

CAPÍTULO III
**FONTES DO DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO: OS TRATADOS**

SUMÁRIO • 1. Conceito e natureza jurídica - 2. Terminologia: espécies de tratados - 3. Classificação: 3.1. Número de partes; 3.2. Procedimento de conclusão; 3.3. Execução; 3.4. Natureza das normas/ponto de vista material; 3.5. Efeitos; 3.6. Possibilidade de adesão - 4. Evolução histórica - 5. Condições de validade: 5.1. Capacidade das partes: entes com capacidade para celebrar tratados: 5.1.1. Estados; 5.1.2. Organizações internacionais; 5.1.3. Santa Sé, beligerantes e blocos regionais; 5.1.4. Acordos externos de interesse dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios. 5.2. Habilitação dos agentes; 5.3. Objeto lícito e possível; 5.4. Consentimento regular: 5.4.1. O problema das ratificações imperfeitas - 6. Processo de elaboração dos tratados: 6.1. Negociação; 6.2. Assinatura; 6.3. Ratificação; 6.4. Entrada em vigor no âmbito internacional; 6.5. Registro e publicidade - 7. Efeitos dos tratados sobre as partes e sobre terceiros: 7.1. Duração. Vigência contemporânea e diferida; 7.2. A regra fundamental pacta sunt servanda e o princípio da boa-fé no Direito dos Tratados; 7.3. Aplicação dos tratados no tempo: o princípio da irretroatividade; 7.4. Aplicação dos tratados no espaço. As teorias da repercussão dos tratados sobre Estados não-contratantes - 8. Interpretação dos tratados - 9. Adesão - 10. Alteração dos tratados: as emendas e revisões - 11. Reservas: forma, validade e efeitos jurídicos - 12. Extinção e suspensão dos tratados: 12.1. Extinção: 12.1.1. Denúncia e retirada; 12.1.2. Efeitos do estado de guerra e da alteração fundamental das circunstâncias sobre a vigência dos tratados (teoria da cláusula rebus sic stantibus). 12.2. Suspensão; 12.3. Conseqüências da extinção e da suspensão dos tratados - 13. Incorporação ao Direito interno: 13.1. Modelos de internalização dos tratados; 13.2. O Poder Executivo e o Poder Legislativo na elaboração do tratado; 13.3. Tramitação do tratado no Brasil; 13.4. A obrigatoriedade dos tratados na ordem jurídica nacional - 14. Conflito entre o Direito Internacional Público e o Direito interno: a autoridade do tratado em face da lei interna e a realidade das antinomias: 14.1. Hierarquia do tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro; 14.2. Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Direito interno brasileiro - 14.3. Hierarquia dos tratados de Direito Tributário - 15. Quadros sinóticos - 16. Questões - Gabarito.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Os tratados são acordos escritos, firmados por Estados e organizações internacionais dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional Público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no tocante a temas de interesse comum.

O nosso conceito parte da noção fixada pelo artigo 2º, § 1º, "a", da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que estabelece que tratado "significa um acordo internacional concluído 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".

A Convenção de Viena de 1969 não considerou expressamente a possibilidade de as organizações internacionais celebrarem tratados. Por isso, a definição de tratado deve levar em conta a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, que incorporou explicitamente à ordem jurídica internacional a capacidade

dos organismos internacionais de concluir tratados, que já era evidente na prática internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em vigor desde 1980, finalmente foi ratificada pelo Brasil, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo 496, de 17/07/2009, e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14/12/2009, com reservas aos artigos 25 e 66¹, cujos efeitos, portanto, não se aplicam ao Estado brasileiro.

ATENÇÃO! a Convenção de Viena de 1969 ainda não entrou em vigor e continua pendente de ratificação pelo Brasil. Em todo caso, as normas da Convenção de Viena de 1969 aplicam-se para o Estado brasileiro, visto que também constituem normas costumeiras, cuja aplicação pelas autoridades pátrias não tem, de resto, sido problemática.

Afirmar que os tratados são acordos implica reconhecer seu caráter de instrumentos criados pela convergência de vontades dos atores competentes. Nesse sentido, o conteúdo dos tratados é estabelecido pelos próprios Estados ou organizações internacionais, que devem consentir com seu teor, e só será juridicamente vinculante, pelo menos em princípio, com a anuência desses sujeitos.

Os tratados adotam a forma escrita e, por isso, são considerados acordos formais². Albuquerque Mello lembra, porém, que a Comissão de Direito Internacional da ONU admite o acordo oral³, o qual, de fato, é previsto na própria Convenção de Viena de 1969 (art. 3), embora esta só se aplique a acordos escritos.

Ainda que se aceite a personalidade internacional de entes como o indivíduo, os tratados só podem ser celebrados por Estados e organizações internacionais.

Os tratados são regidos pelo Direito Internacional Público. Por um lado, isso implica que os tratados, quando de sua elaboração, devem obedecer aos procedimentos e exigências formais estabelecidos na prática internacional relativos a pontos como forma de celebração e vigência. Por outro, os tratados não podem violar as normas de *jus cogens*, às quais a sociedade internacional atribuiu importância superior, nem os princípios gerais do Direito e do Direito Internacional.

O tratado pode constar de um ou mais instrumentos, o que significa que, além de seu texto principal, pode haver outros documentos associados ao acordo, a exemplo de anexos e de protocolos adicionais, úteis para regular ou esclarecer situações mais específicas ou de maior complexidade técnica.

1. O artigo 25 da Convenção de Viena de 1969 trata da possibilidade de aplicação provisória de um tratado. Já o artigo 66 refere-se ao processo de solução judicial, de arbitragem e de conciliação, quando haja controvérsias relativas à nulidade, extinção, retirada ou suspensão da execução de um tratado.
2. Nesse sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*, p. 53.
3. MELLO, Celso D. de Albuquerque: *Curso de direito internacional público*, v. 1. p. 212.

Os tratados podem adotar várias denominações, sem que isso afete sua qualidade de fontes do Direito Internacional, bastando que reúnam os elementos necessários para configurar sua existência, indicados na Convenção de Viena de 1969 (art. 2º, § 1º, "a").

ATENÇÃO! o tratado é um gênero que incorpora várias espécies, como convenção, acordo, pacto, protocolo etc., que serão objeto de estudo posterior. Entretanto, o emprego dos termos que indicam os tipos de tratados é indiscriminado na prática internacional, o que não retira o caráter jurídico de um instrumento internacional celebrado com o uso de terminologia inadequada.

Por fim, os tratados não são meras declarações de caráter político e não-vinculante. Como fontes de Direito que são, visam a gerar efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações e ensejando a possibilidade de sanções por seu descumprimento, revestindo-se portanto de caráter obrigatório para as partes que entraram em consenso acerca de seu conteúdo e para os destinatários de suas normas. Cabe ressaltar que, uma vez em vigor, o tratado vinculará as partes não só no âmbito internacional, mas também no doméstico, já que ou serão incorporados ao ordenamento jurídico interno dos Estados que o celebram ou, no mínimo, gerarão obrigações a serem executadas dentro dos territórios dos entes estatais.

Na atualidade, a maior parte das normas de Direito Internacional encontra-se consagrada nos tratados, diplomas legais que, por incluírem normas escritas, mais precisas e facilmente invocáveis, oferecem maior clareza e grau de certeza e, por conseguinte, mais segurança e estabilidade às relações internacionais. Os tratados resultam também de um esforço que envolve diretamente a vontade dos atores internacionais, auferindo, assim, maior legitimidade e tornando o Direito das Gentes mais democrático e representativo dos anseios da sociedade internacional.

ELEMENTOS DOS TRATADOS

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Acordo de vontades • Forma escrita • Elaboração por Estados e organizações internacionais | <ul style="list-style-type: none"> • Regulamentação pelo Direito Internacional Público • Regulação de temas de interesse comum • Obrigatoriedade |
|---|---|

2. TERMINOLOGIA: ESPÉCIES DE TRATADOS

A doutrina elenca uma série de espécies de tratados, cada uma com denominação própria e adequada a uma situação diferente nas relações internacionais, segundo o conteúdo do acordo ou o interesse que este pretenda atender.

Entretanto, como afirmamos anteriormente, o emprego das denominações dos tratados na prática internacional é indiscriminado e não influencia o caráter jurídico

do instrumento, nos termos da própria Convenção de 1969, que determina que estes são vinculantes "qualquer que seja sua denominação específica". Além disso, nenhuma delas exclui a necessidade de que o tratado seja escrito, concluído por Estados e organizações internacionais e regido pelo Direito Internacional.

Apresentamos a seguir, em lista não exaustiva, alguns dos tipos de tratados, com as respectivas designações, mais usuais na prática das relações internacionais.

A denominação "ato internacional" é sinônima de tratado. É adotada pelo Ministério das Relações Exteriores, que estabeleceu a Divisão de Atos Internacionais (DAI)⁴, competente para a coordenação das providências relativas à preparação dos tratados no Brasil e para a guarda dos acordos celebrados pelo Estado brasileiro.

Apontamos, a seguir, as modalidades de atos internacionais em ordem alfabética.

Parte da doutrina aponta o "tratado" não só como gênero, mas também como espécie de ato internacional, aplicável a compromissos de caráter mais solene e de maior importância política.

A denominação "acordo" foi concebida para atos internacionais com reduzido número de participantes e menor importância política. Por outro lado, é expressão de amplo uso na prática internacional e também muito empregada como sinônimo de tratado. Celso de Albuquerque Mello afirma que o termo "acordo" é geralmente utilizado para tratados "de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural".⁵

O "acordo por troca de notas" é em regra empregado para assuntos de natureza administrativa e para alterar ou interpretar cláusulas de tratados já concluídos, embora seu escopo venha sendo ampliado. É formado por uma nota diplomática do proponente e por uma nota de resposta, tendo, portanto, mais de um instrumento. No Brasil, dispensa aprovação congressual, se não acarretar compromissos gravosos para o patrimônio nacional.

O "ajuste complementar"⁶ visa a detalhar ou a executar outro tratado de escopo mais amplo, geralmente do tipo acordo-quadro. Funciona de maneira semelhante ao decreto, à portaria e a outros instrumentos infralegais de Direito interno.

O "ato" refere-se a uma forma de tratado que estabelece regras de Direito. No entanto, pode haver também atos que têm mera força política e moral. O ato é mais conhecido em português como "ata".

A "carta" é o tipo de tratado que cria organizações internacionais, estabelecendo seus objetivos, órgãos e modo de funcionamento, do que é exemplo a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU). Entretanto, o ato constitutivo de um organismo

4. O sítio na Internet da DAI (<http://www2.mre.gov.br/dai/home.htm>) disponibiliza a lista de todos os atos internacionais em vigor no Brasil, bem como os textos de alguns desses instrumentos. Acessado pela última vez antes do fechamento desta edição em 06/01/2011.

5. MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público, v. 1, p. 213.

6. Também conhecido como "acordo complementar".

internacional pode também se chamar "constituição", como é o caso da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Outrossim, o termo "carta" também é empregado para designar documentos que fixam direitos e deveres dos indivíduos, a exemplo da Carta Social Européia.

Cabe destacar, porém, que, para tratados que criam tribunais internacionais, prefere-se o termo "estatuto", do que é exemplo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) ou o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

O "compromisso" é a modalidade de tratado que determina a submissão de um litígio a um foro arbitral.

A "concordata" é um dos poucos tipos de tratado de emprego criterioso, aplicando-se apenas aos compromissos firmados pela Santa Sé em assuntos de interesse religioso.

O termo "convenção" é normalmente empregado para acordos multilaterais que visam a estabelecer normas gerais de Direito Internacional em temas de grande interesse mundial, como no caso dos tratados de direitos humanos. É também frequentemente utilizado como sinônimo de tratado.

O "convênio" destina-se a regular a cooperação bilateral ou multilateral de natureza econômica, comercial, cultural, jurídica, científica e técnica, normalmente em campos mais específicos. A respeito, Celso de Albuquerque Mello afirma que os convênios versam apenas sobre cultura ou transporte⁷. Na prática, porém, tais tratados efetivamente regulamentam um rol variado de temas, do que são exemplos o Convênio Internacional do Café e o Convênio de Cooperação Educativa Brasil-Argentina (1997).

A "declaração" é usada para consagrar princípios ou afirmar a posição comum de alguns Estados acerca de certos fatos. Pode não vincular juridicamente quando, em análise feita no caso concreto, seja percebida como mera enunciação de preceitos gerais, o que a excluiria da lista de tipos de tratados. Em todo caso, os princípios não necessitam ser incluídos em declarações para serem reconhecidos como tal, podendo se fazer presentes nos tratados ou ser identificados pela doutrina e pela jurisprudência.

O "memorando de entendimento" é a modalidade de ato internacional voltada a registrar princípios gerais que orientarão as relações entre os signatários. Ostenta particularidades, como a redação simplificada e as normas dispostas em parágrafos numerados com algarismos arábicos, e seu fecho é simplificado. No Brasil, podem entrar em vigor na data da assinatura, caso não impliquem compromissos gravosos para a União.

O *modus vivendi* é uma forma de tratado destinada a instrumentos de menor importância e de vigência temporária, normalmente servindo para definir a situação das partes enquanto estas não avançam em outros entendimentos.

7. MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público, v. 1, p. 213.

A designação "pacto" refere-se a tratados que se revestem de importância política, mas que sejam mais específicos no tratamento da matéria que regulam.

Celso de Albuquerque Mello aponta, ainda, a existência do "pacto de contrahendo" (*pactum de contrahendo*), tipo de "acordo concluído pelo Estado com o compromisso de concluir um acordo final sobre determinada matéria", que funciona como verdadeiro "tratado preliminar". Outra modalidade de ato internacional apontada por esse autor é o *pactum de negociando*, que gera a obrigação das partes de "iniciar negociações de boa fé com a finalidade de concluir um tratado"⁸.

Por fim, o "protocolo" é uma modalidade de ato internacional que, normalmente, é meramente complementar ou interpretativa de tratados anteriores. Pode ser também um compromisso menos formal. Pode, ainda, aludir à ata de uma reunião internacional, documento no qual ficam registrados os compromissos nela assumidos.

Cabe destacar que não se confunde o "protocolo" com o "protocolo de intenções", documento que tem o caráter de um pré-compromisso e que sinaliza a possibilidade de avançar em entendimentos relativos a um acerto posterior, estabelecendo as bases das futuras negociações a respeito.

Assinalamos, ainda, que, quando se estudam os tipos de tratado, é comum aludir ao acordo de cavalheiros (*gentlemen's agreement*), modalidade de avença celebrada não pelos Estados, mas por autoridades de alto nível, em nome pessoal, e que é regulada por normas morais. De emprego comum nos países anglo-saxões, os acordos de cavalheiros visam normalmente a estabelecer "programas de ação política" e não são juridicamente vinculantes. São também conhecidos como "*non-binding agreements*" e, tecnicamente, não são considerados tratados.

A respeito dos acordos de cavalheiros, Rezek lembra que "É conhecida em direito das gentes a figura do *gentlemen's agreement*, que a doutrina distingue do tratado, sob o argumento de não haver ali um compromisso entre Estados, à base do direito, mas um pacto pessoal entre estadistas, fundado sobre a honra, e condicionado, no tempo, à permanência de seus atores no poder".⁹

TIPOS DE TRATADOS ¹¹		
Tratado	Ajuste complementar	Declaração
Convenção	Carta	Concordata
Acordo	Estatuto	Acordo por troca de notas
Pacto	Memorando de entendimento	Modus vivendi
Protocolo	Convênio	-

8. MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público, v. 1, p. 214.

9. A expressão em apreço significa literalmente "acordos não vinculantes". A respeito dos acordos de cavalheiros, ver: MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público, v. 1, p. 214.

10. REZEK, Francisco. Direito internacional público, p. 18.

11. Toda e qualquer lista de tratados constante deste livro tem caráter não-exaustivo.

3. CLASSIFICAÇÃO

A doutrina fixa diversas formas de classificar os tratados, algumas das quais indicamos a seguir.

