

## **AULA 4: FENÔMENO CONVENCIONAL**

Oi, pessoal,

Vemos que, ao elaborarem o edital de AFRF/2005, a ESAF copiou os tópicos 5 a 10 do índice do Francisco Rezek. Vejamos.

"5. O fenômeno convencional. (*Seção I do Rezek – "Entendimento do fenômeno convencional", págs. 14 a 24*)

6. Classificação dos tratados. (*Seção II – "Classificação dos Tratados", págs. 25 a 32*)

7. Competência negocial. (*Seção III, item 20 – "Competência Negocial", págs. 33 a 37*)

8. Expressão do consentimento. (*Seção IV – "Expressão do Consentimento", págs. 46 a 72*)

9. Vigência e efeitos dos tratados sobre as partes e sobre terceiros. (*Seções V e VI, tópicos 41 e 42 – "Entrada em Vigor" e "O Tratado em Vigor", págs. 73 a 83*)

10. Extinção dos tratados. (*Seção VII – "Extinção do Tratado", págs. 103 a 116*)

Portanto, se eles copiaram os itens do índice até na mesma ordem do livro, não tenha dúvida de que eles também vão copiar as questões de lá.

Sendo assim, este curso é basicamente o de sistematizar o estudo do Rezek, apontando a visão de outros autores (principalmente, Hildebrando Accioly, Celso Albuquerque de Mello e Sidney Guerra). Mas, havendo divergência entre autores, fiquem sempre com o Rezek.

Na aula de hoje, vamos ver os tópicos 5, 6 e 7 do edital.

### **FENÔMENO CONVENCIONAL**

Apresentando-se o sistema legislativo internacional de forma horizontal, ou seja, não havendo nenhum órgão legislativo da sociedade internacional, coube aos Estados a tarefa de desenvolvimento das regras sobre a elaboração dos tratados. Assim, foi adotada a Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados em 1969, sendo alterada em 1986 por outra convenção que permitiu que as Organizações Internacionais celebrassem tratados internacionais com outras Organizações Internacionais e com os Estados.

O direito dos Tratados é um ramo do Direito Internacional Público (DIP) que trata principalmente da celebração, aplicação e término dos

tratados. O DIP foi regido tradicionalmente pelos costumes internacionais até meados do século XX. Mas perderam espaço para os tratados, pois, como escreve Sidney Guerra, “o direito costumeiro pressupõe uma sociedade estática enquanto que uma sociedade dinâmica carece de um direito ‘legislado’”.

Os costumes internacionais se formam lentamente, enquanto a sociedade caminha a passos cada vez mais rápidos. Uma maior segurança nas relações internacionais é obtida pelos tratados e não pelo costume.

Apesar de ter sido realizada em 1969, a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” só entrou em vigor em 1980, não sendo aplicada, portanto, nos termos do artigo 4º, a tratados celebrados anteriormente a ela.

Os tratados são considerados atualmente a principal fonte do direito internacional, não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Mas o que seriam fontes do DIP?

De acordo com o professor Celso Mello, **fontes formais** de DIP constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surgem normas jurídicas.

Importante distingui-las das **fontes materiais**, que são os elementos históricos, sociais e econômicos que acarretam o aparecimento das fontes formais. São os motivos para a criação das fontes formais.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça apresenta as fontes formais do DIP:

“A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) As **Convenções internacionais**, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) O **costume internacional**, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) Os **princípios gerais de direito**, reconhecidas pelas nações civilizadas;

d) Sob ressalva da disposição do art. 59 (segundo o qual “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”), **as decisões judiciais e a doutrina dos juristas** mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

...”

A enumeração acima, segundo alguns estudiosos, é incompleta. Os mais modernos doutrinadores têm incluído os **atos unilaterais** como fonte, havendo outros que mencionam, ainda, a **lei internacional** (decisões das organizações internacionais).

Como exemplo de ato unilateral podemos citar o caso dos Testes Nucleares (Austrália e França), em 1974, quando a Corte Internacional de Justiça (CIJ) considerou como ato jurídico a declaração do governo francês de sua intenção de não realizar ensaios nucleares no Pacífico Sul, estando a França obrigada a tal ato.

Como exemplo de leis internacionais, podem ser citadas as resoluções da ONU (Organização das Nações Unidas).

Interessante mencionar a classificação das fontes apresentadas por alguns autores (não o Rezek):

- a) fontes escritas (tratados) e fontes não-escritas (costumes);
- b) fontes convencionais (tratado) e fontes de base autoritária (lei internacional).

O desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem na sociedade internacional.

O tratado é considerado a fonte do Direito Internacional mais democrática, uma vez que há participação direta dos Estados em sua elaboração.

Os tratados visam produzir um efeito compromissivo e cogente, podendo a matéria regulamentada tratar de temas comuns, como por exemplo, classificação de marcas de origem de vinhos ou queijos. Todavia esses tratados interessam igualmente, em razão da forma, a esta parte do direito das gentes (direito internacional): o direito dos tratados.

Deve-se destacar que o principal fundamento dos tratados vem a ser um dos princípios da sociedade internacional: o ***Pacta Sunt Servanda***, que poderíamos definir como *aquilo que foi pactuado deve ser cumprido*. Segue o artigo 26 da Convenção de Viena:

“Artigo 26 – Todo tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.”

