AS CONDIÇÕES DE VALIDADE DOS TRATADOS E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL

THE CONDITIONS FOR VALIDITY OF TREATIES AND THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL LAW

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 20/03/2020
DATA DE APROVAÇÃO: 04/05/2020

RESUMO: Este artigo trata da questão dos fundamentos do Direito Internacional com base na análise das condições de validade dos tratados expressas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Argumenta-se existir a necessidade de se rediscutir os fundamentos deste direito, considerando a antinomia estrutural da disciplina. Para tanto, analisa os elementos que integram as condições de validade dos tratados pela Convenção de Viena, para caracterizar a coletividade internacional atual a fim de discutir as correntes teóricas sobre os fundamentos do Direito das Gentes. Conclui-se que, embora a Convenção de Viena revele a importância da vontade dos Estados na formação do Direito das Gentes, reconhece também, considerando o contexto sócio-histórico, a existência de valores essenciais nesta coletividade.

ABSTRACT: This paper deals with the issue of the foundations of International Law based on the analysis of the conditions for validity of the treaties expressed by the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties. It is argued that there is a necessity to rediscuss the Foundations of this Law, considering the structural antinomy of the discipline. For this purpose, it analyzes the elements that integrate the conditions of validity for the treaties by the Vienna Convention, to characterize the actual international collectivity in order to discuss the theoretical currents about the Law of Nations. It is concluded that, although the Vienna Convention reveals the importance of the will of States in the formation of the International Law, it also recognizes, considering the socio-historical context, the existence of essential values in this collectivity.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentos do direito internacional. Direito dos tratados. Convenção de Viena sobre direito dos tratados. Validade dos tratados.

KEYWORDS: Foundations of international law. Law of treaties. Vienna convention on the law of treaties. Validity of treaties.

INTRODUÇÃO

[1] Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bolsista da CAPES. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1173877995188455. Contato: apbaetan@gmail.com.

O Direito Internacional Público é um dos ramos do direito mais suscetível às transformações, tendo em vista que, a coletividade que regula possui particularidades incomparáveis, além de um dinamismo acentuado. Seja qual for o marco estabelecido relativo às suas origens, é certo que o Direito das Gentes apresentou-se de formas distintas, conforme o contexto sócio histórico, influenciando tanto a política internacional, como as expressões relativas ao próprio direito, como a constituição de seus sujeitos, as suas fontes e os seus fundamentos.

Neste trabalho, partimos da concepção de que o Direito Internacional, em sua acepção moderna, inegavelmente sofre e influencia essas transformações, sem que despreze por completo elementos basilares presentes desde a sua formação e que o caracterizam com tanta peculiaridade. Nesse contexto, buscamos aprofundar em um elemento antinômico estrutural do Direito Internacional qual seja a relação entre a independência e a interdependência, tradicionalmente caracterizada pela relação entre Estados soberanos na ordem internacional.

Nesse intento, faz-se um recorte analítico sobre um dos principais instrumentos normativos do Direito Internacional contemporâneo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e, mais especificamente, sobre as condições de validade dos tratados nela expressa. Embora esta análise apresente características descritivas, razão pela qual se utiliza de uma metodologia jurídico-exploratória, aprofunda-se os estudos sobre o texto normativo assinalado com vistas a discutir a presença desses elementos antinômicos do Direito Internacional para relacioná-los com os fundamentos do Direito Internacional.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar a dinamicidade das relações entre essas antonímias estruturais do Direito Internacional, com base nas condições de validade dos tratados expostos pela Convenção de Viena, com o intuito de revelar pistas sobre as tendências pelas quais passam os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo. Portanto, a intenção é explorar a relação dinâmica dessas antinomias ilustradas na Convenção de Viena de 1969, para que seja possível mais bem compreender os fundamentos do Direito das Gentes contemporaneamente.

Justifica-se, desse modo, este trabalho em vista da necessidade de se rediscutir os fundamentos do Direito Internacional, pois, se de um lado embasam toda a prática e todo o direito aplicável à coletividade internacional, de outro, estes fundamentos não podem se separar da realidade, sob o risco de, por excesso de

idealismo, tornar-se incoerente. Ademais, tendo em vista as dificuldades, por vezes empíricas e por vezes lógico-teóricas, de se apresentar argumentos convincentes sobre as razões de obrigatoriedade do Direito Internacional, intenta-se, a partir dessa análise, contribuir com essas discussões.

Metodologicamente, este trabalho materializa pesquisa qualitativa, cujos procedimentos técnicos são prioritariamente bibliográficos, de objetivos jurídico-exploratório e jurídico-propositivo.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE E O DIREITO INTERNACIONAL

O aforisma latino *ubi societas, ibi jus* tem sido utilizado, frequentemente, para explicitar a complexa e reflexiva relação entre direito e coletividade[2]. A partir daí é possível se constatar que o direito é um pressuposto de existência da sociedade ao mesmo tempo em que, para que seja legítimo e efetivo, é por e para ela criado. Se é verdade que o direito tem origens nas demandas sociais e por isso, é condicionado pela coletividade, também é verdade que o direito conforma esta coletividade que regula. Conforme Mello (2004, p. 51) o "Direito é manifestação da vida social. A cada sociedade corresponde um determinado sistema jurídico".

Daí ser possível afirmar que, o Direito Internacional, pragmática e preliminarmente, consiste no direito que visa regular a coletividade internacional e as relações recíprocas entre seus membros. Não há nenhuma novidade em dizer,

[2] Tomando conhecimento do uso irregular dos termos "sociedade" e "comunidade" internacional, opta-se pelo uso da expressão "coletividade" para designá-la sem lhe conferir, *a priori*, uma caracterização estanque quanto às suas peculiaridades. Quer-se dizer que, em sentido sociológico, com base em Tönnies (2001), o termo "sociedade" (*Gesellshaft*), denota a ideia de uma coletividade caracterizada pela ideia de suportabilidade e forte tensão entre os membros que mais se divergem. De outro lado, a expressão "comunidade" (*Gemeinshaft*) indica uma coletividade com maior sentido de convergência, em que há menor grau de tensão de dominação, portanto, maior cooperação. Nesse quadro, internacionalistas como Mello (2004) indicam ser o primeiro termo mais adequado, enquanto que, para outros, como Quadros e Pereira (2009), há a preferência pelo termo "comunidade", embora se reconheça a utilização mais adequada do primeiro termo, justificada pela existência de um movimento de comunitarização em vários domínios do Direito Internacional. Os problemas de terminologia e caracterização se tornam ainda mais acentuados se nos utilizarmos das teorias das relações internacionais. Como adverte Bull (2002), há uma distinção conceitual entre sistema internacional e sociedade internacional, sendo a sociedade uma forma qualificada do sistema quando existe a percepção, entre os membros, de interesses ou valores comuns. Por se pressupor a existência de interesses ou valores comuns, para Bull (2002), a sociedade internacional somente aparece em meados do século XX, a partir da "Revolta contra o Ocidente". Por tudo isso, preferimos por ora, utilizar, na maioria dos casos, a expressão "coletividade" por entender que a coletividade internacional, dinâmica, ora se aproxima do sentido sociológico de uma, ora de outro, sem que – como não poderia ser – seja subsumida pelo conceito idealista de nenhuma das duas expressões.

portanto, que pelas especificidades que caracterizam a coletividade internacional, o Direito Internacional se constitui de forma particular.