3.1. Número de partes

Quanto à quantidade de signatários, os tratados são bilaterais, quando são celebrados por duas partes, ou multilaterais, quando concluídos por três ou mais partes.

Até o Congresso de Viena (1815), predominavam os tratados bilaterais. A partir de então, os acordos multilaterais começaram a se tornar comuns nas relações internacionais, inclusive porque é mais prático regular um tema de interesse comum a vários Estados por um só ato internacional do que por vários instrumentos bilaterais.

Os tratados bilaterais são também chamados de "particulares", e os multilaterais, de "coletivos", "gerais" ou "plurilaterais"¹².

3.2. Procedimento de conclusão

No que se refere ao procedimento adotado para sua conclusão, os tratados podem empregar a forma solene ou a forma simplificada.

A terminologia utilizada pode induzir o leitor a entender que os acordos de forma solene requerem formalidades especiais, de caráter protocolar, ao contrário dos atos internacionais de forma simplificada. Entretanto, a classificação que ora examinamos é relativa à existência de mais ou menos etapas de elaboração e, sobretudo, à maior ou menor complexidade no processo de apuração do consentimento das partes.

A forma solene é a mais comum, pelo que os instrumentos que seguem seu modelo são também chamados "tratados em sentido estrito" (*stricto sensu*). Na forma solene, há várias etapas de verificação da vontade do Estado. A primeira etapa inclui a negociação e a assinatura do texto do tratado, primeira manifestação do consentimento. A segunda termina com a confirmação da aquiescência estatal em obrigar-se a um ato internacional por meio da ratificação, a qual, via de regra, depende da anuência dos parlamentos nacionais. Por fim, a eficácia do tratado no âmbito interno pode ser condicionada a um ato adicional, que no Brasil é conhecido como "promulgação".

A forma simplificada requer menos etapas de expressão do consentimento. Os tratados que adotam esse procedimento são também chamados de acordos executivos (*executive agreements*) e normalmente requerem apenas a participação do Poder Executivo em seu processo de conclusão e prescindem da ratificação.

12. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional público: parte geral, p. 50.

É adequada a tratados que meramente dão execução a outro tratado de escopo mais amplo, como o ajuste complementar, ou que não impliquem na assunção de novos compromissos.

Apesar do que entende a doutrina, cabe a cada Estado decidir qual a forma que empregará para elaborar os tratados em que estejam envolvidos, nada impedindo que um ente estatal defina que acordos que regulem temas complexos sejam feitos em forma simplificada. Foi o caso dos EUA, quando o Congresso norte-americano permitiu que o Presidente daquele país celebrasse tratados em matéria comercial que prescindiram de aprovação congressual, por meio de um instrumento conhecido como *fast track*.

O Brasil adota, predominantemente, a forma solene, permitindo o modo simplificado apenas quando o ato não trazer compromissos adicionais para o Estado brasileiro. Dentre os acordos executivos existentes no Brasil, Rezek¹³ indica: os tratados que interpretam outro tratado ou que decorrem de ato internacional anterior, a exemplo dos ajustes complementares, dos acordos de *modus vivendi*, que meramente estabelecem as bases para entendimentos futuros ou que visam a manter o *status quo* e dos atos próprios da rotina da atividade diplomática, como os pactos de *non contrahendo*, preparatórios de negociações internacionais. Em todo caso, o autor afirma que a possibilidade do acordo executivo depende da previsão de recursos orçamentários e da reversibilidade, ou seja, da possibilidade de um desfazimento rápido, unilateral e sem maior formalidade.

3.3. Execução

No tocante à execução, os tratados são transitórios (executados ou de efeitos limitados) e permanentes (executórios ou de efeitos sucessivos)¹⁴.

Os tratados transitórios criam situações que perduram no tempo, mas cuja realização é imediata, a exemplo dos acordos que estabelecem as fronteiras entre Estados. Os permanentes são aqueles cuja execução se consuma durante o período em que estão em vigor, como é o caso dos tratados de direitos humanos, que protegem a dignidade da pessoa enquanto permanecerem no ordenamento jurídico.

3.4. Natureza das normas/ponto de vista material

Quanto à natureza de suas normas, ou quanto ao ponto de vista material¹⁵, os tratados distinguem-se também em tratados-contrato e tratados-lei.

13. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62-64.

14. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*, p. 30.

15. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, v. 1, p. 219.

Os tratados-contrato visam a conciliar interesses divergentes entre as partes, estando voltados a regular questões existentes entre ambas, as quais, para isso, criam regras baseadas em prestações, concessões e contrapartidas, como se efetivamente celebrassem um contrato de Direito interno.

Os tratados-lei, também conhecidos como tratados-normativos, estabelecem normas gerais de Direito Internacional, a partir da vontade convergente dos signatários de estabelecer um tratamento comum e uniforme de um certo tema. Em geral, são compromissos multilaterais.

Entendemos que a classificação em apreço carece de maior sentido, visto que todo tratado terá sempre efeito normativo, ainda que apenas entre as partes e para regular somente seus interesses específicos. Além disso, nada impede que os acordos reúnam elementos dos dois tipos, configurando os chamados tratados "mistos"¹⁶. Em todo caso, não haverá hierarquia entre ambos.

3.5. Efeitos

Os tratados podem ter efeitos restritos às partes signatárias ou gerar consequências jurídicas a entes que não participaram de seu processo de conclusão.

Os tratados com efeitos limitados às partes são a regra no Direito das Gentes, dentro do qual, como é sabido, prevalece o entendimento de que as normas internacionais vinculam apenas os sujeitos que concordaram em se submeter a elas. Entretanto, há acordos que podem se aplicar também a Estados que não os celebraram, como é o caso da Carta das Nações Unidas, cujas normas de manutenção da paz e da segurança internacional podem gerar ações contra Estados que representem ameaça à estabilidade regional ou mundial, ainda que não sejam parte da Carta da ONU.

3.6. Possibilidade de adesão

O tratado, ao ser concluído, pode ou não permitir que outros sujeitos de Direito Internacional venham a se comprometer com suas normas. Nesse sentido, os tratados podem ser abertos ou fechados.

Os tratados abertos permitem a adesão posterior de Estados que não participaram de sua conclusão. Podem ser limitados, estando abertos apenas de um grupo de Estados, como os tratados do Mercosul, aos quais podem aderir apenas os membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), ou ilimitados, que permitem a adesão de qualquer ente estatal, como a Carta da ONU. Já os tratados fechados não permitem adesão posterior, do que é exemplo o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), do qual somente os países amazônicos podem participar.

16. Nesse mesmo sentido: MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, v. 1, p. 220. SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*, p. 40.

Quadro 1. Classificação dos tratados

NÚMERO DE PARTES	PROCEDIMENTO DE CONCLUSÃO	EXECUÇÃO	NATUREZA DAS NORMAS	EFEITOS	ADESÃO
Bilaterais	Forma solene	Transitórios	Tratados-contrato	Restritos às partes	Abertos
Multilaterais	Forma simplificada	Permanentes	Tratados-lei	Alcançando terceiros	Fechados

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Há registros de que os tratados vêm regulando situações específicas da convivência internacional desde a Antigüidade, havendo registros de seu uso por povos como os egípcios e os gregos.

Historicamente, predominavam os tratados bilaterais, e mesmo quando o assunto dizia respeito a mais de dois Estados, concluíam-se vários atos entre eles, e não um só, como aconteceu na Paz de Vestfália. Entretanto, a partir do século XIX, a maior percepção da existência de interesses comuns a vários Estados, e as exigências de praticidade que já se impunham nas relações internacionais, levaram ao aparecimento dos tratados multilaterais, cujo marco inicial foi o Congresso de Viena, em 1815.

No passado, era também comum que os tratados se tornassem obrigatórios apenas com um ato dos soberanos ou de seus enviados, o que era suficiente para que se tornassem obrigatórios. Entretanto, a necessidade de controlar os representantes dos soberanos ou de reduzir os riscos de que celebrassem acordos negativos para seus países criou o instituto da ratificação, pelo qual a validade de um tratado ficava sujeita à confirmação posterior daquele que encarnasse a figura do atual chefe de Estado.

Também no século XIX, boa parte dos Estados abandonava concepções absolutistas e adotava regimes dentro dos quais o poder era mais limitado. Com isso, reduzia-se o protagonismo absoluto do Chefe de Estado nas relações internacionais e, no tocante aos atos de conclusão de atos internacionais, tornava-se comum a exigência do envolvimento daquilo que Rezek chama "órgãos de representação popular"¹⁷. Criava-se uma etapa interna no processo de elaboração dos tratados, os quais passaram a ser condicionados à aprovação parlamentar anterior à ratificação.

Em todo caso, as normas internacionais eram predominantemente costumeiras até o século XX quando, com a intensificação das relações internacionais e a necessidade de normas mais precisas e que criassem um quadro de maior segurança jurídica, tornou-se crescente o emprego de tratados na sociedade internacional, e o próprio costume se viu codificado, ou seja, incorporado a atos internacionais.

17. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*, p. 12.

Também as normas costumeiras sobre os tratados foram objeto de codificação, o que é evidenciado pela Convenção de Havana de 1928, promulgada pelo Decreto 18.956, de 22/10/1929, e que ainda está em vigor para o Brasil.

Em 1969, foi assinada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, principal instrumento internacional voltado a reger a elaboração e aplicação dos tratados. Cabe destacar que o ato internacional em apreço, em vigor desde 1980, ainda não foi ratificado pelo Brasil, não vinculando formalmente o país. Em todo caso, como a Convenção de Viena de 1969 apenas consolida normas costumeiras, sua aplicação não é problemática no Brasil.

Durante o século XX, firmou-se também a competência das organizações internacionais para concluir tratados. Para estabelecer o marco legal do direito de convenção dos organismos internacionais foi celebrada, em 1986, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, que ainda não entrou em vigor.

5. CONDIÇÕES DE VALIDADE

Para que possa efetivamente existir e vincular condutas na sociedade internacional, o tratado requer a observância de certas condições, que podem ser sintetizadas na exigência de capacidade das partes, da habilitação de seus agentes, de um objeto lícito e possível e do consentimento regular, nos termos dos artigos 46 a 53 da Convenção de Viena de 1969 (especialmente) e das condições gerais de validade dos negócios jurídicos, as quais são objeto da Teoria Geral do Direito.

5.1. Capacidade das partes: entes com capacidade para celebrar tratados

Tradicionalmente, podem concluir tratados apenas os Estados e as organizações internacionais.

Entretanto, também podem celebrar tratados outros sujeitos de Direito Internacional, que são a Santa Sé, os beligerantes e os blocos regionais. Outrossim, ainda que em caráter muito excepcional, podem concluir tratados algumas unidades subnacionais, como veremos abaixo (item 5.1.4).

ATENÇÃO! reiteramos que, ainda que se admita a personalidade internacional de entes como o indivíduo, as empresas e as ONG's, é de se ressaltar enfaticamente que estes não contam com capacidade de celebrar tratados.

5.1.1. Estados

É capaz para celebrar tratados o Estado soberano, ou seja, o ente dotado de um território, de um povo e de um poder soberano e que é sujeito de Direito Internacional.

ATENÇÃO: um Estado da federação brasileira não pode celebrar tratados, embora tenha certa capacidade de atuação na ordem internacional e deva, como parte da República Federativa do Brasil, observar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro no exterior.

Entretanto, não basta a capacidade do Estado de criar tratados para tornar válido um ato internacional. Com efeito, para que o ente estatal se obrigue internacionalmente de maneira válida, é necessário que órgãos competentes para tal conduzam o processo de conclusão do ato internacional. A indicação desses órgãos é feita dentro do ordenamento interno de cada Estado, não se ocupando o Direito Internacional da matéria, e bastando que as partes envolvidas na preparação de um tratado tenham a devida ciência de quem são aqueles que têm poderes para formular os atos necessários à correta expressão do consentimento estatal.

Em todo caso, a prática internacional revela que os Estados normalmente coincidem na definição da estrutura funcional a cargo das relações internacionais, cujas principais responsabilidades repousam, em geral, no Poder Executivo nacional.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece que a União é o ente federativo responsável pela conclusão de tratados, determinando que lhe cabe "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (art. 21, I). A autoridade competente para celebrar tratados em nome do Brasil é o Presidente da República, a quem compete, privativamente, "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos" e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" (CF, art. 84, VII e VIII).

Salientamos que a intervenção do Poder Legislativo brasileiro no processo pelo qual o Brasil se compromete internacionalmente é consagrada não só pelo dispositivo mencionado no parágrafo anterior, mas também pelo artigo 49, I, da Carta Magna, que estatui que "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".

5.1.2. Organizações internacionais

Quando surgiram, as organizações internacionais não foram imediatamente reconhecidas como sujeitos de Direito Internacional, o que, acreditamos, deva ter se refletido no texto da Convenção de Viena de 1969, que não vislumbrou expressamente a capacidade dessas entidades de concluir tratados.

Posteriormente, a prática internacional tornou evidente a possibilidade de que também os organismos internacionais celebrem tratados, o que levou à negociação e assinatura da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, que reconhece explicitamente a capacidade contratual autônoma dos organismos coletivos dotados de personalidade jurídica de Direito Internacional.

A Convenção de Viena de 1986 ainda não entrou em vigor. Em todo caso, os atos internacionais que contem com a participação de organizações internacionais podem ser regulados tanto pela Convenção de Viena de 1969, por analogia, como pelas normas costumeiras pertinentes.

Os organismos internacionais podem concluir tratados independentemente de seus membros e até contra a vontade de alguns dos Estados que dela façam parte. Podem ainda celebrar tratados com seus próprios membros, com terceiros Estados ou com organizações internacionais.

Entretanto, a capacidade dos organismos internacionais de elaborar tratados apresenta certas peculiaridades. A título de exemplo, o poder dessas entidades nesse campo não é tão amplo quanto o do Estado, porque os organismos internacionais só podem celebrar acordos relativos a seus objetivos¹⁸. É, assim, uma capacidade parcial¹⁹, que decorre de seu tratado constitutivo, que estabelece os objetivos da organização.

A capacidade dessas entidades de concluir tratados é derivada, visto que resulta da decisão dos Estados que as criaram e que, como seus membros, são em muitos casos os responsáveis pela formação da vontade do organismo, por meio das negociações que entabulam em seu âmbito. Mello²⁰ aponta outras particularidades do direito de convenção das organizações internacionais, estabelecidas pela Convenção de Viena de 1986, que determina que a capacidade de um organismo internacional de concluir tratados é regulada por suas próprias normas, e que a ratificação é denominada "ato de confirmação formal".

Por fim, cada organização internacional estabelece, em seu tratado constitutivo, os órgãos competentes para celebrar tratados em seu nome.

5.1.3. Santa Sé, beligerantes e blocos regionais

Como no caso dos Estados e das organizações internacionais, a Santa Sé, os beligerantes e os blocos regionais celebram tratados por meio dos órgãos aos quais atribuem competência para tal.

5.1.4. Acordos externos de interesse dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios

Como afirmamos anteriormente, cabe a cada Estado definir órgãos e autoridades encarregados de representá-los nas relações internacionais, incluindo o exercício da capacidade de concluir tratados.

Nesse sentido, é teoricamente possível que os Estados permitam que unidades subnacionais, como os Estados da federação, as províncias, os departamentos

18. Nesse sentido: SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*, p. 39.

19. SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*, p. 48.

20. MELLO, Celso D. de Albuquerque: *Curso de direito internacional público*, v. 1., p. 611-612.

e os municípios, celebrem tratados com Estados soberanos e com organizações internacionais. Tal possibilidade, a propósito, viria ao encontro dos interesses de muitas dessas entidades que, no atual momento da globalização, não têm hesitado em buscar fontes externas de financiamento, promover suas exportações, atrair investimento estrangeiros e turistas, não necessariamente contando com o apoio ou acompanhamento de seus respectivos governos centrais.

