

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Camila Vicenci Fernandes

**QUESTIONANDO A IMPERATIVIDADE DO JUS COGENS NO DIREITO
INTERNACIONAL**

Porto Alegre
2014

Camila Vicenci Fernandes

**QUESTIONANDO A IMPERATIVIDADE DO JUS COGENS NO DIREITO
INTERNACIONAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Martha Lucía
Olivar Jimenez

Porto Alegre
2014

Para todos os meus professores – da família, da universidade e da vida

AGRADECIMENTOS

Ao atingir este ponto de minha trajetória, inicio agradecendo à minha mãe, Sandra, por desde cedo me incentivar e servir de exemplo de dedicação e excelência, e também por me apoiar nos momentos mais difíceis. Tenho muita sorte de ter uma mãe que compreende a sobrepujante vontade de se lavar uma calça jeans à mão que costuma surgir quando é necessário devotar atenção à tese, e cujos conselhos foram imprescindíveis para que eu suportasse as horas de dificuldade e perseverasse no caminho acadêmico, abandonando o efêmero- porém tentador- desejo de iniciar uma carreira na construção civil, tão comum após três dias seguidos de tradução. Também devo agradecer ao meu pai, por acreditar em mim, estimular meus sonhos, planos e projetos, por mais descabidos que fossem. Nas horas de dificuldade, ele me ajudou a encarar os obstáculos com bom-humor, disposição e, bem....churrasco. Obrigada, pai. Esses oito quilos a mais são pra ti.

Importante mencionar minha enorme gratidão ao meu “pai ad hoc”, tio Fernando, cujo carma de mil vidas deve ter sido pago nessa, ao me levar e trazer de aeroportos, acompanhar em cirurgias e, acima de tudo, me inspirar a ser uma pessoa ética e honesta. Obrigada, tio Fernando, por ser a base da nossa família, e por estar sempre ao nosso lado. Tia Vera e Tio Raimundo, agradeço enormemente por terem colocado Deus em minha vida. Vocês podem ter certeza que esse aprendizado nunca foi tão necessário quanto neste momento. Agradeço à minha eterna “mãe 2”, Dione Vasconcellos, e à Helena, por quem minha admiração simplesmente não cabe em palavras.

É igualmente impossível expressar suficientemente minha gratidão a Thomas, meu noivo, que foi um companheiro admirável, dedicado, carinhoso e, acima de tudo, paciente. Jeg elsker dig, skat. Espero um dia poder retribuir todo o afeto e apoio que recebi nos dias em que eu passava dez horas olhando para a tela do computador e que tu, como prova máxima de amor, ainda cozinhavas para mim. Começarei criando vergonha e aprendendo a contar até 10 em dinamarquês.

A Mariana, Kellen, Anatórcia, Joséli, Cristiéli, Juliana e Ana Maria, obrigada por serem irmãs de coração, amigas e companheiras para os melhores momentos e para aqueles não tão bons assim. Cláudio, Hendel, Luft, Marcos, Luís Felipe e Johnny, obrigada pela força que me deram e pelas risadas que partilhamos. Levo todos e todas comigo, para aonde quer que eu vá.

E falando em ir, eu certamente não teria chegado até aqui sem duas pessoas muito especiais em minha vida, as professoras Véra Fradera e Martha Olívar. Obrigada, professora Véra, por ser a primeira pessoa na faculdade a acreditar em mim, e obrigada por não desistir, por inspirar a todos nós e por continuar lutando pela excelência e honestidade no meio acadêmico. Tenho muito orgulho de ser sua eterna aluna. Obrigada por tudo, professora Martha. Eu me orgulho muito em dizer que este é o relacionamento mais longo no qual eu estive, pois todos esses anos me mostraram o seu comprometimento, excelência, seriedade e companheirismo. Poucos orientadores seriam tão compreensivos e fariam tanto esforço para entender minhas elocubrações teóricas, e poucos proporcionariam, assim como você e a professora Véra, o perfeito equilíbrio entre conhecimento, incentivo e boas risadas.

Meu último agradecimento vai para Rose e Denise que, encarregadas da secretaria do PPGD, sempre encararam o desvario dos alunos com bom-humor e alegria, nos estimulando a superar todos os percalços da vida acadêmica.

RESUMO

O objetivo desta tese é questionar o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* no direito internacional, verificando se ele se é compatível com uma sociedade internacional de caráter horizontal, descentralizado e baseada fundamentalmente no consentimento dos Estados. Para isso, a primeira parte deste trabalho examinará se a configuração normativa do *jus cogens* apoia a imperatividade a ele conferida, começando pelo estudo do desenvolvimento e afirmação histórica do conceito, buscando identificar tanto suas raízes remotas quanto o conteúdo desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que culminou com a positivação do *jus cogens* na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. O segundo capítulo da primeira parte tentará esclarecer o conteúdo normativo do *jus cogens*, abordando sua fundamentação teórica e buscando identificar sua fonte, examinando características inerentes a tais normas, como a não-derrogabilidade e a possibilidade de modificação para, ainda, abordar a questão da identificação das normas de *jus cogens*. Na segunda parte, a aplicabilidade das normas de *jus cogens* no direito internacional será verificada, questionando se é possível que tais normas operem os efeitos que lhe são atribuídos. O primeiro capítulo desta parte examinará áreas do direito internacional chamadas de “consolidadas”, nas quais existe alguma regulamentação em relação às consequências das normas peremptórias, tais como o direito dos tratados e a responsabilidade internacional do Estado. Em seguida, o segundo capítulo abordará os efeitos atribuídos ao *jus cogens* em campos não consolidados, que não possuem de previsão legal, mas que são objeto de grande produção doutrinária e jurisprudencial, tais como a possibilidade de exercício jurisdicional em virtude de violações às normas peremptórias e de criação de uma hierarquia na ordem do direito internacional para, finalmente, tecer conclusões a respeito do tema. A pesquisa utilizou os métodos histórico e dedutivo, através de pesquisa documental.

Palavras-chave: Jus cogens – Imperatividade – Não-Derrogabilidade – Tratados

ABSTRACT

The aim of this thesis is to question the imperativeness discourse of *jus cogens* norms in international law, verifying if it is compatible with an international society of horizontal and decentralized character, which is primarily based on the consent of states. For this purpose, the first part of this paper will examine whether the normative configuration of *jus cogens* supports the imperativeness attributed to such norms, beginning with the study of the historical development and affirmation of the concept, seeking to identify both its remote roots as well as the content developed by the International Law Commission of the United Nations, which culminated with the provision on *jus cogens* in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The second chapter of the first part attempts to clarify the normative content of *jus cogens*, approaching its theoretical foundation and seeking to identify its source, examining the characteristics inherent to these norms, such as non-derogation and the possibility of modification, also addressing the issue of identification of *jus cogens* norms. In the second part, the applicability of *jus cogens* norms in international law will be verified, questioning whether it is possible for these norms to operate the effects attributed to them. The first chapter of this part will examine the "consolidated" areas, in which there is some kind of regulation regarding the consequences of peremptory norms, v.g. the law of treaties and the international responsibility of the state. Then, the second chapter will address the effects attributed to *jus cogens* in the so-called unconsolidated fields, which lack legal provision, but which are the subject of great doctrinal and jurisprudential production, such as the possible exercise of jurisdiction due to violations of peremptory norms, as well as the creation of a hierarchy in the international law order, to finally draw conclusions on the subject. The research used historical and deductive methods, through documentary research.

Key-words: *Jus cogens* – Imperativeness – Non- Derogation - Treaties

ABSTRAIT

Le but de cette thèse est de questionner le discours d'impérativité des normes du *jus cogens* en droit international, en vérifiant s'il est compatible avec une société internationale de caractère horizontal, décentralisé et essentiellement basée sur le consentement des Etats. Pour ce faire, la première partie de cette thèse examinera si la configuration des normes de *jus cogens* soutient l'impérativité leur attribuée, à commencer par l'étude de l'évolution historique et l'affirmation du concept, en cherchant à identifier ses racines lointaines et les contenus développés par la Commission du Droit international Nations Unies, qui a culminé avec la positivation du *jus cogens* dans la Convention de Vienne de 1969 sur le Droit des Traités. Le deuxième chapitre de la première partie essaie d'éclaircir le contenu normatif du *jus cogens*, en approchant son fondement théorique et en cherchant à identifier sa source, examinant des caractéristiques inhérentes à ces normes, tels que la non-dérivabilité et la possibilité de les modifier, pour répondre également la question de l'identification des normes de *jus cogens*. Dans la deuxième partie, l'applicabilité des règles de *jus cogens* en droit international sera vérifiée, en demandant si il est possible que ces normes opèrent les effets qui leur sont attribuées. La première partie de ce chapitre examinera les domaines du droit international qu'on appelle «consolidés», dans lesquels il ya une réglementation concernant les conséquences des normes impératives, telles que le droit des traités et la responsabilité internationale de l'État. Ensuite, le deuxième chapitre abordera les effets attribués au *jus cogens* dans des domaines non consolidés, qui n'ont pas de disposition légale, mais qui font l'objet d'une grande production doctrinale et jurisprudentielle, comme la possibilité d'exercice de juridiction en raison des violations des normes impératives et la création d'une hiérarchie du droit international, pour en fin afin tisser des conclusions sur le sujet. La recherche a utilisé des méthodes historiques et déductives, à travers la recherche documentaire.

Mots-clés: *Jus cogens* – Impérativité – Non-Dérivation - Traités

RESUMÉ

Formålet med denne afhandling er at sætte spørgsmålstegn til imperativitetdiskursen af "jus cogens"-normer i international jura, ved at verificere om denne er kompatibel med internationale samfund af horizental og decentraliseret karakter, hvilke primært er baseret på staters samtykke. I denne henseende vil første del af afhandlingen besigtige om den normative udformning af *jus cogens* understøtter imperativiteten, der er tilskrevet disse normer, startende med en belysning af den historiske udvikling samt affirmation af konceptet. Dette gøres i en søgen efter at identificere både dens rødder såvel som *jus cogens* udvikling fra FNs Folkeretskommission, der kulminerede med anskaffelsen af konceptet i bekendtgørelse af Wienkonvention af 1969 om traktatretten. Det anden kapitel af afhandlingens første del søger at afklare det normative indhold af *jus cogens* ved at dykke ned i dens teoretiske grundlæggelse. Kapitlet undersøger ydermere kilderne til *jus cogens*, ved at se på de medfødte karakteristika ved sådanne normer, som eksempelvis ufravigelse og muligheden for modifikation, og adresserer problemet af identifikation af "jus cogens"-normer. I anden del verificeres anvendeligheden af "jus cogens"-normer i international ret ved at sætte spørgsmålstegn ved muligheden for, at disse normer kan operere ud fra de beføjelser, som de har fået tildelt. Dette afsnits første kapitel vil belyse de konsoliderede områder, i hvilke der er en form for regulation ift. konsekvenserne af tvingende normer, såsom traktatretten og det internationale ansvar af staten. Andet kapitel adresserer de påførte beføjelser i de såkaldte ukonsoliderede områder, hvor der er mangel på retsbestemmelser men hvor disse beføjelser genstand for stor doktrinær og retsvidenskabelig produktion såsom den mulige benyttelse af jurisdiction grundet overtrædelse af tvingende normer såvel som stiftelsen af et hierarki i den internationale retsorden. Sidst drages konklusioner på området. Forskningen er blevet brugt i henhold til historiske og deduktive metoder igennem dokumentarisk forskning.

Nøgleord: *Jus cogens* – Imperativitet – Ufravigelige traktater

“É dos sábios mudar de opinião”
Miguel de Cervantes

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 CONFIGURAÇÃO E DIMENSÃO NORMATIVA DO CONCEITO DO <i>JUS COGENS</i> | 19 |
| 1.1 DESENVOLVIMENTO E AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO <i>JUS COGENS</i> | 20 |
| 1.1.1 História pré-legislativa do <i>Jus cogens</i> | 20 |
| 1.1.1.1 <i>Possível Relação com o Direito Romano</i> | 20 |
| 1.1.1.2 <i>Identificação com o Direito Natural</i> | 22 |
| 1.1.1.3 <i>O Jus cogens e o Voluntarismo</i> | 27 |
| 1.1.1.4 <i>O Século XX e o Fundamento na Moralidade</i> | 32 |
| 1.1.2 História Legislativa do <i>Jus cogens</i> | 37 |
| 1.1.2.1 <i>A Introdução da Ideia na Comissão de Direito Internacional</i> | 37 |
| 1.1.2.2 <i>O Projeto Lauterpacht</i> | 39 |
| 1.1.2.3 <i>O Projeto Fitzmaurice</i> | 41 |
| 1.1.2.4 <i>O Projeto Waldock</i> | 44 |
| 1.1.2.5 <i>A Discussão do Projeto no Seio da Comissão de Direito Internacional</i> | 46 |
| 1.1.2.6 <i>Considerações na Assembleia Geral das Nações Unidas</i> | 49 |
| 1.1.2.7 <i>O Retorno do Projeto à Comissão de Direito Internacional</i> | 51 |
| 1.1.2.8 <i>A Conferência de Viena Sobre o Direito dos Tratados</i> | 55 |
| 1.2 NATUREZA JURIDICA E CONTEÚDO NORMATIVO DAS NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> | 60 |
| 1.2.1 A Fundamentação Teórica das Normas de <i>Jus cogens</i> e o Papel da Vontade dos Estados | 61 |
| 1.2.2. O processo de formação das normas de <i>jus cogens</i> e as Fontes do Direito Internacional Público | 66 |
| 1.2.2.1 <i>Fonte Autônoma?</i> | 68 |
| 1.2.2.2 <i>O Costume como fonte do jus cogens</i> | 70 |
| 1.2.2.3 <i>Os Tratados como fonte de jus cogens</i> | 76 |
| 1.2.2.4 <i>Princípios Gerais de Direito</i> | 79 |
| 1.2.2.5 <i>Menção às fontes não elencadas no art. 38</i> | 81 |
| 1.2.3 Características Inerentes às Normas de <i>Jus Cogens</i> | 84 |
| 1.2.3.1 <i>A Não-Derrogabilidade das Normas Peremptórias</i> | 84 |
| 1.2.3.2 <i>Modificação das Normas de Jus Cogens</i> | 88 |
| 1.2.4. A problemática relativa à Identificação das normas de <i>jus cogens</i> | 95 |
| 1.2.4.1 <i>Normas elencadas antes da consolidação do art. 53</i> | 95 |
| 1.2.4.2 <i>As Normas Elencadas pela Doutrina</i> | 101 |
| 2 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE <i>JUS COGENS</i> NO DIREITO INTERNACIONAL | 108 |
| 2.1 CONSEQUÊNCIAS CONSOLIDADAS | 109 |
| 2.1.1 <i>Jus cogens</i> e o Direito dos Tratados | 110 |
| 2.1.1.1 <i>Aplicabilidade em relação aos sujeitos</i> | 112 |
| 2.1.1.2 <i>Aplicação Temporal das Normas Imperativas</i> | 114 |
| 2.1.1.3 <i>Jus cogens Superveniente</i> | 120 |
| 2.1.1.4 <i>A configuração do conflito com o jus cogens</i> | 126 |
| 2.1.1.5 <i>A questão da divisibilidade</i> | 128 |
| 2.1.2 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÕES AO <i>JUS COGENS</i> | 132 |
| 2.1.2.1 <i>Distinções entre Ilícitos e a noção de “crime de Estado”</i> | 133 |

| | |
|--|------------|
| 2.1.2.2 <i>Jus cogens no Atual Regime de Responsabilidade Internacional do Estado</i> | 137 |
| 2.1.2.3 <i>A Natureza e Constatação da Violação: Sanções pela Violação de uma Norma Peremptória</i> | 139 |
| 2.1.2.4 <i>Consequências para os demais Estados</i> | 141 |
| 2.1.2.6 <i>Invocabilidade da Violação a uma Norma Peremptória</i> | 146 |
| 2.1.2.6 <i>Jus cogens e as Contramedidas</i> | 150 |
| 2.2. JUS COGENS: ATIVIDADE TEÓRICA CRIATIVA NO DIREITO INTERNACIONAL | 154 |
| 2.2.1 A Possibilidade de Exercício Jurisdicional com Base na Violação de uma Norma de <i>Jus Cogens</i> | 154 |
| 2.2.1.1 <i>A Imperatividade do Jus cogens e a Jurisdição</i> | 158 |
| 2.2.1.2 <i>Aplicação no Âmbito Penal</i> | 160 |
| 2.2.1.3 <i>Reparações Cíveis</i> | 166 |
| 2.2.2 <i>Jus cogens</i>: Criador de uma Hierarquia entre as Normas do Direito Internacional? | 171 |
| 2.2.2.1 <i>Questionamentos sobre os Efeitos do Jus cogens na Hierarquia do Direito Internacional</i> | 175 |
| 2.2.2.2 <i>A Violação de uma Norma de Jus cogens como Renúncia Implícita à Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro</i> | 181 |
| 2.2.2.3 <i>A superioridade hierárquica do jus cogens sobrepondo-se à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro</i> | 186 |
| CONCLUSÃO | 195 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 200 |
| ANEXOS | 212 |
| Casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos | 212 |
| Casos do Tribunal Penal Ad Hoc para a Ex-Iugoslávia | 217 |
| Tabela Reservas | 219 |

INTRODUÇÃO

Solicitando, primeiramente, a compreensão dos leitores desta tese, peço vênha para introduzi-la de uma maneira pouco ortodoxa no âmbito acadêmico: contando uma história. Prometo, contudo, que o faço com um objetivo que justifica tal abordagem, pois busco com isso esclarecer a razão de ser deste trabalho.

No dia 03 de fevereiro de 2012, a Corte Internacional de Justiça, órgão jurisdicional máximo da Organização das Nações Unidas, proferiu seu acórdão em relação ao caso *Jurisdictional Immunities* (Alemanha v. Itália, Grécia interveniente). O caso teve origem quando Luigi Ferrini, cidadão italiano, processou a Alemanha perante as cortes italianas buscando reparação em virtude das atrocidades que o autor sofrera nas mãos do regime nazista que, na Segunda Guerra Mundial, o abduzira do território italiano e o submetera a trabalho escravo em território alemão, além de lhe infligir toda a série de sofrimentos, hoje tão conhecidos, aos quais estavam submetidos os judeus capturados. Alegando que tais violações constituíam ofensas às normas de *jus cogens*, as cortes italianas deram ganho de causa a Ferrini, condenando a Alemanha ao pagamento de uma indenização.

A Alemanha, entretanto, considerou que as cortes italianas haviam violado a norma costumeira da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro ao proferir tal sentença, o que culminou com a demanda perante a Corte Internacional de Justiça, na qual a Alemanha buscava a responsabilização da Itália em razão de tal violação ao direito internacional. A Itália, por sua vez, arguia que as barbáries perpetradas pelo regime nazista constituíam violações às normas de *jus cogens*, cuja imperatividade perante o direito internacional justificaria o afastamento da norma costumeira da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, possibilitando que a Itália julgasse um caso no qual um italiano havia sido sequestrado em território italiano para ser, na prática, reduzido à condição de escravo.

A Alemanha não contestou as violações alegadas por Ferrini e, de fato, assumiu sua responsabilidade pelas tão conhecidas e perturbadoras atrocidades cometidas pelo regime nazista. Os fatos tiveram lugar em território italiano, contra

um cidadão italiano que não possuía mais nenhuma instância a qual recorrer. Ademais, as violações evidentemente eram ofensas às normas de *jus cogens*, consideradas superiores, inderrogáveis e imperativas no direito internacional. Todo o senso de justiça que me levava à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em uma caminhada que culminava com uma tese sobre a primazia do *jus cogens* e o conseqüente afastamento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em casos de graves violações aos Direitos Humanos, fazia-me crer em uma decisão paradigmática, que seria a consagração do que eu defendia ardentemente em 196 páginas de trabalho até então. Eu acreditava no poder do *jus cogens*.

Foi com um misto de perplexidade e decepção (e o desespero que só aqueles que já redigiram 196 páginas sobre uma hipótese e a viram ser impiedosamente aniquilada) que li a sentença da Corte Internacional de Justiça condenando a Itália e concluindo, em apertada síntese, que “mesmo considerando que os procedimentos nas cortes italianas envolvam violações às normas de *jus cogens*, a aplicabilidade do direito internacional costumeiro da imunidade de Estado não é afetado” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012a, p. 142, tradução nossa). Se as tão superiores normas de *jus cogens* - consideradas imperativas, peremptórias e das quais nenhuma derrogação é possível- não eram capazes de salvaguardar juridicamente os valores que são mais caros para a humanidade, em um caso envolvendo gritante desrespeito à dignidade da pessoa humana, para que elas serviriam, em realidade? Qual seria, então, o seu papel no direito internacional? Foi esta trajetória e foram estas indagações que me conduziram ao tema desta tese, levando-me a examinar conceitos, raciocínios e paradigmas há muito enraizados no meio acadêmico para questionar se as normas de *jus cogens* realmente dotadas de imperatividade no direito internacional, visando esclarecer, em palavras simples, o que tais normas são e o que tais normas fazem.

As normas de *jus cogens* foram oficialmente introduzidas no Direito Internacional com a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos tratados, que em seu artigo 53, relativo ao conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral, dispôs ser nulo um tratado que, ao momento de sua conclusão, conflitasse com uma norma de *jus cogens*, sendo esta entendida como uma norma

imperativa de Direito Internacional geral aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida, somente podendo ser modificada por norma ulterior da mesma natureza. O termo “*jus cogens*”, empregado pela Convenção, é oriundo dos sistemas jurídicos nacionais, aplicando-se, nestes casos, às normas que não podem ser derogadas pela vontade das partes contratantes, sob pena de nulidade do contrato, o que pressupõe uma clara distinção entre as esferas pública e privada (SZTUCKI, 1974).

A Convenção de Viena também inspirou-se fortemente nos trabalhos de Alfred von Verdross, que buscava estabelecer um limite de índole moral ao objeto dos tratados, consagrando um núcleo de normas – *jus cogens*- que os Estados não poderiam afastar por acordo entre si, diferentemente do que ocorre com o restante das normas de direito internacional –*jus dispositivum*- que poderia ser objeto de disposição (VERDROSS, 1966). Ademais, *jus cogens* é frequentemente associado à noção de uma ordem pública internacional, ao *jus publicum romano* e ao direito constitucional (VIRALLY, 1966), noções cujo núcleo central transmite a ideia de que existem certos princípios tão obrigatórios que deveriam ser reconhecidos pela comunidade internacional para invalidar atos contrários a eles (CHRISTENSON, 1987) sendo que, de acordo com Brownlie (1997), a característica distintiva de tais normas é a sua não-derrogabilidade, não podendo, portanto, ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas por uma regra subsequente de efeito contrário.

Outro conceito frequentemente associado ao *jus cogens* é o de obrigações *erga omnes*, consagrado pela Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction e significando que a observância a tais obrigações é devida à toda a comunidade de Estados, afastando-se da tradicional concepção bilateral da responsabilidade do Estado. De fato, apesar de terem surgido em áreas diversas (direito dos tratados e a responsabilidade internacional do Estado) por vezes os termos são tratados como sinônimos, e a confusão explica-se porque muitas normas consideradas como *jus cogens* – como a proibição ao genocídio, à tortura e aos crimes contra a humanidade- traduzem obrigações devidas não a um Estado em específico, mas sim à toda comunidade internacional (KADELBACH, 2006). De fato, embora nem todas as obrigações *erga omnes* tenham o caráter de *jus cogens*, a

doutrina assevera que todas as normas de *jus cogens* possuem natureza *erga omnes* (KADELBACH, 2006).

Desde sua positivação, a noção de *jus cogens* foi transposta a diversas áreas do direito internacional, da responsabilidade do Estado à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, dos Direitos Humanos ao Direito Penal Internacional. Sua proeminência é tanta que o *jus cogens* passou a ser identificado com uma “super-norma” (D’AMATO), e seus mais fiéis defensores afirmam que os efeitos das normas imperativas projetam-se para todos os campos do direito internacional, sobrepondo-se a atos e normas que lhe sejam contrários (CANÇADO TRINDADE, 2005)

Contudo, apesar das normas de *jus cogens* estarem presentes em abundância no discurso do direito internacional hodierno, a verdade é que o conceito foi pouco estudado em profundidade, sendo raras as análises sobre a configuração e natureza jurídica de tais normas, ou sobre seus reais efeitos para o direito internacional (LINDERFALK, 2007). Uma miríade de obras jurídicas repete que tais normas são “superiores”, elencam algumas proibições que fariam parte desta categoria e promovem uma verdadeira ode à imperatividade do *jus cogens*, atribuindo a ela os mais diversos efeitos. Contudo, poucos se perguntam se as normas de *jus cogens* podem verdadeiramente desempenhar tantos papéis no contexto do direito internacional.

Cabe, portanto, questionar o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* no direito internacional, averiguando se ele se coaduna com uma sociedade internacional descentralizada, horizontal e baseada fundamentalmente no consentimento dos Estados. Analisar-se-á, assim, se a configuração normativa do *jus cogens* – seja através da sua história, seja através de suas características – apoia a imperatividade a ele conferida, e se tal atributo pode trazer consequências na prática do direito internacional, sejam elas vinculadas a searas nas quais a atuação do *jus cogens* é mais consolidada ou a campos nos quais ela é mais inovativa, porém abundante.

Partindo dos métodos histórico e dedutivo, e através de pesquisa documental, se tentará responder às indagações colocadas anteriormente. Destarte, é importante mencionar que o recorte de nossa pesquisa buscou priorizar a resposta ao nosso

questionamento central, evitando enveredar por temáticas que, apesar de sua importância, desviariam o foco do trabalho. Assim, não se procederá a uma discussão sobre teoria geral do direito nos pontos relativos à configuração normativa do *jus cogens*, ou a um exame prospectivo das diferenças terminológicas aqui empregadas. Da mesma maneira, o estudo da aplicação do *jus cogens* no direito internacional também precisou ser delimitado, pautando-se pela escolha de áreas que contam com um arcabouço jurídico que lhes alicerça ou nas quais existe mais material para análise e teorias minimamente articuladas¹. Também optou-se por priorizar a abordagem em relação específica com o direito internacional, não examinando a relação do *jus cogens* com os ordenamentos internos dos Estados, ou sua possível influência nas concepções monista ou dualista. Cumpre mencionar, ainda, que uma série de expressões utilizadas neste trabalho possuem diversas acepções, e optou-se por traduzi-las ou empregá-las literalmente, tal como foram trazidas por seus autores. “Norma” e “regra”, “legalidade” e “ilicitude”, entre outros termos, são aqui apresentados tal como foram trazidos em suas fontes originais. Finalmente, tal como feito na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, as expressões “*jus cogens*” “norma peremptória” e “norma imperativa” serão utilizadas como sinônimos.

Este trabalho está dividido em duas partes, cada uma delas com dois capítulos. A primeira parte do trabalho examinará a configuração e dimensão normativa do conceito do *jus cogens*, e iniciará pelo estudo de seu desenvolvimento e afirmação histórica, buscando identificar tanto suas raízes remotas quanto o conteúdo desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, culminando com a positivação do *jus cogens* na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. O segundo capítulo da primeira parte tentará esclarecer o conteúdo normativo do *jus cogens*, tratando de sua fundamentação teórica e buscando identificar sua fonte, analisando igualmente aspectos inerentes a tais normas em relação à sua não-derrogabilidade e possível modificação para, ainda, examinar a questão da identificação das normas de *jus cogens*.

¹ Decidiu-se, por exemplo, por não dedicar uma parte específica do trabalho para os Direitos Humanos, e sim tratar destas questões de maneira incidental, ao longo do texto.

A segunda parte desta tese verificará a aplicabilidade das normas de *jus cogens* no direito internacional, indagando se é possível que elas operem os efeitos que lhe são atribuídos. O primeiro capítulo desta parte focará no exame de áreas do direito internacional chamadas de “consolidadas”, nas quais existe alguma regulamentação em relação às consequências das normas peremptórias, como o direito dos tratados e a responsabilidade internacional do Estado. A seguir, o segundo capítulo examinará os efeitos atribuídos ao *jus cogens* em campos não consolidados, que não dispõem de previsão legal, mas que, apesar disso, são objeto de grande produção doutrinária e jurisprudencial, como a possibilidade de exercício jurisdicional em virtude de violações às normas peremptórias e de criação de uma hierarquia na ordem do direito internacional.

Através deste percurso, se buscará verificar a coerência, coesão e efetividade do discurso da imperatividade das normas de *jus cogens*, analisando, assim, suas verdadeiras atribuições e limites no direito internacional. Espera-se, desta maneira, que o sacrifício daquelas 196 páginas anteriormente descartadas não tenha sido em vão.

1 CONFIGURAÇÃO E DIMENSÃO NORMATIVA DO CONCEITO DO *JUS COGENS*

Para determinar se o discurso da imperatividade atribuída às normas de *jus cogens* é condizente com a realidade do direito internacional, faz-se mister examinar como tais normas se estabeleceram e que conteúdo normativo elas encerram. Assim, as chamadas normas imperativas de direito internacional, também denominadas normas peremptórias ou normas de *jus cogens*, fizeram a sua primeira aparição formal na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, texto que definia esta categoria, em seu art. 53, como uma “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Apesar de tal conceituação-aplicável no âmbito do direito dos tratados, matéria regulamentada pela referida convenção-, a verdade é que inexistiu uma definição aceita de maneira geral para o *jus cogens*, que englobe todas características e efeitos atribuídos a tais normas (LINDERFALK, 2007). Contudo, para as finalidades deste trabalho, partiremos do conceito que foi positivado pela Convenção de Viena, e a primeira parte desta tese será dedicada a verificar como se procedeu à configuração de tais normas enquanto imperativas, analisando inicialmente as raízes do conceito de *jus cogens*, abordando tanto sua história anterior à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (fase chamada de “pré-legislativa”) como também os trabalhos e definições no seio da Conferência para a Convenção. A seguir, questionar-se-á a natureza jurídica imperativa das normas de *jus cogens*, tratando da questão do consenso necessário (ou não) para a configuração de tais normas, da problemática acerca da identificação de quais normas pertencem a esta categoria e das dificuldades relativas ao regime proposto pela Convenção de Viena, em especial no tocante à não-derrogabilidade e à modificação das normas peremptórias.

1.1 DESENVOLVIMENTO E AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO *JUS COGENS*

A análise do tema das normas imperativas de direito internacional demanda que se estudem, inicialmente, as origens do conceito que foi finalmente consagrado no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, compreendendo-se, assim, o papel desempenhado pelo *jus cogens* e fornecendo um alicerce para o exame do tema ora abordado. É necessário, portanto, delinear as bases teóricas e as noções que, de acordo com a doutrina, culminaram no reconhecimento do que se veio a identificar como normas de *jus cogens*.

Destarte, a doutrina afirma que um equívoco bastante comum quando se analisa a origem do *jus cogens* é considerar a sua concepção como uma inovação trazida pelo século XX, sem nenhum precedente jurídico anterior relevante (CRIDDLE; FOX-DECENT, 2009, p. 334). Entretanto, apesar de o termo *jus cogens* “não ter se enraizado no discurso jurídico internacional até o século XX, o princípio de que certas normas fundamentais merecem ter autoridade peremptória em Direito Internacional possui um pedigree muito mais antigo” (2009, p. 334, tradução nossa), razão pela qual este trabalho abordará as raízes remotas do *jus cogens* na chamada fase pré-legislativa, para depois se dedicar ao exame dos debates conceituais no seio dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, culminando com a cristalização do conceito consagrado em seu art. 53.

1.1.1 História pré-legislativa do *Jus cogens*

1.1.1.1 Possível Relação com o Direito Romano

De acordo com Gómez Robledo, a noção de *jus cogens* é “ao menos tão antiga quanto o Direito Romano, apesar do fato de a terminologia contemporânea só ter aparecido muito tardiamente na obra dos pandectistas” (1981, p. 17, tradução

nossa). Tal concepção é compartilhada por Egon Schwelb (1967), afirmando que embora o termo *jus cogens* não seja mencionado nas fontes romanas, a sua noção era conhecida pelo Direito Romano. É possível encontrar semelhanças entre a noção de *jus cogens* e o *jus publicum* romano que, conforme Savigny, era formado por regras e relações jurídicas que mandavam de maneira invariável, sem deixar espaço para a vontade individual², às quais Savigny chamava de imperativas ou absolutas, e seu caráter de necessidade podia se referir ao organismo do direito, aos interesses políticos ou à moral (2004).

Assim, retomando as lições do romanista Biondo Biondi³, Gómez Robledo afirma a predominância do *jus publicum* que, em Roma, era aquele cujas normas não permitiam derrogação por meio de pactos particulares, declarando que, “em suma, o *jus publicum* constituía, em Roma, de modo muito real e verídico, o *jus cogens*” (1981, p. 19, tradução nossa). O Direito Romano, portanto, contava com diversas máximas estabelecendo de maneira expressa o caráter não-derrogável do *jus publicum* por meio dos acordos privados⁴, e nessa época já é possível identificar a sanção de nulidade atribuída às convenções contrárias às leis fundamentais e aos bons costumes (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981), a mesma sanção que veio a ser atribuída, por força da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, aos tratados que, ao momento de sua conclusão, conflitassem com uma norma de *jus cogens*. Entretanto, consideramos que a transposição de uma noção ligada a uma ordem jurídica centralizada e estruturada -como a de Roma- ao panorama do direito internacional - marcado pela descentralização, horizontalidade e fragmentação- é no mínimo questionável, devendo-se tomar com cautela o pressuposto de que o *jus publicum* romano é o antecedente remoto das normas de *jus cogens*.

² Savigny explica que tal categoria de regras era chamada de *jus publicum*, *jus*, *jus commune* ou *juris* forma, e seu caráter absoluto frequentemente era motivado em razão do interesse do Estado ou pelos bons costumes (2004).

³ “De cette prédominance du droit public dérive la maxime *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (D.2.14.38), qui comporte la non-dérogação absolue aux normes qui se définissent comme le *jus publicum*, étant entendu que ceci n'aurait aucun sens si l'on faisait référence au droit public compris comme le *jus populi* (Biondo Biondi). Ces lignes du grand romaniste italien ont été écrites bien avant la signature de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, cependant, telle une intuition divinatoire, il en ressort le seul caractère du *jus cogens* dont chacun convient et le seul à avoir été inscrit dans la Convention de Vienne, à savoir le caractère non dérogeable de la norme impérative par un accord des parties inter se” (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981, p. 19).

⁴ *Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati juris est* (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981, p. 19).

1.1.1.2 Identificação com o Direito Natural

Já em relação aos autores clássicos do Direito Internacional, a associação com *jus cogens* esteve intimamente relacionada com a noção de direito natural⁵, e por vezes estes eram considerados equivalentes pela doutrina. “Sinônimos ou não” – afirmam Parker e Neylon – “o *jus cogens* é claramente um atributo do direito natural” (1983, p. 419), e tal relação já se evidenciava na obra de Francisco de Vitória, para quem o direito das gentes era expressão própria ou derivação do direito natural: *ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali* (GÓMEZ ROBLEDÓ, 1981, p. 24). Vitória vislumbrava a possibilidade de posituação deste direito das gentes em leis justas e convenientes a todos pela comunidade de nações (a chamada “república universal”), um direito cuja proeminência é tanta que obrigava a todos os reinos e cuja violação era condenada em termos incisivos:

De todo o exposto se segue um corolário, que o direito das gentes não só tem força de pacto e acordo entre os homens, mas ele possui também força de lei, pois tem o mundo todo, que é como uma república universal, o poder de dar leis equitativas e convenientes a todos, quais sejam as de direito das gentes. Portanto, pecam mortalmente os violadores do direito das gentes, na paz ou na guerra [...], e não é lícito a um reino não querer estar sujeito ao direito das gentes (VITÓRIA, 1917, t. II, p. 31, tradução nossa).