Em razão dessas especificidades, em outros tempos, não eram raros os estudiosos que questionavam a existência e a validade do Direito Internacional. Os chamados negadores do Direito Internacional não admitiam a existência de qualquer norma que regulamentasse a vida internacional ou, se o admitindo não lhes eram reconhecidas o caráter jurídico.

Na contemporaneidade, e desde há muito tempo, essa corrente soa como insustentável, já que não resiste a mais simplista análise empírica da vida internacional, em que é possível se constatar a existência de um Direito que regula as relações entre os membros da coletividade internacional.

Os "paralogistas do direito internacional", conforme termo de Dinh, Daillier e Pellet (2003) o caracterizam como um direito imperfeito ou arcaico, em parte, primeiramente, pela dificuldade em se admitir a existência de um sistema normativo autônomo que se poste acima dos Estados soberanos – principais atores da coletividade internacional –, e, em segundo lugar, por tentarem, de forma frustrada, comparar o Direito Internacional aos modelos e às dinâmicas do direito interno.

Daí ser pertinente a lição de Brant (2013, p. 366):

> A força normativa do direito está impressa na sua própria construção e no seu desenvolvimento particular. Isto significa que não há que se negar a existência do direito internacional ou considera-lo primitivo ou arcaico unicamente por este não responder aos mesmos fundamentos que regem o direito constitucional e doméstico. Ele é apenas uma ordem normativa diferente governada por uma lógica própria e destinada a um grupo social com especificidades que lhe são particulares.

Assim, conforme discorrem Dinh, Daillier e Pellet (2003, p. 87) o Direito Internacional "é diferente tanto no que respeita à elaboração das regras como à sua aplicação" e, tanto por isso, "evolui segundo a sua lógica própria e encontra na noção de soberania um fator essencial de diferenciação".

O Direito Internacional surge, então, desta aparente antinomia, entre a existência de Estados soberanos, erigidos com base na ideia da independência, e a convivência da pluralidade de entes soberanos nesta coletividade, associada à ideia de interdependência:

> É de facto, da tensão entre as aspirações confusas à comunidade internacional e a tendência dos Estados para afirmarem a sua soberania, que nasce o direito internacional cujo objecto é,

> precisamente, o de organizar a necessária interdependência embora preservando a sua independência. O direito internacional, garantia da coexistência dos Estados, aparece assim como o ponto de equilíbrio, num dado momento, entre estes dois movimentos antinômicos. (DINH; PAILLIER; PELLET, 2003, p. 41).

É com base nessa contradição, e somente por ela, que o Direito Internacional, conforme acepção moderna, pôde se formar e tem se desenvolvido. Daí que, todo o desenvolvimento da coletividade internacional e do Direito Internacional perpassa por movimentos não uniformes entre conflitos e cooperações, sem que, dentro desse sistema, jamais os Estados tenham perdido o protagonismo, ainda que tenham ascendido outros atores à qualidade de sujeito concomitantemente à relativização da soberania e à diminuição da amplitude do domínio reservado dos Estados. (PELLET, 2004; SHAW, 2010).

Interessa notar, entretanto, que esta contradição, pressuposto da existência do Direito das Gentes, é também a razão de muitas das dificuldades enfrentadas pela coletividade internacional. Isso porque esta antinomia vai se reproduzir, em maior ou menor grau, nos mais variados âmbitos da coletividade internacional e do direito que a regula, tanto sobre os fundamentos teóricos da disciplina, quanto na prática da manifestação do direito, como ocorre no direito dos tratados.

Por tudo isso, a intenção aqui é analisar o ponto de equilíbrio existente no direito dos tratados, em específico, no que diz respeito às condições de validade e nas hipóteses de vício ou nulidade dos tratados à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

2 A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e, mais especificamente, a partir do advento da Organização das Nações Unidas – ONU, inegavelmente, o Direito Internacional tem passado por muitas mudanças substanciais. Jorge Miranda (2009) e Mazzuoli (2018) apontam, nesse sentido, algumas tendências evolutivas do Direito das Gentes.

Segundo artigo 13, parágrafo 1º, alínea a, da Carta da ONU é de competência da Assembleia Geral desta organização a realização de estudos e recomendações destinados à promoção da cooperação internacional no terreno político e o incentivo ao desenvolvimento progressivo do direito internacional e de sua codificação. Com

esse objetivo foi criado um órgão subsidiário, a Comissão de Direito Internacional - CDI, que tem empreendido essa tarefa.

Conforme sintetiza Miranda (2009, p. 54-55) a codificação refere-se ao movimento "tendente a substituir, gradualmente, o conhecimento das normas de Direito Internacional consuetudinário através da observação da prática pela sua incorporação em grandes textos escritos sob a forma de convenção". Portanto, a codificação se refere à transformação de normas consuetudinárias (*jus non-scriptum*), previamente existentes, em normas escritas, sobretudo pela forma convencional (*jus scriptum*). Ou seja, a codificação em si não constitui uma fonte formal do Direito Internacional e não implica em uma obrigação, por si. (VILLIGER, 2009).

O desenvolvimento progressivo implica na atividade de *lex ferenda*, ou seja, na produção escrita de novas normas, tanto em sentido estrito, como também no sentido de se promover alterações substanciais ou reformas às normas já existentes. (VILLIGER, 2009).

Argumenta-se que a intenção da codificação é tornar a aplicação do direito mais segura e uniforme, estimular a resolução dos conflitos pelas vias pacíficas, prestar maior publicidade às normas de Direito Internacional, até mesmo oportunizando a sua construção de forma mais democrática, ao se exigir o consentimento dos novos Estados, bem como, em regra, a aprovação parlamentar do texto convencional. (MAZZUOLI, 2018; MIRANDA, 2009).

Como mencionado, a CDI tem se incumbido dessa tarefa de forma bastante satisfatória, pois, origina-se daí algumas das principais normas convencionais da atualidade, dentre as quais: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982; as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961 e de Relações Consulares, de 1963; e, em destaque, as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, objeto deste estudo, é um dos mais importantes instrumentos da vida internacional atual, tanto porque os tratados têm ocupado maior protagonismo como instrumento de

regulação das relações internacionais[3], como também, pela sua natureza de *Tratado dos tratados*.

Importa acentuar que, a Convenção de Viena, resultado de longos debates, acaba por organizar regras já costumeiramente consolidadas (regras declaratórias), pelo processo de codificação, como cria outras regras que tem contribuído para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional (regras não declaratórias). (MIRANDA, 2009; VILLIGER, 2009).

Pontua, nesse sentido, Villiger (2009, p. 24, tradução livre) que "a qualidade declaratória de uma regra convencional não pode implicar na presunção no respeito a outras", de modo que cada regra deve ser analisada de forma particular. Apesar disso, reconhece que pela própria prática internacional, existe uma tendência de se aceitar a Convenção de Viena, cada vez mais, composta, em sua totalidade, por normas declaratórias.

Por tudo isso, para além de sua importância na prática internacional, que de nenhuma forma é desprezada, a análise desta norma revela muito do estágio atual da coletividade internacional. É com base nestes postulados que se passa à análise das condições de validade dos tratados, os vícios e as nulidades, conforme previsão do texto da Convenção de Viena.

3 CONDIÇÃO DE VALIDADE DOS TRATADOS

Nos dizeres de Dinh, Paillier e Pellet (2003, p. 191) "após o cumprimento das formalidades da sua conclusão, o tratado nasce para a vida jurídica. Porém, só poderá nela perdurar, produzindo duradouramente os seus efeitos, se for válido". Portanto, se do tratado é pretendido que produza efeitos jurídicos – e não morais ou outros, como assinalam Pereira e Quadros (2009) – há condições de validade que precisam ser observadas.

