

## TRATADOS AINDA NÃO EM VIGOR, MAS GERADORES DE NORMAS INTERNACIONAIS DE NATUREZA PEREMPTÓRIA. PODEM ESTADOS EXIMIR-SE DE CUMPRÍ-LOS?

J. BERNARDO CABRAL

“... *Le droit international public, semble-t-il, a eu tendance à la méconnaître à ses origines.*”

Michel Virally<sup>1</sup>

Como preliminar ao presente trabalho, é fundamental que se verifique, ainda que em apertada síntese, como, no Brasil, entende-se o Direito escrito de produção internacional e qual sua hierarquia em relação à lei interna. Trata-se de situar o tratado na proverbial pirâmide das leis, que determina sua posição em relação às normas jurídicas internas e, em decorrência, estabelecer a norma de conflito entre o Direito interno e o Direito Internacional.

É, de toda evidência, uma questão *a priori* à própria sujeição dos Estados aos tratados ditos peremptórios, haja vista suas naturezas obviamente conforme ao bem comum da humanidade, mas que por motivos de entrada em vigor poderiam ser desconsiderados, conformando o Direito *de lege ferenda* internacional. Como se verifica adiante, esta não entrada em vigor pode derivar de múltiplos fatores como, por exemplo, a não ratificação ou mesmo a ausência de quorum estabelecido por um número mínimo de ratificações, consoante soe acontecer ao Direito dos Tratados.

A efetividade do tratado e seu fiel cumprimento por parte dos sujeitos de Direito Internacional Público é fundamental para o equilíbrio das relações internacionais e ao desenvolvimento da *magna civitas*. Resta patente, no entanto, que tal efetividade não pode prescindir de uma fiel observância dos tratados também em relação aos ordenamentos jurídicos internos. Deve-se considerar ainda que o tema é de vital importância e mesmo de grande atua-

lidade nos meios jurídicos nacionais, considerando a recorrente e vital necessidade que hoje os Estados têm de inserir-se internacionalmente e, como conseqüência, participar de blocos econômicos. Como se sabe, toda construção de bloco econômico nasce necessariamente no Direito Internacional clássico, vale dizer, no tratado, daí resultando que a questão do potencial conflito entre a lei internacional e a lei interna passa a ser tema de primeira grandeza nas pautas político-jurídicas comprometidas com o sucesso do processo de integração. No caso da União Européia, seriam basilares os Tratados de Roma, de 1957, de Maastricht, de 1992, e de Amsterdã, de 1988. Quanto ao Mercosul, seus instrumentos funcionais são o Tratado de Assunção, de 1991, e o Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsias, de 1991, e o Protocolo de Ouro Preto sobre sua estrutura funcional, de 1994.

Afinal, a confiança internacional e seus conseqüentes investimentos financeiros decorrentes da segurança jurídica proporcionada é, na era dos mercados, algo irrenunciável por parte das nações.

Ao contrário do modelo dos países da União Européia, que em sua maioria dão tratamento específico ao tema já a partir de suas Constituições (o art. 55 da Constituição francesa<sup>2</sup> e o art. 11 da Constituição italiana<sup>3</sup> são exemplos lapidares), ou no caso dos países da *Common Law*, que legislam internamente de forma específica em relação ao tema (o exemplo é o *European Community Act*, de 1972<sup>4</sup>, no caso de Grã-Bretanha), a Constituição brasileira, mesmo após a Assembléia Nacional Constituinte do final dos anos 80, da qual tive a honra de ser o Constituinte-Relator, preferiu silenciar a respeito da questão.

Há uma série de circunstâncias históricas, e mesmo todo um enredo político e doutrinário que não permitiram que na atualíssima Constituição pudéssemos ter incluído também mais esta modernidade. Preferiu-se, na ocasião, a continuidade da tradição constitucional brasileira na matéria, de deixar à tessitura jurisprudencial da Suprema Corte a determinação da norma de conflito entre tratado e Direito interno, algo bem ao sabor da *Common Law*, antes que do Direito escrito, e, registre-se, rigidamente escrito, de nossa ancestralidade ibérica.

