

# A obrigatoriedade do tratado na ordem interna

Mirtô Fraga

## Sumário

1. Situação constitucional da matéria. 1.1. A aprovação pelo Legislativo. 1.2. A promulgação pelo Executivo. 2. A posição da jurisprudência. 3. Conclusão.

A característica instabilidade das instituições políticas da América Latina, como não podia deixar de ser, atingiu, também, o Brasil que, desde sua independência até os dias atuais, teve sua organização político-jurídica determinada por sete Constituições e uma Emenda n<sup>o</sup> 1, de 1969, que quase pode ser considerada uma nova Carta, tais foram o número e o alcance das reformas por ela instituídas.

Apesar do número excessivamente alto das Constituições que regeram e têm regido o País, em cento e cinqüenta e seis anos de independência, não obstante a baixa média da sua vigência — sobretudo se se reportar apenas ao período republicano —, verificar-se-á que pouca, ou nenhuma, foi a evolução, no que respeita ao disciplinamento das relações entre o direito interno e o Direito Internacional, salvo, é verdade, um avanço na Constituição de 1988: vejam-se, por exemplo, arts. 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup>.

Aqui, após negociado e assinado pelo Poder Executivo, o tratado deve ser aprovado pelo Poder Legislativo, podendo, então, ser ratificado por aquele e os instrumentos de ratificação são trocados (tratados bilaterais) ou depositados perante o depositário.

Após a sua conclusão, é promulgado pelo Presidente da República, por intermédio de decreto, publicado no Diário Oficial da União. Não se pode concluir que o Brasil adota uma ou outra forma de tornar obrigatório o tratado, sem uma análise do que dispõe, a respeito do assunto, a Lei Maior. A promulgação mesma do tratado, a necessidade ou a dispensa dessa providência, o valor que lhe deve ser atribuído e a própria aprovação do tratado pelo Poder Legislativo devem, também, ser estudados à luz dos comandos constitucionais, para, então, concluir-se, ou não, pela obrigatoriedade de aplicação da norma convencional, na ordem interna. Este trabalho será subdividido em duas partes: a primeira estudará a situação constitucional do problema e a segunda, a posição do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua jurisprudência.

### *1. Situação constitucional da matéria*

A Constituição Imperial de 1824 nada dispunha sobre a aplicação de tratado pelo Poder Judiciário. Aliás, foi de todas as nossas Cartas a que menos referência fez aos atos internacionais. Ao Imperador competia a representação do Estado, podendo celebrar tratados que só, excepcionalmente, deveriam receber aprovação legislativa.

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 24/02/1891, outorgava competência ao Supremo Tribunal Federal para “julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais” (art. 59, 2), aos quais competia conhecer das “ações movidas por estrangeiros e fundadas (...) em convenções ou tratados da União com outras nações” (art. 60, “f”). Ao Supremo Tribunal Federal competia, ainda, conhecer do recurso interposto de sentença, em última instância, da justiça do Estado Membro, quando se questionasse “sobre a validade, ou a aplicação, de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado” fosse “contra ela” (art. 59, § 1º, “a”).

As Constituições posteriores mantiveram orientação semelhante, com pequenas modificações. Assim, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais<sup>1</sup>, quando a decisão recorrida: a) fosse contra a letra de tratado ou lei federal (Const. de 1934<sup>2</sup>, 1937 e 1946); b) negasse vigência de tratado ou lei federal (Const. de 1967), na redação primitiva e na resultante da Emenda nº 1/69, sobre cuja aplicação se haja questionado (Const. de 1934 e 1937). De igual forma, a Constituição de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, “b”). Relativamente à competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas fundadas em tratado firmado pelo Brasil, as Constituições de 1937 e 1946 nada dispunham, uma vez que não mantiveram a Justiça Federal, reorganizada, posteriormente, com o Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965, que, entre outras providências, deu nova redação ao art. 105. A Constituição de 1988 outorgou competência aos Juízes federais para julgar causas: a) entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (art. 109, II); b) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III). Ao Superior Tribunal de Justiça, o constituinte de 1987-1988 conferiu competência para julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (art. 105, II, “c”), e, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar

tratado ou lei federal ou negar-lhe vigência (art. 105, III, “a”).

Todas as nossas Constituições republicanas fazem referência à aplicação de tratado pelos tribunais. Em conseqüência, pergunta-se: adotou o Brasil a teoria da incorporação imediata do Direito Internacional convencional no direito interno? Há necessidade de atos legislativos que integrem, no sistema jurídico brasileiro, a matéria contida no tratado? Ou, em outras palavras, após o tratado, há necessidade de lei, de um ato típico do Poder Legislativo, dispondo sobre o assunto, objeto do compromisso firmado? Em suma, o Poder Judiciário brasileiro aplica o tratado ou aplica disposição legislativa interna?

A resposta a tais indagações requer uma prévia análise sobre questões diversas.

O tratado não se confunde com a lei — é um ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência. Têm eles processos de elaboração diversos e, para a conclusão do primeiro, indispensável se torna a vontade concordante de, pelo menos, um outro Estado. A lei emana de fonte interna, dos Poderes Legislativo e Executivo — lei no sentido restrito —, destinando-se a aplicação interna, embora possa incidir sobre fatos ocorridos externamente. O tratado é a exteriorização da vontade concordante de dois ou mais Estados. Se, a princípio, destinava-se a regular, apenas, as relações interestatais, hoje, sua finalidade específica, muitas vezes, é, justamente, regular as relações individuais no âmbito interno de cada Estado co-contratante, isto é, estabelecer uma legislação uniforme a respeito de determinado assunto, uniforme, ainda que só em relação aos dois co-contratantes, se não se tratar de ato multilateral.

Fazendo expressa referência à aplicação da norma convencional pelos tribunais, as nossas Constituições, implicitamente, determinam a sua aplicação sem a exigência de uma lei que disponha sobre a mesma matéria nele contida. Se outro fosse o entendimento, diversa seria a disposição constitu-

cional. Ter-se-ia estabelecido, expressamente, a competência do Poder Legislativo para elaborar leis sobre os *tratados regularmente concluídos* pelo Poder Executivo. Mas, ao Congresso compete, apenas, aprová-los.

Para melhor explanação, subdividir-se-á este trabalho em duas partes, abordando-se a aprovação legislativa e o decreto de promulgação do Executivo.

### 1.1. A aprovação pelo Legislativo

No Brasil, apesar do pequeno número de dispositivos constitucionais sobre os atos que obrigam, internacionalmente, o Estado, a questão não apresenta a dificuldade que se observa nos Estados Unidos da América, onde o tratado é aprovado, apenas, pelo Senado. Aqui, as Constituições Republicanas sempre exigiram a aquiescência das duas Casas para que o acordo consubstanciado no tratado pudesse ser concluído. Emprega-se, neste trabalho, o vocábulo *tratado* no sentido amplo, compreendendo a convenção, o pacto, o acordo, enfim, qualquer ajuste internacional.