Inobstante as variações e divergências apresentadas pelos estudiosos do assunto, postulamos que as condições de validade do tratado internacional podem

[3] Sobre isso, Gabsch (2010) contabiliza os tratados celebrados pelo Brasil, segundo dados da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores. Enquanto em todo o século XIX, o Brasil havia celebrado cerca de 230 compromissos internacionais, somente no ano de 2008, o país havia celebrado 269. Conforme também se extrai da Coleção de Tratados da ONU (UNITED NATIONS, 2019), a Liga das Nações, entre julho de 1920 e outubro de 1948, havia registrado 4834 atos internacionais, divididos em 205 volumes. Até novembro de 2018, haviam sido registrados mais de 55.000 atos internacionais no âmbito da ONU.

ser subdivididas em quatro: partes capazes; consentimento regular; objeto lícito; e observância das formalidades relativas aos tratados.

Antes de se passar à análise de cada uma das condições, é pertinente que seja feito um último apontamento. Conforme a teoria geral do direito, para que um ato jurídico seja válido, isto é, não incorra em nulidade e produza os efeitos jurídicos esperados, certos requisitos devem ser observados. Entretanto, a inobservância de cada uma dessas condições pode gerar efeitos diversos.

Conforme atesta Mazzuoli (2018) as causas de nulidade convencional propriamente referem-se apenas aos casos dos artigos 52 e 53, que tratam da coação ao Estado e da norma de *jus cogens* respectivamente. Os outros casos, disciplinados entre o artigo 46 a 50 tratam de anulabilidade do consentimento, e o artigo 51 sobre a nulidade do consentimento.

Sustentamos ainda que existem outras condições de validade previstas pela Convenção de Viena que estão ligadas à característica da formalidade dos tratados, portanto, dizem respeito à forma e ao seu *iter* procedimental. Embora a Convenção de Viena prescreva procedimentos, em não raras vezes, se revelam como regras supletivas, ou seja, que permitem acordos em contrário pelos Estados contratantes, sem que isso culmine em irregularidade formal. Em outros casos, por exemplo, relativo à forma escrita, o acordo celebrado poderá produzir efeitos jurídicos normalmente, observados os princípios gerais de direito, como a boa-fé, e demais requisitos de validade, mas, em que pese a existência de posicionamentos divergentes[4], entendemos que não produzirá efeitos enquanto tratado internacional, por não estar imbuído da característica da formalidade, ser produzido por escrito[5].

Portanto, são múltiplos os requisitos de validade referentes aos tratados internacionais, como também são variados os efeitos que podem decorrer de sua inobservância.

De todo modo, adota-se a subdivisão exposta acima, sem que seja aprofundada a análise do requisito da formalidade dos tratados, primeiramente, pela

[4] Sobre isso ver, por exemplo, Dinh, Daillier e Pellet (2003) nas páginas 120 e seguintes, nos tópicos 62 e 63, sobre a definição tradicional de tratados, em que não incluem a forma escrita, e a definição da forma escrita pela Convenção de Viena.

[5] Essa posição, majoritariamente sustentada pela doutrina, é bem descrita por Rezek (2018, p. 43), para quem a formalidade inerente aos tratados "[...] implica [...] a escritura. O tratado internacional não prescinde da *forma escrita*, do feitio documental. [...] A oralidade briga com a própria noção histórica de *tratado*, isso não importando, em absoluto, a negação de sua serventia para exprimir outros atos jurídicos, porventura também capazes de criar obrigações".

limitação deste trabalho, como porque, não necessariamente um instrumento que não observe essas formalidades está fadado a não produzir efeitos jurídicos, apenas não pode ser considerado um tratado, ou, ao menos, não será tutelado pelas regras dispostas da Convenção de Viena de 1969.

3.1 PARTES CAPAZES

O artigo 6º da Convenção de Viena dispõe que todo Estado tem capacidade para concluir tratados. Embora esse dispositivo tenha aparência tautológica, tendo em vista o caráter por excelência de sujeitos do Direito Internacional que os Estados detêm, a regra costumeira aqui codificada tem razões sócio-históricas, como aponta Vieira (2011). Isto é, a intenção de se declarar a capacidade de concluir tratados de todo Estado, sem exceção, remonta ao contexto da descolonização e ao receio da recolonização, daí o dispositivo ter sido denominado por Reuter como "parágrafo anticolonialista." (VIEIRA, 2011; VILLIGER, 2009).

Conforme aponta Schmalenbach (2018a), este artigo evidencia a intenção da CDI, de que eventuais limitações à capacidade dos Estados pra concluir tratados somente são válidas se determinado Estado concorda com tal limitação em relação a sua própria capacidade. Portanto, uma vez que exista o reconhecimento de Estado, qualquer limitação imposta à sua capacidade de concluir tratados seria ilegal, por implicar em ofensa à soberania. Nesse sentido, o artigo 6º constata a capacidade inerente e ilimitada dos Estados para concluir tratados. (VILLIGER, 2009).

Sob outra perspectiva, há de se destacar que esse mesmo dispositivo, ao mesmo tempo, consagra o princípio da autonomia da vontade. Isto é, o artigo 6º não deve ser interpretado como o direito de um Estado em ser parte em um tratado em particular, em vista de que esse direito é expresso pela própria vontade das partes em cada tratado. Nos dizeres de Villiger (2009, p. 129, tradução livre) "[...] a capacidade de concluir tratados também inclui a capacidade de não o fazer".

Atendo-se aos dispositivos da Convenção de Viena de 1969, conforme ainda expõe Vieira (2011) persiste a dificuldade em se definir a qualidade de Estado. Este problema, no entanto, não tem sido de largo alcance na prática internacional:

> Na realidade, faz-se poucas vezes apelo à condição de capacidade em matéria de validade dos tratados interestatais. A razão é dupla:

> por um lado, o direito internacional não fornece critérios seguros sobre a qualidade de sujeito estatal; por outro, a questão põe-se raramente: a capacidade dos Estados de concluírem tratados é plena. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 194).

Ademais, a própria prática internacional tem conferido a qualidade de Estados aos membros da ONU, principalmente em razão do texto dos artigos 3º e 4º da Carta de São Francisco. Entretanto, conforme se depreende do artigo 2º, parágrafo 6º, a Carta das Nações Unidas reconhece a possibilidade de existir Estados que por alguma razão não são membros dessa organização (VIEIRA, 2011).

Ainda assim, não persistem maiores problemas na prática internacional com relação às dúvidas sobre a capacidade em celebrar tratados. Isso porque, conforme demonstram Dinh, Daillier e Pellet (2003), quando sobrevém alguma dúvida sobre esta capacidade de alguma parte, na esteira do princípio da boa-fé, tem-se entendido que lhe é possível conferir uma capacidade funcional[6] para concluir aquele tratado em específico e de matéria delimitada, com vistas a atingir as finalidades desejadas pelas partes. Portanto, se haveria, *a priori*, quaisquer dúvidas sobre a capacidade de determinada entidade, ela seria suprida, em específico, na ocasião da celebração de determinado tratado.

Quanto à capacidade dos entes descentralizados, a redação final da Convenção de Viena optou por relegar ao direito interno as questões relativas à capacidade destes entes em concluir tratados. Isto porque, a proposta inicial da CDI, inserida no parágrafo 2º, do artigo 6º, a fim de se reconhecer a capacidade destes entes em celebrar tratados, desde que admitida pela Constituição do Estado em questão, foi negada na conferência de Viena (VIEIRA, 2011).

