

A TENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DOS ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA: EVOLUÇÃO E PRÁTICA BRASILEIRA

LA TENDENCIA DE CONCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS EN FORMA SIMPLIFICADA: EVOLUCIÓN Y PRÁCTICA BRASILERA

Paula Wojcikiewicz Almeida¹

Resumo: *A previsão de controle do poder legislativo, como exigência da sociedade democrática, constituiu regra geral nos textos constitucionais que efetua a repartição de competências entre o poder executivo e legislativo em matéria de conclusão de tratados internacionais. Entretanto, a evolução das necessidades da sociedade contemporânea fez surgir uma nova prática tendente a admitir acordos em forma simplificada, que foram cristalizados, sobretudo, na prática norte-americana. A tendência no sentido de minimizar a competência legislativa pode ser verificada em função da aceleração exponencial da conclusão de acordos executivos. O objetivo do presente artigo é, portanto, analisar o surgimento e a evolução dos acordos em forma simplificada para, em seguida, avaliar o emprego de tais acordos no Brasil, país que seguiu a prática constitucional moderna no sentido de admitir a conclusão de acordos sem intervenção obrigatória do poder legislativo. Tal prática, apesar dos inúmeros debates que se instalaram na matéria, afigura-se crescente e constitui, atualmente, o principal meio de sujeição internacional dos Estados.*

Resumen: *La previsión de control del poder legislativo, como exigencia de la sociedad democrática, constituyó regla general en los textos constitucionales que efectúan la repartición de competencias entre el poder ejecutivo y el legislativo en materia de conclusión de tratados internacionales. Sin embargo, la evolución de las necesidades de la sociedad contemporánea hizo surgir una nueva práctica tendiente a admitir acuerdos en forma simplificada, que fueron cristalizados, sobretudo, en la práctica norteamericana. La tendencia en el sentido de minimizar la competencia legislativa puede ser verificada en función de la aceleración exponencial de la conclusión de acuerdos ejecutivos. El objetivo del presente artículo*

¹ Doutorado em Direito Internacional e Europeu pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI, Faculte Jean Monnet. Pesquisadora Associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Professora e Pesquisadora de Direito Internacional Público e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora do Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, financiado pela Comissão Europeia.

es, por lo tanto, analizar el surgimiento y la evolución de los acuerdos en forma simplificada para, enseguida, evaluar el empleo de tales acuerdos en Brasil, país que siguió la práctica obligatoria del poder legislativo. Tal práctica, a pesar de los innumerables debates que se instalaron en la materia, se presenta en forma creciente y constituye, actualmente, el principal medio de sujeción internacional de los Estados.

Palavras-chave: Acordos em Forma Simplificada, Acordos Executivos, Conclusão de Tratados, Prática Brasileira

Palabras clave: Acuerdos Simplificados, Acuerdos Ejecutivos, Conclusión de Tratados, Práctica Brasileña

Introdução

Até o final do século XVIII, a conclusão dos tratados era sempre submetida à vontade absoluta dos monarcas². A validade interna de um tratado não era questionada porque o príncipe sempre poderia estabelecer sua primazia³. A política externa era um assunto de competência exclusiva dos príncipes, sendo totalmente excluída da participação dos governados. Estes últimos apenas passaram a participar da política externa após a Revolução Francesa, que produziu uma mudança substancial no direito constitucional da época através da introdução da «*fórmula moderna do controle parlamentar da política externa*»⁴. O Parlamento passou a desempenhar um papel primordial na conclusão de tratados e na condução das relações exteriores, na linha do que dispunha a primeira constituição escrita de 1791. Tal constituição conferiu papel importante ao corpo legislativo. Na qualidade de representante da nação, o corpo legislativo, eleito pelo povo⁵, era competente para ratificar tratados de paz, de aliança e de comércio⁶. A liberdade do rei para decidir e assinar tratados internacionais com as potências estrangeiras estava submetida à ratificação do corpo legislativo⁷.

2 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio grande do Sul/L&PM, 1983, p. 24; ARAÚJO, J. H. P. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958, p. 147.

3 MÍRKINE-GUETZÉVITCH, B. Droit international et droit constitutionnel, In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, p. 357-358.

4 *Ibid*, p. 360.

5 Vide título III, artigo 2 da Constituição de 1791.

6 Vide título III, capítulo III, seção primeira, artigo 3 da Constituição de 1791.

7 Vide título III, capítulo IV, seção III, artigo 3 da Constituição de 1791.

A repartição de competências entre o poder executivo e legislativo passou, portanto, a reger o *treaty making power*. Tais tratados, concluídos sob a forma solene, determinam que o consentimento em obrigar-se é configurado com a ratificação⁸. Neste caso, a assinatura estará sujeita à ratificação, devendo o Estado realizar dois atos sucessivos – assinatura e ratificação – para submeter-se ao tratado. Por motivos históricos a aprovação legislativa tem sido apontada como a razão de ser da ratificação⁹. Nos regimes representativos e democráticos a maior parte dos tratados não ratificados permanece sendo motivada pelo desacordo entre Legislativo e Executivo¹⁰. Assim, a recusa em ratificar baseada na não aprovação do Legislativo deve ser vista como exceção à regra de que um Estado não pode invocar normas de direito interno para retirar seu consentimento de um tratado ou recusar a ratificação. Com efeito, a regra cede se a violação for manifesta e disser respeito a uma norma interna de importância fundamental¹¹, como é o caso das normas constitucionais e de determinadas normas infraconstitucionais que tratam especificamente da competência dos poderes do Estado para a celebração de tratados¹².

As mesmas regras já não se aplicam quando a assinatura é suficiente para exprimir o consentimento definitivo de um Estado em obrigar-se por um tratado, coincidindo com sua entrada em vigor. A realização de um único ato para a submissão do Estado ao tratado, considerado Estado signatário parte, confere brevidade ao processo de conclusão, motivo pelo qual a prática dos acordos em forma simplificada ou *executive agreements* têm se desenvolvido como uma resposta às necessidades da sociedade internacional contemporânea¹³. Assim sendo, de acordo com as fases necessárias a fim de que um Estado possa sujeitar-se a um tratado internacional¹⁴, o processo de celebração

8 DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 139-140.

9 *Ibid.*, p. 111-112.

10 DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *op. cit.* p. 143.

11 Ver art. 46 da Convenção de Viena.

12 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 263-269.

13 VISSCHER, P. Les tendances internationales des constitutions modernes. In: *R.C.A.D.I.*, 1952-I, p. 536. Segundo VISSCHER, atualmente, é possível afirmar que não há distinção material entre o tratado e o acordo em forma simplificada, pois a escolha entre ambos reside unicamente em razões de tática política, *Ibid.* p. 539.