Aprovando o tratado assinado pelo Executivo, o Congresso dá seu assentimento para que se conclua o ato internacional, ao mesmo tempo que exterioriza, é evidente, sua aquiescência à matéria nele contida. A *aprovação* do tratado obedece *quase* ao mesmo processo de tramitação das leis, dele divergindo em dois pontos: por não comportar emendas; por ser promulgada pelo Presidente do Senado<sup>3</sup>, sem necessidade de sanção do Presidente da República. A aprovação é feita por Decreto Legislativo. Embora tal ato se compreenda no processo legislativo<sup>4</sup>, não tem ele o condão de transformar o acordo *assinado* pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional. Se é da competência exclusiva<sup>5</sup> do Congresso Nacional “*resolver definitivamente* sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, não se pode, entretanto, dar à expressão, em grifo, valor acima de seu real

alcance. Constitucionalmente, o Executivo só pode *concluir*, vale dizer *ratificar* o tratado, ou a ele aderir, mediante prévia autorização do Congresso. Pode, todavia, assiná-lo, celebrá-lo *ad referendum* do Poder Legislativo. Concedida a aprovação, não fica, porém, o Chefe do Executivo obrigado à sua ratificação. É que a palavra final, aí, deverá ser do Presidente da República a quem compete, como órgão representativo do Estado, nas relações internacionais, celebrar tratado, obrigando o Brasil (Const. 1988, art. 84, VIII). A manifestação do Congresso só é definitiva se concluir por negar aprovação ao texto<sup>6</sup>, quando, então, o Presidente da República estará impedido de concluir o acordo, não podendo, pois, ratificá-lo. Em síntese, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos...” compreende a competência do Congresso para (a) autorizar (aprovar) a conclusão do tratado (isto é, sua ratificação pelo Executivo) ou (b) negar autorização para que o ato internacional (bi ou multilateral) seja concluído. Por dever de justiça, devo registrar que parece ter sido Rezek (“As relações...”) o primeiro autor brasileiro a perceber, com nitidez, o verdadeiro significado da expressão “resolver definitivamente sobre tratados...”. Isso aconteceu há mais de um quarto de século. Depois dele, e seguindo suas pegadas, esta autora<sup>7</sup>, em 1978. Depois vieram, entre os mais renomados, Grandino Rodas em 1980 e 1991 e Cachapuz de Medeiros em 1995. Outros autores, até hoje, ainda não apreenderam o alcance do citado dispositivo (MAGALHÃES, 2000).

A intervenção do Legislativo, na conclusão de tratado, opera-se, sobretudo, na função fiscalizadora que ele exerce sobre os atos do Executivo. E, embora, ao autorizar a ratificação, esteja, também, dando sua aquiescência à matéria contida no ato internacional, não há, nessa aprovação, uma atividade legislativa capaz de gerar uma norma interna e, menos ainda, de transformar o tratado em direito interno a ser aplicado pelo Tribunal. Isso só acontece com a promulga-

ção, data em que, geralmente, entra em vigor<sup>8</sup> *na ordem interna*, como veremos mais adiante. A *aprovação do Legislativo* é, apenas, uma etapa, *uma fase do processo de formação do ato internacional*. Ela é um requisito de validade, sem o qual a ratificação não produzirá o efeito de obrigar o Estado internacionalmente; mas, também, como adiante será demonstrado, tem outra característica. Embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto-legislativo, que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. A lei, em sentido estrito, é ato conjunto do Legislativo e do Executivo, isto é, exige a participação de ambos os Poderes, para converter-se em norma obrigatória depois de publicada. O decreto-legislativo se distingue da lei (a) pela matéria; (b) por concluir-se com a aprovação, não sendo suscetível nem de sanção, nem de veto; (c) por ser promulgado pelo Presidente do Senado (C.F., 1988, arts. 48, 49, I, c.c. RI/SF, art. 213, II, RI/CD, art. 109, II). Já era assim na Constituição anterior (art. 59, § 6º e 44, I, C.F./67, com a Emenda nº 1/69, art. 48, c.c. arts. 49, I, e 65).

Na América Latina (cf. REZEK, 1970, p. 70-71), três são as formas pelas quais o Poder Legislativo aprova o tratado assinado pelo Executivo, para que este o possa ratificar: a) por uma lei – projeto do Executivo votado, primeiro, no Senado e, depois, na Câmara dos Deputados, com audiência da Comissão de Relações Exteriores (Chile, Colômbia e Venezuela); b) por uma simples resolução do Senado, ouvida, também, a Comissão de Relações Exteriores, exigindo-se maioria simples (México e Equador) ou dois terços dos votos dos senadores presentes (Estados Unidos da América); c) por um decreto legislativo (Brasil e Honduras).

Na vigência da Constituição de 1891, a aprovação do tratado se fazia por uma resolução do Congresso, sancionada por decreto do Presidente<sup>9</sup>. 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).

Apesar da prática constatada, Accioly<sup>10</sup> se refere ao Decreto Legislativo nº 4.750, de 17/11/1923, aprovando a adesão brasileira ao “Ajuste Relativo à Conservação ou Restabelecimento dos Direitos de Propriedade Industrial, Atingidos pela Guerra”. A adesão se verificara em 09/10/1920, *ad referendum* do Congresso Nacional, tornando-se definitiva após ser aprovada, aprovação essa que foi comunicada à legação suíça, no Rio de Janeiro, por nota de 22/11/1923. Houve engano do autor, eis que não se tratava de decreto legislativo, mas de decreto do Presidente da República, sancionando a resolução do Congresso, que aprovara o ajuste.

A Constituição de 1934 simplificou a aprovação do tratado ao estabelecer a sanção e a promulgação, apenas, para as leis (art. 56, 1º), assim entendidas aquelas que se enquadrassem no art. 39, n.º 1. Ora, a aprovação do tratado pelo Congresso não se compreendia aí, mas no art. 40, alínea “a”, dispondo o seu parágrafo único que “as leis, decretos e resoluções do Poder Legislativo” seriam “promulgados e mandados publicar pelo Presidente da Câmara dos Deputados”, à qual competia o exercício do Poder Legislativo, com a colaboração do Senado Federal adstrita a certas matérias, entre as quais, a aprovação de tratados e convenções (art. 22 c.c. art. 91, I, “f”).

Com a implantação do Estado Novo, outorgou-se a Carta de 10/11/37, sobre a qual a análise será mais sumária, por não ter sido jamais cumprida. O Chefe de Estado acumulava as funções executivas e legislativas. Apesar disso, houve certa coerência relativamente à conclusão de tratado: após sua assinatura, era aprovado por decreto-lei e, em seguida, ratificado, sendo, posteriormente, promulgado por decreto. Digo certa coerência, porque o art. 180 outorgava ao Presidente da República o poder de “expedir decretos-leis sobre todas as

matérias da competência legislativa da União”, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, eis que a dissolução de todos os órgãos federais, estaduais e municipais do Poder Legislativo havia sido decretada. Assim, pelo decreto-lei, o Presidente aprovava, como órgão legislativo, o tratado que ele, ou outrem em seu nome, assinara; em seguida, por meio de agentes do Executivo, ratificava-o, para, depois, como Chefe do Executivo, promulgá-lo por decreto<sup>11</sup>.

Após o término da ditadura, com a Constituição de 1946, até o presente, a aprovação de tratado segue a prática da Constituição de 1934, com a promulgação do decreto legislativo pelo Presidente do Senado.

### 1.2. A promulgação pelo Executivo

Após a aprovação do Congresso, se ratificado, o acordo firmado entra, na data nele estipulada, em vigor na ordem internacional. No Brasil, entretanto, após a *conclusão* do ajuste, é ele promulgado pelo Chefe do Executivo, por meio de decreto. É o que se vem observando, desde 1826. *Expressa e taxativamente*, não houve, e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento. Em 29 de agosto de 1825, Brasil e Portugal assinaram o *Tratado de Paz e Amizade*, reconhecendo o segundo a independência do primeiro. As ratificações ocorreram em 30 de agosto e 15 de novembro, respectivamente, por parte do Brasil e de Portugal. Em 10/04/1826, o Imperador promulgou, por decreto, o tratado, cujo texto com ele se publicou, com expressa ordem de ser observado e executado<sup>12</sup>.