É curioso, a título de ilustração, verificar que não obstante nossa estrita forma de Direito positivo, possuímos uma série de “objetivos jurídicos vindos de outras galáxias”, como o *habeas corpus* e o instituto do júri popular que, não obstante suas claras cepas de “Direito inglês”, convivem pacificamente com nossa arraigada cultura jurídica latina, todos devidamente positivados, através de artigos de Direito substantivo e de Direito Processual.

No que tange ao tormentoso tema do conflito tratado *versus* lei interna, a questão retoma a velha discussão entre monistas — o Direito interno e o internacional são dois ramos de um mesmo sistema jurídico — e dualistas — o Direito interno e o Direito Internacional são dois sistemas distintos, separados e independentes.

Trata-se de um debate doutrinário muito antigo, que remonta aos estudos de Tripel e Anzilotti<sup>5</sup> e que parece totalmente superado pelos modernos fenômenos de interação e integração internacionais, pelo aperfeiçoamento do sistema jurídico internacional e, especialmente, pelo advento dos modelos de Direito Comunitário.

Considere-se, ainda, um grande número de autores que propugnam pela primazia do Direito nacional, fundamentados em muitas razões, muitas delas de dogmática jurídica e que, como tal, parecem insuperáveis. A primeira delas é a ausência de uma autoridade supra estatal, decorrente da descentralização da sociedade internacional. De conseqüência, caberia a cada Estado, na ordem interna, determinar as condições em que ele se pode obrigar internacionalmente e, o que também é importante, a forma como vai cumprir estes compromissos.

Charles Rousseau<sup>6</sup>, refutando tais objeções, lembra que o Direito Internacional Público não tem apenas a vertente do tratado, sendo também consuetudinário, tendo o costume, no “direito das gentes”, a mesma hierarquia da norma escrita. É de referir-se, a propósito, o próprio Direito Internacional positivo, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

“Art. 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, regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática internacional aceita como sendo Direito;

c) .....

Trata-se de argumento de grande densidade e que se retomará mais adiante, ao abordar-se especificamente o tema da potencial obrigatoriedade dos ditos tratados *peremptórios*.

Vale salientar que a concepção da primazia do Direito Internacional é algo que tem sua origem no século passado, não decorrendo de uma presumível hiper modernidade, como se poderia imaginar. São monistas inúmeros autores clássicos da Escola de Viena, como Kelsen e Verdross, e variados autores franceses que lhes foram contemporâneos, como George Scelles.

## O conflito entre o tratado e a lei em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro

A pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria revela que, ao longo de sua história, a questão foi objeto de poucos porém incisivos Acórdãos<sup>7</sup>. Senão vejamos: por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.154 — Paraná, publicado no Diário da Justiça de 25/08/71, de que foi relator o Ministro Oswaldo Trigueiro, enfrentou-se a questão da revogação da lei interna por tratado superveniente, concluindo com a seguinte ementa: “Aprovada a Convenção pelo Congresso e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”. Na ocasião, alinhou três precedentes da Corte, no sentido do primado do tratado em face da lei anterior. Mencionou-se, por exemplo, que no julgamento da Apelação Cível nº 9.587, em 21/08/51, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que “o tratado revoga as leis que lhe são anteriores: não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem”.

O eminente Ministro Oswaldo Trigueiro advertiu, por outro lado, que, dadas as peculiaridades dos casos invocados, parecia então certo que o Supremo ainda não havia firmado um claro entendimento na matéria. Sem resolver a questão das leis posteriores antitéticas aos tratados, enfatizava o relator em seu voto que, “a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária”.

Mais recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1997, proveniente do Estado de Sergipe, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 83/809, de que foi relator para o acórdão o Ministro Cunha Peixoto, é que efetivamente se deu contornos mais definitivos à questão, para criar-se aquele que vem sendo considerado o caso-padrão da jurisprudência brasileira em referência à matéria. Prevaleceu em tal julgamento, por maioria, o entendimento de que a lei posterior — em conflito com o tratado — sobre este prevalece, uma vez que não há no plano constitucional preceito que afirme grau de hierarquia entre o tratado e a lei, e vice-versa.