14 As quatro fases da celebração de um tratado, que podem ser simultaneamente implementadas, são as seguintes: (i) *adoção e autenticação do texto*, (ii) *conclusão do tratado*, (iii) *sujeição dos Estados às regras do tratado* e (iv) *entrada em vigor do tratado*. Na fase relativa à conclusão do tratado se dá a assinatura dos representantes dos Estados negociadores, indicando que o texto elaborado, aceite pelos Estados, constituirá a base do acordo. No que tange à sujeição dos Estados às regras do tratado, significa que os referidos Estados passam a ser caracterizados como contratantes, o que pode ocorrer mediante ratificação ou adesão e, em alguns casos, por assinatura. As quatro fases mencionadas estavam assim previstas no parágrafo 4

será considerado breve, típico dos acordos em forma simplificada, ou mesmo longo, como ocorre no caso dos acordos em forma solene.

A conclusão de um tratado, considerado um «*ato convencional por excelência*»¹⁵, está subordinada às exigências constitucionais que determinam as condições nas quais um Estado poderá assumir obrigações na ótica internacional¹⁶. Como o direito internacional não pode determinar os meios técnicos de expressão do consentimento estatal em se obrigar por um tratado internacional¹⁷, tais meios decorrem exclusivamente da ordem interna. Entretanto, a prática estatal houve por bem moldar-se às necessidades decorrentes da evolução da sociedade contemporânea, marcadas pelo surgimento dos acordos em forma simplificada (1). Tais acordos tornam-se exigíveis para o Estado a partir do momento da assinatura, não exigindo, portanto, ato posterior de ratificação, contrariamente aos acordos em forma solene, como foi visto acima. A assinatura é suficiente para obrigar o Estado na ótica internacional, não se restringindo à obrigação de boa-fé anteriormente anunciada. No Brasil, a conclusão e a recepção dos tratados internacionais seguiram a prática constitucional moderna no sentido de admitir acordos sem intervenção obrigatória do poder legislativo, cristalizando, no nível nacional, o emprego dos acordos em forma simplificada (2).

1. O surgimento dos acordos em forma simplificada

A previsão de controle do poder legislativo, como exigência da sociedade democrática, constituiu regra geral nos textos constitucionais que efetuam a repartição de competências entre o poder executivo e legislativo em matéria de conclusão de tratados internacionais (a). Entretanto, o direito internacional não se encontra apenas nos textos¹⁸, sendo resultado eminentemente da prática. A tendência no sentido de

do art. 14 na proposta de Código do Direito dos Tratados presente no Relatório de Gerald Fitzmaurice apresentado na 8ª Sessão da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas realizada em 1956 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. Yearbook of the International Law Commission. V. II. Fitzmaurice, G. Law of Treaties Document A./CN.4/101, 1956, p. 110). Embora este artigo não tenha sido incluído no texto final do tratado, estas fases podem ser identificadas pela leitura da Seção 1 – Conclusão de Tratados – e da Seção 3 – Entrada em Vigor dos Tratados e Aplicação Provisória – da Parte II – Conclusão e Entrada em Vigor de Tratados – da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

15 CARREAU, D. *Droit international*. 9^{ème} ed. Paris: Pedone, 2007, p. 122.

16 BASDEVANT, J. La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités. In: *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 577.

17 Nos termos do artigo 11, da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”.

18 VISSCHER, P. op. cit. p. 537.

uma minimização da competência legislativa pode ser verificada em função da aceleração exponencial da conclusão de acordos executivos (b). Se não é possível extrair do texto constitucional tais atos internacionais concluídos sob a égide de acordos executivos, deve-se recorrer à prática estatal para constatar a evolução do direito.

a) A repartição de competências entre o poder executivo e legislativo como regra geral

A revolução francesa, bem como a introdução do regime parlamentar na Europa no século XIX transformou a lógica aplicável à conclusão de tratados internacionais¹⁹, introduzindo o elemento democrático²⁰. Quase todos os textos constitucionais democráticos conferiram ao poder legislativo uma participação importante na conclusão dos atos internacionais²¹. A participação do Parlamento tornou-se uma condição, apesar das críticas que essa prática certamente suscitou²². O regime parlamentar enquadrou a autonomia do governo, exigindo que este submetesse todo e qualquer tratado capaz de acarretar encargos financeiros no momento de sua execução à aprovação da Câmara. Essa fórmula permite efetuar uma distinção relativamente clara²³ entre os tratados que comportam a intervenção das Câmaras e aqueles concluídos unicamente pelo Presidente da República.

A evolução constitucional da Europa e a participação do poder executivo e legislativo na conclusão de tratados internacionais foram igualmente marcadas pela adoção da constituição belga de 1831. Trata-se de um texto constitucional inovador, cuja fórmula foi reproduzida em escala mundial²⁴. São previstos dois tipos de tratados: aqueles que poderiam ser concluídos diretamente pelo poder executivo e aqueles que, relacionados ao comércio, às finanças do Estado e à legislação em vigor, eram obrigatoriamente submetidos à aprovação parlamentar. Não restam dúvidas de que a constituição belga efetivamente serviu de modelo ao movimento constitucional no sentido de ampliar os poderes e prerrogativas do Parlamento em matéria de conclusão de tratados internacionais presente em diversos países²⁵. Segundo VISSCHER, esta

19 MIRKINE-GUETZÉVITCH B. op. cit., p. 361. Vide igualmente CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 31.

20 VISSCHER, P. op. cit., p. 535.

21 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 148.

22 ROUSSEAU, J. J. *Lettres écrites de la montagne*. In: *Œuvres complètes de J.J. Rousseau*. Tome III, Paris: Bureau de la Société des Publications Illustres, 1846, p. 147.

23 Outras soluções prevaleceram no curso da história constitucional francesa movimentada do século XIX, in MESTRE, A. *Les traités et le droit interne*. In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, p. 240-241.

24 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. op. cit., p. 365.

25 *Ibid*, pp. 365-366.

evolução em matéria de tratados internacionais é um fato constitucional. Isso porque, na maioria dos Estados as constituições submetem à aprovação parlamentar categorias cada vez mais numerosas de tratados internacionais²⁶.

Assim, a repartição de competências entre o executivo e o legislativo constitui regra na maior parte dos Estados²⁷. A participação do poder legislativo depende do regime de governo dos Estados: os europeus adotaram o regime parlamentar e os americanos optaram pelo regime presidencial²⁸. Os países dotados de regime parlamentar costumam seguir a fórmula franco-belga. O texto belga de 1831, que serviu de modelo durante a segunda metade do século XIX para diversas constituições européias²⁹, prescreve a intervenção parlamentar seja para todos os tratados internacionais, seja para aqueles considerados como sendo particularmente importantes. A França³⁰ e a Inglaterra aplicam a segunda solução, que atualmente afigura-se como sendo a mais aceita³¹.