Vamos ver os conceitos criados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que é a norma internacional orientadora na elaboração dos tratados internacionais, e que serão referenciados nas aulas. Segue o artigo 2º:

“**Artigo 2º** - Definições

1 - Para os fins da presente Convenção:

- a) «**Tratado**» significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular;
- b) «**Ratificação**», «**aceitação**», «**aprovação**» e «**adesão**» significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece, no plano internacional, seu consentimento em obrigar-se por um tratado;
- c) «**Plenos poderes**» designa um documento emanado da autoridade competente de um Estado que indica uma ou mais pessoas para representar o Estado na negociação, na adoção ou na 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;
- d) «**Reserva**» designa uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado;
- e) «**Estado Negociador**» significa um Estado que participou da elaboração e da adoção do texto do tratado;
- f) «**Estado Contratante**» significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado, esteja em vigor ou não;
- g) «**Parte**» designa um Estado que consentiu em ficar vinculado pelo tratado e relativamente ao qual o tratado se encontra em vigor;
- h) «**Terceiro Estado**» designa um Estado que não é Parte no tratado;
- i) «**Organização internacional**» designa uma organização intergovernamental.”

Os conceitos são auto-explicativos e vamos frisar apenas alguns conceitos:

- “plenos poderes” é a competência **derivada** outorgada pela autoridade que tem a competência **originária** para celebrar tratados (no Brasil, a competência originária é do Presidente da República, tendo em vista o artigo 84, VIII, da CF: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”)
- “reserva” é uma declaração para excluir ou restringir a aplicação de determinada disposição do Tratado.

Vamos ao conceito mais importante: o **tratado**.

Como vemos no artigo transcrito, tratado é todo acordo **formal** concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.

**ATENÇÃO:** Rezek destaca que a fórmula “tratados e convenções”, sistematicamente utilizada em nosso ordenamento jurídico (exemplos: artigos 96 e 98 do CTN; artigo 84, VIII da CF/88 etc.), induz o leitor desavisado à idéia de que os dois vocábulos prestam-se a designar coisas diferentes. Na verdade, há um uso livre e aleatório dos termos.

Ele mesmo verificou uma quantidade expressiva de variantes terminológicas usadas na doutrina, relativas a tratado: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. Estes termos são também de uso livre e aleatório. Ocorre, porém, que alguns desses nomes são preferidos para determinados tratados, como, por exemplo, carta e constituição para tratados constitutivos de organizações internacionais, ajuste e arranjo para tratados bilaterais de importância reduzida.

Há, no entanto, algumas terminologias com a exata noção do que seja. Podem ser citados dois casos:

- 1) A “Concordata” é um tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, sendo que o objeto deste é obrigatoriamente questão vinculada ao funcionamento da Igreja. Caso a Santa Sé celebre um tratado qualquer que tenha outro objeto, esse não será chamado de concordata; e
- 2) O termo “acordo de sede” é usado para os tratados celebrados entre uma organização internacional e um país. Seu objeto é a instalação física.

Já o Professor Celso de Albuquerque Mello, apresenta algumas definições, dentre as quais, destacamos:

**TRATADO** – Utilizado para acordos solenes – Ex. Tratados da Paz.

**CONVENÇÃO** – Tipo de tratado que cria normas gerais (Ex. Convenção sobre mar territorial).

**DECLARAÇÃO** – É usada para acordos que criam Princípios Jurídicos consagrando atitude política comum a ser seguida por todos os Estados (Ex. Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948).

**ESTATUTO** – São tratados coletivos, geralmente fixando normas para Tribunais internacionais (Ex. Estatuto da Corte Internacional de Justiça).

**ACORDO** – Nome utilizado para os tratados que se referem a assuntos comerciais, econômicos, financeiros e culturais.

**CONCORDATA** – São tratados assinados pela Santa Sé sobre assuntos religiosos.

**CARTA** – É uma forma solene de constituir organizações internacionais (Ex. Carta da ONU)

**CONVÊNIO** – Palavra utilizada para tratados que versam sobre assuntos culturais e de transporte.

**TROCA DE NOTAS** – É utilizada em acordos de matéria administrativa e possui mais de um instrumento.

***Modus vivendi*** – acordos temporários

## Características dos Tratados

Da definição do artigo 2º da Convenção de Viena de 1969, transcrito anteriormente, podemos extrair as características básicas de um tratado internacional:

- 1) Formalismo
- 2) Atores
- 3) Efeitos Jurídicos
- 4) Regência do DIP
- 5) Base instrumental

Vejamos cada uma delas.

1) Formalismo. Tratado é um acordo formal, escrito. Não existe tratado oral. Esta é a principal diferença entre as duas principais fontes do DIP (tratado e costumes).

2) Atores. As partes do tratado são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público (Estados Soberanos, Santa Sé e Organizações Internacionais). Resulta daí que as empresas privadas não têm capacidade para celebrar tratados. Outros autores citam ainda os beligerantes, as transnacionais e a pessoa humana, mas esta não é a posição do Rezek.

Celso Mello, ao definir os sujeitos de Direito Internacional, transcreve a classificação criada por Rousseau:

- a) coletividades estatais;
- b) coletividades interestatais;
- c) coletividades não-estatais; e

d) o indivíduo.”