Entretanto, a possibilidade de que as entidades subnacionais concluam tratados é exceção na prática internacional, fundamentalmente porque o direito de convenção dos Estados está ligado à soberania, atributo do qual não são dotadas as unidades subnacionais, por mais autônomas que sejam²¹.

Na atualidade, a Alemanha e a Suíça admitem que suas unidades federadas celebrem tratados²². Entretanto, essa possibilidade depende da autorização do governo central e da obediência aos termos estabelecidos pelas leis nacionais, como a limitação da capacidade convencional a certos temas e a relação do ato internacional com os interesses do ente que o conclui.

Historicamente, o Brasil tem seguido a regra internacional. Entretanto, a Constituição de 1891 permitia que os Estados celebrassem tratados, o que se podia inferir do artigo 48, §16º, que determinava a competência do Presidente da República para "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". Acrescenta-se que o artigo 65, em seu § 2º, previa que era facultado aos Estados "em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição".

Atualmente, compete à União Federal "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" e, portanto, concluir tratados no Brasil, nos termos do artigo 21, I, da Constituição Federal. Portanto, quando um tratado for de interesse de uma unidade da federação, cabe ao ente interessado convencer o Governo Federal a concluir o acordo que atenda a seu pleito.

No tocante aos atos celebrados entre entidades internacionais de financiamento, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD) e Estados e municípios brasileiros, pelos quais estes tomam empréstimos, cabe ressaltar que não se tratam de tratados, e sim de contratos, ainda que sobre tais instrumentos incidam diversas normas internacionais. Além disso, a celebração de tais contratos depende da União, porque requer que o Brasil faça parte da entidade e que conclua com esta um acordo de garantia, pelo qual o país assume a obrigação de garantir o pagamento da dívida relativa à operação. A concessão

21. Nesse sentido: REZEK, Francisco. *Direito internacional público*, p. 233-234.

22. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*, p. 234.

de um financiamento do tipo é ainda acompanhada por vários órgãos federais e deve obedecer aos termos do artigo 52, V, da Constituição Federal, que determina que compete ao Senado Federal "autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios".

Ao final, cabe ressaltar que nada impede que os entes subnacionais firmem, com entidades estrangeiras ou internacionais, instrumentos de caráter privado ou que não tenham caráter vinculante.

5.2. Habilitação dos agentes

Para a conclusão de um tratado, não basta que a parte seja capaz, mas também que o agente encarregado de representá-la detenha o chamado *treaty making power*, ou seja, o poder de celebrar tratados.

Os Estados, as organizações internacionais e outros entes com capacidade para celebrar tratados são competentes para definir quais os indivíduos habilitados para conduzir negociações internacionais e firmar compromissos em seu nome, interessando ao Direito Internacional apenas que as partes em uma negociação saibam claramente quem são esse funcionários.

Em todo caso, a maioria dos Estados estabelece interlocutores similares para os atos relativos à feitura dos tratados, como os Chefes de Estado e de Governo e os agentes diplomáticos. Na prática, o exercício das funções de alguns desses representantes depende ou do cargo que ocupam na administração do Estado ou da apresentação de um documento que lhes confira plenos poderes para agir em nome do ente estatal que representam.

A Convenção de Viena de 1969 (art. 7) fixa o rol dos agentes estatais capazes de celebrar tratados independentemente de comprovação de reunirem poderes para tal.

- » O Chefe de Estado, o Chefe de Governo e o Ministro das Relações Exteriores, para todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
- » Os Chefes de missão diplomática (Embaixadores), para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados. Nesse sentido, o Embaixador do Brasil em Buenos Aires seria competente para assinar tratado com a Argentina, mas não com o Chile, para o que tem poderes o Embaixador brasileiro em Santiago;
- » Os Chefes de missões permanentes junto a organismos internacionais, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado que representa e essa organização;
- » 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.

O fato de o agente estatal não incorporar nenhuma dessas funções não o exclui da possibilidade de concluir tratados em nome de seu Estado, bastando que seja investido de plenos poderes para tal pelo ente estatal que representa ou que a prática daquele Estado ou, ainda, outras circunstâncias indiquem ser aquele funcionário representante do Estado, independentemente de plenos poderes.

Em outras palavras: outras pessoas poderão celebrar tratados em nome do Estado, desde que sejam investidas de poderes para tal. No Brasil, tal investidura é feita por meio de Carta de Plenos Poderes, firmada pelo Presidente da República.

É nesse sentido que o Governador ou Prefeito de uma cidade brasileira poderiam firmar tratados, desde que portem uma Carta de Plenos Poderes, documento pelo qual o Presidente da República delega poderes a um representante brasileiro para celebrar tratados em nome do Brasil. A carta de plenos poderes é o documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado.

Um ato ligado ao processo de elaboração de um tratado praticado por uma pessoa que não seja considerada representante de um Estado para esse fim não produz efeitos jurídicos, a não ser que seja confirmado, posteriormente, por esse Estado.

Por fim, caberá a cada ente capaz de concluir tratados fixar quais autoridades poderão atuar em cada fase de preparação do ato internacional. É nesse sentido que afirmamos que os funcionários indicados no artigo 7 da Convenção de Viena de 1969 não necessariamente reúnem poderes para atuar em todas as etapas de elaboração dos tratados, circunstância que examinaremos no item 6 deste capítulo.

5.3. Objeto lícito e possível

O objeto do tratado deve ser lícito e possível. Nesse sentido, não devem os tratados violar normas internacionais já existentes, a não ser para substituí-las por outras mais consentâneas com a realidade internacional. Os tratados não devem também violar normas de *jus cogens*, determinando, por exemplo, a partilha do território de um Estado, chocando-se frontalmente com as normas internacionais que vedam a guerra de conquista e dão ao Estado o direito de existir.

Os tratados regionais não devem, tampouco, se chocar com regras universais, o que seria o caso de um ato concluído no âmbito do Mercosul que violasse as regras da OMC, ou de uma convenção de direitos humanos que negasse a igualdade entre mulher e homem consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal discrepância permite-se apenas quando a norma regional amplia o escopo da norma global, atendendo a peculiaridades locais que fortaleçam a aplicação da norma universal. É o que acontece, por exemplo, nos tratados de direitos humanos, que podem proteger aspectos da dignidade humana mais relevantes para certos povos do que para outros.

5.4. Consentimento regular

Como um dos fundamentos do Direito Internacional é a expressão da vontade, os tratados não serão válidos sem o consentimento dos signatários. Entretanto, a vontade só deve permitir a conclusão do compromisso internacional quando for livre e não estiver influenciada por vícios ou distorções que possam levar a que o tratado não expresse os legítimos anseios das partes envolvidas.

Os vícios do consentimento que podem fulminar a validade dos tratados são o erro, o dolo, a coação e a corrupção do representante do Estado.

O erro ocorre quando há falta de informação sobre o objeto do tratado ou quando a informação sobre esse objeto não condiz com a verdade, de modo a distorcê-lo.

Entretanto, para que o erro torne o acordo inválido, deve atingir a essência do assunto que o ato internacional pretende regular, ou seja, deva consistir razão fundamental pela qual o sujeito consente em celebrar o tratado. Em suma, o ato internacional pode ser invalidado se o consentimento da parte se apoiar em fato ou situação que supunha existir no momento em que o tratado foi concluído e que constituía uma base essencial de sua declaração de vontade. No entanto, o erro não se configura se o Estado contribuiu para o fato por sua conduta ou se as circunstâncias foram tais que o Estado deveria ter se apercebido da possibilidade de erro.

O dolo é semelhante ao erro, mas deste difere por referir-se a uma informação distorcida intencionalmente por meio de ardil, artifício ou manobra, que induza outro signatário a erro. Nesse sentido, se uma parte for levada a concluir um tratado pela conduta fraudulenta de outra parte, o prejudicado pode invocar a fraude como tendo invalidado o seu consentimento, fulminando o tratado.

Na coação, o tratado é concluído graças ao emprego da força, de ameaças ou de pressões e imposições contra os negociadores ou contra o Estado, que afetem diretamente a expressão de sua vontade. Dado o elevado grau de subjetividade amiúde envolvido nas relações internacionais, a Convenção de Viena de 1969 destaca os princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas como parâmetro para avaliar a real existência de coação contra o Estado.

Nos termos do artigo 50 da Convenção de Viena de 1969, o ato internacional pode ser invalidado quando a manifestação de vontade de um ente em se obrigar internacionalmente foi obtida por meio da corrupção de seu representante, fruto da ação direta ou indireta de outro Estado negociador.

5.4.1. O problema das ratificações imperfeitas

O tema das ratificações imperfeitas alude à necessidade de determinar em que medida o desrespeito das normas constitucionais relativas à competência

para assumir obrigações internacionais em nome de um Estado afeta a validade de um tratado²³.

A violação da norma nacional referente ao poder para concluir tratados pode efetivamente viciar o consentimento estatal e levar à nulidade do acordo, desde que essa violação seja manifesta e se refira a preceito de importância fundamental. Nos termos da Convenção de Viena de 1969, violação manifesta é aquela "objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé" (art. 46, § 2º).

Há que se examinar também a possibilidade de que o agente do Estado tenha recebido poderes limitados para manifestar o consentimento estatal. Nesse caso, o desrespeito desses limites pelo representante estatal não pode ser invocado para invalidar a expressão de vontade, a não ser que tais restrições tenham sido notificadas aos outros Estados negociadores antes da manifestação do consentimento.

Quadro 1. Condições de validade dos tratados

CONDIÇÃO DE VALIDADE	INFORMAÇÕES IMPORTANTES
Capacidade das partes	Partes possíveis: Estados, organizações internacionais, Santa Sé
Habilitação dos agentes	Vide quadro 2, abaixo
Objeto lícito e possível	Tratados não podem violar o <i>jus cogens</i>
Consentimento regular	Tratados não podem ser celebrados com vícios do consentimento

Quadro 2. Agentes habilitados

- Chefe de Estado
- Chefe de Governo
- Ministro das Relações Exteriores
- Embaixadores: para tratados celebrados com o Estado junto ao qual estão acreditados
- Embaixadores (chefes de missões permanentes) junto a organismos internacionais: para tratados concluídos com o organismo internacional junto ao qual atuam
- Representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos: para tratados celebrados em tal conferência, organização ou órgão
- Qualquer outro indivíduo, com a devida Carta de Plenos Poderes

23. A respeito do tema: MELLO, Celso D. de Albuquerque: *Curso de direito internacional público*, v. 1, p. 239-240; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Direito internacional público*, p. 174-177.

Quadro 3. Vícios do consentimento

Erro	Coação
Dolo	Corrupção do representante do Estado

6. PROCESSO DE ELABORAÇÃO DOS TRATADOS

Assim como qualquer espécie normativa de Direito interno, o tratado é elaborado por meio de um processo cuja observância condiciona sua validade. Em outras palavras: o acordo não será válido se não forem regularmente cumpridas as etapas necessárias para a sua preparação e só gerará efeitos para o Estado ou para a organização internacional que participar de todas essas fases.

Ao mesmo tempo, nos entes estatais que incorporam os tratados ao Direito interno, criou-se também um rito de integração do ato internacional aos ordenamentos nacionais. Dessa forma, a elaboração do acordo envolve, na realidade, um processo com etapas internacionais e internas, que condicionam uma à outra em diversos momentos.

Compete a cada ente estatal definir qual o procedimento de incorporação do tratado à ordem jurídica interna. Entretanto, as etapas internacionais de elaboração dos atos internacionais são objeto de estudo do Direito das Gentes, embora caiba às ordens nacionais determinar quais os órgãos e autoridades envolvidos em cada uma delas.

6.1. Negociação

A negociação é a fase inicial do processo de elaboração dos tratados, dentro a qual as partes discutem e estabelecem os termos do ato internacional.

A negociação é um processo que pode ter longa duração, de acordo com a complexidade da matéria e com a maior dificuldade de promover a convergência entre os interesses das partes, podendo levar vários anos, como as negociações da ALCA, que se iniciaram em 1994. A negociação tem lugar em reuniões ou em séries de reuniões que podem se chamar "rodadas de negociação" ou, simplesmente, "rodadas".

A competência para a condução das negociações é das autoridades competentes para concluir os tratados, o que não necessariamente implica que Chefes de Estado ou de Governo participem diretamente nos atos negociatórios, o que depende, fundamentalmente, de considerações de interesse político. Nesse sentido, é mais comum na prática que a negociação dos atos internacionais seja conduzida por funcionários que tenham plenos poderes para representar o Estado, os plenipotenciários²⁴.

24. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: Direito Internacional*, p. 206.

Além disso, as negociações não contam com uma participação exclusiva de autoridades dos governos nacionais envolvidas com a administração das relações exteriores. Com efeito, o caráter cada vez mais técnico e especializado de certos temas leva a que haja crescente presença de outros agentes públicos e até privados nas delegações de negociadores ou nas reuniões prévias às rodadas de negociação. Ao mesmo tempo, a maior influência dos acontecimentos internacionais na vida das pessoas, típica do atual período de globalização, e o regime democrático impõem que as negociações, para serem mais legítimas, devam levar em conta os interesses de diversos atores sociais, como as ONG's, o empresariado e o mundo acadêmico.

É nesse sentido que é mais adequado afirmar que a competência para conduzir as negociações envolve a capacidade de coordenar as conversações e a responsabilidade pelas decisões relativas a seus rumos e por seus resultados.

No Brasil, a competência para a negociação repousa, do ponto de vista orgânico, na União, à qual cabe "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (CF, art. 21, I) e, em termos de autoridades competentes, ao Presidente da República, a quem cabe, em caráter privativo, "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos" e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" (CF, art. 84, VII e VIII). Como a competência presidencial nessa área é privativa, pode, em princípio, ser delegada a outras autoridades, o que efetivamente acontece com frequência na prática, inclusive pela impossibilidade fática de o Presidente da República participar de todas as negociações internacionais em curso e em que o Estado brasileiro esteja envolvido. Além disso, cabe ao Ministério das Relações Exteriores acompanhar todas as negociações internacionais de que participe o Brasil, nos termos do artigo 1º do Decreto 4.759/2003.

6.2. Assinatura

A assinatura é o ato pelo qual os negociadores, ao chegar a um acordo sobre os termos do tratado, encerram as negociações, expressam sua concordância com o teor do ato internacional, adotam e autenticam seu texto e, por fim, encaminham o acordo para etapas posteriores da formação do ato internacional.

Normalmente, a assinatura de um tratado é objeto de grande atenção na sociedade, como se seus dispositivos já estivessem aptos a gerar efeitos jurídicos.

Entretanto, a regra é a de que a exigibilidade dos tratados dependa de atos posteriores. De fato, nos acordos que adotam a forma solene, que são a maioria, a assinatura não gera efeitos jurídicos e reveste-se apenas dos efeitos que enunciamos anteriormente, que são: o encerramento das negociações, a expressão da concordância dos negociadores com o teor do acordo, a adoção e autenticação do texto e o encaminhamento para ratificação. A assinatura é, pois, apenas uma anuência preliminar, que não vincula as partes a observar os termos do ato, o que só

ocorrerá a partir de uma aceitação definitiva, feita pela ratificação, e da entrada em vigor do instrumento.

Por outro lado, há tratados que obrigam suas partes apenas com a assinatura, como os acordos executivos (tratados de forma simplificada) e atos internacionais que não implicam em novos compromissos externos, bem como tratados que sejam objeto de deliberação dos signatários nesse sentido.

Em todo caso, enquanto o tratado não entrar em vigor, a assinatura obriga os signatários a não atuar de modo a comprometer seu objeto. Exemplo disso seria uma convenção para a redução da poluição que estabelecesse metas que ficassem inviáveis com o aumento da emissão de poluentes antes da ratificação. Para Amaral Júnior, tal exigência fundamenta-se no princípio da boa-fé que orienta o Direito dos Tratados²⁵. Ademais, aplicam-se, desde a assinatura, as disposições relativas à manifestação do consentimento definitivo das partes, à maneira ou à data da entrada em vigor do compromisso, às funções de depositário e às reservas, dentre outros temas.