As primeiras constituições brasileiras seguiram o modelo franco-belga de uma competência conjunta entre o poder executivo e legislativo, seja submetendo os tratados considerados mais importantes à aprovação legislativa, seja generalizando a regra exigindo o assentimento do legislativo para todo e qualquer tratado assinado pelo país. A constituição de 1988 modificou a lógica anterior por meio da introdução de uma cláusula que deixa margem à discricionariedade do poder executivo, autorizando-o a não submeter ao Congresso Nacional os tratados que não acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional, conforme será visto em seguida.

b) A tendência de esvaziamento da competência do poder legislativo

Os acordos executivos desenvolveram-se consideravelmente na prática norte-americana. Nos Estados Unidos, o regime presidencial é caracterizado pela competência do executivo com a intervenção

26 VISSCHER, P., op. cit., p. 535.

27 ROUSSEAU, C. *Droit international public*. 11^{ème} ed. Paris: Dalloz, 1987, p. 36.

28 BURDEAU, G.; HAMON, F.; TROPER, M. *Manuel de droit constitutionnel*. 24^a ed. Paris: L.G.D.J., p. 113 e 119.

29 ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37.

30 O artigo 8 da lei constitucional francesa de 1875 consagrava a repartição de competências entre o executivo e o legislativo, associando este último à aprovação de certos tratados bem definidos pelo texto constitucional. A exigência de ratificação de tratados mais importantes foi mantida igualmente no artigo 27 da constituição de 27 de outubro de 1946, que ampliou as situações nas quais o Parlamento participava do processo de ratificação dos tratados, acrescentando outros tratados à lista daqueles submetidos a uma intervenção legislativa, in VEDEL, G. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, p. 527.

31 ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37.

obrigatória da Câmara alta para todos os tratados³², nos termos do artigo 2, seção 2, da Constituição federal de 17 de setembro de 1787. A constituição de 1787 prevê, em matéria de conclusão de tratados internacionais, uma repartição de competências entre o Presidente que negocia e o Senado que aprova por maioria de dois terços. O sistema americano de conclusão de tratados dificultou ou mesmo impossibilitou a ratificação de determinados tratados considerados de extrema importância³³, como o Tratado de Versalhes que instituiu a Sociedade das Nações (SDN). Tal tratado, que contém em seu âmbito o pacto da SDN, nasceu do projeto dos quatorze pontos propostos pelo presidente americano Woodrow Wilson. A aprovação do tratado fracassou em função da não obtenção do acordo de dois terços dos senadores, conforme exige a constituição norte-americana.

O fracasso na aprovação legislativa do referido tratado despertou a opinião pública norte-americana com relação à rigidez do procedimento constitucional de conclusão de tratados internacionais praticado no país³⁴. A dificuldade de obter o consentimento dos senadores, conforme exige a constituição norte-americana, incentivou o poder executivo a recorrer à técnica dos *executive agreements* ou acordos em forma simplificada. Tais acordos distinguem-se, apenas teoricamente, dos *treaties*, estes últimos sendo considerados tratados no sentido formal. Os acordos executivos, como a própria denominação já pressupõe, são concluídos unicamente pelo Presidente sem a participação do Senado. Não restam dúvidas de que a consagração de tal prática reforça os poderes do poder executivo em matéria de política externa, não havendo significativa oposição do Congresso³⁵ ou da Corte Suprema³⁶. Ora, o Senado houve por bem tolerar o desenvolvimento desses acordos, em detrimento do risco de uma revisão constitucional capaz de limitar seus poderes, devidamente sustentada pela opinião pública³⁷. No que tange à Corte Suprema, esta efetivamente legalizou a prática³⁸, tendo admitido

32 Idem.

33 CARREAU, D. op. cit., p. 130.

34 VISSCHER, P. op. cit., p. 538.

35 Idem; CARREAU, D. op. cit., p. 132.

36 CARREAU, D. op. cit., p. 130.

37 VISSCHER, P. op. cit., p. 538.

38 U.S. v. Belmont 301 U.S. 324, 1937, Clunet 1938.453 et 569, et U.S. v. Pink 315 U.S. 203, 1942, Clunet 1940-1945.75. No caso U.S. v. Belmont, a Corte considerou que certos tratados não são obrigatoriamente submetidos à aprovação do Congresso. No original: «*The assignment and the agreements in connection therewith did not, as in the case of treaties, as that term is used in the treaty making clause of the Constitution (article 2, 2), require the advice and consent of the Senate. A treaty signifies 'a compact made between two or more independent nations, with a view to the public welfare.'* B. Altman & Co. v. United States, 224 U.S. 583, 600, 32 S.Ct. 593, 596. But an international compact, as this was, is not always a treaty which requires the participation of the Senate. There are many such compacts, of which a protocol, a *modus vivendi*, a postal convention, and agreements [301 U.S. 324, 331] like that now under consideration are illustrations. See 5 Moore, *Int. Law Digest*, 210-221. The distinction was pointed out by this court

a conclusão de acordos executivos em determinados casos³⁹.

A rigidez do regime norte-americano de conclusão de tratados internacionais, cujo objetivo era de democratizar o *treaty-making power*, não apenas levou à consagração da prática dos constitucional dos *executive agreements*, mas sobretudo à sua multiplicação⁴⁰. A tendência da conclusão de acordos em forma simplificada estendeu-se em direção à maioria dos Estados dotados de um regime democrático⁴¹, uma vez que o “procedimento quase-legislativo”⁴² de aprovação de tratados internacionais tornou-se excessivamente lento e não adaptado à evolução da sociedade internacional. O texto constitucional norte-americano de 1787 foi objeto de diversas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias divergentes, o que contribuiu para influenciar os legisladores brasileiros de 1891.

2. A consagração dos acordos em forma simplificada no Brasil

As Constituições brasileiras muito evoluíram com relação ao *treaty making power* (a). A exigência de uma aprovação legislativa exerceu papel fundamental na primeira Constituição Republicana brasileira, seguindo a linha da tendência internacional. Com efeito, o poder de concluir tratados passou a ser obrigatoriamente dividido entre o chefe do poder executivo e o congresso nacional. Todavia, a lógica do *treaty making power* foi substancialmente alterada com a adoção da constituição de 1988, que especifica os tratados que somente poderão ser concluídos após aprovação legislativa, eliminando a regra da obrigatoriedade anteriormente prevista. Ora, apesar de parecer evidente, esta interpretação dividiu sobremaneira a doutrina brasileira, que interpretou de forma divergente o conteúdo dos referidos artigos. Foram admitidas, a exemplo da prática norte-americana, algumas exceções ao princípio da exigência de *referendum*. Os debates em torno da questão foram bastante positivos para esclarecer e preencher as lacunas da prática constitucional brasileira em matéria de incorporação

in the Altman Case, supra, which arose under section 3 of the Tariff Act of 1897 (30 Stat. 151, 203), authorizing the President to conclude commercial agreements with foreign countries in certain specified matters. We held that although this might not be a treaty requiring ratification by the Senate, it was a compact negotiated and proclaimed under the authority of the President, and as such was a 'treaty' within the meaning of the Circuit Court of Appeals Act (26 Stat. 826), the construction of which might be reviewed upon direct appeal to this court”, disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=301&invol=324>.