Apesar da prática adotada, alguns ajustes não foram promulgados. Entre outros, os seguintes (OLIVEIRA, 1912, v. 1, p. 101, 165-166, v. 2, p. 319; ACCIOLY, 1927, p. 77, 252, 255):

a) em 08/01/1826, *Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre Brasil e França*, ratificado pelo primeiro, mediante a Carta de Lei de 06/06/1826 e, pelo segundo, em 19/03/1826. Denunciado pelo Brasil em 13/04/1907;

b) em 12/10/1851, *Tratado de Subsídio*, assinado no Rio entre Brasil e Uruguai e ratificado, respectivamente, em 13/10/1851 e 04/11/1851, com troca de instrumentos em 11/11/1851;

c) em 23/10/1851, *Tratado de Comércio, Navegação e Limites*, assinado em Lima pelo Brasil e Peru, ratificado, respectivamente, em 18/03/1852 e 01/12/1851, com troca de instrumentos, em 18/10/1852;

d) em 12/10/1851, tratado firmado com o Uruguai, no Rio de Janeiro, para entrega recíproca de criminosos e desertores e para devolução de escravos. Ratificado pelo Brasil em 13/10/1851 e pelo Uruguai em 04/11/1851, com troca de instrumentos em 11/11/1851. Denunciado pelo Brasil em 15/05/1903;

e) em 12/10/1851, *Tratado de Limites*, com o Uruguai; ratificação por este em 04/11/1851 e pelo Brasil, em 13/10/1851; troca de instrumentos em 11/11/1851;

f) em 03/12/1903, *Convenção Sanitária Internacional*, multilateral, assinada em Paris, com aprovação sancionada pelo Decreto nº 1308, de 28/12/1904, etc.

É verdade que tais tratados são muito antigos, assinados, alguns deles, logo após a independência, quando não havia, então, estrutura alguma para estabelecer-se um processo uniforme. Desses atos mencionados, muitos foram cumpridos durante mais de cinquenta anos; o primeiro, por oitenta e um anos. E naquela época já se adotava a técnica de promulgação por decreto do Executivo. Esse decreto, com o texto do tratado em apenso, integrava, como hoje, a *Coleção das Leis*.

Pensa-se que a promulgação por decreto foi, apenas, uma prática adotada na vigência da Constituição de 1891 e seguida até hoje, sem nenhum amparo na Lei Maior. Entendo, porém, de forma diversa. Na ordem jurídica brasileira, há normas que emanam, apenas, dos órgãos internos, mas há, também, regras que, entendidas, comumente, só de Direito Internacional, exigem, para sua conclusão, além da vontade concordan-

te de, pelo menos, um Estado, a colaboração dos mesmos órgãos legislativos. Em outras palavras, duas são as fontes de direito no nosso sistema jurídico positivo: (a) os tratados, convenções ou ajustes internacionais e (b) os atos legislativos – seja na forma ou na matéria – internos. Quando a Constituição de 1891 outorgou ao Presidente da República a competência para *promulgar leis*, bem como as resoluções do Congresso Nacional e, ainda, expedir decretos para sua fiel execução, referia-se ela, certamente, *à lei, no sentido amplo de fonte positiva de direito*. De outra forma, como entender-se pudesse o Executivo expedir regulamento para execução de um tratado ou, como hoje, também, de um decreto-lei? No sentido estrito, lei é o ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo, com a sanção do Executivo. No sentido amplo, é toda norma capaz de gerar direitos e obrigações, é fonte positiva de direito gerada pelo processo próprio estabelecido. A *promulgação* não integra o processo legislativo, sendo-lhe *posterior*. Ela é o atestado de que uma norma existe, tendo sido cumpridas as formalidades exigidas para que fosse concluída. Quando, por exemplo, o Presidente sanciona um projeto de lei aprovado pelo Legislativo, completa-se, por esse ato, sua elaboração, devendo ser a lei promulgada e publicada. A promulgação nesse caso não é expressamente mencionada na publicação. Se, porém, a sanção é tácita, com o silêncio do Executivo, no prazo determinado, o projeto se converte automaticamente em lei, da mesma forma quando ocorre a rejeição pelo Legislativo do veto presidencial. Nesses dois casos, porém, há necessidade de promulgação expressa, uma vez que, aí, não há prova de autenticidade do ato normativo. E o que se promulga já é lei – sentido amplo – antes mesmo da promulgação. (V. Const. 1824, arts. 101, § 3º; 102, § 12; 68 e 69).

Em abono à afirmativa de que as Constituições brasileiras, quando se referem à promulgação de *lei*, fazem-no emprestando a este vocábulo o sentido amplo de *fonte posi-*

*tiva de direito*, que não se completa apenas com sanção presidencial, cito o § 6º do art. 59, da Carta de 1967, com redação da Emenda nº 1/69 e outras posteriores – e os correspondentes, das anteriores – em que se expressa que “nos casos do artigo 44, após a aprovação final, a *lei* será promulgada pelo Presidente do Senado Federal”. Ora, o art. 44 se refere a matéria de competência *exclusiva* do Congresso Nacional e não comporta sanção ou veto; em consequência, não se trata de lei no sentido estrito. Da mesma forma, a Constituição atual, de 1988, no art. 48, *caput*, confere ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, atribuições para dispor sobre todas as matérias de competência da União, mas dispensa a sanção, isto é, a colaboração do Executivo, em determinados casos, entre os quais a aprovação de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Parece ser esse, também, o entendimento de Rezek ao afirmar que, até 1934, a aprovação do tratado, no Brasil, se fazia por “uma lei que devia ser sancionada pelo Presidente, por meio de um decreto, antes da ratificação e procedimentos ulteriores, aí contido o decreto de promulgação” (REZEK, 1973, p. 70-71). Se o texto da Constituição de 1891 (art. 37, § 3º c.c. art. 48, 1º) e a prática mostraram que a aprovação se fazia por resolução do Congresso, sancionada por decreto presidencial, a interpretação a ser dada à palavra *lei*, seja na transcrição supra, seja no próximo texto constitucional, deve ser ampla e não restrita.

Tenho, portanto, como certo, que a *promulgação do tratado por decreto não é mera prática brasileira, encontrando, pois, arrimo em comando constitucional*.

E qual o valor dessa promulgação? Terá o decreto o poder de transformar, em norma interna, o que se convencionou no ato internacional? Aplicar-se-á, em consequência, direito interno em vez de Direito Internacional? Entendo que não. O decreto de promulgação é o *atestado* de existência de uma re-

gra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior. Se a promulgação não integra o processo legislativo (RUSSOMANO, 1976, p. 138-139; SILVA, 1964, p. 217-218; FERREIRA FILHO, 1970, p. 122-123, 1968, p. 213-214), se, ao contrário, ela lhe é posterior – o que se promulga já é lei –, não se pode, logicamente, afirmar que o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu no seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse. Mas, como afirma José Afonso da Silva (1964, p. 217-218), *fazer saber* que há uma norma jurídica pouco adiantaria se não se divulgasse tal comunicação. Isso se faz com a publicação. E como é ela que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada, e como só se é obrigado à norma que se conhece (a publicação faz presumir conhecimento), o tratado só é obrigatório a partir da data de inserção, no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado.

Uma vez publicado, com o decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais. Na afirmativa de Rousseau (19--?, p. 403), o tratado é obrigatório, em virtude de ratificação; executório, em face da promulgação; aplicável, em consequência da publicação.

