

2.5 APROVAÇÃO E OBRIGATORIEDADE POR TRATADOS, NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO: UM RESUMO

ALEXANDRE SCIGLIANO VALERIO

Doutor em Direito Econômico pela UFMG

Professor do Centro Universitário de Belo Horizonte (Uni-BH)

RESUMO: Ainda nos dias de hoje verifica-se, por parte de estudantes e juristas, considerável falta de domínio sobre o Direito Internacional. Tal desconhecimento é incompatível com a importância do Direito Internacional na teoria e prática jurídicas, bem como com o relevo almejado, pelo Brasil, na Sociedade Internacional. O presente trabalho é uma tentativa de descrever, de forma ao mesmo tempo clara, concisa e precisa, os procedimentos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno brasileiro, pelos quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório no Brasil. Foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, e que foram assim denominadas: a) “aprovação internacional”; b) “aprovação interna”; c) “obrigatoriedade internacional”; e d) “obrigatoriedade interna”. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Público; tratado; aprovação; obrigatoriedade; ratificação.

ABSTRACT: Despite the increase in international relations in the contemporary society, amongst law students and legal scholars there remains a considerable lack of domain regarding International Law. Such a lack of knowledge is incompatible with the importance of International Law in legal theory and practice, as well as the role Brazil aspires to play in the international society. This article is an attempt to describe, in a clear, concise and precise manner, the international and domestic procedures through which a treaty is submitted before it becomes obligatory in Brazil. Four main phases were observed as being present at most times, and were identified as such: a) “international approval”; b) “internal approval”; c) “international obligatoriness”; and d) “internal obligatoriness”. Such terms, expressions and distinctions are submitted to the scientific community.

KEY WORDS: International Law; treaty; approval; obligatoriness; ratification.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aprovação internacional. 3. Aprovação interna. 4. Obrigatoriedade internacional. 4.1. Formas. 4.2. Data. 4.3. Obrigatoriedade internacional para um Estado. 5. Obrigatoriedade interna. 5.1. Forma. 5.2. Data. 6.

“Constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca” da aprovação e obrigatoriedade por um tratado. 7. Conclusão e figura-resumo. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ainda nos dias de hoje verifica-se, por parte de estudantes e juristas, considerável falta de domínio sobre o Direito Internacional. Assim, é geralmente desconhecida a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (a seguir, *Convenção de Viena*, simplesmente) e a não aplicação da Convenção de Direito Internacional Privado (em anexo à qual está o chamado *Código de Bustamante*) em Estados que simplesmente não a ratificaram – ambos os erros induzidos, em verdade, pela nossa literatura jurídica.

Outros exemplos podem ser dados: a) o Brasil assinou um tratado¹, mas não o ratificou? É possível que a assinatura, por si só, implique em obrigatoriedade, dispensando a ratificação; b) o Brasil não assinou um tratado? Ele pode mesmo assim ser obrigatório para o nosso País, caso tenha havido adesão; c) o tratado está em vigor para o Brasil? É necessário distinguir-se a entrada em vigor internacional da entrada em vigor interna, pois um Estado estar obrigado pelo tratado no Direito Internacional (isto é, perante outros sujeitos de Direito Internacional) não implica em estar obrigado pelo mesmo no direito interno (isto é, dever o tratado ser observado pelos setores público e privado do Estado nas suas relações internas); d) o tratado está em vigor para o Brasil no âmbito internacional? É necessário verificar-se a partir de quando, pois a data da entrada em vigor internacional de um tratado para o Brasil pode não coincidir com a data da entrada em vigor internacional do mesmo para outros Estados; e) o tratado está em vigor para o Brasil no âmbito interno? Isso só ocorre após a sua promulgação e publicação; por isso, ao se invocar internamente qualquer dispositivo do tratado é indispensável a menção ao decreto de promulgação (!)

Tais exemplos demonstram que várias considerações são necessárias para a correta aplicação dos tratados. O desconhecimento disso é incompatível com a importância do Direito Internacional na teoria e prática jurídicas, bem como com o relevo almejado, pelo Brasil, na Sociedade Internacional.

O presente trabalho é uma tentativa de descrever, de forma ao mesmo tempo clara, concisa e precisa, os procedimentos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito

¹ Irei utilizar-me da palavra “tratado” no sentido de qualquer acordo formal concluído entre Estados, organizações internacionais e outros sujeitos de Direito Internacional e que cria direitos e obrigações no Direito Internacional. Cf. art. 2, par. 1, “a”, da Convenção de Viena, Mello (2004, p. 212-214) e United Nations ([2006], p. 64-65). Para a diferença entre tratado e memorando de entendimento (*memorandum of understanding* – *MOU*), esse último sinônimo de “acordo de cavalheiros” e “acordo político”, cf. Aust (2005, p. 53-57).