A assinatura impede que o texto do acordo seja alterado unilateralmente. Por conseguinte, eventuais mudanças em suas disposições só podem ser feitas, antes da entrada em vigor do tratado, com a reabertura das negociações e, com o ato em vigor, por meio de emenda. Entretanto, a assinatura não impede a propositura de reservas.

Por fim, o tratado pode entrar em vigor provisoriamente antes da ratificação, nos termos do que decidam as partes, por meio do próprio texto do ato ou por outra forma.

As autoridades competentes para assinar um tratado em nome do Estado são: o Chefe de Estado; o Chefe de Governo; o Ministro das Relações Exteriores; o Embaixador, para tratados com o ente estatal junto ao qual está acreditado; o chefe de uma missão permanente junto a um organismo internacional, para atos firmados com essa organização; o chefe de uma delegação enviada a uma reunião internacional, para os tratados firmados em seu âmbito; e qualquer pessoa que detenha uma Carta de Plenos Poderes, emitida no Brasil pelo Presidente da República.

Os agentes que podem assinar um tratado em nome de uma organização internacional são estabelecidas pelos respectivos atos constitutivos.

Na falta da assinatura, a Convenção de Viena de 1969 (art. 10) admite sua substituição pela rubrica dos negociadores, se acordado pelas partes, ou pela assinatura *ad referendum* do Chefe de Estado ou de outra autoridade competente para tal.

25. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: Direito Internacional*, p. 206.

Nos tratados bilaterais, a adoção do texto do tratado depende, como é lógico, da concordância dos dois sujeitos envolvidos. Nos multilaterais, a regra é que o texto do acordo determine as condições para sua adoção ou, nas reuniões internacionais, que o acordo seja firmado pela maioria de dois terços dos signatários, como determina o artigo 9, § 2º, da Convenção de Viena de 1969, salvo se as partes, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.

6.3. Ratificação

A ratificação é o ato pelo qual o Estado, após reexaminar um tratado assinado, confirma seu interesse em concluí-lo e estabelece, no âmbito internacional, o seu consentimento em obrigar-se por suas normas. É a aceitação definitiva do acordo.

Amaral Júnior afirma que a ratificação “surgiu do desejo dos governantes de controlar a ação dos plenipotenciários quando da assunção de obrigações internacionais”.²⁶ Na atualidade, entendemos que o fundamento desse instituto repousa em um pressuposto básico do Estado Democrático de Direito, qual seja, o de limitar as ações dos órgãos de poder. Com efeito, conferir a um pequeno grupo de negociadores a prerrogativa de firmar compromissos em nome de um Estado sem qualquer controle é conceder-lhes um diferencial de poder excessivo, que pode pôr em risco toda uma sociedade. Além disso, a ratificação permite resguardar um ente estatal contra mudanças na ordem internacional que possam tornar desinteressante um acordo para um Estado.

Apesar de a ratificação ser um ato de relações internacionais, cabe aos ordenamentos nacionais regular como os Estados praticarão esse ato, definindo as autoridades competentes para levá-lo a efeito e o procedimento a ser seguido. Em geral, a maior parte dos entes estatais confere o poder de ratificar tratados ao respectivo Chefe de Estado, condicionado à autorização parlamentar.

No Brasil, a ratificação é ato privativo do Presidente da República, competente para “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” e para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (CF, art. 84, VII e VIII).

A ratificação é ato discricionário. De fato, a dinâmica das relações internacionais pode fazer com que um acordo que era interessante para um Estado à época de sua assinatura não mais o seja posteriormente. Nesse sentido, ratificar um ato internacional contrário ao interesse nacional feriria, no caso brasileiro, o próprio compromisso feito pelo Presidente da República por ocasião de sua posse, quando prometeu “promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil” (CF, artigo 78, *caput*).

26. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: Direito Internacional*, p. 207.

Como a ratificação é ato discricionário, pode ocorrer apenas no momento mais oportuno ou conveniente para os interesses nacionais, não estando em regra vinculada a qualquer prazo posterior à assinatura. Entretanto, é possível que os tratados estabeleçam um lapso temporal dentro do qual os Estados devem ratificá-los, após o qual a ratificação não mais será possível.

A ratificação normalmente depende da autorização parlamentar. É o caso do Brasil, onde o Presidente da República só poderá ratificar tratados com autorização do Congresso Nacional, ao qual compete, em caráter exclusivo, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, nos termos da Constituição Federal (art. 49, I).

ATENÇÃO! a leitura do artigo 49, I, da Constituição Federal pode induzir a idéia de que a ratificação passou a ser competência do Congresso. Entretanto, à luz do artigo 84, VII e VIII, da Carta Magna, a ratificação continua prerrogativa do Presidente da República, a qual depende, porém, da anuência do Congresso Nacional. Outrossim, a redação do artigo 84, VIII, pode levar a crer que a manifestação do Congresso no bojo do processo de elaboração de um tratado é posterior à ratificação, quando na realidade é anterior à ratificação, mas posterior à assinatura do ato internacional.

Cabe destacar que a autorização congressual para a ratificação não obriga a autoridade competente a praticar o ato, o qual, cabe reiterar, é discricionário.

A ratificação dada por um organismo internacional chama-se “ato de confirmação formal” e é feita de acordo com os procedimentos estabelecidos pelas próprias regras da organização.

Quadro 1. Ratificação: participação do Presidente da República e do Congresso Nacional

- Possibilidade 1: Se o Congresso não autoriza a ratificação – Presidente não pode ratificar
- Possibilidade 2: Se o Congresso autoriza a ratificação – Presidente pode ou não ratificar

6.4. Entrada em vigor no âmbito internacional

Parte da doutrina afirma que a ratificação é o ato que compromete o Estado definitivamente. Efetivamente, a ratificação é em geral necessária para que o compromisso vincule o Estado. Entretanto, não gera conseqüências jurídicas a ratificação de um tratado bilateral que não foi ratificado pela outra parte ou de um acordo multilateral que não atingiu um número mínimo de ratificações. Além disso, o texto do tratado pode dispor que o ato só entra em vigor após determinado tempo.

É nesse sentido que é importante examinar como um tratado começa a gerar efeitos jurídicos. Cabe, porém, advertir que as condições de início da vigência de tratados bilaterais e multilaterais são diferentes, e que a entrada em vigor do ato no âmbito internacional não se confunde com sua exigibilidade no âmbito interno, a qual depende de outros procedimentos adicionais, que estudaremos ainda neste capítulo.

Inicialmente, é importante indicar que um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou conforme for acordado pelos Estados negociadores (Convenção de Viena, art. 24, §§ 1º e 2º).

Nos tratados bilaterais, a entrada em vigor vai depender de que ambas as partes ratifiquem o ato e troquem informações a respeito entre si. Essa troca pode ser feita por um dos dois procedimentos seguintes: a notificação da ratificação e a troca dos instrumentos de ratificação.

A notificação da ratificação é o ato pelo qual a parte informa a outra que ratificou o tratado. Quando as duas partes houverem notificado as respectivas notificações uma à outra, o ato internacional fica pronto para entrar em vigor.

A troca dos instrumentos de ratificação é o ato solene dentro do qual representantes dos dois signatários intercambiam os documentos que comprovam as respectivas ratificações, chamados "instrumentos de ratificação". É adequada a compromissos de maior interesse político, aos quais se queira conferir especial atenção. Realizada a cerimônia, o tratado fica pronto para entrar em vigor.

A entrada em vigor do ato internacional pode ocorrer no dia em que foi feita a última notificação de ratificação ou em que houve a troca dos instrumentos de ratificação ou, ainda, em data posterior, se o texto do acordo estabelecer um prazo para que o tratado comece a gerar efeitos jurídicos.

Nos tratados multilaterais, as hipóteses de notificação da ratificação e de troca dos instrumentos de ratificação podem ser pouco práticas, especialmente se o ato internacional tiver muitas partes. Além disso, a eventual exigência de que todos os signatários ratifiquem o tratado pode fazer com que o ato nunca entre em vigor, possibilidade concreta na sociedade internacional, já que parte significativa dos tratados não foi ratificada por todos os entes que os firmaram. Com isso, cairia em desuso a figura do acordo multilateral, de inegável utilidade prática na medida em que permite a regulamentação de temas de interesse comum a muitos Estados por um só instrumento, e não por uma série de atos bilaterais, como no passado.

Por conta disso, a entrada em vigor dos tratados multilaterais no âmbito internacional obedece a um procedimento diferente, definido, sobretudo, pela prática dos Estados nas relações internacionais, a qual é refletida nos textos dos atos internacionais.

Em primeiro lugar, existe a figura do depositário, que é um Estado ou organização internacional que receberá e guardará os instrumentos de ratificação e que

informará as partes que assinaram o tratado a respeito, impedindo uma longa e custosa distribuição desses documentos ao redor do mundo. O depositário não precisa ser parte do tratado.

Em segundo lugar, a prática internacional criou a exigência de que o acordo multilateral necessite apenas de um número mínimo de ratificações para entrar em vigor. Tal número é estabelecido na própria negociação e é consagrado no próprio texto do tratado, variando, portanto, entre os atos internacionais. Atingido esse número, o tratado fica apto a gerar efeitos jurídicos, mas apenas para os entes que já o ratificaram, passando a valer para os demais Estados apenas na medida em que estes o ratifiquem.

ATENÇÃO! a ratificação de um tratado multilateral não gerará efeitos para a parte que o ratifique antes que seja atingido o número mínimo de ratificações exigido. Por outro lado, como acabamos de afirmar, o tratado multilateral que tenha alcançado o número mínimo de ratificações só entrará em vigor para os signatários que não o ratificaram na medida em que estes o ratifiquem.

Por fim, caso o texto do tratado assim o determine, o ato entrará em vigor ou na data do recebimento da última ratificação exigida ou após certo prazo, também estabelecido no próprio texto do tratado.

Em todo caso, nada impede que tratados multilaterais, notadamente aqueles com menos partes, adotem os mesmos procedimentos finais dos atos bilaterais, bastando que seus signatários deliberem nesse sentido.

ATENÇÃO! a entrada em vigor no Brasil do tratado que já vigore internacionalmente poderá depender ainda de atos posteriores. Com efeito, se nosso país não tiver ainda ratificado o acordo, deverá fazê-lo. Em todo caso, o tratado, quando ratificado pelo Brasil, deverá também ser promulgado por meio de decreto do Presidente da República.

Quadro 1. Entrada em vigor de um tratado multilateral para o Brasil

- Possibilidade 1: se o Brasil não tiver ratificado o tratado, e o número mínimo de ratificações não tiver sido atingido → tratado não está em vigor para o Brasil
- Possibilidade 2: se o Brasil tiver ratificado o tratado, e o número mínimo de ratificações não tiver sido atingido → tratado não está em vigor para o Brasil
- Possibilidade 3: se o Brasil não tiver ratificado o tratado, e o número mínimo de ratificações tiver sido atingido → tratado não está em vigor para o Brasil
- Possibilidade 4: se o Brasil tiver ratificado o tratado, e o número mínimo de ratificações tiver sido atingido → tratado está pronto para entrar em vigor para o Brasil

6.5. Registro e publicidade

A Carta da ONU (art. 102) determina que todo tratado concluído por qualquer um de seus Estados-membros deverá ser registrado e publicado pelo Secretariado-Geral da Organização, para que possa ser invocado perante os órgãos das Nações Unidas. Com isso, parte da doutrina entende que o registro do acordo na ONU e sua respectiva publicação por essa entidade é a condição final para que o tratado entre em vigor.

O principal objetivo do registro é contribuir para a consolidação das normas de Direito Internacional e dar publicidade ao ato para a sociedade internacional, evitando, ainda, a celebração de compromissos secretos, prática antes adotada e que não só gerou conseqüências deletérias na sociedade internacional como também não se coaduna com o espírito democrático, que preconiza, dentre outras coisas, a publicidade das normas.

Na prática, os atos internacionais entram no universo do Direito Internacional independentemente de registro. A propósito, a própria Carta da ONU permite que se infira a possibilidade de que os tratados gerem efeitos jurídicos independentemente de registro, visto que seu artigo 102 define este ato como mera condição para que uma norma internacional seja invocada nos órgãos das Nações Unidas.

Outrossim, a própria Convenção de Viena de 1969 (art. 80) dispõe textualmente que "Após sua entrada em vigor, os tratados serão remetidos ao Secretariado das Nações Unidas para fins de registro ou de classificação e catalogação, conforme o caso, bem como de publicação" (grifamos). Com isso, o texto da Convenção de Viena evidencia que o registro é ato posterior à entrada em vigor do ato internacional e, portanto, a vigência do acordo independe, claramente, do registro na ONU.

Cabe destacar, por oportuno, que os tratados tampouco requerem aprovação das Nações Unidas para entrarem em vigor.

7. EFEITOS DOS TRATADOS SOBRE AS PARTES E SOBRE TERCEIROS

É cediço que as normas internacionais são obrigatórias. Nesse sentido, a entrada em vigor de um tratado traz uma série de conseqüências jurídicas para seus signatários e, em alguns casos, para terceiros. Tais desdobramentos referem-se não só à necessidade de cumprimento de seus preceitos, mas também a uma série de matérias correlatas, relevantes para elucidar a duração e extensão dos efeitos dos atos internacionais.

7.1. Duração. Vigência contemporânea e diferida

Não há uma regra geral de Direito Internacional relativa à duração dos tratados, cabendo às partes estabelecer o período de permanência do acordo na ordem jurídica internacional, atendendo a seus interesses e particularidades e às necessidades de regulação de suas relações.

Normalmente, as condições relativas à vigência do tratado, que incluem o início e o término do compromisso, vêm estatuídas em seu próprio texto. Entretanto, nada impede que a regulamentação acerca do tema conste de instrumento conexo. Ao mesmo tempo, o fato de não haver dispositivos expressos a respeito não impede que o acordo entre em vigor ou deixe de existir posteriormente.

No tocante ao início da aplicabilidade do tratado no universo jurídico, a doutrina divide a vigência em "contemporânea" e "diferida"²⁷.

A vigência contemporânea caracteriza-se quando o ato entra em vigor tão logo seja manifestado o consentimento definitivo das duas partes, nos atos bilaterais, ou de um mínimo de signatários, nos multilaterais.

A vigência diferida, por sua vez, configura-se quando os textos dos tratados estipulam um prazo para sua entrada em vigor após a expressão final da vontade dos signatários. Exemplos de vigência diferida encontram-se nas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que em regra começam a gerar efeitos apenas a partir de doze meses depois de atingido o número mínimo de ratificações ou para os Estados que as ratificarem posteriormente.

Para Amaral Júnior²⁸, a vigência diferida justifica-se pela necessidade de "permitir a inserção do acordo nas ordens jurídicas dos Estados-partes" e de que os signatários tomem "as medidas para garantir-lhe vigência de tal sorte que ele possa ser conhecido pelos cidadãos e aplicado pelos órgãos competentes". A fixação de um prazo para que o tratado entre em vigor permite, portanto, que o ente se prepare para cumprir as obrigações estabelecidas pelo ato internacional e tome as medidas que permitam resguardar a situação de setores afetados. Nesse sentido, a vigência diferida é comum em acordos de integração regional, que normalmente estipulam um tempo para que o Estado melhore as condições de competitividade de sua economia.

É também possível que o tratado entre em vigor, no todo ou em parte, de maneira escalonada, ou seja, em momentos diferentes para alguns dos signatários. Esse seria o caso, por exemplo, de um tratado de comércio na América do Sul, que poderia gerar efeitos para alguns países em 2008 e para outros em 2010 ou cuja parte sobre comércio de serviços poderia valer para os membros do Mercosul a partir de 2009 e para os países do Pacto Andino apenas em 2012.

No tocante à duração, os tratados podem existir por prazo determinado ou indeterminado.