Ficou definido, e de modo duradouro, o que para muitos observadores era até então bastante incerto: a Suprema Corte estipulava, na ocasião, que sob nossa ótica, na falta de uma norma constitucional que desse prevalência ao tratado sobre a lei doméstica, juízes e tribunais estavam em qualquer hipótese obrigados a dar prevalência à última palavra do Congresso Nacional. Se a última palavra fosse de natureza aprobatória do tratado, nenhum problema existiria: toda lei anterior, de produção doméstica, estaria com isto revogada.

Se, entretanto, a elaboração legislativa interna fosse posterior ao tratado e com este conflitasse, criar-se-ia uma inevitável situação de conflito: ignorando o compromisso assumido no plano internacional, os poderes do Estado discutiram, votaram e sancionaram uma norma conflitante com o dever jurídico anterior. Disse o Supremo Tribunal Federal na ocasião “... Nós não temos, na Constituição do Brasil, aquela norma que existe na Itália, França, Alemanha, Países Baixos e tantos outros países, dizendo que o tratado prevalece em qualquer hipótese. E se não temos na Constituição, não cabe ao Supremo Tribunal inventá-la...”.

Não é, com efeito, prerrogativa dos juízes a produção de normas, mormente a produção de uma de tamanha envergadura. Ficava, assim, afastada a aplicação do tratado, mesmo que posterior à norma interna com a qual conflitou.

Deveu-se ao Ministro Leitão de Abreu, em seu voto, uma necessária precisão, fruto de sua privilegiada visão cosmopolita do Direito, e, cumpre assinalar, bastante avançada em relação ao pensamento jurídico de sua época. Levantava ele a insuperável tese de diversidade de fontes, lembrando que tratado e lei são originários de processos criativos distintos, ou seja, Direito Internacional e Direito interno têm suas próprias fontes, bem como formas de revogação que também não se confundem. Textualmente, asseverava em seu voto: “A orientação que defendo, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, no sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”.

O raciocínio do Ministro Leitão de Abreu fundamentava-se em uma tese de Kelsen<sup>8</sup>, publicada em 1944, já em sua fase norte-americana. A concepção de que se a Constituição não prevê a aplicação do tratado, os tribunais devem emprestar eficácia incondicional ao Direito interno, já havia de alguma forma sido deduzida anteriormente em famoso parecer do Procurador-Geral da República da França, Paul Matter<sup>9</sup>. Tratava-se de questão de conflito entre uma lei francesa de 1926 e uma Convenção franco-espanhola celebrada em 1826,

sob um regime constitucional que nada dizia sobre as relações entre o Direito interno e o Direito Internacional. De resto, a rumorosa questão também foi objeto de estudos de La Pradelle<sup>10</sup>, o que demonstra estarmos efetivamente diante de um tema clássico do Direito Público externo.

Ainda do Recurso Extraordinário nº 80.004, cumpre citar o voto do Ministro Cordeiro Guerra que, após observar que no próprio Direito americano, em que se reconhece ao tratado o caráter de *supreme law of the land*, não se veda a posterior elaboração legislativa a ele contrária; “Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado. Sim, no campo do Direito Internacional, não, porém, no campo do Direito interno. Quando muito, poderiam, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de Direito interno. Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, não se compreenderia poder o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade”.

É oportuno lembrar que o entendimento então sufragado pelo Ministro Leitão de Abreu começa a encontrar eco na recentíssima jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Recurso Especial nº 58.736 — MG, publicado no Diário de Justiça de 29/04/96, de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro que desde a sua ementa já estipula:

“Lei — Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado”.

Do voto do Ministro-Relator Eduardo Ribeiro, em absoluta consonância com o voto do Ministro Leitão de Abreu no caso anteriormente citado, urge transcrever ainda o que segue: “O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Rege-se pelo Direito Internacional Público e o Brasil a seus termos continuará vinculado até que se desligue mediante os mecanismos próprios”.

Ainda sobre o Direito brasileiro, no que tange à questão do tratado *versus* lei interna, é muito interessante considerarmos a existência de uma norma de caráter particular, presente no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e que curiosamente parece estar em direção oposta à tendência jurisprudencial que acabamos de expor. Trata-se do seu artigo 98, que possui a seguinte redação: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela

que lhes sobrevenha”. Como lei especial, historicamente nunca foi objeto de questionamento jurisprudencial, pacificamente aceita pelos Tribunais, o que de certa forma facilita muito as relações comerciais internacionais.