Assim, o teólogo espanhol conjecturava a existência de duas ordens: a de um direito natural inderrogável, que Gómez Robledo chama de “*jus cogens natural*”, e de um “*jus cogens positivado*”, que não poderia ser derogado por acordos e convenções particulares, mas poderia, por outro lado, sofrer alterações caso estas fossem pronunciadas pela “república universal”, ou seja, pela comunidade de

⁵ Quanto ao direito natural, adotamos o conceito de Brierly em seu curso na Academia de Haia: “par « naturel, » nous entendons simplement ce qui devrait être, conformément à une certaine fin que nous acceptons pour criterium, et par opposition à ce qui est.[...] Les droits des États sont « naturels » parce que la condition d'existence des États à l'égard les uns des autres est tenue pour un « état de nature » ; et la conception d'un a état de nature » englobe toute une philosophie de la nature des États et du droit. Car l'état de nature est la condition pré-politique du genre humain, non pas en ce sens que les hommes aient nécessairement jamais réalisé cette condition dans l'histoire, mais en ce sens qu'ils la réaliseraient si nous pouvions les imaginer vivant une vie commune sans un état qui ordonne leurs vies. L'objet d'une conception comme celle-là est d'expliquer et de justifier la fondation des États, qu'elle représente comme des institutions que les hommes conviennent d'établir pour substituer la loi et l'ordre à l'anarchie incommode de leur condition naturelle” (BRIERLY, 1928, p. 470-471)

nações. Este último ponto merece destaque pois, como será visto oportunamente, ele parece antecipar o que foi consagrado pelo texto do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados acerca da possibilidade de modificação das normas peremptórias (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981).

Domingo de Soto segue os passos de Francisco de Vitória, mas vai adiante ao suscitar a dúvida acerca da dispensabilidade ou derogabilidade de certas determinações do direito das gentes, e é curioso notar que Soto utiliza como exemplo a possibilidade de escravizar os prisioneiros de guerra- permissão que o autor identificava como parte do direito costumeiro da época⁶-e a derrogação de tal norma em relação aos cristãos, que deu-se através de um cânone do Terceiro Concílio de Latrão (CORREIA BAPTISTA, 1997). Pela lógica de Domingo de Soto, existiriam normas específicas (cogentes) que justificariam a derrogação de outras (como a defesa da fé cristã, que justificaria a derrogação do *pacta sunt servanda* e do respeito aos emissários do inimigo em tempos de guerra), o que se poderia classificar como uma aplicação inversa da noção de *jus cogens*. Finalmente, ainda na chamada Escola Espanhola, Francisco Suarez desenvolveu as teses de Vitória e Soto, defendendo de maneira mais clara a não derogabilidade de uma parte do Direito Internacional positivo, seja por efeito indireto do direito natural ou em virtude da vontade da comunidade de nações (CORREIA BAPTISTA, 1997).

Alberico Gentili, apesar de ter sua obra fortemente influenciada pelo direito romano, recorreu a Xenofonte para conceituar o direito das gentes como um

⁶ Nas palavras de Soto, “Y de ahí nace la última duda: Si sobre el derecho de gentes cae dispensa y, por consiguiente, si es indispensable como el derecho natural. Respóndese con distinción: Pues, algunas cosas de derecho de gentes son tan conducentes a las relaciones humanas, que de ningún modo es honesto dispensar sobre ellas; antes, tal vez la dispensa sería nula.[...]. Hay otras cosas del mismo derecho que son dispensables con causa. Pues, la servidumbre es de derecho de gentes; y, sin embargo, se dispensó para que no sean tenidos por esclavos los cristianos cogidos en la guerra. [...] Pues es de derecho de gentes guardar la palabra a los enemigos, como conservar los legados en la guerra; no obstante, si la causa de la fe pidiese lo contrario, no se habría de guardar, pues, si esparciesen dogmas corrompidos, habrían de ser quemados, Y no habría necesidad de dispensa. El primer argumento capital, pues, es ya resuelto; pues se niega que todo aquello en lo cual convienen todas las gentes es derecho natural.”

Disponível em <https://archive.org/stream/tratadodelajusti02soto/tratadodelajusti02soto_djvu.txt>
Acesso em 12.09.2014

conjunto de leis “universais não escritas nem dispostas pelos homens porque nem todos puderam se reunir nem falar a mesma língua, mas sim por Deus” (GENTILI, p. 58, 2005), daí decorrendo sua inderrogabilidade. Aplicando as lições do direito civil ao âmbito dos tratados, determinando que os acordos entre os indivíduos são semelhantes àqueles entre os príncipes, Gentili afirmou que ninguém se obriga a cumprir promessas injustas, ou seja, um pacto contrário à razão natural não deveria ser cumprido (2005), uma declaração que pode ser interpretada como uma antecipação histórica do que veio a ser positivado no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A doutrina assevera, desta forma, que noção de *jus cogens* tem sido parte do Direito Internacional desde os seus primórdios (BYERS, 1997), especialmente quando se estabelece a intrínseca relação deste com o direito natural. Neste sentido, é imprescindível mencionar a influência de Hugo Grotius, responsável pelo desenvolvimento científico do Direito Internacional através de uma obra que, nas palavras de Anzilotti (1929), captou a exata percepção das necessidades e aspirações de sua época, designando regras que limitavam a independência dos Estados soberanos para promover sua coexistência pacífica. O direito das nações necessário, na obra de Grotius⁷, era composto por “princípios que eram fundamentais para uma sociedade civilizada, e como o direito necessário derivava do direito natural, as nações não poderiam alterá-lo unilateralmente ou através de acordos com outras nações” (BELSKY; MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989, p. 09, tradução nossa)⁸.

⁷ Para Grotius, o direito das nações era composto pelo direito divino da revelação, direito natural e costume, sendo que os dois últimos elementos representam o reconhecimento de dois tipos diferentes de direito internacional: o direito das nações necessário, englobando o direito natural, e o direito positivo, criado por acordo e costume (BELSKY; MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989). Segundo Lauterpacht, o direito natural significa, na obra de Hugo Grotius, uma fonte para complementar o chamado direito voluntário das nações, avaliando a sua adequação sob a ótica da ética e da razão (LAUTERPACHT, 1946). Sua função é considerada, de forma exclusiva, ou mesmo como último recurso, a fonte decisiva do direito das nações” (LAUTERPACHT, 1946, p. 22, tradução nossa).

⁸ Assim, nas palavras de Grotius: “O direito natural é o ditame da reta razão, mostrando à moral torpeza, ou necessidade moral, qualquer ato de seu acordo ou desacordo, a natureza racional e, conseqüentemente, que tal ato é proibido ou ordenado por Deus, o autor da natureza. As ações, sobre as quais tal ditame é dado, são vinculativas ou ilegais em si, e, por conseguinte, necessariamente entendidas como comandadas ou proibidas por Deus. Esta marca distingue o direito natural, não só do direito humano, mas da lei, que o próprio Deus se agradou em revelar, chamado, por alguns, o direito divino voluntário, que não comanda o proibir das coisas em si, mas torna-as ilegais por sua proibição, e vinculativas pelo seu comando”. (GROTIUS, 2005, p. 79)

Contudo, é necessário mencionar que, apesar de teoricamente defender o caráter imutável e inderrogável do direito natural, Grotius parece sinalizar, em sua obra, que a violação de obrigações impostas por este direito natural no âmbito interno não afasta a criação de uma “propriedade exterior” que poderia subsistir na esfera internacional, como a manutenção dos efeitos de uma guerra injusta e a consequente impunidade do Estado agressor, ou seja, “o direito das gentes permite [...] muitas coisas que são proibidas pelo direito natural” [GROTIUS, 2005, p. 109]. Assim, parece-nos recomendável ter cautela ao acolher afirmações categóricas como as de Gomez Robledo no sentido de que “na obra de Grotius, o *jus naturale* ou *jus necessarium* preenche a função que conferimos na atualidade ao *jus cogens*” (1981, p. 28).

Apesar de tal constatação, a noção de um direito que impõe de maneira absoluta e imutável – núcleo conceitual associado ao *jus cogens* - foi extensamente desenvolvida entre os autores clássicos. Neste sentido, Christian Wolff⁹, considerado como o mais fiel continuador e intérprete da doutrina de Grotius, partia da ideia de que todos os povos constituem uma grande sociedade, a *civitas gentium maxima*, que lhes impõe a observância de certas regras de conduta, algumas provenientes de uma lei natural permanente e incondicional e outras oriundas de um direito voluntário formado pelo consentimento dos Estados (ANZILOTTI, 1929). Além disso, Wolff considerava o direito internacional aplicável tanto aos Estados como aos indivíduos, afirmando que os mesmos princípios que regem as relações interpessoais devem reger as relações entre as nações, razão pela qual, constatando-se a existência de um direito natural absoluto e imutável no seio da sociedade, deve também haver uma lei natural que confere obrigações e direitos às nações, constituindo o direito das gentes natural ou necessário (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2010). Entretanto, também Wolff considerava este direito como imperfeito, atribuindo-lhe escassa relevância jurídica em comparação ao direito positivo, não considerando, por exemplo, a iniquidade nos tratados como causa de invalidade dos mesmos (CORREIA BAPTISTA, 1997).

⁹ As ideias de Wolff foram desenvolvidas nas obras *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, de 1740 a 1748; *jus gentium*, de 1749, e *institutiones iuris naturae et gentium*, de 1750 (ANZILOTTI, 1929)

Emmerich de Vattel¹⁰, discípulo de Wolff, também vislumbrava um direito das Gentes necessário, que consiste na aplicação do direito natural às nações e que, “a partir do momento em que este Direito é imutável e a obrigação que ele impõe, necessária e indispensável, as nações não podem introduzir nele qualquer mudança por suas convenções, nem dispensar-se a si próprias ou reciprocamente, uma à outra” (VATTEL, 2008, p. 143). Contudo, Vattel declara desde o início sua obra ser possível constatar que ele difere totalmente de Wolff na questão de estabelecer os fundamentos do Direito das Gentes: Wolff o deduz da ideia de uma espécie de grande república (*civitatis maximae*) instituída pela própria natureza e da qual todas as nações do mundo são membros, mas tal noção não satisfaz Vattel, que considera que “cada Estado soberano pretende ser e é efetivamente independente dos outros” (VATTEL, 2008, p. 129)

É importante mencionar ainda que Vattel, apesar de considerar todos os tratados e costumes contrários ao Direito das Gentes como ilegítimos, afirma que, no tocante aos tratados e convenções desta natureza, estes não deixam de ser muitas vezes válidos para o direito externo pois, “sendo as nações livres e independentes, embora as ações de uma sejam ilegítimas e condenáveis segundo as leis da consciência, as outras são obrigadas a suportá-las quando essas ações não ferem seus direitos perfeitos” (VATTEL, 2008, p. 143)

Segundo Gómez Robledo, “Grotius detém o cetro, fato que não pode ser melhor apreciado do que ao se contatar a fidelidade que certos autores do século XVIII (Wolff, Vattel) conservam à distinção de Grotius entre o jus necessarium e o jus voluntarium, com a conseqüente imutabilidade do primeiro” (1981, p. 28, tradução nossa). Entretanto, muitas das concepções jusnaturalistas subordinavam a aplicabilidade de tais noções superiores e tecnicamente imutáveis à realidade diversa das relações entre as nações e, ademais, o jusnaturalismo não foi a única corrente no cenário internacional da época, visto que os séculos XVII e XVIII são, na

¹⁰ Vattel consolidou sua doutrina na obra *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, de 1758. Apesar de, em regra, ser considerado um jus naturalista, Accioly, Nascimento e Silva e Casella alertam para a falta de unanimidade a respeito, trazendo as palavras do eminente jurista pátrio Marotta Rangel, que afirma que “Vattel difere dos seus antecessores, à medida que introduz separação mais nítida entre direito natural e positivo, entre moral e direito, contribuindo, de certo modo, para o fortalecimento do voluntarismo jurídico, que até hoje infelizmente tem persistido” (2010, p. 95).

história das relações internacionais, momentos de luta pela preponderância política e econômica marcados pelo absolutismo e nos quais “o sentimento da comunidade e solidariedade de interesses entre os povos faz-se ausente ou não se manifesta salvo em raras ocasiões” (ANZILOTTI, 1929, p. 09, tradução nossa). Assim, o caráter estritamente individualista da comunidade internacional levou a uma consagração paulatina de doutrinas internacionalistas que sublinham a importância do papel desempenhado pela vontade dos Estados na formação do direito internacional, abrindo-se, aos poucos, as portas para o voluntarismo (ANZILOTTI, 1929).

1.1.1.3 O *Jus cogens* e o Voluntarismo¹¹

Na seara do estudo ora desenvolvido, é fundamental mencionar a obra de Richard Zouche¹², considerado precursor do positivismo jusinternacionalista, visto que, apesar de ter mantido um apelo à razão, desconsiderou o direito natural e estruturou o direito internacional essencialmente na vontade dos Estados e nos tratados, pois “o direito entre as nações é o direito que é reconhecido na comunidade de diferentes príncipes ou povos que detêm o poder soberano” (CORREIA BAPTISTA, 1997, p. 95). Para Zouche, existiam limites à liberdade convencional dos Estados, defendendo o autor a não obrigatoriedade dos tratados perversos ou desproporcionais (CORREIA BAPTISTA, 1997), o que pode ser remotamente identificado com os limites teoricamente impostos pela observância das normas de *jus cogens*.

¹¹ A doutrina costuma usar os termos “voluntarismo” e “positivismo” como sinônimos para o Direito Internacional, contudo, é necessário registrarmos a opinião de Brierly: “par un paradoxe curieux, la théorie du consentement comme base du droit international est la théorie élue de l'école qui se nomme elle-même « positiviste. » Un « positiviste, » par définition, reconnaît pour loi tout ce qui est « posé » comme loi par les États, et rien d'autre : et il fait profession de découvrir ce que les États ont « posé » comme loi en se référant uniquement à leurs usages, qu'il explique comme fondés sur leur consentement tacite, et à leurs traités, qui sont fondés sur leur consentement exprès. Mais en fait la pratique des États eux-mêmes n'est pas limitée de cette manière, car ils tiennent habituellement pour valides et obligatoires des principes qui ne dérivent d'aucune de ces sources. A peu près tous les arguments juridiques des diplomates, ou les procédures devant un tribunal international quelconque, trahissent la recherche d'une règle de loi adéquate dans un champ d'exploration beaucoup plus large que ne l'admet la position positiviste.(1298, p. 477)

¹² A obra fundamental de Zouche, *iuris et iudicii feccialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*, foi publicada em 1650.

Ainda, a noção de um direito natural governando as relações internacionais e submetendo as ações dos Estados aos seus ditames já havia sido desafiada e parcialmente erodida pela aplicação das ideias de Thomas Hobbes às relações internacionais¹³. Como a vontade do Estado era a única fonte de Direito, Hobbes rejeitou a noção de Grotius de um direito das nações ‘necessário’, afirmando que o direito natural aplicável aos Estados não constituía “Direito” no sentido de um preceito jurídico e moral, mas sim que consistia apenas no direito natural¹⁴ à autopreservação e, como resultado, o Estado não se submete à lei maior alguma senão àquela relativa à segurança de seu reino (BELSKY; MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989). A obra de Hobbes teve grande influência sobre a escola positivista no século XIX, levando à rejeição do sistema engendrado por Grotius e seus sucessores e consagrando a visão de um Direito Internacional no qual preponderava a vontade e os interesses individuais dos Estados, soberanos, iguais e independentes, e não o interesse da comunidade de nações como um todo (BELSKY; MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989). Este Direito Internacional consistiria apenas das normas que os Estados, expressando sua capacidade soberana, consentissem em seguir, ou seja, daquelas normas que emanassem da própria vontade dos Estados, únicos sujeitos de direito internacional (BELSKY; MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989).

Contudo, a distinção entre o *jus necessarium* e o *jus voluntarium*, herança da obra de Grotius, foi mantida também por Samuel Pufendorf¹⁵, que partilhou igualmente a fundamentação do direito internacional com base na razão e a origem

¹³ Em sua obra “Leviatã”, de 1651, Hobbes afirma que, vivendo no chamado “estado de natureza”, os indivíduos estão em permanente discórdia – a guerra de todos contra todos – situação causada pela competição pela desconfiança e pela glória¹³, em uma situação na qual os homens “não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito” (HOBBS, 2003, p. 75) e apregoava que, para escapar à barbárie do estado de natureza, os indivíduos estabeleciam, através do contrato social, a figura do Estado, dotado de poder soberano e ilimitado, cedendo a ele seu direito de governo em busca da segurança e de condições que assegurem sua sobrevivência.

¹⁴ Desta forma, para Hobbes, o *jus naturale* consistia na liberdade pertencente a cada homem para “usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim” (HOBBS, 2003, p. 78).

¹⁵ Ao conservar a distinção entre o direito necessário e o direito voluntário, afirmando a necessidade de subordinação do segundo ao primeiro, Pufendorf foi alvo de críticas por “atribuir quicá lugar excessivo ao direito natural, identificado este com o conjunto do direito das gentes, decorrente dos ditames da *recta ratio*, em detrimento do direito positivo” (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2010, p. 88)

do direito das gentes no direito natural, e sua principal obra, *De jure naturae et gentium*, escrita em 1672, afirma que o legislador deve se sujeitar à mais alta lei da natureza humana e da razão (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2010). Pufendorf, tal como Grotius, adere à tese de que o direito natural é desprovido de obrigatoriedade externa, mas consagra a ausência de força jurídica dos tratados manifestamente contrários ao interesse dos povos, o que pode se relacionar remotamente com o aludido efeito das normas de *jus cogens*.

Em contraste com Pufendorf que, como Grotius, fundamentava o direito internacional no direito natural, Samuel Rachel argumentou que a lei das nações consiste de leis positivas promulgadas conjuntamente por soberanos e expressas em tratados entre eles, devendo o direito internacional deve ser distinguido do direito natural, bem como do civil (BROWN; NARDIN; RENGGER, 2002) Ao rejeitar o direito natural como fonte do direito internacional e ao enfatizar a importância dos tratados, Rachel adota uma visão positivista do direito internacional, considerando que este repousa sob a prática dos Estados, antecipando a doutrina jurídica internacional majoritária em mais de um século (BROWN; NARDIN; RENGGER, 2002). Ademais, Correia Baptista (1997) relembra a contribuição de Rachel para o *jus cogens*, pois ele considerava que as regras do direito das nações desprovidas de ofensa e iniquidade, e principalmente aquelas introduzidas por conveniência e necessidade, não poderiam ser indiscriminadamente modificadas ou ab-rogadas por nenhuma nação específica, sobretudo se isto pudesse contribuir para o prejuízo de outra nação.

Por sua vez, Hegel colocou os Estados como “poder absoluto na Terra”, considerando que a vontade dos Estados no quadro dos tratados não possuía limites e concluindo que “essa condição universal do direito internacional, portanto, não vai além de um dever-ser” (HEGEL, 1896, §333). Entretanto, ao lado de paradigmas estritamente voluntaristas, a transição do século XVII para o XVIII assiste ao surgimento de um tipo específico de abordagem positivista que, caracterizada pela preponderância do elemento voluntário, reconhece também a existência de um direito natural que prevaleceria na ausência de um direito positivo. Tal corrente teve como expoentes Johann Wolfgang Textor e Georges-Frédéric de Martens, entre outros (ANZILOTTI, 1929).

Textor (1916), retomando as lições do direito romano, afirma que o direito das nações é composto pela razão e pelos usos¹⁶, sendo dividido em primordial e secundário, “a primeira consistindo de material ditado pela razão, no início das instituições, enquanto a segunda surgiu posteriormente com os usos e necessidades da vida humana” (TEXTOR, 1916, p. 08, tradução nossa). Assim, o mesmo direito poderia ser chamado de direito das nações ou direito na natureza, “mas é em virtude da aprovação que recebeu, e não em virtude de sua origem, que ele [direito da natureza] é o direito das nações” (TEXTOR, 1916, p. 12, tradução nossa), ou seja, “é a sua aprovação pelos povos concordantes que realmente deu sua força obrigatória, embora ele já fosse realmente vinculante pelos ditames da razão, e é isto que o dotou com a qualidade de direito das nações, ou acrescentou tal qualidade ao simples direito da natureza” (TEXTOR, 1916, p. 12, tradução nossa). Textor (1916) defende ainda a derogabilidade do costume por meio de tratados, mas determinava a ilegalidade dos pactos de aliança ofensivos quando estes não estivessem de acordo com o direito da guerra, sendo tal núcleo intocável.

Von Martens foi responsável por realizar a separação formal entre o direito natural e o direito positivo, afirmando que o direito das gentes, “que não é mais que a aplicação do direito natural ou da lei divina e primitiva às relações internacionais e, como ciência ou mesmo como o conjunto de princípios e práticas sistematicamente concebidas, é uma criação moderna” (1855, p. 02, tradução nossa). Desta maneira, apesar das considerações oriundas da razão indicarem quais comportamentos devem ser coibidos, é a sua positivação que torna tais ditames obrigatórios¹⁷. No tocante ao direito dos tratados, Martens determina a invalidade dos pactos que

¹⁶ In these extracts two sources of the Law of Nations are indicated: (1) Reason, which, as the proximate efficient cause, dictates to the various nations that this or that is to be observed as Law among the human race; (2) the Usage of nations, or what has been in practice accepted as Law by the nations. There may be this Usage without Reason, or Reason without this Usage, and yet the matter shall be one of the Law of Nations; but not where both these requisites are wanting. TEXTOR, 1916, p. 01

¹⁷ Na opinião de Von-Martens, “C'est parce que l'homme sent ou se dit que les autres hommes comprennent aussi la loi morale à laquelle il est soumis lui-même, qu'il peut traiter avec eux. Si des deux parts n'échappe qu'à ceux qui ont intérêt à la fausser ou qui prononcent sur ces questions sans les approfondir: ridée d'une fin morale à attendre engendre celle des devoirs à accomplir pour y atteindre, et les garanties nécessaires à l'accomplissement des devoirs ne sont autres que ce qu'on appelle les droits. Selon que ces droits naturels sont plus ou moins bien déterminés par les législations positives chargées de les faire prévaloir, une société est plus ou moins bien assise et durable” (VON MARTENS, 1855, p. 14)

violen o direito de terceiros ou a auto conservação do Estado, sendo justificada a inexecução de um tratado que viole a moralidade, defendendo-se o caráter cogente de tais determinações, posição que foi seguida por autores da época, como Kluber, Wheaton e Dudley Field (CORREIA BAPTISTA, 1997).

Por outro lado, concepções positivistas radicais como a de Bergbohm arguíam que somente o consentimento explícito ou implícito dos Estados poderia criar direito internacional, cuja existência só se dava na medida em que houvessem tratados ou acordos determinando o seu conteúdo, rejeitando concepções de direito natural enquanto fonte do direito internacional (PORTMANN, 2010). Jellinek¹⁸, fazendo explícitas referências a Hegel, desenvolveu o pensamento de Bergbohm de que o direito internacional baseava-se exclusivamente na vontade dos Estados, afirmando que o interesse dos Estados em interagir um com o outro e estabelecer regras vinculantes para preservar sua condição determinava que eles autolimitassem suas liberdades, fazendo da cláusula *rebus sic stantibus* (um Estado não pode se vincular por uma expressão de vontade contrária a seu direito de autopreservação) a única exceção a esta regra geral (PORTMANN, 2010).

A vertente positivista-voluntarista obteve proeminência no século XIX, consolidando-se a noção de que a vontade dos Estados ditava, de uma maneira ou de outra, os limites de suas ações no campo do direito internacional. Também na doutrina pátria Rui Barbosa defendia a supremacia dos interesses do Estado no direito internacional, afirmando que, para as nações, “não existe nenhuma lei, segundo a moderna moral bélica, a não ser a de que a força tem a primazia sobre o direito, a de que o direito é apenas um acessório da força” (RUI BARBOSA, 1916, p.

¹⁸ De acordo com Briery, “la forme la plus hautement systématisée de la théorie du consentement est la doctrine hégélienne de l'auto-limitation de l'État, telle que l'ont développée les auteurs modernes, en particulier Jellinek. Pour Jellinek, la faculté essentielle d'un État est l'auto-détermination (Selbstbestimmung), et cette faculté en enveloppe une autre, celle de l'auto-limitation (Selbstbeschränkung), par laquelle un État peut créer sa loi dans les affaires extérieures aussi bien qu'intérieures. Par cette faculté, explique-t-il, l'État peut se soumettre, quand il le juge bon, à sa propre loi, reconnaître la personnalité des États étrangers, et lier sa propre volonté en entrant dans le système international. De cette manière, l'État se transforme de force physique en force morale, et sa volonté passe d'un pouvoir illimité à un pouvoir limité juridiquement. Selon cette vue, par conséquent, le droit international n'est pas une chose imposée du dehors à un État (car cela ne s'accorderait pas avec la nature de l'État); il est purement la somme des systèmes de « droit public extérieur » (äusseres Staatsrecht) des États en question” (BRIERY, 1928, p. 482-483)

45). Rui Barbosa, de fato, considerava a vontade dos Estados como tão determinante que sequer a vinculação destes por um tratado poderia limitá-la:

Se um indivíduo repudiasse a própria firma, num contrato legítimo, a título de que era um trapo de papel, ninguém o consideraria um homem de bem. Mas se uma nação repudia tratados solenes, a título de que são papeluchos, ninguém ousará dizer que fez o que não devia. Porque a força é o juiz de seus direitos, a guerra é o árbitro de seus poderes, e todas as convenções internacionais encerram a cláusula, subentendida sempre, do *rebus sic stantibus*: enquanto as circunstâncias não mudarem; isto é: enquanto outra não for a vontade soberana do mais forte (RUI BARBOSA, 1916, p. 47)

De fato, Brierly (1928) sublinhou a proeminência desta corrente que considerava o consentimento como fundamento possível de todo o direito internacional¹⁹, um contexto no qual não é possível conjecturar, sem dificuldades, a concepção de normas imperativas. Contudo, as primeiras décadas do século passado testemunharam o efetivo ressurgimento de considerações de ordem moral acerca da até então praticamente ilimitada vontade dos Estados

1.1.1.4 O Século XX e o Fundamento na Moralidade

George Haimbaugh (1987) esclarece que autores como Hyde já afirmavam, em 1922, que os acordos internacionais dependiam de mais do que o mero consenso, e que não deveriam ocorrer caso a sociedade internacional considerasse

¹⁹ Neste tocante, o Brierly sintetizou as concepções imperantes na Inglaterra à época: “Mais c'est à ce second sens, savoir celui qui regarde le consentement comme un fondement possible du système entier du droit international, que nous avons affaire ici; et pour peser la vérité de cette doctrine il suffira de prendre comme type de l'opinion de maints auteurs l'expression parfaitement claire qu'en a donnée un moderne théoricien anglais du droit, Sir John Salmond « L'opinion que nous adopterons comme correcte, écrit-il, est que le droit international est essentiellement une sorte de droit conventionnel, qu'il a sa source dans une convention internationale — qu'il se compose des règles que les États souverains sont convenus d'observer dans leurs relations réciproques. » Il cite ensuite les paroles de quatre juges anglais éminents, qui montrent combien les cours anglaises sont attachées à cette conception du caractère du droit international : lord Russell parle « de l'agrégat de règles auxquelles les nations sont convenues de se conformer dans leur conduite réciproque; » lord Coleridge dit que « la loi des nations est cet ensemble d'usages que les États civilisés sont convenus d'observer dans leurs relations réciproques; » lord Esher, « que le consentement des nations est nécessaire pour faire entrer une proposition quelconque dans la loi des nations; » et Chief Justice Cockburn, que « pour lier, la loi doit avoir reçu l'assentiment des nations qui seront liées par elle. Cet assentiment peut être exprès, comme dans le cas d'un traité ou d'un accord reconnu par les gouvernements, ou peut être déduit d'un usage établi” (1928, p. 479)

que tal arranjo fosse gravemente prejudicial aos seus interesses e ao que requer o direito das nações, lições que foram retomadas por McNair em 1927, em sua obra *Morality and Public Policy*,

É importante também mencionar opinião dissidente do juiz Schücking da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Oscar Chinn²⁰, em 1934, pois esta foi a primeira vez na qual, indubitavelmente, “a existência do *jus cogens* foi colocada perante tal fórum, em seus próprios termos, e com a sanção (a nulidade de pleno direito) que é atualmente vinculada aos atos contrários a uma norma *iuris cogentis*” (GÓMEZ ROBLEDO, 1981, p. 33, tradução nossa). Nas palavras de Schücking,

Eu creio que o caso no qual uma convenção deva ser considerada nula de pleno direito não é de forma alguma um caso isolado no Direito Internacional. O Pacto da Sociedade das Nações em seu conjunto, e especialmente seu artigo 20, no qual os membros se comprometem a não assumirem no futuro obrigações ou entendimentos entre si que sejam incompatíveis com os termos do Pacto, não teria valor algum se os tratados concluídos violando tal obrigação não devessem ser maculados com uma nulidade absoluta, no sentido de que eles sejam nulos de pleno direito. E eu não posso crer que a Sociedade das Nações tivesse já iniciado o trabalho de codificação do Direito Internacional se não fosse possível, mesmo nos dias de hoje, criar *jus cogens*, cujo efeito seria que, quando os Estados concordam com certas regras legais e estão também comprometidos em garantir que essas regras não possam ser alteradas por apenas alguns deles, qualquer ato praticado em violação a este compromisso é nulo de pleno direito (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1934, p. 150, tradução nossa).

Entretanto, a discussão sobre o *jus cogens* que ganhou maior notoriedade coube a Alfred von Verdross, em 1937, em resposta ao relatório de James Wilford

²⁰ Um excelente resumo dos fatos relativos ao caso Oscar Chinn é trazido por Yamada: “In the course of 1930 and 1931, the severe commercial depression which prevailed throughout the whole world seriously affected trade in the Belgian Congo. The sharp fall of the prices obtained for produce from the area in the European markets necessitated an immediate reduction in the net price of the produce. The Belgian Government came to the conclusion that this reduction in the cost price must be effected, firstly, by a reduction of the expenses of transportation and handling, and, secondly, by a diminution of the overhead charges of colonial producers. For this reason, the Government sent a communication to various companies whose tariffs it was in a position to control, ordering them to reduce the tariffs on transport and the handling charges. At the same time, it informed them that the losses caused by the reductions would be reimbursed. According to the United Kingdom, one of its subjects, Oscar Chinn, had been harmed by the measures in question. It stated that these measures had created a “de facto monopoly” of fluvial transport in the Congo, which was contrary to the principles of “freedom of navigation,” “freedom of trade” and “equality of treatment” provided for in articles 1 and 5 of the Convention of Saint-Germain-en-Laye of 10 September 1919. The PCIJ rejected the argument of the United Kingdom, finding that the conduct of the Belgian Government was not in conflict with its international obligations towards the United Kingdom” (YAMADA, 2005, p. 125-126).

Garner sobre o Direito dos Tratados (HAIMBAUGH, 1987), em um “trabalho pioneiro que baseou-se na ideia europeia de normas imperativas, sugerindo que os tratados em conflito com tais princípios imperativos de ordem pública²¹ seriam ilegais e nulos” (CHRISTENSON, 1988, p. 603, tradução nossa).

Assim, Verdross inicia seu artigo paradigmático expondo o cerne do problema, ou seja, questionando se o direito internacional é formado somente pela vontade dos Estados ou se existem normas cuja observância impõe-se como obrigatória:

Nosso ponto de partida é a regra incontestável que, por uma questão de princípio, os Estados são livres para celebrar tratados sobre qualquer assunto que seja. Tudo o que temos de investigar, portanto, é se essa admite ou não certas exceções. A resposta a esta pergunta depende da questão preliminar, se o direito internacional contém regras que têm o caráter de *jus cogens*. Pois é óbvio que, se o direito internacional geral é constituído exclusivamente de normas não-obrigatórias, os Estados são sempre livres para pactuarem normas convencionais que se desviam do direito internacional geral e, ao fazê-lo, violam o direito internacional geral. Se, por outro lado, o direito internacional geral também contém normas que possuam o caráter de *jus cogens*, a situação é muito diferente. Pois é a quintessência de normas desta natureza que elas prescrevam um determinado comportamento, positivo ou negativo, incondicionalmente; normas que tenham esse caráter, portanto, não podem ser derogadas pela vontade das partes contratantes (VERDROSS, 1937, p. 571-572, tradução nossa).

Conforme explica Christenson (1988), o pensamento de Verdross se inspira nas ideias de Vattel e de seus seguidores, de acordo com a tradição naturalista, declarando a existência não só das normas positivas de direito internacional geral, mas também de um segundo grupo de normas, chamadas de *jus cogens*, consistindo no princípio geral que proíbe os Estados de celebrarem tratados *contra bonos mores* (VERDROSS, 1937). Tal proibição, comum às ordens jurídicas de

²¹ Foge ao escopo deste trabalho aprofundar-se na questão da ordem pública internacional, mas adotaremos, para todos os efeitos, a definição clássica trazida por Djuvara em seu curso na Academia de Haia: L'ordre juridique signifie, dès lors, la détermination de certaines limites entre les libres activités réelles par la systématisation de leurs fins : l'idée de cette systématisation est l'idée même de justice, car celle-ci représente essentiellement la généralisation des fins de notre libre activité extériorisée, en supposant des circonstances de fait identiques. L'idée de justice, qui se trouve ainsi à la base de tout ce qu'on peut concevoir sous le nom d'ordre juridique, est donc une simple méthode rationnelle pour déterminer si une action donnée est juste; elle se réalise historiquement dans des consciences individuelles ou sous forme de phénomènes sociaux, et les idées qu'elle fait ainsi apparaître sur ce qui est juste ou injuste peuvent être plus ou moins réussies, comme toutes les idées qui poursuivent des vérités.(1938, p. 487)

todos os países civilizados, era consequência do fato de que cada ordem jurídica regula a coexistência racional e moral dos membros da comunidade, ou seja, nenhuma ordem jurídica poderia, portanto, admitir tratados que fossem obviamente contrários à ética de certa comunidade (VERDROSS, 1937).

Entretanto, Verdross afirma que existem dificuldades na aplicação deste princípio geral de direito internacional segundo o qual tratados *contra bonos mores* seriam nulos, uma vez que a ética da comunidade internacional seria muito menos desenvolvida do que a ética das comunidades nacionais, e a comunidade internacional abarca diferentes sistemas jurídicos, os quais foram construídos sobre diversas concepções morais, situação que também evidenciaria a dificuldade de se chegar à aplicação de normas imperativas no quadro do direito internacional (VERDROSS, 1937); “Por outro lado” – destaca o autor – “estas dificuldades não podem ser superestimadas” (VERDROSS, 1937, p. 573) e, para amparar seu argumento, Verdross declara que uma análise das decisões das cortes das nações civilizadas mostra, de forma inequívoca, que tais tribunais consideram nulos os tratados *contra bonos mores*, isto é, aqueles acordos que restrinjam a liberdade de uma das partes de maneira excessiva ou que coloquem em risco seus direitos mais importantes. Este panorama “prova que o direito dos países civilizados começa com uma ideia que demanda o estabelecimento de uma ordem jurídica que garanta a coexistência racional e moral de seus membros” (VERDROSS, 1937, p. 574, tradução nossa) e, como decorrência, todos os tratados incompatíveis com este objetivo – que é o objetivo, implícito ou explícito, de todo o direito positivo – devem ser considerados nulos²².

Desta forma, uma análise realista do Direito mostra que todas as ordens jurídicas positivas possuem suas raízes na ética de certa comunidade, e não podem

²² Para determinar quais tratados devem ser considerados imorais, Verdross (1937) afirma que devemos nos voltar para quais deveres morais os Estados devem cumprir na comunidade internacional, restringindo-nos aos princípios correspondentes à ética da comunidade internacional, ou seja, ao mínimo ético reconhecido por todos os Estados, deixando de lado os deveres e obrigações que sejam reconhecidos somente por alguns poucos e particulares regimes. Assim, identificam-se, entre os deveres que compõe esse mínimo ético reconhecido pelos Estados, a manutenção da lei e da ordem entre os Estados, a defesa contra ataques externos, o cuidado com o bem-estar físico e espiritual de seus cidadãos em seu território, e a proteção dos mesmos no exterior, o que significa que qualquer disposição em tratado proibindo um Estado de realizar tais tarefas deveria ser considerada imoral (VERDROSS, 1937)

ser entendidas de maneira separada de sua base moral. O positivismo não é nada realista, pois restringe o quadro do Direito e apenas vê a sua superfície (VERDROSS, 1937), afirmação que evidencia a inspiração jus naturalista de Verdross. Diante do exposto, Verdross finaliza afirmando que “como a conclusão de tratados imorais é proibida pelo Direito Internacional, nenhuma obrigação válida pode vir a existir em relação ao conteúdo imoral de um tratado” (VERDROSS, 1937, p. 576), e propõe, portanto, uma emenda ao relatório de Garner sobre o Direito dos Tratados²³, sugerindo ainda que, quando a moralidade de um tratado fosse contestada, ele deveria ser submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional.