³⁹ Para mais detalhes acerca do domínio coberto pelos acordos executivos, vide ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37-38 e CARREAU, D. op. cit., p. 131.

⁴⁰ VISSCHER, P. op. cit., p. 537.

⁴¹ Ibid, p. 540.

⁴² Ibid, p. 536.

de tratados internacionais (b). A ausência de intervenção legislativa não é apenas condicionada às exigências constitucionais⁴³, tendo a prática constitucional brasileira consagrado outros critérios igualmente aplicáveis à incorporação dos tratados internacionais.

a) A evolução das constituições em matéria de conclusão de tratados internacionais

A Constituição política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 seguiu o modelo franco-belga, segundo o qual a intervenção do poder legislativo é obrigatória para alguns tratados considerados como particularmente importantes, como aqueles que tratam da cessão ou mutação do território do Império ou de possessões do Império⁴⁴. BUENO, jurista que bem interpretou a constituição do Império, admite que a tarefa de concluir tratados internacionais é de competência do poder executivo por razões práticas, porém esse papel deveria ser atribuído, pelo menos na teoria, ao poder legislativo, pois constitui um ato de soberania ou uma expressão do voto nacional produzindo efeitos com relação ao país. Entretanto, diversos textos constitucionais das monarquias liberais atenuaram o poder parlamentar na conclusão dos tratados internacionais, permitindo que este último fosse apenas informado dos atos concluídos pelo executivo⁴⁵. É exatamente o que ocorreu na Carta Constitucional brasileira de 1824, obrigando o poder executivo a informar o legislativo acerca da conclusão de tratados específicos, caso o interesse e a segurança do Estado assim permitam⁴⁶. Todavia, os ministros não devem exercer suas competências em matéria de conclusão de tratados internacionais com excesso de poder, pois o legislativo dispõe não somente o poder de ser informado, mas, sobretudo de controlar as atividades executivas⁴⁷. Caso o poder executivo exerça suas funções violando as atribuições constitucionais, o legislativo poderá rejeitar o tratado por ele concluído. A aprovação legislativa somente será exigida no caso de tratados que exigem a cessão ou a troca de territórios do Império ou de possessões do Império em tempos de paz⁴⁸.

43 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. *O Mercosul no direito brasileiro, incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 141.

44 Vide o artigo 102 da Constituição do Império, relativo às atribuições do Imperador na qualidade de chefe do poder executivo, disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=532540&PalavrasDestaque=>

45 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 148.

46 Ibid, p. 152.

47 MESTRE, A. op. cit., p. 245.

48 BUENO, J. A. P. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 66.

A partir da primeira Constituição brasileira da República de 1891, o poder de concluir tratados passou a ser obrigatoriamente dividido entre o chefe do poder executivo e o Congresso Nacional⁴⁹. Tal exigência foi introduzida com a finalidade de evitar que os tratados que acarretassem encargos ao patrimônio nacional fossem concluídos unicamente pelo executivo, situação que era freqüente durante o Império⁵⁰. Foram apresentados diversos projetos para a primeira constituição republicana⁵¹, sendo que diversos deles divergiam no que tange à exigência de uma aprovação legislativa para todos os tratados. O projeto que foi adotado com algumas modificações foi aquele apresentado por Magalhães Castro, que condicionava a conclusão de tratados pelo presidente da república ao referendo do Congresso Nacional. A formula ad *referendum*⁵², introduzida no primeiro texto constitucional republicano, significa que compete definitivamente ao Congresso a conclusão de tratados e de convenções assinadas pelo presidente. A competência de “dispor/decidir definitivamente” sobre os tratados, acordos ou atos internacionais é prevista igualmente na constituição atual, apesar de ser flagrantemente inadequada. Com efeito, a decisão definitiva caberia ao Presidente da República, pois este é livre para ratificar os tratados internacionais após sua aprovação pelo poder legislativo brasileiro⁵³. Assim sendo, em não havendo oposição congressual à conclusão de um tratado internacional⁵⁴, a decisão definitiva caberá efetivamente ao chefe de Estado.

Uma análise dos textos constitucionais brasileiros permite concluir que todas as constituições posteriores, na linha da constituição de 1891, mantiveram a participação obrigatória do poder legislativo na conclusão dos tratados internacionais em função dos imperativos

49 O artigo 34 da Constituição de 1891 prevê que “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 12) resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; (...)”. Segundo o artigo 48, “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 16) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso”.

50 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 118.

51 Para uma análise dos diferentes projetos, vide CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados*, op. cit., pp. 112-117. Vide igualmente RIBEIRO, J. C. G. *A gênese histórica da Constituição Federal*. Oficina Grafica da Liga Maritma Brasileira, 1917, pp. 91 et 96.

52 O legislador optou pela formula ad referendum, que supõe uma autorização prévia do Congresso Nacional para que o presidente possa concluir atos internacionais, in FRANCO, A. A. M. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 263.

53 Em seus comentários à Constituição de 1967, com a emenda de 1969, FERREIRA FILHO afirmou que o Congresso Nacional dispunha da palavra final no que tange à conclusão dos tratados internacionais, in *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 247.

54 Entretanto, se o Congresso Nacional decidir não aprovar um tratado internacional, tal decisão é definitiva e impede qualquer atuação em sentido contrário do Presidente da República. Vide CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 118

democráticos⁵⁵, por meio da formula ad referendum. Entretanto, tal regra foi substancialmente modificada com a adoção do texto constitucional de 1988, que modificou as regras relativas ao *treaty making power*⁵⁶ previstas nas constituições anteriores. Foi introduzido um elemento distintivo aos tratados que deverão obrigatoriamente ser submetidos ao Congresso Nacional, sem que tal fato signifique um aumento das prerrogativas do legislativo. O presidente possui competência exclusiva para negociar e concluir acordos internacionais, sendo tal poder delegado aos plenipotenciários⁵⁷, nos termos da Convenção de Viena sobre direito dos tratados⁵⁸. No Brasil, país que segue a prática internacional em matéria de conclusão de tratados internacionais, os ministros do MRE gozam de presunção de representatividade, não devendo apresentar carta de plenos poderes⁵⁹.

A imprecisão do artigo 84⁶⁰ poderia fazer supor que o poder executivo deveria encaminhar todos os tratados internacionais regularmente firmados ao Congresso Nacional, na mesma linha do texto constitucional de 1891. Entretanto, o artigo 49 busca elucidar quais tratados efetivamente exigirão uma aprovação do poder legislativo⁶¹.

