro, estas decisões tratam de matérias que nunca poderiam constar de acordos executivos, como a restrição a direitos subjetivos e a construção de tipos penais.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Carl Heinrich Triepel. Incorporação de tratados. Direito interno. Direito internacional. Acordos executivos.

Abstract

This article attempts to show that the debate between Kelsen and Triepel was poorly approved in Brazil, as it revolved only here on the problem of incorporating the hierarchy of treaties and the hierarchy of human rights treaties in national law. But the two authors discussed the relationship between domestic law and international law as a whole. Thus, other regulatory sources of this law have been relegated.

Between us, the resolutions of the UN Security Council join by presidential decree, as if they were executive agreements. But often, these decisions deal with matters that could never appear on executive agreements, such as restricting the subjective rights and the construction of criminal types.

Keywords: Hans Kelsen. Carl Heinrich Triepel. Incorporation of treaties. Domestic law. International law. Executive agreements.

Introdução

O debate entre Kelsen e Triepel, monismo e dualismo, engendrou terríveis celeumas doutrinárias e divisão jurisprudencial nos tribunais superiores a respeito da prisão civil do depositário infiel, ainda permitida por nossa constituição e vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica. Por causa de interpretações divergentes do art. 5º § 2º da Constituição Federal, não se podia precisar se o ordenamento jurídico brasileiro adotava uma teoria ou a outra. Não raro, a doutrina rotulava com uma fórmula de compromisso: o Brasil era “monista moderado” – o que, em verdade, pouco significa.

Tão complicada e lacunar era (e ainda é) o sistema pátrio de incorporação de tratados, que alguns¹ chegaram a qualificar a controvérsia entre os autores mencionados como irrelevante, pois seria no próprio direito brasileiro que se deveria buscar a solução para a internalização de tratados – em especial, tratados de direitos humanos – e a sua conseqüente hierarquia normativa. A EC n. 45/2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo quinto, resolveu, em parte, esta divergência, mas criou outra em relação à hierarquia dos tratados já incorporados antes da sua vigência. De fato, revelam-se tão melindrosos os dispositivos atinentes à questão que o debate inicial se perdeu em algum meandro.

A discussão, contudo, foi muito citada, mas pouco lida. Nem Kelsen nem Triepel escreveram sobre incorporação e hierarquia dos tratados, mas acerca das relações entre o direito internacional e o direito interno. Tratados não são as únicas normas de direito internacional, e o problema da internalização de sentenças de cortes internacionais, com o Caso Avena, estremeceu certezas consolidadas. Talvez aqueles dois pensadores possam ainda hoje ensinar alguma lição para os juristas brasileiros.

Cumprе salientar que o problema da incorporação do direito internacional no direito interno também se estende para decisões de organizações internacionais. Neste texto, analisase, em especial, o procedimento brasileiro de internalização das resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, um órgão capaz de emitir decisões vinculantes no que tange a sua competência de guardião da paz e segurança internacionais. Assim, essas

* Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professor adjunto da Universidade Federal Fluminense, autor de várias obras, entre outras Guerra e Cooperação Internacional (2002) e Hugo Grócio e o Direito (2006). * Paulo Edvandro Costa Pinto, mestre em Ciências Navais, Capitão-de-Fragata.

¹ Cf. BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. Revista da EMERJ, v. 2, n. 9, pp. 180-195, 1998.

resoluções, ainda que o país não tome parte da sua formação, não constituem soft law e obrigam tanto como um tratado ou uma sentença de corte internacional.

