

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 144

outubro/dezembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

***Ius cogens* e o tema da nulidade dos tratados**

Vera Lúcia Viegas

Sumário

Parte I – Existência e identificação de *ius cogens*. 1. Considerações iniciais. 2. Comprovação da existência do *ius cogens*. 3. Critérios de identificação do *ius cogens*. 4. Caráter geral da norma cogente de Direito Internacional. 5. “Aceita” e “reconhecida” pela comunidade internacional no seu conjunto. 6. Processo de formação do *ius cogens*. Parte II - *Ius cogens* e a Teoria Geral dos Tratados. Da nulidade dos tratados. 1. Considerações iniciais. 2. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens* existente no momento de sua celebração. 3. Sobre quem pode alegar a invalidade de tratado conflitante com norma de *ius cogens*. 4. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens superveniens*. 5. Conteúdo da incompatibilidade. 6. Procedimento para invalidar ou extinguir tratado conflitante com norma de *ius cogens* internacional. 7. Tratados contrários ao *ius cogens*, anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. 8. Considerações finais.

Parte I

Existência e identificação do ius cogens

São inúmeros os problemas relacionados ao tema das normas imperativas (*ius cogens*) no Direito Internacional: sua existência; fonte de produção; campo de sua incidência; Direito cogente regional; *ius cogens* e a hierarquia das fontes de Direito Internacional, fundamento do *ius cogens*¹; sua função; concreta individualização (características, critérios de identificação); implica-

Vera Lúcia Viegas é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduanda na mesma instituição, especialista em “Direito da Integração” pela Universidade de Roma “Tor Vergata” e professora de Direito Romano no Centro Universitário F.I.E.O.

ções (conseqüências de sua violação: conseqüências da nulidade do Tratado violador, responsabilidade internacional...); efetividade; correlação com institutos jurídicos afins² (ordem pública internacional, bons costumes, princípios de Direito...),etc.

Não é nossa pretensão aqui enfocar tal objeto por todos esses ângulos. Abordaremos apenas algumas das questões desse complexo tema.

Nosso intuito aqui é apenas e tão-somente, com objetivos didáticos, procurar, do modo o mais conciso e sistemático possível – sem porém sermos superficiais –, desenvolver os aspectos escolhidos do tema, propiciando, assim, o que se destina a ser uma leitura rápida e esclarecedora.

1. Considerações iniciais

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest

D. 2. 14. 38

Já os romanos aludiam a normas que não podiam ser alteradas pela vontade das partes. Empregavam o termo *ius publicum* também no sentido que hoje entendemos por Direito cogente, isto é, inderrogável pelo exercício da autonomia privada.

Nesse sentido supra-empregado, o *ius publicum* estaria em antítese ao Direito dispositivo, não podendo ser derogado por disposição em contrário³.

Di Pietro claramente nos diz que há temas que, justamente por interessarem a todos, comportam-se necessariamente como obrigatórios: *ius cogens*⁴.

São várias as opiniões sobre o *ius cogens*. Há os que negam a sua existência no campo do Direito Internacional, por não haver na comunidade internacional um governo centralizado com força física dominante e tribunais com jurisdição compulsória que possam formular e impor normas de natureza similar às que definem a ordem pública no nível nacional⁵.

Outra corrente afirma a existência do *ius cogens*, pois estão preenchidos os requisi-

tos mínimos de uma comunidade organizada. Assim, o *ius cogens* seria o “conjunto de normas gerais de Direito cuja inobservância pode afetar a essência mesma do sentido jurídico ao qual pertence”⁶.

Há ainda uma terceira corrente, que considera apenas os efeitos jurídicos do *ius cogens*, sem tentar determiná-lo. Para Ruda, é essa a posição adotada pela Convenção de Viena que, no seu art. 53, considera os efeitos do *ius cogens*: são normas que não admitem acordo em contrário, não podem ser derogadas pelas partes num tratado. São normas que foram reconhecidas pela comunidade internacional e sem a necessidade de uma aprovação unânime, mas com a exigência do reconhecimento por um número considerável e representativo dos diversos setores da comunidade internacional, incluindo, conseqüentemente, países chamados ocidentais, socialistas, desenvolvidos, em vias de desenvolvimento, de diversos continentes⁷.

2. Comprovação da existência do *ius cogens*

Fausto de Quadros e André Gonçalves Pereira tratam do tema *ius cogens* na parte relativa à hierarquia das fontes: a multiplicidade das fontes formais do Direito suscitaria o problema da contrariedade de seus conteúdos, o que é solucionado pelo estabelecimento de uma hierarquia das fontes do Direito Internacional.

O *ius cogens* foi definitivamente consagrado no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, o que é, justamente, um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo⁸.

A Convenção de Viena não traz exemplo algum de norma de *ius cogens*, mas alguns exemplos podem ser citados: a Carta das Nações Unidas proibindo o *uso da força*, a proibição à *escravidão, genocídio, pirataria* etc. Todos os Estados estão obrigados a cooperar com a proibição de tais atos.

A própria jurisprudência internacional aceita a existência do *ius cogens*.

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction*, em 1970, afirmou que o Direito Internacional impõe aos Estados certas obrigações *erga omnes*, derivadas, no Direito Internacional contemporâneo, da *ilegalidade de atos de agressão*, do *genocídio*, de *princípios e normas relativos a direitos básicos das pessoas humanas*, inclusive a *proteção contra a escravidão e a discriminação racial*⁹.

Também, em alguns países, tribunais nacionais já reconheceram a existência do Direito Internacional cogente¹⁰.

Pereira e Quadros mencionam o caso mais citado, o do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que o *ius cogens* internacional foi definido como:

“O conjunto de regras que são essenciais à existência do Direito Internacional e que já obtiveram da parte dos Estados a consciência da sua obrigatoriedade”¹¹.

3. Critérios de identificação do *ius cogens*¹²

Para caracterizar a noção de *ius cogens*, discutiu-se basicamente a adoção de três métodos¹³:

1) elencar taxativamente as normas imperativas de Direito Internacional;

2) formular uma definição de caráter geral, acompanhada de um elenco meramente exemplificativo de normas de *ius cogens*; ou

3) fornecer uma definição de *ius cogens* que contivesse os critérios idôneos a identificar a natureza imperativa. Foi esse o método seguido na redação do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O primeiro critério não foi aceito porque as regras de *ius cogens* existem independentemente de sua codificação em instrumento pactício, não sendo, assim, conveniente enumerar singularmente as regras na Convenção ou em protocolos adicionais¹⁴.

O segundo método, por sua vez, inicialmente fora adotado pela Comissão de Di-

reito Internacional, mas foi posteriormente abandonado porque um elenco meramente exemplificativo de normas imperativas portaria consigo o risco de atribuir, na prática, natureza cogente apenas a essas normas arroladas no elenco¹⁵.