De todo modo, conforme atesta Mello (2004, p. 215) “os Estados-membros de uma federação e os dependentes geralmente possuem o direito de convenção apenas para determinadas matérias”, sendo que essa capacidade é definida pela normativa nacional de cada Estado, portanto, pouco se refere ao Direito Internacional propriamente. O que realmente é tutelado pelo Direito das Gentes, diz respeito ao caso de descumprimento do acordo celebrado por entidade

[6]Conforme Mello (2004, p. 216) “o direito de convenção, para se verificar quais as pessoas internacionais que o têm, deve ser analisado em cada caso, sendo mesmo impossível uma teoria geral”. Deste modo, como assinalam Dinh, Paillier e Pellet (2003), em certos casos, como relativos aos movimentos de libertação nacional e que podem ser entendidos também nos casos de entidades especializadas atuantes na ordem internacional, poderá haver o direito de convenção, determinado por uma capacidade atestada em disposição formal, usualmente limitada pela orientação funcional.

descentralizada, em que haveria a possibilidade de responsabilização do Estado no qual esta entidade compõe. (DINH; PAILLIER; PELLET, 2003; MELLO, 2004).

Por fim, ainda dentro deste tópico, importa a análise da habilitação dos representantes dos Estados.

Pela própria natureza do Estado, os atos por ele emanados dependem da figura de uma ou mais pessoas físicas que atuam na qualidade de representante do Estado. Nas palavras de Medeiros (1995, p. 137) "é óbvio [...] que os Estados não possuem vontade própria, no sentido fisiológico e psicológico das palavras: sua vontade é expressa por indivíduos, chamados a agir na qualidade de órgãos do Estado" em consonância, evidentemente, com as normas do seu direito interno.

Ao atestar isso, Medeiros (1995) faz a distinção entre a capacidade, descrita anteriormente, e competência, que se refere, portanto, à habilitação dos representantes. Assim, se o "Estado só pode celebrar tratados por intermédio de indivíduos investidos de poder para formar e declarar sua vontade" são essas pessoas ou órgãos "competentes para agir pelo Estado". (MEDEIROS, 1995, p. 137).

Tradicionalmente essa competência para concluir tratados esteve vinculada à figura do soberano e daí decorre a utilização da nomenclatura "plenos poderes" pela Convenção de Viena. Entretanto, com o desenvolvimento da matéria, essa competência acabou sendo atribuída ao Poder Executivo, cuja atuação é vinculada aos interesses do povo ou da nação, de modo que essas competências são definidas pelo próprio Estado, normalmente pelo texto constitucional (HOFFMEISTER, 2018; MEDEIROS, 1995).

Tanto pelo volume de acordos celebrados, quanto pela exigência de conhecimentos técnicos acerca das relações internacionais e assuntos atinentes. Essas tarefas, todavia, têm sido atribuídas não estritamente ao Chefe do Poder Executivo, mas ao corpo diplomático de carreira e *experts* que formam a delegação diplomática.

A prática internacional consagrou, nesses termos, como procedimento de formação dos tratados ordinários – isto é, em oposição aos acordos simplificados – a instauração de duas fases procedimentais que dependem da assinatura, como manifestação de consentimento precária e formal, prestada, usualmente pelo Chefe da Missão Diplomática; e da ratificação, como ato de governo que indica o engajamento definitivo, após a aprovação parlamentar.

Por tudo isso, é exigido do corpo diplomático, normalmente através da figura do Chefe da Missão, a apresentação da chamada carta de plenos poderes, conforme disposição do artigo 7º da Convenção de Viena, que garante aos chamados plenipotenciários a qualidade de representantes do Estado.

Este mesmo artigo, no entanto, dispõe também sobre a dispensabilidade desta carta. A primeira delas, conforme parágrafo 1º, alínea b, tem lugar quando a prática ou outras circunstâncias dos Estados interessados indicarem que tinham a intenção de que determinada pessoa fosse considerada seu representante para os fins da celebração daquele tratado.

O parágrafo segundo deste artigo elenca casos de dispensabilidade em razão da função atribuída aos representantes. A primeira hipótese, trazida na alínea a, dispõe que não é exigida a apresentação da carta de plenos poderes dos Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministro das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão do tratado. A justificativa é evidente, visto que, usualmente, são estes quem expedem a própria carta, em virtude de suas competências atribuídas enquanto representantes do Estado pelo direito interno e já tradicionalmente reconhecidas internacionalmente.

A segunda hipótese refere-se aos Chefes de missão diplomática acreditados junto a determinado Estado, para a adoção de texto de tratado com o Estado em questão. A dispensabilidade, neste caso, condiz com uma lógica razoável de que, faz parte das atribuições do Chefe da missão no Estado acreditado representar o Estado acreditante, inclusive no que concerne à celebração de tratados.

Há dois elementos aqui que necessitam de análise mais cautelosa. A primeira delas diz respeito à análise da competência do representante, visto que, dentro deste limite instituído, só será dispensada a apresentação da carta de plenos poderes em tratados bilaterais, visto que, a presunção de que o Chefe de missão diplomática é o representante do Estado só se dá em relação ao Estado no qual está acreditado.

O segundo refere-se à crítica ao dispositivo exposta por Rezek (2018) para quem não há razão em se limitar a atuação do chefe de missão diplomática até a adoção do texto. Conforme pontua o autor, a prática tem sido, em atenção ao credenciamento permanente de que gozam esses representantes, de que estes Chefes poderiam assinar o tratado bilateral, na medida em que a assinatura implique na autenticação do texto e no desfecho da negociação e não no consentimento

definitivo. O fundamento jurídico, neste caso, no entanto, parece se alicerçar na disposição da alínea b, do parágrafo primeiro do próprio artigo 7º, como destaca Hoffmeister (2018).

Na última hipótese, e em sentido semelhante, há a dispensa de apresentação de carta de plenos poderes aos representantes de Estado acreditados em conferência ou organização internacional, também para a adoção do texto de tratado.

Finalmente, deve-se destacar que pela redação do artigo 8º da Convenção de Viena, os atos praticados por uma pessoa que não seria a representante de determinado Estado não produzem efeitos jurídicos, embora o Estado possa convalidar os atos posteriormente. Shaw (2010), nesse sentido, aponta a existência de caso em 1951, de convenção celebrada relativa à nomenclatura de queijos, em que determinado representante agiu em nome tanto da Suécia quanto da Noruega, sendo atestado, posteriormente, que este representante possuía delegação somente da Noruega. O ato, contudo, foi convalidado pelo Estado sueco, e assim o acordo entrou em vigor.

3.2 CONSENTIMENTO REGULAR

O direito dos tratados se erige sobre a base do consentimento, isto é, a vontade manifesta das partes em se engajar a determinada norma convencional. Até mesmo por isso, é necessário que, para que o tratado internacional produza os efeitos jurídicos na ordem internacional, o consentimento – entendido como vontade manifesta – não esteja eivado de vícios.

Nesse viés, o consentimento regular se exprime pela observância de dois aspectos, conforme classificação de Dinh, Daillier e Pellet (2003): o formal, no qual se enquadra o instituto da ratificação imperfeita; e o material, que diz respeito às regularidades substanciais, cuja compreensão está ligada à ideia de que o consentimento manifesto condiz com a real liberdade de atuação das partes, referindo-se, portanto, à ausência de erro, de dolo, de corrupção, de violência e de lesão. Para este trabalho, privilegiamos os institutos previstos no corpo da Convenção de Viena.