Mas, para Rezek, apenas os Estados, incluindo nestes a Santa Sé, e as Organizações Internacionais têm personalidade jurídica de Direito Internacional Público e, portanto, se enquadram no conceito do artigo 2º da Convenção de Viena.

Para ser mais exato, as organizações internacionais só são alçadas à condição de pessoas de DIP com a celebração da “Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre **Estados e Organizações Internacionais** ou entre **Organizações Internacionais**”, em 1986.

3) Produção de Efeitos Jurídicos. Decorrem da vontade de se criarem vínculos obrigacionais entre as partes concordantes, do *animus contrahendi*. O acordo formal entre Estados, ao produzir norma que deverá ser seguida, gera obrigações e prerrogativas. Não se pode deixar de falar da figura do *gentlemen’s agreement*, que é um pacto entre estadistas, fundado sobre a honra, e condicionado, no tempo, à permanência de seus atores no poder, sendo de pura índole moral, um comprometimento honorífico sem nenhum vínculo jurídico, distinguindo-se, portanto, dos tratados.

4) Regência do Direito Internacional Público. Toda norma internacional tem que estar ligada a algum ramo do Direito. O Direito dos Tratados está ligado ao Direito Internacional Público.

5) Base instrumental. O tratado pode materializar-se em duas ou mais peças documentais distintas. Quando a Convenção usa a expressão “instrumentos conexos”, está permitindo tanto a figura denominada “troca de notas”, como a utilização de anexos. Os anexos representam documentos que acompanham o corpo principal do tratado, sendo assinados por todos os contratantes e produzidos a um só tempo. Já as trocas de notas, dentro do contexto negocial, apresentam-se como textos produzidos em momentos diversos, firmado cada qual por uma das partes, representando um método negocial e demonstrando a intenção de se celebrar o futuro acordo.

Utiliza-se também a troca de notas, fora do contexto convencional, como forma rotineira de intercâmbio diplomático, não significando necessariamente, neste caso, a existência de negociações destinadas à elaboração de futuro acordo.

Portanto, troca de notas no contexto convencional são uma negociação tipo “propõe-aceita”. É muito comum quando a negociação não ocorre em um lugar previamente determinado. Mas, deve-se frisar, a troca de notas só pode ser considerada como base instrumental se estiver presente o ânimo de contrair compromissos e não simples consultas.

Na verdade, a troca de notas é mais um instrumento para se celebrar um tratado, do que o tratado propriamente dito, pois, normalmente, depois que as notas vão e vêm, os países consolidam as notas em um texto único. A troca de notas é, mal comparando, a troca de e-mails ou de cartas visando montar o tratado.

## **Espécies de Negociação**

Vejamos as espécies de negociação, as quais podem se dar em base bilateral ou coletiva.

### Negociação Bilateral

De forma geral, realiza-se a negociação bilateral no território de uma das partes contratantes, o que normalmente ocorre entre o órgão responsável pelas relações exteriores de uma parte e a embaixada da outra parte.

No que se refere ao idioma utilizado, deve ser destacado que, quando o idioma não é comum entre as partes, o acordo terá curso no idioma que ofereça maior comodidade, podendo, inclusive, ser utilizado um idioma diferente dos usados pelas partes. Na prática internacional, tem sido usado o expediente de se lavrar o documento resultante da negociação em duas versões autênticas e de igual valor, em cumprimento ao princípio da igualdade.

Quando se encerram as discussões concernentes ao que foi pactuado, restará terminada a negociação. Estará, então, pronto o texto que será finalmente assinado.

### Negociação Coletiva

Na negociação coletiva há a necessidade de realizar-se conferência diplomática internacional. Tendo em vista a pluralidade de idiomas, deverá ser escolhido o idioma que será utilizado durante a negociação e o idioma no qual serão lavradas as versões dos textos elaborados.

A adoção do texto de um tratado, em uma conferência internacional, se dá por maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados resolverem, por igual maioria, aplicar regra diversa, conforme dispõe o artigo 9º da Convenção:

“Artigo 9º - Adoção do texto

1 - A adoção do texto de um tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados participantes na sua elaboração, salvo o disposto no n.º 2.



2 - A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se por maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, a menos que estes Estados decidam, por igual maioria, aplicar uma regra diferente.”

Após a redação do texto final pactuado, dá-se a assinatura, que garantirá a autenticidade do texto negociado.

## Estrutura dos Tratados

Antes de passarmos ao estudo das diversas classificações dos tratados, convém apresentar a estrutura básica desses acordos internacionais.

O texto pactuado deverá conter um preâmbulo seguido de uma parte dispositiva. Eventualmente pode haver anexos.

O **preâmbulo** apresenta o elenco das partes pactuantes, os motivos, as circunstâncias e os pressupostos do ato convencional. Apesar de não apresentar considerações de natureza decisória, o preâmbulo de um tratado afigura-se como importante instrumento de interpretação do acordo.

A **parte dispositiva** é elaborada em linguagem jurídica, apresentando forma de normas, ordenadas por artigos ou cláusulas. Na parte dispositiva temos os direitos e deveres das partes.

Os **anexos** constituem, também, parte do teor obrigacional do tratado. Sua posição, no texto, destacada do dispositivo, deve-se ao fato de seu conteúdo representar equações, fórmulas, ilustrações, gráficos, listas etc.