Por conseguinte, a noção de *jus cogens* ressurgiu no século passado em discussões relativas aos limites à liberdade dos Estados para celebrar tratados, afirmando-se a existência de um núcleo, de uma categoria intocável de normas e valores que não poderiam ser maculados, sob pena de nulidade absoluta. Contudo, apesar de teoricamente contar com uma longa trajetória, que Gómez Robledo chama de pré-história e história do *jus cogens*, tal “percurso” não é necessariamente linear ou mesmo coerente. Por vezes a doutrina utiliza analogias com o direito interno para identificar parentescos remotos em razão da inafastabilidade de certas disposições de direito público, um exercício teórico não imune a críticas, considerando-se a abissal diferença entre as ordens internas e o cenário da sociedade internacional. Em outras ocasiões, ocultam-se concepções jusnaturalistas que, apesar de defenderem a existência de um direito das nações inderrogável, consagravam a superioridade, no plano prático, da vontade dos Estados neste tocante. De todas as maneiras, parece não ser possível afirmar que a imperatividade de certas normas no âmbito do direito internacional possui antecedentes históricos sólidos, lineares e coerentes.

²³ In consequence of the above deductions, this writer ventures to propose to amend Professor Garner's report by an Article 22a, to the following effect: A treaty norm is void if it is either in violation of a compulsory norm of general international law or contra bonos mores. A treaty norm is contra bonos mores if a state is prevented by an international treaty from fulfilling the universally recognized tasks of a civilized state. Such tasks are: the maintenance of the public order, the defense of the state against external attacks, the care for the bodily and spiritual welfare of its citizens at home and the protection of nationals abroad. If the immorality of a treaty norm is contested, the dispute has to be submitted to the decision of an arbitration tribunal or of the Permanent Court of International Justice. (VERDROSS, 1937, p. 577)

Em verdade, uma noção mais precisa do *jus cogens* não se impõe de maneira definitiva, no círculo das relações internacionais, até dispormos de uma ordem jurídica mundial com uma certa plenitude de conteúdo, o que não acontecerá até o pós-segunda guerra mundial²⁴ (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981, p. 36, tradução nossa). Assim, a história legislativa propriamente dita das normas imperativas começa somente com os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU, que culminarão no texto da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, marco convencional que positivou as normas de *jus cogens*, conforme será visto a seguir.

1.1.2 História Legislativa do *Jus cogens*

1.1.2.1 A Introdução da Ideia na Comissão de Direito Internacional²⁵

As primeiras menções, no quadro da Comissão de Direito Internacional, ao que veio a ser consagrado como *jus cogens*, remontam a 1950, quando Jesús Maria Yepes²⁶, membro colombiano da Comissão, colocou em debate

²⁴ “Jusqu'alors, en effet, le droit international est pratiquement circonscrit à la communauté atlantique, européen-américaine, puisqu'en Asie ainsi qu'en Afrique le nombre d'Etats souverains est bien limité et la Société des Nations a surtout été une organisation européenne. Avec les Nations Unies, en revanche, et l'accroissement continu de ses membres résultant de l'émancipation accélérée des peuples sujets au joug colonial, le panorama est tout autre. C'est seulement à partir de là que nous avons véritablement un ordre juridico-politique de portée proprement œcuménique et dont l'instrument constitutif (Charte des Nations Unies, art. 2, par. 4) comporte l'interdiction formelle du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales. Or, il ne s'agit pas seulement d'un précepte inéquivoque de *jus cogens*, comme le reconnaissent tous les juristes, mais, comme l'observe Abi-Saab, une limite tellement capitale à la souveraineté ayant été établie, le chemin est ouvert à beaucoup d'autres, et c'est pourquoi l'interdiction susvisée constitua pour le juriste égyptien un virage fondamental (turning-point) dans l'évolution du *jus cogens*” (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981, p. 36).

²⁵ A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas foi criada através da Resolução 174 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1947, com a função de promover o progressivo desenvolvimento do direito internacional e sua codificação, (apesar de contar com antecedentes remotos que incluem o Comitê de Especialistas para a Progressiva Codificação do Direito Internacional, no âmbito da Liga das Nações), contando com 34 membros que são eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/ilcintro.htm>> Acesso em 12.09.2014.

²⁶ “Le docteur Yepes, comme chacun sait, en sa qualité de représentant de la Colombie à la conférence constituante de San Francisco (1945), a fait accepter l'introduction du principe de la bonne foi dans la Charte des Nations Unies (art. 2, par. 2), un principe qui ne figurait pas dans les

o problema da validade dos tratados internacionais em relação à licitude de seu objeto (GÓMEZ ROBLEDO, 1981, p. 37). Yepes salientou, na 78ª sessão da Comissão, em 1950, que a discussão acerca do tema dos tratados estava limitada ao aspecto puramente formal da questão, examinando os problemas de forma, capacidade, assinatura, ratificação, etc., e que a Comissão esquecera-se de dizer que os Estados não poderiam celebrar tratados sobre toda e qualquer matéria, ou seja, esquecera-se de tratar do propósito dos tratados, que deveria ser lícito e declarado expressamente (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1950). Ele dizia estar ciente de que era “a *vox clamantis* in deserto, mas que ele pertencia a uma escola de pensamento que não aceitava a vontade do Estado como fonte de Direito e ele considerava que o Estado era um sujeito de Direito, e devia respeitá-lo. Acima do Estado estava a lei moral” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1950, p. 299, tradução nossa).

A determinação da licitude do objeto do tratado, segundo o jurista colombiano, era tarefa que pertenceria à Organização das Nações Unidas, tendo em vista que seu Secretário-Geral deveria ter poderes para determinar que um tratado é ilegal e, desse modo, não registrá-lo perante a organização internacional, podendo ainda requisitar a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça no assunto²⁷ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1950). Conforme Abello-Galvis (2011), apesar do fato de que, naquele momento, não se falava expressamente em normas imperativas, fica claro que o ponto em comum da opinião de Yepes com as normas

propositions de Dumbarton Oaks, sans que l'on puisse en comprendre la raison” (GÓMEZ ROBLEDO, 1981, p. 37).

²⁷ Jesús Maria Yepes chega submeter uma proposta de artigo, que, conforme o registro da 78ª sessão da Comissão de Direito Internacional, não foi considerado: “The article he had intended to propose would have been drafted as follows: ‘In order to be valid, a treaty, as understood in this Convention, must have a lawful purpose according to international law. In case of any dispute regarding the lawfulness of a treaty, the International Court of Justice shall state its opinion on the matter at the request of any State directly or indirectly interested, or of the United Nations’. A treaty with an unlawful object may not be registered with the Secretariat of the United Nations. Whenever the lawfulness of a treaty submitted for registration is in doubt, the Secretary-General of the United Nations shall ask the International Court of Justice for an advisory opinion. ‘The CHAIRMAN said that Mr. Yepes was probably aware that many members of the Commission were in agreement with his remarks, but that his proposal could not be included in the report, which was devoted to the questions that had been discussed. Nevertheless, he could request that the problem of the intrinsic validity of treaties should be discussed at the beginning of the next session’. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1950, p. 299-300). De fato, como será visto adiante, ainda hoje não existe clareza ou unanimidade sobre qual órgão teria o poder de atribuir a nulidade a um tratado em virtude da violação à uma norma de *jus cogens*, e nem o procedimento a ser seguido para se atingir tal fim.

de *jus cogens* se encontra exatamente na licitude do objeto. Assim, “aquilo que hoje entendemos como normas imperativas, ou de *jus cogens*, são precisamente aquelas normas contra as quais a comunidade internacional em seu conjunto considera que não pode haver pacto contrário (ABELLO-GALVIS, 2011, p. 83, tradução nossa).

1.1.2.2 O Projeto Lauterpacht

Como explica Weisburd (1996), foi apenas em 1953 que o tema do *jus cogens* deixou de ser apenas um assunto de discussão acadêmica, pois nesse ano, em suas funções como relator especial da Comissão de Direito Internacional sobre direito dos tratados, Sir Hersch Lauterpacht apresentou um projeto parcial que continha a seguinte disposição:

Artigo 15 – CONSISTÊNCIA COM O DIREITO INTERNACIONAL: Um tratado, ou qualquer de seus dispositivos, é nulo se a sua execução envolver um ato que o Direito Internacional considera como ilegal e que for assim declarado pela Corte Internacional de Justiça (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, p. 153)

Segundo Lauterpacht, o princípio formulado neste artigo é geral – se não universalmente – aceito pelos doutrinadores que analisaram este aspecto da validade dos tratados, mas o relator salienta que também se reconhece que os Estados são livres para modificar, nas relações entre si, as regras de direito costumeiro, isto é, contanto que um tratado não afete os direitos de terceiros Estados²⁸, não haveria razão para que os Estados não pudessem pactuar, entre si,

²⁸ “Thus, so long as the treaty does not affect the rights of third States, there would seem to be no reason why two States shall not agree that, as between themselves, the width of territorial waters should be fifty miles; that their warships should be allowed to stop and otherwise exercise jurisdiction over the merchant vessels of the other contracting party on the high seas; that their diplomatic representatives should not enjoy the *Jurisdictional Immunities* otherwise prescribed by international law; that their public ships and other governmental agencies, should have no immunity from suit; that their nationals, should be liable to military service in the territory of the other contracting party; or that they shall have the right to nationalize without compensation the property of the nationals of the other contracting party. Numerous other examples of this nature could be adduced. In so far as any such treaty modifying or abolishing a rule of customary international law were to purport to interfere with the rights of third States they would in any case be without effect in as much as a treaty cannot lawfully affect the rights of States which are not parties to it and in as much as, for that reason, an international tribu-

obrigações diversas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953). Contudo, Lauterpacht salienta que o objeto de um tratado pode ser ilícito, resultando em sua nulidade, mesmo que ele não afete diretamente terceiros Estados, trazendo como exemplo a Convenção contra a Escravidão de 1926 para concluir que a obrigação lá expressa de prevenir e suprimir tráfico de escravos tornou-se um princípio expressivo do direito costumeiro internacional, e que um tratado contendo dispositivos que violassem estes princípios seria considerado nulo em função da ilegalidade do seu objeto (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953). Tais instrumentos representam exemplos da “inconsistência de um tratado subsequente com normas do direito internacional que, embora se originem de um tratado celebrado entre um número limitado de Estados, adquire então o caráter de norma costumeira do direito internacional” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, p. 154-155, tradução nossa).

A essência do *jus cogens* evidencia-se no comentário de Lauterpacht ao projeto do referido artigo 15:

Parece, portanto, que o teste para determinar a ilegalidade do objeto do tratado e se ele é nulo por esta razão não é inconsistência com o direito internacional costumeiro puro e simples, mas a inconsistência com tais princípios superiores do direito internacional, que podem ser vistos como constitutivos da ordem pública internacional. Estes princípios não precisam estar necessariamente cristalizados em uma regra jurídica claramente aceita, como a proibição de pirataria ou de guerra agressiva. Eles podem ser normas expressivas da moralidade internacional, tão cogentes que um tribunal internacional os consideraria como parte daqueles princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas que a Corte Internacional de Justiça está comprometida a aplicar em razão do disposto no art. 38 (3) de seu estatuto. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, p. 155, tradução nossa).

De acordo com Gómez Robledo, o *jus cogens* está claramente presente na passagem supracitada, “como o conjunto de normas imperativas que freiam e condicionam a liberdade contratual e que já são designadas como princípios superiores do direito internacional, ou mesmo como princípios de ordem pública internacional, expressões sinônimas” (1981, p. 41, tradução nossa). Entretanto, Lauterpacht encerra seus comentários ao artigo 15 aconselhando cautela ao se

nal would declare it to be unenforceable so far as the rights of third States are concerned” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, p. 154).

estender os limites da nulidade dos tratados²⁹, declarando ser esta a razão do presente projeto não conter um artigo separado sobre a consistência com a moralidade internacional como condição de validade dos tratados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953). Tal situação conferiria às cortes internacionais, na visão do relator especial, ampla discricionariedade em uma matéria que admite uma apreciação extremamente subjetiva, o que seria contrário aos interesses dos governos, razão pela qual Lauterpacht avaliou que as considerações acerca da moralidade na ordem internacional estavam suficientemente presentes do projeto do artigo 15 (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953). Assim, a afirmação do eminente jurista mexicano em relação à evidência de uma atribuição de imperatividade a certas normas já quando do projeto de Lauterpacht não parece condizente com a cautela e cuidado apregoados pelo próprio Lauterpacht em seus comentários.

1.1.2.3 O Projeto Fitzmaurice

A menção expressa ao *jus cogens* no texto do projeto ocorreu em 1958, por obra do então relator especial, Fitzmaurice, que seguindo o caminho aberto por Lauterpacht adicionou, *inter alia*, a seguinte passagem ao texto do projeto³⁰: “é

²⁹ “The following observations are relevant to the test of the proposed article: (a) In referring to ‘a treaty or any of its provisions’ the intention is to apply the principle of severability, namely, that any single provision involving an illegality, does not entail the nullity of the treaty if the latter, taken as a whole, can be upheld. This will not be possible if the provision in question constitutes an essential part of the treaty. (b) As the offending treaty – or the offending provision – is contrary to overriding principles of international law it cannot be enforced by an international tribunal even if the State which stands to benefit from the judicial nullification of the treaty fails to raise the issue. No action will lie on a treaty of that description. On the other hand, the defendant State, although it has taken part in bringing about the illegal treaty, can plead the illegality as a defence. In *pari delicto potior est conditio defendentis*. This to a large extent answers the question whether and to what extent a State can be relieved of the performance of an illegal treaty. It can suspend performance and leave it to the other contracting party to resort to the International Court of Justice for the vindication of the validity of the treaty. The jurisdiction of the Court in such cases is obligatory. It is the Court, and not the interested party, which is finally entitled to declare the treaty, or part thereof, to be void on account of illegality” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, p. 155).

³⁰ O texto integral do novo artigo passou a ser o seguinte:

Article 16. Legality of the object (general). 1. The object of a treaty must be lawful; but the invalidity of the treaty does not necessarily result from the fact that, in the relations between the parties, it modifies or varies a rule of international law, nor from the sole fact that its provisions are at variance with the provisions of a previous treaty. 2. It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and

essencial para a validade de um tratado que ele esteja em conformidade com ou não contravenha, ou que sua execução não envolva uma infração àqueles princípios e regras de direito internacional que têm a natureza de *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 26, tradução nossa).

Além da supracitada menção ao *jus cogens* no artigo 16 do projeto, relativo à legalidade do objeto do tratado de forma geral, outros dispositivos também consagram tal expressão. No artigo 17, referente à legalidade do objeto em caso de conflito com o direito internacional, depois de afirmar a liberdade dos Estados para pactuar entre si normas ou regimes legais diferentes do direito internacional costumeiro, o referido artigo afirma que somente a ofensa ou conflito com normas de *jus cogens* podem fazer surgir a invalidade de tal tratado³¹. O artigo 18, que trata da legalidade do objeto em conflito com tratados anteriores, repete provisão semelhante, estatuidando que um tratado que conflite com um tratado prévio que seja expressão ou que contenha normas de *jus cogens* será considerado inválido³². Finalmente, o artigo 22, que abordava os efeitos da invalidade dos tratados em casos específicos, determinava que no caso da ilegalidade do objeto que resultasse

rules of international law which are in the nature of *jus cogens*. 3. Incompatibility with the provisions of a previous treaty gives rise prima facie to a conflict of obligation, rather than, necessarily, to the invalidity of the treaty. Such conflict will fall to be resolved in accordance with the provisions of article 18 below. 4. Since a treaty prima facie creates direct obligations and rights only for, and as between, the parties to it, and is res inter alios acta- for and in relation to non- parties, it cannot, even if fully lawful as to its objects, and consistent with previous treaties, bind non-parties or create rights against them, or modify or affect their rights. The issue of illegality is therefore formally and primarily an issue affecting the relations between the parties to the treaty (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, vol. II, p. 26-27).

³¹ Article 17. Legality of the object (conflict with international law). It being always open, prima facie, to any two or more States to agree, for application inter se, upon a rule or regime varying or departing from the rules of customary international law in the nature of jus dispositivum, a treaty embodying such an agreement cannot be invalid on that ground. Hence it is only if the treaty involves a departure from or conflict with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of jus cogens that a cause of invalidity can arise. Since the treaty is in any event res inter alios acta, and without force as against non-parties, the invalidity as such of the treaty only affects directly the relations between the parties to it, and means that neither or none of the parties can claim compliance with it on the part of the other or others (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, vol. II, p. 27).

³² Article 18. Legality of the object (conflict with previous treaties — normal cases). 1. Where a treaty is in conflict with a previous treaty embodying or generally regarded as containing accepted rules of international law in the nature of jus cogens, the invalidity of the treaty will ensue on that ground in accordance with the provisions of article 17 above. 2. Subject to the generality of paragraph 1 above, the present article applies primarily to bilateral treaties, and to those pluri or multilateral treaties which are of the reciprocating type, providing for a mutual interchange of benefits between the parties, with rights and obligations for each involving specific treatment at the hands of and towards each of the others individually. The special case of other kinds of pluri- or multilateral treaties forms the subject of article 19 below [...] (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 27).

de conflito com normas de direito internacional que tivessem a natureza de *jus cogens*, o tratado não poderia ser executado³³.

Ao comentar tais dispositivos, Fitzmaurice iniciou distinguindo as regras de direito internacional em duas classes: “aquelas que são mandatórias e imperativas em quaisquer circunstâncias (*jus cogens*) e aquelas (*jus dispositivum*) [...] cuja modificação é permitida, desde que as posições e direitos dos Estados não sejam afetados” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, vol. II, p. 41, tradução nossa). Segundo Fitzmaurice, esta distinção não é sempre feita de maneira clara pelas autoridades, resultando na afirmação equivocada de que todo tratado “contrário” ao direito internacional seria nulo, o que não ocorre se as normas contrariadas encontrarem-se na categoria de *jus dispositivum*³⁴ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II).

Fitzmaurice conclui que “a maioria dos casos nesta classe [*jus cogens*] são casos nos quais a posição do indivíduo está envolvida, e onde as regras violadas são regras instituídas para a proteção dos indivíduos” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 40, tradução nossa). Ainda, o relator especial sustenta que, embora não seja possível elencar exaustivamente quais normas internacionais possuem o caráter de *jus cogens*, é possível identificar uma característica comum: elas não envolvem apenas considerações meramente jurídicas, mas também considerações morais e aquelas relativas à boa ordem internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II). Evidencia-

³³ Article 22. Effects in specific cases. 1. The effects produced by lack of essential validity in the undermentioned cases, provided the existence of these is established in accordance with the provisions of section B hereof, and article 23 below, are as follows: [...] (j) Illegality of the object resulting from conflict with rules of international law in the nature of *jus cogens*: the treaty is unenforceable (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, vol. II, p. 28).

³⁴ Não haveria, portanto, qualquer obstáculo que impedisse dois Estados de pactuar a descontinuidade mútua dos privilégios e imunidades de suas missões no território um do outro, mas estes Estados continuariam obrigados a respeitar de maneira plena os direitos dos representantes de outros países; de forma análoga, dois Estados poderiam aplicar, entre eles, limites diferentes daqueles consagrados pelo direito internacional no tocante às águas territoriais, mas eles não devem aplicar este limite em relação aos navios ou nacionais de terceiros Estados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II). Assim, Fitzmaurice salienta que a questão da ilegalidade ou invalidade de um tratado surge apenas quando este se opõe a uma norma de caráter absoluto e não-opcional, o que tornaria nulo, por exemplo, um tratado entre dois Estados que pactuasse que, em caso de guerra entre eles, todo o pessoal capturado poderia ser executado, ou se dois países concordassem em atacar um terceiro em circunstâncias constituindo agressão; igualmente nulo seria um tratado que pactuasse que um Estado não interferiria em atos de pirataria praticados por navios de outro Estado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II).

se, desta maneira, que o próprio relator Fitzmaurice tinha dificuldades em fornecer uma base conceitual sólida para a imperatividade das normas de *jus cogens*.

Em seu relatório seguinte, em 1959, Fitzmaurice confere contornos mais precisos às provisões sobre as normas de *jus cogens*. O artigo 21³⁵ estatua que “uma obrigação convencional que, ao tempo de sua conclusão, seja incompatível com uma regra existente ou uma proibição geral de direito internacional da natureza de *jus cogens*, carece de validade essencial *ab initio*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1959, v. II, p. 46, tradução nossa). Ainda, segundo Gómez Robledo (1981), o projeto de Fitzmaurice também possui o mérito de colocar em evidência o que se pode chamar de “*jus cogens superveniens*”, determinando que a obrigação convencional cuja observância for incompatível com uma nova regra ou proibição do direito internacional de natureza de *jus cogens* justifica e exige a inobservância de qualquer obrigação do tratado envolvendo tal incompatibilidade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1959, v. II).

1.1.2.4 O Projeto Waldock

Merece destaque, igualmente, o trabalho realizado por sir Humphrey Waldock na posição de relator especial do projeto sobre direito dos tratados, cuja importância é tamanha que autores como Gómez Robledo (1981) alegam que a história legislativa propriamente dita do *jus cogens* começa em 06 de maio de 1963, data da apresentação de seu projeto perante a Comissão de Direito Internacional. Assim, o “ponto de partida do *jus cogens* enquanto conceito” (ABELLO-GALVIS,

35 Article 21. Conditions implied in the case of all treaties: condition of continued compatibility with international law. 1. A treaty obligation which, at the time of its conclusion, is incompatible with an existing rule or prohibition of general international law in the nature of *jus cogens*, lacks essential validity *ab initio*, with the consequences set out in articles 21 and 22 of part II of chapter 1 of the present Code. Accordingly, the case contemplated by the present article is that of supervening incompatibility with such a rule or prohibition of international law. 2. A treaty obligation the observance of which is incompatible with a new rule or prohibition of international law in the nature of *jus cogens* will justify (and require) non-observance of any treaty obligation involving such incompatibility, subject to the same conditions, *mutatis mutandis*, as are set out under case (vi) in article 17 of part III of chapter 1 of the present Code in respect of the termination or indefinite suspension of the treaty (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1959, v. II, p. 46).

2011, p. 86, tradução nossa) trazido por Waldock no artigo 13 do projeto era o seguinte:

Artigo 13- Tratados nulos por ilegalidade

1. Um tratado é contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou sua execução envolver a violação a uma regra geral ou princípio de direito internacional que tenha o caráter de *jus cogens*.
2. Particularmente, um tratado é contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou execução envolver-
 - a) o uso ou ameaça de uso da força em contravenção aos princípios da Carta das Nações Unidas;
 - b) qualquer ato ou omissão caracterizado pelo direito internacional como um crime internacional; ou
 - c) qualquer ato ou omissão na supressão ou punição com os quais cada Estado é requerido a cooperar por força do direito internacional.
3. Se uma disposição, cujo objeto ou execução viola uma regra ou princípio de direito internacional com o caráter de *jus cogens*, não é essencialmente conectada com os principais objetos do tratado e é claramente destacável do resto do tratado, só essa disposição será nula.
4. As disposições deste artigo não se aplicam, no entanto, a um tratado multilateral geral, que revoga ou modifica uma norma de caráter de *jus cogens*. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 52, tradução nossa).

Sir Humphrey Waldock salientou a dificuldade em redigir tal artigo, e explicou sua escolha terminológica: “por falta de um termo melhor, ele usou *jus cogens*, que não é um conceito completamente novo no Direito Internacional [...], mas que ainda não foi completamente desenvolvido” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 62, tradução nossa). O relator especial também frisou que as violações elencadas no parágrafo segundo do referido artigo não constituíam uma lista exaustiva³⁶, sendo apenas exemplos claros e evidentes de

³⁶ Neste sentido, o comentário de Jimenez de Aréchaga durante as reuniões da Comissão de Direito Internacional são bastante elucidativos: “It was significant that the three examples given by the Special Rapporteur in paragraph 2 had at least two features in common. First, they were all embodied in some form or another, partly or wholly, in an international instrument; secondly, they had all been applied by courts, including the International Court of Justice, and other organs. For example, the rule stated in subparagraph (a) was contained in article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter; it derived from the Pact of Paris and had been applied by the Nuremberg Tribunal as *jus cogens*, and by the International Court of Justice in part of its judgement in the Corfu Channel case. The rules stated in sub-paragraphs (b) and (c) had been applied by the Nuremberg Tribunal and other courts as existing international law and as *jus cogens*, though they might have a remote conventional origin in The Hague Conventions of 1899 and 1907. They had been reformulated by the International Law Commission and adopted by the General Assembly. The words of Sir Gerald Fitzmaurice, the United Kingdom representative, later a member of the International Law Commission and now a judge at the International Court to the Sixth Committee on 3 November 1950 were very apposite: “Whatever views might be taken about the situation before the Charter of Nuremberg, the existing position was perfectly clear and no one doubted that the Nuremberg principles had become recognized principles of international law. The affirmation by the General Assembly was sufficient to make them so, so far as the Member States of the United Nations were concerned” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 74).

criminalidade internacional, mas ele deliberadamente evitou entrar em maiores detalhes, afirmando apenas que uma referência geral aos princípios consagrados na Carta da ONU não serviria aos propósitos do artigo, pois nem todos eles possuíam caráter imperativo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I).

1.1.2.5. A Discussão do Projeto no Seio da Comissão de Direito Internacional

O chamado “Projeto Waldock” foi amplamente debatido no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, e os diversos membros presentes à discussão acrescentaram suas opiniões, críticas e sugestões ao texto, e em especial às normas de *jus cogens* previstas no projeto. Para Yasseen, a primeira questão levantada pelo então artigo 13 era a existência de uma ordem pública internacional que os Estados não poderiam derrogar por acordo entre si, mas o jurista sublinhou a dificuldade em se identificar e aplicar tais normas peremptórias, pois o conceito de ordem pública, apesar de geralmente reconhecido pelas ordens domésticas, era bastante intangível, variando conforme o tempo e o lugar³⁷, posição compartilhada por Tabibi, para quem a definição de *jus cogens* era um tanto vaga (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I). Yasseen ainda sugeriu que os chamados tratados desiguais³⁸ deviam figurar no rol do parágrafo 2º, dada a sua importância para os Estados recém-independentes (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I).

³⁷ Yasseen deixa seu ponto de vista mais claro na seguinte passagem: “The concept of international public order was understood differently by different writers. Some held that it was imposed as a consequence of natural law having its source in human nature or emanating from a divine source and independent of the will of States. History showed, however, that in the long run the laws governing the development of human society were decisive, and that once rules of international law ceased to correspond to those laws and to meet the demands of life, they sooner or later became a dead letter and disappeared. But the laws of development were certainly not legal in character, though they did ultimately condition the creation of rules of law by States through agreement, which he held to include not only treaties, but also custom” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 69).

³⁸ Na clássica lição de Halleck, “treaties are sometimes divided by publicists into equal and unequal. Equal treaties are where the contracting parties promise the same or equivalent things; and unequal treaties, are where the things promised are neither the same nor equitably proportioned [...]. The inequality in the stipulations or engagements of a treaty does not, in general, render such engagements any less binding upon the contracting parties (1861, p. 196). Exemplos incluem uma série de tratados comerciais desfavoráveis celebrados por China e Japão com as grandes potências ocidentais no século XIX.

Rosenne, felicitando o relator especial por sua audácia e lucidez em relação ao conteúdo do art. 13, afirmou não acreditar, no entanto, que, na prática, pudesse haver algo como uma “violação de menor porte” a uma regra de *jus cogens*, pois isso seria uma contradição em termos, enquanto Castrén manifestou um interessante ponto de vista ao declarar que “o *jus cogens* era um conceito geral de direito que não precisava ser definido de forma especial em conexão com o direito dos tratados”³⁹ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 66, tradução nossa).

Bartos também expressou sua opinião de que, conforme o que ele ouvira durante os debates, a Comissão tinha uma concepção mais extensa do conceito de *jus cogens*, e ele compartilhava a visão de que as normas de *jus cogens* deveriam ter um escopo muito mais amplo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I). Frente a diversas manifestações, coube a Rosenne expor com autoridade a perspectiva compartilhada pela maioria dos membros da Comissão:

O conceito de *jus cogens* já existia no direito internacional por um longo tempo, mesmo que de forma incipiente. Houve, no entanto, profundas diferenças de opinião quanto às razões para a sua existência e os fundamentos sob os quais ele repousava, alguns basearam-se em direito positivo, outros sobre o direito natural, enquanto outros ainda lhe atribuem uma origem superior ou mesmo divina. Mas em um ponto houve concordância geral - ou seja, que o conceito de *jus cogens* expressou alguma necessidade social mais elevada. Em princípio, todas as regras jurídicas eram iguais, o próprio conceito de *jus cogens*, portanto, era uma derrogação de um princípio jurídico fundamental. Em última análise, era mais a sociedade e menos a própria lei quem definiria o conteúdo de *jus cogens* (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 73, tradução nossa).

A proposta de artigo apresentada por Waldock possui diversos aspectos dignos de destaque. De acordo com Abello-Galvis, a redação do artigo buscava “manter uma estabilidade jurídica ao precisar que somente haveria nulidade do tratado se a norma considerada como contrária tivesse uma relação direta com o objeto e o fim do tratado” (2011, p. 87, tradução nossa), ou seja, manter-se-iam vigentes as normas do tratado nas quais não houvesse esta relação direta⁴⁰.

³⁹ Como será visto adiante, este posicionamento de Castrén antecipa uma tendência do direito internacional contemporâneo.

⁴⁰ Neste sentido, a opinião de Tsuruoka era a de que “Three cases were conceivable in which article would operate. The first was that in which the parties had deliberately concluded a treaty contrary to *jus cogens*. That would be, by the nature of things, a secret treaty, whose validity the parties would not

Está presente também a distinção entre os tratados bilaterais, plurilaterais e multilaterais de caráter geral, afirmando-se que a nulidade por violação a uma norma de *jus cogens* não poderia ocorrer no último caso, nos chamados tratados de vocação universal, pois a vontade da comunidade internacional prevaleceria sobre qualquer acordo (ABELLO-GALVIS, 2011). Neste caso, de acordo com Abello-Galvis, “nos encontramos frente ao voluntarismo do direito internacional que, de certa forma, era o que fazia com que vários membros da CDI não estivessem de acordo com este tipo de nulidade na medida em que são os Estados os encarregados de legislar” (2011, p. 87, tradução nossa). As divergências oriundas das imprecisões e incertezas em relação ao *jus cogens* traduziram-se na falta de consenso sequer sobre sua existência, e, em seus comentários, Waldock coloca em evidência esta discussão

A questão sobre em que medida o direito internacional reconhece a existência, em sua ordem jurídica, de regras possuindo o caráter de *jus cogens* é controversa. Alguns autores, considerando que o funcionamento mesmo das regras mais gerais de direito internacional ainda está longe de ser universal, negam que qualquer regra possa ser propriamente considerada como uma regra de *jus cogens*, que os Estados não podem derrogar individualmente por tratados entre eles. Imperfeita como a ordem internacional possa ser, a visão de que em última análise não há ordem pública internacional – regra nenhuma de cuja aplicação os Estados não possam escapar por sua livre vontade – tornou-se cada vez mais difícil de sustentar. O direito da Carta da ONU relativo ao uso da força e o desenvolvimento – apesar de hesitante – do direito criminal internacional pressupõe a existência de uma ordem pública internacional contendo regras que possuam o caráter de *jus cogens*. A Comissão, portanto, acredita-se, estará plenamente justificada ao adotar a posição do presente artigo de que existem certas regras e princípios que os Estados não podem derrogar meramente através de tratados bilaterais ou regionais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 52, tradução nossa).

Apesar das dúvidas, a Comissão julgou adequado repassar o assunto para o comitê de redação, cujo trabalho resultou na apresentação de uma nova dicção do

dispute. Such a treaty would in fact be wholly void, but so long as it was kept secret, no country would have an opportunity of challenging its validity. Of course, if it were put into effect, the parties would be answerable for the consequences; but that was irrelevant to the matter under discussion. The second case was where the parties had concluded a treaty which they believed bona fide to be legal, but concerning which a third State held a different opinion. In those circumstances, the treaty would at least be presumed to be valid; and it was debatable whether it was wise to grant the third State the right to dispute the treaty's validity, for that raised a delicate question of interpretation. The third case was where the parties had sincerely believed, when concluding the treaty, that it did not contravene any *jus cogens* rule, but one of them had later come to consider that it did. There again a problem of interpretation arose, and that problem should be settled by an international tribunal” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. I, p. 67-68).

artigo 13 em junho de 1963, estabelecendo que “é nulo todo tratado que for incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral à qual nenhum Estado poderá derrogar e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional de mesmo caráter” (GÓMEZ ROBLEDOS, 1981, p. 51, tradução nossa). Este texto, salvo pequenas modificações, servirá de base para a disposição que viria a ser adotada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, observando-se como alteração mais significativa a exclusão do rol de exemplos de *jus cogens*. É importante notar que o relator especial chegou a propor uma emenda ao texto na qual previa-se que a nova norma de *jus cogens*, que derrogaria a antiga, poderia surgir por meio convencional ou extra convencional, mas tal modificação foi descartada⁴¹, aprovando-se finalmente o texto do artigo 13, que tornou-se artigo 37, estatuinto que “um tratado é nulo se conflitar com uma norma peremptória de direito internacional da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral que possua o mesmo caráter” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I, p. 36, tradução nossa).

1.1.2.6 Considerações na Assembleia Geral das Nações Unidas

O texto preliminar da Convenção sobre o Direito dos Tratados foi apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas entre 15 de novembro de 1965 e 18 de janeiro de 1966, ocasião na qual os representantes de diversos países do mundo puderam tecer consideração acerca do projeto. A grande maioria dos governos parabenizou a Comissão pelo seu trabalho, mas algumas delegações também trouxeram questionamentos e discussões mais profundos.

⁴¹ Conforme explica Gómez Robledo, “le rapporteur spécial présente un amendement au texte du comité de rédaction, dans le but de faire ajouter à l'expression ‘par une nouvelle norme de droit international général’, la spécification suivante: ‘par voie d'accord ou autrement’. Avec cela il aurait été parfaitement clair qu'une dérogation éventuelle à une norme de *jus cogens* pourrait se faire par voie conventionnelle aussi bien que par voie extra-conventionnelle. L'amendement cependant, bien que soutenu par Tunkin, fut écarté par égalisation des voix: 5 contre 5 et 5 abstentions” (GÓMEZ-ROBLEDOS, 1981, p. 52).

O governo de Luxemburgo, por exemplo, considerou que o artigo em debate provavelmente criaria muitas incertezas, especialmente no tocante ao seu conteúdo, pois inexistia autoridade competente para definir quais normas eram peremptórias e quais não eram (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II) – problema que, como será visto adiante, persiste até o momento. Além disso, a delegação de Luxemburgo afirmou que, devido à natureza contratual de todos os tratados, seu governo achava plausível que todas as regras formuladas em tratados tivessem natureza peremptória, e interpretou o objetivo da Comissão como sendo o de introduzir um critério de causa de nulidade baseado na moralidade e na “ordem pública” tais como os utilizados em direito interno, questionando acertadamente se era adequado transferir tais conceitos para a esfera das relações internacionais, que são caracterizadas pela ausência de uma autoridade política ou jurídica capaz de impor padrões de justiça e moralidade a todos os Estados e, conseqüentemente, o governo de Luxemburgo considerou não ser possível, no presente estado de desenvolvimento das relações internacionais, definir em termos jurídicos o conteúdo das normas peremptórias (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

Portugal classificou a posição adotada pela Comissão como equilibrada, pois seria difícil avançar em uma definição de *jus cogens*, já que a mera enumeração de exemplos envolveria o risco de dificultar a interpretação do artigo para os casos não mencionados expressamente, enquanto a delegação turca sabiamente notou que os exemplos citados nos comentários eram incompatíveis com a realidade, pois os Estados não concluem tratados lidando com o uso da força, crimes, tráfico de escravos e genocídio (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

O governo do Reino Unido apontou que, se tal artigo fosse aceito, sua aplicação deveria ser bastante limitada, e que seu conteúdo ainda precisava ser elucidado, especialmente no tocante à relação com o artigo 103 da Carta da ONU. Essa cautela também foi recomendada pelos Estados Unidos ao declarar que as disposições do artigo deveriam ser apoiadas caso se tivesse certeza de que elas não conduziram a abusos e a uma indesejável interrupção nas relações relativas aos tratados, e terminou por sugerir que a Comissão reconsiderasse certas questões, especialmente quem decidiria quais fatos justificariam a aplicação da regra (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II). A posição da

delegação brasileira, por sua vez, salientou que, apesar das divergências doutrinárias, a evolução da sociedade internacional desde a II Guerra Mundial mostrava que era essencial reconhecer a natureza peremptória de certas normas, observando que a noção de *jus cogens* levanta a questão da hierarquia das fontes do direito internacional, que deveria ser resolvida por um critério positivo, posição compartilhada pela delegação iraquiana, que afirmou ser necessário adotar um padrão material que evidenciasse o conteúdo da regra, sua necessidade e sua importância (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

As delegações filipina e espanhola expressaram visões semelhantes ao mencionar que os Direitos Humanos integravam as normas de *jus cogens*, e o governo tailandês considerou a inserção do *jus cogens* como o reconhecimento, no direito positivo internacional, da existência de normas de hierarquia superior (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II). Coube à delegação uruguaia questionar se o artigo proposto era uma codificação de um princípio já aceito ou o desenvolvimento progressivo de um novo princípio, devendo a Comissão, no caso da primeira hipótese, citar casos anteriores nos quais os princípios de *jus cogens* tenham se refletido na solução de problemas internacionais pelas Nações Unidas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

Tal abundância de questionamentos – todos extremamente pertinentes- é reflexo da falta de clareza que permeava a noção de normas imperativas no direito internacional, uma ideia que suscita debates ainda no cenário hodierno. É possível constatar, desta forma, que o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* carecia de solidez e uniformidade, não sendo um consenso no âmbito da sociedade internacional.