1. O debate original entre Kelsen e Triepel

Em 1899, Carl Heinrich Triepel publicou a obra *Völkerrecht und Landrecht*, na qual desenvolve uma idéia que seria condensada um quartel de século depois no curso da Academia de Direito Internacional da Haia. No curso da Haia, o autor, de modo expreso, critica a teoria monista que Kelsen desenvolve no livro *Das Problem der Souveränität um die Theorie des Völkerrechts* e a reputa de anti-histórica. Imbuído do estatalismo hegeliano, Triepel afirma que o Estado consiste numa verdadeira pessoa, distinta da soma de suas partes, não um simples “ponto de imputação”.²

Segundo Triepel, grosso modo, a vontade do Estado cria o direito interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o direito internacional, que incide sobre as nações. Direito interno e direito internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas. O direito internacional não constitui um ramo do Direito, como o direito civil, o direito constitucional, etc., mas um ordenamento jurídico à parte do direito interno. Por isso, ele cunha o termo “dualismo” para designar as relações entre os dois sistemas jurídicos. Em virtude dessa dualidade de fontes, direito interno e direito internacional regem relações sociais diferentes. Uma norma de um ordenamento não pode modificar a do outro. Um tratado não pode derogar uma lei; somente outra lei ou regra de direito interno pode realizar isso. Quando se afirma que uma lei foi derogada por um tratado, o observador mais atento sabe que se encontra diante do fenômeno da “recepção” do direito estrangeiro³: uma determinada norma, criada num sistema jurídico passa vigorar noutro, por uma previsão expressa.

Para Kelsen, por sua vez, o dualismo mostra-se absurdo, porque conduz à própria negação do valor jurídico tanto do direito internacional como das outras ordens nacionais, em decorrência da ausência de um mesmo fundamento jurídico. O autor caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma fundamental.

² Cf. TRIEPEL, Carl H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo I, 1925. p. 87.

³ Cf. *Ibidem*, p. 92.

Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. Uma lei irá pertencer a um determinado ordenamento, se ela foi criada por uma autoridade que recebeu este poder de uma outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se foi criada por outra autoridade que recebeu esta faculdade de uma terceira norma superior. Este raciocínio pode aplicar-se repetidas vezes até que a última norma positiva (do direito estatal) seja a constituição. Acima desta, haverá uma norma hipotética, pressuposta e não posta, chamada Grundnorm (e, com ela, encerra-se o fenômeno jurídico). Ocorre que, tanto o direito estatal, como o direito internacional possuirão apenas uma única norma fundamental.⁴

Segundo o jurista austríaco, duas ordens jurídicas co-existentes só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Esta estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Esta tarefa, contudo, implica subordinar ambos a uma terceira ordem, a qual deverá delimitar o domínio de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade.⁵ Trata-se do caso das relações entre direito internacional e direito interno.

Com base nessas afirmações, Kelsen torna-se capaz de negar a própria idéia de soberania. A teoria da soberania estatal só pode sobreviver num sentido bastante relativizado. O Estado somente pode apresentar-se como poder supremo, superior a qualquer outro, em relação a um determinado agrupamento de indivíduos que ele contém. Quanto a outros grupos, como a população de um Estado estrangeiro, o Estado não é superior, mas tão somente – numa acepção negativa – não-subordinado. Revela-se, portanto, seu igual e independente. Há que se distinguir então dois conceitos de soberania, um interno e outro externo (ou de direito internacional). Ocorre que este raciocínio é contraditório e representa uma simples atenuação da noção de soberania. Se, no seu interior, o Estado é supremo e, para o exterior, ele é independente e igual aos demais Estados, então todos os Estados estão em relação de coordenação e, assim, compreendidos numa ordem superior que delimita o domínio de cada

⁴ Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 14, 1926, p. 258. Kelsen afirma que há duas possibilidades para esta unidade: o monismo com prevalência do direito interno ou o monismo com prevalência do direito internacional. Ambas são lógicas e juridicamente perfeitas, mas a primeira conduz a uma espécie de “egotismo jurídico”; cada país consideraria o seu próprio direito como o único verdadeiro. Por isso, ele faz uma opção política pela segunda alternativa.