Sobre o aspecto formal, a Convenção de Viena em seu artigo 46, em resultado de um dos mais inteligentes debates da CDI sobre o direito dos tratados, dispôs que:

> Art. 46 Disposições do Direito Interno sobre competência para concluir tratados
> 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
> 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que Proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.

O artigo supracitado visa responder a questão sobre em que medida a violação de um dispositivo de direito interno, relativo à competência[7] para concluir tratados seria relevante ao Direito Internacional, no sentido de gerar a invalidade do consentimento expresso pelo Estado.

Anteriormente à Convenção de Viena, e nos próprios debates no âmbito de sua formulação, os posicionamentos relativos a esta questão, tanto jurisprudenciais quanto doutrinários, variavam entre dois extremos, conforme a concepção teórica adotada sobre a relação entre direito interno e Direito Internacional. Na prática, a matéria do artigo está ligada à tensão entre a soberania estatal e à segurança jurídica do direito dos tratados. (RENSMANN, 2018).

Segundo apontam Saliba e Augustin (2011), os Projetos de Artigos da CDI para a Convenção de Viena tiveram quatro relatores, de modo que, para cada um deles, a questão seria apreciada de uma distinta perspectiva. A redação final decorre de uma solução conciliatória, proposta pelo último relator, Sir Humphrey Waldock, em que se consagrou a primazia do Direito Internacional, embora não se desprezando a admissão, em caráter de exceção, da invalidade nos casos de violação manifesta.

É revelador, nesse sentido, a redação negativa do artigo que denota a excepcionalidade da possibilidade de invalidação conforme prediz essa regra, privilegiando o Direito Internacional, no sentido de dar maior segurança jurídica e estabilidade aos tratados concluídos. De outro lado, essa solução é chamada de conciliatória, pois não desconsidera absolutamente o direito interno, ainda que se

[7] Ressalte-se que o artigo em questão diz respeito ao âmbito da competência para celebrar tratados. Sobre as questões substanciais, é explícito o artigo 27 da Convenção de Viena sobre a impossibilidade de uma parte invocar o seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, aplicável também na questão do consentimento. Conforme explica Shaw (2010, p. 700) “isso é evidente e é um princípio geral do direito internacional”.

exija concomitantemente o elemento da violação manifesta e a natureza de norma de importância fundamental[8], em atenção aos princípios da soberania e da boa-fé.

Mais adiante, a Convenção de Viena consagra no artigo 48 a possibilidade de invalidação do consentimento mediante a invocação de erro. Todavia, segundo leciona Rensmann (2018b) o erro só representa vício de consentimento em direito dos tratados se relativo a fato ou situação, que existiu no momento da celebração deste tratado e que formou a base essencial do consentimento. Portanto, é salutar a percepção de que a Convenção de Viena não consagrou como hipótese de anulabilidade do consentimento o erro de direito.

Note-se ainda que, ao Estado em questão não é lícito alegar o erro como causa de anulabilidade do consentimento no caso em que ele mesmo tenha concorrido para a sua ocorrência, como já foi previsto em sede jurisprudencial, como no caso do Templo Preah Vihear, de 1963.

O dolo, quase inexistente na prática internacional, refere-se à conduta fraudulenta de uma parte negociadora com a intenção de prejudicar, induzindo ao erro, outra parte do dito tratado.

A corrupção de representante de Estado também é caso de anulabilidade de consentimento. Assevera Mazzuoli (2018) que a intenção da Convenção de Viena foi a de consagrar um tipo especial de dolo, cuja negociação desleal, mesmo que relativa a certas disposições do tratado, ainda que não essenciais, vicia o consentimento por completo.

Até então, todos os casos expostos: a ratificação imperfeita; o erro; o dolo[9]; e a corrupção só podem ser alegados pela parte vítima das causas de anulabilidade de consentimento, uma vez que as causas de anulabilidade dizem respeito ao interesse particular de cada parte. Daí ser possível concluir que a sua não alegação culmina na convalidação do ato, nos termos do artigo 45 da Convenção de Viena. (MAZZUOLI, 2018; SALIBA; AUGUSTIN, 2011).

[8] Sobre a qualidade dessa norma há certa divergência doutrinária. Para Saliba e Augustin (2011, p. 395) o texto da Convenção de Viena indica que "não é imperativo que a norma seja constitucional". Para Mazzuoli (2018, p. 243) ao contrário "parece claro que a Convenção pretendeu referir-se às normas constitucionais do país, não sendo nada provável que a intenção do legislador de Viena fosse atribuir importância fundamental também às demais normas do ordenamento interno [...]".

[9] Em postura divergente, Villiger (2009, p. 618) aponta que qualquer Estado poderia invocar a existência de dolo como causa de anulabilidade de seu consentimento, uma vez que este ato fraudulento atacaria a confiança mútua entre as partes. Assevera, no entanto, que o dolo enseja a anulabilidade, pertencendo o ônus da prova à parte que o alega.

O artigo 51 da Convenção de Viena trata de uma hipótese de nulidade absoluta do consentimento, qual seja a coação de representante do Estado. Neste caso, embora a irregularidade recaia sobre o consentimento, os efeitos sofridos tem natureza *ex tunc*, portanto, modifica o consentimento *ab initio*. (MAZZUOLI, 2018).

Neste caso, o fundamento da nulidade reside, em primeiro lugar, na proteção da ordem internacional, que, se funda, de forma mais evidente desde a constituição da Carta das Nações Unidas, na proibição da ameaça e do uso da força; e, em segundo lugar, sobre o consentimento que não é livre, uma vez que o representante do Estado, ao sofrer a coação sobre si ou a ele relacionada, acaba por concluir um tratado em razão de interesses pessoais, não agindo mais, então, como representante do Estado (SILVA; SOUZA, 2011; VILLIGER, 2009).

Ainda sobre essa hipótese, afirma Villiger (2009) que, embora o fundamento da nulidade seja pela manutenção e proteção da ordem pública internacional, como a irregularidade recai sobre o consentimento, no caso de um tratado multilateral, a situação jurídica das demais partes não é afetada. Silva e Souza (2011), no entanto argumentam que na ausência de disposição expressa da Convenção de Viena, mas sob os auspícios dos artigos 65 a 68, qualquer parte do tratado pode invocar a nulidade. Não há que se falar aqui também na possibilidade de convalidação do ato.

O artigo 52, que dispõe sobre a hipótese de nulidade do tratado que seja celebrado mediante a coação do Estado pela ameaça ou emprego da força, expõe um caso de maior gravidade, razão pela qual faz com o que o tratado em questão seja nulo, suprimindo seus efeitos desde a sua conclusão. O fundamento deste artigo, ainda em maior grau, é a proteção e manutenção da ordem estabelecida pela Carta das Nações Unidas, em que relegam à ilicitude as guerras de agressão.

Conforme explica Mazzuoli (2018, p. 230) a diferença entre as hipóteses do artigo 51 e 52

> [...] está no seguinte: no primeiro caso [...] a nulidade atinge não o tratado em si, mas o consentimento do Estado em obrigar-se por ele, estendendo efeitos apenas às partes envolvidas, ou seja, coator e coagido, ao passo que na segunda hipótese [...] ela recai sobre o próprio tratado, sendo então oponível *erga omnes*, por tratar-se de um ilícito cometido contra todos os membros da sociedade internacional, entendida em seu conjunto.