Desse modo, descartados tanto o rol taxativo quanto o exemplificativo, restou o terceiro método: definir o *ius cogens* fornecendo os critérios identificadores da natureza imperativa da norma.

Assim sendo, norma imperativa é aquela aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, enquanto norma não suscetível de derrogação, podendo ser modificada apenas por uma outra norma cogente, posterior, de Direito Internacional geral.

Em suma, os requisitos identificadores de uma norma cogente, encontrados no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, são:

1) ser tal norma *aceita e reconhecida* pela comunidade internacional como norma cogente;

2) comunidade internacional essa formada pelos *Estados no seu conjunto*;

3) e, por fim, deve essa norma ser irrevogável ou

3.1) ser revogável apenas por meio de uma outra norma cogente, posterior.

Já que definir *norma cogente* como norma *inderrogável* (item 3 e 3.1 do parágrafo *supra*¹⁶) é tautológico, os critérios identificadores acabam por se resumir em:

1) generalidade da norma imperativa (como se verá);

2) e ser a mesma reconhecida e aceita – como norma cogente – pela comunidade dos Estados no seu conjunto¹⁷.

Analisemos cada um desses dois requisitos.

4. Caráter geral da norma cogente de Direito Internacional

A norma de *ius cogens* deve necessariamente ser uma *norma de caráter geral*¹⁸. Tanto o artigo 53 quanto o 64 e o 71, referem-se

sempre à norma cogente como norma de caráter geral.

Os trabalhos preparatórios da Convenção, quanto ao conceito de norma de caráter geral, referem-se sempre ao critério da obrigatoriedade *universal* da norma, ou seja, ser uma norma que vincule a todos os membros da comunidade internacional, refletindo, assim, a *consciência jurídica universal*, incorporadora dos princípios fundamentais da comunidade internacional, destinada a proteger os interesses dessa comunidade¹⁹.

Isso porque é uma norma sem uma esfera delimitada de destinatários, dirigindo-se, ao contrário, a todos os sujeitos do ordenamento internacional, indistintamente²⁰.

Trata-se de norma aceita e reconhecida por todos os componentes essenciais da comunidade internacional, como irrevogável (como se verá *infra*)²¹.

5. “Aceita” e “reconhecida” pela comunidade internacional no seu conjunto

Para interpretar esse requisito, devemos analisar:

- 1) o que se entende por “aceitação” e “reconhecimento”,
- 2) bem como, quem deve operá-los.

1) O que se entende por “aceitação” e “reconhecimento”

Já vimos que o Comitê de redação havia incluído o termo de norma “aceita”, colocado antes de reconhecimento. Assim o fez porque o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça emprega tanto o termo “reconhecimento” quanto o de “aceitação”.

Porém, tal artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça refere-se à formação do costume: a expressão “aceitação” indica o elemento psicológico no processo de formação do costume e o “reconhecimento” refere-se à manifestação de vontade dos Estados.

Mas Grécia, Espanha e Finlândia, com o termo “reconhecimento” em sua emenda²², pretendiam apenas fazer referência à convicção dos Estados: o termo “reconhecimento” não tinha sido empregado com significado diverso de “aceitação”; não significava expressa manifestação de vontade²³.

Além disso, não era propósito dos redatores da Convenção tratar da questão das fontes do *ius cogens*, mas só dos critérios identificadores.

Assim sendo, para concluir essa questão, pode-se dizer que o convencimento de um Estado quanto à natureza cogente de uma norma pode advir tanto de uma expressa manifestação de vontade, quanto de um comportamento que, de algum modo, assim o manifeste, ou seja, ainda que de um modo tácito (v.g. com a celebração de um tratado, ou pelo costume...) ²⁴.

2) Quem é o agente da “aceitação” e “reconhecimento”:

O art. 53 afirma que a *Comunidade Internacional dos Estados no seu conjunto* deve aceitar/reconhecer o caráter imperativo de uma norma de Direito Internacional Geral para que se tenha uma norma cogente internacional.

Mas, o que se entende por “Comunidade Internacional dos Estados *no seu conjunto*”?

Também nesse caso o acréscimo do termo “no seu conjunto” é fruto do Comitê de Redação. Trata-se de expressão não nova na praxe internacional e foi inserida com o escopo de deixar claro que a oposição de um determinado Estado não impede o nascimento de uma norma cogente²⁵.

Pereira e Quadros expressamente afirmam que não é necessário que o Direito imperativo internacional seja aceito por todos os Estados da comunidade internacional, bastando a aceitação generalizada por parte desses Estados²⁶.

Para esses autores, o *ius cogens* abrangeria todo o – assim chamado pelos mesmos autores – “Direito Constitucional Internacional”, ou seja:

“a) o costume internacional geral ou comum – por exemplo, os princípios da liberdade dos mares, da coexistência pacífica, da autodeterminação dos povos, da proibição da escravatura, da pirataria, do genocídio e da discriminação racial, a qualificação dos crimes internacionais, e todo o vasto ‘Direito Humanitário Internacional’; b) as normas convencionais pertencentes ao Direito Internacional geral – por exemplo, os princípios constitucionais constantes da Carta das Nações Unidas, como é o caso da proibição do uso da força, a solução pacífica dos conflitos, a condenação da agressão, a preservação da paz, da segurança e da justiça internacionais, a legítima defesa, etc. É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 103º da Carta da ONU; c) o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional, sobre Direitos do Homem – é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos²⁷ de 1966”²⁸²⁹.

O reconhecimento/aceitação provém de um número suficientemente representativo dos componentes da comunidade internacional³⁰, fazendo com que seja de *caráter universal* a convicção da existência de uma dada norma cogente de Direito Internacional geral.

Tendo-se em mente que universalidade não significa unanimidade, surge uma questão delicada: a da validade de uma norma cogente internacional a um Estado que persistentemente tenha-se oposto à formação dessa norma cogente, por meio de atos inequívocos, v. g., afirmando-a repetidamente como norma derogável, ou seja, de Direito dispositivo.

É sabido que, em matéria de costume internacional, desenvolveu-se a teoria da não-oponibilidade de uma norma costumeira a um Estado que tenha-se oposto à formação dessa mesma norma costumeira³¹.

Essa teoria da não-oponibilidade parece, porém, não ser aplicável às normas cogentes.

Isso porque “*le regole imperative, infatti, essendo destinate a proteggere interessi fondamentali della comunità internazionale, vincolano, per loro natura, tutti i membri della comunità*”³².

Para concluir: o art. 53 da Convenção de Viena fornece os critérios identificados de uma norma cogente. Uma vez presentes esses critérios, tal norma vincula toda a comunidade internacional.

6. Processo de formação do *ius cogens*

O art. 53 da Convenção de Viena, apenas fornecendo os critérios identificadores do *ius cogens*, nada menciona quanto à origem, ao processo de formação da norma cogente.