Consideradas todas estas posições, parece claro que necessitamos urgentemente, em nosso País, de uma substancial atualização jurisprudencial ou, de forma mais correta, uma revisão constitucional, apta a colocar-nos em condições de igualdade com a comunidade internacional, facilitar nossa inserção internacional e, mesmo, permitir o aprofundamento e a consolidação do Mercosul, a mais importante e bem-sucedida experiência de cooperação e integração de estados verificada em toda a história da América Latina.

Cumpra ainda aduzir que sem tais reformas não poderemos aderir à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual assinamos mas ainda não ratificamos, tendo em vista seu artigo-chave que estipula que os Estados não se podem eximir de cumprir os tratados alegando razões derivadas de seu ordenamento jurídico interno conforme o art. 27: “uma parte não pode invocar disposições de seu Direito interno para justificar o descumprimento de um tratado...”

### **A recente evolução jurisprudencial argentina e a reforma constitucional de 1995**

A evolução do Direito constitucional platino, no que tange ao tema desta aula, é um importante exemplo de como as modernas injunções econômicas e a própria globalização da economia conduzem a profundas transformações nas ordens jurídicas estatais. Seguramente condicionada pelas recentes transformações do mundo, e consciente pela necessidade de aprofundamento e consolidação do Mercosul, o Direito argentino evoluiu de uma posição semelhante à do Direito brasileiro para uma posição de primazia do tratado sobre o ordenamento jurídico interno.

Após reiterada elaboração jurisprudencial<sup>11</sup> a partir dos anos 90, que privilegiava o monismo com prevalência da norma internacional, na qual são considerados casos-padrão os processos Ekmerkdjian *versus* Sofovich, sentença de 07 de julho de 1992, e Cafés La Virgínia, sentença de 09 de julho de 1994, a reforma constitucional de 1994 acabou por incorporar o princípio no próprio texto constitucional da República Argentina, nos termos de seu art. 75, inciso 24<sup>12</sup>.

Se a jurisprudência da Suprema Corte de La Nación já havia sido enfática ao afirmar que “...*la derogación de un tratado por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta per la misma Constitución nacional, porque mediante una ley se poderia derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado*” (Caso Ekmerkdjian/ Sofovich supra-

citado), a Constituição reformada não deixou mais qualquer dúvida sobre a nova postura do Direito platino.

Parece-me interessante observar que a Argentina ratificou e incorporou a seu Direito interno, já em 1980, a famosa Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, com seu art. 27, (Lei Federal 18.865, de 27 de janeiro de 1980), o que representava um claro conflito entre o Direito Internacional e o então existente Direito interno. A leitura que faço, desse aparente paradoxo, é que a aprovação da Convenção significou uma sinalização de política jurídica nacional em prol da necessária modernização do Direito, o que acabou ocorrendo em 1994.

### **Tratados peremptórios: eficácia e efetividade da *Lex ferenda* Internacional**

“La distinction entre *lex lata* e *lex ferenda* nous apparait aujourd’hui comme l’une des règles les plus fondamentales de la science du droit.” / “The difference between *lex lata* and *lex ferenda* it sounds for us nowadays utterly fundamental in the law science.”

A afirmação em epígrafe, formulada por Michel Virally em recentes estudos em homenagem a Paul Reuter<sup>13</sup>, concerne à necessária distinção que urge fazer-se, cada vez mais, na moderna sociedade internacional, entre o Direito em vigor (que obriga e confere direitos de maneira instantânea) e aquele que ainda não o é, por motivos dos mais diversos, mesmo que sumamente desejável e conforme ao querer comum de substancial parcela da sociedade internacional.

Se o grau de coercibilidade que a *lex ferenda* apresenta ou deve apresentar dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados é um grande dilema de política jurídica, no Direito Internacional Público a questão ganha contornos de complexidade ainda maior. Isto porque o Direito Internacional possui, ao contrário de todos os demais sistemas jurídicos nacionais, duas fontes imediatas e de igual valor hierárquico, pois é ao mesmo tempo positivado e consuetudinário, eis que o tratado conforma sua fonte escrita e o costume sua fonte não escrita. Ressalta-se que aqui se entende o costume como prática reiterada e uniforme cumprida com *opinio júris*, vale dizer, convicção jurídica.