Enfim, devemos admitir certa imprecisão técnica em tratar da hipótese de coação do Estado no tópico destinado à regularidade do consentimento. Isso porque, o caso do artigo 52, parece-nos muito particular, embora precisamente

lógico. A explicação sobre isso se deve ao fato de que, apesar de a irregularidade se dar no momento da formação do tratado, a ilicitude afeta a própria ordem internacional. Isto é, o ato de coagir um Estado para obter a conclusão de um tratado fere postulados basilares da ordem internacional, que, como se argumenta adiante, compõe a própria noção de norma cogente: o respeito à soberania e a consequente igualdade formal entre Estados; o respeito à paz e segurança internacional; a abstenção do uso da força; dentre outros princípios da Carta da ONU. Logo, ao se utilizar desse artifício, ainda que atinente ao método, trata-se de ato que fere uma das normas de *jus cogens*.

3.3 OBJETO LÍCITO

A licitude do objeto está atrelada à precondição da existência de uma ordem pública internacional, da qual os tratados internacionais devem guardar observância, sob o risco de serem declarados nulos. (VALLARTA MARRÓN, 2010). A discussão sobre a existência dessa ordem pública não é nova, e, conforme dispõe Rodas (1974), a própria CDI afirmou não ter inovado nessa disposição, apenas constatou uma situação já existente que, anteriormente não havia sido possível, somente pela prevalência do caráter contratual da coletividade internacional[10].

De todo modo, se precede à Convenção de Viena a existência de uma moral internacional, a partir de então, indubitavelmente, há a ascensão de valores comuns da coletividade internacional ao âmbito da juridicidade, o que acaba por influenciar os próprios fundamentos do Direito Internacional. Isso porque "o conceito de *jus cogens* ou norma imperativa baseia-se na ideia de que existem valores fundamentais e superiores dentro do sistema [...]" em notória influência objetivista. (SHAW, 2010, p. 98).

Segundo a redação do artigo 53 da Convenção de Viena, é nulo qualquer tratado que conflite com uma norma de *jus cogens*. Essas normas são aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo, da qual nenhuma derrogação é permitida e que somente pode ser modificada por outra

[10] Em sentido diverso, Czaplinski (2006), embora reconhecendo que as normas de *jus cogens*, do ponto de vista teórico, tenham raízes ao menos no século XIX, quanto à sua previsão normativa, indica que o artigo 53 da CVDT tem caráter de norma não-declaratória.

norma de mesma natureza. Nesse sentido, é valiosa a lição de Rodas (1974, p. 127):

> Norma imperativa não significa simplesmente "norma obrigatória", pois as normas de direito internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados. O caráter proibitivo do "jus cogens" é no sentido de interdizer toda derrogação às suas disposições. [...] o "jus cogens" [...] introduz uma limitação à liberdade contratual dos Estados. O limite de aplicação do "jus cogens" confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados.

Fica nítido, portanto, que a norma de *jus cogens* se impõe sobre os sujeitos de Direito Internacional, limitando a vontade dos Estados. Assim, embora na maior parte do texto da Convenção de Viena fique evidente a importância e a dependência do consentimento dos Estados tanto no Direito dos Tratados e na formação das normas convencionais, como na vida internacional e no Direito Internacional em geral, ao se reconhecer a existência de normas imperativas – cujas origens remontam a valores da coletividade internacional – estamos diante do movimento de objetivação do Direito Internacional.

No entanto, a questão sobre a determinação de quais são esses valores essenciais à coletividade internacional, e consequentemente, em que consistem essas normas imperativas impõe maiores dificuldades.

Segundo aponta Vallarta Marrón (2010), nem mesmo os governos e juristas de posições voluntaristas mais extremadas participantes dos debates da CDI questionaram a existência dessas normas, apenas alegavam dificuldades em sua definição e se questionavam sobre quais os critérios deveriam ser utilizados em sua determinação.

Primeiramente sobre os critérios, Ramos (2011) aponta serem três: a existência de valores essenciais comuns à coletividade internacional; a determinação dessas normas pela própria comunidade internacional como um todo; e a superioridade hierárquica.

Segundo Vallarta Marrón (2010) a proposta inicial da CDI determinava apenas dois critérios: a inderrogabilidade e a possibilidade de modificação apenas por norma de mesma natureza. Entretanto, pela proposta das delegações espanhola, grega e finlandesa, acresceu-se o critério da determinação pela comunidade internacional.

Este critério permite acentuar a tendência da universalização do Direito Internacional e colocaria óbices à manipulação do instituto em prol de interesses

particulares. Isso é ilustrado pela oposição existente pela delegação estadunidense naquele contexto em que se postulava a determinação do conteúdo dessas normas pela análise dos sistemas jurídicos nacionais e regionais. Essa proposição, no entanto, não foi adiante, pelo argumento de que, assim sendo, haveria a possibilidade de se excepcionar o alcance da norma imperativa pela invocação do direito interno. (SCHMALENBACH, 2018b, VALLARTA MARRÓN, 2010).

Adverte Villiger (2009), ainda assim, que a norma peremptória não requer a aceitação ativa de todos os Estados, utilizando-se, portanto, de lógica similar às normas costumeiras sobre os Estados particularmente afetados e da aceitação tácita.

Quanto à definição, como é possível se extrair do próprio texto do artigo 53, nota-se que a CDI acabou por não enumerar quais seriam as normas imperativas, pois, se de um lado havia alguma falta de consenso entre os Estados, de outro se intencionava, segundo Czaplinski (2006), que a própria prática internacional, incluindo-se os Tribunais Internacionais[11], viesse, progressivamente, a definir quais seriam essas normas.

Em sentido similar, Rodas (1974) aponta que as normas de *jus cogens* exprimem valores éticos da coletividade internacional, sendo por isso o seu conteúdo variável e evolutivo de acordo com as transformações sócio históricas desta coletividade. Daí que a CDI optou por não precisar o conceito de normas imperativas sob o risco de cristalizá-lo.

Não faltaram, no entanto, considerações que propuseram alguma definição sobre quais seriam essas normas. A delegação soviética, por exemplo, suscitou o caráter imperativo de normas como a proibição à ameaça e ao uso da força; a intervenção em assuntos internos; a igualdade soberana dos Estados e a solução pacífica de controvérsias. Daí que, embora a Convenção tenha tido o cuidado de não enumerar essas normas, estes exemplos tem encontrado algum consenso na prática e na doutrina internacional. É por essa razão, parece-nos, que o artigo 52

[11] Foi nesse sentido que se acabou formulando a obrigatoriedade primária da submissão das controvérsias envolvendo as normas de *jus cogens* à Corte Internacional de Justiça, pela disposição do artigo 66 da Convenção de Viena. Esse dispositivo que atribui o papel de delimitação dessas normas à Corte, no entanto, tem sido alvo de reservas, como o fez o Brasil. Ademais, deve-se notar, conforme os dizeres de Czaplinski (2006, p. 89, tradução livre) que "[...] as referências ao *jus cogens* na prática judicial são extremamente modestas, e nenhum tratado foi declarado nulo e sem efeito por conflitar com uma norma peremptória".

acima explicitado determina a nulidade dos tratados quando existir a coação a um Estado negociador.