Porém, podemos deduzir o *processo de formação do ius cogens*:

- a) dos próprios critérios identificadores da norma cogente;
- b) dos trabalhos preparatórios da Convenção; e
- c) de outros elementos da própria Convenção.

Uma primeira pergunta que pode ser feita é esta: as fontes das normas imperativas internacionais são as arroladas no art. 38 da Corte Internacional de Justiça, ou, por serem uma categoria particular de normas, o *ius cogens* internacional teria um processo de produção jurídico diverso^{33?}

Uma norma imperativa internacional deve, de acordo com o art. 53 da Convenção, ser uma norma de Direito Internacional geral e – conforme o supra-aludido – pertencer à categoria de normas que vinculam os Estados independentemente da aceitação destes.

Assim, um acordo não poderia produzir uma norma de Direito Cogente, porque norma pactícia não é norma de Direito Internacional geral e, além disso, principalmente por poder o Tratado ser posterior-

mente derogado pelas mesmas partes. Logo, não estariam presentes os elementos identificadores da norma imperativa, elencados pelo art. 53 da Convenção³⁴.

Nada impede, no entanto, que uma norma pactícia se torne posteriormente uma norma costumeira³⁵, nem que um tratado refira-se a uma norma cogente de Direito Internacional geral, mas, neste último caso, o caráter imperativo da norma pactícia não adviria do tratado, mas sim da norma costumeira que preenche os requisitos do art. 53 da Convenção.

Questão igualmente interessante é a das *Convenções multilaterais*. Vejamos.

Se uma convenção multilateral contém uma cláusula prescrevendo serem inválidos os acordos contrários às disposições dessa convenção, esta não se torna uma convenção de *ius cogens*, já que não perde o seu caráter pactício, e, se dois Estados membros dessa convenção multilateral celebram um tratado contrário à mesma, esse tratado permanece válido, configurando apenas uma violação de tal cláusula da convenção multilateral e também um ilícito internacional, já que uma convenção multilateral deve ser respeitada e cumprida por todos os seus membros (art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados)³⁶.

Quanto às outras fontes indicadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os *princípios gerais de Direito reconhecidos pelas Nações civilizadas* (art. 38, I, “c”, do Estatuto da Corte) são *ius cogens* se forem admitidos como princípios uniformemente previstos nos ordenamentos internos e forem, internacionalmente, “sentidos” como obrigatórios e também como cogentes, isto é, não passíveis de derrogação³⁷.

Quanto ao *costume*, este, diferentemente dos princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, destina-se a proteger interesses fundamentais da comunidade internacional, podendo, assim, assumir caráter de norma cogente. Isso não significa, porém, que todo o costume internacional tenha esse caráter.

Sendo os dois elementos do costume a *diuturnitas* e a *opinio juris*, para que uma norma costumeira seja cogente, o diferencial é o elemento psicológico: a *opinio iuris* da comunidade internacional deve ser no sentido, além da obrigatoriedade de uma certa praxe, também da sua irrevogabilidade. Assim, o processo de formação de uma norma cogente é dissociado do processo de formação do costume: o caráter cogente da norma surge com a posterior manifestação do convencimento da sua inderrogabilidade³⁸.

Parte II

Ius cogens e a Teoria Geral dos Tratados

Da nulidade dos tratados

Os tratados também estão submetidos a requisitos de validade e nulidade, tanto quanto os contratos do Direito Interno³⁹.

No entanto, não se podem aplicar indiscriminadamente as normas contratuais do Direito Privado aos tratados internacionais, pois para estes não existe a centralização de órgão legislativo e jurisdicional encontrada no Direito Interno.

Assim, diante dessa peculiaridade, para o tratamento da validade de um tratado consideram-se a jurisprudência dos tribunais internacionais, o trabalho da Comissão de Direito Internacional e as disposições da Convenção de Viena sobre Tratados⁴⁰. Vejamos.

1. Considerações iniciais

No Direito Interno, distinguem-se o ato inexistente do ato nulo:

1) ato inexistente: aquele que não preenche os elementos de fato exigidos para a sua existência, pela sua natureza e seu objeto e em ausência dos quais é logicamente impossível conceber sua existência;

2) ato nulo: preenche as condições essenciais para a existência do ato jurídico, mas se encontra privado de efeitos por lei.

O mesmo se aplica ao Direito Internacional. Exemplos de atos inexistentes no Direito Internacional: um bloqueio não efetivo; uma ocupação sem posse efetiva; etc.

O Direito Interno distingue também o ato nulo do anulável:

1) ato nulo: a nulidade decorre da lei; uma vez provada a causa de nulidade, o juiz deve declará-la, podendo até fazê-lo *ex officio*;

2) ato anulável: uma vez provada a causa de nulidade, o juiz tem a faculdade de declará-la ou não.

Discute-se a existência dessa distinção entre ato nulo e anulável no Direito Internacional, por não haver no plano internacional um órgão jurisdicional obrigatório⁴¹.

O Direito Interno faz também a distinção entre atos nulos ou anuláveis absolutos e atos nulos ou anuláveis relativos:

a) atos nulos ou anuláveis absolutos: violam a ordem pública e os bons costumes, não se podem convalidar, sua nulidade pode ser pronunciada pelo juiz, requerida pela parte interessada ou por terceiros;

b) atos nulos ou anuláveis relativos: estabelecidos pela lei em benefício de interesses particulares, somente podem ser invocados pela parte interessada e são passíveis de convalidação.

Essa última distinção foi, de certa forma, reconhecida pela Convenção de Viena.

As *nulidades relativas* ocorrem no caso de vício de consentimento – exceto a coação – a saber: violação de procedimentos internos (art. 46), restrição de poderes (art. 47), erro (art. 48), dolo (art. 49) e corrupção do representante do Estado (art. 50). Só o Estado contratante vítima dessas causas de nulidade é que pode invocá-las. Essas causas de nulidade foram estabelecidas em interesse particular do Estado e, por isso, este não as pode alegar se, após ter conhecimento delas, manifestou sua aquiescência na validade do contrato, expressa ou tacitamente.

Já as causas de *nulidade absoluta* são as seguintes: coação⁴² – quer seja sobre o re-

presentante do Estado ou sobre o próprio Estado – ou violação de uma norma imperativa de Direito Internacional: *ius cogens* (art. 53)⁴³.

“Art. 53. *Tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito internacional geral (ius cogens).*

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito internacional geral. Para os 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 norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de Direito internacional geral da mesma natureza.”⁴⁴

“Art. 64. *Superveniência de uma nova norma imperativa de Direito internacional geral (ius cogens):*

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”⁴⁵

Trata-se de uma nulidade absoluta cuja causa não é um vício de consentimento, mas sim objeto ilícito do tratado.

Feitas as observações *supra*, passemos agora, ainda dentro destas considerações iniciais, às conseqüências da nulidade de um tratado. Vejamos.

A nulidade de um tratado não elimina eventual responsabilidade internacional do Estado e a necessidade de reparação⁴⁶.