interno brasileiro, pelos quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório no Brasil.² Antes, algumas observações devem ser feitas:

a) a descrição é relativamente simplificada, pois os procedimentos relativos a tratados, tanto no direito internacional como no direito interno brasileiro, admitem variações³; b) a linguagem utilizada na literatura, normativa e jurisprudência é bastante díspar e torna praticamente impossível qualquer uniformização. Após muita reflexão, foram adotadas aqui duas palavras essenciais (e radicalmente distintas entre si) e que de forma alguma correspondem a algum consenso já existente: *aprovação*⁴ e *obrigatoriedade*.⁵ São as palavras que, na minha opinião, expressam da melhor forma a realidade do objeto de estudo;

c) foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, pelas quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório em um Estado. De acordo com a terminologia adotada (alínea “b” acima), essas quatro fases foram assim denominadas: i) *aprovação internacional*; ii) *aprovação interna*; iii) *obrigatoriedade internacional*; e iv) *obrigatoriedade interna*. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.⁶

2. Aprovação internacional

Os Estados que aprovam internacionalmente um tratado são aqueles que manifestam, através da assinatura ou de outro modo,⁷ a concordância com o mesmo. Os Estados que participam da negociação para a conclusão de um tratado não têm o dever de

² A única *fase* não descrita é a da negociação.

³ A título exemplificativo, cf. nota de rodapé 7 abaixo.

⁴ Outra palavra possível é *adoção*, utilizada no art. 9 da Convenção de Viena. Observe-se, desde logo, que, embora o Brasil não se tenha obrigado internacionalmente pela Convenção de Viena, ela é considerada uma codificação do costume internacional (AUST, 2005, p. 52. MALANCZUK, 1997, p. 130. SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 28).

⁵ Outras palavras possíveis são *vinculação*, *executoriedade* e *vigência*. A Convenção de Viena fala, no art. 2, par. 1, “b”, e 11, entre outros, em *consentimento em se vincular* (no original: “consent to be bound”).

⁶ A Organização das Nações Unidas (UNITED NATIONS, [2006], p. 19) e muitos autores fazem uma distinção entre ratificação em nível internacional e ratificação em nível interno, mas a segunda indica, na verdade, a aprovação interna. Aust (2005, p. 63) diz que a palavra “ratificação”, usada para designar a aprovação parlamentar, induz a erro, já que ratificação é um ato internacional.

⁷ “A assinatura dos participantes tem sido algumas vezes dispensada nos tratados concluídos em grandes conferências e é considerada suficiente a do presidente da conferência. Por outro lado, quando a conferência elabora vários textos eles são reunidos na ata final que é a única a ser assinada (René-Jean Dupuy).” (MELLO, 2004, p. 228) “A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.” (art. 9, par. 2, da Convenção de Viena)

concordarem com ele.⁸ Por outro lado, se os Estados negociadores concordarem, Estados que não participaram da referida negociação podem aprová-lo.

A assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigatoriedade pelo mesmo na ordem internacional (sobre obrigatoriedade internacional, cf. seção 4 abaixo).

Assim, há que se ter cuidado com as expressões *Estados signatários*, *Estados contratantes* e *Estados partes*, pois elas se referem a conceitos diferentes. *Estados signatários* são os que assinaram um tratado (independentemente de terem com isso se obrigado internacionalmente por ele ou não). *Estados contratantes* são os que se obrigaram internacionalmente por um tratado, independentemente de ter esse tratado entrado em vigor internacional ou de ter entrado em vigor internacional para eles. *Estados partes* são os que se obrigaram internacionalmente por um tratado que tenha entrado em vigor internacional para eles (art. 2, par. 1, “f” e “g”, da Convenção de Viena. UNITED NATIONS, [2006], p. 57 e 62).

Caso a assinatura implique em obrigatoriedade na ordem internacional, fala-se em “assinatura definitiva” (ou “assinatura não sujeita a ratificação”) e, em caso contrário, em “assinatura simples” (ou “assinatura sujeita a ratificação”) – (art. 12, par. 2, “b”, da Convenção de Viena. UNITED NATIONS, [2006], p. 5-6 e 64).

Mesmo não implicando na referida obrigatoriedade, a assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, tem efeitos importantes, conforme nos relata Jiménez de Aréchaga ([s. n. t.]), citado por Mello (2004, p. 226-227):

- a) autentica o texto do tratado;
- b) atesta que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado;
- c) os dispositivos referentes ao prazo para a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação e a adesão são aplicados a partir da assinatura;
- d) os contratantes “devem se abster de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado” [...];⁹
- e) a assinatura pode ter valor político; [...]

A Convenção de Viena contém, no art. 12, par. 1, regras para se aferir se a assinatura

⁸ “A não-assinatura por parte do Estado que integrou os trabalhos negociais [...] pretende ter, no plano político, efeito publicitário da insatisfação daquele com o texto acabado, e, pois, de sua dúvida sobre a utilidade de firmar o que provavelmente não será ratificado.” (REZEK, 2005, p. 44)

⁹ É o que diz o art. 18 da Convenção de Viena. Aust (2005, p. 66) interpreta o dispositivo no sentido de que o Estado não pode realizar nada que comprometa a sua *habilitade* em cumprir integralmente o tratado.

de um tratado implica em obrigatoriedade por ele ou não (cf. seção 4.1, “a”, abaixo).