## Requisitos de Validade dos Tratados

Para produção de efeitos jurídicos, os tratados devem observar quatro requisitos de validade:

- 1) Capacidade das Partes Contratantes;
- 2) Habilitação dos Agentes Signatários;
- 3) Objeto Lícito e Possível; e
- 4) Consentimento Mútuo.

1) Capacidade das Partes Contratantes. Esta capacidade de concluir tratados depende do reconhecimento de quem são as pessoas de DIP.

Como vimos, somente os Estados, a Santa Sé e as organizações internacionais, segundo Rezek, têm capacidade para celebrar tratados.

No Brasil, nos termos do artigo 52, V da CF/88, desde que tenham consentimento do Senado Federal, os Estados membros, Distrito Federal e os Municípios poderão celebrar tratados de financiamento.

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

...

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

...”

O governo federal no Brasil não será responsável se um Estado membro da federação concluir um acordo sem que seja aprovado pelo Senado.

Regra geral, os Estados-membros de uma federação possuem o direito de convenção somente para determinadas matérias.

A Convenção de Viena se utiliza de uma fórmula genérica: “Artigo 6º – Todo Estado tem capacidade para concluir tratados.”

2) Habilitação dos Agentes Signatários. As pessoas habilitadas a assinar um tratado são aquelas que possuem os **Plenos Poderes**, ou seja, possuem o poder de negociar e concluir os acordos. São denominados **Plenipotenciários**. (art.2º,1,c da Convenção de Viena, transcrito anteriormente)

A assinatura por pessoa não habilitada faz com que o tratado não tenha seus efeitos legais, até que o mesmo seja **RATIFICADO** pelo Estado. É o que dispõe o artigo 8º da Convenção:

“Artigo 8º - Confirmação Posterior de Ato Praticado Sem Autorização

Um ato relativo à conclusão de um tratado praticado por uma pessoa que, nos termos do art. 7.º, não pode ser considerada representante de um Estado para esse fim, não produz efeitos jurídicos, a não ser que seja confirmado, posteriormente, por esse Estado.”

Nos termos do artigo 7º, §2º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estão dispensados da carta de plenos poderes, entre outros, os chefes de Estado e de Governo, os Ministros das Relações Exteriores e o chefe da missão diplomática junto ao Estado em que se

encontram acreditados (autorizados, reconhecidos). Segue o parágrafo citado:

“§ 2º - Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado:

- a) os chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores, para todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
- b) os chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado;
- c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.”

No caso do chefe da missão diplomática, ele somente pode ser agente signatário de tratados entre o Estado acreditante e o acreditado.

3) Objeto Lícito e Possível. O tratado que violar uma norma imperativa do Direito Internacional geral é **NULO**.

Dispõe o art.53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1986:

“É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional da mesma natureza.”

Assim, havendo violação de normas imperativas, o tratado não poderá produzir efeitos, podendo ser citado como exemplo a celebração de tratados que violam direitos humanos.

Nenhum tratado pode ter um objeto que contrarie a moral, nem deve tratar de algo inexecutável. Neste caso, a parte prejudicada, ou ambas, podem pôr fim àquele tratado.

4) Consentimento Mútuo. O consentimento de um Estado é um ato de declaração de se obrigar ao tratado que se torna norma legal quando entra em vigor.

Todavia, o acordo de vontade entre as partes não deve sofrer nenhum tipo de vício, quais sejam erro, dolo, corrupção e coação (artigos 48, 49, 50 e 51 da Convenção de Viena de 1969), bem como não deve afrontar a norma de direito público interno.

Em relação aos vícios que afetam o consentimento devemos fazer uma breve sistematização, uma vez que o assunto será tratado com mais detalhes em aula futura.

### **Vícios possíveis no consentimento**

- 1) Agravo ao direito público interno
- 2) Erro
- 3) Dolo
- 4) Corrupção
- 5) Coação

1) Consentimento expresso com agravo ao direito público interno – Ocorre quando o poder Executivo externo, no plano do DIP, expressa um consentimento a que não se encontra constitucionalmente habilitado. Pode ser causa de nulidade, nos casos em que a violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. (artigo 46, parágrafo 1º da Convenção de 1969).

2) Consentimento expresso com ERRO. Hipótese menos rara, na prática, sendo o erro de maior incidência o que diz respeito a questões cartográficas, em tratados de limites. Pode causar a nulidade do consentimento, caso o erro se refira a um fato ou situação que a parte supunha existir e que constituía uma base essencial para o consentimento. (artigo 48, parágrafo 1º da Convenção de 1969).

3) Consentimento expresso com DOLO. Ocorre quando o Estado ou organização internacional foi levado a concluir um tratado pela conduta fraudulenta de outro Estado. Pode ser causa de nulidade do consentimento em obrigar-se pelo tratado. (artigo 49 da Convenção de 1969).

4) Consentimento expresso com CORRUPÇÃO. Pode ser causa de nulidade, nos casos em que um Estado ou organização internacional tenha sido levado(a) a concluir um tratado por meio da corrupção de seu representante, pela ação direta ou indireta de outro Estado ou organização. (artigo 50 da Convenção de 1969).