55 MIRANDA, P. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 326.

56 A primeira idéia de «*treaty making power*» remonta a Vattel, E. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. V. 3. Washington: The Carnegie Institution, 1916, p. 160. O discípulo de Wolff já havia cogitado na participação de um senado ou de um corpo representativo da nação no procedimento de conclusão de tratados internacionais pelo soberano. Todavia, um dos primeiros juristas a empregar tal expressão foi Wheaton, quando afirmava que «*o poder de concluir tratados depende da constituição civil de cada Estado*». No original, «*the treaty making power dependent on the municipal Constitution*», in *Eléments de droit international*. Paris: A. Durand, 1848, t. 1, p. 227.

57 Carreau, D. op. cit., p. 125.

58 Dispõe o artigo 7 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados que “1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão”.

59 Mello, C. A. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 195.

60 Segundo o artigo 84 da Constituição de 1988, “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”.

61 Nos termos do artigo 49 da Constituição de 1988, “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; (...)”.

A evolução das relações internacionais, o aumento do número de acordos internacionais e de sua urgência, bem como a conclusão de acordos considerados de menor importância contribuíram para que a obrigação geral de submissão de tratados e convenções internacionais ao poder legislativo fosse atenuada, o que constitui tendência no direito constitucional moderno⁶². Nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, a competência do Congresso Nacional é restrita aos tratados que acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Os artigos 84 e 49 constituem as únicas disposições constitucionais que tratam da conclusão e incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro⁶³, tendo sido severamente criticados pelos juristas brasileiros⁶⁴. O legislador optou pela menção acerca dos “compromissos gravosos ao patrimônio nacional” com o objetivo de abarcar os acordos de caráter econômico e financeiro que poderiam comprometer o patrimônio nacional. Tratava-se dos acordos e compromissos concluídos pelo governo com o FMI, com o BIRD e com o Clube de Paris⁶⁵.

Não restam dúvidas de que o legislador teve a intenção de limitar a margem de manobra do poder executivo por meio da submissão obrigatória ao Congresso de acordos concluídos na área financeira. Entretanto, um resultado totalmente oposto foi atingido, pois o poder executivo beneficiou-se amplamente de tal autorização constitucional⁶⁶. Segundo MEDEIROS, a constituição de 1988 perdeu a oportunidade de esclarecer as regras relativas ao *treaty making power* e manteve a dualidade doutrinária: alguns sustentavam que todos os acordos deveriam obrigatoriamente ser submetidos ao poder legislativo, sendo que outros insistiam na possibilidade da conclusão de acordos executivos⁶⁷. A primeira tendência, que permite a conclusão de certos acordos sem intervenção legislativa foi concretizada na prática diplomática brasileira.

A análise relacionada ao conteúdo e natureza do tratado internacional será efetuada pelo Ministério das Relações Exteriores

Segundo BASTOS, o objetivo do texto constitucional de 1988 era de restringir a possibilidade de concluir acordos executivos, evitando assim toda sorte de abuso, in *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 4, tomo I, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

62 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 149.

63 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. op. cit., p. 141.

64 FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21; CÂMARA, J. S. *A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 69/71:74, 1987-1989; MELLO, C. A. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 277.

65 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 385; CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 177-188.

66 CÂMARA, J. S. op. cit., p. 73.

67 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 383.

(MRE), em momento anterior ao envio do mesmo ao Congresso Nacional. O executivo verificará, na ocasião, se o tratado é capaz de produzir compromissos gravosos ao patrimônio nacional ou, ainda, se pode se enquadrar no domínio reservado à lei. A liberdade da ação do poder executivo na matéria tende a ser ilimitada, podendo este optar pela não submissão de um tratado à aprovação do Congresso, contrariamente ao referido dispositivo constitucional. Uma leitura conjunta dos artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII da Constituição brasileira leva a crer que alguns tratados internacionais não devem, obrigatoriamente, ser submetidos ao poder legislativo. Ora, apesar de parecer evidente, essa interpretação dividiu sobremaneira a doutrina brasileira, que interpretou de maneira divergente o conteúdo dos referidos artigos. Os debates em torno da questão foram bastante positivos para esclarecer e preencher as lacunas da prática constitucional brasileira em matéria de incorporação de tratados internacionais. Ademais, a prática diplomática brasileira houve por bem reconhecer outros critérios aplicáveis à incorporação dos tratados internacionais, elucidando a imprecisão do dispositivo constitucional.

b) A polêmica doutrinária que levou ao reconhecimento da prática pelo MRE

Durante as revisões constitucionais posteriores⁶⁸ surgiu intenso debate entre os internacionalistas brasileiros, cujas opiniões divergiam no que tange à obrigatoriedade de uma intervenção legislativa para todos os tratados internacionais assinados pelos representantes do país. A origem de tal discurso remonta à entrada em vigor da Constituição de 1946, com o artigo de ACCIOLY e a respectiva resposta de VALLADÃO (1). Posteriormente, o MRE adotou posição favorável ao reconhecimento da prática dos acordos executivos como um reflexo das relações internacionais contemporâneas, confirmando a tese de ACCIOLY (2).

1) O debate entre ACCIOLY e VALLADÃO

O debate relativamente à conclusão de acordos executivos tem origem na entrada em vigor da Constituição de 1946, com o artigo de ACCIOLY⁶⁹, que defende a possibilidade da conclusão de acordos em forma simplificada no Brasil. Em seu artigo, o jurista brasileiro refere-se constantemente à prática constitucional dos Estados-Unidos que consagrou, apesar da rigidez do texto constitucional, a conclusão

⁶⁸ O texto integral de cada constituição brasileira está disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>.

⁶⁹ ACCIOLY, H. *A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. IV, n.º 7, janeiro/junho. Rio de Janeiro. 1948, p. 5-11.

dos *executive agreements*. Seguindo essa linha, o Brasil poderia se obrigar internacionalmente sem necessidade de obter autorização legislativa, sobretudo em função da competência privativa dos órgãos constitucionais⁷⁰. Assim, a aprovação do Congresso somente seria exigida caso o tratado envolvesse matéria de competência exclusiva do poder legislativo, como aqueles que acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional, dispõem acerca do déficit público federal, implicam cessão, troca ou estabelecem limites do território nacional ou, ainda, aqueles relativos às alianças militares ou ao comércio e à navegação.

Ademais, no caso norte-americano, o Congresso autoriza frequentemente o poder executivo a concluir tratados em áreas bem determinadas⁷¹. Apesar do aparente impedimento do texto constitucional norte-americano, a antiga prática diplomática no referido país admite a conclusão dos *executive agreements*, o que seria igualmente aplicável no caso brasileiro. Ora, a Constituição brasileira de 1891 inspirou-se amplamente da constituição dos Estados-Unidos, bem como as revisões posteriores de 1934 e 1946, que mantiveram a mesma fórmula relativa à conclusão dos tratados internacionais. O autor afirma que o Brasil poderá assumir compromissos internacionais sem intervenção do poder legislativo nos seguintes casos: acordos relativos a temas de competência privativa do poder executivo; acordos concluídos por agentes ou funcionários competentes sobre questões de interesse local ou de importância limitada; acordos que buscam interpretar cláusulas de um tratado já em vigor; acordos que decorrem lógica e necessariamente de outro tratado em vigor e que atuam apenas para completá-lo; e acordos que estabelecem um *modus vivendi*, cujo objetivo é apenas de manter o estado inicial e estabelecer simples bases para negociações futuras⁷².