Ora, parece bastante razoável admitir que a *lex ferenda* internacional já é *per se* uma prática reiterada e uniforme de substancial parcela da comunidade

internacional. Mais que isto, cumprida com *opinio júris*, qual seja, o sentimento de estar-se obedecendo também um dever jurídico, além de moral, filosófico ou politicamente correto, conforme parece ser um marcante *zeitgeist*. Neste sentido, a exigibilidade de sujeição dos Estados às normas ditas peremptórias seria doutrinariamente inegável, desde que tais normas sejam assimiladas como a *lex ferenda* internacional, ou seja, costumes que estão evoluindo rumo ao Direito positivo para consolidarem-se na forma de tratados. Cumpre ressaltar que esta consolidação do direito das gentes, a transformação de costumes em tratados, tem se constituído em prática muito comum no Direito contemporâneo, sendo um exemplo de clareza solar a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, a Carta da Jamaica, de 10 de dezembro de 1982, que embasa o chamado “novo Direito do Mar”.

Como decorrência, a inobservância de normas constantes em tratados ainda não aperfeiçoados pela entrada em vigência formal, seja por problemas de não ratificação, seja por não entrada em vigor devido à ausência de um número mínimo de ratificações (falta de *quorum*), ou mesmo pela simples não adesão, poderia, em nosso entender, significar uma violação jurídica internacional *tout court*, geradora de clara responsabilidade internacional, sem que se estivesse dando surgimento a um revolucionário Direito Internacional sem consentimento.

Para tanto, deve-se entender que a não-vinculação formal do Estado ao Direito positivo Internacional, pela ausência de firma, de ratificação ou alegada não adesão pura e simples, só se poderia constituir em legítima razão de isenção de sujeição, caso se estivesse em um campo exclusivamente de Direito escrito, o que não é a realidade encontrada no Direito Internacional.

É oriundo do próprio Direito Internacional positivo, mais precisamente do Estatuto da Corte Internacional de Justiça — um tratado de incontestada adesão internacional e de impecável eficácia e efetividade no conserto das nações — o argumento definitivo quanto ao grau de hierarquia do costume em relação ao tratado, nos termos do seu artigo 38 anteriormente citado, que equaliza as duas fontes basilares da “disciplina de Grotius”.

Há autores, inclusive, que, sem questionar a igualdade hierárquica entre as duas fontes, lembram que a disposição do artigo 38 é mera ordem de enunciação e enfatizam a maior importância da fonte costumeira diante das próprias características da sociedade internacional. Fausto de Quadros — celebrado autor português — afirma textualmente em recente obra publicada: “Não obstante o dinamismo da vida internacional tenha dado maior relevância à prática aos tratados, o costume continua a ser a mais importante fonte... dada

a sua natureza eminentemente evolutiva, ... de todo compatível à aceleração histórica da época em que vivemos".<sup>14</sup>

Tanto a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça como a doutrina à unanimidade vêm reafirmando a igualdade entre as fontes citadas, apontando os exemplos históricos em que tratados foram revogados por costumes e vice-versa. Tudo isso dentro da mais perfeita ordem jurídica, o que não ocorreria se estivéssemos diante de fontes de patamar hierárquico distinto. Vale lembrar, na sempre presente lição *kelseniana*, que o Direito é uma ciência ordenada e hierarquizada e no caso de conflito entre normas prevalecem sempre aquelas superiores.

Já em razão do confronto entre normas da mesma hierarquia, aplica-se o princípio clássico da prevalência da norma mais recente, o que, aliás, deriva da própria intelecção pura e simples do brocardo clássico *lex posterior revocat priori*.

É forçoso reconhecer — e proclamar — ser prática inusitada, consideradas todas as experiências jurídicas, que Direito escrito e não escrito acabem por possuir, dentro de um mesmo sistema jurídico, o mais absoluto grau de igualdade hierárquica.