Após as providências supracitadas, as normas contidas no ajuste são aplicadas como Direito Internacional e não direito interno, sem necessidade de qualquer providência legislativa, dispondo, em outra nor-

ma, sobre a matéria do tratado. A promulgação não transforma o Direito Internacional em direito interno. Daí por que nossas Constituições sempre se referiram à aplicação do *tratado* pelos tribunais. A Lei Maior reconhece, ao lado das leis — sentido estrito —, outras fontes de direito: o decreto-lei antes da Constituição de 1988; a medida provisória (com a Constituição atual); o tratado; a própria emenda constitucional, que não é lei, no sentido mais estrito, entre outras. Os processos de elaboração dessas fontes de direito são estabelecidos pela própria Carta, divergindo uns dos outros, pelo menos em alguns pontos. A medida provisória (e, antes dela, o decreto-lei) e o decreto legislativo são atos próprios, respectivamente, do Executivo e do Legislativo e não precisam ser promulgados. A lei, no sentido estrito, exige a participação de ambos. Se essa participação não se evidencia (sanção tácita e rejeição de veto), é necessário que se ateste o cumprimento das exigências constitucionais, mediante promulgação. Da mesma forma, no que se refere ao tratado, embora existente, completamente concluído, encerrada sua elaboração, deve-se atestar o preenchimento das condições constitucionais: a aprovação legislativa, a ratificação, a troca dos instrumentos que o consubstanciam. Como fonte de direito que é, como lei no sentido amplo, deve ser promulgado e publicada essa promulgação, como determina o art. 81, III, da Constituição, por exemplo, de modo expresso, taxativo, de 1969, com redação da EC nº 1/69 (e os correspondentes, das anteriores).

Cumpridas as exigências da Lei Maior, o tratado, se for auto-executório, deve ser, imediatamente, aplicado. Caso contrário, também em obediência a comando constitucional, será preciso expedir regulamento para sua fiel execução.

A respeito do assunto, em parecer que mereceu a aprovação do Chefe da Nação, Adroaldo Mesquita da Costa (1968, p. 8420-8428), então Consultor-Geral da República, analisa a questão, relativamente às Conven-

ções de Genebra sobre as Leis Uniformes. Lembra ele a discussão travada na Assembleia Constituinte, que promulgou a Constituição de 1946, em torno do art. 165, § 2º do projeto, segundo o qual “os Tratados e Convenções que celebrar na forma dessa Constituição passarão a fazer parte da legislação interna”. Procurou, como constituinte, demonstrar a inutilidade do dispositivo: o art. 35, I, do projeto (que se converteu no art. 66, I, da Carta) estabelecia a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver, definitivamente, sobre os tratados e convenções firmados pelo Presidente da República e o art. 40 (que se converteu no art. 71, com a competência do Presidente do Senado para a promulgação) era expresso no sentido de que, nos casos do art. 35, o processo legislativo se considerava encerrado, com a aprovação da *lei* (no sentido amplo, por tratar-se de decreto legislativo), que deveria ser promulgada pelo Presidente da Casa onde teve início. Com esses dispositivos, entendeu Adroaldo Mesquita da Costa que a simples promulgação pelo Legislativo incorporava o tratado no sistema jurídico interno, eis que as duas Casas do Congresso sobre ele se haviam manifestado. E, na verdade, conseguiu a rejeição do artigo criticado. Discordo, entretanto, da conclusão final do ex-Consultor. A promulgação pelo Legislativo não encerra o processo de elaboração do ajuste internacional. Uma coisa é o decreto legislativo promulgando a decisão do Congresso, que aprova o tratado e autoriza, em última análise, sua ratificação pelo Executivo. A promulgação, aí referida, encerra uma das fases de formação do tratado<sup>13</sup>, que se conclui com a troca dos instrumentos de ratificação. A promulgação, que confere força executória ao acordo entre Estados, é feita pelo Presidente da República. Este atesta o cumprimento das formalidades exigidas, dando conhecimento a todos da existência da norma jurídica recém-concluída<sup>14</sup>.

A doutrina, na sua grande parte (ACCIOLO, 1956, p. 49; 199-?, p. 30-33; MELLO, p.



103; REBELO, 199-?, p. 69-71; SILVA, 199-?, p. 50-59), admite que o tratado se torna obrigatório, no âmbito interno, pela promulgação. Autores (CASTRO, 1956, p. 132; entre outros) há, porém, que, assim não entendem.

A discussão foi reavivada quando da promulgação das Convenções de Genebra sobre as Leis Uniformes. Enquanto alguns (COSTA, 1968, p. 8420-8428; MERCADO JUNIOR, 1966, p. 115-132; BARRETO FILHO, 1967, p. 7-16; REQUIÃO, 1971, p. 13-28) admitiam sua plena vigência, outros (BATALHA, 1961, p. 32; CAMPARATO, 1968, p. 48-57) não as consideraram fonte de direito, entendendo-as, quando muito, como normas programáticas.

Entre os autores que negaram vigência interna às Leis Uniformes, destaco Whitaker (1967, p. 7), cujo pensamento, abaixo transcrito, merece algumas observações.

“A competência para tal aprovação, segundo a Constituição vigente, era *exclusiva* do Congresso Nacional (art. 66), e o decreto que a promulgou foi, por isso, assinado pelo Vice-Presidente do Senado, em exercício, Camilo Nogueira da Gama, em 08 de setembro de 1964. Com este Decreto, cumpriram-se todas as formalidades constitucionais para ‘adoção’ do Convênio de Genebra, isto é, para sua conversão em lei, e votada regularmente pelo Congresso Nacional.

Apesar, porém, desta evidência, o Presidente da República, em 24 de janeiro de 1966, promulgou de novo o que já estava promulgado e, assim, como Chefe do Poder Executivo, atribuiu a este o direito de julgar ato próprio, usurpando função *exclusiva* do Poder Legislativo.

Decreto expedido por Poder incompetente é decreto nulo, incapaz de qualquer efeito prático. Conseqüentemente, o que está em vigor é unicamente o decreto do Congresso aprovando o Convênio para sua *adoção*, isto é, para sua transformação em lei,

com as correções por ele próprio permitidas e inserção na Lei Uniforme de dispositivos essenciais que nela faltam, como, por exemplo, o da anulação das letras extraviadas, de óbvia importância prática.”

Não tem razão o autor. A aprovação pelo Legislativo ocorreu na vigência da Constituição de 1946 e, em face dela, deve ser analisada a questão, embora, nesse particular, não haja divergência, nem nas anteriores (à exceção da Carta de 1937), nem nas posteriores.

Dessa forma, se ao Congresso Nacional competia “*resolver definitivamente* sobre os tratados e convenções celebrados pelo Presidente da República”, a expressão em grifo não pode ter alcance superior ao previsto no contexto da Lei Maior. A interpretação não pode ser isolada, devendo expressar não a literalidade individualizada de um dispositivo, mas, apenas, o que nele, realmente, contém-se, respeitando-se, nessa interpretação, outros comandos, sem o que impossível será descobrir-se o espírito do todo. A exegese, tão-somente literal, leva muitas vezes ao absurdo, a um conflito intransponível. Em conseqüência, a expressão em debate deve ser entendida em termos, conforme a orientação de Rezek, já exposta.