Existe, até hoje, um setor da doutrina que entende que se deva reconhecer *a todo e qualquer Estado* uma *actio popularis* em relação a infrações ao Direito Internacional cogente.⁴⁷

Os artigos 69 e 71 da Convenção regulam as conseqüências da nulidade de um tratado.

O tratado nulo carece de força jurídica, ou seja, não tem caráter obrigatório

(art. 69, 1). O tratado é nulo *ab initio* e não a partir da data da invocação de nulidade. As partes devem retroceder ao *status quo ante*, à situação anterior à celebração do tratado (art. 69, 2, “a”). Os atos praticados de boa fé antes da invocação da nulidade do Tratado não serão afetados por esta.

O vício de consentimento em um tratado multilateral afeta apenas a relação jurídica entre o Estado com consentimento viciado e os demais Estados, e não a relação entre estes (art. 69, 4).

Já as conseqüências da nulidade de um tratado gerada por violação à norma de *ius cogens* são outras, estando reguladas diferentemente pelo art. 71 da Convenção.

De acordo com o art. 71, se um tratado for nulo por violação ao *ius cogens*, as partes devem:

“a”: eliminar na medida do possível as conseqüências de eventuais atos executados com base em disposição contrária ao *ius cogens*

“b”: ajustar suas mútuas relações à norma imperativa de Direito Internacional geral. Logo, esta é de fato imperativa, impõe-se aos Estados; estes devem necessariamente observá-la.

Assim, se a causa da nulidade de um tratado for a violação do *ius cogens*, não basta o retorno ao *status quo ante*, sendo também necessário que as partes se ajustem à norma de *ius cogens*.

2. Conflito entre um Tratado e uma norma de *ius cogens* existente no momento de sua celebração

Nesse ponto, cabe indagar: um tratado contrastante com uma norma imperativa é automaticamente inválido ou continua a produzir provisoriamente os seus efeitos até que o procedimento da invalidade seja observado?

O supramencionado art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados declara ser nulo o tratado que, ao momento de sua conclusão, conflite com uma norma cogente. O art. 69, § 1^o⁴⁸, por sua vez, apre-

goa que as disposições de um tratado “nulo” não têm força jurídica.

Mas é o art. 65 que regula o procedimento a ser adotado no caso de nulidade de um tratado: *a parte* que impugna a validade do tratado, dando-o por extinto, retirando-se dele ou suspendendo sua execução, *deve notificar sua pretensão* às outras partes, indicando, na notificação, a medida que pretende tomar e as suas razões (esse ponto será aprofundado *infra*).

O prazo dessa notificação, de acordo com o próprio art. 65, será de no mínimo três meses, salvo em caso de extrema urgência.

Já o art. 71, por sua vez, regula os efeitos da invalidade dos atos cumpridos em execução de um tratado contrário a uma norma imperativa: além do dever de eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em disposição conflitante com o *ius cogens*, devem as partes adaptar o tratado violador à norma de *ius cogens* violada, conforme já vimos.

Assim, o *ius cogens*, como já se disse *supra*, é realmente de imposição obrigatória, devendo ser não apenas respeitado, isto é, não violado, como também cumprido, executado, pela Comunidade Jurídica Internacional.

Mesmo considerando-se que a invalidade opera *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento inicial da celebração do tratado, sabe-se, porém, que a retroatividade nem sempre conduz eficazmente as partes ao *status quo ante*.

Surge então uma dúvida quanto a essa declaração de invalidade que deve ser feita pela parte que alega a violação do tratado ao *ius cogens*, bem como do prazo mínimo dessa notificação às demais partes.

Durante o prazo de notificação, a parte é obrigada a continuar cumprindo esse tratado, mesmo sendo violador de uma norma imperativa de Direito Internacional geral?

Deve a parte obrigatoriamente observar o supra-aludido procedimento prescrito

pelo art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados?

O estabelecido no art. 65 tem por escopo evitar meras declarações unilaterais de invalidade de tratados, independentes de verificação, consensual ou judicial, da real existência da causa de invalidade invocada. Mas, ao mesmo tempo, na outra face da moeda, estão em jogo não apenas os interesses dos Estados contratantes, mas sim os de toda a comunidade internacional, por tratar-se, justamente, da violação de uma norma de *ius cogens*.

Na redação do art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, deu-se mais peso à estabilidade dos tratados internacionais⁴⁹.

Por um outro lado, o próprio art. 65 menciona que tal prazo de notificação deve ser observado “salvo em caso de extrema urgência”⁵⁰.

É interessante ainda observar que um tratado contrastante com uma norma de *ius cogens* não se convalida por aquiescência da parte, ou seja, não se aplica o art. 45 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, já que esse artigo refere-se a vícios de consentimento.

Uma outra consequência é a invalidade causada por violação ao *ius cogens* atingir todo o tratado: o inteiro tratado, e não apenas a cláusula violadora da norma imperativa de Direito Internacional geral, fica privado de força jurídica, em virtude do § 5º do art. 44 da Convenção de Viena, que proíbe a divisibilidade das disposições de um tratado, nesse caso.

Porém, numa interpretação sistemática da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, devemos considerar eventuais efeitos causados por atos executados com base em ‘cláusulas não evadidas do vício’ de nulidade por contraste com norma de *ius cogens*. Nesse caso, incide a alínea “b” do § 2º do art. 69 da Convenção: *os atos praticados de boa fé, antes de a nulidade de um tratado haver sido invocada, não serão afetados pela nulidade do tratado.*

3. Sobre quem pode alegar a invalidade de tratado conflitante com norma de *ius cogens*

Já que o Direito cogente protege interesses de toda a comunidade internacional, todo e qualquer Estado, parte de um tratado violador de *ius cogens*, pode invocar a invalidade desse tratado (o art. 65, § 1º, refere-se a Estado “parte”)⁵¹.

Já nos casos de vício de consentimento (arts. 46 a 50 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), apenas o Estado que teve o consentimento viciado é que pode impugnar o tratado⁵².

4. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens* superveniens

De acordo com o art. 64 da Convenção de Viena, um tratado antagônico a uma norma de *ius cogens* superveniente torna-se nulo e extingue-se: *se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se*⁵³.

Um tratado contrastante com uma norma de *ius cogens* superveniente tem seus efeitos cessados *ex nunc*, ou seja, apenas a partir do aparecimento da nova norma de *ius cogens* superveniente, e não desde o início da celebração do tratado (art. 71, § 2º, “b”, da Convenção de Viena).

Não se prejudicam os direitos e obrigações havidos na execução do tratado anteriores ao surgimento da nova norma de *ius cogens*⁵⁴ justamente por terem por base a boa fé das partes no momento da celebração e início da execução do tratado (o vício é apenas posterior, só surge quando do nascimento da nova norma imperativa, admite-se retroagir, fazendo cessar os efeitos da execução do tratado, apenas ao momento do aparecimento dessa nova norma imperativa superveniente)⁵⁵.