Acostumados que estamos por arraigado vício nacional de olhar o Direito ou pelo seu viés consuetudinário, ou pelo seu viés positivado, quando nos deparamos com a imanência do “Direito das Gentes” fatalmente somos ofuscados pelo seu excesso de luminosidade.

Em nossa opinião, um dos mais rutilantes exemplos de tratado peremptório, caso crasso de *lege ferenda* internacional, conforme aqui vem sendo exposto, é o caso da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969.

Consolidando o fragmentado Direito costumeiro dos tratados, lentamente elaborado desde a pré-história do Direito Internacional Público, o “tratado dos tratados”, como vem sendo designada a Convenção de Viena em apreço, acabou por sistematizar e ordenar, com a precisão técnica que só o Direito escrito pode proporcionar, todas as grandes questões referentes às obrigações internacionais expressamente contraídas pelos sujeitos de Direito Internacional Público.

É certo que não obstante o grande número de adesões plenas, a paradigmática Convenção de Viena também deixou de receber ratificação por parte de alguns Estados, dentre os quais devo incluir a própria República Federativa do Brasil, por motivos que não se restringem apenas a meros caprichos políticos, e sim, de forma até mais grave, podem derivar de uma atitude de cultura jurídica nacional dualista, embora extemporânea, profundamente arraigada.

A razão técnica desta não-adesão, simplificando a submersa questão de fundo que é a questão cultural, poderia ser resumida na incompatibilidade formal entre o dualismo e o próprio espírito da Carta de Viena, que estatui em seu art. 27, no capítulo designado “Direito Interno e Observância dos Tratados”, conforme anteriormente citado.

Cabe indagar agora, no campo das hipóteses, qual deveria ser o enquadramento jurídico mais escorreito aplicável à violação por parte de um Estado soberano de um tratado peremptório, sob a alegação de superioridade do seu Direito interno, total ou parcialmente em conflito com a nova postura já deliberada no plano internacional?

Obviamente, além das sanções decorrentes da opinião pública internacional, que exerce considerável peso nas relações internacionais, a responsabilização internacional do Estado violador do tratado peremptório poderia ser invocada, por verificar-se uma irretorquível violação jurídica, passível de desencadear o aparato sancional de que dispõe o “Direito das Gentes”.

### *Lex ferenda e jus cogens, uma distinção necessária*

Após ser por muito tempo mero clássico tema de discussão acadêmica, o *jus cogens* subitamente adquire grande atualidade e importância em um mundo cada vez menor, mais integrado e interdependente, eis que se trata de princípio de Direito Internacional geral, literalmente querendo significar co-gente, imperativo, vinculativo.

O Professor Jorge Miranda — Relator da Constituição Portuguesa — invectiva a imperfeição terminológica que a expressão encerra, porque todas as regras jurídicas se apresentam em geral com esta característica<sup>15</sup>. O que se pretende, no entanto, marcar com a insólita expressão é que estamos diante de um princípio que não se encontra na disponibilidade da vontade ou acordo de vontades entre Estados soberanos. Dotado de força jurídica própria, o princípio como formulado deve sobrepor-se incondicionalmente a todas as normas ou atos que lhe sejam contrários, ainda que em relação aos mesmos não se tenha verificado, todavia, uma expressa manifestação de vontade estatal.

Simone Dreyfus ressalta o grande perigo da politização do princípio em detrimento de seu caráter jurídico, lembrando que, apesar das muitas tentativas em doutrina, inexistente uma lista de normas imperativas propriamente definidas, deixando espaço aos imponderáveis ventos e marés do momento internacional<sup>16</sup>.

Embora a formulação do princípio do *jus cogens* possua uma série de importantes antecedentes, que incluem mesmo a Carta das Nações Unidas, em

seu art. 2º, nº 6, e art. 103, nº 1, foi somente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que efetivamente lhe deu corpo, nos termos de seu art. 53: “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 do 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”.

Cabe colocar em relevo que larga parte da doutrina tem contemplado o *jus cogens* com ceticismo, salientando as dificuldades de sua definição e concretização. Como são estabelecidas estas regras? Como prover a descentralização da sociedade internacional e a ausência de um aparato legislativo próprio? Como impor a aplicação de um costume a um Estado que se oponha à sua formação?