Dois anos após a publicação do artigo de ACCIOLY, VALLADÃO expôs sua tese no mesmo Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, contestando os argumentos que sustentavam a possibilidade da conclusão de acordos executivos em determinados casos⁷³. Tratava-se de parecer solicitado pelo Ministro de Relações Exteriores, Raul Fernandes, questionando a validade de um acordo de pagamento entre o Brasil e a França, que havia sido concluído por meio

70 ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados..., op. cit., p. 7.

71 É o caso dos tratados de comércio concluídos sob a presidência de Franklin Roosevelt, que recebeu uma autorização do Congresso em 12 de junho de 1934. Vide ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados..., op. cit., p. 7

72 Ibid, p. 8.

73 VALLADÃO, H. A aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. VI, n. 11-12, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1950, p. 95-108.

de troca de notas entre o Ministério e a Embaixada da França no Rio de Janeiro⁷⁴. Na ocasião, o ministro esclareceu que o acordo envolvia apenas questões administrativas, tendo sido concluído, portanto, pelo governo isoladamente. Assim como outro acordo do gênero concluído com a Inglaterra não havia exigido uma intervenção legislativa, era necessário verificar se o acordo em espécie deveria ser submetido ao Congresso Nacional. Ao redigir seu parecer acerca da questão que lhe foi colocada, VALLADÃO interpretou os artigos da constituição de 1946, confrontando-os às regras estabelecidas pelas constituições anteriores. Concluiu o iminente jurista que a aprovação do Congresso é obrigatória para todo e qualquer tratado internacional assinado pelo Brasil⁷⁵.

A resposta de ACCIOLY combatendo os argumentos de VALLADÃO foi publicada no número seguinte do referido boletim em 1951⁷⁶. O autor, que defende a possibilidade de conclusão de acordos executivos no Brasil, insistiu que a exigência de uma aprovação legislativa nunca foi indispensável para todos os tratado internacionais bilaterais na linha dos acordos concluídos sob a égide das Constituições de 1891, 1934 e 1946, que entraram em vigor apesar da ausência de intervenção do Congresso⁷⁷. Ademais, os constituintes brasileiros não teriam tido a intenção de subordinar o executivo ao legislativo em matéria de política externa⁷⁸, pois cabe ao chefe do executivo a competência de concluir tratados, nos termos da competência privativa do Presidente da República, prevista no artigo 87, VI da Constituição de 1946⁷⁹. Além disso, a tese da ausência de referendo para tratados específicos, admitida por diversos internacionalistas modernos⁸⁰, constitui costume

74 Ibid, p. 95.

75 Para uma análise dos argumentos utilizados por VALLADÃO para sustentar sua tese, vide p. 96, 97, 104 e 107. Segundo o autor, “ha de ser assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc...”, Ibid, p. 99.

76 ACCIOLY, H. Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. VII, n. 13-14, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1951, p. 20-33.

77 Ibid, p. 22 e 27.

78 Ibid, p. 23.

79 Ibid, p. 24 e 31.

80 SETTE CÂMARA, J. *The ratification of International Treaties*. Toronto, 1949, p. 46; WRIGHT, Q. The United States and International Agreements. In: *American Journal of International Law*. 38. 1944, p. 345; HYDE, C. C. *International Law*. Vol. II, 2ª ed. Boston, 1945, p. 1405, 1411 e 1415; MARTIN, C. E. Presidential Discretion in World Affairs through Executive Agreements. In: *Proceedings of the American Society of International Law*. 1951, p. 15 e 17; WILCOX, F. O. *The ratification of International Conventions*. Londres, 1935, p. 227; MCNAIR, A. *The Law of Treaties*. Oxford, 1938, p. 85/87; JONES, J. M. *Full Powers and Ratification of International Conventions*. Londres, 1946, p. 13 e 66; ROUSSEAU, C. *Principes généraux du droit international public*. Vol. I. Paris, 1944, p. 193/194; SIBERT, M. *Traité de droit international public*. Vol. II. Paris, 1951, p. 224-225; VISSCHER, P. *De la conclusion des traités internationaux*. Bruxelles, 1943, p. 126-127; ROUSSOS, G. *Les accords en forme simplifiée en droit international*. In: *Revue Hellénique de Droit International*. n. 5, 1953, p. 248;

bem estabelecido no Brasil⁸¹ apesar de não dispor de previsão expressa na constituição brasileira.

Posteriormente, VALLADÃO reconsiderou sua tese em parecer publicado em 1969⁸². De acordo com o jurista, o acordo concluído entre o Brasil e os Estados-Unidos através de troca de notas, relativo à colaboração em pesquisas sobre sensores remotos em levantamento de recursos terrestres, não havia sido submetido a uma aprovação legislativa⁸³. O argumento utilizado consiste na existência de um tratado anterior sobre o qual o acordo em espécie teria sido baseado. Conseqüentemente, não será necessário obter autorização legislativa para a ratificação de um acordo que foi autorizado por ou constitui execução de um tratado anterior devidamente aprovado⁸⁴.

A divergência entre ACCIOLY e VALLADÃO limitou-se à discussão acerca da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de tratados que abordavam matéria de competência privativa do poder executivo⁸⁵. Assim como VALLADÃO, que reconheceu a tese de ACCIOLY admitindo a conclusão de acordos executivos em certos casos, o Ministério de Relações Exteriores também se pronunciou ratificando os argumentos de ACCIOLY.

2) A recepção da tese de ACCIOLY pelo MRE

A tese de ACCIOLY, admitida pelo MRE, foi confirmada pela prática constitucional brasileira. CARNEIRO, consultor jurídico do Ministério, confirmou a possibilidade de conclusão de acordos não submetidos ao poder legislativo nas situações mencionadas por ACCIOLY. Em seu parecer pronunciado em 1950, o consultor admitiu exceções à suposta regra da intervenção legislativa, que englobam os acordos relativos a assuntos de competência privativa do poder executivo; os acordos concluídos para a execução, aplicação ou esclarecimento de uma matéria de importância secundária de um tratado; e os acordos de prorrogação ou modificação de um acordo executivo ainda em vigor⁸⁶.

GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*. Vol. I. Genebra, 1953, p. 72, citados por ACCIOLY, H. *Ainda o problema da ratificação dos tratados...*, op. cit., p. 25-26.

81 *Ibid*, p. 33.

82 VALLADÃO, H. *Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. XXV, n. 49-50, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1969, p. 111-112.