⁵ Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 270.

um. Esta ordem é o direito internacional. Num sentido tão relativo de soberania, que permite a existência de uma ordem superior, a noção se transforma numa tautologia: o Estado é soberano apenas em relação àqueles que subordina. Nesta acepção tão suave, também o município será soberano.⁶

2. A (re)colocação do debate

No Brasil, as divergentes interpretações do art. 5º, § 2º da nossa constituição federal e a introdução do § 3º pela EC 45/2004 fazem crer que a recepção do debate acima se resumiu ao problema da hierarquia de um tratado devidamente ratificado. Se isto for verdadeiro, a discussão foi mal recebida por vários motivos. Primeiro, embora Kelsen afirme a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, mais do que hierarquia, a controvérsia cinge-se à incorporação automática (ou não) das normas de direito internacional. Se as duas ordens constituem um mesmo sistema, não há necessidade de um procedimento formal de recepção do direito estrangeiro, e as prescrições internacionais já se mostram aptas a produzir efeitos. Para Triepel, contudo, visto que um regula as relações no interior do Estado e o outro as relações entre os Estados, não há possibilidade de sobreposição de normas (ainda que possa haver contradição de conteúdos).

Segundo, nem Kelsen nem Triepel advogou a “melhor” maneira de estabelecer as relações entre as duas ordens. Os dois construíram teorias divergentes de interpretação de uma mesma realidade. Não buscaram prescrever qual o modo mais adequado que um Estado deveria se comportar em face do direito internacional, mas descreveram, consoante seus aportes teóricos, teses diferentes para explicar o fenômeno das relações entre o direito interno e o direito internacional. Nunca conceberam o monismo ou o dualismo para ser uma espécie de “opção legislativa” que uma determinada nação pudesse assumir frente ao direito internacional.

Por fim, nenhum dos dois autores parece querer restringir a questão a tratados; ambos procuraram desvendar as relações entre o direito internacional e o direito interno em geral. As conclusões dos dois juristas aplicam-se a todas as fontes formais do direito internacional: tratados, costumes, princípios, etc. Mas o problema da incorporação de outros atos internacionais que não são tratados ainda não foi devidamente posto.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 260.

O Caso Avena na Corte Internacional de Justiça foi paradigmático para despertar a atenção do mundo sobre o tema da execução de sentenças de cortes internacionais. A CIJ determinou a revisão judicial de quarenta e nove processos, nos quais os EUA haviam desrespeitado a proteção consular do art. 36.1 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ainda não tinham recebido sentença terminativa. O Presidente George W. Bush, em Memorando ao Advogado Geral, determinou que as cortes nacionais, “por uma questão de cortesia”, deveriam cumprir com as obrigações internacionais dos Estados Unidos determinadas pela Corte Internacional de Justiça. Entretanto, oito juízes da Corte de Apelação do Texas afirmaram que o memorando não seria obrigatório porque, caso fosse, o presidente estaria excedendo a sua autoridade e se intrometendo no Poder Judiciário, o que fere o princípio basilar da tripartição dos poderes. Ademais, um memorando não possui o mesmo valor de uma lei e, portanto, não obrigaria o Texas.⁷

No Brasil, as decisões de cortes internacionais enfrentariam problema similar, pois são internalizadas por meio de decreto presidencial, sem qualquer participação do Congresso Nacional. No caso Ximenes Lopes, o Brasil foi sentenciado, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pagar indenizações para a família da vítima. A sentença foi internalizada pelo Decreto 6.185 de 13 de agosto de 2007 que autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a “promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁸

A questão que se coloca é a de se sentenças de cortes internacionais, não apenas as da CIDH, devem ou não ser homologadas, a exemplo do que ocorre com as sentenças de cortes estrangeiras. Em verdade, sentenças estrangeiras precisam de homologação porque pertencem a outro ordenamento nacional; consistem em normas produzidas por outro sistema jurídico e, portanto, devem ser recepcionadas por meio de um processo formal. O raciocínio dualista aplica-se no caso das sentenças estrangeiras, sem qualquer sombra de dúvida. Mas a situação das sentenças internacionais apresenta-se um tanto obscura. Valério Mazzuoli dá uma resposta

⁷ Cf. PIZZOL, Scheron. A influência das decisões da Corte Internacional de Justiça para o direito de comunicação consular. Revista Eletrônica de Direito Internacional, CEDIN, v. 1, 2º semestre, 2007. (sem marcação de página). Disponível em <<http://www.cedin.com.br>>. Acesso em abril 2009.

⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. Decreto 6185/07.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm>. Acesso em abril 2009.

tipicamente monista para o problema: “O Supremo Tribunal Federal [agora Superior Tribunal de Justiça] não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal, e têm jurisdição sobre o próprio Estado.” (grifo nosso).⁹

No mesmo diapasão, hoje tramita projeto de lei (PL 4667/04), da autoria do Deputado José Eduardo Cardoso (apresentado originalmente pelo Deputado Marcos Rolim, mas arquivado sem ter sido colocado em pauta para votação) para conferir eficácia de título executivo judicial para as decisões de organizações internacionais de proteção aos direitos humanos e natureza alimentar às indenizações provenientes delas (a fim de escapar à fila dos precatórios).¹⁰ Se o projeto for aprovado, o Brasil terá dado um importante passo em direção ao monismo. No entanto, ainda paira dúvidas se o aceite da jurisdição de uma corte internacional implica a pertença da decisão deste órgão à ordem legal desse país ou se constitui uma norma proveniente de outra fonte. Resta saber, sobretudo, como o Brasil internalizaria a decisão de outros organismos internacionais que não versam sobre direitos humanos, ou, ainda, como seria o tratamento dispensado a atos internacionais que não constituem tratados nem decisões judiciais. Em suma, o debate entre Kelsen e Triepel se mostra mais vivo do que nunca.

3. A internalização das Resoluções do Conselho de Segurança

As decisões de uma organização internacional, de um modo geral, correspondem a soft law e não encerram força mandamental. Mas o Conselho de Segurança, quando exerce as suas funções descritas no art. 39 da Carta das Nações Unidas, edita resoluções bastante especiais. Todo este sistema de tomada de decisões do Conselho no que tange a segurança coletiva se estrutura a partir do dever de todos os Estados membros de observarem, fazerem cumprir e cooperarem para o cumprimento destas resoluções. Este dever consta dos artigos 2.5 (princípio da assistência dos Estados membros para o cumprimento dos propósitos da

⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério. As Sentenças Proferidas por Tribunais Internacionais Devem ser Homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? Disponível em:

<<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/att0369.pdf>>. Acesso em agosto 2008.

¹⁰ Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4667/04. Disponível em

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/259112.pdf>>. Acesso em janeiro 2009.

organização), 24 (principal responsabilidade do Conselho pela paz e segurança internacionais), 25 (obrigação de cumprir e fazer cumprir as decisões obrigatórias do Conselho), 48 (ação necessária para a observância das decisões obrigatórias do CSNU) e 49 (mútua assistência para o cumprimento das decisões obrigatórias).¹¹

Cabe salientar que nem todas as decisões do CSNU possuem força obrigatória. Uma ultrapassada tese preconizava que somente seriam obrigatórias aquelas que veiculassem enforcement measures, isto é, decisões que evocassem os arts. 41 e 42 da Carta. A Corte Internacional de Justiça, todavia, implodiu esta argumentação. Ao se deparar com o problema da ocupação ilegal da Namíbia pela África do Sul, que afrontava a RES/CSNU/276/1970 (mas que não possuía lastro no Capítulo VII da Carta), a Corte rechaçou a tese anterior porque tornaria o art. 25 supérfluo, uma vez que o efeito obrigatório das enforcement measures já é conferido pelos arts. 48 e 49 da Carta. Concluiu que o caráter obrigatório de uma resolução deve ser aferido caso a caso, a partir da linguagem do texto.¹²

O art. 25 da Carta da ONU prescreve que “os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”. Uma interpretação literal do artigo basta para mostrar que aceitação e execução representam medidas distintas. A aceitação da decisão de uma organização internacional constitui um ato unilateral de Estado e, em essência, uma ação internacional, com significativos efeitos diplomáticos e políticos. A aceitação, não obstante, consiste num ato jurídico relevante porque pode, entre outros exemplos, tornar obrigatória uma resolução originariamente permissiva. Ademais, é pela aceitação que uma determinada resolução do CSNU pode vincular até mesmo Estados não membros das Nações Unidas (vide a RES/CSNU/217/1965, aceita pela República Federal da Alemanha, a RES/CSNU/232/1972, aceita pela Suíça e pela República Democrática da Alemanha, bem como todas as decisões que prescreviam sanções

¹¹ Cf. DROUBI, Sufyan El. As resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e sua introdução no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 60, jul./set. 2007, p. 324.