Os atos internacionais que não fixam o tempo de sua duração têm prazo indeterminado de vigência, podendo vincular suas partes enquanto atenderem aos propósitos para os quais foram criados. Outros, porém, cujas normas pertinentes

27. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*, p. 73-74.

28. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: Direito Internacional*, p. 208.

determinem que o acordo deva existir apenas por um período pré-estabelecido, prorrogável ou não, têm vigência determinada.

Alguns tratados têm a duração condicionada a uma cláusula resolutória, evento futuro que, em ocorrendo, põe fim ao compromisso, que adquire, assim, vigência determinada. Se o referido evento é futuro e incerto, o acordo tem prazo indeterminado.

A duração do tratado pode ter ainda a ver com a determinação ou indeterminação do objeto. Nesse sentido, o ato internacional que é feito com um objetivo específico que, uma vez alcançado, põe fim ao ato, tem vigência determinada, como no caso de um acordo que visa apenas a construir uma ponte na fronteira entre dois Estados. Entretanto, caso o objetivo do tratado seja genérico, como, por exemplo, proteger os direitos humanos, a vigência é indeterminada.

7.2. A regra fundamental *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé no Direito dos Tratados

O artigo 26 da Convenção de Viena de 1969 determina que "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé".

O dispositivo em apreço estabelece o princípio do *pacta sunt servanda* como base de todo o Direito dos Tratados. Nesse sentido, devem os sujeitos que tenham pactuado algum compromisso internacional observar seus termos, em consonância com o antigo preceito romano sintetizado na seguinte máxima: "o que há de mais compatível com a lealdade humana do que respeitar aquilo que foi pactuado?"²⁹.

7.3. Aplicação dos tratados no tempo: o princípio da irretroatividade

A execução do tratado obedece a um princípio geral do Direito: o de que suas normas não retroagem, salvo disposição em contrário, constante do próprio acordo ou de outra forma de acerto entre as partes. Com isso, as normas do tratado não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do compromisso. Pode-se afirmar, portanto, que os tratados geram, via de regra, efeitos *ex nunc*.

Exemplo nesse sentido é a Convenção contra a Tortura, de 1984, que entrou em vigor para o Brasil apenas em 1989 e que por isso, no entender do Supremo Tribunal Federal (STF), não poderia ser aplicada aos agentes estatais acusados da prática de tortura durante o período de exceção vivido pelo Brasil a partir de 1964 e não afetaria, portanto, a Lei 6.683/79 (Lei de Anistia)³⁰.

29. SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*, p. 50.

30. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 588, Brasília, 24 a 28 de maio de 2010. O Informativo trata de julgamento sobre a Lei de Anistia brasileira (processo ADPF 153/DF), a qual não foi, porém, repudiada pelo STF, que empregou, dentre outros, o argumento de que a anistia brasileira não pode ser afetada por normas que lhe são posteriores, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, de 1984, e a Lei nº 9.455/97.

7.4. Aplicação dos tratados no espaço. As teorias da repercussão dos tratados sobre Estados não-contratantes

O tratado em vigor aplica-se, em princípio, somente aos entes estatais e organizações internacionais que o celebraram. Nesse sentido, o ato pode executar-se em todo o território dos Estados-partes, salvo disposição expressa de seu próprio texto, que exclua certas áreas do território do ente estatal signatário de sua abrangência.

O preceito em apreço é consequência do princípio geral de Direito Internacional pelo qual os entes com capacidade para celebrar tratados só devem observar os acordos com as quais tenham consentido. É por isso que, em regra, os atos internacionais não podem gerar efeitos para sujeitos de Direito das Gentes que deles não sejam partes. Entretanto, em certos casos, um tratado poderá ter efeitos sobre Estados e organismos internacionais que não sejam seus signatários.

A possibilidade de que os atos internacionais repercutam sobre partes não-contratantes depende, em geral, do consentimento destas. Na hipótese de o tratado impor obrigações a terceiros, estes compromissos só poderão ser modificados ou revogados com a concordância das partes no tratado e do ente que não seja seu signatário, salvo quando dispuserem de outro modo.

Caso o tratado crie direitos para entes que não sejam suas partes, tais direitos só não prevalecerão se o beneficiário não consentir a respeito e, a menos que o ato internacional determine diversamente, a anuência do favorecido é presumida até indicação em contrário. Qualquer direito nascido para um terceiro ente nestas condições não poderá ser revogado ou modificado pelas partes do tratado se for estabelecido ter havido a intenção de que esse direito não fosse revogável ou sujeito a modificação sem o consentimento desse terceiro.

Nada impede, ainda, que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para outros sujeitos de Direito Internacional como regra costumeira.

Em todo caso, há tratados que geram efeitos para terceiros independentemente do consentimento destes, como um acordo que fixa a fronteira entre dois Estados.

VIGÊNCIA DOS TRATADOS	
Pode ser contemporânea ou diferida	Pode referir-se a um objeto determinado ou indeterminado
Pode ser por prazo determinado ou indeterminado	Normas do tratado não retroagem, salvo disposição em contrário
Pode estar condicionada a uma cláusula resolutória	Normas do tratado não se aplicam a terceiros, salvo, em geral, com o consentimento deste

8. INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS

A aplicação dos tratados passa pela necessidade de interpretar suas normas.

A interpretação no Direito Internacional é regulada pela Convenção de Viena de 1969 (arts. 31-33). Em todo caso, nada impede que os métodos hermenêuticos empregados no Direito em geral sejam também utilizados para auxiliar na interpretação das normas internacionais.

O princípio geral de interpretação dos tratados é o da boa fé, que envolve noções como lealdade, honestidade, fidelidade, lisura e ausência de ardis e dissimulações.

A interpretação orienta-se pelo sentido comum atribuível aos termos do acordo em seu contexto e à luz do objetivo que foi buscado pelos signatários. Para fins de elucidação do sentido das normas internacionais, a Convenção de Viena de 1969 determina que o contexto do tratado é formado por seu preâmbulo, por seu texto e por seus anexos, que constituem a expressão autêntica das intenções das partes. O contexto também inclui acordos relativos ao ato internacional feitos entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado, bem como atos estabelecidos por uma ou por várias partes em conexão com a conclusão do acordo e aceitos pelas outras partes como instrumentos relativos ao ato internacional interpretado.

O sentido comum dos termos do tratado é entendido como seu significado usual. No entanto, um termo será entendido em sentido especial, diferente do normalmente empregado, se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

A hermenêutica dos atos internacionais também deverá levar em conta acordos posteriores, relativos à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições, e práticas seguidas posteriormente na aplicação do tratado, pelas quais se fixe um consenso das partes relativo a sua interpretação. Aceitam-se assim formas de interpretação autêntica dos tratados e outras fundadas no costume. Podem também auxiliar a interpretação outras regras de Direito Internacional já aplicáveis às partes e que sejam pertinentes ao objeto do tratado.

Além dos meios de interpretação citados acima, podem empregar-se métodos suplementares, a fim de confirmar o sentido das normas internacionais ou de elucidá-las quando o sentido obtido é ambíguo, obscuro, manifestamente absurdo ou desarrazoado. Tais meios são as circunstâncias de conclusão do acordo e os trabalhos preparatórios do tratado, que podem ser estudados, por exemplo, pelos registros das rodadas de negociação e de comunicações diplomáticas trocadas entre as partes. Também podem contribuir para a interpretação o preâmbulo do ato internacional e seus anexos.

As dificuldades que podem envolver as traduções, especialmente as que envolvam muitos termos técnicos, podem suscitar problemas quando da interpretação de tratados que contem com versões autênticas em dois ou mais idiomas.

Para dirimir conflitos desse tipo, a Convenção de Viena de 1969 estabelece, inicialmente, que todas as versões autênticas do ato, ainda que em língua diversa da dos Estados envolvidos, têm fé e são iguais entre si. Com isso, presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido em todas as versões. Entretanto, uma das versões poderá prevalecer para fins de interpretação, caso as partes decidam, no texto do acordo ou no caso concreto que, havendo divergência, se aplique um texto determinado. Quando não houver previsão de que prevaleça uma determinada versão, e quando a comparação dos textos autênticos revele uma diferença de sentido, adotar-se-á o significado que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS: PRINCÍPIOS

- Principal critério: boa fé
- Orientação pelo sentido comum atribuível aos termos do acordo em seu contexto e à luz do objetivo que foi buscado pelos signatários
- Pode levar em conta outros tratados e demais regras do Direito Internacional, a prática dos signatários, circunstâncias de conclusão do acordo, trabalhos preparatórios etc.

9. ADESÃO

É possível que um Estado ou uma organização internacional não tenham participado das negociações de um tratado que não era de seu interesse ou que não tenham assinado, ou ratificado no prazo estabelecido, um acordo em cujas negociações estiveram envolvidos.

Entretanto, isso não necessariamente impede que o ente estatal ou o organismo internacional possa posteriormente se vincular aos compromissos estabelecidos dentro de um ato internacional já assinado ou em vigor, o que pode ser feito por meio da adesão.

A adesão é, portanto, o ato pelo qual o Estado ou organização internacional manifesta sua vontade de se tornar parte de um tratado já assinado ou já em vigor. Fundamenta-se nas exigências de praticidade das relações internacionais, impedindo que, a cada vez que um ente queira se comprometer com um tratado, se inicie a negociação de novo ato internacional.

A adesão é normalmente condicionada à observância dos critérios estabelecidos no próprio tratado.

Para o Estado que adere ao acordo, o procedimento é semelhante àquele que teria de ter seguido caso tivesse participado de todo o processo de elaboração do ato internacional. Com isso, a adesão pode envolver negociações, a assinatura de um instrumento de adesão e, certamente, a ratificação. Por fim, a adesão poderá vincular o ente que aderiu imediatamente ou após um prazo estabelecido no próprio tratado ou em acertos feitos pelas partes.

No entanto, cabe lembrar que a adesão só é possível em tratados abertos, não podendo ocorrer em tratados fechados.

10. ALTERAÇÃO DOS TRATADOS: AS EMENDAS E REVISÕES

As mudanças dos fatos e das idéias nas relações internacionais podem tornar imperiosa a necessidade de elaborar novas normas e de alterar, ou mesmo eliminar, antigos regramentos do ordenamento jurídico internacional, para que este possa atender, de maneira efetiva, às necessidades de regulamentação da sociedade internacional.

Entretanto, se a conveniência de introduzir outras normas na ordem internacional levasse à permanente negociação de novos tratados, o Direito Internacional perderia toda a praticidade necessária para pautar as relações internacionais com efetividade. É nesse quadro que a emenda emerge como instituto hábil a promover a atualização mais rápida do marco legal internacional.

A emenda é o meio pelo qual o teor dos atos internacionais é revisto, levando ao acréscimo, à alteração ou à supressão de conteúdo normativo.

A emenda parte da proposta de um Estado ou de uma organização internacional que seja parte no acordo a ser eventualmente modificado. No âmbito internacional, a emenda é geralmente regulada pelo próprio texto do tratado e deve ser objeto de acordo entre as duas partes de um ato bilateral ou de pelo menos um número mínimo de signatários de um compromisso multilateral. No âmbito interno, deve mobilizar os órgãos e agentes competentes para concluir tratados em nome dos Estados e também envolve a assinatura de um instrumento de emenda e sua eventual ratificação.

No Brasil, a emenda que gere compromissos gravosos para o Estado brasileiro deve ser submetida ao Congresso Nacional antes de sua ratificação. Entretanto, quando a mudança do tratado não implicar alteração substancial das obrigações que estabelece, entendemos que a autorização congressional para a ratificação pode ser dispensada.

Yepes Pereira distingue as emendas das revisões. As emendas seriam mudanças de pouca amplitude, que não tocariam em matéria essencial. Já as revisões seriam modificações expressivas, envolvendo matéria central do tratado³¹.

Interessante notar que no ambiente internacional, em que o consentimento ainda exerce papel importante, a emenda não tem, em geral, o condão de obrigar a todas as partes de um tratado, mas apenas aquelas que concordaram com as mudanças que foram feitas. Com efeito, a Convenção de Viena de 1969 estabelece claramente que "O acordo de emenda não vincula os Estados que já são partes no tratado e que não se tornaram partes no acordo de emenda" (art. 40, § 4º). No

31. PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*, p. 77.

entanto, os entes que aprovaram a emenda e os que não a aprovaram continuam vinculados entre si pelo tratado original. É o que Mazzuoli chama de "duplicidade de regimes jurídicos"³².

A Convenção de Viena de 1969 determina ainda que as partes que venham a aderir a um tratado emendado, salvo manifestação contrária, se obrigam à observância das normas do compromisso alterado em relação aos signatários que aceitaram a emenda e à obediência das normas do ato original no tocante às partes que não a aprovaram.

ATENÇÃO! A situação pode ser resumida da seguinte maneira:

1. O tratado emendado vale entre as partes que aprovaram a emenda.
2. O tratado original vale entre as partes que não aprovaram a emenda.
3. O tratado original vale entre as partes que aprovaram e os que não aprovaram a emenda.
4. O Estado que aderir a tratado já emendado, salvo disposição em contrário, obedecerá ao ato emendado em relação às partes que aceitaram a emenda e ao ato original no tocante às partes que não aceitaram a emenda.

NOTA: nada impede que um tratado defina que uma emenda valha para todos os seus Estados-partes, independentemente de seu consentimento em aprová-las ou não, desde que determinado número mínimo de votos seja atingido.

11. RESERVAS: FORMA, VALIDADE E EFEITOS JURÍDICOS

A sociedade internacional é heterogênea. Nesse sentido, é composta por diversos sujeitos, com características muito diferentes entre si, e os vínculos que estabelecem uns com os outros envolvem um sem-número de possibilidades e de interesses a serem defendidos. Nesse sentido, não é difícil imaginar a complexidade da obtenção de um consenso entre todos esses atores.

Entretanto, a realidade impõe a articulação da sociedade internacional ao redor de certos valores mínimos, dos quais depende a consecução de objetivos comuns da humanidade. É por isso que os Estados e os organismos internacionais muitas vezes optam por firmar compromissos entre si que não obrigam totalmente todas as partes contratantes. Surge assim o instituto da reserva.

A reserva é "uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado"³³. É, pois, uma maneira pela qual um Estado pode concluir um tratado sem se comprometer

32. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*, p. 59.

33. Convenção de Viena de 1969, art. 2, § 1º, "d".

com todas as suas normas. Para Yepes Pereira, é uma "espécie de exclusão de uma parcela das obrigações impostas por um tratado, por parte de um Estado signatário"³⁴. É também conhecida como "salvaguarda".

A reserva é aplicável especialmente aos tratados multilaterais, quando é necessária a convergência de vontades de um grande número de sujeitos, normalmente muito diferentes entre si, ao redor de regras comuns. Entretanto, nada impede que haja reservas em tratados bilaterais, embora sua não aceitação por um dos Estados acarrete a não conclusão do compromisso. Mazzuoli, por outro lado, não aceita as reservas em tratados bilaterais, entendendo que, nesses atos, a vontade dos dois Estados deve ser harmônica, afirmando ainda que a reserva configuraria nova proposta de negociação³⁵.

A reserva pode ser formulada em qualquer momento do processo de elaboração de um tratado. Entretanto, dependendo da etapa em que esse ato é praticado, só poderá gerar efeitos dentro das condições que o próprio texto do acordo estabelecer a respeito, relativas tanto à possibilidade de haver reservas como ao procedimento cabível.

Em outras palavras, nem sempre a reserva poderá ser formulada ou concretizada dentro das condições desejadas pelo Estado. Caso não houvesse restrições para as reservas, poderíamos vislumbrar uma ordem internacional em que muitos compromissos internacionais seriam inócuos, ou em que os Estados teriam apenas direitos, mas nenhuma obrigação, algo, aliás, que não se sustentaria, visto que a um direito normalmente corresponde uma obrigação de outrem.