5) Consentimento expresso com COAÇÃO. Neste, há duas hipóteses: a primeira quando o consentimento de um Estado foi obtido pela coação exercida sobre seu representante; a segunda, quando a conclusão foi obtida pela ameaça ou emprego da força em violação dos princípios do DIP incorporados na carta da ONU. Nestes dois casos, os tratados são nulos, não produzindo efeitos jurídicos. (artigos 51 e 52 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969).

**ATENÇÃO:** Sobre esta última condição, o Professor Rezek entende que a Convenção de Viena procura distinguir o nulo do simplesmente anulável, caracterizando como **nulidade absoluta**, apenas o consentimento expresso com o vício da **COAÇÃO**.

### **Relações entre o Direito Internacional Público (DIP) e o Direito Interno**

Antes de passarmos ao estudo das classificações dos tratados, vamos ver uma questão de grande importância para a compreensão do fenômeno convencional e, especialmente, dos problemas decorrentes de possível conflito entre normas de direito interno e os tratados internacionais: As relações entre o DIP e o Direito Interno.

A resposta para este problema está na própria legislação interna de cada país, ou seja, no prestígio que se dá ao DIP. De fato, há raros casos em que o DIP se situe até mesmo acima da própria Constituição, como se verifica no caso da Holanda. Contudo, em dias atuais, é praticamente impossível a existência de um Estado absolutamente afeito à influência do DIP.

Há duas teorias a respeito do tema, cujas teses, proferidas na Academia de Haia, surgiram no final do século XIX e início do seguinte: a Teoria Dualista e a Teoria Monista.

#### 1) Teoria Dualista

A teoria Dualista surgiu no fim do século XIX, tendo como principais expoentes Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália. No Brasil, podem ser citados Amílcar de Castro e Nádia de Araújo.

No desenvolvimento desta tese, os dualistas levam em consideração que o DIP é a relação entre Estados, enquanto o direito interno regula a conduta entre Estado e seus indivíduos. Assim, o Tratado terá eficácia apenas no âmbito externo, até que seja "incorporado" internamente.

Em outras palavras, o dualismo imagina o direito interno e o direito internacional como duas ordens jurídicas diferentes e independentes

entre si. Não se fala em conflito de normas, já que o direito internacional só terá validade para o ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que aquele for incorporado neste. Assim, o direito internacional não ingressará automaticamente na órbita jurídica interna do Estado, a partir da ratificação, mas tão somente mediante incorporação ou internalização (transposição da norma de origem internacional para o sistema interno através de uma manifestação legislativa).

## 2) Teoria Monista

Para a teoria monista, há uma única ordem jurídica, formada pelo DIP e direito interno. Como ensina o professor Accioly, "... em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais". Esta unidade pode se dar de duas formas: ou dando primazia ao DIP ou ao direito interno.

### Monismo com Primazia do Direito Internacional Público

Esta modalidade teve como maior precursor Hans Kelsen, da Escola de Viena, formulando a conhecida imagem da pirâmide das normas, sendo que no vértice encontra-se a norma fundamental, que vem a ser a regra do direito internacional público "*pacta sunt servanda*".

Vários países, principalmente europeus, sofreram a influência desta tese, tais como a Alemanha, França, Inglaterra e Holanda. Também a maioria dos laudos arbitrais internacionais adota esta teoria, a exemplo da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Alguns autores indicam ser este o sistema adotado pelos EUA, pois os tratados prevalecem quando em contradição com lei estadual, seja ela **anterior ou posterior** ao Tratado (artigo 6º, II, da Constituição dos EUA).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, similarmente, definiu no artigo 27 a mesma regra:

"Artigo 27 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado... "

No Brasil, até 1977, esta era a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda vigora para os tratados que versem sobre Direitos Humanos, segundo a interpretação do artigo 5, parágrafo 3º, da Constituição Federal (CF).

No monismo com primazia do DIP, o Direito Internacional é superior ao direito interno, em observância aos artigos 26 e 27

da CV, já transcritos neste texto. O Tratado ingressa automaticamente no ordenamento jurídico, sem necessidade de norma interna e prevalece sobre o direito interno.

#### Monismo com Primazia do Direito Interno

Esta teoria teve como maior precursor Hegel. Defende-se aqui a soberania absoluta do Estado.

Hoje, com o fim das barreiras geográficas, com o aumento do número de atores internacionais no globo, com a influência dos laudos dos tribunais internacionais e opiniões de estadistas estrangeiros, perante nossas cortes, é impossível pensar a soberania do Estado na forma absoluta.

Esta teoria, adotada em regimes totalitários, choca-se com o artigo 27 da Convenção de Viena.

### **Situação Brasileira**

A maioria doutrinária no Direito Internacional brasileiro acredita que o Tratado prevalece até que seja ele DENUNCIADO internacionalmente.

Neste sentido dispõe o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (âmbito da América): "Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes."

Ao contrário da posição atualmente adotada pelo STF, os internacionalistas defendem a superioridade do Tratado. A justificativa para tanto está no fato de o Tratado possuir forma própria para sua revogação, ou seja, a denúncia. De outra forma, só podem ser alterados por normas de igual categoria, isto é, outro Tratado.

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, e o poder legislativo, ao aprovar o compromisso internacional, assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflitam. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional – "teoria do ato próprio", que impede que o Congresso Nacional edite leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado.