Com algumas variações, há uma divisão interessante que pode ser utilizada para delimitar as normas de *jus cogens* como sendo aquelas: a) relativas aos interesses basilares da coletividade internacional, a exemplo daquelas enumeradas pela delegação soviética; b) que estabeleçam, promovam e protejam os direitos humanos e certos valores da humanidade, como são as normas de direito humanitário, e como tem sido cada vez mais postulado, as normas de direitos humanos. (RAMOS, 2011; VALLARTA MARRÓN, 2010).

Em conclusão, é certa a existência de uma ordem pública internacional pautada em valores compartilhados, em maior ou menor grau de consenso, pela coletividade internacional. Como afirma Ramos (2011), o artigo 53 é um dos dispositivos mais importantes da Convenção de Viena, sobretudo porque, além de codificar a previsão desta norma, institui um limite à larga liberdade que os Estados possuem em convencionar segundo os preceitos do Direito Internacional.

Mas, de fato, a norma de *jus cogens* ultrapassa os limites do direito dos tratados e afeta os próprios fundamentos do Direito Internacional, já que a vontade mandante do Estado encontra óbices em valores compartilhados pela comunidade internacional como um todo. Ou seja, parece-nos que ao estipular os critérios constituintes da norma, a CDI permitiu o reconhecimento da existência de valores externos a vontade estatal, e que se refere à complexa coletividade internacional em constante mutação.

É o que demonstra, por exemplo, Squeff e Rosa (2018) pela atuação do sistema interamericano de direitos humanos, em que se inclui, ainda que em nível incipiente, a atuação da sociedade civil organizada, de indivíduos e dos próprios órgãos jurisdicionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na formação de normas de natureza imperativa.

Portanto, a previsão da norma de *jus cogens* oportuniza para a coletividade internacional, essencialmente dinâmica, a constante participação na delimitação de quais seriam esses valores, aos quais não se poderia pactuar em contrário e possuem, materialmente, hierarquia superior.

Uma última consideração, entretanto, consiste no fato de que, nem mesmo esta norma afasta o protagonismo dos Estados, mesmo que permitindo a ascensão e a participação de outros atores da coletividade internacional. Talvez pelo fato de

que, uma vez mais, não seria possível desprezar a realidade e os pilares em que se formam a coletividade e o Direito Internacional, a antinomia entre divergência e convergência, entre independência e interdependência, acima apontada.

4 ASPECTOS RELATIVOS AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL

Evidentemente, o tema dos fundamentos do Direito Internacional não é assunto desconhecido pelos internacionalistas e estudiosos do direito em geral, e tem sido problematizado desde as origens da disciplina remontando a Francisco de Vitória e a Francisco Suárez, no século XVI.

A questão a qual se visa tratar aqui, contudo, refere-se a quais pistas podem ser deduzidas sobre quais os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo a partir da análise das condições de validade dos tratados conforme previstas pela Convenção de Viena. Não se objetiva, portanto, afirmar de modo estanque quais são os fundamentos do Direito Internacional a partir desta análise. No entanto, pela importância da Convenção de Viena para as relações internacionais não há dúvidas de que esta Convenção diz muito sobre o atual estágio do Direito Internacional.

As classificações sobre as correntes teóricas dos fundamentos dos Direitos das Gentes, pela sua natureza doutrinária, são a das mais diversas. Trabalhamos aqui, ainda que com certo sacrifício de maior precisão teórica, com subdivisão apontada por Mello (2004): a corrente voluntarista e a corrente objetivista.

Nesses termos, o voluntarismo prediz que “a existência e a obrigatoriedade do Direito resultam sempre da qualidade da vontade que o cria. [...] O Direito obriga porque foi querido”. (PEREIRA; QUADROS, 2009, p. 58). A obrigatoriedade, por esta perspectiva, decorre do consentimento, da vontade, de um ou mais Estados, conforme a teoria em específico.

É de se notar que, no contexto do Direito Internacional, esta vontade tem uma natureza qualificada, ou, como afirmam Dinh, Daillier e Pellet (2003), trata-se de uma vontade superior, mandante, portanto, dos Estados na qualidade de soberanos. Na esteira da corrente voluntarista, no entanto, como adverte Rezek (2018) este consentimento não é necessariamente criativo, mas perceptivo, na medida em que os Estados acabam por consentir com o direito que emana, ainda segundo o autor, da pura razão humana.

São várias as pertinentes críticas feitas à corrente voluntarista pela maioria dos internacionalistas contemporâneos, cujos argumentos revelam a incompatibilidade entre esta corrente e o atual estágio da vida internacional. Em geral, tem-se apontado que ao se aceitar esta teoria, em última instância, estaria acatando-se a teoria da soberania absoluta hegeliana que culminaria na negação do Direito Internacional. (MELLO, 2004; PEREIRA; QUADROS, 2009).

Em sentido diverso, a perspectiva objetivista, que compreende as teorias jusnaturalistas, as teorias sociológicas do direito e o normativismo jurídico, segundo esta classificação, pressupõe a existência de uma norma ou princípio externo aos Estados que presta obrigatoriedade ao Direito Internacional. (MELLO, 2004).

Esta corrente, genericamente, surge como reação à falibilidade das teorias voluntaristas em encontrar "um fundamento convincente para as regras, aliás indiscutíveis, que limitam a competência internacional dos Estados e, sobretudo, [porque] não explicam por que o motivo os liga a vontade destes". (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 109-110). Mas esse idealismo que imbui as teorias objetivistas "acabam por admitir uma norma superior, cuja justificação é impossível", além de desprezar ou ao menos minimizar a vontade soberana dos Estados na composição do Direito Internacional (MELLO, 2004, p. 144).

E aqui reside um problema, já que "nenhuma preferência teórica substitui a indispensável observação da realidade, na sua diversidade e na sua heterogeneidade". (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 110). Assim, nos dizeres de Shaw (2010, p. 9):

> É claro que não podemos ignorar o papel do consentimento no direito internacional. Reconhecendo suas limitações, não menosprezamos sua importância. [...] Num sentido muito amplo, os Estados aceitam ou consentem com o sistema geral de direito internacional, pois a realidade é que nenhum sistema desse tipo poderia funcionar sem essa aceitação ou consentimento.

Observa-se, portanto, que aquela antinomia que enseja a criação do Direito Internacional se confronta também em seus fundamentos. Em termos conclusivos, por um método de eliminação crítico, alguns autores tem se posicionado pela melhor adequação da teoria do *pacta sunt servanda*, como Mazzuoli (2018), ou pela teoria jusnaturalista como, em última instância assevera ainda Mazzuoli (2018), ou de forma mais direta, como Mello (2004) e Pereira e Quadros (2009).

Há ainda, como o faz Jubilut (2010, p. 217), uma perspectiva conciliatória, predizendo que os fundamentos do Direito Internacional apresentam uma dupla face que deve valorizar a vontade dos Estados "mas enxergando a existência de valores acima destes".

Em suma, existe ainda a dificuldade em se buscar um argumento convincente que seja capaz de lidar com essa contradição presente desde o nascimento do Direito Internacional moderno. Como se demonstrou, os posicionamentos mais frequentes não conseguem desprezar a vontade dos Estados como elemento essencial na formação do Direito Internacional, mas evitam admitir as teorias voluntaristas com o intuito de se permitir o desenvolvimento do Direito das Gentes como instrumento hábil à promoção da paz e da estabilidade no cenário internacional.