¹² Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *Advisory Opinion of 06.21.1971*. ICJ Report (1971) p. 113.

contra a Rodésia do Sul). O objetivo do art. 25 foi, pois, o de impedir que um Estado membro, por qualquer motivo, não aceitasse uma resolução obrigatória do CSNU.¹³

A aceitação, contudo, não implica a aplicabilidade imediata da decisão, ou seja a possibilidade de ser executada pelo Poder Judiciário ou a de ser invocada pelos particulares do país. As resoluções do CSNU fixam obrigações de resultado e deixam para o país uma margem de discricionariedade para determinar os meios de sua implementação. Segundo Cançado Trindade, “[...] não são self executing, e sua aplicação ou implementação – como demonstram claramente, e.g., as sanções sob o capítulo VII da Carta da ONU – conta em última análise com o indispensável concurso dos Estados; [...]”¹⁴.

Como seria de se esperar, as decisões do CSNU são internalizadas no Brasil por meio de decreto presidencial. Quase sempre, estes decretos remetem ao art. 25 da Carta, o que, como visto, corresponde a uma má técnica legislativa, uma vez que o fundamento de obrigatoriedade de uma resolução pode ser outro dispositivo, além de tornar obrigatórias decisões meramente permissivas. Em relação às decisões do CSNU que o Brasil internalizou,

¹³ Cf. DROUBI, Sufyan El. *Idem*, p. 337.

¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 557.

¹⁵

Cf. Resoluções 661/90, 687/91, 713/91, 733/92, 748/92, 757/92, 788/92, 820/93, 841/93, 864/93, 873/93, 875/93, 883/93, 943/94, 970/95, 986/95, 988/95, 1.003/95, 1.015/95, 1.021/95, 1.132/97, 1.156/98, 1.160/98, 1.171/98, 1.192/98, 1.267/99, 1.333/00, 1.367/01, 1.373/01, 1.388/02, 1.503/03, 1.807/08 e 1.844/08.

¹⁶ Cf. Resoluções 841/93, 864/93, 873/93, 875/93, 917/94, 1.022/95, 1.298/00, 1.306/00, 1.343/01, 1.385/01, 1.408/02, 1.446/02, 1.445/03, 1.483/03, 1.521/04, 1.526/04, 1.532/04, 1.591/05, 1.636/05, 1.701/06, 1.718/06 e 1.792/07.

¹⁷

Cf. Resoluções 1.478/03, 1.493/03, 1.552/04, 1.556/04, 1.572/04, 1.579/04, 1.596/05, 1.607/05, 1.616/05, 1.643/05, 1.647/05, 1.649/05, 1.689/06, 1.683/06, 1.698/06, 1.727/06, 1.731/06, 1.753/07, 1.771/07, 1.782/07 e 1.799/08.

¹⁸ Cf. Resoluções 1.737/06, 1.747/07 e 1.803/08.

¹⁹

Cf. Decretos 108/91, 411/92, 494/92, 831/93, 970/93, 1.029/93, 1.170/94, 3.976/01, 4.150/02, 4.599/03, 4.742/03, 4.775/03, 4.822/03, 4.995/04, 5.096/04, 5.367/05, 5.368/05, 5.401/05, 5.470/05, 5.489/05, 5.529/05, 5.548/05, 5.604/06, 5.695/06, 5.696/06, 5.701/06, 5.880/06, 5.884/06, 5.936/06, 5.956/06, 5.957/06, 6.033/07, 6.034/07, 6.045/07, 6.118/07, 6.150/07, 6.358/08, 6.448/08, 6.567/08, 6.568/08, 6.569/08, 6.570/08, 6.735/09 e 6.801/09. Exceuiu esta fórmula o Decreto 1.170/94, que acrescenta à sua fundamentação constitucional o inciso VII do artigo 84 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/_Dec_ano.htm>. Acesso em maio de 2009.