Quanto ao procedimento para a extinção, nesse caso, basta mencionar que a Convenção de Viena distingue entre as causas de extinção previstas diretamente por um

tratado e as causas de extinção previstas pela própria Convenção. As primeiras operam independentemente do procedimento estabelecido no art. 65 e seguintes; já para as segundas, estão justamente subordinadas ao procedimento do art. 65 e seguintes⁵⁶.

Um outro ponto interessante é que, tanto no caso de conflito de tratado com norma imperativa já existente ao tempo de sua celebração, ou superveniente, a parte não perde o direito de reclamar a extinção do tratado, ou seja, não se configura a hipótese de incidência do art. 45 da Convenção de Viena (não se admite convalidação por aquiescência).

Quanto à legitimidade para a extinção do tratado por incompatibilidade com norma de *ius cogens* superveniente, apenas um Estado parte nesse tratado é titular do poder de fazer valer o procedimento do art. 65 da Convenção, pelos mesmos motivos supra-explicitados, quando da análise de conflito com norma imperativa já previamente existente ao tempo da celebração do tratado.

Diferentemente ocorre, porém, quanto à possibilidade de divisão do tratado viciado. O conflito com norma imperativa superveniente torna nula e extingue apenas a cláusula incompatível, e não todo o tratado. O art. 44, § 5º, da Convenção admite a divisibilidade, nesse caso, fazendo com que o tratado continue a produzir efeitos, extinguindo-se, apenas, as cláusulas conflitantes.

5. Conteúdo da incompatibilidade

Os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena não determinam qual deva ser o núcleo da incompatibilidade. Nos trabalhos preparatórios, percebemos que inicialmente havia sido feita a distinção entre o objeto do tratado (conteúdo de suas cláusulas contratuais) e a sua execução.

Do desenrolar dos trabalhos preparatórios, infere-se que o critério da execução do tratado para a aferição da incompatibilida-

de foi afastado. Assim, apenas o conteúdo do tratado deve ser considerado para a verificação da incompatibilidade do mesmo com uma norma do *ius cogens*⁵⁷.

Logo, se o tratado não tem um conteúdo incompatível com o *ius cogens*, mas é executado por uma forma violadora de norma imperativa internacional, é válido; porém, as partes, ao executá-lo desse modo contrastante com o Direito cogente, cometem um ilícito internacional.

Para Ronzitti, a análise da incompatibilidade deve ser feita com base não apenas no objeto do tratado, mas também de seu escopo, ou seja, o fim perseguido pelo Tratado, inferido do próprio conteúdo das cláusulas contratuais. Objeto e escopo seriam dois critérios indissociáveis⁵⁸.

6. Procedimento para invalidar ou extinguir tratado conflitante com norma de *ius cogens* internacional

Como já havíamos mencionado *supra*, o Estado que alega incompatibilidade do tratado com norma cogente deve inicialmente notificar a outra parte e indicar a medida que pretende tomar, ou seja, se pretende declarar inválido ou extinto o tratado e os seus motivos (art. 65, § 1º, da Convenção de Viena).

Esse Estado poderá declarar o tratado inválido ou extinto se, decorridos três meses do recebimento da notificação, a outra parte não objetar (art. 65, § 2º)⁵⁹.

Se, porém, houver objeção, as partes devem procurar uma solução, valendo-se de um dos meios previstos no art. 33 da Carta da ONU (art. 65, § 3º)⁶⁰. Essa controvérsia será resolvida até doze meses após a objeção, ou então qualquer das partes poderá, mediante recurso unilateral, outorgar a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, se não se preferir recorrer à arbitragem (art. 66 da Convenção, *caput* e § 1º).

Assim, consequência importante desse procedimento é a atribuição da competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça: para provocar a manifestação da

Corte quanto à aplicação ou a interpretação dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, não se exige a anuência da outra parte; apenas uma das partes, mediante recurso unilateral, pode iniciar o procedimento⁶¹.

A Tunísia fez reserva ao art. 66, alínea “a”, justamente por este determinar obrigatória a competência da Corte Internacional de Justiça. Ela se opôs, mesmo se tratando apenas de competência obrigatória quanto à matéria de *ius cogens*⁶².

O que a Corte deve fazer, uma vez provocada por recurso unilateral de uma das partes, é determinar se uma dada norma tem a natureza cogente e se o tratado atacado em questão é contrário a essa norma.

Já as conseqüências da invalidade e extinção de um tratado contrário à norma de *ius cogens* não estão compreendidas na jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Logo, a Corte não pode declarar inválido ou extinto o tratado⁶³.

*7. Tratados contrários ao ius cogens, anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*⁶⁴

As disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados só se aplicam, obviamente, aos Tratados concluídos após a sua entrada em vigor, com ressalva, porém, para aquelas cláusulas que são mera codificação do Direito Internacional geral preexistente (art. 4º da Convenção)⁶⁵.

Isso posto, considerando-se que o *ius cogens* internacional não é criação da Convenção de Viena – esta apenas expõe os critérios identificadores –, suas disposições relativas ao Direito cogente internacional aplicam-se também a tratados anteriores à Convenção.

De acordo com o art. 4º da Convenção, para sabermos se uma determinada estipulação da Convenção pode ser aplicada a um tratado a ela anterior, basta verificarmos se

se trata de uma estipulação fruto do Direito pactício/convencional da Convenção ou, então, de Direito consuetudinário, anterior à mesma.

A invalidade de um tratado em conflito com o *ius cogens* decorre não do Direito pactício/convencional da Convenção de Viena, mas sim do Direito Internacional geral, preexistente, que foi apenas codificado no art. 53 da Convenção. O mesmo se dá com o art. 64.

Logo, tanto o art. 53 quanto o art. 64 – bem como o art. 71, pelos mesmos motivos, ou seja, sua adequação ao Direito consuetudinário preexistente – aplicam-se inclusive a tratados anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena, já que não são criação da mesma, mas, sim, pertencem ao Direito Internacional geral, consuetudinário, que foi apenas codificado nesses artigos⁶⁶.

Outra questão é a referente às conseqüências da invalidade ou extinção de um tratado concluído antes da entrada em vigor da Convenção de Viena. Essas conseqüências são reguladas pela Convenção? Ou seja, considerar-se-á inválido todo o tratado ou apenas a cláusula contrastante?

A cláusula que veda a divisibilidade das disposições contratuais (art. 44, § 5º, da Convenção), essa sim deve ser considerada fruto apenas do Direito pactício/convencional da Convenção de Viena: não se trata de codificação de Direito Internacional geral preexistente⁶⁷.

Isso porque tal artigo foi alvo de inúmeras contestações por parte dos Estados membros da Convenção e também de uma emenda em sentido contrário⁶⁸.