No entanto, se as perspectivas conciliatórias tem o indubitável mérito de mais bem se adequar ao contexto da vida internacional contemporânea, em que não se despreza a vontade dos Estados, mas já se reconhece a existência de valores comuns à coletividade internacional superiores àquela vontade, a contradição teórica ainda permanece. Aliás, essa contradição parece-nos insuperável, já que, ao se admitir a existência de uma norma superior que legitima o consentimento dos Estados como elemento importante na formação do Direito Internacional, ainda que exista este consentimento, há uma norma anterior que o autoriza, enquadrando-se, portanto, em termos teóricos, na vertente objetivista. Mas, se ao contrário, esse consentimento é parte mesmo essencial do fundamento do Direito Internacional, de modo que, sem este não se poderia falar em obrigatoriedade, em última instância, tratar-se-ia da doutrina voluntarista.

Inobstante essa questão, parece-nos, enfim, conforme lecionam Dinh, Daillier e Pellet (2003, p. 110) que o "o sentimento de obrigação [...] muda em função das circunstâncias e do contexto social", sendo que, no atual contexto, a coletividade internacional tem se preocupado mais em alcançar um mínimo de coordenação das vontades com o objetivo de maximizar as chances de eficácia deste direito, sem sacrificar valores basilares desta coletividade.

Quanto ao objeto de análise, é notório que a Convenção de Viena aborda, na maior parte de seu texto, regras relativas ao consentimento, princípio eixo do direito dos tratados, permitindo que o acordo dos Estados, em muitos casos, prevaleça, e daí se dizer que essas regras possuem caráter supletivo. No entanto, este

instrumento normativo também reconhece a existência de valores essenciais à coletividade internacional, que, se mais restritos quantitativamente, implicam em consequências mais gravosas em caso de inobservância.

É a previsão da existência de normas cogentes, portanto, que revelam uma transformação substancial da coletividade internacional. Independentemente de o artigo 53, inicialmente, ter natureza não-declaratória, tem-se admitido de forma cada vez mais consensual a existência de valores essenciais à coletividade internacional que ocupam lugar central no Direito Internacional. (CZAPLINSKI, 2006; TOMUSCHAT, 2006)

Ademais, embora reconheçamos as eventuais dificuldades interpretativas com relação à expressão "reconhecida pela comunidade internacional como um todo", parece-nos que, ao conferir a tarefa de determinação dessas normas à coletividade internacional, prevalece a ideia da existência de valores essenciais e superiores que independem da vontade de Estados considerados isoladamente ou em pequenos grupos.

Nesse sentido, o estudo sobre as condições de validade dos tratados apresenta uma pista sobre, não só o movimento de objetivação do Direito das Gentes – de modo que o consentimento se fundaria em princípios externos à vontade dos Estados –, mas, além disso, que a obrigatoriedade do Direito Internacional decorre de princípios e valores exteriores aos Estados, que é, ao mesmo tempo, construída pela coletividade internacional. Repita-se, a instituição das normas imperativas, embora existam inúmeros argumentos de sua existência há longos tempos, somente se fez possível, pelo estágio atual em que se encontra a sociedade internacional.

Para além disso, a previsão normativa do artigo 53 possibilita que com as transformações sofridas pela coletividade internacional, o conteúdo dessas normas também se transformem, conforme sejam compartilhados outros valores essenciais, sem que, os valores já consagrados se tornem frágeis, já que a derrogação somente é possível por normas de igual natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir, pelo exposto, que o direito dos tratados se alicerça na autonomia da vontade e na liberdade contratual dos Estados. A Convenção de

Viena, nesse sentido, privilegia a vontade manifesta em detrimento da forma, na maioria dos casos, de modo que a as condições de validade expressas nesse tratado, na maioria dos casos, buscam garantir que a vontade manifesta não esteja eivada de vícios.

Diferem destas apenas as previsões dos artigos 52 e 53 da Convenção de Viena, tanto porque a objeto de proteção desses dispositivos relaciona-se à ordem pública internacional, quanto porque, nesses casos e por este fundamento, os atos viciados não podem ser convalidados.

Por fim, apesar de que as conclusões teóricas advindas dos estudos das fontes do Direito Internacional, de um lado, e a dos fundamentos desta disciplina, de outro, não se confundam, defendemos que, pela central importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e, sobretudo pela previsão das normas peremptórias, acreditamos ser necessário nos questionarmos sobre o papel central do desenvolvimento da coletividade internacional como pressuposto à objetivação do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Fundamentos da existência e validade do direito internacional. *In:* **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte. n. 62, Jan./jun. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7.030,** de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**: um estudo da ordem na política mundial. São Paulo: Universidade de Brasília, 2002.

CZAPLINSKI, Wladyslaw. Ius cogens and the Law of treaties. p. 83-97. *In:* THOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. (ed.). **The fundamental rules of the international legal order:** jus cogens and obligations erga omnes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER; Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público.** 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil:** possíveis opções para acelerar o seu processo. Brasília: Funag, 2010.

HOFFMEISTER, Frank. Article 7: full powers. p. 129-144. *In:* DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. (ed.). **Vienna Convention on the Law of Treaties**: a commentary. 2. ed. Berlin: Springer: 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the Temple of Preah Vihear** (Cambodia v. Thailand), Merits. Judgment of 15 jun. 1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/45/045-19620615-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. **V Anuário brasileiro de direito internacional.** Belo Horizonte, n. 9, vol. 2, jul. 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **O poder de celebrar tratados:** competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v.1. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público:** uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PELLET, A. As novas tendências do Direito Internacional: aspectos “macrojurídicos”. *In*: BRANT, L. N. C. (org.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público.** 3. ed. Lisboa: Almedina, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Artigo 53. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Direito dos tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

RENSMANN, Thilo. Article 46: provisions of international law regarding competence to conclude treaties. *In:* DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. (ed.). **Vienna Convention on the Law of Treaties**: a commentary. 2. ed. Berlin: Springer: 2018a.

_____. Article 48: error. *In:* DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. (ed.). **Vienna Convention on the Law of Treaties**: a commentary. 2. ed. Berlin: Springer: 2018b.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODAS, João Grandino. Jus cogens em Direito Internacional. *In:* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo, v. 69, n. 2, 1974.

SALIBA, Aziz Tuffi; AUGUSTIN, Bruno Herwig Rocha. Artigo 46. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Direito dos tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

SHAW, Malcolm. **Direito internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SCHMALENBACH, Kristen. Article 6: capacity of States to conclude treaties. *In:* DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. (ed.). **Vienna Convention on the Law of Treaties**: a commentary. 2. ed. Berlin: Springer: 2018a.

_____. Article 53: treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“jus cogens”). *In:* DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. (ed.).

Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary. 2. ed. Berlin: Springer: 2018b.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; SOUZA, Tatiana Ribeiro de. Artigo 51. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Direito dos tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: an european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. *In:* **Revista de direito internacional,** Brasília, v. 15, n. 1.

THOUVENIN, Jean-Marc. (ed.). **The fundamental rules of the international legal order:** jus cogens and obligations erga omnes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes: concluding observations. *In:* THOMUSCHAT, Christian; TÖNNIES, Ferdinand. **Community and civil society**. Cambridge: Cambridge University, 2001.

UNITED NATIONS. **Charter of the United Nations**. San Francisco. 1945.

_____. **United Nations Treaty Collection**. 2019. Disponível em <https://treaties.un.org/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

VALLARTA MARRÓN, José Luis. La argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional. **Anuario mexicano de derecho internacional.** Ciudad de México, vol. X, 2010.

VIEIRA, Susana Camargo. Artigo 6. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Direito dos tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

VILLIGER, Mark Eugen. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.