A assinatura não precisa dar-se num único dia, podendo prever-se um período de tempo para tanto (“assinatura diferida”) ou, ainda, estipular-se a possibilidade de assinatura a qualquer tempo (caso de alguns tratados de direitos humanos) – (MELLO, 2004, p. 227. UNITED NATIONS, [2006], p. 5).¹⁰

3. Aprovação interna

Aqui já estamos na órbita do direito interno brasileiro. O Brasil, de forma soberana, estabelece, na sua Constituição e em atos normativos infraconstitucionais, o procedimento para negociação, aprovação e obrigatoriedade por tratados.

Ao longo da nossa história republicana, as normas constitucionais sobre o tema pouco variaram. Sempre foi competência do Executivo a negociação e a aprovação internacional de tratados, cabendo ao Legislativo a sua aprovação interna.¹¹ A prática, entretanto, nem sempre se adequou às constituições ou foi uniforme.¹² Isso explica, por exemplo, a ausência de aprovação interna, pelo Brasil, de alguns tratados, tais como a Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930.

Segundo a Constituição Federal de 1988, é competência do Presidente da República a negociação e a aprovação internacional de tratados, estando os mesmos, entretanto, “sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII).

A competência para a aprovação interna, portanto, é do Congresso Nacional, segundo o confirma o art. 49, I: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Cabe menção, ainda, ao art. 52, V, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal autorizar operações

¹⁰ A prática da assinatura diferida a tem tornado bastante semelhante à adesão (cf. seção 4.1, “d”, abaixo) – (MELLO, 2004, p. 227).

¹¹ Constituição de 1891: art. 34, 12º e 48, 16º; Constituição de 1934: art. 40, “a”, 56, § 6º e 91, 1, “f”; Constituição de 1937: art. 54, “a” e 74, “d” e “n”; Constituição de 1946: art. 66, I e 87, VII; Constituição de 1967: art. 47, I e parágrafo único e 83, VII; Constituição de 1967 após a Emenda Constitucional 1/1969: art. 44, I, e 81, X. O mesmo diz Fraga (2004, p. 313). Na primeira constituição republicana, o procedimento de aprovação interna era um pouco diferente: “Na vigência da Constituição de 1891, a aprovação do tratado se fazia por uma resolução do Congresso, sancionada por decreto do Presidente. Isso porque, ao contrário do que hoje se observa, ao Chefe do Executivo Federal competia, privativamente, ‘sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução’ (art. 48, 1º).” (mesma obra, p. 314-315) Após a ratificação do tratado, adotava-se novo decreto do Executivo promulgando-o.

¹² O relato de FRAGA (2004) sobre a promulgação de tratados pelo Executivo é um exemplo.

externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”.

No primeiro caso, isto é, aprovação interna pelo Congresso Nacional, adota-se um decreto legislativo. No segundo caso, isto é, aprovação interna pelo Senado Federal, adota-se uma resolução (MELLO, 2004, p. 238).

Em ambos os casos, o Poder Legislativo depende da iniciativa do Poder Executivo, isto é, é poder discricionário do Executivo participar da negociação de um tratado, aprová-lo internacionalmente e submetê-lo à aprovação interna pelo Poder Legislativo. A realização de cada uma dessas fases não implica em obrigatoriedade da realização da seguinte.

O procedimento de aprovação interna dos tratados é assim descrito por Rezek (2005, p. 65):

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *mensagem* do presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores. [13]

A matéria é discutida e votada, separadamente, primeiro na Câmara, depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado, em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra das casas, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, defesa nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças — a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores —, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. [...] Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

¹³ “Caso não haja texto original em português, no caso de atos multilaterais, a tradução do texto é obrigatória.” (BRASIL, 2008)

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo presidente do Senado, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se produz esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao presidente da República.

A prática internacional revela a existência do chamado *acordo de forma simplificada* ou *acordo do executivo*, como tal denominado o acordo que dispensa a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo de um Estado para que esse se obrigue pelo mesmo na ordem internacional (cf. seção 4.1, “c”, abaixo). Quanto à possibilidade da adoção de um tal acordo pelo Brasil assim se pronuncia Mello:

No Brasil, a doutrina se dividiu em duas grandes correntes: a) a primeira sustenta a validade dos acordos do Executivo dentro do nosso sistema constitucional (Accioly, Levi Carneiro, João Hermes Pereira de Araújo e Geraldo Eulálio Nascimento e Silva); b) a segunda nega esta validade (Haroldo Valladão, Marota Rangel, Afonso Arinos, Pontes de Miranda, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano). (MELLO, 2004, p. 236)

Os defensores da segunda corrente se vêem obrigados a propor alteração no texto constitucional. (MELLO, 2004, p. 282, nota 55)

A nossa opinião é favorável à primeira corrente, porque ela é a que melhor atende às finalidades práticas da questão. (MELLO, 2004, p. 237)

4. Obrigatoriedade internacional

Em virtude do princípio da soberania no direito internacional,¹⁴ os tratados não são “leis” que obrigam todos a quem se dirigem; estão mais próximos dos contratos, só obrigando aqueles que consintam em tanto (AUST, 2005, p. 77).