O tratado comporta diversas fases, para sua formação, e, além delas, outras complementares: a) negociação, concluída com a assinatura; b) aprovação pelo Congresso, encerrada com o decreto legislativo; c) ratificação, efetivada com a troca dos instrumentos que a consubstanciam; d) promulgação, pelo Presidente da República e e) publicação. Com a simples concordância do Congresso, completa-se, apenas, uma das fases de sua elaboração. O decreto-legislativo é autorização ao Executivo para *concluir* o acordo e é a aquiescência do Congresso à matéria nele contida. O Presidente do Senado promulgou, por meio do decreto legislativo, apenas a *aprovação*, pelas duas Casas, dos textos das Convenções.

Assim, é incorreto dizer que o Presidente da República “promulgou de novo o que já estava promulgado”. Após a aprovação do Legislativo, cumpridas as demais formalidades (ratificação, troca de instrumentos, depósito desses instrumentos), competia ao Chefe do Executivo promulgar as Convenções. Não usurpou nenhuma função nem atribuiu a si competência para julgar ato próprio. Expediu os decretos, no exercício de competência própria. Conseqüentemente, não se trata de atos praticados por Poder incompetente.

O decreto-legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades (ratificação ...), nenhum valor normativo possui, nesse caso, segundo a corrente predominante no Brasil. Não é necessário que o Poder Legislativo elabore novo ato, uma lei, repetindo o texto do tratado para que ele passe a ter vigência na ordem interna. De acordo com nosso Direito, no Brasil, basta o decreto do Chefe do Poder Executivo promulgando o tratado.

Em conclusão, no Brasil, o tratado, regularmente concluído, é fonte de direito, e deve, como qualquer fonte positiva, ser promulgado pelo Poder competente, no caso, o Executivo, publicando-se, em seguida, essa promulgação para conhecimento de todos, após o que será obrigatório. Os tribunais, ao aplicar disposições convencionais, aplicam o próprio tratado e não um ato legislativo interno.

## 2. A posição da jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser necessária a promulgação para que o tratado tenha força executória na ordem interna. O decreto do Presidente da República atestando a existência da nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe força executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário.

A questão não comportava discussão, por ser pacífica. E, em muitos julgamentos, o Pretório Excelso não analisou o problema, limitando-se a deixar expresso que o tratado fora promulgado por decreto do Presidente da República.

Assim, no julgamento do Recurso de Habeas-Corpus nº 2.280, de 1905<sup>15</sup>, impetrado por Fernando Mendes de Almeida Junior, a favor de Luigi Vicenzo Giovannetti, visando a impedir que se efetivasse sua extradição, já concedida pelo Governo Brasileiro à Itália, por duas vezes, o Supremo Tribunal Federal se referiu à promulgação do tratado celebrado pelos dois países:

“Considerando, pois, que convém verificar se a extradição, de que se trata, é concedida na forma estabelecida pelo tratado entre o Brasil e a Itália, *aprovado* pelo Dec. nº 5.274 de 3 de maio de 1873...” (grifo da transcrição).

A palavra em grifo foi empregada na sessão de 07/06/1905, certamente por descuido, e na sessão de 14 seguinte, usou-se a terminologia adequada:

“Considerando que a requisição da prisão foi feita por via diplomática e nos precisos termos do Tratado existente entre o Brasil e o Reino da Itália, *promulgado* pelo Decreto nº 5.274 de 3 de maio de 1873, ainda em vigor...” (grifo da transcrição).

E, em geral, assim tem sido a orientação da Corte Suprema: a referência a certo tratado é seguida do decreto de promulgação. Em um ou outro caso, porém, em seus votos, os Ministros fazem menção expressa à exigência da promulgação. Nesse sentido, o Ministro Philadelpho Azevedo, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872<sup>16</sup>:

“Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual, das negociações, se assemelha à das leis, *exigindo pronunciamiento do Poder Legislativo, promulgação e publicação*, sujeita esta às normas gerais para a vigência”. (os grifos não são da transcrição).

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, direta e expressamente, sobre a matéria, em julgamento em que se cogitava da aplicabilidade imediata ou não da *Lei Uniforme sobre o Cheque*, adotada pela Convenção de Genebra. O assunto, que já encontrara quase pacífica solução, voltou à baila, em decorrência da própria designação do ato internacional: *Convenção para Adoção de uma Lei Uniforme em Matéria de Cheque*. Teria, em consequência, aplicação imediata, com a promulgação? Ou o objetivo não teria sido, justamente, obrigar cada Estado signatário a editar uma norma interna, uma lei que seguisse a orientação traçada na Convenção a fim de que houvesse uniformidade, em matéria de cheque, na legislação dos co-contratantes?

No julgamento do R.E. nº 71.154<sup>17</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu, em acórdão unânime, pela primeira solução, estando, assim, redigida a ementa:

“Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e *regularmente promulgada*, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (grifos da transcrição)

Em seu voto, o relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, apreciou a questão e, embora sob certos aspectos tenha feito afirmativas das quais discordo, oportuna se torna a transcrição de certos trechos, a respeito da matéria em exame:

“... Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sob a vigência da Constituição de 1946, mediante a D. leg. 54, de 08/09/64, e promulgada pelo D. 57.595, de 07/01/66.

Os que entendem que essa incorporação depende ainda de legislação especial acentuam que, no sistema brasileiro, lei só se revoga por outra lei, e que as nossas Constituições ja-

mais consagraram norma pertinente à imediata eficácia dos tratados, celebrados pelo Brasil, quando colidentes com o direito interno.

Para esse efeito, sem dúvida, inexistente regra constitucional expressa. Penso, todavia, que o princípio está implícito no contexto da lei maior.”

E depois de referir-se ao art. 64, I, da Constituição de 1946, reproduzido na de 1967, no seu texto original (art. 47, I) e no resultante da Emenda nº 1, de 17/10/1969, prossegue:

“Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua *validade*<sup>18</sup> ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, *após sua ratificação*, vigoraria, apenas, no plano internacional, porém não no âmbito de direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca.”<sup>19</sup> (grifos da transcrição).

Entendeu o Ministro, e nesse ponto concordo, que se poderia opor objeção ponderável se a aprovação estivesse confiada a outro órgão que não o Congresso Nacional. Mas, se ela é atribuída ao mesmo órgão encarregado da elaboração das leis, não se justificaria, como não se justifica que, após aprovar, de maneira solene, os termos do tratado, veja-se o Congresso Nacional no imperativo de “confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal”. Para ele, “a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação”, conquanto se dispense a sanção presidencial, que julga desnecessária, por considerar que, ao submeter o tratado à aprovação legislativa, o Presidente terá, obviamente, expressado seu assentimento.

A aquiescência manifestada a esse entendimento é apenas parcial. A aprovação do tratado não segue o *mesmo* processo de elaboração da lei. No nosso sistema jurídico positivo, diversas são as fontes de direito e distintos, embora semelhantes, os processos de sua respectiva formação. A palavra *lei* empregada em diversos dispositivos constitucionais deve ser entendida no sentido amplo de fonte de direito. No mesmo art. 59, § 6º, da Constituição com sua redação atual, ou nos correspondentes das anteriores, em que se dispensa a sanção presidencial na aprovação do tratado, faz-se idêntica dispensa para a conclusão, também, de outras fontes. A verdade é que, nos vários processos de elaboração das fontes do direito, há alguns pontos, algumas etapas comuns. Depois, não se me afigura válido concluir que, pelo fato de o Presidente enviar ao Congresso o tratado para aprovação, sua concordância é óbvia e, portanto, desnecessária. Se verdadeira, a conclusão deveria ser extensiva à lei, cujo projeto fosse de sua iniciativa e que nenhuma emenda sofresse por parte dos congressistas. Razões posteriores podem determinar a não ratificação do tratado e a negativa de sanção ao projeto de iniciativa do próprio Chefe da Nação. Não há a sanção quando se dá a aprovação de um tratado, simplesmente porque a Constituição a dispensa, da mesma forma que para outros casos. O assentimento presidencial, no processo de elaboração da lei em sentido estrito, é a etapa final, segundo a Lei Maior na sua redação atual, como também na originária de 1967 ou, ainda, na de 1946. E como o tratado não se completa com a aprovação, como não é lei em sentido estrito, segue-se que, pelo sistema vigente, não se verifica, nesse caso, a sanção presidencial.