A Convenção de Viena de 1969 (art. 19) determina que a reserva não poderá ser feita se for proibida pelo tratado ou incompatível a finalidade e objeto do instrumento ou, ainda, relativamente a dispositivos sobre os quais o próprio tratado proíba reservas.

Em princípio, a reserva é ato unilateral do Estado, não exigindo o consentimento das demais partes de um ato internacional. Entretanto, a própria Convenção de Viena (art. 20) abre diversas exceções a essa norma. Nesse sentido, permite-se que a reserva exija a anuência das outras partes contratantes. Quando se infere do número limitado dos Estados negociadores, assim como do objeto e da finalidade do tratado, que sua aplicação na íntegra entre todas as partes é condição essencial para o consentimento de cada uma delas em obrigar-se pelo acordo, uma reserva requer a aceitação de todos os signatários. Por fim, quando o tratado é um ato constitutivo de uma organização internacional, a reserva exige a aceitação do órgão competente da organização, a não ser que o tratado disponha diversamente.

34. PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*, p. 76.

35. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*, p. 58.

Os efeitos das reservas estão regulados pelo artigo 21 da Convenção de Viena de 1969. Fundamentalmente, as relações entre o Estado autor da reserva e outros Estados passam a ser reguladas nos moldes da reserva.

ATENÇÃO! a reserva não modifica as disposições do tratado quanto às demais partes no compromisso em suas relações entre si.

A reserva, a aceitação expressa de uma reserva e a objeção a uma reserva devem ser formuladas por escrito e comunicadas às partes contratantes e a terceiros sujeitos que tenham o direito de se tornar partes no tratado. Também a retirada de uma reserva ou de uma objeção a uma reserva devem ser formuladas por escrito.

Uma reserva formulada quando da assinatura do tratado, condicionada a futura ratificação, aceitação ou aprovação, deve ser formalmente confirmada pelo Estado que a formulou no momento em que manifestar o seu consentimento definitivo em obrigar-se ao tratado. Nesse caso, a reserva considerar-se-á feita na data de sua confirmação. A aceitação expressa de uma reserva ou a objeção a uma reserva feita antes de sua confirmação pelo ente que a formulou não requer confirmação do Estado que a aceitou ou a rejeitou.

Este autor divide as reservas em exclusivas e interpretativas. As reservas exclusivas são aquelas que "excluem" para o Estado os efeitos de certas cláusulas do tratado. Já as reservas interpretativas são aquelas pelas quais um Estado, ao manter um compromisso com determinadas cláusulas de um tratado, estatui explicitamente como esses dispositivos devem aplicar-se a seu respeito.

12. EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DOS TRATADOS

A evolução da sociedade internacional pode fazer com que um tratado perca a sua utilidade para regular determinada situação. Com isso, o Direito Internacional preocupa-se em reger as possibilidades e os desdobramentos da suspensão e da extinção dos atos internacionais, orientado pela necessidade de evitar que as partes contratantes sofram maiores prejuízos e de manter a estabilidade nas relações internacionais.

12.1. Extinção

A extinção do tratado refere-se ao desaparecimento do acordo do ordenamento jurídico, deixando seus preceitos de gerar efeitos jurídicos em caráter permanente.

Os tratados extinguem-se, fundamentalmente, pela vontade comum das partes, pela vontade de uma parte (em regra nos atos bilaterais, configurando a denúncia) e pela alteração das circunstâncias que motivaram sua celebração. As hipóteses de término de um ato internacional normalmente regulam-se nos res-

pectivos textos. A denúncia e o problema da alteração das circunstâncias serão examinadas em pontos específicos.

A extinção do tratado pela vontade comum das partes pode ocorrer ainda que nada tenha sido estipulado a respeito em seu texto e a qualquer tempo. De fato, se a vontade do Estado é entendida como um dos elementos basilares da formação dos compromissos internacionais, seria inconcebível que a vontade fundamentasse apenas o estabelecimento de um compromisso internacional, mas não servisse para desvincular o ente, deixando-o submetido a uma norma que já não conta com sua anuência.

O tratado multilateral também pode ser extinto pela vontade comum dos signatários. Entretanto, pode ser difícil obter a concordância unânime das partes de um ato multilateral no sentido de revogar um compromisso internacional do tipo. Por isso, admite-se que os acordos multilaterais deixem de existir, conforme estipulem suas próprias normas, pela vontade da maioria de seus membros ou quando alguns dos contratantes se desvinculem do compromisso, fazendo com que o número de signatários do tratado seja menor do que o estabelecido para que o ato continue a existir.

ATENÇÃO! enfatizamos que o tratado multilateral só será extinto na hipótese de o número de partes ser inferior a um determinado número mínimo se tal circunstância estiver prevista em suas normas. De outra forma, o acordo continua a existir, embora não mais gere efeitos para os entes que dele se desvincularam.

A vontade comum das partes de extinguir um tratado é também expressa na estipulação de cláusulas que limitam a vigência do acordo a um certo prazo, ao cumprimento de determinada condição resolutiva, referente a evento futuro e incerto, ou ao cumprimento de determinado objetivo, como seria o caso de uma convenção concluída por dois Estados e voltada a organizar uma única missão ao espaço extra-atmosférico. Na ausência de normas a respeito do período de duração do compromisso, e não havendo condições resolutivas ou metas específicas que, uma vez alcançadas, ponham fim ao compromisso, o tratado extingue-se em prazo indeterminado.

O tratado pode extinguir-se também pela conclusão, entre as mesmas partes, de acordo posterior, que regule de maneira diversa a matéria disciplinada pelo ato anterior.

Em princípio, o descumprimento do tratado não é causa para a sua extinção, ensejando apenas a possibilidade de sanções para o ente que violou suas normas. Em todo caso, o fato pode motivar a parte prejudicada a negociar sua extinção ou suspensão ou a denunciá-lo. Além disso, a violação substancial do tratado por um signatário pode autorizar outra parte a pleitear a suspensão ou extinção do compromisso.

A violação substancial de um tratado acima mencionada consiste numa rejeição do ato internacional não sancionada pela Convenção de Viena de 1969 ou na desobediência a uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado.

A violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar tal transgressão como causa de extinção ou de suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte.

A violação substancial de um tratado multilateral por uma parte autoriza as outras a suspenderem a execução do acordo, no todo ou parcialmente, ou a extinguirem o ato, quer nas relações entre elas e o ente faltoso, quer entre todos os signatários, desde que a partir de seu consentimento unânime.

No caso de uma violação substancial do compromisso, uma parte especialmente prejudicada por tal transgressão pode invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, de maneira parcial ou total, em suas relações com o ente que tenha cometido o ato ilícito.

De resto, a violação substancial de um ato internacional multilateral permite que qualquer parte que não seja o Estado faltoso invoque a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o acordo for de tal natureza que uma violação substancial de suas disposições modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações decorrentes do ato internacional.

A retirada de uma das partes ou a impossibilidade de cumprimento do tratado também pode determinar sua extinção, mas apenas se essa impossibilidade resultar da destruição ou do desaparecimento definitivo de um objeto indispensável ao cumprimento do compromisso. No entanto, não pode fundamentar a extinção do tratado a retirada de um dos signatários nos tratados multilaterais, salvo disposição em contrário, ou a impossibilidade que resultar de uma violação, pela parte que invoca o fim do compromisso, quer de uma obrigação decorrente do acordo, quer de uma obrigação internacional diversa, referente a qualquer outra parte do ato.

A impossibilidade temporária de cumprir o tratado enseja apenas sua suspensão.

O rompimento de relações diplomáticas ou consulares entre partes de um tratado não enseja sua extinção, salvo na medida em que a existência dessas relações for indispensável à aplicação do ato. Tal norma parte do princípio de que não existe relação entre a celebração de tratados e a manutenção de relações diplomáticas ou consulares, nos termos da própria Convenção de Viena de 1969, que dispõe que "A conclusão de um tratado, por si, não produz efeitos sobre as relações diplomáticas ou consulares" (art. 63) e que a ausência ou rompimento de relações diplomáticas ou consulares não impede a celebração de atos internacionais entre os Estados (art. 74).

Qualquer tratado existente que estiver em conflito com norma superveniente de *jus cogens* torna-se nulo e extingue-se (art. 64).

Por fim, Dell'Olmo elenca também a perda do objeto e a caducidade, ou seja, o desuso por longo tempo, como meios de extinção dos tratados³⁶.

12.1.1. Denúncia e retirada

A denúncia é o ato unilateral pelo qual uma parte em um tratado anuncia sua intenção de se desvincular de um compromisso internacional de que faça parte, desobrigando-se de cumprir as obrigações estabelecidas em seu bojo sem que isso enseje a possibilidade de responsabilização internacional.

Logicamente, a denúncia extingue o tratado bilateral. Nos atos multilaterais, a denúncia implica apenas a retirada da parte do acordo, cujos efeitos cessam para o denunciante, mas permanecem para os demais signatários. Cabe destacar que autores como Seiterfus chamam a denúncia de compromissos multilaterais de "retirada"³⁷.

A denúncia isenta o Estado signatário de cumprir as normas dos tratados. Entretanto, é ato que produz efeitos *ex nunc*, não excluindo as obrigações estatais relativas a atos ou omissões ocorridos antes da data em que venha a produzir efeitos

A possibilidade de denúncia é normalmente regulada pelo próprio tratado, que pode permiti-la e prever procedimentos específicos para sua concretização, com o objetivo de evitar prejuízos às demais partes. É nesse sentido que, por exemplo, é comum que a denúncia seja condicionada a um aviso prévio, que deve ser de pelo menos doze meses (Convenção de Viena de 1969, art. 56, § 2º). A denúncia deve também ser feita por escrito e é, em geral, relativa a todo o ato, embora possa ser permitida a denúncia parcial, desde que não se refira a cláusulas que afetem a aplicação do acordo como um todo.

A inexistência de cláusula que permita a denúncia não necessariamente a impede, com fundamento no princípio de que a vontade é pelo menos um dos sustentáculos dos compromissos internacionais. A denúncia, porém, não é possível em alguns tratados, como os que estabeleçam fronteiras entre os dois Estados.

A retratação da denúncia pode ser permitida, desde que ainda não tenha gerado efeitos jurídicos.

Cabe ao Direito interno de cada Estado estabelecer os órgãos competentes para os atos de denúncia e o procedimento a ser seguido. A regra geral é a de que, como a denúncia é um ato de relações internacionais, podem praticá-lo os mesmos órgãos e autoridades competentes para celebrar tratados. Entretanto, ao contrário do que acontece quando da vinculação do Estado a um compromisso

36. DELL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*, p. 43.

37. SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*, p. 55.

internacional, a prática mais comum é a de que a denúncia não está sujeita à autorização parlamentar.

No passado, entendia-se não haver razão para que a denúncia fosse sujeita à anuência do Legislativo dos Estados porque estes, quando autorizavam a ratificação, o faziam no tocante ao tratado como um todo, incluindo as cláusulas de denúncia. Nesse sentido, o parlamento teria abdicado, em favor do Executivo, do poder de opinar sobre a desvinculação do ente estatal de um compromisso internacional.

Entretanto, a partir do momento em que os Estados passam a concluir tratados de direitos humanos, incluem nos respectivos universos jurídicos normas cuja denúncia poderia ser, no mínimo, danosa para a dignidade humana. Além disso, alguns Estados conferem status constitucional às normas internacionais de direitos humanos, retirando-lhes, ainda, a possibilidade de serem excluídas do ordenamento jurídico, tornando-as aquilo que no Brasil se chama de "cláusula pétrea".

Com isso, a denúncia de um tratado de direitos humanos sem a autorização parlamentar passou a configurar a concessão de um diferencial de poder excessivo para o Chefe de Estado, que pode retirar da ordem estatal normas entendidas como essenciais para a vida humana sem o menor controle de nenhum outro órgão. Aliás, a falta de controle do Legislativo no tocante à denúncia causa estranheza à luz do princípio da separação de poderes.

Nesse sentido, alguns Estados começaram a exigir a apreciação parlamentar prévia à denúncia de tratados de direitos humanos, como a Argentina e o Paraguai. Já na Espanha, a denúncia de qualquer tratado é condicionada à autorização do Legislativo.

No Brasil, a denúncia ainda é ato privativo e discricionário do Presidente da República, materializado por meio de Decreto e que, por enquanto, não se encontra sujeito à autorização prévia ou referendo posterior do Congresso Nacional.

A competência presidencial para a prática do ato da denúncia infere-se da norma da Constituição Federal (art. 84, VII) que dispõe que "compete privativamente ao Presidente da República: I - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos". Nesse sentido, como a denúncia é um ato de relações internacionais, logo conclui-se que a competência para a sua prática recai no Presidente da República.

Entretanto, existe uma tendência a que passe a ser exigida a autorização congressual prévia para que o Presidente da República possa proceder à denúncia de um tratado. É o que revela o julgamento da ADI 1625, ora em curso, dentro do qual vem prevalecendo a orientação de que não é possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional³⁸.

38. A respeito, ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 549, Brasília, 1º a 5 de junho de 2009. Na data de fechamento desta edição, o julgamento ainda não havia sido concluído, estando os autos

12.1.2. Efeitos do estado de guerra e da alteração fundamental das circunstâncias sobre a vigência dos tratados (teoria da cláusula rebus sic stantibus)

Os tratados podem ser extintos pela mudança das circunstâncias que lhe deram origem, nos termos da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual os termos de um negócio jurídico são estabelecidos de acordo com as circunstâncias em que foi celebrado, pelo que qualquer alteração substancial nesse contexto ensejaria a modificação ou o desfazimento do compromisso. De fato, como afirma Amaral Júnior, "não seria razoável que a alteração profunda da situação que marcou o seu aparecimento (do tratado) impusesse às partes a necessidade de cumprir as obrigações assumidas, independentemente das dificuldades que este fato provocaria"³⁹.

A Convenção de Viena de 1969 (art. 62) permite que a mudança fundamental de circunstâncias seja invocada como causa para extinguir um tratado ou para que a parte dele se desvincule, desde que atenda às seguintes condições: a alteração não deve ter sido prevista pelos signatários quando da conclusão do acordo; a modificação deve ser fundamental, ou seja, deve haver alteração significativa entre o contexto original e o atual; a existência dessas circunstâncias deve ter constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; a mudança não pode ser resultado de violação das disposições do acordo ou de qualquer outra norma internacional; e a modificação deve alterar radicalmente o alcance das obrigações ainda a serem cumpridas.

Por fim, a mudança fundamental das circunstâncias que deram origem a um tratado também pode ser invocada como causa para suspender sua execução.

A guerra é uma hipótese de alteração fundamental das circunstâncias que deram origem a um tratado, podendo, portanto, extinguir os compromissos existentes entre os Estados em conflito. Mazzuoli entende que os conflitos armados provocam a extinção dos tratados bilaterais que vinculem os beligerantes e suspende os compromissos entre ambos que constem de acordos multilaterais⁴⁰.

Entretanto, permanecem em vigor tratados voltados exatamente a gerar efeitos durante conflitos armados, como os referentes ao Direito de Guerra e ao Direito Humanitário, bem como outros que têm vigência estática, a exemplo aqueles que estabelecem fronteiras. As convenções multilaterais de direitos humanos também devem continuar a existir, porque suas normas devem ser aplicadas em qualquer circunstância.

12.2. Suspensão

A suspensão do tratado ocorre quando o ato internacional deixa de gerar efeitos jurídicos em caráter temporário, de forma parcial ou total.

no Gabinete da Ministra Ellen Gracie, devido a pedido de vista.

39. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Manual do candidato: Direito Internacional*, p. 218.

40. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*, p. 70.

A suspensão do tratado pode estar prevista e regulada dentro do próprio texto do acordo. Na falta de normas a respeito, pode também ser fruto de acerto entre as partes. Nos tratados multilaterais, a suspensão pode depender da concordância de um número mínimo de signatários, normalmente fixado no texto do próprio ato.

