

EFICÁCIA PROVISÓRIA E DEFINITIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
Professor Emérito da Universidade Mackenzie

Neste breve artigo pretendo expor minha opinião sobre a eficácia dos tratados internacionais à luz do direito constitucional brasileiro⁽¹⁾.

Aspecto preambular é necessário que se examine, qual seja, a correta dicção do texto constitucional sobre a celebração de tratados.

Reza o artigo 84, inciso VIII, da lei suprema que:

“Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VIII. celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”⁽²⁾,

tendo-o eu comentado da forma seguinte:

⁽¹⁾ Manoel Gonçalves Ferreira Filho *ensina*: “Diferentemente, a Constituição de 1946 (art. 87, VII) apenas submetia à aprovação do Congresso Nacional os tratados e convenções internacionais. Ora, a expressão atos internacionais abrange muito mais do que tratados e convenções. É um gênero onde aparecem os tratados e as convenções inseridos como espécie.

Dessa forma, interpretado literalmente, decorre do preceito em tela que todo ato que importe criação de direitos e obrigações para o Brasil na órbita internacional **deveria ser celebrado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional para ser válido em face do direito interno**. Isto seria exato quer na relação aos atos unilaterais (reconhecimento, protesto, notificação, renúncia), quer em relação aos acordos internacionais (tratados, convenções).

Esta interpretação iria além da intenção do constituinte. Certamente quis este reagir contra a tendência universal da celebração pelo Executivo de acordos internacionais, sem a forma de tratado e convenção, e assim fugindo ao controle do Legislativo. Com efeito, tais acordos escapariam à necessidade de aprovação por parte do Legislativo, muito embora sejam relevantes e graves, não raro, as suas repercussões. Tal interpretação, ademais, não pode prevalecer, em face do disposto no art. 49, I, desta Constituição (v. supra). **Com efeito, a menção a referendo deve ser interpretada em consonância com esse dispositivo constitucional, o qual somente exige referendo com relação a atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional**” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 2, ed. Saraiva, 1992, p. 156/157).

⁽²⁾ A. A. Meira Mattos explica: “O tratado é uma das fontes principais do direito internacional, conforme dispõe o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) das Nações Unidas (art. 38), ao lado dos costumes e dos princípios gerais do direito.

“Cabe ao Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O referendo exterioriza o princípio da legalidade pelo qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

É o que dispõe o artigo 5º, inciso II.

Sendo o Congresso Nacional o Poder que representa a totalidade do povo, pois a ele todas as correntes de pensamento político têm acesso, à evidência, é o referendo que oferta validade ao tratado internacional, às convenções ou atos, visto que a iniciativa presidencial apenas sinaliza a intenção do Governo, que poderá ou não obter a concordância do Poder Legislativo.

Até ser referendado, todavia, as normas de direito internacional prevalecem, mormente no que diz respeito àquelas de aplicação imediata.

Se apenas quando aprovados pelo Congresso entrassem em vigor os tratados assinados, à evidência, a dicção do texto deveria ser ‘sujeitos à aprovação do Congresso Nacional’.

*Tenho para mim que a interpretação adequada é a da imediata vigência do ato internacional assinado, sujeito a confirmação futura, deixando de ter validade **ex nunc** apenas se não referendado.*

Embora muitos divirjam desta interpretação, parece-me a mais adequada.

Faz, por exemplo, o § 2º do artigo 5º, referência a tratados internacionais garantidores de direitos individuais e o Código Tributário Nacional refere-se, em seu artigo 98, à prevalência de tais tratados sobre o direito interno.

Para a citada Convenção de Viena, “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (art. 2º, I, “a”). “A Convenção de Havana sobre tratados, de 1928, já considerava ser a forma escrita condição essencial do tratado. Existe, contudo, doutrina que acata a validez do tratado não escrito ou oral.

*Note-se, ainda, que a Convenção de Viena enfatiza o papel dos Estados na celebração dos tratados. Nada obsta, entretanto, que outros atores internacionais concluam tratados e a própria Convenção o admita em seu art. 3º. **Desta forma, tais acordos, até mesmo se celebrados em forma não escrita, terão seu valor jurídico assegurado. E válida será a aplicação a eles de quaisquer regras enunciadas na própria Convenção, a despeito de estarem excluídos de seu âmbito**” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito nº 74, ed. Saraiva, p. 431/432).*

Ora, o tratado é tratado desde o momento de sua assinatura, razão pela qual a interpretação que lhe dá eficácia provisória a partir de então parece-me a mais adequada e conforme ao espírito das relações internacionais.