1.1.2.7 O Retorno do Projeto à Comissão de Direito Internacional

Após as considerações feitas na Assembleia Geral das Nações Unidas, o debate acerca da previsão nas normas de *jus cogens* no quadro da Comissão de Direito Internacional se intensificou. Quando da 828ª reunião da Comissão, em 1966,

o relator especial do projeto sobre o direito dos tratados, Humphrey Waldock, afirmou que o artigo 37 atraía uma quantidade considerável de atenção dos governos do mundo todo, recebendo aprovação da ampla maioria, embora alguns representantes tenham expressado dúvidas acerca da operação de tal disposição na ausência de um sistema de jurisdição compulsória e independente (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

Schwarzenberger foi provavelmente o principal opositor ao conceito de *jus cogens*, declarando que normas desta categoria poderiam ser criadas por tratados bilaterais ou multilaterais, mas que tais normas não existiam no quadro do direito internacional geral, e que tampouco foram criadas pela Carta da ONU, que não era um tratado universal, mas apenas um tratado concluído entre um grande número de Estados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Schwarzenberger sustentou, ainda, que o artigo 37 poderia levar a abusos, pois não existia uma autoridade com jurisdição internacional competente para determinar a existência ou não de uma norma de *jus cogens* (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Em sua obra, o autor declara com propriedade que:

O direito internacional no nível da sociedade internacional desorganizada não conhece nenhum *jus cogens*. A explicação está na ausência de qualquer centro de governo com a força física sobrepujante e de tribunais com jurisdição obrigatória para formular regras parecidas com as das políticas públicas em nível nacional. [...] Tal sociedade [internacional] foi fundada em limitações de bom senso da liberdade contratual e no emprego do princípio da reciprocidade, que aconselharia contenção e encorajaria uma utilização perspicaz do poder motivador do interesse próprio. Sempre que a reciprocidade teve de ceder ao poder, o direito internacional tendeu a degenerar numa mera ideologia do poder. Sempre que a reciprocidade foi descartada por sentimentos mais sublimes, alheios às realidades inalteradas da sociedade internacional, o "novo" direito internacional do bom companheirismo provou ser pouco mais do que um esforço efêmero e, mais frequentemente do que não, uma performance vazia (SCHWARZENBERGER, 1964, p. 476, tradução nossa)

Ademais, muitos governos reclamaram sobre a falta de exemplos de tratados em conflito com as normas de *jus cogens*, e outros, como Rosenne, lamentaram a omissão de qualquer referência à ordem pública internacional dada a sua controvérsia (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Neste sentido, Tunkin destacou que muitos autores viam a ordem pública internacional como um tipo de direito natural enquanto, na sua perspectiva, as normas com caráter de *jus*

cogens eram criadas por acordo entre Estados, assim como as demais normas de direito internacional⁴² (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

Yasseen afirmou que o conceito de *jus cogens* era inquestionável na esfera do direito internacional, mas também admitiu a dificuldade em discernir quais normas eram *jus cogens*, especialmente pela dificuldade em se definir a noção de ordem pública, relativa no tempo e espaço (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Endereçando-se às críticas sobre a utilidade do art. 37 frente à inexistência de uma autoridade internacional capaz de determinar a existência das normas de *jus cogens*, Yasseen afirmou que tal objeção não era aplicável somente à categoria de *jus cogens*, mas a quase todo o direito internacional, e que era necessário distinguir entre o aspecto normativo e o aspecto institucional do direito internacional, uma vez que, embora o segundo ainda estivesse em seus primeiros estágios de desenvolvimento, isto não deveria afetar o desenvolvimento normativo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

De Luna salientou que em nenhuma ordem jurídica a vontade dos seus sujeitos é ilimitada, pois isso significaria a negação da própria ordem, e que “por muitos anos os positivistas sustentaram que o bem-estar comum coincidia com o sucesso dos fortes às custas dos fracos, defendendo que os direitos estabelecidos de explorar os outros deveriam ser respeitados” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I, p. 39, tradução nossa). Para De Luna, o *jus cogens* – mínimo indispensável para a existência da comunidade internacional e sem o qual não poderia haver uma ordem jurídica internacional – não era direito natural, mas sim direito positivo internacional criado pelos Estados para garantir a existência da comunidade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

⁴² Mais tarde, em sua obra, Tunkin explicou sua posição sobre a emergência do *jus cogens*: “the growth of economic, scientific, technical and other relations between States and the existence of weapons of mass destruction the number of international problems has increased so that settlement of them cannot be left to bilateral or localmultilateral arrangements. These problems are of interest to many or all the States and the establishment of legal norms with regard to such problems by a group of States may damage interests of other States. The fact that principles of *jus cogens* grow in number and importance constitutes one of the reflections of these basic developments in the field of international law.(1971, p. 114)

Briggs, em seu turno, opôs fortes objeções ao conceito de nulidade absoluta introduzida pelo artigo 37, duvidando da existência de um acordo no quadro da Comissão de Direito Internacional acerca do alcance e conteúdo das normas de *jus cogens*, que sequer foram definidas pela Comissão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Briggs criticou também a ausência de uma disposição prevendo uma jurisdição independente no caso de violação de uma norma peremptória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

Roberto Ago rebateu as críticas ao artigo 37 afirmando, inicialmente, que a Comissão estava trabalhando com regras materiais e que a questão de determinar o conteúdo destas normas não deveria ser confundida com a questão envolvendo a existência ou não de mecanismos para solucionar controvérsias sobre a aplicação de tais regras (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I). Além disso, Ago não considerava que a Comissão devesse estabelecer antecipadamente uma lista de normas de *jus cogens*, pois estas estavam presentes em diversas áreas do direito internacional, e seu desenvolvimento se daria no futuro (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I).

A Comissão de Direito Internacional passou a analisar, em sua 835ª sessão, a proposta de redação do artigo 45, relativa à emergência de uma nova norma peremptória de direito internacional geral, no qual se dispunha:

Art. 45. Emergência de uma nova norma peremptória de direito internacional geral:

1. Um tratado torna-se nulo e extingue-se quando uma nova norma peremptória de direito internacional geral do tipo referido no art. 37 é estabelecida e o tratado conflita com tal norma.
2. De acordo com as condições especificadas no art. 46⁴³, se apenas certas cláusulas do tratado estiverem em conflito com a norma, apenas tais cláusulas serão consideradas nulas. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I, p. 87, tradução nossa).

⁴³ Article 46: Separability of treaty provisions for the purposes of the operation of the present article. 1. Except as provided in the treaty itself or in articles 33 to 35 and 42 to 45, the nullity, termination or suspension of the operation of a treaty or withdrawal from a treaty shall relate to the treaty as a whole. 2. The provisions of articles 33 to 35 and 42 to 45 regarding the partial nullity, termination or suspension of the operation of a treaty or withdrawal from particular clauses of a treaty shall apply only if: (a) The clauses in question are clearly severable from the remainder of the treaty with regard to their application; and (b) It does not appear either from the treaty or from statements during the negotiations that acceptance of the clauses in question was an essential condition of the consent of the parties to the treaty as a whole.

As discussões em torno deste artigo giraram essencialmente sobre questões terminológicas, com críticas acerca do uso das expressões “torna-se nulo” e “extingue-se” na mesma frase e debates acerca das diferenças entre as versões em inglês e em francês. Além disso, alguns membros da Comissão sugeriram que seria mais conveniente unir os artigos 37 e 45 – posição que foi descartada, pois, como bem salientou Jiménez de Aréchaga, o artigo 37 contemplava o caso de nulidade, enquanto o artigo 45 lidava com a questão da extinção do tratado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. I)

1.1.2.8 A Conferência de Viena Sobre o Direito dos Tratados

A Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, responsável por sistematizar os comentários apresentados durante os debates da Comissão em um texto consolidado para se tornar uma convenção, desenvolveu-se em duas partes entre os anos de 1968 e 1969 (GÓMEZ ROBLEDO, 1981). Na 52ª sessão do plenário da conferência, os delegados passaram a apreciar o texto relativo às normas de *jus cogens*, agora renumerado, passando a ser o artigo 50. As discussões retomaram pontos já levantados em outros encontros, além de acrescentarem-se outras perspectivas e, apesar da grande maioria dos membros da Conferência concordarem com a positivação do *jus cogens*, algumas delegações se opuseram a tal previsão. Pertinentemente, a delegação australiana considerou que, na ausência de qualquer lista sistematizada ou qualquer definição clara, mesmo através de exemplos, de quais normas de direito internacional geral têm caráter de *jus cogens*, seria errado incluir o artigo nos presentes termos em uma convenção sobre o direito dos tratados⁴⁴ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968). O

⁴⁴ Outras delegações expressaram visão semelhante, como a República Federal da Alemanha, cuja delegação declarou: “The question was whether the notion of peremptory norm used in article 50 needed some definition. Some speakers had considered that the International Law Commission's text, which contained no definition, should be retained but, since the notion was new and there was no authoritative enumeration elsewhere of the rules of *jus cogens* and no agreement on their content, it was imperative in his delegation's view to have some definition; otherwise it would be like having a penal code which provided for the punishment of crimes without saying what acts constituted crimes. Unless some definition were provided, article 50 would be open to arbitrary interpretation and that could seriously impair the sanctity of treaties” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, p. 318-319).

governo australiano também esperava que a Conferência tentasse desenvolver um sistema adequado para a resolução de disputas surgidas em relação aos tratados⁴⁵, considerando os resultados da discussão decepcionantes e alertado para a falta de uma definição clara do *jus cogens* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, p. 316).

Entretanto, os aspectos mais dignos de nota dizem respeito às propostas de emenda apresentadas pelas diversas delegações. Entre as inúmeras sugestões de emendas, merece destaque, primeiramente, aquela sugerida pela delegação mexicana, que propunha acrescentar, ao texto do artigo 50, a previsão de que “a presente disposição não terá efeito retroativo”, cujo propósito, nas palavras de Suárez, delegado mexicano, eram de “simplesmente introduzir ao artigo 50 uma disposição expressa englobando a regra da não-retroatividade, que já foi reconhecida pela Comissão de Direito Internacional” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, p. 294, tradução nossa). Suárez enfatizou que a emenda proposta por seu país focava-se mais no aspecto formal do que substancial, e, ao afirmar que sempre existiram princípios de *jus cogens*⁴⁶, e que provavelmente outros surgiriam no futuro, o presidente da delegação mexicana declarou que o surgimento de uma nova norma de *jus cogens* precluiria, no futuro, a conclusão de um tratado em conflito com a mesma, mas que os efeitos já derivados de tratados anteriores

⁴⁵ este sistema não seria, é claro, projetado para estabelecer novas regras de direito internacional, ou mesmo para conferir o caráter de *jus cogens* às regras existentes, mas ele poderia ao menos permitir que uma corte ou árbitro desse uma decisão objetiva sobre se o direito internacional reconhecia o caráter peremptório como pertencente a alguma regra já reconhecida pelo direito internacional. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968)

⁴⁶ “In municipal law, individuals could not contract out of legislative provisions which were a matter of public policy. In international law, the earliest writers, including the great Spanish fore-runners and Grotius, had been deeply imbued with the principles of the then prevailing natural law. They had therefore postulated the existence of principles that were derived from reason, principles which were of absolute and permanent validity and from which human compacts could not derogate. Without attempting to formulate a strict definition suitable for inclusion in a treaty, he would suggest that the rules of *jus cogens* were those rules which derived from principles that the legal conscience of mankind deemed absolutely essential to coexistence in the international community at a given stage of its historical development. There had always been principles of *jus cogens*. Although few in number at the time when inter-State obligations were equally few, they had been increasing since and would continue to increase with the expansion of human, economic, social and political relations. The norms of *jus cogens* were variable in content and new ones were bound to emerge in the future, for which provision was made in article 61. Others might cease to have the character of *jus cogens*, as had happened in Europe in regard to the doctrine of religious unity and the law of the feudal system” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, p. 294).

não deveriam ser afetados, tendo em vista que isso seria contrário ao princípio geral de não-retroatividade consagrado no texto da Convenção já aprovado pelo Comitê.

A delegação dos Estados Unidos da América também propôs uma emenda ao supracitado texto, na qual determinava-se que era nulo todo o tratado que, no momento de sua conclusão, estivesse em conflito com uma regra imperativa de direito internacional geral reconhecida pelo conjunto dos sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo e da qual nenhuma derrogação é permitida (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968). Conforme enfatizado por Sweeney, chefe da delegação americana, a emenda não buscava mudar a concepção de *jus cogens* aderida pela Comissão e não transcendia o texto proposto pela mesma, mas sim visava tornar o texto mais explícito ao declarar que os Estados individualmente considerados ou grupos de Estados deveriam ter uma voz na formulação do *jus cogens*⁴⁷ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968).

A menção aos sistemas jurídicos nacionais e regionais, entretanto, não foi bem recebida pela grande maioria dos presentes à Conferência. De Castro, representante espanhol, afirmou que a aprovação da emenda dos Estados Unidos significaria que a possibilidade de veto por um sistema nacional seria introduzida, e que isso significava um passo retrógrado no quadro do direito internacional, e chegou ao ponto de dizer que outro efeito de tal emenda seria o de “reavivar a ideia ultranacionalista do que pode ser descrito como direito estatal externo, incompatível com o conceito do direito internacional real” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, p. 315, tradução nossa). O delegado cubano também salientou que a emenda americana permitiria que qualquer Estado descartasse as regras de *jus cogens* invocando seu direito interno, e o representante polonês deixou claro que tal proposta se inspirava claramente na teoria da supremacia da ordem jurídica nacional sobre a ordem internacional, assim como a prevalência da ordem jurídica

⁴⁷ Tunkin criticou fortemente a posição norte-americana em sua obra posterior: “the delegations of principal capitalist countries opposed the adoption of this article. The United States delegation proposed a new wording of the article which differed considerably from that adopted by the International Law Commission. According to the American proposal, in order for a legal principle to be considered a principle of *jus cogens* it should be accepted as such by national and regional legal systems by national and regional legal systems. This actually meant that each State would be authorized to make its own legal system the supreme criterion for accepting or rejecting a particular principle as a principle of *jus cogens*” (1971, p. 113)

internacional regional sobre a ordem jurídica geral, críticas essas que culminaram na reprovação da emenda dos Estados Unidos da América. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968).

Já a emenda proposta pela Finlândia, Grécia e Espanha foi melhor recebida, tendo sido a única que foi aprovada trazendo alterações de fundo ao texto do que viria a ser o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, acrescentando as palavras “reconhecida pela comunidade internacional como uma norma” entre as palavras “direito internacional geral” e “à qual nenhuma derrogação” (GOMÉZ ROBLEDO, 1981). Esta modificação, apesar de pequena, representou um significativo avanço, pois até então o projeto da Comissão oferecia somente dois critérios objetivos para determinar a existência de uma norma imperativa: que ela não poderia ser derogada e que ela só poderia ser modificada por uma outra norma de mesmo caráter, ou seja, “a emenda acrescentou um terceiro elemento de identificação que era o reconhecimento da comunidade internacional, que constituía um fator de controle e um freio subjetivo (GÓMEZ ROBLEDO, 1981, p. 61, tradução nossa).

Assim, após os debates ocorridos entre 1968 e 1969, as normas de *jus cogens* foram incorporadas ao texto da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados e, apesar do futuro art. 53 ter sido aprovado pela maioria dos países presentes, também é necessário mencionar a veemente crítica francesa, delegação responsável pelo único voto contrário à Convenção, atribuído às divergências envolvendo as normas imperativas (GÓMEZ ROBLEDO, 1981). A França afirmou que este problema se encontrava em uma zona imprecisa entre o direito e a moral e que, além disso, havia muita incerteza e indefinição em relação ao conceito de normas de *jus cogens* para que estas tivessem como efeito anular tratados entre Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

Mr. Hubert, o delegado francês na Conferência, expôs críticas pertinentes, apontando inicialmente que o artigo referente ao *jus cogens* declarava nulos, adiantadamente e sem possibilidade de revisão, uma categoria inteira de tratados, mas sequer especificou quais seriam tais acordos, quais seriam as normas pelas quais eles seriam tornados nulos ou como tais normas seriam determinadas

(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. II). A nota fundamental do futuro art. 53 era, segundo Hubert, a imprecisão, seja no tocante ao presente escopo do *jus cogens*, seja em relação à como as normas que ele pressupunha eram formadas ou, ainda, aos seus efeitos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. II). Com propriedade, Hubert asseverou:

Um dos aspectos mais curiosos em relação ao *jus cogens* foi a dificuldade vivida por seus defensores mais ardentes na delimitação da noção. [...] A falta de precisão quanto à forma como surgem as normas que têm a natureza de *jus cogens* não foi removida pela atual redação do artigo. O que se entende por normas definidas como "aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo"? Será que isso significa que a formação de tais normas requer o consentimento unânime de todos os Estados que constituem a comunidade internacional, ou simplesmente o consentimento de um grande número de Estados, mas não de todos eles? Neste último caso, o quão grande deve ser tal número a ser e a quais cálculos deveríamos recorrer antes de admitir que tal número fora alcançado? Quem vai decidir, em caso de uma disputa? (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. II, p. 94, tradução nossa).

De fato, as imprecisões apontadas por Hubert, e que acompanharam a noção de *jus cogens* desde o início dos trabalhos no seio da Comissão de Direito Internacional, não se coadunam com uma categoria de normas que pretendem ser imperativas, cogentes e inafastáveis, pois tais características pressuporiam, pelo mero exercício de bom-senso, uma base conceitual sólida, a definição precisa de base teórica, conteúdo, fontes e autoridades competentes para a sua avaliação, todos ausentes ou de difícil identificação quando da celebração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 1969.

Portanto, em princípio é possível concordar com Hubert, que justificou a oposição francesa ao referido artigo afirmando que sua delegação “não estava preparada para dar um salto no escuro e aceitar uma disposição que, ao falhar em estabelecer critérios suficientemente precisos, abriu a porta para a dúvida e a coerção, [...] não sendo essencial nem para o sucesso da convenção nem para o progresso do direito internacional” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. II, p. 95, tradução nossa). Diante deste panorama, Christenson assevera que, em seu trabalho final, “os membros da Comissão trataram o *jus cogens* como uma “vaca sagrada”, e a dificuldade em se levantar a voz contra o *jus cogens* era palpável, pois qualquer crítico corria o risco de ser considerado como um grave ofensor da

legalidade” (1987, p. 605, tradução nossa). Contudo, apesar da positivação do *jus cogens* ter se dado envolta em incertezas e falhas, em especial se considerarmos a imperatividade à qual tais normas aspiram, faz-se mister examinar se tais questionamentos em relação ao conteúdo normativo das normas peremptórias poderiam ser esclarecidos através de uma análise mais aprofundada de tais questões, tópico a ser abordado a seguir.

1.2 NATUREZA JURIDICA E CONTEÚDO NORMATIVO DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

O conceito de *jus cogens* foi, conforme visto anteriormente, positivado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Entretanto, as dúvidas levantadas no âmbito da Comissão de Direito Internacional e da Assembleia Geral das Nações Unidas acerca da configuração, conteúdo e características de tais normas não cessaram com a sua consagração legal. É pertinente, portanto, a colocação de Ulf Linderfalk (2007) no sentido de que a sociedade internacional não “conhece” o *jus cogens*, pois ela não é capaz de explicar completamente o seu conceito.

De fato, ao se consultar a literatura internacional para buscar informações em relação ao conteúdo normativo do *jus cogens*, as respostas fornecidas serão escassas e difusas (LINDERFALK, 2007), mas alguns autores, como Christenson, ressaltam certos critérios, afirmando que as normas de *jus cogens* devem possuir um diferencial em relação à ordem jurídica servida pelas normas “ordinárias”, seja dotando as últimas de caráter prioritário, seja adicionando conteúdo específico aos mais altos valores da sociedade, sendo necessário questionar, desta maneira, em que medida o conceito de *jus cogens* encerra em si um conteúdo normativo “unificante” no direito internacional (1987). Diante de tais constatações e dúvidas, e partindo-se do conceito trazido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (pois é necessário, para qualquer análise, partir de um marco conceitual

mínimo⁴⁸), faz-se fundamental investigar se as normas de *jus cogens* possuem realmente fundamentos que justifiquem o discurso de sua imperatividade, contando com uma base teórica clara, ou seja, se seu fundamento repousa no consentimento dos Estados ou no direito natural, além de buscar identificar o processo de formação de tais normas, significando uma análise em relação às fontes do direito internacional. Ademais, faz-se mister examinar os aspectos da não-derrogabilidade e modificação, visto que presentes na definição de tais normas, e finalmente buscar identificar quais normas pertencem a tal categoria, conforme será visto a seguir.

1.2.1 A Fundamentação Teórica das Normas de *Jus cogens* e o Papel da Vontade dos Estados

Conforme explica Carrillo Salcedo (1997), como o direito internacional é demandado a governar uma sociedade fundamentalmente diferente daquela dentro dos Estados, ele tem, portanto, funções específicas, adaptadas às necessidades dessa sociedade. No âmbito do direito internacional, os Estados são simultaneamente os criadores e sujeitos de suas normas e, sendo cada um deles a única autoridade sobre as leis que formulam, os próprios Estados avaliam o seu sentido e alcance (CARRILLO SALCEDO, 1997). “São, assim, os estados individuais que interpretam as obrigações às quais - tal como os seus parceiros, os outros estados - estão sujeitos. Finalmente, são eles que decidem sobre a legalidade de

⁴⁸ Neste sentido adotaremos, na medida do possível, a perspectiva de Ulf Linderfalk: “As a basis for my analysis of the *jus cogens* concept, I will adopt two assumptions. First, I will take for granted that in the language of international law, the term *jus cogens* denotes a set of legal norms. To that extent, the point of departure chosen for the present article is identical to the one used for Article 53 of the Vienna Convention [...]. Secondly, I will assume the *jus cogens* norm typically to be a norm having a regulative character. [...] When a norm is used to identify some behaviour or state of affairs as either prescribed, prohibited, or permitted, it is said to have a regulative character. When instead a norm is used to create an institutional fact it is said to have a constitutive character. [...] Certainly, the proper definition of a legal norm is a matter of debate, but I will not here engage in this philosophical polemic any more than is absolutely necessary, considering the purpose at hand. Hence, I will confine myself to establishing two propositions generally practised in the analysis and systemization of international law. Arguably, participants of the international law discourse accept them as a matter of course: (1) A legal norm is not to be identified with the utterance or utterances by which we assume the norm to be expressed. [...] (2) In order fully to reconstruct the contents of a legal norm having a regulative character, we need to be able to state, first, the specific kind of conduct or state of affairs prescribed, prohibited, or permitted, and, secondly, each and every single condition on which the prescription, prohibition, or permission is to be dependent, including to whom it applies” (2007, p. 854-857)

sua própria conduta ou de terceiros em relação a eles (SALCEDO, 1997, p. 583, tradução nossa) Disto decorre a natureza fragmentária do direito internacional também o seu relativismo, oriundos da natureza igualitária e estrutura pouco institucionalizada da sociedade internacional (CARRILLO SALCEDO, 1997)

Portanto, para que uma obrigação seja juridicamente vinculante aos Estados soberanos, eles devem ter tomado parte no seu processo de desenvolvimento, aceitando-a e, de acordo com Carrilo Salcedo, “à exceção dos princípios da ordem jurídica internacional, que são inerentes na existência do Estado e dos quais ele não pode se evadir se deseja manter seu status como tal [Estado], nenhuma regra jurídica é universal em seu alcance” (1997, p. 584, tradução nossa). A soberania dos Estados implica, desta forma, não só o seu direito de se recusar a comparecer perante uma jurisdição com a qual não concordaram (como no caso da jurisdição voluntária das cortes arbitrais, e na necessidade de expressão do consentimento dos Estados para serem julgados pela Corte Internacional de Justiça), mas também que a maioria das normas de direito internacional só é obrigatória para aqueles sujeitos que as aceitarem (CARRILLO SALCEDO, 1997).

Ao analisar o desenvolvimento histórico que levou à positivação da noção de *jus cogens* no texto da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, foi constatada a forte inspiração no direito natural, buscando-se trazer noções de moralidade e da necessidade de proteção de interesses superiores da comunidade internacional. Assim, enquanto a existência do *jus dispositivum* não possui justificativa inerente, exceto que os Estados consideram que determinadas normas correspondem aos seus interesses, as normas peremptórias deveriam, em tese, proteger valores transcendentais da comunidade internacional (ORAKHELASHVILI, 2006), e torna-se necessário questionar se os Estados possuem, neste contexto, o monopólio na decisão de como e quando tais normas devem surgir, tal como ocorre com as normas de caráter costumeiro ou convencional, por exemplo, ou se as normas de *jus cogens* significam uma ruptura com este paradigma. É neste sentido que autores como Scheuner já afirmavam que “o reconhecimento de normas imperativas de direito internacional, que limitam a liberdade e a força legislativa dos acordos entre Estados, envolve mudanças

consideráveis na teoria da ordem internacional e na das fontes do direito internacional” (SCHEUNER, 1969, p. 30, tradução nossa).

Parece primordial, portanto, estabelecer inicialmente o alcance da vontade dos Estados em relação às normas de *jus cogens*, e se esta difere em relação às demais fontes do direito internacional. O requisito de que as normas de *jus cogens* sejam “aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo” suscitava debates já no âmbito da Comissão de Direito Internacional, que discutiu intensamente se tal expressão significava a necessidade de um “consenso unânime”, reunindo a aprovação de todos os países da comunidade internacional, ou uma aceitação substancial, e como esta última se configuraria. O requisito do consentimento dos Estados para o surgimento de uma norma de *jus cogens* está, de certa forma, relacionado com a posição que cada autor adota acerca da “inspiração”, por assim dizer, para tais normas, refletindo posições mais ligadas ao direito natural ou à escola positivista.

Janis, por exemplo, foi categórico ao dizer que “o caráter distintivo da essência do *jus cogens* é tal que ele mistura o conceito com noções de direito natural” (1988, p. 31), sendo ele “uma emanção jurídica que cresceu a partir da escola naturalista, daqueles que estavam desconfortáveis com a elevação positivista do Estado à única fonte do direito internacional” (JANIS, 1988, p. 362). Neste sentido, Janis (1988) defende uma base não consensual para o *jus cogens*, baseando-se na abordagem naturalista, perspectiva compartilhada por Orakhelashvili, que assevera que um consentimento unânime não é necessário, sendo suficiente a aceitação por uma grande maioria, ou seja, “em princípio admite-se que uma norma pode tornar-se obrigatória para um Estado, enquanto norma peremptória, sem o consentimento deste Estado” (2008, p. 105, tradução nossa).

Contudo, aqueles que identificam o *jus cogens* com o direito natural, assumindo que estas normas impõem-se aos Estados mesmo sem o seu consentimento, falham em analisar como tais normas surgiriam e seriam identificadas, e como seu conteúdo normativo seria definido. Além disso, haveria como se falar em uma reta razão dos Estados, capaz de produzir valores

transcendentais e superiores, que se imporiam a todos, mesmo àqueles que com eles não concordam? A associação das normas de *jus cogens* com o direito natural é uma saída que apresenta problemas, seja por se furtar a esclarecer o processo de aparecimento e configuração de tais normas, seja por partir do ponto de vista de que os valores consagrados pelo direito natural no âmbito das relações individuais se aplicariam às relações internacionais, que possui uma ótica diferente. Assim, apesar de servir melhor ao caráter descentralizado da sociedade internacional, a aderência estrita ao ponto de vista “consensual” de fato debilita o próprio propósito ao qual o *jus cogens* é projetado para servir, que é a estruturação da ordem jurídica internacional (VAN HOOFF, 1983, p. 160, tradução nossa).

Defensores da necessidade de um “consenso unânime” como Christos Rozakis (1976) afirmam que a formulação do artigo 53 rejeita inequivocamente qualquer referência ao direito natural, e igualmente, Turpel e Sands (1988), em franca crítica à abordagem naturalista de Janis⁴⁹, declaram que a redação do artigo 53 implica obviamente a necessidade de consentimento dos Estados para as normas peremptórias. Neste sentido, Van Hoof (1983) esclarece que é bem possível considerar o *jus cogens* como baseado ou derivado do direito natural, e que pode-se inclusive ir um passo adiante e sustentar que o pensamento do direito natural influenciou e influencia profundamente as regras de *jus cogens*. No entanto, isto não significa dizer que o teste para identificar o caráter de *jus cogens* de certas regras do direito internacional seja que elas pertencem ou não ao direito natural, mas que o é decisivo a esse respeito é se o consentimento ou aceitação dos Estados revestiu ou não tais regras com um caráter peremptório (VAN HOOFF, 1983).

Virally também afirma que mesmo que o *jus cogens* possa ser deduzido de concepções éticas ou de uma representação normativa da sociedade internacional, seja de origem naturalista ou ideológica, ele não se origina, conseqüentemente, do direito natural, e sim “evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações ocorridas nas concepções

⁴⁹ Professor Janis does not in fact confront the theoretical problem of the sources of peremptory international law. Instead, his inquiry underscores the utility of the doctrine of *jus cogens* in clarifying long-standing problems of international law such as the status of *pacta sunt servanda*. However, in failing to make clear his assumptions and producing an essentially functionalist and subjectivist argument, he has obscured rather than clarified the sources and operation of peremptory norms in international law. (TURPEL; SANDS, 1988, p. 365)

políticas, éticas, filosóficas e ideológicas às quais elas dizem respeito” (1966, p. 15-16, tradução nossa). Em outras palavras, Virally (1966) crê que as normas de *jus cogens* são normas do direito positivo, estando integradas à ordem jurídica como as demais.

No entanto, é realmente difícil ver como o *jus cogens* poderia atingir seu objetivo no direito internacional se, em cada caso, a discordância de um Estado ou um pequeno número de Estados pudesse evitar o seu caráter peremptório. Igualmente complexo é pensar em como tal consenso poderia ser verificado, e por meio de qual mecanismo, questões que não foram respondidas nos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e nem desenvolvidas posteriormente pela doutrina. Era de se imaginar que, em razão da crescente independência e expansão do corpo de direito internacional, a necessidade de sua estruturação fosse sentida e respondida, especialmente no tocante a um ponto tão sensível e ao qual se atribui tanta importância como as normas de *jus cogens*. Todavia, a constatação de Van Hoof (1983) – de que apesar da intenção inequívoca dos Estados participantes da Conferência de Viena de colocar o *jus cogens* sobre uma base consensual, a fórmula consagrada pelo artigo 53 não está livre de dificuldades, especialmente no tocante à expressão “comunidade internacional de Estados como um todo” - continua alarmantemente válida mais de quarenta e cinco anos após a definição dada pela Convenção de Viena.

O que se evidencia desta discussão – se as normas de *jus cogens* são emanadas do direito natural e prescindem do consentimento dos Estados ou se elas são direito positivo, que necessita da aprovação de toda a comunidade de Estados – é que, além de inexistir um posicionamento claro no âmbito doutrinário, ambas as correntes possuem inegáveis deficiências em suas formulações, o que é incompatível com um conjunto de normas que busca ser aplicável de maneira cogente e imperativa. Neste sentido, é pertinente a colocação de Weisburd: “quando os autores não conseguem concordar se as normas de *jus cogens* são derivadas do direito positivo ou são, ao contrário, emanações do direito natural, há razões para se questionar se há sequer uma compreensão do núcleo do conceito” (WEISBURD, 1996, p. 28, tradução nossa).

É no mínimo intrigante que o conceito de normas peremptórias, imperativas ou de *jus cogens*, usado tão abundantemente no direito internacional hodierno, não conte sequer com um “consenso sobre o consenso”, alicerçando-se, em verdade, sobre uma base frágil, controversa e debatível. Mais alarmante ainda é o fato de quase nenhum dos mais ardentes e apaixonados utilizadores do conceito questionem-se sobre questão tão fundamental. Assim, a primeira dificuldade que se opõe ao *jus cogens* é oriunda de seu próprio conceito: se considerarmos que as normas imperativas prescindem do consentimento de todos os Estados, admitimos que não é “a comunidade de Estados como um todo” a responsável pela sua definição. Se, por outro lado, colocamos a vontade de todos Estados como determinante para a configuração de tais normas, entramos a objeção de um ou poucos Estados seria suficiente para que tais normas não se aplicassem. Ambas as frágeis posições levam à necessidade de questionar por meio de qual processo, ou, melhor dizendo, qual fonte estaria apta a originar normas peremptórias de direito internacional.

1.2.2. O processo de formação das normas de *jus cogens* e as Fontes⁵⁰ do Direito Internacional Público

⁵⁰ Conforme ensina a doutrina, “por fontes do direito internacional entendam-se os documentos ou pronunciamentos de que emanam direitos e deveres das pessoas internacionais configurando os **modos formais de constatação do direito internacional**” (ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA, CASELLA, 2010, p. 140). Antes de adentrar especificamente a questão relativa à inserção das normas peremptórias entre as fontes do direito internacional, é necessário tecer algumas explicações de caráter geral sobre as fontes pois o tema possui particularidades que fazem seu regime diferir substancialmente daquele relativo ao direito interno. Segundo Brownlie (2008), é comum que os autores distingam entre as fontes formais e materiais, sendo as primeiras os procedimentos e métodos jurídicos para a criação de regras de aplicação geral que são vinculantes para o destinatário, enquanto as segundas fornecem evidências da existência de regras que, quando provadas, possuem o status de regras juridicamente vinculantes de aplicação geral. Neste sentido, a doutrina explica que as fontes reais ou materiais seriam as verdadeiras e fundamentais, enquanto as fontes formais ou positivas dariam forma positiva ao direito objetivo preexistente, apresentando-se sob o aspecto de regras aceitas e sancionadas pelo poder público (ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA, CASELLA, 2010). No âmbito do direito internacional, “fonte real seriam os princípios gerais de direito e fontes formais, o costume e os tratados. O conteúdo estaria na primeira categoria, e as fontes formais seriam as suas respectivas formas de manifestação” (ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA, CASELLA, 2010, p. 141). Contudo, tal distinção entre fontes formais e materiais, comum ao direito interno, no qual existe um aparato constitucional de produção normativa que confere às normas o seu determinado status, é inadequada para o âmbito das relações internacionais. Sob a ótica do direito internacional, o uso do termo “fonte formal” seria “estranho e enganoso, pois o leitor é levado a pensar nos mecanismos constitucionais de produção legal que existem nos Estados” (BROWNLIE, 2008, p. 03), enquanto, como bem se sabe, inexistente tal mecanismo para a criação de regras de Direito Internacional.