No que tange a este último aspecto, cumpre verificar que se no âmbito do *jus cogens* se vislumbra o ímpeto renovador de um Direito Internacional francamente hostil à idéia de consentimento como base de toda sujeição estatal, uma inusitada *servanda sem pacta*, de todo subvertedora de certezas jurídicas seculares, o mesmo não ocorre em relação à sujeição à *lex ferenda* que se aborda na presente aula.

Senão vejamos: nos chamados tratados peremptórios há claramente o consentimento estatal, seja na forma tácita pela qual o Estado se submete pacificamente à constituição do costume, seja na forma expressa de celebrar e firmar o tratado, ainda que não o ratificando ou incorporando ao ordenamento jurídico doméstico.

De toda a sorte, no atual estágio de desenvolvimento do “Direito das Gentes”, malgrado certas vozes dissonantes, é crescente a convicção quanto à legalidade de responsabilização de Estados pela violação de tratados, ainda que em fase de aperfeiçoamento, desde que estejamos diante de um efetivo tratado peremptório, dada a natureza de seu conteúdo, razoavelmente comprometido com anseios comuns da humanidade.

Ao me acercar das últimas palavras, reafirmo a convicção de que o progresso da humanidade não pode prescindir da hegemonia das idéias na qual se insere, de maneira vital:

1º) a estrita observância do Direito Internacional, sem a qual não serão solucionados os grandes dilemas do mundo contemporâneo: a) a tutela internacional dos Direitos Humanos; b) a repressão aos fluxos de capital especu-

lativo, predador e indubitavelmente selvagem; c) a cooperação internacional na repressão ao narcotráfico, à prostituição de todos os matizes e, particularmente, a infantil, e, ainda, a proteção às minorias;

2º) autodeterminação dos povos;

3º) a solução pacífica dos conflitos, na certeza de que a guerra é a suprema violação do Direito;

4º) a abrangência universal dos crimes contra a humanidade.

Assim, comprovo que as palavras que proferi por ocasião da minha graduação em Direito, na qualidade de Orador da Turma, continuam atualizadas:

Partamos para a luta, que a idéia do direito, observa Ihering, encerra uma antítese da qual jamais se pode absolutamente separar: a luta e a paz...: a paz é o termo do Direito e a luta o meio de obtê-lo.

## NOTAS

1. In *Le Droit International em Devenir — Essais Écrits au Fil Des Ans —* Presses Universitaires de France, Paris, 1990.

2. “Art. 55 — Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.”

3. “Art. 11 — L’Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con le altre stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.”

4. “Art. 2.(1) — All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under Treaties, or as in accordance with the Treaties, are without further enactment to be given legal effect or used in the U.K. shall be recognized and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly;”

5. In *Corso de Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, 1938;

6. In *Droit International Public*, Daloz, Paris, 5ª Edição, 1982;

7. Vide Caputo Bastos, Carlos Eduardo — *Da Hierarquia Constitucional dos Tratados*, Estudos de Integração, vol. XII, Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, 1997;

8. In *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1944;

9. In “*Gazette du Palais*”, Paris, 14 de janeiro de 1932;

10. In Fraga, Mirto e Fontoura, Jorge — Das Relações Internacionais, Vol. VII — Senado Federal, Brasília 1987;

11. Vide Boggiano, Antonio. Relaciones exteriores de los. Ordenamientos jurídicos. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1995;

12. In “Artículo 75, inciso 24: Aprobar tratados de integración que deleguem competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales em condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas em consecuencia poseen jeraquía superior a las leyes”.

13. In *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le Droit International: unite et diversité*, Paris, Editions Pedone, 1981;

14. In *Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1997;

15. In *Direito Internacional Público*, Pedro Ferreira Editor, Lisboa, 1995;

16. In *Droit des Relations Internationales*, Edition Cujas, Paris, 1993;

--oOo--

“*Plus ça change, plus c’est la même chose*” (Quanto mais as coisas mudam, mais fica tudo no mesmo).

ALPHONSE KARR, escritor francês; frase quando Luiz Filipe foi deposto a II República implantada em França.