Já quanto ao procedimento para a declaração de invalidade ou extinção, a sua regulação é também entendida como fruto do Direito pactício/convencional, não se aplicando, portanto, aos tratados celebrados antes da entrada em vigor da Convenção.

8. Considerações finais

Como bem afirmam Pereira e Quadros, a doutrina aceita hoje pacificamente a existência do *ius cogens* internacional⁶⁹ e, além disso:

“A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’, que compõem a *ordem pública da Comunidade Internacional* ou *ordem pública internacional*, e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional, limitando inclusivamente a liberdade dos Estados e das Organizações Internacionais quer na conclusão de tratados, quer na prática de actos unilaterais. É nesta medida que é justo continuar a afirmar-se que o *ius cogens* se opõe ao *ius dispositivum*.”⁷⁰

Essa necessidade de assentar a comunidade internacional em valores fundamentais surgiu principalmente após a 2ª Guerra Mundial.

A própria jurisprudência internacional aceitou a existência do *ius cogens*, ainda que muitas vezes não tenha-se valido dessa expressão.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, admitindo a existência de regras imperativas de Direito Internacional, limitou-se a:

– caracterizar o *ius cogens* internacional como norma imperativa de *Direito Internacional Geral*,

– exigir que seja aceite e reconhecido pela comunidade internacional no seu conjunto e

– tornar nulo o tratado a ele contrário⁷¹.

A admissão da existência do *ius cogens* internacional é prova da crise do voluntarismo e está de acordo com as modernas concepções do Direito Internacional, que não mais se baseiam no conceito de soberania indivisível dos Estados⁷².

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi aprovado por 87 (oitenta e sete) votos contra 8 (oito), com 12 (doze) abstenções, o que comprova a existência do *ius cogens* internacional limitando a liberdade contratual dos Estados em nome de interesses de toda a comunidade internacional de Estados⁷³.

Notas

¹ Sobre o fundamento do *ius cogens*, vide o Capítulo II de ALEXIDZE, Levan. *Legal Nature of jus cogens in Contemporary international law*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1981-III, Tomo 172, p. 243-258.

² Sobre esse último ponto, vide ALEXIDZE, 1981:237-242.

³ BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino : Utet, 1993. ristampa 1996. p. 5.

⁴ Di PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires : Depalma, 1996. p.41.

⁵ Vide RODAS, João Grandino. “*Ius cogens* em Direito Internacional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, 1974. p. 134.

⁶ RUDA, José María. Nulidade de los Tratados. In: *International Law at a Time of Perplexity—Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, organizado por Yoram Dinstejn, p. 674.

⁷ Todas essas considerações iniciais serão adiante aprofundadas, oportunamente.

⁸ PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1997. p. 277.

⁹ PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 279., e notas 4 a 6 mencionam outros casos envolvendo aplicação do direito cogente internacional.

¹⁰ BOGGIANO menciona dois casos da Corte Suprema da Nação Argentina aplicando o conceito de *ius cogens* (BOGGIANO, Antonio. *Teoria del Derecho Internacional—las relaciones entre los ordenamientos jurídicos—ius inter iura*. Buenos Aires : La Ley, 1996. p. 60).

– à violação ao princípio da defesa e direito à jurisdição (caso Washington Carranza). A questão básica envolvida, nesse caso, é a da conciliação da norma de um tratado conferindo imunidade de jurisdição a uma organização internacional e a norma constitucional argentina reconhecendo à outra parte o Direito à jurisdição (o art. 4º do Acordo de Sede da Comissão Técnica Mista de Salto Grande atribui-lhe imunidade de jurisdição) BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 447.

– à proibição do genocídio, alegando que o genocídio não pode-se justificar como represália por um ato ilícito prévio (caso Priebke) BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 740.

¹¹ Os autores citam, ainda, outro caso, o *Filartiga*, da Suprema Corte norte-americana. PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 280.

¹² Esse tópico é tratado no Capítulo II (*The Identification of the ius cogens norms*) de ROZAKIS, Christos L. *The Concept of ius cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam/New York/Oxford: North-Holland Publishing Company, 1976. p. 44-84.

¹³ RONZITTI, Natalino. *La disciplina dello ius cogens nella Convenzione di Viena sul Diritto dei Trattati*. In: *Comunicazioni e Studi*. Milano: Giuffrè, v. 15, 1978. p. 248-250. O autor utilizou-se, nessa parte, das informações contidas nos Documentos Oficiais das Conferências das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968. Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, New York, 1969 e também Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, New York, 1970).

¹⁴ Quanto a uma enumeração de normas de *ius cogens*, para Antonio BOGGIANO, faz parte do *ius cogens* a proibição:

- ao uso da força;
- ao tráfico de escravos;
- à pirataria;
- ao genocídio;
- à violação dos direitos humanos;
- à igualdade dos Estados e
- ao princípio da autodeterminação dos povos.

O autor complementa, ainda, aduzindo que o conceito de *ius cogens* deve ser desenvolvido pela prática dos Estados e pela jurisprudência dos Tribunais internacionais BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 60-61.

¹⁵ Vide, a respeito, RODAS, 1974. p.129.

¹⁶ Esses itens apenas descrevem a natureza de uma norma de *ius cogens*, sem, porém, permitirem uma individualização.

¹⁷ O primeiro requisito – exigência da generalidade da norma – encontrava-se já no projeto da Comissão, cujo texto definitivo foi redigido em 1966. RODAS. 1974. p.127; já o segundo decorre de emenda da Grécia, Finlândia e Espanha, que porém, mencionavam só “reconhecimento”, e pela Comunidade Internacional (sem se referir a “no seu conjunto”). Os acréscimos posteriores (“aceitação”, além de reconhecimento, e Comunidade Internacional “no seu conjunto”) decorrem das propostas do Comitê de Redação. RONZITTI. 1978. p. 250-251.

¹⁸ Como é sabido, além do Direito Internacional Geral, existe o Direito Internacional Pactício, decorrente este último da celebração de tratados por parte dos membros da comunidade internacional. A propósito, Rodas apregoa que o caráter universal de o *ius cogens* está justamente realçado pelo fato de o direito cogente ser constituído exclusivamente de normas de Direito Internacional geral. RODAS. 1974. p. 128.

¹⁹ RONZITTI. 1978. p. 251. PEREIRA e QUADROS chegam a falar em “Direito Constitucional Internacional” [PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 282-283].

²⁰ Sobre a admissão de um *ius cogens* regional, vide RONZITTI. 1978. p. 252., nota 18, em que há referências bibliográficas de autores que o admitem.

²¹ PEREIRA e QUADROS mencionam o Acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 27 de junho de 1986, referente ao caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua, “onde o Tribunal admitiu a existência de Direito cogente regional” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 281. outra tentativa de alegação da existência de *ius cogens* regional encontra-se nas páginas 281-282. Os autores expressamente se manifestam favoráveis à existência do direito cogente regional, que porém “deverá sempre respeitar as regras para-universais ou gerais de *ius cogens*.” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 282. Já para MORELLI, as normas imperativas pertencem ao Direito Internacional geral. MORELLI. Gaetano, *A proposito di norme internazionali cogenti*, Rivista di Diritto Internazionale, v. 51, 1968. p. 110-116.