¹⁴ “A soberania não é apenas uma idéia doutrinária [...] Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU [Organização das Nações Unidas] diz, em seu art. 2, § 1, que a organização ‘é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros’. A Carta da OEA [Organização dos Estados Americanos] estatui, no art. 3, f, que ‘a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados.’ De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia [Corte Internacional de Justiça], é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.” (REZEK, 2005, p. 224-225)

Um Estado pode se obrigar internacionalmente por um tratado de várias formas, as quais são mencionadas a seguir (cf. art. 2, par. 1, “b” e 11 da Convenção de Viena).

Antes, deve ser observado que, mesmo após a aprovação interna de um tratado por um Estado, pode o mesmo desistir do objetivo de obrigatoriedade internacional por ele e não comunicar a referida aprovação aos demais Estados.

4.1. Formas

a) *Assinatura*

Conforme dito acima (seção 2), a assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigatoriedade pelo mesmo na ordem internacional.

Segundo o art. 12, par. 1, da Convenção de Viena:

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

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

Já Silva e Accioly (2002, p. 34) afirmam que:

A dispensa da ratificação ocorre quando o próprio tratado assim disponha; nos acordos celebrados para cumprimento ou interpretação de tratado devidamente ratificado; nos acordos sobre assuntos puramente administrativos que prevêem eventuais modificações, como no caso de acordos de transporte aéreo; nos *modus vivendi* que têm por finalidade deixar as coisas no estado em que se acham ou estabelecer simples bases para negociações futuras. Nos tratados sobre o meio ambiente tem surgido a prática de assinar tratados-base (*umbrella treaties*) que traçam as grandes linhas e que devem ser completados por protocolos ou pela modificação de anexos em que a ratificação pode ser dispensada.

A assinatura definitiva pode ser permitida a qualquer Estado ou a somente alguns

deles, por exemplo, aos que pertençam a uma determinada organização internacional ou a uma mesma região geográfica.

b) Troca dos instrumentos constitutivos

Segundo a Convenção de Viena, a troca dos instrumentos constitutivos do tratado é uma forma de Estados manifestarem o seu consentimento em obrigar-se internacionalmente pelo mesmo (art. 11 e 13).

O “manual de tratados” da Organização das Nações Unidas – ONU (UNITED NATIONS, [2006], p. 60) assim explica o procedimento, que é mais usado em tratados bilaterais:

A característica básica desse procedimento é que a assinatura de ambas as partes aparecem não em uma carta ou nota, mas em duas cartas ou notas separadas. O acordo, portanto, consubstancia-se com a troca dessas cartas ou notas, cada uma das partes retendo uma carta ou nota assinada pelo representante da outra parte. Na prática, a segunda carta ou nota (usualmente a carta ou nota dada em resposta) reproduzirá o texto da primeira.¹⁵

c) Ratificação

Ratificação é o ato pelo qual um sujeito de Direito Internacional que aprovou internacionalmente um tratado comunica, diretamente aos demais sujeitos que também o fizeram ou ao depositário, que ele se obriga pelo mesmo na ordem internacional.

A ratificação (e também outros meios de se obrigar internacionalmente por um tratado) pode se exprimir de várias maneiras: a) troca dos instrumentos de ratificação; b) depósito do instrumento de ratificação; c) notificação aos demais Estados contratantes; e d) notificação ao Estado ou organização internacional depositária (art. 16 da Convenção de Viena).

A ratificação surgiu como forma de controle, por parte das autoridades de um Estado, dos tratados aprovados internacionalmente pelos seus representantes. Assim, antes de se obrigar por um tratado na ordem internacional, o Estado devia aprová-lo internamente. A partir da Idade Moderna, com a difusão da teoria da separação dos

¹⁵ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “The basic characteristic of this procedure is that the signatures of both parties appear not on one letter or note but on two separate letters or notes. The agreement therefore lies in the exchange of these letters or notes, each of the parties retaining one letter or note signed by the representative of the other party. In practice, the second letter or note (usually the letter or note in response) will reproduce the text of the first”.

poderes, tornou-se a ratificação, em muitos países, uma maneira de o Poder Legislativo controlar os tratados aprovados internacionalmente pelo Poder Executivo. Em outras palavras, um tratado negociado e aprovado internacionalmente pelo Poder Executivo só obrigaria um Estado na ordem internacional após a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo. Outras vantagens do instituto da ratificação são: a) possibilitar a discussão sobre o tratado, seja pelas autoridades de um Estado, seja pelo seu povo; b) sendo o Poder Legislativo constituído por representantes eleitos pelo povo, fazer o tratado passar pelo crivo desses; e c) possibilitar a adoção de medidas internas para o cumprimento do tratado (AUST, 2005, p. 63. MALANCZUK, 1997, p. 132. MELLO, 2004, p. 229-230. REZEK, 2005, p. 50-51. UNITED NATIONS, [2006], p. 8-9).

Segundo Mello (2004, p. 231):

A principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário, do que decorrem duas conseqüências: a) a indeterminação do prazo para a ratificação e b) a licitude da recusa da ratificação. A indeterminação do prazo para a ratificação significa que ela poderá ser realizada pelo Estado no momento que assim julgar oportuno; isto, entretanto, não ocorre quando os tratados fixam um prazo determinado para ela.