Os mais importantes documentos legais internacionais são os tratados e as convenções, que geram um regime jurídico específico, como, a título exemplificativo, serão os tratados contra a dupla tributação de que o Brasil firmou mais de uma vintena. No mesmo nível, mas de espectro mais abrangente e menos específico, encontram-se as Convenções, de que a Convenção de Genebra sobre o cheque é exemplo. Por fim, os atos internacionais são diplomas de relevância menor, regulando aspectos variados do convívio internacional”⁽³⁾.

Sei, perfeitamente, que parte considerável da doutrina não oferta maior validade ao vocábulo “referendado”, que, nos textos constitucionais anteriores, vinha na dicção latina *ad referendum*.

Volto, todavia, a insistir que o discurso constitucional não é “acidental” e nem o constituinte - em homenagem que faço a seu conhecimento do vernáculo - um pobre manejador do idioma, que utiliza a *mesma* palavra com significados diversos *no mesmo* artigo veiculador de comandos superiores.

Com efeito, lê-se também, no inciso XIX do referido dispositivo, o seguinte:

“XIX. declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional” (grifos meus)⁽⁴⁾,

⁽³⁾ **Comentários à Constituição do Brasil**, 4º volume, Tomo II, Ed. Saraiva, 1997, p. 295/299.

⁽⁴⁾ Escrevi, ao criticá-lo: “*Quem tem o poder de declarar a guerra, tem aquele de celebrar a paz. Hoje é mais fácil celebrar a paz do que declarar a guerra, na medida em que as guerras não são mais declaradas. É bem verdade que também a cessação de hostilidades sem declaração formal de acordo de paz é a hipótese mais frequente, mas a cessação de hostilidade representa, de rigor, a celebração de acordo de paz, quando negociada.*

Pode, pois, o Presidente da República celebrar a paz, devendo ser autorizado pelo Congresso ou ser, o seu ato, por este referendado.

Nas autorizações, o presidente submete antes o acordo de paz e somente após a autorização assina o tratado ou documento que a assegure. Na outra hipótese, assina, o Presidente, o acordo antes da autorização, submetendo o ato ao Congresso Nacional, que poderá referendá-lo ou não. Se referendada, a declaração presidencial tem validade sua assinatura, se não, o acordo perde toda a eficácia” (**Comentários à Constituição do Brasil**, 4º Volume, Tomo II, Ed. Saraiva, 1997, p. 347/349).

e o XX hospeda a dicção abaixo:

*“XX. celebrar a paz, **autorizado ou com o referendo** do Congresso Nacional”* (grifos meus).

Inequivocamente, o constituinte dá ao vocábulo “referendado” o sentido clássico de “aprovação posterior”, pois tanto no inciso XIX como no XX, ao utilizar-se do conceito de “referendo” ao lado de “autorização” resta claro que “autorização” se refere a manifestação *prévia* e “referendo”, *posterior* aos atos de que cuidam os incisos XIX e XX.

É, de resto, o sentido, também, que o artigo 14 da lei suprema oferta ao distinguir o “referendo” do “plebiscito”, estando assim veiculado:

“Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I. plebiscito;

II. referendo;

III. iniciativa popular”⁽⁵⁾.

Ocorre que o inciso VIII, do artigo 84 da Constituição Federal, refere-se exclusivamente à expressão “sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, não ofertando, a meu ver, sentido diverso daquele exposto nos incisos XIX e XX. Vale dizer, nos três casos, pode o Presidente da República praticar atos com plena eficácia, *embora seja esta provisória*, que poderão ser ou não referendados pelo Congresso Nacional.