Além do mais, há de ser realizado um "controle preventivo" da constitucionalidade e da legalidade do tratado face ao ordenamento interno e aos interesses do Brasil.

Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, dá-se pelo STF (*via* recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea "b" da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade

de Tratado, ou pelo STJ (*via* recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea "a" da CF, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou negar-lhe vigência.

Para os **internacionalistas**, em se tratando de Tratado que verse sobre Direitos Humanos, nem mesmo a denúncia posterior poderá tirar a força obrigatória das normas já incorporadas no ordenamento brasileiro. Isso, pois o Tratado de Direitos Humanos, ao ingressar no Brasil, teria *status* de norma constitucional (interpretação do art. 5º, parágrafo 3º da CF). Também por se tratar de temática de direitos individuais, seria cláusula pétrea, ou seja, nem mesmo Emenda Constitucional poderia alterar a norma. Muito menos em se tratando de simples Decreto de execução presidencial, como é no caso da denúncia.

### Posição do STF

Na falta de fonte legal, cabe à jurisprudência a definição de um critério a respeito da questão dos conflitos entre Tratados e direito interno. De fato, nada consta expressamente em nossa Constituição Federal acerca do tema (exceto o já mencionado art. 5º, parágrafo 3º da CF), o que nos leva a buscar o entendimento firmado no STF.

Vamos analisar os seguintes conflitos:

- 1) Tratado Comum X CF Anterior
- 2) Tratado Comum X Lei Posterior
- 3) Tratado Comum X Lei Anterior

#### 1) Tratado Comum X CF Anterior

Em caso de conflito entre tratado comum (este entendido como não sendo relativo a Direitos Humanos) e CF, a posição do STF é no sentido de dar supremacia à CF. Assim, o tratado comum internalizado teria um *status* de lei ordinária.

Neste sentido, leciona o professor Rezek: "...posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder."

#### 2) Tratado Comum X Lei Posterior

##### 2.a) Critério cronológico

Até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia ao Tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de 1977, o STF tem adotado o



SISTEMA PARITÁRIO, segundo o qual Tratado e lei interna têm o mesmo *status* de lei ordinária.

Embora não seja de nossa tradição constitucional estabelecer expressamente a posição hierárquica de tratado em relação a norma interna, o entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea "b", o qual dispõe que compete ao STF, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida "declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal". Assim, a interpretação destes doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa "OU" tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Este entendimento foi consagrado no julgamento do R. Extraordinário 80.004, de 1977, que Tratava do caso envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, e uma lei posterior, o Decreto-lei 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, pois, o Decreto 427/69.

A partir de então, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO, ou seja, *lex posterior derogat priori*.

Mais recentemente, na ADIn 1480-DF, o STF determinou que:

“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.”

## 2.b) Critério cronológico e da especialidade

Um precedente importante alterou a regra do STF, que além de adotar o critério cronológico, também adotou o critério da especialidade.

Trata-se do conflito ocorrido entre o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu art. 7, parágrafo 7º, e o art. 5º, inciso LXVII da CF, que recepcionou o Decreto-lei 911/69, envolvendo a questão da prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e depositário infiel. A norma internacional, mais branda, limitava a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimentos.

Eis os dispositivos legais:

Art. 5º, inciso LXVII da CF: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Art. 7º, parágrafo 7º do Pacto: "ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

O STF, em julgamento ocorrido em 1998 (HC 77.631-5), determinou que a norma internacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da CF (*lex specialis derogat legi generali*).

Assim, a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO + ESPECIALIDADE.

### 3) Tratado Comum X Lei Anterior

Conforme o critério do STF, a princípio, em caso de conflito entre Tratado comum e lei infraconstitucional anterior, prevalece a norma internacional, por ser mais recente (critério cronológico). Contudo, há de se verificar se a norma mais recente é apta a revogar a anterior, ou seja, tem que se verificar a questão da especialidade.

## CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS

Podemos estabelecer classificações para os tratados utilizando **critérios formais**, nesse caso estaremos classificando-os em função do **número de partes** ou classificando-os em função da **extensão do procedimento** adotado.

Podemos, ainda, estabelecer classificações lançando mão de **critérios materiais**, nessa hipótese estaremos classificando-os em função da **natureza das normas** expressas no tratado, da sua **execução no tempo** ou da sua **execução no espaço**.

Portanto, a classificação dos tratados é assim desenhada:

- 1) Critérios Formais
  - a. Pelo Número de Partes
  - b. Extensão do Procedimento
- 2) Critérios Materiais
  - a. Natureza das Normas
  - b. Execução no Tempo
  - c. Execução no Espaço

1.a) Quanto ao **número de partes**, os tratados podem ser:

- **bilaterais**, caso envolvam apenas duas partes, ou
- **multilaterais ou coletivos**, quando envolvam mais de duas partes.

1.b) Quanto à **extensão do procedimento**, os tratados podem ser:

- **tratados em sentido estrito**, apresentando duas fases: assinatura e ratificação; e
- **acordos em forma simplificada**, apresentando uma única fase: a assinatura é o consentimento definitivo.

Para classificar quanto à extensão do procedimento, devemos verificar se é possível perceber duas fases de expressão do consentimento das partes, fase do consentimento prenunciativo ou provisório, que corresponde à assinatura, e fase do consentimento definitivo, que se materializa com a ratificação, ou se apresenta apenas fase única, com o consentimento definitivo expresso já na assinatura.