Por um período, a ratificação foi essencial à obrigatoriedade de um Estado por um tratado na ordem internacional, tendo isso se tornado princípio na jurisprudência internacional. Entretanto, modernamente, a ratificação vem sendo às vezes dispensada, pois, afirma-se, o Poder Legislativo é menos ágil do que o Poder Executivo. Daí surgir, na órbita dos direitos internos, o chamado “acordo em forma simplificada” ou “acordo do executivo” (*executive agreement*), que, conforme acima definido (seção 3), é aquele acordo que dispensa a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo de um Estado para que esse se obrigue pelo mesmo na ordem internacional (em regra, a aprovação internacional do tratado pelo Poder Executivo é suficiente para tanto; mas o conceito abrange a hipótese de necessidade de ratificação ou outra forma de manifestação da obrigatoriedade internacional, desde que tal faculdade seja exclusiva do Poder Executivo) – (mesma obra, p. 234-235).

d) Adesão ou acessão

Estados que *não* aprovaram um tratado no âmbito internacional – seja porque ele restringia a sua aprovação a uma categoria de Estados, seja porque o prazo para a sua aprovação se expirou – podem se obrigar por ele no referido âmbito se o tratado o permitir expressamente¹⁶ ou se as partes com isso concordarem (cf. art. 15 da

¹⁶ Os que o fazem são designados “tratados abertos” e os que não o fazem são designados “tratados fechados”. (MELLO, 2004, p. 220)

Convenção de Viena).

Segundo Mello (2004, p. 284, nota 68):

A distinção entre adesão (menos solene – o Estado adere apenas a algumas partes do tratado) e acessão (mais solene – necessitava do consentimento das partes e o Estado acedia ao tratado integralmente) é bem nítida no século XVIII para no século XIX as duas noções se confundirem.

A semelhança entre adesão e acessão, por um lado, e ratificação, por outro, é que ambas são formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado; já a diferença é que, na primeira forma, não há aprovação prévia, enquanto na segunda o há.¹⁷

Sobre a prática de adesão seguida de ratificação, explica Mello (mesma obra, p. 245) que:

A maioria dos doutrinadores (Quadri, Sette Câmara) se tem manifestado no sentido de que a adesão não deve estar sujeita a ratificação, uma vez que o Estado, ao aderir ao tratado, já o encontra pronto e deve ter “meditado” sobre ele. Todavia, a prática internacional tem consagrado a adesão sujeita a ratificação [...] O Secretariado da ONU, quando recebe uma adesão com reserva de ratificação, considera o instrumento simplesmente como uma notificação da intenção do Governo de se tornar parte no tratado. A Comissão de DI [Direito Internacional] considera a adesão sujeita a ratificação como anômala, mas freqüente.¹⁸

A adesão ou a acessão pode ser feita mesmo antes da entrada em vigor do tratado na ordem internacional.

¹⁷ Diz o “manual de tratados” da ONU: “A acessão tem o mesmo efeito legal que a ratificação. Entretanto, ao contrário da ratificação, que precisa ser precedida pela assinatura para criar obrigações jurídicas sob o direito internacional, a acessão requer somente um passo, nomeadamente o depósito do instrumento de acessão. O Secretário-Geral, como depositário, tem tendido a tratar instrumentos de ratificação que não tenham sido precedidos de assinatura como instrumentos de acessão, e os Estados envolvidos têm sido aconselhados de acordo.” (UNITED NATIONS, [2006], p. 10; original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “Accession has the same legal effect as ratification. However, unlike ratification, which must be preceded by signature to create binding legal obligations under international law, accession requires only one step, namely, the deposit of an instrument of accession. The Secretary-General, as depositary, has tended to treat instruments of ratification that have not been preceded by signature as instruments of accession, and the States concerned have been advised accordingly.”)

¹⁸ Cf. também Rezek (2005, p. 87). No que tange à adesão, o Brasil não adota um procedimento uniforme: “ora dá sua adesão definitivamente, autorizado o Executivo pelo Congresso Nacional, ora o faz ‘ad referendum’, subordinando-a a posterior aprovação do Poder Legislativo.” (MELLO, 2004, p. 245)

Assim como a assinatura, a adesão ou a acessão pode ser permitida a qualquer Estado ou a somente alguns deles, por exemplo, aos que pertençam a uma determinada organização internacional ou a uma mesma região geográfica.

e) Aceitação e aprovação

A aceitação e a aprovação são a obrigatoriedade internacional de um Estado por um tratado após um modo simplificado de aprovação interna (VELLAS, [s. n. t.] citado por MELLO, 2004, p. 281, nota 54). Na aceitação, por exemplo, dispensa-se o prévio consentimento do Poder Legislativo do Estado (MELLO, 2004, p. 235-236). A rigor, portanto, a distinção refere-se ao direito interno.