As incertezas oriundas da ausência de clareza no tocante ao papel da vontade dos Estados para o surgimento de normas de *jus cogens* refletem-se na investigação sobre a origem de tais normas. A primeira dificuldade conceitual que surge, e que é constantemente negligenciada pelos estudiosos do tema e por muitos aplicadores do direito internacional, é como fontes consensuais -como aquelas consagradas pelo rol do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁵¹ e pelo direito internacional- poderiam originar normas que se aplicariam, caso adotada a posição “naturalista”, aos Estados mesmo sem o seu consentimento. Tais questionamentos poderiam levar à necessidade lógica de se considerar que as normas de *jus cogens* não são classificáveis sob as fontes tradicionais do direito internacional, mas somente poderiam se basear em uma fonte específica que englobasse apenas aquelas normas que a comunidade internacional considera tão fundamentais que as dota com um caráter peremptório (ORAKHELASHVILI, 2006). Neste sentido, Danilenko (1993) afirma que a visão de que o *jus cogens* implica a emergência de procedimentos legislativos não consensuais (ou não completamente consensuais) poderia sustentar-se em dois tipos de alegações: a primeira seria de que a aceitação do conceito de *jus cogens* significa o reconhecimento de uma fonte inteiramente nova de direito internacional capaz de produzir regras universalmente vinculantes, e a segunda baseia-se na teoria de que as fontes existentes foram

⁵¹ Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

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

A doutrina e a jurisprudência foram listadas como meios auxiliares para a determinação das regras de direito. De acordo com Cassese (2005), os julgamentos das cortes internacionais não “fazem” o direito, nem estabelecem um sistema de precedentes mas, dado o caráter rudimentar do direito internacional e a falta de um órgão legislativo central e de uma instituição judiciária dotada de jurisdição compulsória, na prática muitas decisões de cortes renomadas, como a Corte Internacional de Justiça, têm importância fundamental para se determinar a existência de regras costumeiras ou para definir o alcance, conteúdo e evolução de novos conceitos. Finalmente, há ainda a previsão de utilização da equidade *ex aequo et bono*, se as partes assim concordarem, expressão que aqui significa considerações de justiça, razoabilidade e política, por vezes necessárias para a aplicação mais sensível de determinadas regras (BROWNLIE, 2008). Em sentido estrito, a equidade não é uma fonte de direito, mas pode ter papel importante no processo decisório, suplementando o direito ou como parte do raciocínio jurídico (BROWNLIE, 2008).

modificadas para permitir a tomada de decisão majoritária no contexto de um “direito superior”. Tais hipóteses serão examinadas a seguir.

1.2.2.1 Fonte Autônoma?

A possibilidade da emergência de uma nova fonte de direito internacional já havia sido mencionada na Conferência sobre o Direito dos Tratados pelo representante da França, que declarou que o texto do projeto no tocante ao *jus cogens* interpretar-se-ia no sentido de que uma maioria poderia criar normas peremptórias que seriam válidas *erga omnes*, tendo como resultado a criação de uma fonte de direito (DANILENKO, 1993). Diante de tal constatação, a delegação francesa opôs-se ao projeto, pois esta nova fonte de direito não estaria sujeita a nenhum controle, sendo vista como uma medida irresponsável (DANILENKO, 1993).

Para Onuf e Birney (1974), a formulação do artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados pode ser interpretada de maneira a sustentar a noção de que uma nova fonte de normas gerais está surgindo, apesar deste processo ser novo e não estar bem delineado. Assim, “na medida em que ele [*jus cogens*] exista, é uma nova fonte, que manifestamente envolve uma vontade da comunidade, como aquela expressa em um amplo fórum da comunidade, para criar normas gerais diretamente” (ONUF; BIRNEY, 1974, p. 195). Os autores afirmam ainda que esta “nova fonte putativa” identifica-se com o resultado produzido em certos fóruns de alcance global - como a Assembleia Geral da ONU e as conferências internacionais *ad hoc* instituídas para celebrar convenções multilaterais- quando tais resultados possuem certas particularidades, como uma linguagem formal, o fato de não serem passíveis de reserva ou ainda o de contarem com apoio esmagador, pois então eles refletem a intenção dos participantes de criar obrigações diretas e imediatas para todos os membros da comunidade internacional (ONUF; BIRNEY, 1974). Assim, o “consenso da comunidade”, expresso nos diferentes fóruns, deveria ser considerado como uma nova fonte formal das normas de *jus cogens* (DANILENKO, 1993).

Apesar dos méritos desta perspectiva – que coloca o *jus cogens* como oriundo de uma fonte autônoma, repousando sobre o consenso em fóruns internacionais de ampla participação – é difícil compreender porque outros meios de expressão de consenso da comunidade internacional, como os tratados e o costume, não poderiam servir exatamente ao mesmo propósito (KOLB, 1983). Qual é a particularidade das normas de *jus cogens* que faz com que elas necessitem de uma fonte específica? Os próprios critérios mencionados pela doutrina, como a *opinio iuris* constatada nos fóruns internacionais ou convenções de grande aceitação que não permitem reservas⁵², são testes já utilizados para a constatação do costume internacional, fazendo-nos questionar a utilidade prática de se categorizar certas normas como imperativas, visto que o seu conteúdo normativo já é protegido por normas “normais”, oriundas das já conhecidas e consolidadas fontes do direito internacional.

Ademais, uma análise minuciosa dos registros relativos aos debates e negociações no âmbito da Conferência sobre o Direito dos Tratados não sustenta a afirmação de que a aceitação do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 significou o reconhecimento de uma nova fonte de direito internacional geral, pois o surgimento de um novo processo legislativo capaz de criar normas tão poderosas no âmbito da comunidade internacional não pode ser inferido de forma casual, necessitando de um reconhecimento oficial obtido através do consenso da comunidade internacional acerca da natureza e dos parâmetros deste novo processo legislativo, o que, de fato, jamais existiu. Conforme explica Danilenko:

⁵² Como explica Baxter em seu curso na Academia de Haia, “treaties that do not purport to be declaratory of customary international law at the time that they enter into force may nevertheless with the passage of time pass into customary law. This was the point made in the final argument offered by Denmark and the Netherlands in the North Sea Continental Shelf Cases. [...] The first requirement laid down by the Court is that the rule of the treaty must be a “norm-creating provision”- that is, as later explained by the Court, “at all events potentially, be of a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law”[...] The absence of reservations otherwise permitted indicated a voluntary acceptance of the rule as stated; reservations, if made, would have proportionately diminished its constitutive role. [...] The second concern of the Court was with the degree to which the rule of the treaty had been accepted by other States. In the case of declaratory treaties the number of parties was highly significant, since the treaty was taken as evidence of their State practice (BAXTER, 1970, p. 57-64)

De fato, os autores do conceito de *jus cogens* sequer tentaram introduzir um novo processo legislativo no sistema internacional existente. Os trabalhos preparatórios indicam que seu propósito era muito mais limitado e envolvia apenas o esclarecimento das razões para invalidar os tratados. Enquanto trabalhava no âmbito desta área técnica do direito dos tratados, a Comissão de Direito Internacional não mencionou em lugar algum a possibilidade de introduzir uma fonte superior de direito para o *jus cogens*. [...] Em seu comentário final ao projeto de artigo sobre o *jus cogens*, a CDI destacou apenas o tratado como um veículo provável para a modificação de uma regra de *jus cogens*. A mesma atitude prevaleceu na Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados na qual houve clara tendência entre os Estados de considerar o *jus cogens* como produto das fontes existentes [...]. Desenvolvimentos subsequentes confirmam a ausência de qualquer fonte especial para o *jus cogens*. A CDI afirmou, em 1976, que “na verdade não existe, na ordem jurídica internacional, qualquer fonte especial para criar princípios “constitucionais” ou “fundamentais” (DANILENKO, 1993, p. 225, tradução nossa)

Diante do exposto, parece pertinente a afirmação de Virally no sentido de que as normas de *jus cogens* “não constituem uma categoria à parte e, por consequência, elas são integradas na ordem jurídica pelo jogo do sistema de fontes que essa ordem jurídica comporta” (1966, p. 16, tradução nossa). Faz-se necessário, desta forma, passar à análise da possibilidade das normas de *jus cogens* emergirem das chamadas “fontes tradicionais” do direito internacional, como será visto a seguir.

1.2.2.2 O Costume como fonte do *jus cogens*

O costume internacional foi definido por Kelsen (2010) como um processo legislativo inconsciente e não intencional, e, de fato, quando os Estados participam do processo de definição de normas eles não agem com o propósito primário de estabelecer regras internacionais, pois sua preocupação principal é proteger certos interesses econômicos, sociais ou políticos, sendo o nascimento gradual de uma nova regra internacional um efeito colateral da conduta dos Estados nas relações internacionais (CASSESE, 2005). A definição contida no artigo 38 traz os dois principais elementos para a configuração do costume⁵³, que deve refletir uma prática

⁵³ Apesar de muitas vezes os termos “usos” e “costume” serem utilizados com a mesma finalidade, seus significados são diferentes, pois o “uso” é uma prática geral que não reflete uma obrigação jurídica, como as saudações cerimoniais no mar e a prática de excetuar os veículos diplomáticos das proibições de estacionar em certos locais (BROWNLIE, 2008, p. 6)

geral (*usus*, o aspecto objetivo) aceita como direito (*opinio iuris et necessitatis*, o aspecto subjetivo⁵⁴). Cabe analisar, a partir de agora, se o costume é uma fonte adequada para originar normas de *jus cogens*.

De acordo com Orakhelashvili (2006), o costume é a fonte de *jus cogens* mais comumente reconhecida, sendo que a natureza do direito costumeiro seria consistente com a natureza do *jus cogens* ao dar origem a normas de direito internacional geral e, conseqüentemente, em princípio aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo, de acordo com os ditames do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados. Brownlie também afirma que as normas de *jus cogens* são “regras de direito costumeiro que não podem ser postas de lado por tratado ou aquiescência, mas somente pela formação de uma regracostumeira subsequente de efeito contrário (2008, p. 510, tradução nossa), opinião partilhada por Cassese ao asseverar que “logicamente, isto [a determinação das normas de *jus cogens*] pressupõe a existência de tal regra ou princípio costumeiro” (2012, p. 164, tradução nossa).

A ideia de que as normas de *jus cogens* possuem a sua origem no direito costumeiro internacional é, conforme visto, amplamente defendida pela doutrina, levando Robert Kolb a afirmar que “nenhuma explicação longa é necessária para justificar a consideração do costume como uma fonte formal do *jus cogens*, pois [...] o costume é o corpo de normas em direito internacional com maior potencial para a generalidade” (1998, p. 94, tradução nossa). Neste sentido, também Virally destaca que “nem todos os modos de formação do direito internacional podem fazer nascer normas de *jus cogens*. Podem fazê-lo somente aquelas que são à origem do direito internacional geral” (1966, p. 16, tradução nossa). Assim, uma explicação possível para esta propensão dos acadêmicos em enfatizar o costume parece emergir do reconhecimento da inadequação dos tratados para a criação de normas peremptórias⁵⁵, caso no qual o direito costumeiro, em virtude da sua flexibilidade e generalidade, é frequentemente considerado como uma “fonte reserva” evidente (ORAKHELASHVILI, 2006).

⁵⁴ É importante notar que Kelsen vê a *opinio iuris* como uma ficção, ou seja, como uma maneira de tentar disfarçar os poderes criativos do juiz. (Princípios, p. 307)

⁵⁵ Assunto a ser visto no próximo tópico.

Entretanto, a afirmação de que o direito costumeiro pode ser fonte de normas de *jus cogens* também possui fragilidades. Inicialmente, imaginemos que, para que uma norma costumeira tenha chegado ao patamar de *jus cogens*, ela deve ter algum traço distintivo, pois, do contrário, seria apenas uma norma costumeira como outra qualquer. Baseando-se na redação do art. 53 da Convenção de Viena, que determina que a norma de *jus cogens* deve ser “aceita e reconhecida” como tal, parece-nos que a singularidade da norma de *jus cogens* para uma simples norma costumeira repousaria no fato daquela requerer um “duplo consentimento”, que implica um consentimento sobre a a) existência de uma norma geral de direito internacional e b) sobre o caráter peremptório desta norma em específico (VAN HOOFF, 1983). Neste caso, seria necessário estabelecer não só a existência de uma norma costumeira, ou seja, uma “prática geral aceita como sendo o direito”, mas também se tal norma também é reconhecida como peremptória pela “comunidade internacional dos Estados como um todo”. Enquanto a identificação de uma norma costumeira internacional não parece trazer maiores problemas, presentes os requisitos do *usus* e da *opinio iuris*, é necessário questionar se o mesmo procedimento pode ser aplicado à determinação do caráter peremptório de uma norma, ou seja, se o caráter imperativo pode ser constatado através da prática dos Estados somada ao que Van Hoof chama de *opinio iuris cogentis*, a convicção acerca da natureza de *jus cogens* de uma norma.

Michael Byers (2001) utiliza o exemplo da norma costumeira sobre a proibição do uso da força para explicar as dificuldades de utilizar um processo análogo ao da identificação do costume internacional para se determinar especificamente o caráter peremptório de tal norma. O autor assevera que tal norma costumeira necessita, inicialmente, da prática estatal e da *opinio iuris* de que existe tal proibição e, simultânea ou subsequentemente, para que esta norma adquirisse também o caráter de *jus cogens*, deveria ser possível identificar uma prática estatal clara e inequívoca não só no sentido da proibição do uso da força em si, mas que tal proibição possui caráter peremptório, não admitindo derrogação, uma prática que, nas acertadas

palavras do autor, “não é só totalmente inimaginável, mas quaisquer cenários possíveis são irrealísticos⁵⁶” (BYERS, 2001, p. 192, tradução nossa).

É importante também salientar que muitas das normas às quais hoje se atribui caráter peremptório não satisfariam o requisito do *usus* ou prática dos Estados na formação do direito costumeiro internacional. Os exemplos mais frequentemente citados – proibição de agressão, tortura, genocídio, escravidão e outras violações de Direitos Humanos – são certamente reconhecidos como “direito”, satisfazendo o requisito da *opinio iuris*, mas é questionável se tais normas são baseadas em uma prática de caráter geral em virtude das duas altas taxas de não observância por parte dos Estados (ORAKHELASHVILI, 2006). Weisburd (1996) também salienta que a prática estatal relativa ao *jus cogens* tem sido bastante limitada e, além disso, “à possível exceção da resposta dada ao Iraque pela invasão do Kuwait, inexistem esforços pela comunidade internacional no sentido de reverter as alegadas violações às normas de *jus cogens*, nem para que os Estados ofensores compensem suas vítimas” (WEISBURD, 1996, p. 18, tradução nossa).

Existe ainda uma dificuldade conceitual que se opõe à natureza costumeira do *jus cogens*, pois enquanto o direito costumeiro é construído através da prática, as normas peremptórias resultam de um julgamento acerca dos valores morais ou sociais predominantes na comunidade internacional, e, devido à sua natureza, o costume não parece ser um instrumento apto para o desenvolvimento de normas inderrogáveis que são tem por condão até tornar nulos certos tratados (ORAKELASHVILI, 2006). Ainda, deve se mencionar que, a partir de uma perspectiva técnica, chama a atenção o fato da redação do artigo 53 não conter referência a qualquer elemento da prática entre Estados, ou seja, a formação de regras gerais de caráter peremptório dificilmente poderia ser vista como uma forma de costume “reforçado” ou superior (DANILENKO, 1993). Constatada tal ausência, é interessante – e talvez intrigante- notar que Cassese (2012), defensor da origem costumeira das normas peremptórias conclui que, no caso do *jus cogens*, “diferentemente do processo costumeiro, os dois elementos do *usus* e da *opinio iuris*

⁵⁶ O exemplo trazido por Byers (2001) seria o do convite de um Estado A para celebrar um tratado com o Estado B para um ataque armado em um país vizinho (C) sendo declinado pelo Estado B não só sob a justificativa de que a agressão seria ilegal, mas que o tratado seria nulo.

não são requeridos” (CASSESE, 2012, p. 165, tradução nossa). Nas palavras do autor,

Pode ser suficiente que a maioria dos membros da comunidade mundial de alguma forma evidenciem a sua “aceitação” de uma regra costumeira como tendo a classificação de uma norma peremptória. Tal “aceitação” não envolve necessariamente uma conduta real, ou uma afirmação positiva; ela pode envolver uma manifestação expressa ou tácita de vontade, que pode tomar a forma de um comunicado ou declaração, ou a aquiescência em comunicados por outros sujeitos de direito internacional ou em recomendações ou declarações por organizações intergovernamentais ou em decisões por órgãos judiciais. Nenhuma prática consistente dos Estados ou de outros sujeitos de direito internacional (*usus*) é necessária. (CASSESE, 2012, p. 165-166, tradução nossa).

Mesmo observando que pouquíssimos Estados e outros sujeitos de direito internacional tomam uma posição acerca da natureza peremptória de certas regras internacionais, e que pronunciamentos oficiais neste tema são raros, Cassese (2012) continua defendendo a possibilidade de identificar a existência da aceitação necessária às normas de *jus cogens* através de três parâmetros: i) deve se verificar se existem decisões judiciais de cortes nacionais ou internacionais, pois geralmente os juízes estão em melhor posição para avaliar se uma norma adquiriu o caráter peremptório; ii) é necessário determinar se a sociedade internacional (agindo através de órgãos coletivos como a Assembleia Geral da ONU) considera o valor protegido por uma regra ou princípio geral como completamente congruente com os valores e objetivos universais sustentados por aquela comunidade, tais como a paz, respeito aos direitos humanos, democracia, etc.; e iii) deve se estabelecer se o valor salvaguardado em uma regra ou princípio possui a mesma proeminência e é tão crucial para a comunidade internacional como aqueles consagrados em outras normas peremptórias incontestadas, como as normas que proíbem o genocídio, a escravidão e a discriminação racial, por exemplo (CASSESE, 2012).

Contudo, não parece acertado concordar com a perspectiva de que, embora o *jus cogens* tenha origem no direito costumeiro, ele prescinde da prática, visto que esta é elemento fundamental para a configuração de uma norma costumeira, ou que a constatação da *opinio iuris* acerca de normas tão consideradas fundamentais para a sociedade internacional possa ser feita de maneira quase que casual, genérica e pouco definida. Finalmente, a instrumentalização do processo descrito por Cassese para se apurar a peremptoriedade de uma determinada norma é, se não irrealístico,

no mínimo bastante difícil no âmbito da sociedade internacional, que continua sendo consideravelmente descentralizada: além não haver uma corte internacional dotada de competência geral obrigatória, as escassas e controversas decisões no tema se dão em campos diferentes (responsabilidade do Estado, direito penal internacional, direitos humanos), e carecem, por vezes, de fundamentação teórica ou mesmo de lógica; a Assembleia Geral da ONU não é um órgão apto a proferir resoluções vinculantes, podendo, no máximo, adotar um documento que reflita a opinio iuris da comunidade internacional, que certamente seria bem mais cautelosa em concordar com tal resolução caso soubesse que isto poderia significar uma severa limitação em sua autonomia; e, ainda, como se determina concretamente a proeminência e importância do valor salvaguardado por uma norma de modo que se constate que ele é efetivamente mais crucial que os demais?

Finalmente, como bem salienta Weisburd (1996), o único efeito concreto de considerar uma norma costumeira como *jus cogens* seria de que tal categorização significaria que a prática contrária à norma em questão não teria o efeito de mudar tal norma. Como explica o autor,

É, naturalmente, um lugar-comum que a prática contrária a uma regra de direito internacional costumeiro – o que é, necessariamente, uma violação dessa regra como uma questão inicial - pode levar a uma mudança no conteúdo desta regra. Se, no entanto, uma regra costumeira é uma de *jus cogens*, então - para utilizar a linguagem do artigo 53 da Convenção de Viena - não é permitida qualquer derrogação à regra. Presumivelmente, isso significaria que atos contrários à regra são nulos em todos os aspectos, e, portanto, não podem afetar o conteúdo do direito internacional consuetudinário, seja por minar uma regra existente ou servindo como base de uma nova regra. (WEISBURD, 1996, p. 19, tradução nossa)

Contudo, observando-se a realidade do direito internacional, caso se verifique no seio da comunidade internacional uma significativa prática contrária a uma norma de *jus cogens*, não será o fato que esta norma é considerada “peremptória” que impedirá a sua obliteração. Portanto, é possível notar que, apesar de fazer sentido à primeira vista, a formulação que defende a origem nas normas de *jus cogens* no direito costumeiro não resiste a uma análise mais profunda, deixando sérias dúvidas de caráter conceitual e prático. Assim, faz-se necessário proceder à análise das demais fontes do direito internacional como potenciais origens das normas de *jus cogens*.

1.2.2.3 Os Tratados como fonte de *jus cogens*

Os tratados ou convenções correspondem ao meio mais frequente de criação de normas internacionais e, apesar da amplitude terminológica (tratado, convenção, protocolo, pacto, “ato”, etc), a sua substância é a mesma, denotando, conforme explica Cassese, “a junção de vontades de dois ou mais sujeitos internacionais com o propósito de regular seus interesses através de regras internacionais” (2005, p.170). Nomeadamente, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 2.1, define tal fonte como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”⁵⁷.

Existem indícios, nos relatórios da Comissão de Direito Internacional, de apoio à ideia de que os tratados podem ser identificados fontes de *jus cogens*. Em 1953, ao esclarecer que seria errado considerar as regras de *jus cogens* como imutáveis e incapazes de serem alteradas, a Comissão afirmou que “qualquer modificação de uma regra de *jus cogens* nos dias de hoje provavelmente seria efetivada pela conclusão de um tratado multilateral geral” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 198, tradução nossa), e que, “evidentemente, se uma nova regra de *jus cogens* é estabelecida, seja por um tratado multilateral geral ou pelo desenvolvimento de uma nova regra costumeira, seu efeito é anular não só os tratados futuros em conflito com ela, mas também os existentes” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 211, tradução nossa), disposições repetidas em documento posterior⁵⁸. Alfred Verdross, da mesma maneira, declara que, “portanto, uma norma tendo o caráter de *jus cogens* praticamente só pode ser criada por uma norma geral de direito costumeiro ou por uma convenção geral multilateral” (VERDROSS, 1966, p. 61, tradução nossa).

⁵⁷ Convém salientar que a Convenção de Viena de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, ainda não ratificada pelo Brasil, dispõe, em seu artigo 2 (a) que “Por “tratado entende-se um acordo internacional regido pelo direito internacional e celebrado por escrito: i) Entre vários Estados e uma ou várias organizações internacionais; ou ii) Entre organizações internacionais, quer esse acordo conste de um único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular”

⁵⁸ No caso, no anuário da Comissão de Direito Internacional, 1966, v.II, p.248)

Entretanto, a consideração dos tratados como possível fonte das normas de *jus cogens* não está livre de problemas. Segundo Orakhelashvili (2006), a proposição de que tratados multilaterais gerais possam originar normas de *jus cogens* endossa a hipótese de que tratados podem vincular Estados não-partes, o que carece de base no direito internacional, contrariando a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional de 1926, no caso Certos Interesses Alemães na Alta Silésia, que determinou que “um tratado somente cria direito entre os Estados que dele são partes; em caso de dúvida, nenhum direito pode ser deduzido em favor de terceiros Estados” (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1926, p. 29), matéria que foi regulamentada pelos artigos 34, 35 e 36 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados⁵⁹. As convenções incorporando normas de *jus cogens* seriam, assim, uma exceção à regra geral *do pacta tertiis nec nocent nec prosunt* e, embora esta hipótese seja consistente com a aplicabilidade universal do *jus cogens*, ela ignora a independência da vontade dos Estados em se comprometer com um tratado (ORAKHELASHVILI, 2006). Assim,

A hipótese de que uma norma peremptória vincula não-partes meramente porque ela está incorporada em um tratado multilateral implica que é a vontade dos Estados-partes daquele tratado multilateral que torna as disposições peremptórias vinculantes para os não-partes. Esta conclusão seria inevitável, pois qualquer outra visão admitiria a existência de normas peremptórias que vinculam apenas as partes do tratado multilateral. Isto iria contradizer a própria essência do *jus cogens* e neste sentido pareceria injustificado considerar que tratados podem originar normas peremptórias (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 111 e 112, tradução nossa)

⁵⁹ Artigo 34 Regra Geral com Relação a Terceiros Estados

Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento.

Artigo 35 Tratados que Criam Obrigações para Terceiros Estados

Uma obrigação nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição e o terceiro Estado aceitar expressamente, por escrito, essa obrigação.

Artigo 36 Tratados que Criam Direitos para Terceiros Estados

1. Um direito nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de conferir, por meio dessa disposição, esse direito quer a um terceiro Estado, quer a um grupo de Estados a que pertença, quer a todos os Estados, e o terceiro Estado nisso consentir. Presume-se o seu consentimento até indicação em contrário, a menos que o tratado disponha diversamente.

2. Um Estado que exerce um direito nos termos do parágrafo 1 deve respeitar, para o exercício desse direito, as condições previstas no tratado ou estabelecidas de acordo com o tratado.

Portanto, como constata Kolb, “a maior pedra no caminho do reconhecimento do *jus cogens* convencional é a relatividade dos tratados *ratione personae*” (1998, p. 82, tradução nossa), pois, em virtude do princípio *res inter alios acta*, os tratados poderiam apenas criar obrigações restritas a uma comunidade definida, mas nunca criar “direito internacional geral”, tal como disposto no art. 53 da Convenção de Viena, que se referiria, então, apenas ao costume (KOLB, 1998). Kolb (1998) afirma que é possível vislumbrar um tratado verdadeiramente universal, unindo literalmente todos os Estados, embora nenhum tratado, e nem mesmo a Carta das Nações Unidas, jamais tenha atingido tal nível de aceitação, e mesmo os chamados “princípios constitucionais” da Carta já pertencem ao campo do direito costumeiro.

Ainda, segundo Orakhelashvili (2006), os tratados podem ser considerados veículos para estabelecer normas peremptórias como parte do direito internacional geral, tal como ocorreu com a Convenção sobre o Genocídio, que marcou o reconhecimento definitivo da comunidade internacional de que a proibição de tal prática era fundamental para a ordem mundial e, portanto, obrigatória para todos os Estados⁶⁰. A opinião consultiva de 1951 afirma que as obrigações incorporadas na Convenção são tão fundamentais que elas são vinculantes mesmo sem nenhuma obrigação convencional, o que pode ser interpretado tanto como uma afirmação de que as obrigações são parte do direito internacional geral e continuariam pertencendo a esta categoria, mesmo que a Convenção não existisse, ou que os princípios subjacentes à Convenção são tão importantes que eles também vinculam não-partes (ORAKHELASHVILI, 2006). A Cláusula Martens⁶¹ também fornece um

⁶⁰ De acordo com a Corte Internacional de Justiça, “the origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as “a crime under international law” involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1951, p. 23)

⁶¹ Como explica Ticehurst, “The Martens Clause has formed a part of the laws of armed conflict since its first appearance in the preamble to the 1899 Hague Convention (II) with respect to the laws and customs of war on land: “Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the

exemplo relacionado à aplicação extra convencional de parâmetros incorporados em tratados multilaterais (ORAKHELASHVILI, 2006).

Entretanto, tais tratados codificando normas de caráter peremptório ou normas essenciais ao funcionamento da sociedade internacional são uma expressão de um direito que é ou que em breve se tornaria costume, e que estas normas seriam então aquelas a vincular os Estados, e não as regras do tratado em si (KOLB, 1998), o que tornaria a sua previsão convencional desnecessária. Neste sentido, Scheuner afirma que “a “criação e existência de regras de *jus cogens* são assuntos que são independentes de tratados legislativos. Estas regras podem estar contidas em tais convenções de maneira declaratória. Sua existência, entretanto, não se relaciona com as normas convencionais” (1969, p. 30, tradução nossa).

Parece evidente, portanto, que um tratado não pode ser uma fonte direta de *jus cogens*, mas meramente a sua reafirmação ou codificação de um conteúdo normativo que, na grande maioria das vezes, já era abarcado por uma norma “simples”, por assim dizer. Passemos, então, à análise dos princípios gerais de Direito.

1.2.2.4 Princípios Gerais de Direito

A terceira categoria de fontes- os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas- é bastante ambígua, e não havia consenso sobre o seu significado sequer no seio do comitê de juristas que preparou o texto do Estatuto (BROWNLIE, 2008). Conforme explica Ian Brownlie:

requirements of the public conscience. The Clause was based upon and took its name from a declaration read by Professor von Martens, the Russian delegate at the Hague Peace Conferences 1899. Martens introduced the declaration after delegates at the Peace Conference failed to agree on the issue of the status of civilians who took up arms against an occupying force. Large military powers argued that they should be treated as *francs-tireurs* and subject to execution, while smaller states contended that they should be treated as lawful combatants. Although the clause was originally formulated to resolve this particular dispute, it has subsequently reappeared in various but similar versions in later treaties regulating armed conflicts (TICEHURST, 1997, disponível em <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>>, em 02.03.2014.

Root e Phillimore consideravam os princípios em termos de regras aceitas pelo direito interno de todos os Estados civilizados, e Guggenheim sustenta a firme visão de que o parágrafo (c) deve ser aplicado sob esta ótica. Entretanto, a visão expressa por Oppenheim deve ser preferida: “a intenção é de autorizar a Corte a aplicar princípios gerais da jurisprudência interna, particularmente os do direito privado, na medida em que estes sejam aplicáveis às relações entre Estados” [...]. O que ocorre é que os tribunais internacionais têm empregado elementos de raciocínio jurídico e analogias do direito privado para fazer do direito das nações um sistema viável para ser aplicado em um processo judicial. Portanto, é impossível, ou ao menos difícil, que a prática estatal desenvolva as regras de procedimento e prova que uma corte deve aplicar. Um tribunal internacional escolhe, edita e adapta elementos de sistemas mais desenvolvidos: o resultado é um novo elemento de direito internacional cujo conteúdo é influenciado histórica e logicamente pelo direito doméstico. (BROWNLIE, 2008, p. 16-7, tradução nossa)

De um lado, abordagens estritamente voluntaristas questionam o caráter de fonte autônoma conferido aos princípios gerais de direito, sustentando que eles já estão incorporados em tratados ou normas costumeiras, e que seu papel seria o de meio auxiliar utilizado para descobrir qual é o direito aplicável, ou ainda que o texto do artigo 38(1)(c) constituiria uma autorização para que a Corte Internacional de Justiça preenchesse as lacunas jurídicas de maneira construtiva (KOLB, 1998). Esta última posição é partilhada por Dupuy (2008), para quem a função de tais princípios gerais de direito se explicaria pelo desenvolvimento incompleto do direito internacional à época da redação do referido artigo, que deveria evitar o *non liquet*, possibilitando que a Corte, encontrando-se perante uma lacuna procedimental ou substancial do direito aplicável aos Estados em litígio, pudesse se amparar em tais princípios para proferir sua decisão⁶². Também Cassese (2005) afirma que os

62 Em seu estudo sobre o tema, Maria Panezi, sintetiza as diversas concepções existentes para chegar à sua definição:

“Combin-

ing all the elements found in various definitions we can see the following as features of General Principles:

- a) They are part of International Law
- b) They are (more or less) autonomous
- c) They promote creativity by judges
- d) They are fundamental to a legal system
- e) They might be „ideas“, therefore have a philosophic aspect, but a better term would be „normative notions“, because it shows that General Principles are law
- f) They are only one of the three sources and one of the elements that keep the international law system together
- g) They are a reservoir

Using the aforementioned elements, we can form a definition of General Principles of International Law: General Principles are an autonomous, created by general consensus, systemically fundamental

part of International Law, that consists of different normative notions, in which judges refer to, through a creative process, in order to promote the consistency of International Law.” (PANEZZI, 2007, p. 69-70)

princípios gerais de direito são fontes subsidiárias, às quais a Corte só deve recorrer caso não encontre regra aplicável no âmbito convencional ou costumeiro.

Mesmo considerando os princípios gerais de direito elencados no art. 38(1)(c) como uma fonte autônoma baseada no direito natural e na ideia de uma justiça objetiva própria da essência do direito, ou por analogia, aos princípios universalmente encontrados nas ordens domésticas ou porque tais princípios são comuns a todas as ordens jurídicas, nacionais ou internacionais (KOLB, 1998), a doutrina destaca seu caráter subsidiário e suplementar, tornando-os inaptos a produzir normas de caráter imperativo e que são reconhecidas pela comunidade de Estado como normas tão importantes que não se possam derogar. Considerar as normas de *jus cogens* como provenientes de uma fonte que só é utilizada quando as demais não regulamentam a matéria é incompatível com a primazia conferida aos valores salvaguardados pelas normas peremptórias, e ilógico do ponto de vista das suas possíveis consequências, pois não faz sentido cogitar a nulidade de um tratado porque este conflita com uma norma de aplicação subsidiária. Passemos, então, ao exame das fontes de direito internacional não elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça mas reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

1.2.2.5 Menção às fontes não elencadas no art. 38

Além das fontes elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência de outras formas de manifestação do direito internacional, como os atos unilaterais e as resoluções obrigatórias de organizações internacionais. Poderiam tais expressões do direito internacional criar normas imperativas?

Quanto aos atos unilaterais, é importante salientar que nem todos eles fazem surgir regras vinculantes determinando condutas específicas ainda não pré-determinadas pelo seu conteúdo, e, de fato, a maioria dos atos unilaterais produz

outros efeitos jurídicos que já são determinados pelo direito costumeiro⁶³ (CASSESE, 2005). Assim, a promessa – declaração unilateral pela qual um Estado assume a obrigação de se comportar de determinada maneira, independentemente de qualquer comprometimento recíproco por outro Estado – é o único ato unilateral que faz surgir obrigações internacionais em sentido próprio, tal como verificado pela Corte Internacional de Justiça nos casos da Plataforma Continental do Mar do Norte e no caso dos Testes Nucleares (CASSESE, 2005). Contudo, pela sua própria natureza, é evidente que os atos unilaterais não podem dar ensejo às normas de *jus cogens*, pois estas obrigam a comunidade de Estados como um todo, e não somente um ou outro Estado.

Finalmente, no tocante às resoluções de organizações internacionais, em geral elas não são obrigatórias para os Estados-membros mas, quando elas dizem respeito a normas gerais de direito internacional, a sua aceitação pelo voto da maioria constitui prova ou evidência da opinião dos governos, e tais resoluções podem servir de base para o desenvolvimento do direito e para a consolidação de regras costumeiras (que porventura poderiam se tornar *jus cogens*, caso se aceite o costume como possível fonte das normas peremptórias), como as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas afirmando os princípios de direito internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg e julgamento do Tribunal⁶⁴, sobre a Proibição do Uso de Armas Nucleares para Finalidades Bélicas⁶⁵ ou a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais⁶⁶, etc (BROWNLIE, 2008).

⁶³ Conforme explica Cassese, “for instance, protest is a unilateral declaration designed to object to an act or action performed by another State; its purpose and legal effect is to show how that the protesting State does not recognize, accept or acquiesce in the act or action, or preserves the right to challenge that act or action. Similarly, recognition of a situation or conduct is a unilateral transaction (or, in the case of tacit or implicit recognition, conduct) aimed at considering as legitimate that situation or conduct; the legal effect is to bar the recognizing State from subsequently challenging what had been previously recognized; in other words, it produces estoppel. Renunciation is the willing unilateral abandonment of a right; this abandonment, although it may be explicit or tacit, must however be deliberate and clear; [...] Notification is the act by which a state makes other States cognizant of a certain action it has performed (for instance, in case of a naval blockade in time of war, customary law requires that the blockading State should notify neutral States of the blockade). Its effect is to preclude the other States from subsequently claiming that, not knowing the action notified, they were entitled to behave differently” (CASSESE, 2005, p. 184)

⁶⁴ Resolução n.95, de 11 de dezembro de 1946, adotada de forma unânime.

⁶⁵ Resolução n. 1653 (XVI) de 24 de novembro de 1961, adotada por 55 votos contra 20, com 26 abstenções.

⁶⁶ Resolução n. 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960, adotada por 89 votos, com 9 abstenções.

Há, entretanto, certas resoluções de determinados órgãos que, de acordo com os termos do tratado constitutivo de determinada organização, são obrigatórias para todos os Estados-membros, como é o caso das decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas (de acordo com o artigo 25 da Carta, os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança) quando este age sob o capítulo VII da Carta (ação relativa à ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão) (CASSESE, 2005). Todavia, tais resoluções trazem em seu bojo medidas específicas⁶⁷ para o restabelecimento da paz -tais como interrupção das relações econômicas, rompimento das relações diplomáticas ou, caso estas se mostrem inefetivas, bloqueios e outras operações, por parte dos membros da Nações Unidas – e não previsões normativas estabelecendo o conteúdo de determinadas normas.

Diante do exposto, podemos concluir que, utilizando os próprios critérios elencados pelo art. 53 da Convenção de Viena para a configuração de uma norma imperativa de direito internacional, não é possível estabelecer uma fonte – autônoma ou já consolidada- à qual se possa atribuir a capacidade de originar normas com o caráter imperativo atribuído às normas de *jus cogens*. Se esclarecer algo tão elementar, como a fonte de uma obrigação internacional, se mostra uma tarefa praticamente impossível, há razões para questionarmos a própria relevância, em termos práticos, das normas de *jus cogens* e, frente a este quadro, não é de se

⁶⁷ **CAPÍTULO VII - Ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e ato de agressão**

Artigo 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Artigo 40. A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no artigo 39, instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas as suas decisões e poderá instar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.