⁽⁵⁾ José Cretella Júnior assim esclarece: “*Pontes de Miranda (cf. os fundamentos atuais do direito constitucional, p. 363) acentua que ‘como contrapeso aos males do parlamentarismo, e ao vício, comum ao regime parlamentar e ao presidencial, das Câmaras divorciadas da opinião pública ou esquecidas dos interesses gerais, para os quais é notável a intuição popular, a intervenção do povo funciona como as melhores esperanças. A democracia mista constitui um dos traços mais sedutores das Constituições novas’. ‘Em alguns países, o povo não se satisfaz em escolher os seus representantes: quer ter a iniciativa das leis e o direito de recusá-las ou sancioná-las com o próprio voto. É o processo do referendum’* (cf. Araújo Castro, **A Constituição de 1937**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 45).

O referendum é medida a posteriori, sendo o instituto de direito constitucional, de direito interno, pelo qual as coletividades se pronunciam sobre decisão legislativa, desde que os pronunciamentos reúnam determinado número de assinaturas, fixado em lei. Desse modo associa-se o povo ao processo legislativo, complementando a tarefa do legislador” (grifos meus) (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. II: Forense Univ., 1989, p. 1096).

Que a eficácia dos atos é plena, é de se interpretar pela luz lançada na explicitação feita pelo constituinte no inciso XIX e no inciso XX, em que a declaração de guerra *a ser referendada* pode implicar a mobilização total ou parcial dos brasileiros *antes da manifestação do Congresso*. Em outras palavras, se aprovado *previamente* ou referendado *posteriormente*, o ato de declarar a guerra produz seus efeitos plenos até que seja examinado pelo Parlamento⁽⁶⁾.

A meu ver, a mesma eficácia *precária*, mas *real*, ocorre na celebração dos tratados internacionais, convenções ou atos, na medida em que o ato de celebrar é privativo do Presidente, embora sujeito a referendo do Congresso, que o convalidará ou não. Entre sua assinatura e o referendo, todavia, em minha maneira de interpretar o texto, tem *eficácia provisória, mas real*.

Tal exegese parece-me a única capaz de conciliar a tripla utilização, no mesmo dispositivo, do vocábulo “referendado”, duas delas claramente sinalizando a “eficácia precária” do ato e, no caso do inciso VIII, com implícita indicação da validade provisória, por força de idêntico vocábulo utilizado. A melhor homenagem que posso prestar ao constituinte é considerar que a *mesma* palavra tem o *mesmo* sentido, pois aplicada no *mesmo* artigo para definir competências privativas do Presidente da República⁽⁷⁾.

Tal “eficácia precária”, todavia, ganha sua definitividade quando expressamente aprovada, pelo Congresso Nacional, via decreto legislativo, acordo internacional celebrado pelo Presidente da República.

Com efeito, reza o artigo 49, inciso I, da lei suprema brasileira que:

⁽⁶⁾ Pinto Ferreira esclarece: “*A competência para declarar a guerra é da União (art. 21, II), tratando-se de ato interestatal. A guerra é a luta armada entre Estados.*”

*Ao Congresso Nacional compete autorizar o Presidente da República a declarar a guerra no caso de agressão estrangeira. O consentimento deve ser prévio, sem nenhum referendo quanto a tal decisão. **Pode entretanto ocorrer exceção quando a agressão estrangeira ocorrer no intervalo das sessões legislativas, quando deve ser referendada, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional**” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira, v. 3: Saraiva, 1992, p. 586).*

⁽⁷⁾ Wolgran Junqueira Ferreira escreve: “*À União compete celebrar tratados e convenções com os estados estrangeiros (artigo 21 - I). Ao Congresso Nacional, **competes resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (art. 49 - I)**”;* continuando: “*A celebração do contrato, convenção ou ato internacional, consiste na assinatura material do acordo internacional. Será feita diretamente pelo Presidente da República ou por pessoa por ele credenciada*” (grifos meus) (Comentários à Constituição de 1988, v. 2, 1. ed.: Julex Livros, 1989, p. 660/661).

*“Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.*

O texto continua, a meu ver, sendo de clareza meridiana. O constituinte faz menção a ser da competência do Congresso Nacional:

“resolver definitivamente”.

O que vale dizer, declara nitidamente ser definitivo o comprometimento internacional do país e a transformação da “eficácia precária e provisória” do acordado pelo presidente em “eficácia definitiva”. O advérbio, inclusive, utilizado é “definitivamente”, o que significa que, a partir do referendo do Congresso Nacional, ganha, a “eficácia” até então provisória, sua *definitividade*⁽⁸⁾.