Importante registrar que os tratados que se consubstanciam em duas fases de consentimento, chamados de **tratados em sentido estrito**, refletem prática bastante antiga no contexto internacional. Já os tratados que se apresentam em fase única de consentimento, caracterizando-se a assinatura como consentimento definitivo, chamados de **acordos em forma simplificada**, resultam de prática adotada recentemente pela sociedade internacional.

Interessante registrar, nesta etapa, a existência do chamado **acordo executivo**, muito usado na prática convencional dos EUA, que se caracteriza pelo fato de prescindir, para sua conclusão, do consentimento do Senado, não se confundindo, pois, com os **acordos em forma simplificada**, uma vez que nestes últimos, a assinatura pode estar sendo respaldada por uma autorização legislativa concomitante ou anterior à negociação.

2.a) Quanto à **natureza das normas**, os tratados dividem-se em:

- contratuais e
- normativos.

Os primeiros, também chamados **tratados-contratos**, prestam-se à realização de uma operação jurídica, podendo-se exemplificar com os acordos de comércio e de cessão territorial. Já os últimos, os **tratados-leis**, servem para a criação de regras gerais uniformes de

conduta, como exemplo podemos citar as grandes convenções coletivas, como as de Haia e de Genebra sobre o direito da guerra.

2.b) Quanto à **execução no tempo**, os tratados podem ser classificados em:

- dispositivos, reais ou executados; e
- de natureza contínua

Aqueles que criam uma situação jurídica estática, definitiva, são denominados na doutrina como **dispositivos, reais ou executados**, podendo ser usado como exemplo o tratado de fronteiras ou de limites, no qual fica estabelecida definitivamente a linha divisória entre os Estados concordantes.

Há também os tratados que criam **situações jurídicas de natureza contínua**, cuja execução se prolonga no tempo, como por exemplo os tratados de comércio, de extradição, de cooperação científica.

2.c) Quanto à **execução no espaço**, podemos classificar os tratados como:

- aplicação no território integral
- aplicação em apenas parte do território

De um lado temos aqueles acordos que devam naturalmente ser aplicados a todo o território do Estado contratante, o que, na verdade, reflete a **regra**, como pode ser observado pelo disposto no artigo 29 da Convenção de Viena:

“A menos que uma intenção diferente resulte do tratado, ou seja de outro modo estabelecida, um tratado obriga cada uma das partes em relação **a todo o seu território**”.

De outro lado temos aqueles tratados que têm a sua execução limitada, geralmente por motivo técnico, a apenas uma parte dos territórios dos contratantes. Como exemplo dos últimos, podemos mencionar o Tratado de Cooperação Amazônica celebrado por Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, cuja execução, por razões óbvias (somente parte dos territórios dos concordantes é área amazônica) limitam-se a parcela do território das partes.

Vejamos como já foi cobrado o conteúdo discutido em prova da Ordem dos Advogados do Brasil/RJ:

## OAB/RJ – DEZEMBRO 1999

Leia com atenção o trecho do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Européia, para após, marcar a opção correta:

**Sua majestade o Rei dos Belgas, o Presidente da República Federal da Alemanha, o Presidente da República Francesa, o Presidente da República Italiana, Sua Alteza Real a Grã – Duquesa do Luxemburgo, Sua Majestade a Rainha dos Países Baixos.**

***Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus;***

***Decididos a assegurar, mediante uma ação comum, o progresso econômico e social dos seus países, eliminando as barreiras que dividem a Europa,***

***Fixando como objetivo essencial dos seus esforços à melhoria constante das condições de vida de trabalho dos povos.***

- a) Trata-se de um trecho da parte dispositiva de um tratado bilateral.
- b) Trata-se de um trecho do preâmbulo de um tratado bilateral.
- c) Trata-se de um trecho do preâmbulo de um tratado multilateral.
- d) Trata-se de um trecho da parte dispositiva de um tratado plurilateral

Resp.: Letra C.

Existem mais de duas partes. Portanto, é tratado multilateral.

O trecho extraído do tratado apresenta, tão-somente, os motivos, as circunstâncias e os pressupostos do ato convencional (preâmbulo).

## COMPETÊNCIA NEGOCIAL

Devemos registrar, preliminarmente, que, sendo o Estado soberano capaz para celebrar tratados internacionais, precisamos identificar quem está habilitado a agir em nome desses entes internacionais, ou seja, quem tem a competência negocial.

O Estado manifesta-se, em regra, por seu chefe. Nas repúblicas presidencialistas, as chefias de Estado e de governo recaem sobre uma mesma pessoa, o presidente. No regime parlamentarista, no entanto, a representação da soberania do Estado recai sobre o chefe de Estado, o que lhe confere a competência para a celebração de tratados internacionais, desincumbindo-lhe a função de governar, que cabe ao primeiro-ministro.

Especificamente no Brasil, a representatividade da soberania reservada ao Presidente da República encontra-se estampada no artigo 84 da Constituição, que, ao arrolar as competências privativas de nosso Chefe de Estado, atribui-lhe a chamada **competência originária**:

“Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:

...

III - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

...”

Possui, ainda, competência negocial o ministro de Estado responsável pelas relações exteriores. O Ministro das Relações Exteriores possui a chamada **competência derivada**, já que foi investido na função especializada pelo chefe de Estado.