83 VALLADÃO, H. *Aprovação de ajustes internacionais...*, op. cit., p. 108.

84 VALLADÃO, H. *Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional...*, op. cit., p. 112.

85 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. op. cit., p. 85-86.

86 CARNEIRO, L. *Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional*. In: CACHÁPUZ DE MEDEIROS, A. P. (dir.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Vol. IV, 1946-1951. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 401-414.

Diversos autores e consultores jurídicos do Itamaraty⁸⁷ confirmaram a tese de ACCIOLY, assim como o fez o atual consultor jurídico do MRE desde 1998, MEDEIROS. Este último afirma que tais acordos podem ser concluídos sem a aprovação do Congresso nas seguintes situações:

- 1) quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo legislativo; 2) quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de renúncia.⁸⁸

O consultor sugere a utilização da fórmula acima no processo de conclusão de tratados internacionais, pois melhor se ajustaria às necessidades da vida internacional contemporânea, respeitando, ademais, as prescrições da Constituição Federal de 1988. Segundo o consultor jurídico, 317 acordos em forma simplificada foram concluídos pelo governo brasileiro sem intervenção do Congresso Nacional entre 1946 e 1981⁸⁹. Esse número continua aumentando consideravelmente, conforme é possível inferir da quantidade de acordos executivos concluídos entre 5 de outubro de 1988, data da entrada em vigor da constituição de 1988 e 31 de dezembro de 1993⁹⁰. É possível contabilizar cerca de 182 acordos em forma simplificada, sendo que a maioria constitui ajustes complementares a tratados preexistentes⁹¹.

A divisão de atos internacionais do MRE publicou, em 1984, seu manual de procedimentos relativo à prática diplomática brasileira em matéria de conclusão de atos internacionais⁹². Em razão da multiplicação dos atos internacionais concluídos pelo Brasil desde a publicação do primeiro manual, o que representa cerca de 300 por ano⁹³, a divisão de atos internacionais houve por bem reeditar tal documento em 2008. O MRE confirma, portanto, a tese segundo a qual alguns tratados não

87 ROCHA, A. R. Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. XXIV, n. 47-48, janeiro-dezembro. Rio de Janeiro, 1968, p. 175-183; CANÇADO TRINDADE, A. A. Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (dir.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII - 1985-1990. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 518-523.

88 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 481.

89 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 136-145.

90 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 431.

91 Idem.

92 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Atos internacionais. Prática diplomática brasileira. Manual de procedimentos*. Brasília: Departamento Consular e Jurídico/Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, 1984, 45 p.

93 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Atos internacionais. Prática diplomática brasileira. Manual de procedimentos*. Brasília: Departamento Consular e Jurídico/Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, 2008, p. 4.

exigem aprovação legislativa. Trata-se dos tratados concluídos por meio de troca de notas ou outro formato que tenham sido autorizados por ou constituam execução de outro anterior, devidamente aprovado e que não o modifique⁹⁴. Estes atos são “*considerados pela doutrina como derivados da ‘diplomacia ordinária’ ou rotineira*”⁹⁵. Não restam dúvidas quanto ao reconhecimento da prática reiterada dos acordos em forma simplificada pelo poder executivo brasileiro, formando um verdadeiro costume⁹⁶. Ora, o costume existe como regra de direito tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional⁹⁷. Engloba um elemento material e um elemento subjetivo (*opinio juris* ou reconhecimento do caráter obrigatório da regra não escrita)⁹⁸. O poder executivo brasileiro fundamentou tal prática nas disposições constitucionais, não tendo o poder legislativo protestado para assegurar o respeito de suas prerrogativas constitucionais. Restam, portanto, confirmados os elementos necessários à configuração da regra costumeira⁹⁹.

Conclusão

A razão de ser da ratificação é a necessidade de aprovação legislativa, que constitui atualmente “fato constitucional” previsto na maior parte das constituições modernas em função da necessidade de democratizar as relações internacionais¹⁰⁰. A associação do poder legislativo na conclusão de atos internacionais mostrou descompasso entre o respeito das regras constitucionais e as exigências do direito internacional. Com efeito, alguns Estados corriam o risco de se expor negativamente perante a comunidade internacional por fato atribuído ao poder legislativo no momento da aprovação ou rejeição do tratado que lhe foi submetido, abalando a confiança legítima que os demais Estados participantes lhe depositaram quando da assinatura. Evidentemente que o atraso ou a negativa da ratificação não poderá ser atribuído unicamente ao poder legislativo, já que não há qualquer obrigação ou prazo de remissão do tratado ao poder legislativo aceito como costume internacional, assim como também não há qualquer obrigatoriedade de ratificação após a devida aprovação pelo legislativo.

94 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, p. 16.

95 Idem.

96 REZEK, F. op. cit., p. 61; CAMARA, J. S. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XXXIX-XLI, n.º 69/71, Brasília, 1987/1989, p. 66; MELLO, C. D. A. op. cit., p. 236; TRINDADE, O. A. D. C. op. cit., p. 87.

97 V. C.I.J., acórdão de 7 de setembro de 1927, Lotus, Rec. p. 28.

98 Artigo 38, § 1, b) do Estatuto da C.I.J. Vide C.I.J., acórdão de 3 de junho de 1985, *Plateau continental (Lybie/Malte)*, Rec. p. 33; C.I.J., acórdão de 27 de junho de 1986, *Activités militaires et paramilitaires*, Rec. p. 98. V. CARREAU (D.), op. cit., pp. 246-267; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 6a ed., Paris, 2004, pp. 52-73.

99 C.I.J., acórdão de 20 de fevereiro de 1969.

100 VISSCHER. C. op. cit. p. 535.

É assim que o poder executivo, buscando dar conta dos compromissos internacionais e evitar a ratificação tardia de atos internacionais, houve por bem incorporar a prática dos *executive agreements* que ganharam força na prática norte-americana. O Brasil, assim como os demais Estados democráticos, considerou que o procedimento “quase legislativo” utilizado na aprovação legislativa dos tratados internacionais apenas poderia ser justificado em momento no qual os tratados internacionais constituíam exceção, relacionando-se, principalmente às matérias de grande importância política ou atinentes à natureza legislativa¹⁰¹. Ora, atualmente a maior parte dos tratados internacionais é concluída seguindo o trâmite dos acordos em forma simplificada, ou seja, excluindo-se a participação do poder legislativo e, conseqüentemente, a exigência de ratificação. Justifica-se, dessa forma, a adoção de acordos em forma simplificada, que pode ser vista tanto de forma positiva quanto negativa.