Em seu voto, o Ministro Oswaldo Trigueiro analisou, ainda, a obrigatoriedade de aplicação da norma convencional pelos Tribunais:

“Por outro lado, a Constituição inclui, na competência do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de jul-

gar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas da instância inferior, quando a decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial. Porque, se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigido, para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna”<sup>20</sup>.

Em conseqüência, se não há necessidade de ato legislativo dispondo sobre a mesma matéria contida no tratado, se a norma convencional, pela promulgação, não se transforma em interna, ganhando, apenas, força executória, os tribunais, ao aplicar disposições convencionais promulgadas pelo Presidente da República, estão aplicando o tratado, a norma internacional e não a interna.

Antes, porém, da decisão do Tribunal Pleno, no R.E. nº 71.154, a Primeira Turma já havia, expressamente, admitido a plena vigência das Leis Uniformes, no julgamento do R.E. nº 69.873/71<sup>21</sup>.

“Cambial – Cheques – Aplicação da Lei Uniforme de Genebra.

I – As disposições concluídas em Genebra a 7 de junho de 1.930 e 19 de março de 1.931, aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 54, de 8 de setembro de 1.964, e *promulgadas* pelo D. 57.595 e 57.663, de 7 e 24 de janeiro de 1.966, respectivamente, com as reservas ali consignadas, *estão em vigor e sua eficácia não se restringe aos atos de caráter internacional, senão que alcança, igualmente, as relações de direito interno.*” (grifos da transcrição).

Em julgamento proferido em 1977, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plená-

ria, confirmou, nessa parte, o acórdão proferido no R.E. nº 71.154. Trecho da ementa está assim redigido:

“... Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias *tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro*, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título...”<sup>22</sup> (grifos da transcrição).

No julgamento desse R.E. nº 80.004, o Ministro Cunha Peixoto foi o único dissidente, para, na matéria que ora se examina, negar vigência à Lei Uniforme. Fundamentou seu voto no ensinamento, entre outros, de Amilcar de Castro, já citado, segundo o qual o tratado, sendo ato internacional, só obriga o povo como bloco, vale dizer, obriga externamente o Estado, a sociedade política como um todo, devendo, para impor-se aos particulares e ser aplicado pelos Tribunais, seguir um procedimento especial de adaptação do direito nacional, denominado *ordem de execução*, que será a fonte formal do Direito Internacional Privado.

Não tinha razão o Ministro, ao buscar em Amilcar de Castro apoio para negar vigência à Lei Uniforme. O que é o decreto de promulgação senão a ordem de execução? E, nesse particular, discordo do autor citado, por entender que, em nosso sistema jurídico, a ordem de execução se consubstancia em um decreto do Poder Executivo, promulgando o tratado, conferindo-lhe força executória, depois de atestar sua autenticidade. E se o que se promulga já é norma jurídica, segue-se que não houve transformação. Aliás, a ordem de execução se exige não só para o tratado, mas para toda fonte positiva de direito, para a lei, no sentido amplo, que deve ser promulgada, regra geral, pelo Executivo, em obediência a comando constitucional.

Entretanto, sem dúvida alguma, a base essencial do seu voto foi o artigo de José Maria Whitacker, já amplamente analisado, pelo qual o Ministro concluiu que “só por equívoco” o Pretório Excelso “entendeu estar em vigor o texto da Lei Uniforme”.

Na jurisprudência, portanto, apesar de alguns votos isolados, é pacífico o entendimento segundo o qual, após sua promulgação, o tratado passa a ter vigência na ordem interna, devendo ser aplicado pelos Tribunais. Antes mesmo de o declarar, expressamente, no R.E. nº 71.154, o Supremo Tribunal Federal já havia, de maneira mais ou menos indireta, admitido a vigência das Leis Uniformes, após os decretos que as promulgaram<sup>23</sup>. Esse entendimento foi mantido em decisões posteriores<sup>24</sup>, inclusive após a Constituição de 1988<sup>25</sup>. Veja-se, por exemplo, a ementa no Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4, publicado no DJ de 10/8/2000:

*Agravo Reg. em Carta Rogatória nº 8.279-4*

*República da Argentina, Relator: Min. Celso de Mello.*

*D.J. 10/8/2002.*

“EMENTA: MERCOSUL – CARTA ROGATÓRIA PASSIVA – DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR – PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) – INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL – ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL – PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA – AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONS-

TITUCIONAL BRASILEIRO – *INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

*A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.*

– A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL *está sujeita à mesma disciplina constitucional* que rege o processo de incorporação. À ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, *na Constituição da República*, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à *transposição*, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos – *inclusive* daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL – concluídos pelo Estado brasileiro. *Precedente: ADI 1.480-DF*, Rel. Min. Celso de Mello.

– Embora *desejável* a adoção de mecanismos constitucionais *diferenciados*, cuja instituição *privilegie* o processo de *recepção* dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que *depende*, essencialmente, quanto à sua solução, de *reforma* do texto da Constituição brasileira, *reclamando*, em conseqüência, modificações *de jure constituendo*. Enquanto *não* sobrevier essa *necessária* reforma constitucional, a questão da *vigência doméstica* dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL *continuará* su-

jeita ao *mesmo* tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral.

*PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL).*

– A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL *depende*, para efeito de sua ulterior *execução no plano interno*, de uma *sucessão* causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) *aprovação*, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) *ratificação* desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) *promulgação* de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, *essenciais* à sua vigência doméstica: (1) *publicação* oficial do texto do tratado e (2) *executoriedade* do ato de direito internacional público, que passa, então — *e somente então* —, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. *Precedentes.*

*O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.*

– A Constituição brasileira *não consagrou*, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, *nem* o princípio do efeito direto, *nem* o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, *de jure constituto*, que, *enquanto não se concluir* o ciclo de sua

transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata).

– O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) trazem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina.

– Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.”

### 3. Conclusão

Do que foi dito, pode-se concluir que o tratado entra em vigor, na esfera internacional, com a troca de instrumentos de ratificação, com o depósito desses instrumentos. Mas só vale na ordem interna, isto é, só obriga e só pode ser invocado, no território brasileiro, após a sua promulgação pelo Presidente da República.

A promulgação é, pode-se dizer, o atestado de que foram cumpridas todas as formalidades necessárias para a formação do ato internacional. É a notícia que se dá a todos de que existe mais uma norma em vigor e que ela deve ser cumprida e observada por todos. A promulgação confere força executória ao tratado. Mas, para fazer saber a todos, é necessário que o decreto de promulgação seja publicado: é a publicação que torna conhecido o tratado e só com ela sua observância se faz obrigatória.

### Notas

<sup>1</sup> As Constituições de 1934 e 1937 se referiam, apenas, às justiças locais, ao passo que as de 1946 e de 1967, no texto originário, mencionavam “outros tribunais ou juizes”.

<sup>2</sup> O Supremo Tribunal foi denominado “Corte Suprema”.