Segundo Malanczuk (1997, p. 134), “a principal razão da popularidade desses termos é que eles permitem a um Estado escapar de dispositivos da sua própria constituição que exigem o consentimento do Legislativo para a ratificação”.¹⁹

A aceitação e a aprovação (no sentido da presente alínea) que se seguem à aprovação (no sentido da seção 2 acima) têm o mesmo efeito legal e estão sujeitas às mesmas normas que regem a ratificação (art. 14, par. 2, da Convenção de Viena). Mas se elas se derem sem a prévia aprovação (no sentido da seção 2 acima), a elas se aplica o regime da adesão ou acessão (UNITED NATIONS, [2006], p. 9).

f) Outros meios acordados

O art. 11 da Convenção de Viena diz que “o consentimento de um Estado em obrigarse por um tratado pode manifestar-se [...] por quaisquer outros meios, se assim acordado”. Segundo Aust (2005, p. 64-65), “é assim possível que um tratado seja adotado sem assinatura ou qualquer outro procedimento específico, e que entre em vigor instantaneamente para todos os Estados adotantes”.²⁰

4.2. Data

Modernamente, os tratados indicam quando eles devem entrar em vigor internacional. Com base no princípio da autonomia da vontade, inúmeras regras são aqui possíveis (art. 24, par. 1, da Convenção de Viena). Um tratado pode entrar em vigor internacional, por exemplo, numa data específica, ou determinado número de dias ou meses após

¹⁹ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “The main reason for the popularity of these terms is that they enable a state to evade provisions in its own constitution requiring the consent of the legislature for ratification.”

²⁰ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “Thus it is possible for a treaty to be adopted, without signature or any other particular procedure, and enter into force instantly for all the adopting states.”

dois, três ou todos os Estados se obrigarem por ele.²¹ No silêncio do tratado, ele entra em vigor internacional quando todos os Estados que o aprovaram se obrigarem por ele (art. 24, par. 2, da Convenção de Viena).²²

O tratado pode prever a sua aplicação provisória (art. 25 da Convenção de Viena). Os Estados podem assim proceder mesmo antes de aprovar internamente o tratado e mesmo que ele não tenha entrado em vigor internacional para nenhum Estado (UNITED NATIONS, [2006], p. 11 e 62).

4.3 Obrigatoriedade internacional para um Estado

A obrigatoriedade internacional de um tratado para um Estado pode dar-se após a obrigatoriedade internacional do mesmo para outros Estados. Isso ocorrerá, por exemplo, se o tratado previr que a sua entrada em vigor internacional se dará quando um determinado número de Estados declararem a sua obrigatoriedade internacional pelo mesmo e o Estado em questão só fizer tal declaração após a referida condição ter sido preenchida por outros Estados.

Por outro lado, a obrigatoriedade internacional de um tratado para um Estado não se pode dar enquanto não houver obrigatoriedade internacional do mesmo para nenhum Estado. Assim, se um tratado previr que a sua entrada em vigor internacional se dará quando um determinado número de Estados declararem a sua obrigatoriedade internacional pelo mesmo, e se o Estado em questão fizer tal declaração *antes* de a referida condição se preencher, o tratado não será ainda obrigatório para o mesmo na ordem internacional,²³ senão somente depois de ocorrida a mencionada condição.

5. Obrigatoriedade interna

5.1 Forma

A fim de tornar um tratado obrigatório na ordem interna, o Presidente da República adota

²¹ “A cláusula ‘si omnes’ é aquela em que a convenção só é aplicada se todos a ratificarem [...]” (MELLO, 2004, p. 246).

²² A Convenção de Viena utiliza a expressão “Estados negociadores”, mas por isso se entendem os Estados que participaram das negociações para a conclusão de um tratado e o aprovaram (art. 2, par. 1, “f”).

²³ Entre nós, isso ocorreu, por exemplo, com a Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930, e com a Convenção Interamericana Sobre a Restituição Internacional de Menores. Errou, portanto, o Decreto 1.212, de 3 de agosto de 1994, que “promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideú, em 15 de julho de 1989”. Se a referida Convenção só entraria em vigor “no trigésimo dia a partir da data em que houver sido depositado o segundo instrumento de ratificação” (art. 36), se o Brasil foi o primeiro a fazer o mencionado depósito (em 3 de maio de 1994) e se o México foi o segundo a fazê-lo (em 5 de outubro de 1994), o Tratado só entrou em vigor internacional, e para o Brasil, em 4 de novembro de 1994, e não em 1 de junho de 1994, como indica o preâmbulo do Decreto.

um decreto promulgando-o, decreto esse que é publicado no Diário Oficial da União – DOU acompanhado do texto do mesmo (BRASIL, 2008).²⁴ Caso o tratado dispense a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo, ele é objeto apenas de publicação (mesma obra).

Enquanto um tratado não for promulgado e publicado, não pode ele ser observado internamente por nenhum dos três Poderes e nem por particulares (FRAGA, 2004, p. 317 e 320. MELLO, 2004, p. 224 e 240-242. REZEK, 2005, p. 78-79). Castro (2005, p. 100-101) chama o decreto que promulga um tratado de “ordem de execução” e anota, com muita propriedade, que a fonte direta da obrigatoriedade de um tratado no âmbito interno é o decreto que o promulgou.

Normalmente, a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado dá-se após a obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil. Portanto, pode haver um intermédio de tempo, mais ou menos longo, no qual o Brasil está obrigado por um tratado na ordem internacional, mas ele ainda não é obrigatório na ordem interna.²⁵ Nesse período, o Brasil está sujeito à responsabilidade internacional.²⁶

Mas o contrário também pode ocorrer: se a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado se dá antes da obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil, ele obriga na ordem interna mas não na ordem internacional (isso ocorreu, por exemplo, com os seguintes tratados: Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930, Convenção Interamericana Sobre a Restituição Internacional de Menores e Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional).