²⁰ Cf. Decretos nº 960/03, 1.516/95, 1.517/95, 1.518/95, 1.685/95, 1.754/95, 1.862/96, 1.951/96, 2.575/98, 2.688/98, 2.696/98, 3.044/99, 3.267/99, 3.755/01, 3.791/01, 3.846/01, 3.984/01, 4.142/02 e 4.299/02. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Dec_ano.htm>. Acesso em maio de 2009.

²¹

Cf. Decretos 1.288/94, 1.308/94, 1.384/95, 3.561/00, 3.583/00, 4.205/02 e 4.525/02. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Dec_ano.htm>. Acesso em maio de 2009.

tomando-se como marco inicial o Decreto 108/91, que tratou da execução em território nacional das sanções impostas ao Estado do Iraque, impostas pelas Resoluções 661/90 e 686/90, e marco final o Decreto 6.801/09, que dispôs sobre o regime de sanções contra a República Democrática da Somália imposto pela Resolução 1.844/08, constata-se que o CSNU não seguiu uma fórmula única. Há resoluções mandatórias com fundamentação em uma referência genérica ao Capítulo VII da Carta da ONU¹⁵, que trata de ações relativas a ameaças à paz, sua ruptura e em casos de agressão. Em outras, o Conselho fundamenta a obrigatoriedade por meio da combinação da remissão genérica ao Capítulo VII da Carta com a referência expressa de que considera a matéria objeto da sua apreciação e decisão constitui uma ameaça à paz e segurança internacional¹⁶, ou regional¹⁷. Existem, ainda, àquelas decisões em que o CSNU dispõe a obrigatoriedade de seu cumprimento pelos Estados em função dele estar atuando ao amparo dos artigos 39 ou 41 do Capítulo VII da Carta da ONU¹⁸. Em quase todas elas, entretanto, o decreto presidencial tornou-as compulsórias em virtude do art. 25 da Carta.

Os poderes constitucionais que fundamentam o decreto constituem um caso à parte. Há duas fundamentações distintas. Na primeira forma, dispõe-se da execução por meio de decreto que internaliza a resolução do CSNU com fundamento no artigo 84, inciso IV, da Constituição de 1988, que atribui ao Presidente da República a competência privativa para expedir decretos e, observando o compromisso do Estado disposto no artigo 25 da Carta das Nações Unidas, estabelece-se a obrigação das autoridades nacionais, dentro de suas respectivas atribuições, de cumprirem o disposto na Resolução em pauta¹⁹. Na segunda forma, a internalização ocorre ora observando a mesma fundamentação constitucional²⁰, ora acrescentando a esta uma remissão ao inciso VII do artigo 84 da Magna Carta²¹, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”. Assim, a autoridade desses decretos presidenciais repousa em dispositivos da competência privativa do Presidente da República. Ademais, não houve a participação do Congresso Nacional na internalização das referidas resoluções. Estes dois elementos – a falta de referendo do Congresso Nacional na incorporação de um ato internacional e a participação solitária do presidente com base na sua competência privativa – remontam a uma doutrina bastante controversa sobre acordos executivos.