<sup>3</sup> Const. 1988, art. 48, caput, c.c. art. 49, I, e arts. 61, 64, 65. Observe-se a redação do art. 65: “O projeto de lei (no caso, projeto de decreto legislativo, com início na Câmara dos Deputados, na forma do art. 64), aprovado por uma Casa, será revisito pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação (no caso, à promulgação pelo Presidente da Casa, na forma do art. 48, caput), se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.

<sup>4</sup> Art. 59, VI, Constituição Federal de 1988.

<sup>5</sup> Art. 44, I, Const. Fed. de 1967, com Emenda nº 1/69. Aliás, as Constituições Republicanas de 1934 (art. 40, “a”), de 1946 (art. 66, I) e de 1967 (art. 47, I), no seu texto originário, empregavam a expressão “competência exclusiva”, enquanto a de 1891 (art. 34, nº 12) usava outra: “Compete privativamente”. A primeira indica os casos em que a competência do Poder Legislativo exclui a do Executivo, que não participa do ato. A segunda, “privativamente”, na Constituição de 1891, não excluía

a participação do Executivo: a aprovação deveria ser sancionada (art. 48, 1º). A Constituição de 1988 (art. 49, I) confere competência exclusiva ao Congresso Nacional, para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Nos termos do art. 48, caput, o Executivo não participa do processo legislativo, isto é, o Presidente não sanciona a lei (sentido amplo; aqui, o decreto legislativo), que é, então, promulgada pelo Presidente do Senado Federal (Regimento Interno do Senado, Resolução nº 93, de 1970, art. 48, XXVIII—exemplar publicado em 1999, com texto editado de conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, e consolidado com as alterações decorrentes de resoluções posteriores, até 1998).

<sup>6</sup> Cf. Rezek (1973, p. 110-112). O autor se refere ainda a casos em que a própria ratificação se perde no vazio, frustrando-se a decisão definitiva interna, por exemplo, se um tratado bilateral for ratificado por só uma das partes.

<sup>7</sup> FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1978. 170 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília. Publicado sem alterações em 1997 pela Editora Forense. Dissertação de Mestrado elaborada em 1978, depositada em cópia xerográfica na Biblioteca da Universidade de Brasília e na Secretaria do Curso de Mestrado em Direito e distribuída, em cópia de igual espécie, para poucos conhecidos, entre eles, João Grandino Rodas, que por ela se interessaram. Soube que estudantes de outras Universidades também obtiveram cópia. Repete-se: o trabalho foi elaborado em 1978, mas só veio a ser publicado, sem qualquer alteração em 1997, pela FORENSE. Deste trabalho, em exemplar xerografado, muitos autores se serviram sem citar a fonte, numa atitude desleal e até criminosa. Basta ler os mais recentes e ter-se-á a comprovação. Para citar só um exemplo, creio ter sido esta autora a primeira a analisar o RE 80.004, ainda em 1978. Ao seguirem o mesmo raciocínio, a mesma metodologia e os mesmos exemplos que empreguei, esquecem-se de dar-me os créditos..., chegando absurdamente a, aliás, transcrever, sem aspas e sem indicar a fonte, trechos inteiros. Rezek, orientador da dissertação, ao escrever o seu ‘Direito dos Tratados’, como não poderia deixar de ser, agiu de forma oposta: telefonou-me avisando que estava citando o trabalho e queria saber se já havia sido publicado para indicar a fonte correta. Na resposta negativa, citou a dissertação como trabalho universitário, ainda não publicado. A saudosa professora Anna Maria Villela sempre me cobrava a publicação da análise da jurisprudência da Corte Suprema, procedimento comum na Europa, mas desconhecido no Brasil. Segundo ela, teria sido eu a primeira a

analisar, voto por voto, as manifestações dos Ministros do STF.

<sup>8</sup> A Convenção sobre Igualdade de Direitos entre Brasileiros e Portugueses, fugindo à regra, entrou em vigor em 22/04/1972, mas, em 12/04/1972, já havia sido promulgada pelo Dec. nº 70.391, e em 18/04/1972, regulamentada pelo Dec. nº 70.436.

<sup>9</sup> Por exemplo: a “Convenção para a Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios das Convenções de Genebra de 22 de Agosto de 1864”. Cf. Accioly (1927, p. 49), onde estão os dados: “O Congresso Nacional, em resolução de 29 de Dezembro de 1906, autorizou a adesão do Brasil. Essa autorização foi sancionada pelo decreto nº 1.633, de 3 de Janeiro de 1907, e a adesão se effectuou a 25 de Fevereiro do mesmo anno”. Não consta, porém, o decreto de promulgação; o mesmo ocorrendo quanto à “Convenção Relativa a Leis e Usos da Guerra Terrestre” (p. 46-47). Em relação à “Convenção para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas”, os dados são mais completos, constando o decreto de promulgação (p. 151-155). Os tratados de extradição firmados pelo Brasil com o Uruguai, o Peru, o Paraguai foram todos aprovados por resolução do Congresso, sancionada por decreto (respectivamente, Dec. nº 3.607, de 13/12/918; 4.236, de 04/01/921 e 4.612, de 29/11/922), com posterior promulgação (respectivamente, Dec. nº 17.572, de 30/11/926; 15.506, de 31/05/922; 16.925, de 27/05/925); cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, nºs 841, 840 e 814.

<sup>10</sup> ACCIOLY (1927, p. 31-33); *Leis do Brasil*(1923, v. 1, p. 179-180, 1924, v. 2, p. 454-457).

<sup>11</sup> Assim, por exemplo, o “Tratado de Extradicação” e “Protocolos Adicionais”, entre o Brasil e o México, foram assinados no Rio de Janeiro, em 28/12/1933 e 18/09/1935, respectivamente; aprovados pelo Dec.-lei nº 28, de 30/11/1937; ratificados pelo Brasil em 30/11/1937, e pelo México em 18/01/1938; instrumentos de ratificação trocados no México em 23/02/1938; promulgados pelo Dec. nº 2.535, de 22/03/1938, publicado no D.O.U. de 02/04/1938; cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, 1975, nº 125. Igualmente, os tratados de extradição, firmados pelo Brasil com a Colômbia, a Venezuela e a Bolívia; cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, respectivamente, 1941, nº 168; 1975, nº 160; 1942, nº 187.

<sup>12</sup> “Decreto de 10/04/1826 – Manda observar o tratado de reconhecimento da Independência entre o Brazil e Portugal – Achando-se mutuamente ratificado o Tratado assinado nesta côrte aos 29 de Agosto do anno proximo passado pelos meus Plenipotenciarios e o do Senhor D. João VI, Rei de Portugal e Algarves, meu augusto pai, mediante o qual pondo-se o desejo termo à guerra que infelizmente se fizera necessaria entre os dous Estados, foi justamente reconhecida a plena independencia da



Nação Brasileira, e a suprema dignidade, a que fui elevado pela unanime aclamação dos povos, com a cathegoria de Imperador Constitucional, e Seu Defensor Perpetuo: Hei por bom ordenar que se dê ao dito Tratado a mais exacta observancia e execução, como convém a santidade dos Tratados celebrados entre as nações independentes, e à inviolável boa fé, com que são firmados. O Visconde de Inhambupe de Cima, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros, o tenha assim entendido, e faça executar, expedindo as devidas participações e exemplares impressos para as estações competentes desta Côrte e Provincias do Império, com as ordens mais positivas para que se cumpram e guardem como nelle se contém. Palacio do Rio de Janeiro em 10 de abril de 1826, 5º da Independência e do Império. Com a rubrica de Sua Magestade Imperial. Visconde de Inhambupe.”