Os Ministros das Relações Exteriores são chamados **plenipotenciários** pelo fato de estarem exercendo uma espécie de mandato atribuído pelo chefe de Estado. Enquanto exercerem o cargo, eles não precisam comprovar a qualidade de representantes do Estado no curso das negociações internacionais.

No entanto, existem outros plenipotenciários que necessitam comprovar sua condição de representantes do Estado, através das denominadas **cartas de plenos poderes**. Pode ser indicado pelo chefe de Estado, na carta de plenos poderes, um diplomata ou um servidor público de outra área. Releva registrar que as referidas cartas devem ser apresentadas anteriormente ao início da negociação. Está dispensado da apresentação da carta o chefe da missão diplomática, caso esteja sendo negociado tratado bilateral com o país onde ele está exercendo sua função.

**ATENÇÃO:** Caso um outro ministro de Estado, que não o Ministro das Relações Exteriores, esteja incumbido de conduzir as negociações internacionais, deverá demonstrar estar legitimado por uma carta de plenos poderes.

As negociações internacionais podem ser travadas, ainda, por delegações nacionais, sendo certo, neste caso, que estará legitimado a representar o Estado o chefe da delegação, que portará a carta de plenos poderes.

Devemos salientar que a competência para negociar encontra-se regida pela Convenção de Viena em seus artigos 7º e 8º:

“Artigo 7º - Plenos Poderes

1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado:

- a) se apresentar **plenos poderes** apropriados; ou
- b) se a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa como seu representante para esses fins, e dispensar os plenos poderes.

2. Em virtude de suas funções e **independentemente da apresentação de plenos poderes**, são considerados representantes do seu Estado:

- a) os chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores, para todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
- b) os chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado;
- c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

Artigo 8º - Confirmação Posterior de Ato Praticado Sem Autorização

Um ato relativo à conclusão de um tratado praticado por uma pessoa que, nos termos do art. 7.º, não pode ser considerada representante de um Estado para esse fim, não produz efeitos jurídicos, a não ser que seja confirmado, posteriormente, por esse Estado.”

É importante explicar também o instituto denominado **treaty-making power**. Ele representa a competência que a ordem jurídica própria a cada Estado costuma partilhar entre o governo e o parlamento. Não é, portanto, uma competência negocial, é o poder de determinar, em definitivo, a disposição de um Estado em relação ao compromisso, estando disciplinado no direito interno de cada Estado.

Vejamos como pode ser cobrada a matéria em prova:

Questão extraída da obra “Direito Internacional Público”, de Sidney Guerra, Editora Freitas Bastos.

**Qual das alternativas abaixo expressa corretamente as condições de validade dos Tratados internacionais, também denominados genericamente de pressupostos ou requisitos:**

- a) Para que os Tratados sejam válidos, basta que sejam firmados pelos agentes devidamente credenciados pelos Estados e pelas Organizações intergovernamentais, como a ONU e OEA
- b) Face à baixa codificação do DIP, não existem condições expressas de validade, às quais os tratados devam necessariamente contemplar.
- c) Para todos os efeitos de direito, as condições de validade dos tratados internacionais são todas aquelas aceitas como tais pelas partes contratantes.
- d) É necessário contemplar, ao mesmo tempo, as seguintes características: capacidade das partes, habilitação dos agentes secundários, consentimento mútuo e objeto lícito e possível;
- e) São, rigorosamente, as mesmas que regem, em nível dos Estados nacionais, ou seja, do direito civil interno, os contratos.

Resp.: Letra D. Vimos que a Convenção de Viena identifica como requisitos de validade os itens constantes na letra D.

## **GLOSSÁRIO**

- 1) Fenômeno Convencional – Processo de elaboração de um tratado internacional
- 2) Fontes do DIP – Conforme a Convenção de Viena, as fontes formais são as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas.
- 3) *Pacta Sunt Servanda* - principal fundamento dos tratados: o *pactuado deve ser cumprido*.
- 4) Tratado - acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular.
- 5) *Gentlemen's agreement* - pacto entre estadistas.
- 6) Estrutura dos Tratados - Preâmbulo, parte dispositiva e, talvez, anexos.

## **Características dos Tratados**

- Formalismo



- Atores: As partes do tratado são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público
- Produção de Efeitos Jurídicos
- Regência do Direito Internacional Público
- Base instrumental: O tratado pode materializar-se em duas ou mais peças documentais distintas

### **Requisitos de Validade dos Tratados**

- Capacidade das Partes Contratantes
- Habilitação dos Agentes Signatários
- Objeto Lícito e Possível
- Consentimento Mútuo

### **Classificação dos Tratados**

Por Critérios Formais:

- Pelo Número de Partes: bilateral ou multilateral (coletivo)
- Extensão do Procedimento: em sentido estrito ou acordo em forma simplificada

Por Critérios Materiais

- Natureza das Normas: contratuais ou normativos
- Execução no Tempo: dispositivos ou continuados
- Execução no Espaço: território total ou parcial

### **Competência Negocial**

- Competência originária
- Competência derivada
- *treaty-making power* - representa a competência que a ordem jurídica própria a cada Estado costuma partilhar entre o governo e o parlamento.

Um abraço,  
Rodrigo Luz