4. A controversa constitucionalidade dos acordos executivos no Brasil e a dispensa do Congresso Nacional para a internalização das resoluções do Conselho de Segurança

A idéia da existência de acordos internacionais que não precisariam passar pelo crivo do Congresso Nacional se origina da recepção dos debates estadunidenses acerca da autoridade convencional neste país. A constituição de 1787 garantiu ao presidente o poder de celebrar tratados, com o consentimento somente do Senado, consoante um quórum de dois terços dos membros presentes (art. II, seção 2). A prática dos acordos executivos, porém, começa bem cedo, já no governo George Washington, por uma interpretação bastante restritiva da palavra inglesa *treaties*. Além dos tratados, os quais só poderiam ser concluídos com o abono senatorial, haveria os *agreements*, acordos ou ajustes, para os quais o presidente poderia prescindir do parlamento. A Suprema Corte, em dois casos análogos, *US vs. Belmont* (1937) e *US vs. Pink* (1942), convalidou esta prática.¹⁵

No Brasil, ainda na vigência da Carta de 1946, Hildebrando Accioly defendeu a validade desses acordos entre nós.¹⁶ Além dele, abraçaram esta tese Levi Carneiro, João Hermes Pereira de Araújo e Geraldo Eulálio Nascimento e Silva. A doutrina dos acordos executivos no Brasil, no entanto, foi tudo menos pacífica. Pontes de Miranda, Themístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano, Haroldo Valladão e Vicente Marotta Rangel sustentam que todo e qualquer acordo internacional precisa da aprovação pelo Congresso Nacional. Seria a tradição brasileira da Constituição de 1891, com Barbalho e Bevilácqua.¹⁷ Para estes autores, nada autoriza, a exemplo do que ocorreu nos EUA, uma interpretação gramatical que diferencie, *ratione materiae* ou *ratione auctoritas*, tratados sujeitos ao exame parlamentar de outros acordos internacionais que prescindam desse escrutínio. A constituição de 1988 apresentar-se-ia bem enfática a esse respeito ao mencionar, no art. 49, I, os termos “tratados, acordos ou atos internacionais”. A intenção do legislador constituinte seria a de abranger a totalidade dos atos internacionais.

¹⁵ Cf. REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 162, abril/junho 2004. p. 124.

¹⁶ Cf. ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 7, janeiro-junho, 1948.

¹⁷ Cf. MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 288-289.

Além da legitimidade, sempre foi problema determinar a extensão dos atos internacionais que poderiam ingressar sem o exame do Congresso. As teses mais extremas argumentaram que a ratificação não seria exigida para os seguintes atos: a) acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo; b) aqueles sobre questões de interesse local ou de importância restrita, concluídos por agentes que tenham competência para isso; c) atos interpretativos de cláusulas de tratado já vigente; d) os que decorrem logicamente de um tratado em vigor e constituem o seu complemento; e) os de *modus vivendi* (atos de mera impulsão do dia-a-dia diplomático); f) acordos para a prorrogação da validade de um tratado, e g) as promessas de reciprocidade em matéria de extradição. Rezek arguiu que, na sistemática da atual constituição, seriam compatíveis apenas três espécies de acordos executivos: c), d) e e). Estas três categorias dispensariam a aprovação parlamentar porque não importariam inovação legislativa. O autor, porém, não poupa críticas à idéia de que o Executivo poderia realizar acordos em temas de sua competência privativa. Ele lembra que o presidente pode nomear e destituir Ministros de Estado livremente, bem como exerce o comando supremo das Forças Armadas. Mas ninguém o estimaria autorizado a celebrar acordos executivos nos quais ele decidisse partilhar estas prerrogativas com potências estrangeiras.¹⁸

As resoluções do CSNU, todavia, podem encerrar obrigações que, em hipótese alguma, poderiam ser internalizadas sem o exame parlamentar. Mesmo os mais ardorosos defensores da constitucionalidade dos acordos executivos no Brasil encontrariam dificuldades em aceitar a validade de um decreto presidencial que internalize ato internacional que imponha a restrição de direitos subjetivos ou o estabelecimento de novos tipos penais. A título de exemplo, o Decreto 960/1993 tornou obrigatórios, em todo o território nacional, os embargos determinados pela RES/CSNU/864/1993 contra a União Nacional para a Independência Total de Angola – UNITA, ao proibir “a venda, exportação ou fornecimento à UNITA ou seus agentes de armamento e material correlato de todos os tipos, incluindo armas e munições, veículos militares, equipamento e peças de reposição para quaisquer dos produtos acima citados”. Este decreto, com fundamento no artigo 84, inciso IV, da Magna Carta, inova na ordem jurídica nacional, ao dispor, no parágrafo único de seu artigo 3º, a sanção de apreensão e confisco dos bens supra relacionados na hipótese do seu descumprimento. Assim, haveria