5.2 Data

É o decreto do Presidente da República que promulga o tratado que determina a partir de quando ele deve obrigar na ordem interna. Modernamente, o decreto determina a obrigatoriedade interna do tratado a partir da data da sua publicação no DOU. Em caso de silêncio sobre o assunto, aplica-se o período de *vacatio legis* previsto nas

²⁴ Segundo Fraga (2004, p. 316-317), quando as constituições republicanas atribuem ao Presidente a competência para promulgar “lei” (na Constituição atual: art. 84, IV), tal palavra pode ser entendida “no sentido amplo de fonte positiva do direito. Assim, a promulgação do tratado por decreto não é mera prática brasileira, encontrando [...] arrimo em comando constitucional”.

²⁵ A Convenção Destinada a Regular Certos Conflitos de Lei em Matéria de Cheques e a Convenção Destinada a Regular Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias, por exemplo, só foram promulgadas mais de vinte anos depois da sua obrigatoriedade internacional para o Brasil.

²⁶ Confirma essa idéia Aust (2005, p. 79-80).

normas de introdução ao Código Civil vigentes à época da adoção do decreto.

A revogada Introdução ao Código Civil, presente na mesma Lei pela qual se adotou o Código Civil de 1916 – Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916 – assim dispunha sobre o assunto:

Art. 2º A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Distrito Federal três dias depois de oficialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos e no de Minas Gerais, cem dias nos outros, compreendidas as circunscrições não constituídas em Estados.

Parágrafo único. Nos países estrangeiros a obrigatoriedade começará quatro meses depois de oficialmente publicadas na Capital Federal.

Já a Lei de Introdução ao Código Civil atualmente em vigor – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – assim rege a questão:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

[...]

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

6. “Constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca” da aprovação e obrigatoriedade por um tratado

A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado podem gerar problemas de “constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca”.

Cada Estado define soberanamente (normalmente na sua constituição) o seu órgão que tem competência para obrigá-lo internacionalmente por um tratado. A ratificação feita por um órgão que, segundo o direito interno do Estado, é incompetente para tanto, chama-se “ratificação imperfeita”, dando origem à discussão sobre a “constitucionalidade extrínseca” (ou formal) de um tratado. A validade da ratificação para a ordem internacional é, nesse caso, controversa (MELLO, 2004, p. 239-240).

A rigor, o problema em questão pode surgir também na aprovação e na obrigatoriedade por um tratado por quaisquer das suas outras formas. Assim, podemos falar em “adesão imperfeita” (mesma obra, p. 246) e até mesmo em “assinatura imperfeita”.

A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado também podem fazer surgir dúvidas quanto à sua “constitucionalidade intrínseca” (ou substancial), isto é, à conformidade do seu conteúdo com o da constituição do Estado.

Entretanto, o direito internacional não pode depender a sua validade e eficácia de questões afetas aos direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional. Assim é que a Convenção de Viena determina, no seu art. 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Esse princípio do Direito Internacional deve ser aplicado a ambos os tipos de análise de constitucionalidade. Portanto, a opinião de Mello (mesma obra, p. 240), expressa para a questão da “constitucionalidade intrínseca”, vale também para a “constitucionalidade extrínseca”:

Os problemas de “constitucionalidade intrínseca” levantados pela ratificação não são propriamente questões de ratificação [...] As dúvidas que podem surgir dizem respeito à execução do tratado na ordem interna, mas não na ordem internacional, onde ele é perfeitamente válido. [...] não compete ao Estado estrangeiro averiguar se o tratado é conforme à Constituição daquele Estado, sendo sua função apenas verificar se a ratificação foi feita pelos órgãos competentes.

Assim, para o Direito Internacional, a legitimidade de um órgão para representar um Estado e aprovar e obrigar por um tratado deve ser aferida segundo as suas próprias regras (cf., por exemplo, art. 7 da Convenção de Viena). Se as regras do Direito Internacional forem observadas, a aprovação e a obrigatoriedade são válidas perante o mesmo direito, independentemente do que dizem os direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional sobre forma e conteúdo de tratados.

7. Conclusão e figura-resumo

1. Foram adotadas aqui duas palavras essenciais (e radicalmente distintas entre si) e que de forma alguma correspondem a algum consenso já existente: “aprovação” e “obrigatoriedade”. São as palavras que, na minha opinião, expressam da melhor forma a realidade do objeto de estudo.
2. Foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, pelas quais