²² Feita com o escopo apenas de melhor aclarar a definição de *ius cogens* elaborada pela Comissão.

²³ RONZITTI. 1978. p. 253-254.

²⁴ Nesse sentido, manifestou-se a Polônia [RONZITTI, 1978:255].

²⁵ RONZITTI, 1978:255. Vide também a nota 27 do mesmo autor, indicando quem compartilha desse mesmo entendimento e quem, porém, levanta dúvidas.

²⁶ Assim, não é pelo fato de a República Popular da China – e outros poucos Estados de regime não-democrático – “não terem ainda ratificado a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos de 1966 que se pode dizer que as suas regras não são imperativas para toda a Comunidade Internacional.” PEREIRA, QUADROS: 1997:282. Nesse mesmo sentido, Alexidze entende que “comunidade internacional no seu conjunto” deve englobar cada qual dos grupos políticos de Estados existentes no mundo, e um ou dois membros de cada grupo não podem afetar o estabelecimento do *ius cogens* ALEXIDZE. 1981. p. 258.

²⁷ Ou seja, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em 22 de março de 1976. PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 91.

²⁸ PEREIRA, QUADROS: 1997:282-283.

²⁹ Quanto à controvérsia de se saber se todos os tratados, até mesmo os regionais, sobre Direitos do Homem, configuram direito cogente ou não, os autores afirmam que pertencem ao direito imperativo ao menos os mais importantes dos direitos e liberdades consagrados na Declaração Universal de 1948 e nos Pactos de 1966 e que não fazem parte do direito consuetudinário geral, como os direitos à vida, propriedade privada, liberdade, constituição da família, liberdades de

expressão do pensamento, de reunião, associação, de circulação... Afirmam ainda os autores que o âmbito do Direito Internacional geral imperativo deve-se alargar, englobando todos os direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração Universal e pelos Pactos de 1966, e encerram esse ponto de vista corroborando o entendimento de Dominique Carreau, afirmando que: “o conceito de *ius cogens* é evolutivo, podendo regras que hoje já cabem nele deixar de o fazer e vice-versa. Mas a tendência é, sem dúvida, para o alargamento do conteúdo do conceito.” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 284. Considerando o caráter evolutivo do *ius cogens*, podemos afirmar que um tratado pode conter uma nova norma de *ius cogens* que contrarie uma anterior e a derogue.

³⁰ Isso significa a participação de Estados tanto ocidentais quanto orientais, desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, etc.

³¹ Sobre as dúvidas em torno dessa teoria, vide nota 28 de RONZITTI. 1978. p. 256.

³² RONZITTI. 1978. p. 256. Essa opinião é reforçada pelos trabalhos preparatórios da Convenção.

³³ Artigo 38: “1. 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, reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

³⁴ Há, porém, os que afirmam ser possível um acordo criar normas imperativas (vide, a respeito, nota 31, RONZITTI. 1978. p. 258); entre os argumentos ali utilizados, está o da possibilidade de uma Convenção multilateral geral poder modificar, e, portanto, também criar, uma norma cogente. RONZITTI. 1978. p. 258.

³⁵ Vide, a propósito, o art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 38 *Regras de um tratado tornadas obrigatórias para terceiros Estados por força do costume internacional* “Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra costumeira de direito internacional, reconhecida como tal”).

³⁶ Art. 26 *Pacta sunt servanda* “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

³⁷ RONZITTI. 1978. p. 260-261. principalmente nota 34. Sobre a possibilidade de derrogação de princípios gerais de direito, vide ALEXIDZE. 1981. p. 252-

253, e sobre princípios de direito internacional com caráter imperativo, vide o mesmo autor, p. 253, *in fine*. Já Pereira e Quadros entendem que todos os princípios gerais de direito encontram-se incluídos no Direito Imperativo, estando, assim, igualmente, no topo da hierarquia. Conseqüentemente, todo e qualquer tratado que seja celebrado contrariamente a um princípio geral de Direito é nulo PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 287. Já quanto ao conflito entre os próprios princípios, é curiosa a hipótese proposta por Boggiano: o autor trata do caso de conflito entre duas normas de *ius cogens*, v. g., a proibição ao uso da força e a autodeterminação dos povos. Entende Boggiano que não é lícito violar uma norma imperativa – proibição ao uso da força – “para alcançar o resultado ao qual conduziria a aplicação da autodeterminação dos povos” BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 61.

³⁸ A Itália manifestou-se considerando normas imperativas um grupo restrito das normas consuetudinárias; igualmente o fez a Bulgária. Já para a Polônia, as normas imperativas de Direito Internacional advêm tanto do costume quanto do acordo, mas, neste último caso, o pacto deve-se transformar em Direito Internacional consuetudinário (art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados). RONZITTI. 1978. p. 363. Vide, também, RODAS. 1974. p.128.

³⁹ O ato jurídico, para ser válido juridicamente, deve preencher os seguintes requisitos:

1) sujeito capaz;

2) objeto lícito;

3) observação da forma prescrita ou não defesa em lei.

Essas condições gerais de validade do ato jurídico também se aplicam aos tratados, já que estes não deixam de ser atos jurídicos (atos jurídicos internacionais, mas, de qualquer forma, atos jurídicos).

Se o tratado não atender a esses três requisitos, será sancionado pelo Direito Internacional com a nulidade, ou seja, carece de efeitos jurídicos (ser nulo significa não produzir efeitos jurídicos).

Isso porque se um tratado conflitar com uma norma de direito cogente, configura-se justamente a hipótese de objeto ilícito. O mesmo se dá quando é violada a ordem pública internacional e os bons costumes. Como bem acentua Vicente Ráo, os atos que contrariem a ordem pública, as disposições imperativas de lei e os bons costumes são nulos, sendo essa nulidade absoluta, podendo assim ser argüida por qualquer interessado e pelo Ministério Público, podendo, inclusive, ser decretada *ex officio* pelo juiz, ao conhecer o fato. RÁO, Vicente, *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração, 3. ed. São Paulo : RT, 1994. p. 132-133.

⁴⁰ RUDA, José Maria. Nulidade de los tratados. In: *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, organizado por Yoram Dinstein, p. 661.

⁴¹ Não entraremos aqui nessa discussão, nem tampouco na diferença terminológica existente na doutrina quanto à nulidade dos tratados. Mencionaremos apenas que Ronzitti prefere “invalidade” – termo mais amplo – à “nulidade”, isso depois de ressaltar que alguns autores adotam a dicotomia nulidade relativa/nulidade absoluta, enquanto outros, ao contrário, afirmam não existirem, no ordenamento internacional, as categorias, do Direito Interno, de nulidade/ anulabilidade. RONZITTI. 1978. p. 264-265.