<sup>13</sup> Três são as *etapas de formação do tratado*, facilmente extraídas, por exemplo, da Constituição de 1967, c/ EC nº 1/69: a) a negociação, pelo Executivo, concluindo com a assinatura *ad referendum* do Legislativo (art. 81, X); b) a discussão, pelo Congresso, que se conclui com a aprovação, promulgada pelo Presidente do Senado, mediante decreto legislativo (art. 59, § 6º); c) a ratificação, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam (art. 81, X, c.c. art. 44, I). Etapas complementares, como ocorre a outras normas, verificam-se na promulgação do tratado (art. 81, III) e na publicação dessa promulgação. Na Constituição atual, de 1988, os dispositivos aplicáveis são: a) art. 84, VIII; b) art. 48, *caput*, e art. 49, I; c) art. 84, VIII, e art. 49, I; Etapas posteriores: promulgação e publicação, art. 84, IV.

<sup>14</sup> A redação do decreto tem seguido essa sistemática: “DECRETO Nº 41.909, de 29 de JULHO de 1957. Promulga o Tratado de Extradicação *firmado*, no Rio de Janeiro, a 6 de maio de 1953, entre o Brasil e a Bélgica. O Presidente da República: *Havendo o Congresso Nacional aprovado* pelo Decreto Legislativo nº 26, de 19 de junho de 1956, o Tratado de Extradicação, firmado, no Rio de Janeiro, a 6 de maio de 1953, entre o Brasil e a Bélgica; e havendo sido *ratificado*, pelo Brasil, por Carta de 12 de março de 1957; e tendo sido efetuada, em Bruxelas, a 14 de junho de 1957, a *troca dos respectivos Instrumentos de ratificação*; DECRETA que o mencionado Tratado, apenso por cópia ao presente Decreto, seja *executado e cumprido* tão inteiramente como nele se contém. Rio de Janeiro, em 29 de julho de 1957, 136º da Independência e 69º da República, Juscelino Kubitschek. José Carlos de Macedo Soares”. Publ. no D.O. de 1º/8/1957.

<sup>15</sup> RHC nº 2.280-DF, relator Min. Lúcio de Mendonça, em 14/06/1905, *O DIREITO*, 98/243.

<sup>16</sup> Ap. Civ. nº 7.872-RS, relator Min. Philadelpho Azevedo, em 11/10/1943, Arquivo Judiciário, 69/13.

<sup>17</sup> R.E. nº 71.154-PR, relator Min. Oswaldo Trigueiro, Trib. Pleno, em 04/08/1971, R.T.J. 58/70.

<sup>18</sup> Não se trata, evidentemente, da validade do tratado, mas de sua eficácia, na ordem interna.

<sup>19</sup> Houve, aí, equívoco na conclusão, a julgar pelas premissas, nas afirmações anteriores. Na realidade, a ratificação do tratado, sem outras formalidades complementares, não autoriza a conclusão pela sua executoriedade na ordem interna; para esse efeito, o tratado deve ser promulgado. Na apreciação do Ministro, o Brasil não estaria em situação privilegiada. Internacionalmente, o tratado foi concluído e sua observância poderia ser exigida, nas mesmas condições em que o Brasil a exigisse dos outros contratantes. Se o Brasil pudesse se eximir do compromisso firmado, os outros Estados poderiam, também, se não houvessem incorporado a norma convencional ao seu direito interno. Em consequência, a suposta posição privilegiada do Brasil se perderia no vazio.

<sup>20</sup> Trecho do voto proferido no R.E. nº 72.154-PR, R.T.J. 58/70, p. 71-72.

<sup>21</sup> R.E. nº 69.873-PE, relator Min. Amaral Santos, Primeira Turma, ac. unânime, em 11/11/1971, R.T.J. 60/468; também, admitindo a vigência da Lei Uniforme sobre Nota Promissória o R.E. nº 66.501-MT, relator Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, ac. unânime, em 14/12/1971, R.T.J. 62/69.

<sup>22</sup> R.E. nº 80.004-SE, relator Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno em 01/06/1977, R.T.J. 83/809.

<sup>23</sup> Por exemplo: R.E. nº 58.713-RS, relator Min. Hermes Lima, Terceira Turma, ac. unânime, em 30/09/1966, R.T.J. 39/540; C.J. nº 4.663-SP, relator Min. Eloy da Rocha, Terceira Turma, ac. unânime em 17/05/1968, R.T.J. 48/76.

<sup>24</sup> R.E. nº 80.171-GB, relator Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, ac. unânime em 21/03/1975, R.T.J. 74/568; R.E. nº 80.856-SP, relator Min. Cordeiro Guerra, ac. unânime, em 11/04/1975, R.T.J. 74/298 e Juriscível S.T.F. 30/241; R.E. nº 82.583-SP, relator Min. Thompson Flores, Segunda Turma, ac. unânime, em 17/02/1976, D.J. de 24/09/1976, p. 8.292; R.E. nº 80.183-SP, relator Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, ac. unânime, em 24/09/1976; R.E. nº 84.502, relator Min. Moreira Alves, ac. unânime, em 01/10/1976, R.T.J. 80/645; R.E. nº 83.437-SP, relator Min. Moreira Alves, Segunda Turma, ac. unânime, em 27/08/1976, D.J. de 08/10/1976, p. 8.743, etc.

<sup>25</sup> Por ex.: PPE Nº 194, D.J. 4/7/1997; Ementário STF 1863-01, p. 27 e seguintes; AGRCR nº 8.279-4, D.J. 10/8/2000; Ementário STF 1999-1, p. 42 e seguintes.

## Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 126, p. 30-33, nov./dez. 1949.
- \_\_\_\_\_. *Actos internacionais vigentes no Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956. v. 1.
- BARRETO FILHO, Oscar. Novos institutos do direito comercial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 56, n. 382, p. 7-16, 1967.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 1.
- CAMPARATO, Fábio Konder. Vigência das Convenções de Genebra sobre Letras de Câmbio, Promissórias e Cheques. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 57, n. 390, p. 48-57, 1968.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1.
- COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer n° 5.831/68. *Diário Oficial*, Brasília, p. 8420-8428, 26 set. 1968.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2000.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, [1970?]. v. 1.
- MERCADO JUNIOR, Antônio. *Nova lei cambial e nova lei do cheque*. São Paulo: Saraiva, 1966.
- OLIVEIRA, José Manoel Cardoso de. *Actos diplomáticos do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipografia Jornal do Comércio, 1912. v. 1 e 2.
- REBELO, Edgardo de Castro. Convenção internacional: limitação da responsabilidade dos proprietários de navios, Parecer. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 199, p. 69-71, 1962.
- REQUIÃO, Rubens. Cambial: invalidade de lei que exige seu registro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, São Paulo, nova série, n. 1, p. 13-28, 1971.
- REZEK, José Francisco. As relações internacionais na Constituição da primeira República. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 126, p. 107-112, 1973.
- \_\_\_\_\_. *La conduite des relations internationales dans le droit constitutionnel latinoaméricain*. Paris, 1970. Thèse (Doctorales) – Université de Paris, Dactylo-Sorbonne.
- ROUSSEAU, Charles. *Principes généraux du droit international public*. Paris: A. Pedone, 1944. t. 1.
- RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- SILVA, Carlos Medeiros da. As atribuições constitucionais do Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 31, p. 50-59, 1953.
- SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- WHITAKER, José Maria. Unificação do direito cambial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 56, n. 381, p. 7, 1967.