Entender que, apesar de o constituinte fazer menção à “definitividade” da aprovação, esta aprovação ainda não é definitiva, dependendo de “promulgação presidencial” é, novamente, não homenagear o domínio vernacular do constituinte e admitir que desconheceu o sentido semântico dos termos, devendo-se “provisoriamente” ler onde está “definitivamente”, visto que a “definitividade” apenas se obteria não com a publicação de decreto legislativo, mas com a promulgação do decreto presidencial.

Tal forma de exegese jurídica, à evidência, não honraria nem o intérprete, nem o constituinte, pois o legislador supremo teria sido substituído pelo exegeta na produção de uma nova dicção normativa, em que o adjetivo “definitivo” utilizado pelo constituinte ainda não seria “definitivo” para o intérprete.

A “definitividade” do tratado, acordo ou convenção internacional ao que me parece, é obtida com a edição de decreto legislativo do Congresso,

⁽⁸⁾ Celso Ribeiro Bastos escreve: *“Aliás, o tratado depende sempre de aprovação do Congresso Nacional, o que é feito por um decreto legislativo. Na verdade a força legal do tratado no direito interno depende da força desse próprio ato legislativo. É este que o entroniza na ordem jurídica interna e, enquanto componente dessa ordem, fica sujeito a ser alterado por atos do mesmo nível hierárquico”* (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, Tomo I, 2. ed.: Saraiva, 1999, p. 111).

embora a eficácia obtenha-se, de forma ainda precária e provisória, com sua assinatura⁽⁹⁾.

Se se viesse, todavia, a argumentar contra o texto constitucional, ou seja, que a eficácia definitiva não se obteria com o “decreto legislativo”, mas com a promulgação do decreto presidencial, dois aspectos deveriam ser ressaltados de plano.

O primeiro deles é que a promulgação presidencial consiste em mera formalidade reiterativa de seu comprometimento anterior, quando da celebração do tratado. Vale dizer: uma segunda vez reafirma, S. Exa., o que se comprometeu quando o assinou.

Nitidamente, o Presidente da República só pode sancionar tratado que tenha assinado e o Congresso apenas “resolver definitivamente” aquilo que foi acordado com outras nações.

Em outras palavras, nem o Congresso Nacional pode alterar, sem a concordância de outras nações, o tratado, podendo, no máximo, rejeitá-lo, nem o Presidente, ao promulgá-lo por decreto, poderá promulgar algo diverso daquilo que assinou ou do que a publicação do decreto legislativo tornou definitivo⁽¹⁰⁾.

A promulgação, portanto, por “decreto presidencial”, de Tratado internacional ao qual já fora dada publicidade em “decreto legislativo” que conferiu, definitividade a sua eficácia, é mera formalidade que não gera eficácia a partir daquele momento, mas apenas reitera a eficácia provisória da

⁽⁹⁾ Nesta linha, leia-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Assim, em face do direito pátrio, a vontade do Estado brasileiro relativamente a atos internacionais, inclusive o tratado e as convenções, surge de um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional que os ratifica.

A exigência de ratificação decorre da magna importância das matérias que são em geral reguladas nos atos internacionais. Nestes se dispõe quase sempre sobre assuntos que tocam de muito perto a existência e a independência da nação. Por isso, convém que a Representação Nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso Nacional, **não mais cabe qualquer intervenção do Executivo** (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, ob. cit., p. 21)” (grifos meus) (A Constituição na Visão dos Tribunais, v. 2, 1997, p. 533).

⁽¹⁰⁾ José Torres Pereira Júnior ensina: “De todo o exposto, concluímos: a) Em face dos textos constitucionais brasileiros, forçoso é reconhecer, como regra geral, que os tratados, qualquer que seja o rótulo em que se apresentem, devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, para o fim de obrigarem o Estado a seu cumprimento e de se incorporarem ao direito interno. **Essa a orientação da grande maioria de nossos comentadores constitucionais e do decisório do STF**” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito nº 74: Saraiva, 1977, p. 463).