De fato, a proliferação dos acordos executivos, que constitui tendência no direito internacional contemporâneo, acaba por eliminar a substância das regras constitucionais que associam os parlamentos à conclusão de acordos internacionais¹⁰². De acordo com dados recentes da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, mais de 80% dos atos internacionais são concluídos unicamente pelo poder executivo sob o regime simplificado¹⁰³. Na ausência de qualquer controle com relação à sua conclusão, o objeto destes acordos, inicialmente limitado a assuntos de competência exclusiva do Executivo, tende a se expandir para outras áreas de competência do poder legislativo, abarcando “problemas técnicos e administrativos resolvidos por acordos autônomos alheios a qualquer outro instrumento”¹⁰⁴. Corrobora o fato de que não existe distinção material entre um tratado e um acordo em forma simplificada. A escolha entre tais fórmulas é condicionada apenas por razões de tática política do executivo¹⁰⁵. Atualmente, existem diversos acordos em forma simplificada relacionados a questões políticas tão importantes quanto aquelas reguladas por tratados em forma solene.

101 Ibid. p. 536.

102 BASDEVANT (J.), «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités», R.C.A.D.I., 1926-V, vol. 15, p. 539.

103 Trata-se da estatística elaborada pela D.A.I. em 8 de junho de 2009. Tal documento foi consultado pelo autor durante a entrevista realizada em outubro de 2009 no Ministério de Relações Exteriores.

104 DAILLIER (P.), PELLET (A.), op. cit., p. 145.

105 VISSCHER (P. de), op. cit., p. 539.

Referências bibliográficas

- ACCIOLY, H. (1948) “A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 5-11, jan./jun.
- ARAÚJO J. H. P. (1958) *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores.
- BASDEVANT, J. (1926) “La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités”. In: *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 539.
- BASTOS C. R., MARTINS Y. G. (2002) *Comentários à constituição do Brasil*. 4º vol., t. 1, artigos 44-69. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BUERGENTHAL, T. (1992) “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law” In: *R.C.A.D.I.*, 1992-IV, pp. 301-400.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS A. P. (1983) *O Poder Legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: LPM.
- _____. (1995) *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração dos tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (1951) “Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VII, ns. 13-14, p. 20-33, jan./dez.
- _____. (2004) “Acordos internacionais: as atribuições distintas de negociação pelo Poder Executivo e de aprovação pelo Poder Legislativo” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 463-465.
- _____. (2004) “A questão da aprovação pelo Legislativo de atos internacionais” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 518-523.

_____. (2004) “Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 518-523.

_____. (2004) “Processualística dos atos internacionais. Questão da aprovação parlamentar: princípio; alcance. Equilíbrio entre os Poderes” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 527-531.

_____. (2006) *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey.

CANÇADO TRINDADE O. A. D. (2006) *O Mercosul no direito brasileiro, incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey.

CARNEIRO, L. (2000) “Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. IV (1946-1951). Brasília: Senado Federal, p. 401-414.

_____. (2000) “Acordo mediante notas reversais para assegurar o cumprimento de tratado. Necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. C. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. IV (1946-1951). Brasília: Senado Federal, p. 117-118.

CARREAU, D. (2007) *Droit international*. 9ème éd. Paris: Pedone.

CASSESE, A. (1985) “Modern Constitutions and International Law” In: *R.C.A.D.I.*, 1985-III, pp. 331-476.

COMBACAU J. (1991) *Le droit des traités*. PUF, «Que sais-je?», n. 2613.

CORTEN, O. (2007) *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaires article par article*. Bruxelles: Bruylant.

COT, J. P. (1968) “La bonne foi et la conclusion des traités” *Revue belge de droit international*, p. 140.

DEHOUSSE, F. (1935) *La ratification des traités*. Paris: Sirey.

DINH N. Q., DAILLIER P., PELLET A. (2003) *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN, O., ROUX A., SCOFFONI G. (2001) *Droit constitutionnel*. 4ème éd. Paris: Dalloz.

FILHO M. G. F. (1986) *Comentários à constituição brasileira*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.

_____. (2002) *Do processo legislativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

_____. (2002) *Curso de Direito Constitucional*, 29ª ed. São Paulo: Saraiva.

HAMON F., TROPER M. (2007) *Droit constitutionnel*. 30ème éd. Paris: L.G.D.J.

JEAN-ARNAUD André. (2007) *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

KELSEN, H. (1926) “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public” In: *R.C.A.D.I.*, 1926-IV, pp. 227-331.

_____. (1953) “Théorie du droit international public” In: *R.C.A.D.I.*, 1953-III, pp. 1-203.

KLABBERS, J. (2001) “How to defeat a treaty’s object and purpose pending entry into force: toward manifest intent” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Mar 1.

KOLB R. (2001) *La bonne foi en droit international*. Paris: PUF.

LARENZ Karl. (1997) *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MELLO C. A. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva.

MESTRE, A. (1931) “Les traités et le droit interne” In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, pp. 233-306.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1931) “Droit international et droit constitutionnel” In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, pp. 307-465.

MOSLER, H. (1957) “L’application du droit international public par les tribunaux nationaux” In: *R.C.A.D.I.*, 1957-I, pp. 625-705.

NISOT, J. (1970) “L’article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités” *Revue belge de droit international*, pp. 498-503.

OPPENHEIM L. F. L. (1935) *International Law: a Treatise*. Londres.

PACTET P., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. (2006) *Droit constitutionnel*. 25^{ème} éd. Paris: Dalloz.

PONTES DE MIRANDA, F. C. (1970) *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RANGEL, M. (1967) “Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXIII, ns. 45-46, p. 29-64, jan./dez.

REUTER, P. (1995) *Introduction au droit des traités*. 3^{ème} éd. PUF.

_____. (1970) *La convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*. A. Colin.

ROCHA, A. R. (1968) “Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXIV, ns. 47-48, p. 175-183, jan./dez.

ROSENNE, S. (1970) *A guide to the legislative history of the Vienna Convention*. Sijthoff, Leyde.

ROUSSEAU, C. (1970) *Droit international public*. Tome I. Paris: Sirey.

SCOTT, D. C. (2002) “Presidential Power to “Un-Sign” Treaties”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 69, n. 3.

SETTE CAMARA, J. (1989) “A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, anos XXXIX a XLI, ns. 69/71, p. 56-75.

TRIEPEL, H. (1923) “Les rapports entre le droit interne et le droit international” In: *R.C.A.D.I.*, 1923-I, pp. 77-118.

VISSCHER, P. (1952) “Les tendances internationales des constitutions modernes” In: *R.C.A.D.I.*, 1952-I, pp. 511-578.

VALLADÃO, H. (2002) “Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções, democrático, originário do Direito Internacional americano” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VI (1961-1971). Brasília: Senado Federal.

_____. (1950) “Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VI, ns. 11-12, p. 95-108, jan./dez.

_____. (1969) “Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXV, ns. 49-50, p. 111-112, jan./dez.

VIRALLY, M. (1967) “La réciprocité dans le droit international” In: *R.C.A.D.I.*, 1967-III, t. 122, pp. 3-105.

WILDHABER, L. (1971) *Treaty making power and constitution*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.

ZOLLER, E. (1977) *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pedone, 392 p.