¹⁸ Cf. REZEK, José Francisco. *Idem*, pp. 127 e 133.

um regulamento autônomo, e o decreto em tela padeceria de inconstitucionalidade, na medida em que estaria o Executivo legislando sem competência.¹⁹

Também o Decreto 3.976/01, que dispõe sobre a execução, no território nacional, da RES/CSNU/1.373/2001, a qual, em linhas gerais, condenou os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, parece evadir-se à competência de um acordo executivo. Ele afronta o princípio fundamental da independência dos poderes, disposto no artigo 2º da Constituição, e determina em seu artigo 1º o dever das autoridades brasileiras, no âmbito de suas respectivas atribuições, de observar o disposto nesta resolução. Esta medida obriga o Legislativo a legislar sobre a matéria contida na referida decisão e criar um tipo penal.

- [...] Atuando ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, 1.
Decide que todos os Estados devem:
- b) Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;
 - (...)
 - e) Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos (grifo nosso).

A prática corrente de internalização das resoluções do Conselho de Segurança merece, no mínimo, maior reflexão.

Considerações Finais

O tema da internalização das normas internacionais nunca se resumiu aos tratados. A discussão inicial de Kelsen com Triepel referia-se às relações entre o direito internacional e o

¹⁹ Neste sentido, pronunciou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello: “O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN n. 01/2005.” (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-06, DJ de 16-6-06).

direito nacional considerados em sua inteireza. Todas as fontes do direito internacional (tratados, costumes, decisões de organizações internacionais, etc.) deveriam interessar, mas, por uma estranha razão, a recepção deste debate no Brasil restringiu-se tão-somente aos tratados.

Contudo, os demais atos internacionais são, de fato, incorporados ao nosso direito interno. Nunca se concedeu a devida atenção ao modo como essa incorporação era feita até, praticamente, o Caso Avena, na Corte Internacional de Justiça e, entre nós, até sermos condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O presente texto busca questionar a forma de incorporação no direito brasileiro das resoluções do CSNU. As mesmas ingressam por meio de decreto presidencial, sem qualquer consulta ao Congresso Nacional, como se fossem acordos executivos. O problema é que essas resoluções podem tratar de matérias importantes demais para prescindir do exame parlamentar, como a criação de tipos penais e a restrição de direitos subjetivos. Mesmo os mais acirrados defensores da legitimidade dos acordos executivos ficariam estarecidos.

A controvérsia entre Kelsen e Triepel foi mal recebida no Brasil. Resta revisitá-la.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 7, janeiro/junho, 1948.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. Revista da EMERJ, v. 2, n. 9, pp. 180-195, 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4667/04. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/259112.pdf>>. Acesso em janeiro 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito das Organizações Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DROUBI, Sufyan El. As resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e sua introdução no direito brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 15, n. 60, pp. 317-360, jul./set. 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion of 06.21.1971. ICJ Report (1971).

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 14, 1926.

MAZZUOLI, Valério. As Sentenças Proferidas por Tribunais Internacionais Devem ser Homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/att0369.pdf>>. Acesso em agosto 2008.

MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIZZOL, Scheron. A influência das decisões da Corte Internacional de Justiça para o direito de comunicação consular. Revista Eletrônica de Direito Internacional, CEDIN, pp. 693723, v. 1, 2º semestre, 2007. Disponível em <<http://www.cedin.com.br>>. Acesso em abril 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. Decretos Presidenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm>. Acesso em abril 2009.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, pp. 121-148, ano 41, n. 162, abril/junho 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Cível 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-06, DJ de 16-6-06. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em abril de 2009.

TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo I, 1925.