É possível que apenas algumas das partes de um tratado multilateral pretendam suspender entre si a validade das disposições do compromisso ao qual estão vinculados. Tal possibilidade deve estar expressamente prevista no tratado ou não deve estar proibida em seu texto, caso em que não deve ser incompatível com o objeto e a finalidade do acordo nem prejudicar o gozo, pelas outras partes, de direitos decorrentes do tratado, bem como o cumprimento de suas obrigações. A suspensão nessa hipótese requer também que os interessados notifiquem os demais signatários de sua intenção e indiquem as disposições do ato internacional cuja execução pretendem interromper.

Um tratado posterior pode suspender um compromisso anterior se isso se depreender do novo tratado ou se ficar estabelecido, de outra forma, que essa é a intenção das partes.

A mudança fundamental de circunstâncias, que é motivo de extinção do tratado, pode também ser invocada como fundamento para pleitear a suspensão de um ato internacional. É o caso, por exemplo, de um tratado que regule o transporte terrestre entre dois Estados que, temporariamente, não possa ser executado por motivo de força maior, como um desastre natural que impeça o trânsito entre os respectivos territórios.

Como afirmamos anteriormente, a guerra promove a alteração fundamental das circunstâncias que deram origem a um tratado. No entanto, entendemos que é mais consentâneo com a praticidade que deve inspirar as relações internacionais que os tratados sejam simplesmente suspensos, até porque sua extinção poderia levar a custosas negociações para restabelecer as bases jurídicas do relacionamento entre dois Estados após o fim do conflito. Em todo caso, os acordos que não podem ser extintos em decorrência de uma guerra também não podem ser suspensos.

A impossibilidade temporária de cumprir o tratado enseja apenas sua suspensão. Entretanto, o ato não deverá ser suspenso se essa impossibilidade resultar de uma violação, pela parte que pede a suspensão, de uma obrigação decorrente do tratado ou de outra obrigação internacional que se relacione com qualquer parte no tratado.

O rompimento de relações diplomáticas ou consulares entre as partes de um ato internacional não enseja sua suspensão, salvo na medida em que a existência de relações diplomáticas ou consulares for indispensável à aplicação do tratado.

12.3. Conseqüências da extinção e da suspensão dos tratados

Salvo disposição em contrário, constante do tratado ou acordada pelas partes, a extinção de um tratado libera as partes de qualquer obrigação de continuar

a cumprir suas normas, mas não atinge qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes que decorram da execução do tratado antes de sua extinção.

De modo semelhante ao que ocorre na extinção, a suspensão de um tratado também libera as partes que se beneficiem da medida da obrigação de observar suas normas durante o período da suspensão, mas não produz nenhum efeito sobre situações sobre as quais o acordo já incidiu. Além disso, as partes devem abster-se de atos que tendam a obstruir o reinício da execução do tratado.

EXTINÇÃO DOS TRATADOS - POSSIBILIDADES	
Denúncia e retirada	Permanência de um número de partes inferior ao mínimo estabelecido, nos tratados multilaterais
Vontade comum das partes	Fim da vigência do tratado por prazo fixo, com condição resolutiva ou com objetivo que tenha sido atingido
Alteração fundamental das circunstâncias (incluindo guerra).	Substituição por outro tratado
Violação substancial	Desuso (caducidade)
Impossibilidade de cumprimento (perda do objeto)	Rompimento das relações diplomáticas

13. INCORPORAÇÃO AO DIREITO INTERNO

O Direito Internacional não vincula apenas no âmbito internacional, regulando somente as relações entre Estados e organizações internacionais, mas também obriga no âmbito interno dos entes estatais.

Com efeito, o estabelecimento de compromissos internacionais necessariamente impõe contrapartidas dentro dos Estados. A título de exemplo, um tratado que visa a combater o tráfico ilícito de entorpecentes pode impor medidas como a destruição de aeroportos clandestinos, que obviamente só podem ser tomadas dentro do território dos entes estatais envolvidos. As convenções internacionais de direitos humanos obrigam os Estados a proteger a dignidade dos indivíduos que vivam sob sua jurisdição. Por fim, um acordo sobre imunidades diplomáticas aplica-se exatamente no espaço geográfico do ente onde se encontram diplomatas estrangeiros.

A execução das normas internacionais dentro dos Estados é facilitada a partir de sua incorporação ao Direito interno, também conhecida como "internalização", que é o processo pelo qual os tratados passam a também fazer parte do ordenamento jurídico nacional dos entes estatais, adquirindo status semelhante ao das demais espécies normativas da ordem estatal.

Com isso, a aplicação dos preceitos de Direito das Gentes passa a contar com o aporte direto do poder soberano do Estado que, por meio de órgãos como o

judiciário, pode impor a observância das normas internacionais como se internas fossem. Com a incorporação, os tratados podem ser invocados por qualquer pessoa natural ou jurídica dentro do território de um ente estatal e podem orientar e fundamentar as ações e decisões dos órgãos e autoridades nacionais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A internalização é, em suma, o que possibilita que as normas internacionais se imponham ao governo, às autoridades e aos nacionais do Estado⁴¹.

A incorporação é regulada pelos respectivos ordenamentos internos dos entes estatais e, cabe ressaltar, nem sempre é imediata, o que vai depender do modelo que o Direito nacional adote para a internalização. Ademais, o acordo só pode produzir efeitos jurídicos internos quando entrar em vigor na ordem internacional e quando o Estado estiver entre os sujeitos que o ratificaram.

13.1. Modelos de internalização dos tratados

A incorporação obedece a modelos idealizados pela doutrina e adotados pelos ordenamentos nacionais.

Pelo modelo tradicional de internalização dos atos internacionais, a "introdução do tratado na ordem interna está subordinada ao cumprimento pela autoridade estatal de um ato jurídico especial"⁴².

O modelo mais novo de incorporação é o da "introdução automática"⁴³, ou da "aplicabilidade imediata", pelo qual o tratado tem força vinculante internamente tão logo entre em vigor no universo das relações internacionais, sem necessidade de outras medidas que não as necessárias para a ratificação e a publicação do ato. É o modelo adotado na União Européia, no tocante aos tratados de Direito Comunitário.

O Brasil adota o modelo tradicional, pelo qual a incorporação depende de um processo que culmina na promulgação, ato de competência do Presidente da República, formalizado por meio de decreto que ordena a execução do tratado no âmbito nacional e determina sua publicação no Diário Oficial da União, conferindo ao ato internacional força obrigatória dentro do território nacional.

O Ministro Celso de Mello enfatiza que o Brasil ainda não adota nenhuma das premissas do modelo de introdução automática, no caso o princípio do efeito direto (possibilidade de que os particulares invoquem, desde logo, as normas consagradas no tratado) e o postulado da aplicabilidade imediata (capacidade de o tratado ter execução na esfera doméstica do Estado assim que seja ratificado)⁴⁴.

41. DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Direito internacional público*, p. 210.

42. *Id.*, p. 211.

43. *Id.*, p. 211.

44. Nesse sentido: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, CR-Agr 8279/AT. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 17.jun.98. DJ 10.08.2000, p. 6.

13.2. O Poder Executivo e o Poder Legislativo na elaboração do tratado

O Poder Executivo é normalmente o órgão responsável pela administração da dinâmica das relações internacionais dos Estados. Portanto, o Executivo é o Poder estatal competente para celebrar tratados em nome de um Estado, conduzindo todas as suas fases de preparação.

Entretanto, a regra geral para os acordos de forma solene é que o Executivo não pode concluir tratados ao arrepio de qualquer controle. Com isso, o Legislativo recebe a competência para autorizar que o ente estatal adote compromissos internacionais. Na prática, parte importante dos ordenamentos nacionais condiciona a ratificação de um tratado pelo Chefe de Estado à anuência dos parlamentos nacionais.

A participação do Legislativo é consequência da evolução do Direito no sentido de estabelecer limites mais estritos ao poder. Nesse sentido, sujeitar a expressão de vontade do Chefe de Estado à permissão parlamentar configura freio no impulso de vincular o Estado internacionalmente, que passa a ser submetido a um controle de caráter mais democrático e capaz de legitimar o comprometimento internacional.

No Brasil, a incorporação do tratado também envolve o Executivo e o Judiciário, como determina a própria Constituição Federal, que confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados (art. 84, VII e, especialmente, VIII), condicionado, porém, à aprovação do Congresso Nacional (art. 49, I, e, subsidiariamente, o art. 84, VIII).

ATENÇÃO! o artigo 84, VIII, da Carta Magna, determina que compete privativamente ao Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Entretanto, é necessário ressaltar que a interferência do Congresso na elaboração de tratados no Brasil não é posterior ao ato da ratificação, mas anterior, pelo que não é correto afirmar que a ratificação seja referendada pelo parlamento brasileiro.

A jurisprudência reconhece, portanto, que o procedimento de internalização do tratado no Brasil é complexo⁴⁵, como evidencia a seguinte ementa: "o exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos

45. Na doutrina: MARTINS, Estevão de Rezende. A apreciação de tratados e acordos internacionais pelo Congresso Nacional. In: CÂNCADO TRINDADE, Antônio Augusto (editor). *A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*, p. 264.

ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto".⁴⁶

ATENÇÃO! o artigo 49, I, da Constituição Federal determina que compete ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Entretanto, também é necessário destacar que isso não significa que caiba ao parlamento brasileiro ratificar o tratado ou dar a decisão final sobre a celebração ou não de um tratado pelo Estado brasileiro. Tal decisão definitiva tem lugar apenas quando o Congresso rejeita o ato internacional. Tendo o tratado sido aprovado pelo Legislativo nacional, a decisão final sobre a ratificação ou não do ato internacional cabe ao Presidente da República.

13.3. Tramitação do tratado no Brasil

A assinatura do tratado tem, como um de seus efeitos, o encaminhamento de seu texto para ratificação, processo que é regulado pelo próprio Estado. A assinatura inicia, portanto, um processo dentro do Brasil que poderá redundar no comprometimento externo do Estado brasileiro e na posterior incorporação do ato ao Direito interno.

O primeiro passo após a assinatura do tratado é a preparação de uma Exposição de Motivos, dirigida ao Presidente da República pelo Ministro das Relações Exteriores, dando ciência da assinatura do ato internacional, dissertando sobre sua relevância e suas consequências jurídicas e pedindo o encaminhamento do acordo ao Congresso Nacional, para fins de providenciar sua eventual ratificação.

Recebendo a Exposição de Motivos, com o tratado anexo, o Presidente pode encaminhar Mensagem ao Congresso Nacional, solicitando o exame do ato assinado para fins de ratificação. Cabe destacar que o envio da Mensagem em apreço é ato discricionário, que pode deixar de se justificar à luz do interesse público.

No Congresso, o tratado será examinado na Câmara e, em seguida, no Senado. A discussão da matéria envolverá as comissões competentes das duas Casas e votação no plenário de cada uma delas, em turno único, devendo sua aprovação seguir os termos do artigo 47 da Constituição Federal, que determina que "Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros".

46. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI-MC 1480/DF. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 04.set.97. DJ 18.05.01, p. 429.

A Emenda Constitucional 45 introduziu o § 3º no artigo 5º, que fixou regras específicas para os tratados de direitos humanos, os quais poderão galgar status de emenda constitucional caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

ATENÇÃO! a aprovação de um tratado para ratificação é fruto da conjugação da vontade das duas Casas do Congresso Nacional, não de só uma delas.

Aprovado o acordo, o Presidente do Senado emitirá um Decreto Legislativo, que aqui consiste em mero instrumento de encaminhamento do tratado ao Presidente da República, a quem cabe decidir sobre a ratificação. Caso o Congresso não aprove o ato internacional, o Presidente fica impossibilitado de ratificá-lo, configurando a violação dessa norma atentado ao livre exercício do Poder Legislativo e, portanto, crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).

ATENÇÃO! no caso dos tratados, o decreto legislativo não tem o efeito de ordenar o cumprimento do tratado ou de vincular qualquer conduta.

Caso o Congresso aprove o tratado, o Presidente pode ratificá-lo, o que, lembramos, é ato discricionário, materializado por meio de instrumento de ratificação, dirigido aos demais signatários do acordo ou a seu depositário.

Quando o tratado entrar em vigor no âmbito internacional, o Presidente pode concluir o processo de incorporação por meio da promulgação, ato pelo qual ordena a publicação do acordo e sua execução em território nacional. A promulgação é feita por meio de decreto, publicado no Diário Oficial da União.

Os acordos executivos também são objeto de publicação no Diário Oficial da União, para o que requerem apenas a autorização do Ministro das Relações Exteriores, dispensando qualquer ato presidencial.

ATENÇÃO! a discricionariedade permeia boa parte do processo de internalização. Com efeito, o Presidente não é obrigado nem a enviar o tratado assinado ao Congresso nem a ratificá-lo, quando autorizado para tal.

13.4. A obrigatoriedade dos tratados na ordem jurídica nacional

O tratado promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, podendo ser invocado pelo Estado e por particulares para fundamentar pretensões junto aos órgãos jurisdicionais e, por fim, pautando a conduta de todos os membros da sociedade. Como parte da ordem interna, o descumprimento das normas do tratado enseja a possibilidade de sanções previstas no próprio Direito brasileiro.

Como parte de um ordenamento, o tratado é colocado em algum nível da hierarquia normativa, de acordo com o que cada Estado decida a respeito. No Brasil, o tratado recebe, em princípio, o status de lei ordinária. Há também a possibilidade de que seja conferido caráter de emenda constitucional às normas internacionais de direitos humanos, nos termos do art. 5, § 3º, da CF. Existem também entendimentos de que os tratados de direitos humanos têm status supralegal ou mesmo constitucional.

Entretanto, a pertinência a uma ordem jurídica implica a possibilidade de conflitos com outras normas, a serem solucionados de acordo com os critérios que os Estados adotam. Com isso, é possível que uma norma internacional não prevaleça, no caso concreto, diante de outra norma, provocando a violação do tratado. O tema é polêmico, e será apreciado no próximo ponto.

Quadro 1. Processo de internalização do tratado no Brasil

ATO OU DOCUMENTO	ÓRGÃOS E AUTORIDADES ENVOLVIDOS	OBJETIVO
Exposição de motivos	Dirigida pelo Ministro das Relações Exteriores ao Presidente da República	Informar acerca da assinatura de um tratado e pedir sua ratificação.
Mensagem	Dirigida pelo Presidente da República ao Congresso Nacional	Solicitar o exame de um tratado para fins de ratificação
Exame do tratado no Congresso Nacional	Câmara dos Deputados e Senado Federal	Autorizar ou não a ratificação
Decreto Legislativo	Presidente do Congresso	Autoriza ou não a ratificação
Decreto	Presidente da República	Promulgação e publicação

14. CONFLITO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNO: A AUTORIDADE DO TRATADO EM FACE DA LEI INTERNA E A REALIDADE DAS ANTINOMIAS

O tema da relação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno é polêmico na doutrina e na prática jurídica.

De fato, como em todo ordenamento, as normas podem entrar em conflito umas com as outras, regulamentando de maneiras díspares as mesmas situações, configurando as chamadas "antinomias". Em nome, porém, da unidade e da coerência da ordem jurídica, pelo menos um dos preceitos em choque no caso concreto deve ser derogado, segundo critérios, que se resumem a três consagrados na doutrina e na prática: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

ATENÇÃO! destacamos que, como resultado de um conflito entre uma norma internacional e uma norma interna, o que ocorre, na prática, é a derogação da norma que, num determinado caso concreto de conflito, não deva prevalecer. Não há revogação da norma interna nem muito menos da norma internacional, a qual, de resto, só pode ser eliminada da ordem jurídica pela denúncia.

No tocante aos conflitos que envolvam normas internacionais, a Convenção de Viena de 1969 consagrou a autoridade do tratado em face da lei nacional, ao determinar que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (art. 27). Com isso, a noção que prevalece dentro do Direito Internacional é a de que seus preceitos deveriam prevalecer sobre todas as normas nacionais, inclusive as constitucionais.