Artigo 42. Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças áreas, navais ou terrestres dos membros da Nações Unidas.

estranhar que demais aspectos relativos às normas peremptórias careçam de fundamentação, como será examinado a seguir.

1.2.3 Características Inerentes às Normas de *Jus Cogens*

1.2.3.1 A Não-Derrogabilidade das Normas Peremptórias

Dado o caráter descentralizado do sistema jurídico internacional, por vezes condutas consideradas ilegais podem ser transformadas, de certa maneira, em comportamentos em conformidade com o direito, especialmente através do consentimento dos Estados envolvidos na questão, que podem pactuar a derrogação de um determinado regime jurídico, criando entre eles lei especial. Contudo, a definição trazida pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados afirma que as normas de *jus cogens* são aquelas das quais nenhuma derrogação⁶⁸ é permitida, ou seja, quando se tratam de normas de caráter peremptório, a vontade dos Estados não pode tornar legítima uma violação, pactuando a não-aplicação de determinadas regras em certos casos. Assim,

A derrogação do *jus cogens* é uma tentativa de estabelecer um regime jurídico contrário. É uma tentativa de legitimar atos contrários ao *jus cogens* sobre uma base *inter se*, e prejudicando portanto a operação integral e não-fragmentável de uma norma peremptória, buscando um resultado proibido por aquela norma, para permitir que os Estados façam o que as normas peremptórias proíbem ou que abstenham-se de fazer o que as normas peremptórias requerem (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 73, tradução nossa)

Na opinião de Virally, “o *jus cogens* assim definido traz sem dúvidas um limite à soberania, se esta for definida como o direito do Estado de se determinar em função de seus próprios interesses nacionais, que ele determina livremente” (VIRALLY, 1966, p. 12, tradução nossa). Tal regime afasta-se, em tese, da concepção clássica do direito internacional, no qual a soberania praticamente desconhecia qualquer limite no tocante à definição, por parte de um Estado, de suas

⁶⁸ Mais questões relativas à fragilidade prática da pretensa inderrogabilidade das normas imperativas serão vistas especificamente na segunda parte deste trabalho.

relações convencionais com os demais, pois “tudo o que for pactuado entre dois Estados para reger suas relações mútuas fazia lei entre as partes em virtude deste mesmo direito internacional, ou seja, a norma do *pacta sunt servanda*”⁶⁹ (VIRALLY, 1966, p. 12, tradução nossa).

É importante mencionar que a derrogação é diferente da violação de uma norma, pois enquanto a violação consiste em um ato material de não-conformidade com o conteúdo da referida norma, a derrogação, por sua vez, é a substituição de um regime normativo por outro, da lei geral pela lei especial, de acordo com o que foi pactuado pela vontade das partes, ou seja, enquanto a violação é um simples fato, a derrogação consiste em um ato jurídico (ORAKHELASHVILI, 2006). Assim, é possível dizer que a derrogação é uma violação de caráter específico, fruto do acordo e da conspiração entre Estados para afastar a aplicação de determinado regime jurídico e, embora ela seja permitida no âmbito do *jus dispositivum*, ela é expressamente proibida para as normas de *jus cogens*, podendo, neste caso, ensejar a sua violação (ORAKHELASHVILI, 2006).

Ainda, a própria violação de uma norma pode causar a sua derrogação -a não ser que ela seja devidamente reparada - em função do papel de criação do próprio direito desempenhado pelos fatos em um sistema jurídico internacional descentralizado- pois a conduta dos Estados pode causar uma derrogação implícita ou informal, enquanto atos como a aquiescência ou a renúncia podem configurar uma concordância informal (ORAKHELASHVILI, 2006). Contudo, é importante ressaltar que, em tese, o caráter imperativo de uma norma é considerado incompatível com a capacidade dos Estados de derogá-las, já que tal situação equivaleria à legitimação de uma violação às normas de *jus cogens*.

Para Virally (1966), a proibição de qualquer derrogação a uma norma de direito internacional pode se justificar em duas hipóteses. A primeira diz respeito às

⁶⁹ Conforme Virally (1966, p. 12,) “Il n'est pas sans intérêt, à cet égard, de remarquer que les Etats qui, à l'heure actuelle, paraissent les plus attachés à la notion de jus cogens, sont aussi ceux qui insistent sur le caractère fondamental de la souveraineté étatique, qu'ils considèrent comme la base de tout l'ordre international. C'est le cas, en particulier, des Etats socialistes et de la plupart des Etats nouvellement parvenus à l'indépendance. On peut se poser la question de savoir si cette attitude de leur part constitue un paradoxe, ou bien s'il n'existe pas plutôt une complémentarité entre ces deux thèses qui, à première vue, paraissent opposées”

regras destinadas a proteger interesses que ultrapassam aqueles interesses individuais dos Estados, sendo plausível, portanto, que eles não possam dispor de tais interesses em suas relações *inter se*. Em tal caso, a derrogação não seria apenas uma renúncia individual de um Estado a seus próprios direitos, dos quais ele dispõe conforme sua vontade, mas sim “constituiria, ao mesmo tempo, um atentado aos interesses superiores que este Estado deve respeitar em todas as circunstâncias” (VIRALLY, 1966, p.11, tradução nossa). Tal situação poderia se apresentar quando a norma em questão possui um valor ético que tornaria o seu afastamento moralmente inaceitável, tal como os direitos humanos mais elementares (proteção à vida e à integridade física, por exemplo), ou quando uma norma de direito internacional apresenta uma importância tal que sua não-aplicação exporia a sociedade internacional como um todo a um grave perigo, mesmo existindo um acordo formal entre aqueles que decidiram afastar a incidência da norma em suas relações mútuas, como um tratado entre dois Estados prevendo o recurso do uso da força no caso de descumprimento de alguma obrigação convencional por uma das partes (VIRALLY, 1966).

A segunda hipótese é aquela de uma proibição “garantindo a proteção do Estado contra as suas próprias fraquezas ou contra a força muito grande de seus parceiros eventuais. Em outros termos, se trata de uma proteção contra as ilegalidades no poder de negociação (*bargaining power*)” (VIRALLY, 1966, p. 12, tradução nossa). A sociedade internacional atual caracteriza-se por uma extrema desigualdade de fato entre os Estados, o que pode obrigar os Estados mais fracos a aceitar concessões excessivas ou desproporcionais em contrapartida aos benefícios dos quais necessitam, e aqui o *jus cogens* não representa uma ameaça à soberania, mas sim uma proteção, especialmente para os Estados menos favorecidos. Assim,

Esta segunda hipótese junta-se à primeira no sentido de que o direito intervém para proteger um contratante contra o outro, seja por razões éticas, seja porque as consequências que poderiam resultar do fato de que certos sujeitos de direito abusariam da posição vantajosa na qual se encontram, trazendo desordens prejudiciais ao equilíbrio e à paz da sociedade inteira (VIRALLY, 1966, p. 13, tradução nossa)

A derrogação pode assumir diversas formas, relacionando-se com os diferentes aspectos da norma de *jus cogens*, como através da negativa da existência

ou aplicabilidade de uma norma em uma situação *inter se*, caso no qual a obrigação decorrente da norma de *jus cogens* seria aplicável mesmo caso os Estados envolvidos se comportassem de forma diversa, tal qual a posição de Israel relativa a não-aplicabilidade da quarta Convenção de Genebra aos territórios ocupados pelos palestinos, que deve ser considerada nula, não podendo gerar uma nova relação jurídica, pois os demais Estados não podem aceitar tal atitude, ou seja, eles não podem derrogar a norma de *jus cogens* estabelecendo uma exceção ao regime jurídico aplicável à situação em questão (ORAKHELASHVILI, 2006). Tampouco podem os Estados concordar em qualificar uma ação contrária ao *jus cogens* como algo diverso de sua qualificação objetiva, como pactuar que um ato de agressão deva ser considerado como legítima defesa (ORAKHELASHVILI, 2006).

Cumprе mencionar que a derrogação pode operar das mais diversas maneiras, sendo todas elas, teoricamente, proibidas em relação às normas de *jus cogens*: a derrogação pode ser geral, demonstrando a intenção de que uma norma peremptória não se aplique às relações *inter se*, ou específica, quando estipula-se que as consequências da norma não se aplicam a uma dada situação; a derrogação pode ser formal ou informal, ou seja, um tratado que não sofre derrogação formal pode ser interpretado de maneira a atingir um resultado derogatório; finalmente, a derrogação pode ser prévia ou subsequente à violação, buscando a sua validação (ORAKHELASHVILI, 2006).

Contudo, no tocante ao *jus cogens*, a aplicação prática da não-derrogação traz à luz alguns problemas. Inicialmente, é importante notar que nenhum dos possíveis métodos aventados para o estabelecimento de normas de *jus cogens* (sejam elas uma fonte autônoma ou derivadas do costume internacional, dos tratados ou dos princípios gerais de direito) apresenta um critério específico para decidir qual norma em particular deveria ser não-derrogável (WEISBURD, 1996), e mesmo as hipóteses propostas anteriormente por Virally são bastante amplas e pouco específicas, sujeitas a juízos discricionários (o que é um limite ético na prática dos Estados? O que especificamente configura um Estado como hipossuficiente em relação a outros Estados?)

De fato, era de se esperar que a determinação de uma norma específica a ser aplicada de maneira tão rígida como requer o regime relativo a normas imperativas devesse ocorrer de maneira bastante complexa, em um processo rigoroso, que inicialmente tentaria prever o maior número de circunstâncias nas quais tal regra se aplicaria, além de avaliar minuciosamente os custos e benefícios resultantes da aplicação da regra em cada caso específico, para só então se considerar que a regra efetivamente não deve ser derogada em hipótese alguma (WEISBURD, 1996). Além disso, como salienta Weisburd (1996), é necessário ter em mente que “cada Estado preenche diferentes papéis no sistema internacional, e que a consequência de se aplicar uma regra inflexivelmente para um Estado em determinada situação pode afetar a sua vontade e capacidade de agir em outros casos, possivelmente em detrimento do sistema como um todo” (p. 29-30, tradução nossa).

Sendo a inderrogabilidade a característica por excelência e traço distintivo das normas peremptórias, seria razoável que existisse algum procedimento para determinar quais normas possuem tal atributo. Contudo, mais uma vez o regime relativo às normas de *jus cogens* apresenta fragilidades, deficiências e incertezas, não contando com um processo minimamente claro para estabelecer quais normas seriam tão importantes para que sua derrogação não pudesse ser contemplada em nenhuma hipótese. Ao invés disso, nenhuma das soluções apresentadas permite uma análise cuidadosa e necessária dos prós e contras quando o que se busca é algo tão impactante quanto fazer que determinada regra se torne inafastável sob todos os casos (WEISBURD, 1996).

1.2.3.2 Modificação das Normas de Jus Cogens

Apesar da possibilidade de modificação de normas peremptórias estar expressa no próprio conceito consagrado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que *só pode ser*

modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza- cumpre analisar se é efetivamente possível alterar uma norma de *jus cogens* na prática.

É necessário, inicialmente, realizar algumas distinções. A modificação das normas imperativas é fenômeno diferente da emergência de uma nova norma peremptória, pois no primeiro caso já há uma norma de *jus cogens* que existe e é aplicada, enquanto na segunda hipótese uma nova norma emerge em uma área na qual não existia norma imperativa, passando a ser aplicada às relações jurídicas pertinentes (ORAKHELASHVILI, 2006). A modificação também deve ser distinguida do fenômeno do *jus cogens superveniens* - aquele que surge após a entrada em vigor de um tratado que, ao tempo de sua conclusão, era perfeitamente válido- pois a função deste não é alterar uma norma imperativa já existente, mas sim proscrever de maneira retroativa certos tratados (ORAKHELASHVILI, 2006). Explicadas tais diferenças, é possível adentrar o tópico da modificação das normas de *jus cogens*.

A possibilidade de modificação das normas peremptórias já havia sido discutida no âmbito da Comissão de Direito Internacional em 1963, quando o então Relator Especial, sir Humphrey Waldock, afirmou que “seria claramente errado considerar as regras agora aceitas como *jus cogens* como imutáveis e incapazes de ab-rogação ou emenda no futuro” (COMISSÃO DE DIRETO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 53, tradução nossa). Ainda, o então art. 13 (futuro art. 53⁷⁰) declarava, em seu parágrafo 4, que as disposições deste artigo não se aplicavam a tratados gerais multilaterais que ab-rogassem ou modificassem uma regra que tivesse o caráter de *jus cogens*.

⁷⁰ Article 13 — Treaties void for illegality

1. A treaty is contrary to international law and void if its object or its execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*.
2. In particular, a treaty is contrary to international law and void if its object or execution involves:
 - (a) The use or threat of force in contravention of the principles of the Charter of the United Nations;
 - (b) Any act or omission characterized by international law as an international crime; or
 - (c) Any act or omission in the suppression or punishment of which every State is required by international law to co-operate.
3. If a provision, the object or execution of which infringes a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal objects of the treaty and is clearly severable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void.
4. The provisions of this article do not apply, however, to a general multilateral treaty which abrogates or modifies a rule having the character of *jus cogens* (CDI, 1963, v. II, p. 52).

Assim, os trabalhos preparatórios no seio da Comissão de Direito Internacional demonstram que as modificações de *jus cogens* cogitadas inicialmente seriam a ab-rogação ou a emenda e, ainda, que tal alteração se faria por meio de um tratado multilateral geral. Contudo, a Comissão adotou posição mais cautelosa quando o artigo 13 foi alterado, transformando-se no art. 37⁷¹, pois os comentários ao referido dispositivo asseveram que “seria claramente errado considerar mesmo as regras de *jus cogens* como imutáveis e incapazes de modificação sob a ótica de desenvolvimentos futuros” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 199, tradução nossa), excluindo-se os termos ab-rogação e emenda. Ainda, a Comissão reiterou que tal modificação possivelmente se tornaria efetiva pela conclusão de um tratado multilateral geral, mas deixou claro que tal tratado estaria fora do escopo do art. 37, acrescentando-se a expressão “que só pode ser modificada por meio de uma norma subsequente de direito internacional geral com o mesmo caráter” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II), que foi consagrada, com poucas alterações na versão final do texto da Convenção, no art. 53.

Diante da falta de clareza acerca da modificação das normas de *jus cogens*, é possível afirmar que a aquiescência a tal possibilidade foi apenas tácita, visto que apenas as delegações do México, Grécia, Gana e Índia apoiaram explicitamente esta abordagem na Conferência de Viena (SZTUCKI, 1974). É importante mencionar a objeção articulada pela delegação da Tanzânia no sentido de que “uma regra de *jus cogens* não pode ser modificada. Novas normas de *jus cogens* iriam, é claro, surgir no futuro, mas elas apenas seriam adicionadas às normas anteriores e não poderiam jamais derogar aquelas em existência” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. I, p. 321, tradução nossa). De fato, a tentativa de resposta fornecida pelo Relator Especial à objeção tanzaniana somente confirma a pertinência do questionamento pois, ao afirmar que “a recente definição internacional do crime de pirataria, dada na Convenção sobre o Alto Mar, modificou o conceito de pirataria como expresso no direito interno de certos países” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969, v. I, p. 328, tradução nossa), fica

⁷¹ Article 37 - Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character (CDI, 1963, v.II, p. 198).

evidente que o conceito convencional de pirataria não modificou a definição costumeira anterior, mas sim a expandiu, sem afetar o escopo anterior das obrigações internacionais nesta matéria⁷² (SZTUCKI, 1974). Isto significa, basicamente, que nem o então relator especial conseguiu aventar uma hipótese plausível de modificação das normas de *jus cogens*. Não é de surpreender, desta maneira, que essa possibilidade seja considerada no mínimo irrealística.

É difícil, de fato, conceber uma efetiva modificação das normas de *jus cogens* que não seja, na verdade, *jus cogens superveniens*, apenas somando-se às já consagradas normas desta natureza. Contudo, a ideia da modificação de normas peremptórias parece ter sido aceita – mesmo que tacitamente- embora ela apresente diversas dificuldades quando analisada de um ponto de vista prático. Em primeiro lugar- assumindo que tal processo é possível - cumpre questionar como tal modificação operaria e quais seriam os seus efeitos. Neste sentido, pode se tomar a posição da Comissão de Direito Internacional como ponto de partida, perguntando se seria possível, de fato, modificar uma norma de *jus cogens* através de um tratado multilateral geral.

Conforme salientam Onuf e Birney (1974, p. 192, tradução nossa), “nas poucas ocasiões nas quais alguém se referiu a este problema, a solução proferida é simples o suficiente”, remetendo-se, em regra, aos supramencionados comentários ao projeto de artigos feitos pela Comissão e à menção da possibilidade de modificação de uma norma peremptória por meio de um tratado multilateral geral. As raras menções doutrinárias a esta possibilidade são divergentes, mas os posicionamentos mais enfáticos chocam-se com a perspectiva da Comissão de Direito Internacional. Enquanto Ian Brownlie sustenta que as normas peremptórias “não podem ser postas de lado por tratado ou aquiescência”, Onuf e Birney afirmam que a possibilidade de uma norma imperativa ser modificada por um tratado subsequente é “uma solução de araque, pois as convenções não criam normas peremptórias por direito próprio” (ONUF; BIRNEY, 1974, p. 172, tradução nossa). Os referidos autores são enfáticos ao dizer que “se aceitarmos o entendimento usual do

⁷²Menciona-se, ainda, que o Relator Especial utilizou exemplos de provisões do direito nacional que, de qualquer maneira, não se qualificam como *jus cogens* internacional (SZTUCKI, 1974)

termo “direito internacional geral”, essa conclusão é inescapável” (ONUF; BIRNEY, 1974, p. 172, tradução nossa).

Há, ainda, o problema evidente trazido pela própria redação do art. 53 da Convenção, pois ele justamente traz a nulidade de tratados que conflitem com normas de *jus cogens*, ou seja, caso um tratado hipotético buscasse modificar uma norma imperativa existente, ele seria nulo em virtude da própria existência de tal norma de *jus cogens*, nos termos da Convenção. Tal paradoxo é evidenciado pela opinião de Jerzi Sztucki:

Contrariamente à sua própria teoria, os redatores declararam, entretanto, que tais atos ilegais poderiam, ao contrário, contribuir para a modificação válida da norma peremptória em questão. Portanto, o conceito de modificação de normas peremptórias significa, em um sentido, a aceitação da tese de que *ex injuria jus oritur*. Talvez seja um exagero sustentar que esta tese não tenha lugar algum nas relações internacionais. Entretanto, parece claro que não era a intenção dos redatores enfatizar o papel criativo da ilegalidade. De qualquer maneira, a proposição de que normas de *jus cogens* podem ser validamente modificadas por tratados, ao invés de estabelecer limites para a sua validade, torna todo o conceito de normas peremptórias virtualmente sem significado (SZTUCKI, 1974, p.111, tradução nossa)

Aceitando, contudo, a história legislativa do que veio a ser o art. 53- que, em versões anteriores chegou a ter dispositivo que consagrava explicitamente a não-aplicação da nulidade para tratados que buscassem a ab-rogação ou modificação de normas de *jus cogens*⁷³- podem se cogitar alguns cenários nos quais isso seria possível, apesar de muito pouco provável. Em primeiro lugar, é importante lembrar que tal processo ocorreria no marco de um tratado multilateral geral, mas tais tratados não adquirem força jurídica *erga omnes*, especialmente em respeito à regra do *pacta tertiis* consagrada no art. 34 da Convenção de Viena, ou seja, tais tratados multilaterais gerais não podem, *per se*, serem considerados uma fonte direta de qualquer norma universalmente vinculante de direito internacional (SZTUCKI, 1974). Considerando-se ainda que tais tratados seriam a mera expressão da vontade da “comunidade de Estados como um todo”, requisito expresso no art. 53, estudos demonstram que a média de Estados-partes de um tratado multilateral geral é de cerca da metade dos países do mundo (SZTUCKI, 1974), e não parece fazer muito sentido considerar que a vontade desta parcela representa a opinião do todo.

⁷³ Antigo art. 13. Vide supra.

Consideremos, entretanto, a possibilidade de que um tratado multilateral geral poderia expressar a vontade da comunidade de Estados como um todo. De fato, existindo uma norma de *jus cogens*, sua modificação por um tratado pressuporia, em primeiro lugar, um consenso generalizado de toda a comunidade de Estados sobre (a) o conteúdo da norma existente (b) o conteúdo a ser modificado e (c) o caráter peremptório desta norma pós-modificação, uma hipótese de difícil ocorrência na prática. Além disso, mesmo os autores mais otimistas acerca desta possibilidade levantam ainda outras questões a serem pensadas. Este é o caso de Riesenfeld (1966), que afirma que certamente uma norma peremptória pode ser objeto de substituição por uma norma não-peremptória, sendo que a regra logrando esta mudança no *status* seria ela mesma não-peremptória. Contudo, o autor conclui que “a questão essencial é quão difundida a aceitação de tal *capitis diminutio* deveria ser” (RIESENFELD, 1966, p. 514-515, tradução nossa), trazendo um questionamento interessante: o que ocorre com a norma de *jus cogens* que sofre a modificação? Ela perde seu status peremptório, tornando-se uma “simples” norma de direito internacional geral, conforme sugere Riesenfeld, ou ela deixa de existir como um todo? Tais questionamentos não encontram resposta na análise dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, nem na doutrina ou na jurisprudência.

Se a modificação de uma norma de *jus cogens* por meio de um tratado já apresenta dificuldades de concretização, o cenário não é diferente com relação à possibilidade de alteração de uma norma imperativa pelo costume internacional. Apesar desta hipótese contar com apoio de doutrinadores renomados, como Ian Brownlie, para quem as normas peremptórias só podem ser postas de lado “pela formação de uma regra costumeira subsequente de efeito contrário” (BROWNLIE, 2008, p. 488, tradução nossa), ela possui muitos pontos altamente controversos.

A primeira dificuldade em se aceitar a modificação de uma norma de *jus cogens* pelo costume internacional está na verificação dos requisitos da própria norma costumeira, *usus* e *opinio iuris*, tanto na norma a ser modificada quanto na norma “modificante”. Os Estados deveriam alterar a sua conduta, deixando de respeitar a norma a ser modificada e começando a guiar seus atos de maneira a

contemplar a norma “modificante”, e o mesmo processo deveria ocorrer com o segundo requisito, pois os Estados deveriam não mais possuir a convicção de que a norma imperativa a ser modificada é juridicamente adequada e cogente, mas sim que estes requisitos agora se encontram na norma modificante. Mais uma vez, este panorama é consideravelmente improvável em ambos os requisitos da norma costumeira.

No tocante ao requisito objetivo- a prática estatal- qualquer ato unilateral conflitando com ao *jus cogens* existente seria nulo, assim como qualquer acordo derogatório, que seria igualmente nulo e não geraria quaisquer consequências jurídicas, e mesmo que esses atos se repetissem, eles não trariam resultados jurídicos tangíveis, sendo “difícilmente aceitável pensar sobre a modificação de *jus cogens* por atos para os quais o próprio *jus cogens* constitui um padrão e medida de legalidade, determinando a sua própria existência” (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 129, tradução nossa). Quando ao requisito subjetivo, Van Hoof (1966) alerta que os Estados não são livres para retirar a sua *opinio iuris cogentis*, pois tal mudança requereria a mesma maioria esmagadora que é necessária para a aceitação e reconhecimento da regra – o que se confirma pelo requisito da regra “de mesmo caráter” do art. 53 - e até que isto ocorra qualquer tentativa de retirada da *opinio iuris cogentis* deve ser considerada como uma violação em si. Como bem concluem Onuf e Birney,

No caso de normas [de *jus cogens*] que surgem pelo meio do costume, tal desenvolvimento é dificilmente concebível. Para que qualquer norma imperativa estabelecida fosse algum dia ser mudada através de uma prática subsequente em contrário, deveria haver uma exibição completa de cogência naquilo que é só um padrão normativo nascente, apenas discernível. Sem cogência manifesta, o efeito jurídico seria negado por uma questão de lógica. Se, no entanto, o padrão normativo persistisse e reunisse cogência com o passar do tempo, teria que se admitir que a norma anterior não era peremptória afinal de contas, mas foi apenas confundida como tal (ONU; BIRNEY, 1974, p. 192, tradução nossa)

Segundo Van Hoof, “como as normas de *jus cogens* estabelecem as normas mais básicas de uma de uma sociedade, mudanças drásticas de regras peremptórias existentes não podem ser esperadas frequentemente e/ ou rapidamente” (VAN HOOFF, 1983, p. 167, tradução nossa). Dado o caráter essencial atribuído a tais normas, a sua modificação não seria algo corriqueiro, pois isso

significaria uma alteração significativa no conjunto de valores mais essenciais que a sociedade internacional busca salvaguardar. De fato, conforme coloca Orakhelashvili (2006) é possível concluir que, embora possa ser teoreticamente possível alterar uma norma de *jus cogens* existente, isso é dificilmente concebível na prática, inexistindo exemplos visíveis e críveis a este respeito. Mais uma vez constata-se que o regime jurídico relativo às normas peremptórias está longe de ser compatível com a realidade.

1.2.4. A problemática relativa à Identificação das normas de *jus cogens*

As incertezas relativas às possíveis fontes das normas peremptórias refletem-se também na própria identificação de quais normas pertenceriam a esta categoria. Considerando que o conceito de *jus cogens* é envolto em dúvidas e imprecisões, as oportunidades para que tais normas sejam invocadas pelos Estados são bastante raras, e, de fato, toda esta insegurança resultou na ausência de uma prática estatal efetiva que servisse para desenvolver exemplos nos quais a violação de normas peremptórias acarretasse a nulidade de um tratado. Cumpre analisar, a partir de agora, se é possível determinar quais normas pertenceriam, especificamente, à categoria de *jus cogens*. Para tanto, inicialmente serão estudadas as normas cogitadas antes e após positivação do art. 53, especialmente no âmbito dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e das análises feitas pela doutrina.

1.2.4.1 Normas elencadas antes da consolidação do art. 53

A falta do tipo de prática estatal que solidificaria o *jus cogens* no direito internacional “reflete-se na ausência de listagens de *jus cogens* nos textos de direito internacional e nos tratados publicados antes das normas peremptórias serem endossadas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1953” (HAIMBAUGH, 1987, p. 209, tradução nossa). Tais listagens de normas de *jus*

cogens também não são encontradas nos dicionários jurídicos anteriores a 1953, e, da mesma forma, as cortes internacionais – à exceção da opinião separada do juiz Schucking, da Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Oscar Chinn, em 1934- também não mencionam as normas peremptórias (HAIMBAUGH, 1987).

A análise da história legislativa das normas de *jus cogens* demonstra que a dificuldade em identificar com precisão quais normas pertenceriam a esta categoria fez-se presente desde o início das discussões sobre o tema. Em 1958, Fitzmaurice, então relator do projeto de artigos sobre o Direito dos Tratados que mencionou pela primeira vez o *jus cogens* de maneira expressa⁷⁴, afirmava que “não é possível- e nem necessário para os presentes propósitos- declarar exhaustivamente quais são as regras de direito internacional que têm caráter de *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 40-41, tradução nossa), mas que, apesar disso, era possível identificar uma característica comum em todas ou ao menos na maioria das normas desta espécie, que era o fato delas evidentemente envolverem não apenas regras jurídicas, mas também considerações morais e da boa ordem internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II)

Após distinguir as normas de *jus cogens* – que são mandatórias e imperativas em quaisquer circunstâncias – do *jus dispositivum* – cuja variação ou modificação sob um regime pactuado é permitida, desde que a posição e os direitos dos Estados não sejam afetados⁷⁵- Fitzmaurice exemplificou situações de violações ao *jus*

⁷⁴ O artigo 16.2 do referido projeto estatua que “It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v.II, p.27)

⁷⁵ This distinction not always made clear in the authorities, with the result that many statements to the effect that treaties are void if “contrary” to international law become misleading. Contrary in what sense, is the question. In actual fact, a very large part of international law falls within the second of the above-mentioned categories. For instance, there would be nothing to prevent two States agreeing on a mutual discontinuance of any claim to diplomatic privileges and immunities for their missions or personnel in each other's territories (a sort of permanent and standing waiver), but both would of course be obliged to continue granting full privileges and immunities to the representatives of other countries. Or again, if the correct limit of territorial waters under general international law is x miles, there is nothing to prevent two States from agreeing that, as between themselves, they will apply a limit of x -\ y miles, provided that they do not attempt to apply the latter limit in respect of the ships or nationals of third countries. It is therefore only as regards rules of international law having a kind of absolute and non-rejectable character (which admit of no “option”) that the question of the illegality and invalidity of a treaty inconsistent with them can arise. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, p. 40)

cogens, que levariam à ilegalidade de um tratado: caso dois países pactuassem que, em futuras hostilidades entre eles, nenhum lado deveria fazer prisioneiros de guerra, e que todas as pessoas capturadas poderiam ser executadas, ficava claro que, mesmo que tal acordo fosse aplicado só entre as partes, e não em relação a nenhum outro Estado, mesmo assim ele seria ilegal e nulo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II). Assim, o relator constatou que “a maioria dos casos nesta classe são casos nos quais a posição do indivíduo está envolvida, e onde as regras infringidas são regras instituídas para a proteção do indivíduo” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 40, tradução nossa).

Prosseguindo em sua exposição, Fitzmaurice afirma que, considerando que o planejamento de guerras de agressão é ilegal, um acordo entre dois Estados para atacar um terceiro em circunstâncias que constituíssem agressão seria ilegal e nulo, assim como uma convenção na qual pactua-se que um Estado não interferirá caso o outro Estado comande que seus navios pratiquem atos de pirataria em mar aberto, dado que é um princípio de direito internacional que é dever de cada Estado proibir suas embarcações de cometerem pirataria em alto mar (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II). Portanto, parece acertado afirmar que as hipóteses inicialmente aventadas no seio da Comissão de Direito Internacional para as normas de *jus cogens* incluíam as violações a normas internacionais de proteção aos indivíduos, agressão e pirataria.

O projeto de 1963 inovou por trazer de forma explícita em seu texto quais ações significariam uma violação às normas de *jus cogens*. Desta forma, o parágrafo 2 do artigo 13 determinava que um tratado seria contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou execução envolvesse: a) o uso ou ameaça de uso da força em contravenção aos princípios da Carta das Nações Unidas; b) qualquer ato ou omissão caracterizado pelo direito internacional como um crime internacional; ou c) qualquer ato ou omissão na supressão ou punição com os quais cada Estado é requerido a cooperar por força do direito internacional. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II).

Contudo, o relator Waldock apontava que a formulação do referido dispositivo não estava isenta de problemas, pois inexistia até então (e, de fato, não existe até

hoje) um critério amplamente aceito para a identificação do caráter de *jus cogens* de uma regra geral do direito internacional, sendo inegável que a maioria das normas gerais de direito internacional não possuem tal qualidade, podendo os Estados afastá-las através de tratado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Sir Lauterpacht, por exemplo, apesar de enfatizar que os Estados possuíam vasta liberdade para modificar a aplicação de uma norma costumeira entre eles através de um tratado, propôs um critério mais amplo, que considerava nulo um tratado se sua execução envolvesse um ato ilegal do ponto de vista do direito internacional, um conceito que, na perspectiva de Waldock, precisava ser melhor delimitado, evitando, por exemplo, que qualquer tratado infringindo os direitos anteriores dos Estados fosse considerado nulo *ipso facto* (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II).

Assim, na opinião de Waldock à época, “o tempo não parece maduro para se tentar codificar as possíveis categorias de tratados “ilegais”. O aparecimento do conceito de *jus cogens* é comparativamente recente, enquanto o direito internacional está em um estágio de rápido desenvolvimento” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 53, tradução nossa), sendo mais prudente declarar em termos gerais a regra de que um tratado é nulo caso conflite com um a norma de *jus cogens*, deixando o conteúdo de tal norma para ser trabalhado e desenvolvido pela prática dos Estados e pela jurisprudência (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Por outro lado, o relator considerou que poderia haver alguma vantagem em indicar, através de exemplos, alguns casos nos quais os tratados seriam considerados nulos em razão de sua inconsistência com o *jus cogens*, e explicou os termos do parágrafo 2 do artigo 13 da seguinte maneira:

O primeiro, o uso ilegal da força, dificilmente precisa de explicação; os princípios declarados na Carta [das Nações Unidas] são geralmente aceitos como expressando não somente as obrigações dos Estados-membros das Nações Unidas, mas regras gerais de direito internacional dos dias de hoje relacionadas ao uso da força. O segundo também fala por si; se um tratado contemplar a execução de um ato criminoso do ponto de vista do direito internacional, seu objeto é claramente ilegal. O terceiro exemplo também pareceria evidente. Onde o direito internacional, como nos casos de tráfico de escravos, pirataria e genocídio, impõe uma obrigação geral sobre cada Estado de cooperar na supressão e punição de certos atos, um tratado contemplando ou conspirando no seu cometimento deve ser claramente maculado com a ilegalidade” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 53, tradução nossa).

É importante salientar que o rol apresentado não era considerado exaustivo, sendo, nas palavras de Waldock, apenas aplicações particulares do princípio de que a violação de uma norma de *jus cogens* deve levar à nulidade de um tratado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Entretanto, a lista de exemplos trazida no então artigo 13 do projeto sobre o direito dos tratados foi mais tarde excluída, e os textos posteriores não trouxeram menção expressa a quais normas seriam parte do *jus cogens*, pois a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas preferiu declarar em termos gerais a regra de que um tratado é nulo caso conflite com uma regra de *jus cogens*, deixando o conteúdo desta regra a ser trabalhado pela prática dos Estados e pela jurisprudência dos tribunais internacionais⁷⁶ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

A apresentação do projeto à Assembleia Geral das Nações Unidas possibilitou que diversos países se manifestassem acerca do texto proposto que, após algumas alterações, passou a trazer as disposições concernentes às normas de *jus cogens* em seu artigo 37. Portugal, ao concordar com a retirada da lista de exemplos do artigo relativo às normas de *jus cogens*, mencionou as categorias de crimes contra o direito internacional, de ofensas que constituíssem violações aos direitos humanos ou do princípio da autodeterminação dos povos como pertencentes às normas peremptórias, mesmo não apoiando a enumeração de exemplos na redação do artigo, enquanto o governo turco considerou que os exemplos trazidos nos comentários da Comissão eram incompatíveis com a realidade, pois os Estados não concluem tratados pactuando o uso da força, crimes, tráfico de escravos e genocídio (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

A delegação filipina considerou que os direitos humanos e o direito à autodeterminação eram a essência do *jus cogens*, posição partilhada pela Espanha, que reputou sábia a não identificação de normas específicas como peremptórias pois, na opinião de seu governo, a resolução 1881 (XVIII) da Assembleia Geral

⁷⁶ Segundo Waldock, tal decisão, tomada na 15ª sessão da Comissão, justificava-se em razão de que uma tentativa de estabelecer, mesmo seletivamente, uma lista de normas de *jus cogens*, poderia envolver um estudo prolongado de assuntos e matérias que pertencem a outros ramos do direito internacional tratado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

condenando certas violações aos direitos humanos já reconhecia estas regras na prática (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II). Os representantes da Ucrânia julgaram que o referido artigo poderia ser um critério adequado para identificar tratados incompatíveis com os princípios da Carta das Nações Unidas e com a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Povos e Países Coloniais (Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral), opinião similar à dos representantes da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, para quem os tratados leoninos, como aqueles que existiram entre alguns novos Estados e suas antigas metrópoles, deveriam ser proibidos, pois tratados concedendo independência mas acompanhados por reservas seriam contrários ao princípio da igualdade entre os povos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II).

Embora muitos representantes dos Estados e membros da Comissão tenham sentido que poderia existir alguma vantagem em especificar algumas das mais óbvias e melhor estabelecidas normas de *jus cogens* para indicar, através destas ilustrações⁷⁷, sua natureza geral e seu escopo, outros membros defenderam o ponto de vista oposto, pois consideraram que, se exemplos fossem fornecidos, isto poderia parecer uma limitação no alcance do artigo em relação aos casos envolvendo atos que constituem crimes para o direito internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II). Assim,

A Comissão decidiu contra a inclusão de quaisquer exemplos de regras de *jus cogens* por duas razões. Primeiro, a menção de alguns casos de tratados nulos por conflitarem com uma regra de *jus cogens* poderia, mesmo com a redação mais cuidadosa, levar a mal-entendidos em relação à posição concernindo outros casos não mencionados no artigo. Em segundo lugar, se a Comissão fosse tentar elaborar, mesmo de maneira seletiva, uma lista de regras de direito internacional que devem ser consideradas como tendo o caráter de *jus cogens*, ela poderia se achar envolvida em um prolongado estudo sobre matérias que recaem fora do escopo dos presentes artigos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 248, tradução nossa).