⁴² O objetivo aqui é desencorajar o uso da força no cenário internacional.

⁴³ Procura-se aqui defender a ordem pública internacional.

⁴⁴ Ou, se preferir, na versão inglesa: “A *treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*” In: ALEXIDZE, 1981. p. 227.

⁴⁵ O texto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados pode ser encontrado em RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 4. ed. São Paulo : RT, 1993. p. 242-271.

⁴⁶ Sobre responsabilidade do Estado, *vide* GAJA, Giorgio. *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 172, 1981-III, p. 290-301.

⁴⁷ Essa ação popular foi admitida pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* PE-REIRA, QUADROS. 1997. p. 285.

⁴⁸ Trata-se de regra geral, disciplinando todas as causas de “invalidade”.

⁴⁹ Para RONZITTI, melhor teria sido a opção de considerar desde logo eficaz a declaração da parte de invalidade do tratado por violação do *ius cogens* e a posterior verificação da procedência dessa declaração. Caso a declaração do Estado fosse, porém, de fato, improcedente, desconsiderar-se-ia essa declaração de invalidade e o Estado responderia pela falta de execução do tratado. Assim, evitar-se-ia a situação absurda de ter um Estado que continua executando um tratado que entende violador do *ius cogens*, por observância do procedimento estabelecido no art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Para amenizar essa situação, o que a parte pode fazer é ater-se ao prazo mínimo da notificação (três meses) ou, então, requerer à Corte Internacional de Justiça a concessão de uma liminar, em medida cautelar, de suspensão da execução do tratado. RONZITTI. 1978. p. 267-268.

⁵⁰ Bernardini igualmente entende que a parte pode adotar o procedimento do art. 65 ou, então, simplesmente fazer uma declaração de invalidade, que seria

plenamente operante e lícita, e encerrar imediatamente a execução do tratado. *apud* RONZITTI. 1978. p. 267-268, mais especificamente na nota 47.

⁵¹ *Vide* nota 55, de RONZITTI, 1978. p. 273; sobre a discussão levantada, nos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena, sobre a possibilidade de qualquer Estado, ainda que não-membro do tratado violador, invocar a invalidade desse tratado. O autor esclarece, ainda, em referida nota, que, pelo fato do *ius cogens* proteger interesses de toda a comunidade internacional, a execução de um tratado violador de norma de *ius cogens* é um ilícito, podendo, assim, todo e qualquer Estado requerer dos Estados membros do Tratado violador uma reparação, que pode, inclusive, consistir no reconhecimento da invalidade desse tratado, fazendo valer o § 1º do art. 71 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

⁵² RONZITTI. 1978. p. 272.

⁵³ A doutrina discute se esse art. 64 é uma causa de extinção ou de invalidade de tratado, ou, ainda, uma categoria intermediária. *Vide* nota 57 de RONZITTI. 1978. p. 274., sobre a doutrina em cada um desses sentidos. O autor demonstra sua opinião ao nos dizer que o art. 71, § 2º, da Convenção de Viena determina as conseqüências da nulidade e extinção de um tratado, decorrente justamente do supramencionado art. 64, e o estipulado por esse art. 71, § 2º, repete, em linhas gerais, o contido no art. 70, que regula as conseqüências da *extinção de tratados*, e não do art. 69, referente à invalidade.

⁵⁴ *Desde que esses direitos, obrigações ou situações possam ser mantidos posteriormente, na medida em que isso não entre em conflito com a nova norma imperativa de direito internacional geral* (art. 71, § 2º, “b”, *in fine*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

⁵⁵ RONZITTI. 1978. p. 276-278.

⁵⁶ RONZITTI. 1978. p. 276.

⁵⁷ RONZITTI. 1978. p. 279-281.

⁵⁸ RONZITTI. 1978. p. 281-282.

⁵⁹ Esse prazo de três meses pode ser abreviado, dependendo de particular urgência, conforme já informamos *supra*.

⁶⁰ Art. 33 da Carta das Nações Unidas: (Capítulo VI: Solução pacífica de controvérsias)

“§ 1º: As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

§ 2º: O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.”

⁶¹ *Vide*, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. RODAS. 1974. p. 131.

⁶² Vários Estados se opuseram à reserva da Tunísia, acentuando que o art. 66, alínea “a”, conferia com-

petência obrigatória à Corte Internacional de Justiça apenas em matéria de interpretação e aplicação dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena. RONZITTI. 1978. p.284-285.

⁶³ RONZITTI. 1978. p. 285-286.

⁶⁴ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi aberta à assinatura, em Viena, em 1969 e entrou em vigor a 27 de janeiro de 1980. RANGE. 1993. p. 242.

⁶⁵ “Art. 4º. Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção, às quais os tratados estejam submetidos em virtude do direito internacional independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados depois de sua entrada em vigor, em relação a esses Estados.”

⁶⁶ Também Pereira e Quadros entendem que, pela Convenção de Viena, é nulo *qualquer tratado, anterior ou posterior*, que contrarie o direito cogente internacional PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 281.

⁶⁷ RONZITTI. 1978. p. 295-296.

⁶⁸ RONZITTI. 1978. p. 296, principalmente nota 87.

⁶⁹ PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 277.

⁷⁰ PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 278.

⁷¹ PEREIRA, QUADROS. 1997. p.281.

⁷² PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 285-286.

⁷³ ALEXIDZE. 1981. p. 231.

Bibliografia

ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens*. In: *Contemporary international law*. [s.l.] : Recueil des cours de l'Académie de Droit International. Tomo 172, 1981-III, p. 219-270.

BOGGIANO, Antonio. *Teoria del Derecho Internacional*: las relaciones entre los ordenamientos jurídicos – *ius inter iura*. Buenos Aires : La Ley, 1996.

BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino : Utet, 1993. ristampa 1996.

Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968. Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, New York, 1969.

DINSTEIN, Yoram (org.) In: *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International. Tomo 172, 1981-III, p. 271-316.

MORELLI, Gaetano. Norme dispositive di diritto internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*. v.11, 1932. p. 483-508.

MORELLI, Gaetano. A proposito di norme internazionali cogenti. *Rivista di Diritto Internazionale*. v.51, 1968. p. 108-117.

PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1997.

Di PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires : Depalma, 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : RT, 1993.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo : RT, 1994.

RODAS, João Grandino. “*Jus cogens* em Direito Internacional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.69, 1974. p. 125-136.

RONZITTI, Natalino. La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Viena sul Diritto dei Trattati. in *Comunicazioni e Studi*. Milano : Giuffrè, v. 15, 1978. p. 243-299.

RUDA, José Maria. Nulidade de los Tratados. In: DINSTEIN, Yoram (org.). *International law at a time of perplexity* : essays in Honour of Shabtai Rosenne. Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, s.d. p. 661-678.