ATENÇÃO! lembramos que, quando a violação for manifesta e disser respeito a norma nacional referente ao poder para concluir tratados que seja de importância fundamental, o Estado pode justificar o não-cumprimento de um tratado no seu Direito interno e pleitear sua nulidade (Convenção de Viena de 1969, art. 46 e item 5.4.1 deste capítulo).

Entretanto, a prática revela que boa parte dos Estados ainda mantém regras que condicionam a aplicação do Direito das Gentes à compatibilidade com o Direito interno. Essa prática decorre do valor primordial de que a soberania ainda se reveste para alguns entes estatais, os quais, nesse sentido, entendem ter poder para definir como os tratados se aplicarão nos respectivos ordenamentos nacionais, ainda que isso implique na possibilidade de violação de uma norma internacional.

Com isso, a possibilidade de choques entre tratados e leis internas cria uma situação em que os preceitos de Direito Internacional poderão ser derogados em caso de conflito com as leis nacionais. Com isso, a eficácia das normas internacionais fica ameaçada, abrindo caminho para a fragilização do Direito Internacional enquanto fator de estabilidade da sociedade internacional. Ademais, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, sofrendo sanções por violar a regra de um tratado.

ATENÇÃO! destacamos que a responsabilização internacional do Estado pode ocorrer ainda que o motivo alegado para o descumprimento do compromisso internacional seja a sua incompatibilidade com o ordenamento interno – ou com a própria Constituição – do ente estatal.

Como vimos no primeiro capítulo desta obra (item 11), a doutrina formulou teorias voltadas a dirimir os eventuais conflitos entre normas internacionais e internas, que oscilam entre aquelas que conferem primazia ao Direito Internacional e as que privilegiam o Direito nacional, que são o dualismo e o monismo, ou que dão preferência a determinados preceitos à luz o valor que resguardam, como a noção de primazia da norma mais favorável ao indivíduo, em voga no campo dos direitos humanos.

Na prática, cada Estado define como regulará a matéria. Nesse esforço, os ordenamentos estatais podem divergir entre si, fixando soluções distintas umas das outras, que variam entre a adoção, total ou parcial, de concepções doutrinárias e a formulação de alternativas próprias.

A determinação da forma de solucionar o problema parte da colocação das normas de Direito Internacional dentro de um dos níveis hierárquicos da ordem interna e da fixação de qual preceito (internacional ou interno) deverá prevalecer em caso de conflito.

Dentre as possibilidades adotadas pelos ordenamentos estatais para a hierarquia das normas internacionais estão: a supraconstitucionalidade; a constitucionalidade; a supralegalidade, ou seja, a primazia em relação a toda a ordem jurídica nacional, salvo a Constituição; e a infraconstitucionalidade, pela qual as normas internacionais adquirem status semelhante ao das leis comuns (ordinárias) do Estado.

As normas internacionais ficam, portanto, sujeitas ao critério hierárquico de solução de antinomias. Quando em confronto com espécies normativas da mesma hierarquia, aplicam-se os critérios cronológico e da especialidade, salvo quando se revistam de status constitucional, hipótese em que incidem os princípios relativos aos conflitos entre preceitos constitucionais.

Por fim, destacamos que o Estado não é obrigado a adotar uma diretriz uniforme para todo o ordenamento, podendo tratar diferentemente algumas de suas normas, o que é comum no caso dos tratados de direitos humanos. Esse é o caso do Brasil, em cujo ordenamento jurídico não há uma hierarquia uniforme para os tratados, variando o status dos atos internacionais no Direito brasileiro de acordo com a matéria de que tratam ou com o procedimento de sua elaboração.

ATENÇÃO! enfatizamos de antemão que a noção de supraconstitucionalidade dos tratados, que se infere dos artigos 29 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, nunca foi acolhida pela jurisprudência brasileira.

14.1. Hierarquia do tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro

A relação entre o Direito Internacional e o Direito interno também é objeto de controvérsia no Brasil, mormente em vista da relutância do legislador em regular expressamente a aplicação das normas internacionais no país, ao contrário do que ocorre em outros Estados.

Efetivamente, a história do constitucionalismo brasileiro revela que o poder constituinte não estabeleceu regras claras referentes à matéria até a Constituição Federal de 1988, quando começou a se vislumbrar um esboço de tratamento do tema, ainda que limitado apenas às normas internacionais de Direitos Humanos e de um modo tal que criou novos pontos controversos, sem necessariamente dirimir dúvidas anteriores. Com tudo isso, a definição do tratamento da matéria no Brasil é feita, principalmente, pela doutrina e pela jurisprudência.

No passado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) defendia a prevalência dos tratados sobre as normas internas infraconstitucionais, ou seja,

sua supralegalidade. Inferiores apenas à Constituição Federal, os tratados eram vistos como capazes de derrogar as leis ordinárias que lhe fossem contrárias⁴⁷.

Em 1977, o STF promoveu verdadeira inflexão no tratamento do tema no julgamento do RE 80.004⁴⁸, que adotou o entendimento de que as normas internacionais “não se sobrepõem às leis do país”. A partir de então, firmou-se o posicionamento de que os tratados têm status infraconstitucional, são equiparados às leis ordinárias e, em caso de conflitos com preceitos da mesma espécie, se submetem aos critérios cronológico e da especialidade, podendo ser derogados por normas mais novas ou especiais. Manteve-se, ainda, a noção da supremacia constitucional sobre os tratados.

O posicionamento acerca da situação dos tratados na ordem jurídica brasileira é sintetizado pelo Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes⁴⁹”.

O entendimento acerca da infraconstitucionalidade dos atos internacionais encontra fundamento no artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal, que dispõe que os acordos internacionais estão sujeitos a controle de constitucionalidade, ao determinar que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Na doutrina, sobressaem-se os argumentos de que as normas constitucionais devem ser aprovadas por um procedimento mais complexo⁵⁰.

ATENÇÃO! enfatizamos que, enquanto espécies normativas infraconstitucionais, os tratados estão, portanto, sujeitos ao controle de constitucionalidade, tanto concentrado como difuso.

47. REZEK, Francisco. *Curso de direito internacional público*, p. 99.

48. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RE 80.004/SE. Relator: Xavier de Albuquerque, Brasília, DF, 01.jun.77. DJ 29.12.77, p. 9433.

49. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI-MC 1480/DF. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 04.set.97. DJ 18.05.01, p. 429. Cabe destacar que o critério da especialidade é também conhecido como *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* ou *lex speciali derogat generali*.

50. Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1112.

A ementa do RHC 79785 sintetiza os fundamentos do entendimento majoritário acerca da hierarquia dos atos internacionais no Brasil, nos seguintes termos: “A Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, “b”)”⁵¹.

ATENÇÃO! com isso, inferimos que os tratados não podem regular matéria reservada à lei complementar.

Por fim, o entendimento de que os tratados mantêm o status de lei ordinária permanece no Direito brasileiro, como evidencia o julgado, proferido pelo STJ, da Reclamação (Rcl) 2.645/SP, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, e mencionado no julgamento, pelo STF, do HC 102041-MC/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello⁵². Na ementa desse julgado, ficou estatuído que “Conforme reiterada jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, (...) uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias” (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), ficando sujeitos a controle de constitucionalidade e produzindo, se for o caso, eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis (*lex posteriori derogat priori*)”.

Essa é, portanto, a hierarquia da maioria dos tratados na ordem jurídica pátria. Entretanto, como veremos a seguir, os atos internacionais em matéria de direitos humanos e de Direito Tributário não seguem essa lógica, ocupando outros níveis no escalonamento hierárquico do ordenamento jurídico nacional.

14.2. Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Direito interno brasileiro

Neste item, examinaremos o complexo e polêmico tema da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro em caráter apenas introdutório, deixando o estudo mais detalhado da matéria para o Capítulo VI da Parte III deste livro.

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Com isso, os direitos humanos receberam lugar de destaque na ordem constitucional, estando protegidos por todo o texto da Carta Magna, sob a designação “direitos fundamentais”.

51. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RHC 79.785/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29.mar.00. DJ 22.11.02, p. 57.

52. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Informativo 574, Brasília, 8 a 12 de fevereiro de 2010.

O catálogo de direitos fundamentais da Constituição não é exaustivo, porque, nos termos do § 2º do artigo 5º da Carta Magna, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O referido preceito consagra a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que permite a permanente e rápida atualização da ordem constitucional e, nesse sentido, abre espaço para que os tratados de direitos humanos contribuam para a ampliação do rol de direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Para parte da doutrina, o artigo 5º, § 2º da Constituição confere caráter constitucional material às normas internacionais de direitos humanos. Entretanto, o STF, até recentemente, mantinha o entendimento de que todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, se revestiam do status de lei ordinária. Nesse sentido, aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmava que “mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias”⁵³.

A polêmica referente à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil levou à consagração da possibilidade de que as normas internacionais nessa matéria alcançassem status mais condizente com sua importância. Para isso, a EC/45, de 2004, introduziu o § 3º no artigo 5º da Carta Magna, que passou a dispor que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso, abriu-se a possibilidade de que as normas internacionais de direitos humanos adquiram também status constitucional formal, desde que sejam aprovadas no Congresso Nacional por um procedimento especial, o que, até agora, ocorreu apenas em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, em 30/03/2007, e promulgada pelo Decreto 6.494, de 25/08/2009.

Quanto aos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC/45 ou fora de seus parâmetros, o STF abandonou, recentemente, a noção de que as normas oriundas de tais compromissos equivaleriam às leis ordinárias, substituída por dois novos entendimentos. O primeiro, por ora majoritário, é o da suprallegalidade desses tratados, defendida, por exemplo, pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 90.172/SP⁵⁴. O segundo, atualmente minoritário, é o da constituciona-

53. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RHC 79.785/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29.mar.00. DJ 22.11.02, p. 57.

54. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 90.172/SP. Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 05.jun.07. DJ 17.08.07, p. 91. Ver também: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RE 466.343. Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 03.dez.08, DJe 104.

lidade das normas internacionais de direitos humanos, defendida pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no julgamento do HC 87.585/TO⁵⁵.

14.3. Hierarquia dos tratados de Direito Tributário

O artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhes sobrevenha”. Com isso, o CTN adota a noção de suprallegalidade dos tratados de Direito Tributário.

Entretanto, tal entendimento não prevaleceu diante da visão de que os atos internacionais incorporados à ordem jurídica pátria equivaleriam à lei ordinária, que prevaleceu a partir do julgamento do RE 80.004. No entanto, a jurisprudência brasileira vem retomando a visão da suprallegalidade dos tratados em matéria tributária, como revela o julgamento do RE 229.096⁵⁶, que proclama reiteradamente a “supremacia dos acordos internacionais, em torno de matéria tributária, sobre a lei”.

15. QUADROS SINÓTICOS

Quadro 1. Processo de elaboração dos tratados

ETAPA	ÓRGÃOS E AUTORIDADES ENVOLVIDOS	OBJETIVO
Negociação	<ul style="list-style-type: none"> Coordenação por parte do Poder Executivo nacional (Brasil: União) 	<ul style="list-style-type: none"> Elaborar o texto do tratado
Assinatura	<ul style="list-style-type: none"> Chefe de Estado Chefe de Governo Ministro das Relações Exteriores Embaixadores, para tratados com o Estado ou organismo internacional junto ao qual estão acreditados Representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência, organização internacional ou um de seus órgãos, para tratados nesses foros. 	<ul style="list-style-type: none"> Encerramento das negociações Concordância dos negociadores com o texto Adoção do texto Encaminhamento para etapas posteriores Efeitos jurídicos: condicionar mudanças do texto a novas negociações ou emendas e obrigar a não agir contrariamente ao objeto do ato <p>NOTA: de resto, ainda não obriga os signatários a observar suas normas</p>

55. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, HC 87.585. Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 03.dez.08, DJe 118.

56. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RE 229.096. Relator: Ilmar Galvão, Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 16.ago.07, DJe 065.

ETAPA	ÓRGÃOS E AUTORIDADES ENVOLVIDOS	OBJETIVO
Ratificação	<ul style="list-style-type: none"> No Brasil, Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional 	<ul style="list-style-type: none"> Confirmar a vinculação a um tratado
Entrada em vigor	-	<ul style="list-style-type: none"> Bilaterais: notificação da ratificação ou troca dos instrumentos de ratificação Multilaterais: número mínimo de ratificações
Registro	<ul style="list-style-type: none"> Poder Executivo central (no Brasil, União), junto à ONU 	<ul style="list-style-type: none"> Dar publicidade ao ato Multilaterais: número mínimo de ratificações

Quadro 2. Tratados no Brasil: hierarquia

TRATADOS EM GERAL	TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	TRATADOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
<ul style="list-style-type: none"> Infraconstitucionalidade: tratados equivalentes à lei ordinária e submetidos também aos critérios cronológico e da especialidade 	<ul style="list-style-type: none"> Entendimento da doutrina após o art. 5º, § 2º, da CF/88: constitucionalidade Entendimento tradicional do STF num primeiro momento: infraconstitucionalidade: equivalência com a lei ordinária Novos entendimentos do STF para os tratados anteriores à EC/45: supralegalidade (majoritário) e constitucionalidade material (minoritário) Abandono do entendimento de que os tratados de direitos humanos seriam equivalentes à lei ordinária Tratados aprovados nos termos do procedimento estabelecido no artigo 5º, § 3º, da CF (EC/45): Status de emenda constitucional (Constitucionalidade material e formal) 	<ul style="list-style-type: none"> Tendência à supralegalidade

Quadro 3. Alguns dos erros mais frequentes no tocante ao tema da hierarquia dos tratados e assuntos correlatos

ERRO	NOÇÃO CORRETA
A hierarquia dos tratados no Brasil é uniforme	A hierarquia dos tratados no Brasil não é uniforme: há três ou quatro possibilidades, segundo a matéria tratada (caráter de lei ordinária, supralegalidade e equivalência com a emenda constitucional, bem como o status de constitucionalidade material, minoritário)

ERRO	NOÇÃO CORRETA
A hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil é uniforme	Há duas ou três possibilidades de hierarquia para os tratados de direitos humanos: supralegalidade (majoritária), constitucionalidade material (minoritária) e status de equivalente a emenda constitucional (para atos internacionais aprovados nos termos do § 3º do art. 5º).
Todos os tratados ainda mantêm status de lei ordinária	Tratados de Direitos Humanos não mais têm hierarquia de lei ordinária. Outrossim, já há jurisprudência do STF atribuindo caráter supralegal aos tratados de Direito Tributário
Os tratados são supraconstitucionais, nos termos da Convenção de Viena de 1969	O Brasil não adota nem nunca recepcionou a supraconstitucionalidade
Os tratados de direitos humanos encarnam valores maiores e, por isso, são recepcionados com status supraconstitucional	Os tratados de direitos humanos não estão acima da Constituição. Outrossim, não confundir "supraconstitucionalidade" com "supralegalidade"
Depois da EC 45, todos os tratados de direitos humanos têm status de emenda constitucional	Depois da EC 45, desencadeou-se efetivamente um processo de reavaliação do status dos tratados de direitos humanos no Brasil. Entretanto, apenas os tratados aprovados nos termos da CF, art. 5º, § 3º, têm status de emenda constitucional
Nos termos do § 3º do art. 5º da CF, o processo de aprovação dos tratados de direitos humanos tem apenas um turno de votação	Nos termos do § 3º do art. 5º da CF, o processo de aprovação dos tratados de direitos humanos tem dois turnos de votação
O mínimo de votos favoráveis necessário para aprovação dos tratados de direitos humanos, para os fins do § 3º do art. 5º da CF, é de maioria absoluta	O mínimo de votos favoráveis necessário para aprovação dos tratados de direitos humanos, para os fins do § 3º do art. 5º da CF, é de três quintos dos membros de cada Casa congressual
Os tratados requerem a aprovação apenas do Senado Federal	Todos os tratados, de direitos humanos ou não, são sempre aprovados pelas duas Casas do Congresso Nacional, embora apenas os tratados de direitos humanos possam enfrentar dois turnos de votação.