Apesar do texto que viria a se tornar o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não contar com amostras de normas peremptórias,

⁷⁷ Examples suggested included (a) a treaty contemplating an unlawful use of force contrary to the principles of the Charter, (b) a treaty contemplating the performance of any other act criminal under international law, and (c) a treaty contemplating or conniving at the commission of acts, such as trade in slaves, piracy or genocide, in the suppression of which every State is called upon to co-operate [...] treaties violating human rights, the equality of States or the principle of self-determination were mentioned as other possible examples. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 248).

Haimbaugh (1987) afirma que 26 das 66 delegações que participaram da conferência que aprovou o texto final sugeriram diversos exemplos. Segundo Sztucki (1974) a proibição da ameaça ou uso da força contrárias à Carta das Nações Unidas ou de guerra ilegal ou agressiva foi sugerida como exemplo de *jus cogens* por treze delegações presentes; a soberania dos Estados, refletida na igualdade e na independência, foi apoiada por sete delegações; a não-intervenção nos assuntos domésticos de outros Estados foi proposta por 5 países diferentes; o tratamento humanitário das vítimas de guerra foi listado por quatro países; a proibição do colonialismo, o princípio da solução pacífica de controvérsias (art. 33 da Carta da ONU), a manutenção da paz e da segurança internacional entre as nações e a proibição de tratados desiguais foram apoiados por duas delegações, em composições diversas, enquanto a proibição da destruição da soberania territorial, a independência política do Estado, o direito à legítima-defesa, a liberdade do alto-mar, as regras sobre relações diplomáticas presentes na Convenção de Viena de 1961 e aquelas sobre relações consulares, previstas na Convenção de Viena de 1963, foram mencionadas por uma delegação cada (HAIMBAUGH, 1987).

Além de exemplos de normas peremptórias destinadas a garantir a segurança e a independência dos Estados, as delegações presentes em Genebra também identificaram normas de *jus cogens* destinadas à proteção dos direitos individuais, como a proibição do genocídio (proposta por treze delegações), da escravidão ou tráfico de escravos (12 delegações) e da pirataria (seis delegações), além de menções à proibição da discriminação, privação arbitrária da vida ou propriedade e os direitos humanos de maneira geral.(SZTUCKI, 1974). O que se percebe é que, desde o início da discussão sobre o tema, havia pouco consenso no tocante a quais normas fariam parte da categoria do *jus cogens*, e que a decisão de não trazer tal listagem no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 teve justamente o efeito que buscava suprimir: ao não se esclarecer um corpo mínimo de normas peremptórias, inibiu-se a certeza necessária para a efetiva utilização do instituto no direito internacional.

1.2.4.2 As Normas Elencadas pela Doutrina

Se a identificação de quais normas teriam caráter imperativo no âmbito da Comissão de Direito Internacional e da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados já era um assunto no qual existiam grandes divergências e uma miríade de propostas, o cenário não era diferente no campo doutrinário e, de fato, tais imprecisões permanecem até os dias de hoje. Como será visto a seguir, o rol de normas consideradas peremptórias variava amplamente desde suas primeiras formulações teóricas.

Considerado o pai intelectual do conceito das normas de jus cogens, Alfred Verdross (1966) entendia que, à primeira vista, todos os tratados prejudicando os direitos de terceiros Estados pareciam ser contrários ao jus cogens, e que tais tratados eram ilegais se os terceiros Estados não dessem o seu consentimento, mas nem todos eles eram, de fato, proibidos por uma regra de jus cogens. Assim, embora considerasse que todos os Estados pudessem em princípio renunciar aos seus direitos, Verdross (1966) salientava a existência de uma exceção, pois um Estado não pode renunciar aos direitos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais, como, por exemplo, o fato de que todos os Estados estão obrigados pelo direito internacional geral a proteger os estrangeiros e a manter, portanto, a ordem pública em seus territórios, razão pela qual eles não podem obrigar a si mesmos a reduzir a sua polícia ou seus tribunais de maneira a preveni-los de manter a ordem pública. Desta forma, “como esta regra existe no interesse de toda a comunidade internacional, ela tem o caráter de jus cogens” (VERDROSS, 1966, p. 58, tradução nossa).

Verdross também afirmava que “um grupo muito importante de normas que têm o caráter de jus cogens são todas as regras de direito internacional geral criadas com um propósito humanitário” (1966, p. 59, tradução nossa) e, baseando-se na opinião consultiva da Corte Internacional relativa às reservas à Convenção contra o Genocídio, constatou que tais convenções não são criadas no interesse de Estados individuais, mas no mais alto interesse da humanidade como um todo, razão pela qual “todos os tratados concluídos em violação às convenções relativas à escravidão, tráfico de mulheres e crianças, ou os direitos dos prisioneiros de guerra são nulos” (VERDROSS, 1966, p. 59, tradução nossa). Conforme explica Verdross

(1966), tais tratados são nulos mesmo que os Estados que façam parte deles não tenham ratificado as convenções humanitárias, pois os princípios humanitários subjacentes a estas convenções são princípios básicos de direito internacional geral com o caráter de *jus cogens*. Ainda, neste sentido, Verdross esclarece que

Princípios humanitários internacionais que já existiam antes da segunda guerra foram aumentados pela Carta das Nações Unidas ao reafirmar a “fé em direitos humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana, nos direitos iguais de homens e mulheres” e pelo seu propósito de promover e encorajar “o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção relativa à raça, sexo, língua ou religião”. Nem todos os direitos humanos, proclamados na Declaração dos Direitos Humanos e aceitos pela Assembleia Geral, são reconhecidos pelo direito internacional geral. Não se pode negar, entretanto, que uma violação aberta e permanente de direitos humanos fundamentais é uma violação à Carta, pois os Estados Membros são obrigados, em razão do seu artigo 56, a cooperar com a Organização das Nações Unidas para a realização dos propósitos estabelecidos no artigo 55. Entre os propósitos lá indicados encontramos “o respeito universal pelos, e a observância dos, direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (VERDROSS, 1966, p. 59, tradução nossa)

Verdross (1966) também considera que mais um grupo de regras tendo o caráter de *jus cogens* foi introduzido pela Carta da ONU, relacionando-se com o uso da força e sendo composto por três regras interconectadas: a primeira obriga os Estados-Membros abster-se nas suas relações internacionais da ameaça ou uso da força que não seja na autodefesa coletiva ou individual (artigo 2, parágrafo 4, e artigo 51); segunda obriga os Estados-Membros a solucionar suas disputas internacionais por meios pacíficos (artigo 2, parágrafo 3), e a terceira regra obriga os Estados-Membros a dar às Nações Unidas toda a assistência em qualquer ação tomada em conformidade com a Carta e a abster-se de dar assistência a qualquer Estado contra o qual uma ação preventiva ou coercitiva tenha sido tomada (artigo 2, parágrafo 5). Para Verdross, “é claro que estas regras existem no interesse comum de toda a humanidade. Portanto tratados bilaterais ou multilaterais concluídos em violação a estas normas são nulos” (1966, p. 60, tradução nossa), e as partes contratantes não estão vinculadas *inter se* por tais tratados pois nunca a Corte Internacional ou um tribunal arbitral os consideraria válidos (VERDROSS, 1966).

Desenvolvimentos doutrinários posteriores ampliaram ainda mais o rol de normas consideradas como *jus cogens*. Whiteman (1977), mesmo ressaltando a dificuldade em elencar quais normas pertenceriam ao *jus cogens*, afirma a

necessidade de clarificar a utilização de tais normas no direito internacional, sendo a sua identificação o ponto inicial deste processo. A lista composta por Whiteman, contendo condutas já proibidas ou que deveriam ser coibidas futuramente, incluía o genocídio, a escravidão e o tráfico de escravos, a pirataria, o terrorismo político no exterior, incluindo atividades terroristas, o sequestro de aeronaves, o recurso à guerra, salvo em legítima defesa, a ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou independência política de outro Estado (intervenção), agressão armada, o reconhecimento de situações produzidas pela força, incluindo frutos da agressão, disposições de tratado impostas pela força, crimes de guerra ("ordens superiores" prima facie nenhuma resposta para crimes de guerra), crimes contra a paz e a humanidade ("ordens superiores" prima facie sem resposta), crimes contra a paz e/ou a segurança da humanidade, dispersão de germes, com vista a prejudicar ou extinguir a vida humana, todos os métodos de destruição em massa (incluindo armas nucleares) utilizados para outros fins que não pacíficos, contaminação do ar, mar ou terra, com o objetivo de torna-los nocivos ou inúteis para a humanidade, modificação hostil do clima, apropriação do espaço exterior e/ou corpos celestes, rompimento de comunicações internacionais com o objetivo de perturbar a paz, guerra econômica com a finalidade de perturbar: (a) os sistemas bancários do mundo; (b) as moedas do mundo; (c) a oferta mundial de energia, ou (d) oferta de alimentos do mundo. (WHITEMAN, 1977)

Alguns autores – menos criativos e possivelmente mais sensatos- como Haimbaugh (1987), afirmaram que, a partir de raízes pouco profundas, o *jus cogens* se desenvolveu em dois ramos principais, ambos com muitas derivações: a proibição de tratados que enfraquecem a independência e a segurança de um Estado, e os tratados que pretendem privar os indivíduos do seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade sem o devido processo legal.

Na opinião de Antônio Cassese (2012), quando a noção de *jus cogens* emergiu, ocorreu um entendimento claro no sentido de que um núcleo de regras internacionais pertencia a esta categoria, tais quais aquelas banindo o genocídio, a escravidão, a discriminação racial, a agressão, negação forçada de autodeterminação, aquisição de território pelo uso da força, etc. O jurista italiano afirma que, com o passar dos anos, órgãos nacionais e internacionais têm sugerido

que outras regras também gozam do caráter de norma peremptória, como a proibição de tortura e do tráfico de escravos o direito à vida, o direito de acesso à justiça, o direito de qualquer pessoa presa ou detida ser levada imediatamente perante um juiz, a proibição de *refoulement*, de penalidades coletivas e o princípio da responsabilidade pessoal em matérias criminais (CASSESE, 2012).

Notório defensor dos Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu curso de 2005 na Academia de Haia, asseverou que o Direito Humanitário pertence ao domínio do *jus cogens*, assim como a proibição absoluta de tortura. Cançado Trindade ainda conclui que a declaração de Cartagena de 1984 sobre Refugiados também consagrou o princípio do *non refoulement* como *jus cogens*, colocando-o “acima de considerações políticas tanto dos Estados como de órgãos políticos de organizações internacionais” (CANÇADO TRINDADE, 2005, v. I, p. 165, tradução nossa).

Opiniões interessantes e dignas de nota são expostas por Christian Tomuschat, para quem “todo Estado tem direito, no mínimo, ao respeito pela sua integridade territorial. Portanto, se e quando um novo Estado passar a existir, ele deve ser capaz de invocar a proteção desta regra de *jus cogens* (TOMUSCHAT, 1999, p. 120, tradução nossa). Prosseguindo em seu elenco de normas de *jus cogens*, Tomuschat continua:

É realmente uma constatação histórica que os governos corruptos podem estar inclinados a ceder a riqueza de seus países se apenas as necessidades pessoais dos seus membros forem satisfeitas. Em tais casos, deve haver a possibilidade de invocar a soberania permanente, que encapsula um direito das pessoas em questão, em conformidade com o artigo 1 (2) dos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos:

"Todos os povos podem, para seus próprios fins, dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do benefício mútuo e do direito internacional."

Assim, por exemplo, um acordo que exclua a expropriação para sempre, de modo que ela nunca possa ser invocada, violaria a regra de *jus cogens*. Esta cláusula significa que os interesses privados prevalecem, como uma servidão permanente, sobre a vontade democrática do povo em questão. Por outro lado, não pode haver nenhuma objeção se a expropriação é excluída por um período limitado de tempo, a fim de dar um investidor a segurança necessária para o seu planejamento. (TOMUSCHAT, 1999, p. 186-187, tradução nossa).

Tomuschat (1999) não só elenca quais normas pertenceriam ao jus cogens, mas também é explícito ao dizer que a igualdade soberana não é um princípio de jus cogens, pois o autor considera que Estados são livres para estabelecer regras convencionais especiais que prevejam responsabilidades diferenciadas, especialmente em organizações internacionais. Finalmente, Tomuschat também conclui que “a autodeterminação é entendida como um princípio categórico, requerendo respeito e observância ilimitados por conta do seu caráter de jus cogens” (TOMUSCHAT, 1999, p. 259, tradução nossa).

Diante de tão amplo rol de normas consideradas como jus cogens, parece pertinente colocação de Whiteman (1977) no sentido de que uma listagem, ou seja, a identificação de certas normas peremptórias existentes em um determinado período do tempo não pode ser feita com precisão completa, pois as normas peremptórias estão envoltas e limitadas a ser, em palavras, símbolos definíveis por interpretações que serão mais precisas com a passagem do tempo. Além disso, “como as mudanças e desenvolvimentos enquanto civilização avançam, tal listagem não pode nunca ser completamente invariável ou exaustiva” (WHITEMAN, 1977, p. 625, tradução nossa).

Apesar da abundância de condutas elencadas como normas de *jus cogens*, a ausência de um conteúdo específico para as normas peremptórias debilita profundamente as tentativas de aplicar tal conceito de maneira significativa e coerente, e os poucos doutrinadores que buscaram estabelecer critérios determinantes – seja com base nos valores que tais normas devem proteger ou quais requisitos ela deve preencher – o fizeram com base em noções vagas ou sem esclarecer certos pressupostos fundamentais, como a fundamentação teórica ou o procedimento pelo qual tais normas surgiriam (PETSCHKE, 2010). Ademais, em nenhum momento é feita qualquer tentativa, seja no âmbito da Comissão de Direito Internacional ou na doutrina, de se individualizar e definir especificamente o conteúdo normativo de uma norma “imperativa”: no que as proibições “*jus cogens*” ao genocídio, à tortura e aos crimes de agressão e contra a humanidade difeririam daquelas proibições às mesmas condutas já consagradas por normas costumeiras ou convencionais? Qual seria o seu alcance e que obrigações específicas justificariam o “plus” imperativo?

Percebe-se claramente que, através dos anos, o *jus cogens* tem sido utilizado como a panaceia do direito internacional, servindo de remédio para todos os males, com mais ou menos ênfase em determinadas condutas em razão do momento histórico. As normas peremptórias foram levadas pelos doutrinadores aos mais diversos campos, mas a identificação de tamanha variedade de objetos não parece contribuir para dar contornos claros e precisos ao instituto, sem os quais a sua aplicação será, no mínimo, temerária. Ausente qualquer especificidade em relação a tal caráter “imperativo”, é pertinente questionar em que medida dizer que tais proibições são “mais” proibidas por terem sido alçadas ao patamar de *jus cogens* tem algum reflexo para o direito internacional. Neste sentido, Dinah Shelton trouxe uma importante metáfora:

Em Manhattan, junto a um dos principais cruzamentos, o meio-fio em frente a uma parada de ônibus está pintado de vermelho, algo que é utilizado nos Estados Unidos para designar uma zona na qual é proibido estacionar. Em um poste próximo à parada de ônibus há uma placa dizendo “Proibido Estacionar”. Acima desta placa, um segundo letreiro avisa “Absolutamente Proibido Estacionar”. No topo, uma terceira placa diz “Nem Pense em Estacionar Aqui”. Se a primeira e a segunda placa podem ser tomadas para representar normas convencionais e costumeiras, a pergunta deve ser feita: o que a terceira placa acrescenta na prática, além de martelar uma repetição visual? Ela faz com que a lei que proíbe o estacionamento nas paradas de ônibus seja mais vinculante? Claro que não. Será que ela indica que as sanções serão mais severas? Possivelmente, mas nada nas placas revela que este seja o caso. Será que isso significa que a polícia vai passar com mais frequência para fiscalizar a proibição de estacionamento? Esta também é uma consequência possível, embora ela não seja um efeito claro a partir da leitura da placa. As questões provocadas pelas placas também podem ser perguntadas sobre a categoria do *jus cogens*. (SHELTON, 2006, p. 304, tradução nossa)

De fato, a primeira parte deste trabalho constatou que a “placa de imperatividade” nas normas de *jus cogens* fixa-se sobre uma base precária: não é possível traçar sua trajetória de maneira linear e coerente antes dos debates no quadro da Comissão de Direito Internacional, e sua história legislativa evidencia a falta de coesão e certeza que dominou os debates, culminando na posituação de uma norma cujo conteúdo era envolto em incertezas, e um exame minucioso de sua natureza jurídica demonstrou não haver consenso sobre sua base teórica, a impossibilidade de precisar seu modo de produção, dificuldades teóricas em relação às suas características essenciais (não-derrogabilidade e possibilidade de modificação por uma norma posterior de mesmo caráter) e, finalmente, ausência de um conteúdo normativo cuja caracterização específica justifique sua imperatividade.

Tomando os questionamentos colocados por Dinah Shelton, a segunda parte deste trabalho verificará quais são os efeitos que a “placa de sinalização” do *jus cogens*, apesar de precariamente afixada, realmente é capaz de produzir. Trataremos, portanto, de examinar se o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* é amparado por reais consequências advindas de sua utilização no âmbito do direito internacional.

2 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE *JUS COGENS* NO DIREITO INTERNACIONAL

Após analisar as origens, natureza jurídica, características fundamentais e identificação das normas de *jus cogens*, constatou-se uma série de incongruências e fragilidades conceituais que debilitam a perspectiva de que tais normas possuam, efetivamente, um caráter imperativo. Entretanto, Carrillo Salcedo (1997) salienta que a evolução da comunidade internacional e de sua ordem jurídica – o direito internacional- tiveram por consequência trazer à tona a insuficiência do direito internacional clássico -fundamentalmente individualista- e a necessidade de uma ordem comum adaptada às dimensões do planeta e encarregada de proteger o interesse geral e, conseqüentemente, os interesses supremos da humanidade, sendo tal panorama traduzido pela emergência das normas de *jus cogens*, fazendo-se necessário examinar quais são, realmente, os efeitos oriundos da aplicação de tais normas.

Segundo Christenson, “a efetividade encontra-se no cerne de qualquer novo mito unificador simbolizando a ordem pública cosmopolita” (1988, p. 608, tradução nossa), e segunda parte deste trabalho será dedicada, portanto, a averiguar se as chamadas normas imperativas efetivamente possuem alguma consequência prática, e em que medida elas influenciam a aplicação do Direito Internacional. Para tanto, inicialmente serão abordadas inicialmente as consequências da aplicação das normas de *jus cogens* mais aceitas e consolidadas pela doutrina, traduzindo-se na

abordagem de campos que contam com alguma regulamentação específica sobre o tema. De acordo com Haimbaugh, o conceito de *jus cogens* emergiu a partir de raízes superficiais, mas o primeiro ramo a se desenvolver foi aquele que determinou a nulidade de tratados que comprometessem a independência e a segurança do Estado (1987), fazendo de tal seara nosso primeiro objeto de análise, acompanhado daquele referente à responsabilidade internacional do Estado estrangeiro, já apontado por Giorgio Gaja como importante no contexto das normas de *jus cogens* (1981).

Ademais, como salienta Byers, “há uma tendência crescente de pensamento que considera que as normas de *jus cogens* têm efeitos incomuns” (1997, p. 215, tradução nossa) e, portanto, posteriormente serão examinadas as consequências controversas, debatíveis ou não pacíficas da aplicação das normas de *jus cogens*, examinando-se áreas que carecem de regulamentação específica mas que, apesar disso, foram objeto de extenso debate doutrinário e por vezes jurisprudencial. Neste sentido, discute-se se a imperatividade atribuída às normas de *jus cogens* teria o condão de conferir jurisdição a cortes domésticas e internacionais, e também a possibilidade de criação de uma hierarquia entre as fontes do direito internacional, culminando com a supremacia das normas de *jus cogens*. Tais hipóteses serão abordadas detalhadamente a seguir.

2.1 CONSEQUÊNCIAS CONSOLIDADAS

O termo consequências “consolidadas”, que intitula este capítulo, refere-se ao fato de que alguns efeitos oriundos da aplicação das normas de *jus cogens* encontram-se positivados, conferindo, em tese, maior grau de certeza e clareza quanto aos seus possíveis resultados. Desta forma, serão examinadas as consequências previstas para a aplicação das normas de *jus cogens* no âmbito dos tratados, regido pela Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, e no campo da responsabilidade internacional do Estado, que conta com o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Ato Ilícito, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2001.

2.1.1 *Jus cogens* e o Direito dos Tratados

Os tratados⁷⁸ constituíram-se, através dos tempos, em instrumentos privilegiados das relações de cooperação pacífica entre os Estados nos mais diversos domínios, como o político, econômico, comercial, estratégico, ecológico, científico, tecnológico, etc. Tal cooperação ganhou espaço, no século XX, como lógica subjacente à ordem jurídica internacional, suplantando a ótica de confronto ou coexistência do passado (NASSER, 2011). Neste sentido, conforme abordado na primeira parte deste trabalho, a Convenção de Viena de 1969 resultou de um esforço de codificação do direito internacional costumeiro (NASSER, 2011), sendo responsável por sistematizar e positivizar as normas relativas ao direito dos tratados⁷⁹ que, em sua maioria, já haviam sido consolidadas pela prática dos Estados, além de consagrar inovações neste campo.

Contudo, apesar de grande parte da Convenção se basear em normas costumeiras pré-existentes, dotadas por si de valor obrigatório para os Estados, a própria convenção limitou seu âmbito de aplicação (DUPUY, 2008). Assim, suas disposições se aplicam somente aos tratados ou convenções⁸⁰ – definidos em seu art. 2º como acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados – não incidindo sobre outros acordos similares envolvendo os demais sujeitos de direito

⁷⁸ Como leciona Dupuy (2008), ficamos tentados a dizer que os tratados sempre existiram, pois sua aparição está ligada historicamente ao surgimento de comunidades politicamente organizadas, que pela força das circunstâncias tiveram de relacionar-se umas com as outras, fazendo do tratado um instrumento quase que inerente às relações internacionais.

⁷⁹ Favaro e Valadão recordam que “a primeira Convenção internacional a versar o modo de celebração dos Tratados foi a de Havana [...] concluída em Cuba, em 20 de fevereiro de 1928, por ocasião da 6ª Conferência Internacional Americana. A Convenção de Havana foi incorporada ao ordenamento legislativo brasileiro mediante o Decreto nº 18.956 de 22 de outubro de 1929. Trata-se de uma Convenção que apresenta texto sumário sobre a celebração de tratados. Apesar disso, ela foi a mola propulsora para que em 1949, a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas iniciasse os estudos acerca do tema. Mediante esses estudos e a consulta aos Governos dos Estados, a Comissão elaborou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada em 23 de maio de 1969, na cidade de Viena, Áustria, ao final de uma conferência diplomática internacional convocada pela ONU” (2008, p. 2061).

⁸⁰ Como explica José Augusto Fontoura, “a denominação dos acordos não tem maiores implicações, podendo o tratado receber qualquer título, como, por exemplo, tratado, convenção, pacto ou protocolo, sem que isso tenha o condão de afastar, ou determinar, a cobertura pela Convenção de Viena” (2011, P. 09)

internacional com capacidade para celebrá-los, como organizações internacionais⁸¹, entes estatais e grupos beligerantes (FONTOURA, 2011) - e regidos pelo Direito Internacional, quer constem de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica- excluindo-se sobre outros meios de expressão ou consolidação da vontade estatal que não pertençam à categoria designada (FONTOURA, 2011), como acordos de sede, compromissos e acordos de cavalheiros⁸². Além disso, sendo a Convenção um tratado, seus próprios dispositivos⁸³ (WANDERLEY JR, 2011) determinam que ela obedece à regra do efeito relativo, vinculando apenas os Estados que a ratificaram, operando somente após a sua entrada em vigor, em 1980.

Como visto anteriormente, as normas de *jus cogens* fizeram sua primeira “aparição” formal precisamente no âmbito do direito dos tratados, na Convenção de Viena de 1969, fazendo-nos crer que este seria o campo por excelência para se verificar as consequências da aplicação das normas peremptórias. Faz-se mister, portanto, examinar quais seriam os efeitos das chamadas normas peremptórias em sua seara mais reconhecida e consolidada.

⁸¹ É importante mencionar a existência da Convenção de Viena de 1986 sobre do Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Tal documento reproduz em grande parte o texto da Convenção de Viena de 1969, inclusive os dispositivos relativos ao *jus cogens*. Seu art. 85 requer a ratificação da mesma por 35 Estados para a sua entrada em vigor, mas até setembro de 2014, o documento havia sido ratificado por 31 Estados e 12 Organizações Internacionais, conforme pode ser verificado em:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en

⁸² Nas lições de Martha Olívar (2005), o compromisso é um acordo entre Estados com a finalidade de submeter um conflito já existente entre eles a uma corte internacional; os acordos de sede são pactuados entre organizações internacionais e Estados, regulamentando a instalação, no território do Estado, de órgãos da referida organização, além de conter privilégios concedidos à organização e seus funcionários; finalmente, os acordos de cavalheiros são pactos entre chefes de Estado ou governo, sem força vinculante e baseados na cooperação política, destinados a durar apenas enquanto os mandatários estiverem no poder.

⁸³ Artigo 4: Irretroatividade da Presente Convenção

Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção a que os tratados estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados após sua entrada em vigor em relação a esses Estados.

Artigo 28: Irretroatividade de Tratados

A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte.

2.1.1.1 Aplicabilidade em relação aos sujeitos

Conforme explica Zanini-Godinho, o consentimento dos Estados é a base do direito internacional, tendo por corolário a competência dos Estados para criar, interpretar e aplicar eles próprios o direito, e tal voluntarismo se manifesta no chamado efeito relativo dos tratados, que se rege pelo princípio fundamental de que o consentimento faz nascer a obrigação, tornando tal consentimento fundamental para as obrigações oriundas dos tratados, expresso na máxima *ex consensu advenit vinculum* (2011). Ademais, o princípio do *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, declarado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1926, foi positivado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seus arts. 34 e 35, dispondo que, em regra, um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento, e que a possibilidade de uma obrigação oriunda de uma disposição de tratado vincular um terceiro Estado só existe se as partes no tratado tiverem a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição e se o terceiro Estado aceitar expressamente, por escrito, essa obrigação. Partindo da análise dos próprios dispositivos da Convenção, percebe-se que um tratado só possui efeitos em relação àqueles Estados que a ele se vincularem juridicamente através do seu consentimento, ou aos terceiros Estados que manifestarem formalmente sua aceitação aos termos do tratado.

Sendo a própria Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados um tratado, ela obviamente se submete às suas próprias disposições (NASSER, 2011). Assim, a primeira conclusão a partir desta constatação é que a obrigação trazida no bojo no art. 53 da convenção não pode, em razão dos termos da própria Convenção, vincular outros Estados que não façam parte da mesma. A norma em questão, que traz como hipótese “se um tratado conflitar, ao momento de sua conclusão, com uma norma de *jus cogens*” e a consequência “será nulo” só obrigará os Estados que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Em abril de 2014, 114 Estados haviam ratificado a referida convenção, mas outros 66 países membros da ONU não o fizeram, significando que um terço da comunidade de Estados como um todo, responsável, nas palavras da convenção, por reconhecer

o caráter de *jus cogens* das normas de direito internacional, sequer se obriga juridicamente a não concluir tratados que ofendam as referidas normas.

É possível concluir ainda que, apesar da fórmula “nem todas as obrigações *erga omnes* são normas de *jus cogens* mas todas as normas de *jus cogens* trazem obrigações *erga omnes*” ser repetida exhaustivamente pela doutrina, o respeito à norma do art. 53 é, em virtude dos arts. 34 e 35 da Convenção, devido somente aos Estados-parte desta, o que leva à conclusão de que a própria norma que positiva o *jus cogens* não origina uma obrigação *erga omnes*. De fato, é possível concluir que os únicos Estados, pela Convenção de Viena, intitulados a contestar um tratado sob o argumento de que este viola o *jus cogens* são aqueles que são partes do tratado em questão. Concordando com tal interpretação, Giorgio Gaja assevera que “o conflito com uma norma peremptória não tornaria um tratado nulo a não ser que uma das partes tomasse alguma providência nesse sentido”, (1981, p. 283, tradução nossa). Assim, Weisburd (1995) coloca com propriedade que, apesar da ideia que culminou no artigo 53 ter surgido de uma preocupação com tratados que violam a política pública internacional ou a moral internacional, a Convenção de Viena não cria direito geral algum de os Estados contestarem um tratado por uma alegada violação ao *jus cogens*, sendo categórico ao dizer que “a obrigação presente no art. 53, portanto, não pode ser caracterizada como *erga omnes*” (WEISBURD, 1995, p. 17, tradução nossa).

Mais surpreendente ainda é a constatação de que a norma do art. 53, que conceitua o *jus cogens* como “inderrogável”, é, em si, “derrogável” na prática, pois os Estados-partes podem fazer reservas⁸⁴ a este dispositivo, afastando a sua aplicação, ou a dispositivos considerados como inextrincavelmente ligados a ele, como o art. 66 (a), determinando que qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem. É possível

⁸⁴ A reserva é definida pelo art. 2(1) (d) como uma “declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for o seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. + art. 19

constatar que⁸⁵, entre os países que ratificaram a Convenção, 23 deles afastaram a aplicação da regra relativa ao art. 53, seja diretamente, como Bélgica, Japão, Suécia e Estados Unidos, ou indiretamente, não aceitando a jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou de outros meios de solução pacífica de controvérsias para solucionar litígios envolvendo tais artigos (artigo 66), como Alemanha, Brasil e Rússia. Muitos “protagonistas” do direito internacional, portanto, não se comprometem com a pretensa imperatividade das normas de *jus cogens*.

Verifica-se, paradoxalmente, que a própria norma referente às normas imperativas não é, em si, imperativa, podendo ter sua incidência facilmente questionada em razão dos dispositivos do próprio texto convencional que a positivou. Seja pela aplicação do *pacta tertiis* ou pela faculdade de fazer reservas à Convenção, a conclusão inescapável é a de que as normas de *jus cogens* não têm aplicabilidade universal, limitando sua atuação aos Estados que manifestaram seu consentimento neste sentido, o que, por si só, já diminui significativamente seu impacto e sua pretensão de imperatividade no direito internacional.

2.1.1.2 Aplicação Temporal das Normas Imperativas

Como explica Wanderley Jr. (2011), a irretroatividade dos tratados, trazida como regra no art. 4º da Convenção de Viena, é um princípio que busca proteger uma situação jurídica estabelecida sob a égide de um direito anterior válido, configurando-se como ato jurídico perfeito, somente podendo ser modificado por norma convencional posterior, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica e abalo do princípio da proteção à confiança (*boa-fé*), ocasionando a perda da credibilidade do próprio direito internacional frente aos Estados. Entre os muitos pontos controversos a respeito do regime jurídico das normas de *jus cogens*, encontra-se também a questão da retroatividade ou aplicação temporal de tais normas, que se desdobra em diversos aspectos, conforme será visto a seguir.

⁸⁵ Vide tabela em anexo.

Embora não haja menção explícita à questão da retroatividade das normas de *jus cogens* nos arts. 53 e 64 – apesar das palavras “ao tempo de sua conclusão”, no art. 53, poderem ser entendidas como expressão de irretroatividade- a Comissão de Direito Internacional esclareceu o seu entendimento sobre o assunto. Referindo-se ao que viria a se tornar o art. 53 em seus comentários ao projeto da Convenção, a Comissão afirmou que

Na visão da Comissão não se coloca a questão do presente artigo ter efeitos retroativos. Ele diz respeito a casos nos quais um tratado é nulo no momento de sua conclusão em virtude do fato de que suas disposições estão em conflito com uma regra de *jus cogens* já existente. O tratado é inteiramente nulo porque sua conclusão realmente conflita com uma norma peremptória de direito internacional geral (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 248, tradução nossa).

Ainda, com respeito ao futuro art. 64, a Comissão deixou claro que “a emergência de uma nova regra de *jus cogens* não deve ter efeitos retroativos na validade de um tratado” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 249, tradução nossa). Desta forma, como conclui Giorgio Gaja, “parece razoável inferir que de acordo com a Convenção de Viena as normas peremptórias nunca possuem um efeito retroativo” (GAJA, 1981, p. 292, tradução nossa).

Apesar de parecer claro que as normas imperativas não possuem efeitos retroativos sob a ótica da Convenção de Viena, é necessário realizar um exame mais profundo da questão, pois analisar a retroatividade das normas peremptórias de Direito Internacional geral significa também descobrir se os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena podem – após a entrada em vigor da referida convenção- ser invocados contra um tratado anterior sustentando que tal pacto é nulo porque, ao tempo de sua conclusão, ele já era contrário a uma norma peremptória existente (art. 53), ou ainda que em um momento posterior – mas ainda antes da aceitação da categoria de *jus cogens* pela Convenção – tenha se tornado inconsistente com uma suposta recém surgida norma peremptória (art. 64) (SZTUCKI, 1974).

Assim, a dificuldade central apresentada pela questão da retroatividade no caso das normas de *jus cogens* está no problema em se responder à questão de quando uma regra obtém o caráter de norma peremptória, pois a aplicação dos arts. 53 e 64 dependerá da exata determinação deste fator temporal (SCHEUNER, 1969).

Colocado de outra forma, “a questão é saber se a categoria do *jus cogens* é parte do Direito Internacional independentemente da Convenção” (SZTUCKI, 1974, p. 150, tradução nossa), pois isso determinará se tais normas podem ou não ter efeitos sobre tratados concluídos antes da entrada em vigor da Convenção de Viena de 1969 e, ainda, se certas normas derivadas de tratados anteriores à entrada em vigor da Convenção podem ser consideradas *jus cogens*. Tais hipóteses serão examinadas a seguir.

A resposta ao primeiro questionamento – se as normas de *jus cogens* podem ou não ter efeitos sobre tratados concluídos antes da Convenção de Viena de 1969 – deve ser buscada inicialmente no texto da própria convenção, que trata, no artigo 28, da irretroatividade dos tratados, dispondo que, a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte. Assim, o art. 28 enuncia que, em regra, as disposições da Convenção não obrigam as partes em relação a fatos pretéritos, salvo se uma intenção diferente se evidencie do tratado.

Portanto, como afirma Sztucki (1974), é necessário averiguar se tal “intenção diferente” pode ser constatada no tocante aos arts. 53 e 64 da Convenção, ou seja, se é possível estabelecer a existência do *jus cogens* de maneira anterior e autônoma à Convenção. Neste sentido, é importante notar que os governos de diversos países- entre eles Brasil, Guatemala, Itália, Filipinas, Síria, República Árabe Unida, Venezuela e Iugoslávia- ao tecerem seus comentários sobre a noção de *jus cogens* no quinto relatório sobre o Direito dos Tratados, parabenizaram a Comissão de Direito Internacional pelo reconhecimento das normas peremptórias, deixando implícito o entendimento de que essas normas já existiam e somente foram “constatadas” pelo projeto da convenção. A delegação polonesa foi explícita ao dizer que a noção de *jus cogens* não era um conceito novo, posição partilhada pela Argélia ao declarar que, embora fosse difícil encontrar um critério exato para definir quais regras possuem o caráter de *jus cogens*, as Nações Unidas já haviam desenvolvido um número de normas peremptórias de moralidade e política pública nas relações internacionais, enquanto o governo tailandês foi um dos poucos que

adotou posição diametralmente oposta, considerando o *jus cogens* como uma nova regra (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v.II). Coube ao Uruguai perguntar à Comissão se o então art. 37 (que viria a ser o art. 53) era considerado pela Comissão como uma codificação de um princípio aceito ou o desenvolvimento progressivo de um novo princípio, e ainda em qual data o artigo deveria ser efetivo e se ele deveria ser retroativo⁸⁶ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v.II). Em seus comentários, o relator Waldock expressou a seguinte opinião:

Se a regra incorporada no artigo 37 devesse ser considerada como uma inovação total no direito internacional, o elemento-tempo se apresentaria sob uma luz diferente. Nesta hipótese, a aplicação do artigo estaria logicamente confinada aos tratados concluídos após a entrada em vigor de uma convenção geral sobre o direito dos tratados incorporando a regra. O Relator Especial, contudo, não entende que a Comissão tenha pretendido que o artigo 37 propusesse uma regra completamente nova do direito dos tratados. No parágrafo I de seus comentários, a Comissão “concluiu que ao codificar o direito dos tratados ela deve tomar a posição de que hoje existem certas regras que os Estados não são competentes para derogar por acordo em tratado”. Em outras palavras, ela reconheceu que algumas regras de *jus cogens* já existem no direito internacional e que o art. 37 apenas desenhou as consequências lógicas deste fato. A preocupação quanto à possibilidade de efeitos retroativos realmente pode surgir das dúvidas [...] em relação a quais normas precisamente se tornaram normas de *jus cogens* e em quais datas. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 24-25, tradução nossa, grifo nosso).