época da assinatura e a eficácia definitiva da data da publicação de decreto legislativo do Congresso⁽¹¹⁾.

O segundo aspecto reside em que, uma vez tendo sido publicado o decreto legislativo, a matéria acordada ganha definitividade no direito interno e a eficácia definitiva impede que a legislação ordinária interna venha a modificá-lo, salvo denúncia do acordo assinado.

Em outras palavras, não pode o Legislativo ou o Presidente da República, por medida provisória, após a publicação do decreto legislativo, alterá-lo sob a alegação de que entre a publicação do decreto legislativo e a futura promulgação do decreto presidencial poderá o país dispor de forma diversa daquela acordada internacionalmente.

Restariam feridos a ética legislativa e os compromissos internacionais assumidos anteriormente, se, por absurdo, se admitisse que a “solução definitiva” de tratado publicado pelo decreto legislativo, pudesse ser alterada, entre sua publicação e a promulgação do decreto presidencial, por legislação diversa, que viria a perder eficácia, quando da promulgação do decreto presidencial!

No momento em que o Presidente assinou o tratado e que o Congresso deu-lhe definitividade, não pode o Presidente ou o Congresso dispor de forma diferente do que foi acordado internacionalmente, sob a alegação de que o Tratado apenas terá validade após a promulgação do decreto presidencial⁽¹²⁾.

A tese da “vigência sem eficácia” dos tratados assinados e dos decretos legislativos publicados não só não se coaduna com a jurisprudência e com a doutrina, como fere elementar princípio ético dispor, no plano interno, de

⁽¹¹⁾ Não discutirei, no presente estudo, por me parecer superada, à luz do que atrás argumentei, a tese que muitos dos autores do livro **Tributação no Mercosul** (Pesquisas Tributárias Nova Série 3, Ed. Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 1997, coordenação minha) de que o decreto legislativo obriga o cumprimento do tratado internacional, internamente, sendo a promulgação mero ato informativo com seu depósito na entidade internacional ou entre os países assinantes para efeitos externos, pois, embora sob enfoque diverso, o resultado seria rigorosamente igual, em termos de eficácia, à posição aqui exposta. Aliás, Francisco Rezek parece admitir a tese diferencial entre o direito interno e externo, ao dizer: “*Ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se*” (grifos meus) (**Direito Internacional Público**, 7. ed.: Saraiva, 1998 p. 53).

⁽¹²⁾ José Grandino Rodas ensina: “*Os governos normalmente concluem tratados somente com aqueles que parecem aptos a cumprir o prometido*” (grifos meus) (**Enciclopédia Saraiva do Direito n° 74**, ob. cit., p. 486).

forma diversa do que foi acordado, sob a alegação de que, embora tendo assinado o Tratado, o Presidente ainda não assinara o decreto promulgador!!!⁽¹³⁾.

Afasto, quanto a este aspecto, essa visão aética da questão, que, de resto, não é hospedada, nem pela doutrina, nem pela parca jurisprudência existente⁽¹⁴⁾. ◆

⁽¹³⁾ Sérgio Feltrin Corrêa lembra que: “*Observe-se que a ratificação de um acordo internacional pelo Presidente da República não possibilita que de tanto se conclua no sentido de automática introdução dessa norma internacional no direito interno brasileiro. E tal se dá, essencialmente, por competir ao Congresso Nacional a aprovação de tratados. Além disso, esse agir do Congresso Nacional se dá por meio de Decreto Legislativo, e como previsto no art. 59, VI, da CF*” (grifos meus) (Código Tributário Nacional p. 429).

⁽¹⁴⁾ José Augusto Delgado, de forma gráfica, esclarece: “*O sistema constitucional adotado para os Tratados está circunscrito ao esquema seguinte:*

a) a celebração de Tratados, Convenções e Atos Internacionais é da competência privativa do Presidente da República, sujeitos, contudo, a referendo do Congresso Nacional;

b) é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre Tratados, Acordos ou Atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

c) os Tratados devidamente assinados pelo Brasil deverão ser respeitados quanto aos direitos e garantias nele previstos” (grifos meus) (Tributação no Mercosul - Pesquisas Tributárias Nova Série-3, Co-ed. CEU/Revista dos Tribunais, 1997, p. 70).