- um tratado passa antes de se tornar obrigatório em um Estado. De acordo com a terminologia adotada, essas quatro fases foram assim denominadas: a) “aprovação internacional”; b) “aprovação interna”; c) “obrigatoriedade internacional”; e d) “obrigatoriedade interna”. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.
- 3.
 4. Os Estados que aprovam internacionalmente um tratado são aqueles que manifestam, através da assinatura ou de outro modo, a concordância com o mesmo.
 5. No Brasil, a competência para a aprovação interna de tratados é do Congresso Nacional, segundo o dispõe o art. 84, VIII e o confirma o art. 49, I da Constituição Federal de 1988. No caso de aprovação interna pelo Congresso Nacional, adota-se um decreto legislativo.
 6. Várias são as formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado: a) assinatura; b) troca dos instrumentos constitutivos; c) ratificação; d) adesão ou acessão; e) aceitação e aprovação; e f) outros meios acordados.
 7. A assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigação pelo mesmo na ordem internacional. A Convenção de Viena contém, no art. 12, par. 1, regras para se aferir se a assinatura implica em obrigação ou não. Modernamente, a ratificação vem sendo às vezes dispensada.
 8. A semelhança entre adesão e acessão, por um lado, e ratificação, por outro, é que ambas são formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado; já a diferença é que, na primeira forma, não há aprovação prévia, enquanto na segunda o há.
 9. Modernamente, os tratados indicam quando eles devem entrar em vigor internacional. Com base no princípio da autonomia da vontade, inúmeras regras são possíveis.
 10. A obrigação internacional de um tratado para um Estado pode dar-se após a obrigação internacional do mesmo para outros Estados. Por outro lado, a obrigação internacional de um tratado para um Estado não se pode dar enquanto não houver obrigação internacional do mesmo para nenhum Estado.
 11. A fim de tornar um tratado obrigatório na ordem interna, o Presidente da República adota um decreto promulgando-o, decreto esse que é publicado no DOU. Enquanto um tratado não for promulgado e publicado, não pode ele ser observado internamente por nenhum dos três Poderes e nem por particulares.

12. Normalmente, a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado dá-se após a obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil. Mas o contrário também pode ocorrer: se a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado se dá antes da obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil, ele obriga na ordem interna mas não na ordem internacional.
13. É o decreto do Presidente da República que promulga o tratado que determina a partir de quando ele deve obrigar na ordem interna. Modernamente, o decreto determina a obrigatoriedade interna do tratado a partir da data da sua publicação no DOU.
14. A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado podem gerar problemas de “constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca”. Entretanto, perante o Direito Internacional, se as suas regras forem observadas, a aprovação e a obrigatoriedade são válidas, independentemente do que dizem os direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional sobre forma e conteúdo de tratados.

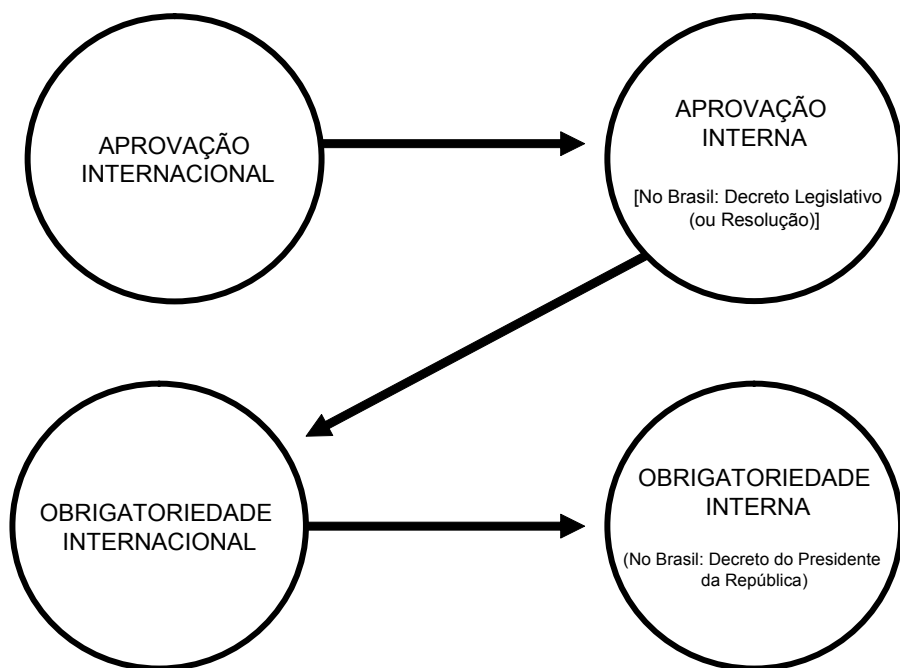


Figura 1 – Resumo

Fonte: elaborado pelo autor.

8. Referências bibliográficas

AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Tramitação dos atos internacionais*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/005.html>>. Acesso em: 21 maio 2008.

CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 26 jun. 1945. Em: BRASIL. *Decreto-lei n. 7.935, de 4 de setembro de 1945*: aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional da Justiça. Rio de Janeiro, 4 set. 1945. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=29888>>. Acesso em: 21 maio 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena, 22 maio 1969. Em: BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Decreto Legislativo nº 214-C, de 1992*. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 8 dez. 1995, p. 08398-08422. Disponível a partir de: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=19048>>. Acesso em: 21 maio 2008.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. *Revista de Informação Legislativa*, (Brasília), a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. [s. n. t.] citado por MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to International Law*. Nova York; Abingdon: Routledge, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, G. E. do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNITED NATIONS. Office of Legal Affairs. Treaty Section. *Treaty Handbook*. [Nova York]: United Nations Publication, [2006]. (Sales No. E.02.V2.) Disponível em: <<http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbookEng.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2008.

VELLAS, Pierre. [s. n. t.] citado por MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.