Conjugando-se a posição de diversas delegações com a opinião expressa pelo Relator Especial Waldock, é possível cogitar uma “intenção diferente” que se evidencia “de outra forma” (ou seja, não pela disposição expressa do tratado, mas pela leitura dos trabalhos preparatórios e pelo posicionamento de diversos governos), atendendo, portanto, aos requisitos do art. 28 para que as disposições relativas ao *jus cogens* se apliquem a tratados pactuados antes da entrada em vigor da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Assim, pode se asseverar que, em tese, seria possível que um tratado concluído antes da entrada em vigor da Convenção fosse considerado nulo porque, à época de sua conclusão, ele já conflitava com uma norma imperativa.

⁸⁶ A delegação uruguaia sugeriu três possíveis soluções para esta questão: (1) the article should affect only future treaties signed after a specified date; (2) it should take effect as soon as it is adopted as part of a convention on the law of treaties; or (3) it should be applicable not only to treaties signed after its adoption but also to those signed at any time in the past. In its view, either of the last two solutions would give rise to great difficulties, but the Commission should consider the whole question. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 23)

É necessário examinar ainda se certas normas derivadas de tratados anteriores à entrada em vigor da Convenção podem ser consideradas *jus cogens* e projetar seus efeitos para o futuro. A importância da análise deste ponto não pode ser subestimada, pois algumas das categorias de normas de *jus cogens* mais aceitas estão presentes em tratados anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, tais como a proibição ao genocídio, consagrada na Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948, e as disposições relativas ao uso da força consagradas na Carta das Nações Unidas⁸⁷ (GLENNON, 2007).

Neste sentido, o art. 4º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que, sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na Convenção a que os tratados estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados após sua entrada em vigor em relação a esses Estados. No caso dos exemplos supracitados, tanto a Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 quanto a Carta das Nações Unidas são tratados que entraram em vigor antes de 27 de janeiro de 1980⁸⁸ (GLENNON, 2007), ou seja, em virtude do disposto no texto do art. 4º da Convenção de Viena, suas regras – incluindo aquelas relativas ao *jus cogens*- não se aplicam a tais tratados: “embora a inconveniência da aplicabilidade da Convenção de Viena seja frequentemente negligenciada, mesmo pelas cortes, nem a Carta nem a Convenção sobre Genocídio podem portanto criar uma norma peremptória” (GLENNON, 2007, p. 07, tradução nossa).

Resta examinar ainda a seguinte questão, em um exercício lógico: consideremos, como ponto de partida, que tais convenções apenas positivaram o direito costumeiro, o que, por força do art. 4º, seria suficiente para justificar a aplicação retroativa de tais proibições. A primeira vista tal assunção parece fortalecer o ponto do *jus cogens* mas, em verdade, apenas evidencia sua fragilidade. A Corte Internacional de Justiça, em 2006, no caso *Armed Activities on the Territory*

⁸⁷ Art. 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

⁸⁸ A Convenção contra o Genocídio entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, e a Carta das Nações Unidas em 24 de Outubro de 1945.

of Congo, teve que decidir se possuía jurisdição para julgar Ruanda por alegadas violações à soberania territorial do Congo, aos Direitos Humanos, e Direito Humanitário, e o Congo sustentava o exercício jurisdicional da Corte afirmando que tais violações feriam normas imperativas estabelecidas pelo costume internacional e por tratados, atraindo a competência da Corte com base no art. 66 da Convenção de Viena. Contudo, a Corte decidiu que, pela interpretação do art. 4º da Convenção de Viena, a própria convenção era inaplicável, visto que todas as demais convenções trazidas pelo governo congolês tinham sido ratificadas pelos países envolvidos antes da entrada em vigor da Convenção de Viena e que, para que a CIJ pudesse exercer sua jurisdição no caso, o próprio art. 66 deveria ser considerado como norma de *jus cogens* (tendo, então, efeitos retroativos), o que, na opinião da Corte, não se configurava no caso em tela⁸⁹.

Tal raciocínio certamente poderia ser também aplicado à hipótese analisada anteriormente, ou seja, a de que o artigo 53 da Convenção de Viena poderiam, após a entrada em vigor da referida convenção, ser invocado contra um tratado anterior sustentando que tal pacto é nulo porque, ao tempo de sua conclusão, ele já era contrário a uma norma peremptória existente. Sendo a Corte Internacional de Justiça o órgão jurisdicional com competência para declarar a nulidade dos tratados, ela provavelmente repetiria o raciocínio de que, inobstante o possível efeito retroativo do *jus cogens*, o artigo que operacionaliza o exercício jurisdicional sobre tais demandas não é, em si, *jus cogens*, não atingindo fatos pretéritos.

⁸⁹ Em sua sentença, a Corte Internacional de Justiça considerou que “the Article 4 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides for the non-retroactivity of that Convention in the following terms: “Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.” In this connection, the Court notes first that the Genocide Convention was adopted on 9 December 1948, the DRC and Rwanda having acceded to it on 31 May 1962 and 16 April 1975 respectively; and that the Convention on Racial Discrimination was adopted on 21 December 1965, the DRC and Rwanda having acceded on 21 April 1976 and 16 April 1975 respectively. The Court notes secondly that the Vienna Convention on the Law of Treaties entered into force between the DRC and Rwanda only on 3 February 1980, pursuant to Article 84, paragraph 2, thereof. The Conventions on Genocide and Racial Discrimination were concluded before the latter date. Thus in the present case the rules contained in the Vienna Convention are not applicable, save in so far as they are declaratory of customary international law. The Court considers that the rules contained in Article 66 of the Vienna Convention are not of this character. Nor have the two Parties otherwise agreed to apply Article 66 between them selves.” (2006, p. 52)

Assim, não seria possível utilizar como fundamento das normas peremptórias tratados que entraram em vigor antes da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados em razão não só de disposições da própria convenção, mas também do entendimento da Corte Internacional de Justiça sobre o assunto, evidenciando-se mais uma vez a precariedade da articulação conceitual do *jus cogens*, em especial no tocante aos seus efeitos no tempo. Neste tema, especificamente, é importante analisar os efeitos do surgimento de uma nova norma imperativa internacional, como será feito a seguir.

2.1.1.3 *Jus cogens Superveniente*

Considerando-se que a Convenção previu, no artigo 53, a emergência de uma nova norma de *jus cogens*, desde que esta seja aceita como peremptória pela comunidade de Estados como um todo, a Comissão de Direito Internacional teve que também se dedicar à análise dos efeitos jurídicos de tais normas em tratados anteriores ao surgimento de tal norma (DÖRR, SCHMALENBACH, 2012) O artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 regulamentou a superveniência de uma norma imperativa de direito internacional, ou seja, o surgimento de uma nova norma de *jus cogens* que conflite com tratados anteriores que, à época de sua conclusão, eram perfeitamente válidos, mas ainda não foram adaptados à nova situação jurídica. Assim, de acordo com o artigo 64 “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Inicialmente, é importante notar que o mero fato de que o art. 64 opera em uma seção diferente do art. 53 é revelador em relação à função e propósito do art. 64 em contraste com o art. 53, pois “enquanto o art. 53 estabelece um rígido regime de nulidade absoluta de todo o tratado em conflito com o *jus cogens* anterior, o art. 64 é muito mais indulgente”(DÖRR, SCHMALENBACH, 2012, p. 1121, tradução nossa). Após intensos debates no seio da Comissão de Direito Internacional, esta decidiu finalmente que o artigo 64 não deveria ser inserido na seção 2 da parte V, relativa à nulidade dos tratados, mas sim na seção 3, referente à extinção dos

tratados e suspensão de sua aplicação⁹⁰, em virtude da necessidade de se distinguir claramente a nulidade *ex tunc* do art. 53 e a nulidade *ex nunc* do art. 64, isto porque o aspecto da extinção prevalece sobre o da nulidade na medida em que ambos sejam indissolúvelmente relacionados no texto do art. 64. (GOMEZ ROBLEDO, 1981).

Na verdade, “mais do que a propósito da ideia de *jus cogens emergens vel superveniens*, foi a respeito da conciliação ou da contradição entre nulidade e extinção que houve o um debate mais amplo no seio da Comissão de Direito Internacional” (GOMEZ ROBLEDO, 1981, p. 114, tradução nossa), uma vez que os efeitos reputados aos arts. 53 e 64, ambos tratando do conflito com uma norma imperativa, são diferentes. Neste sentido, Dörr e Schmalenbach (2012) afirmam que a razão para o regime de sanção branda do art. 64 é óbvia, pois as partes contratantes não queriam tornar seus próprios atos ilegais ao agir contrariamente às regras fundamentais da comunidade internacional e, ao invés disso, o tratado é refutado em virtude um desenvolvimento jurídico subsequente, ocorrido devido ao interesse da comunidade internacional na conformidade de toda a ordem jurídica internacional com o *jus cogens*.

O então art. 22 *bis*, sugerido pelo Relator Special Waldock, foi analisado inicialmente no 711^o encontro da Comissão de Direito Internacional, em 1963, e previa que “um tratado torna-se nulo e extingue-se se uma nova norma peremptória de direito internacional geral do tipo referido no art. 13⁹¹ for estabelecida e o tratado conflita com esta norma”, tendo Verdross sugerido desde logo que as palavras “torna-se nulo e” deveriam ser deletadas para remover qualquer ideia de *nulidade ex tunc*, enquanto a nulidade *ex nunc* era coberta pela palavra “extingue-se”.

⁹⁰ Conforme registrado no anuário da Comissão de Direito Internacional de 1963, “The Commission had on several occasions discussed the effect of a rule of *jus cogens* that came into existence after a treaty had been in force for some time. It had been agreed that the effect of such a rule would be to avoid or terminate the treaty. There had, however, been some difference of opinion on the placing of the provision. Some members had suggested that it should take the form of an additional paragraph in article 13; as Special Rapporteur, he did not favour that solution, because he wished to make it clear that in the case under discussion, the treaty had been initially valid and had only been invalidated subsequently by the supervening new rule of *jus cogens*. He preferred the solution adopted by the Drafting Committee, which was to deal with the matter in a separate article in the section on the termination of treaties.” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 256, tradução nossa)

⁹¹ O art. 13 futuramente tornou-se o art. 53.

(COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II). No mesmo sentido opinou Bartos, que afirmou que “deve-se achar uma fórmula que deixe muito claro que o tratado perdeu sua validade no momento em que conflitou com uma nova norma peremptória de direito internacional geral, mas que ele não foi tornado nulo *ab initio* pelo estabelecimento desta norma”⁹² (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 257, tradução nossa).

De acordo com o Relator Especial Sir Humphrey Waldock, a razão para usar a expressão “torna-se nulo e extingue-se” era deixar claro que o tratado cessaria de ter efeitos a partir da data do estabelecimento da nova norma de *jus cogens*, enquanto Jiménez de Aréchaga declarou que, sob o seu ponto de vista, o caso contemplado no então art. 22 *bis* (ilegalidade superveniente) não era de extinção, mas sim de validade projetada no futuro (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II). De fato, como bem coloca Gomez Robledo:

A primeira impressão foi aquela de contrariedade, senão de contradição entre a nulidade e a extinção, entre o *ex tunc* e o *ex nunc*. Todos estavam habituados a ver atos nulos *ab initio*, mas não atos perfeitamente válidos que de repente tornam-se nulos e que por isso mesmo se extinguem, e não em razão da extinção do tratado válido até o momento de sua expiração em virtude de causas naturais ou previstas no tratado. A nulidade “acidental” era, assim, como dissemos, a extinção prematura, aquela que não podia ser prevista quando da conclusão do tratado e que resulta da aparição intempestiva de uma nova norma de *jus cogens*. (GOMEZ ROBLEDO, 1981, p. 115, tradução nossa)

Houve inúmeras controvérsias e amplos debates tentando melhor definir o conteúdo da norma prevendo o *jus cogens* superveniente, e a própria Comissão admitiu que este caso particular “pareceu ser um pouco mais complicado” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 216, tradução nossa), visto que contemplava a hipótese de que um tratado ou parte dele torna-se nulo e

⁹² De fato, Bartos afirmou que a idéia contida no art. 22 *bis* não era nova, tendo sido invocada diversas vezes nas Nações Unidas: About fifteen years previously, when arguing that the treaty of alliance between Egypt and the United Kingdom had ceased to be valid, the Egyptian representative to the Security Council had pleaded, inter alia, that the treaty had been concluded at a time when the conception of the independence and status of States had been different; even if, quite apart from the use of coercion, the treaty had been valid before the recognition of the right of peoples to self-determination and before the principle of the sovereign equality of States had been established by the Charter, it had lapsed when those principles had been proclaimed. In article 22 *bis* the Drafting Committee had accordingly endeavoured to express an idea which jurists had had in mind for fifteen years. If such a rule were accepted by governments it would be a great contribution to the development of international law.(COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 257)

extingue-se em razão do seu conflito com uma nova norma primordial de *jus cogens*, “após ter sido válido e aplicado durante um algum período de tempo, talvez muito longo” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 216, tradução nossa). Tal possibilidade obviamente afeta a segurança jurídica das relações entre Estados, que até então possuíam um regime válido e operante entre eles, e que subitamente extingue-se. Neste sentido, a Comissão deixou claro que “a invalidade que subsequentemente se atribui a um tratado não é uma nulidade *ab initio*, mas uma que data da emergência de uma nova regra de *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v.II, p. 217, tradução nossa), o que, segundo Elias “deixa óbvio que a emergência de uma nova regra de *jus cogens* não pretende ter nenhum efeito retroativo” 1971, p. 393, tradução nossa) Ressalte-se que a hipótese do art. 64 é o único caso presente na Convenção de extinção de um tratado em razão do direito geral internacional sem referência a nenhum ato das partes e, diferentemente dos outros motivos de extinção, que protegem os interesses individuais de cada Estado, o caso contemplado no art. 64 busca proteger os interesses da comunidade internacional ao garantir a aplicação uniforme do *jus cogens*, oferecendo a extinção compulsória independentemente da vontade das partes (ORAKHELASHVILI, 2006).

As consequências jurídicas da extinção de um tratado em virtude da incidência do art. 64 foram contempladas no art. 71(2), que determina que, quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado: a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

Segundo Elias (1971), a extinção de um tratado que se torna nulo e se extingue pelo art. 64 porque está em conflito com uma nova regra de *jus cogens* é um caso especial tanto de extinção tanto quanto de invalidade, especialmente porque a invalidade não opera *ab initio*, sendo que as consequências da invalidade

sob o artigo 64 deveriam logicamente ser governadas pelas disposições do ar. 69⁹³, que regulamenta as consequências da nulidade de um tratado. De fato, “pareceria estranho à primeira vista afirmar, como faz o art. 71, que a nulidade de um tratado não afetará direitos, obrigações ou situações jurídicas criados pela execução do tratado antes de sua extinção” (ELIAS, 1971, p. 408, tradução nossa), pois emergência da nova norma peremptória opera liberando as partes de qualquer obrigação de execução do tratado. A singularidade do regime previsto no art. 71(2) é bem explicada por Orakhelashvili:

Uma nova regra peremptória extingue um tratado ipso facto. Isto não é uma extinção de tratado em senso estrito, mas ocorre imperativamente e não pela vontade das partes, seja de maneira ad hoc ou conforme pactuado no próprio tratado; as consequências são mais similares às da nulidade. Tal regulamentação específica é requerida pelo *jus cogens* supervenientes. O direito da extinção de tratados é inerentemente bilateral e recíproco, e portanto não pode abraçar todos os efeitos das normas peremptórias. Por outro lado, uma aplicação estrita dos princípios da nulidade dificilmente serviria para situações nas quais um tratado não pretendia conflitar com o *jus cogens* mas entrou em contradição com ele apenas depois da emergência deste último (ORAKHELASHVILI, 2006, p.151, tradução nossa)

Na opinião de Giorgio Gaja, pode haver alguma incerteza sobre o significado preciso do art. 71 (2), mas parece razoável inferir que, de acordo com a Convenção de Viena, normas peremptórias supervenientes nunca possuem um efeito retroativo (GAJA, 1981). Gaja ainda ressalta a implicação desta disposição parece ser que, “enquanto danos pela quebra do tratado ainda poderiam ser devidos, outras formas de reparação não são mais aplicáveis se envolverem uma ação ou omissão que seja contrária à nova norma peremptória” (GAJA, 1981, p. 291-292, tradução nossa).

Não há dúvidas de que, uma vez que a nova norma de *jus cogens* não operará *ex tunc*, ela não afetará nenhum direito, obrigação ou situação jurídica

⁹³ Artigo 69: Consequências da Nulidade de um Tratado

1. É nulo um tratado cuja nulidade resulta das disposições da presente Convenção. As disposições de um tratado nulo não têm eficácia jurídica.
2. Se, todavia, tiverem sido praticados atos em virtude desse tratado:
 - a) cada parte pode exigir de qualquer outra parte o estabelecimento, na medida do possível, em suas relações mútuas, da situação que teria existido se esses atos não tivessem sido praticados;
 - b) os atos praticados de boa fé, antes de a nulidade haver sido invocada, não serão tornados ilegais pelo simples motivo da nulidade do tratado.
3. Nos casos previsto pelos artigos 49, 50, 51 ou 52, o parágrafo 2 não se aplica com relação à parte a que é imputado o dolo, o ato de corrupção ou a coação.
4. No caso da nulidade do consentimento de um determinado Estado em obrigar-se por um tratado multilateral, aplicam-se as regras acima nas relações entre esse Estado e as partes no tratado.

criada antes do tratado se tornar nulo (ELIAS, 1971). Contudo, Elias afirma – contrariamente ao disposto pelo art. 71(2) – que “a não ser que as partes assim concordem, não pode se dizer que tal direito, obrigação ou situação jurídica pode ser mantida após o tratado ter se tornado nulo” (1971, p.408-409, tradução nossa), assumindo implicitamente a possibilidade de manutenção de situações contrárias ao *jus cogens* em caso de consentimento das partes. Ainda de acordo com Elias,

Geralmente se concordará que atos que tenham sido executados de boa-fé confiando em um tratado considerado pelas partes como válido àquele tempo, não se tornam ilegais em razão do fato de que o tratado mostra-se subsequentemente inválido. Mas isto se refere apenas aos atos cuja execução já tenha sido completada, não aos atos que tenham sido executados enquanto o tratado era válido mas que continuam a existir depois do tratado ter se tornado nulo. A doutrina dos direitos adquiridos claramente não pode ser invocada neste caso (ELIAS, 1971, 409, tradução nossa)

A questão que não é respondida, nem pela doutrina nem pela jurisprudência, é como determinar o momento no qual uma norma se torna peremptória, pois o resultado de tal análise obviamente ensejará uma série de efeitos diversos. Imaginemos que, ao tempo da entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, dois países signatários da mesma celebrassem um tratado versando sobre o tráfico de escravos para trabalharem em construção de obras públicas. Se fosse verificado que a escravidão já era norma peremptória, o tratado seria nulo, com efeitos *ex tunc*, o que libertaria os escravos que já haviam sido vendidos. Contudo, se a proibição à escravidão fosse considerada *jus cogens* superveniente, com efeitos *ex nunc*, embora os países não pudessem mais comercializar escravos, aqueles que já haviam sido vendidos no passado continuariam como propriedade do Estado adquirente. O exemplo, certamente inimaginável nos dias de hoje, ilustra os possíveis resultados da ausência de qualquer critério para se determinar o momento de surgimento de uma norma peremptória, ou quando, exatamente, uma norma “normal” atinge o status imperativo, mais uma deficiência verificada em relação à aplicabilidade do *jus cogens* no âmbito dos tratados.

2.1.1.4 A configuração do conflito com o *jus cogens*

O texto da Convenção é claro ao colocar a conclusão do tratado como momento de verificação de seu conflito com uma norma peremptória. De acordo com Sir Ian Sinclair (1973), a conclusão é o nome dado à série de passos ditados pela Convenção, iniciando-se por uma série de regras em relação às autoridades competentes para negociar e adotar ou autenticar o texto convencional, passando pela negociação em si até a expressão de consentimento dos Estados (assinatura, troca de instrumentos de depósito, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão), incluindo o período até a entrada em vigor do mesmo, no qual os Estados signatários comprometem-se a não frustrar o objeto do tratado

Um conflito com uma norma de *jus cogens* na conclusão de um tratado seria a hipótese de um pacto entre duas nações em guerra que autoriza a submissão dos prisioneiros capturados pelo inimigo à escravidão. Verificando-se tal hipótese, a mera previsão de tal disposição em um pacto seria, por si só, uma ofensa ao *jus cogens*, devendo acarretar sua nulidade.

Contudo, é necessário questionar se as palavras “no momento de sua conclusão” limitam a identificação do conflito a este instante específico ou se um tratado pode ofender as normas peremptórias em momentos distintos ou mesmo em razão de outras circunstâncias. Um tratado pode, por exemplo, não conflitar explicitamente com as normas imperativas no momento de sua conclusão, mas sim em sua execução. Esta seria a hipótese de um tratado bilateral envolvendo o restabelecimento de todo um grupo étnico no contexto de um amplo projeto regional econômico sem respeitar a vontade das pessoas envolvidas e sem previsão de compensação adequada, criando-se a aparência de que as partes estão buscando o objetivo do desenvolvimento econômico e não o genocídio da população envolvida ou o cometimento de crimes contra a humanidade (ORAKHELASHVILI, 2006). O texto da Convenção peca, portanto, ao não analisar a interação dinâmica entre as normas envolvidas no caso concreto, pois muitos conflitos podem não ser evidentes na redação das disposições do tratado, e sim na maneira de sua execução.

A doutrina consagra também outra hipótese de conflito não evidente entre um tratado e as normas de *jus cogens*, esta relativa à identidade das partes. Tal hipótese se configuraria no caso de um tratado concluído por uma parte que não possui o *treaty-making power* adequado ou necessário porque, sob a ótica do *jus cogens*, tal poder pertence a outro sujeito, como nos casos nos quais uma parte não possua o direito de estar em determinado território (por ser uma potência colonial ou força de ocupação estrangeira) e conclua um tratado em relação a tal território ou àqueles que pertencem ao país ocupado (ORAKHELASHVILI, 2006).

Apesar de hipóteses de conflito “indireto” com normas de *jus cogens* serem mencionadas pela doutrina – como o conflito surgido na execução do tratado ou aquele referente à identidade das partes- é importante mencionar que uma ótica diferente guiou os trabalhos preparatórios no âmbito da Comissão de Direito Internacional (1958, v. II), afirmando-se que, no casos nos quais a força da obrigação tem existência própria, é absoluta e inerente para cada parte e não dependente de uma performance correspondente pelas outras partes- exatamente o caso do *jus cogens*- o conflito a ensejar a nulidade deve ser direto e material⁹⁴. Por esta interpretação, afastar-se-iam do regime de nulidade por violação às normas de *jus cogens* os tratados nos quais o conflito com as normas peremptórias se verificasse não pelo escancarado texto convencional, e sim pela interpretação dada pelos Estados quando de sua execução.

Em realidade, o tipo de conflito contemplado pela Convenção dificilmente ocorreria, visto ser deveras improvável que os Estados ingenuamente pactuem uma obrigação em aberta e escancarada ofensa às normas peremptórias, sendo mais crível que tal afronta se daria quando da execução das disposições presentes no

⁹⁴ Nas palavras do Relator Fitzmaurice, “Only material conflict should rank for present purposes, and only a direct one. If for instance a number of the parties to a treaty, even a treaty of this kind, agree not to insist, so far as they are concerned, on the performance of it by one another, this may weaken the force of the treaty, and may be inconsistent with the spirit of it, but it is not in direct conflict with the treaty so long as they do not agree actually not to perform the treaty obligations. Since it is in fact always open to parties to a treaty not to insist on performance by other parties, and no specific agreement is needed to give them that faculty, such an agreement can hardly be invalid—or if it is, its invalidity makes no difference and cannot affect the situation. What really occurs in such a case is a renunciation or modification by some of the parties of their rights, or of a part of their rights. This may or may not be undesirable (it does not follow that it always is), but it does not raise the issue of conflict as such.” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v.II, p. 45)

texto. Esta última hipótese, contudo, não parece ser contemplada pela definição do art. 53, resultando em mais um estreitamento do âmbito de aplicação do *jus cogens* aos tratados.

2.1.1.5 A questão da divisibilidade

Além das diferenças no tocante ao tipo de nulidade atribuível aos tratados que conflitam com normas de *jus cogens* – *ex tunc* no caso do art. 53 e *ex nunc* no caso do art.64), estes regimes jurídicos também diferem em outro aspecto relevante: a divisibilidade ou indivisibilidade das cláusulas do tratado que ofende as normas imperativas. Assim, enquanto a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados vedou expressamente no art. 44(5)⁹⁵ a possibilidade da divisibilidade do tratado no caso contemplado no art. 53 (tratado posterior à norma de *jus cogens*), ela restou silente no tocante ao conflito com o *jus cogens* superveniente.

Segundo a Comissão de Direito Internacional (1971), o parágrafo quinto excetua completamente do princípio da separabilidade o caso de um tratado que, quando concluído, entra em conflito com uma regra de *jus cogens*, apesar do fato de que “alguns membros eram da opinião de que era indesejável prescrever que todo o tratado deveria ser posto por terra nos casos em que apenas uma parte -e que uma

⁹⁵ Artigo 44

Divisibilidade das Disposições de um Tratado

1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente.

2. Uma causa de nulidade, de extinção, de retirada de uma das partes ou de suspensão de execução de um tratado, reconhecida na presente Convenção, só pode ser alegada em relação à totalidade do tratado, salvo nas condições previstas nos parágrafos seguintes ou no artigo 60.

3. Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que:

- a) Essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação;
- b) Resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e
- c) Não seja injusto continuar a executar o resto do tratado.

4. Nos casos previstos nos artigos 49 e 50, o Estado que tem o direito de alegar o dolo ou a corrupção pode fazê-lo em relação à totalidade do tratado ou, nos termos do parágrafo 3, somente às determinadas cláusulas.

5. Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida

pequena parte - do tratado estivesse em conflito com uma regra de *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1971, p. 58, tradução nossa). De fato, a matéria foi tratada de diferentes formas por vários relatores especiais: Lauterpacht expressou em seus comentários ao então art. 15 que “a intenção é aplicar o princípio da separabilidade” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1953, II, p. 155, tradução nossa), mas seu sucessor, Fitzmaurice sustentou posição oposta, afirmando que quando o tratado fosse nulo *ab initio*, a nulidade se aplicava a todo o tratado⁹⁶ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II), enquanto o projeto de Waldock trazia a redação no artigo referente às normas imperativas determinando que, se a disposição, objeto ou execução que infringe a norma de *jus cogens* não for essencialmente ligada aos objetivos principais do tratado e for claramente separável do resto do tratado, somente aquela disposição seria nula⁹⁷ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Contudo, prevaleceu o entendimento, no seio da Comissão, de que

as regras de *jus cogens* são de um caráter tão fundamental que, quando as partes concluírem um tratado que conflite em qualquer de suas cláusulas com uma regra já existente de *jus cogens*, o tratado deve ser considerado totalmente inválido. Nesse caso, foi aberta para as próprias partes a revisão do tratado de modo a colocá-lo em conformidade com o direito, e se elas não fizeram isso, a lei deve fixar a sanção de nulidade de toda a transação. (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1971, p. 58, tradução nossa)

Sztucki traz críticas bastante pertinentes no tocante à concepção adotada pela Comissão: “apesar do “caráter fundamental” das regras em questão, um possível conflito entre uma disposição em um tratado com uma suposta norma

⁹⁶ Esta perspectiva restou expressa na redação alternativa do então art. 22, especialmente no §2º, “a”, que determinava:

2. The consequential results flowing from the different effects of lack of essential validity as stated in paragraph 1 above are as follows:

(a) Where there is lack of treaty status, or where the treaty is void *ab initio* or totally inoperative, the whole transaction is a nullity and void with retroactive effect: any steps taken in consequence of it are automatically nullified, and, in so far as this may arise and may be possible, there must be a complete *restitutio in integrum* or restoration of the status quo ante, but damages or reparation will not, as such, be recoverable except in cases involving an element of fraud (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1958, v. II, p. 28).

⁹⁷ Article 13 — Treaties void for illegality

1. A treaty is contrary to international law and void if its object or its execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*. [...]

3. If a provision, the object or execution of which infringes a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal objects of the treaty and is clearly severable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void. [...]

peremptória não é uma doença contagiosa capaz de se espalhar de um artigo em um tratado para outro” (1974, p. 148, tradução nossa). Como bem aponta Sztucki (1974), os tratados não lidam necessariamente com apenas uma matéria-objeto, e se foi justamente reconhecido no art. 44 (3) que podem existir situações nas quais algumas disposições do tratado são independentes das outras e podem conservar seu sentido quando separadas do restante do tratado, pode se questionar a razão desta construção lógica básica ter sido negligenciada no caso em tela, ou seja, no art. 53. De fato, “a solução trazida no art. 44 (5) parece trazer todas as marcas de ter sido ditada pelas emoções ao invés da lógica” (SZTUCKI, 1974, p. 148, tradução nossa).

Também há uma clara incongruência entre o comentário da Comissão sobre a possibilidade das partes revisarem o tratado para colocá-lo em conformidade com o direito – que, na prática, é apenas outra maneira de dizer que a separabilidade das disposições do tratado é admissível em caso de conflito do tratado com o *jus cogens* anterior (Sztucki, 1974) – e a disposição do art. 44 (5) vedando tal hipótese. Outra inconsistência aparece no art. 71 (1.a), que obriga as partes de um tratado nulo sob o art. 53 a eliminar as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral, significando que, embora o tratado como um todo seja nulo *ab initio*, as consequências desta nulidade com respeito aos atos passados estendem-se apenas para algumas disposições- aquelas consideradas em conflito com a norma de *jus cogens* – mas não a outras, apesar de igualmente nulas, sendo este mais um exemplo da separabilidade neste caso, mesmo que limitada somente às consequências de atos passados (Sztucki, 1974).

Se o regime da separabilidade das disposições de um tratado que conflita com o *jus cogens* anterior já apresenta inconsistências, o cenário não é diferente em relação ao *jus cogens superveniens*. Neste caso, nem a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados nem os trabalhos preparatórios no âmbito da Comissão de Direito Internacional excluem a separabilidade nos casos de invalidade previstos no art. 64 (ORAKHELASHVILI, 2006) e, no caso da última, ela efetivamente – e surpreendentemente- aceita tal possibilidade, conforme se depreende da leitura dos comentários ao texto da Convenção:

O parágrafo 2 determina que, sujeitas às condições de separabilidade para disposições de tratados elencadas no art. 46, se somente algumas cláusulas do tratado estão em conflito com a nova regra de *jus cogens*, só elas tornam-se nulas. Embora a Comissão não tenha pensado que o princípio da separabilidade fosse apropriado quando um tratado era tornado nulo ab initio em razão do art. 37 por uma regra existente de *jus cogens*, ela entendeu que considerações diferentes se aplicavam no caso de um tratado que tenha sido inteiramente válido quando concluído mas agora encontra algumas de suas disposições conflitando com o *jus cogens*. Se tais disposições pudessem ser entendidas como separáveis do resto do tratado, a Comissão achou que o resto do tratado deveria ser considerado como válido (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 211, tradução nossa)

Gómez Robledo (1981) ensina que, enquanto no tocante ao art. 53 adotou-se a indivisibilidade das cláusulas do tratado por motivos de ordem psicológica, a fim de sancionar com nulidade total o desafio à ordem pública internacional ao se concluir de maneira premeditada e consciente um tratado contrário em todo ou em parte ao *jus cogens*, significando, na verdade, uma sanção contra a má-fé, posição contrária foi adotada quanto ao art. 64 pois, quando as partes agiram de boa-fé, como no caso do *jus cogens* emergente, impõe-se uma solução mais justa: o princípio da divisibilidade. Mais uma vez, Sztucki (1974) releva a inconsistência dos regimes previstos na Convenção de Viena, pois apesar de se poder interpretar o art. 44 como admitindo a separabilidade nos casos contemplados pelo art. 64 – já que a proibição expressa é apenas para os arts. 51, 52 e 53 – o próprio art. 64 determina que a nulidade e a extinção afetam o tratado como um todo, enquanto o art. 71 (2) parece ser dúbio neste sentido, atribuindo a consequência da nulidade, em princípio, ao tratado como um todo, mas excetuando os atos passados, tal qual no parágrafo 1(a) do mesmo dispositivo.

O exame das possíveis consequências advindas da aplicação das normas de *jus cogens* no âmbito do direito dos tratados, área na qual o conceito foi positivado, evidenciou uma série de incongruências, deficiências e fragilidades que certamente dificultam a sua transposição de sua pretensa imperatividade do plano teórico para o prático. De fato, à época da conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, internacionalistas como Schwelb e Tunkin notavam a inexistência de qualquer registro de que uma corte tivesse declarado um tratado nulo em razão da sua incompatibilidade com o *jus cogens*, e tal panorama segue

inalterado até o presente dia, o que leva à constatação da pouca relevância do *jus cogens* para o direito dos tratados (PETSCHKE, 2010). Faz-se necessário, ainda, analisar a solidez da aplicabilidade do *jus cogens* em relação à responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, objeto do projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2001.

2.1.2 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÕES AO *JUS COGENS*

O direito relativo à responsabilidade internacional do Estado consistia basicamente de normas costumeiras, e a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Fábrica de Chorzow, em 1928, formula pela primeira vez uma regra geral sobre a matéria, determinando que todo o ato ilícito (ou seja, violação do direito internacional) imputável a um Estado, que cause prejuízo a outro, faz surgir a responsabilidade internacional do Estado violador, trazendo como consequência a obrigação de reparar o prejuízo (OLÍVAR, 2006). O chamado “antigo regime” da responsabilidade internacional do Estado identificava a matéria com a proteção aos estrangeiros, e suas regras eram rudimentares, pois não havia um tratamento específico quanto à violação, um estudo profundo sobre o ato ilícito ou uma análise de suas consequências que, em regra, se limitavam às três formas clássicas de reparação (*restitutio in integrum*, satisfação e compensação) (CASSESE, 2008). Ademais, o antigo regime era fundamentado em uma relação bilateral entre o Estado violador e o Estado vítima, e os indivíduos só poderiam ser responsabilizados individualmente nos casos de pirataria ou crimes de guerra. Finalmente, não havia definição de culpa, não se sabendo com certeza se era necessário que a violação fosse intencional (CASSESE, 2008).

A regulamentação desta matéria no direito internacional teve um crescimento e aperfeiçoamento significativos em virtude dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que desde a metade do século passado se ocupa do tema, sendo responsável por separar o regime da responsabilidade do Estado da proteção aos direitos dos estrangeiros, consolidando a distinção entre regras

primárias (que determinam obrigações substantivas para os Estados) e secundárias (estabelecendo as condições de violação da norma primária e suas consequências jurídicas) (CASSESE, 2008). A Comissão também se esforçou em esclarecer as circunstâncias de configuração do ato ilícito e consagrar a obrigação de solução pacífica das controvérsias, que deve anteceder à tomada de contramedidas. Contudo, o grande avanço da Comissão foi o estabelecimento de dois regimes jurídicos, o da responsabilidade ordinária e o da responsabilidade agravada.

2.1.2.1 Distinções entre Ilícitos e a noção de “crime de Estado”

Em linhas gerais, o regime da responsabilidade ordinária requer, para a configuração de um ato ilícito, um elemento subjetivo, ou seja, a imputabilidade de uma conduta contrária ao direito internacional a um Estado, e três elementos objetivos: a inconsistência da conduta em particular com uma obrigação de direito internacional, o dano moral ou material a outro sujeito de direito internacional e a ausência de qualquer uma das circunstâncias de exclusão da ilicitude (CASSESE, 2008). Ao lado deste regime, que corresponde às violações “normais” ao direito internacional, em 1976 a Comissão de Direito Internacional decidiu incluir em seu Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado um dispositivo que criava uma distinção entre os atos ilícitos internacionais, então chamados de “delitos” – denominação acertadamente considerada “desafortunada” por Alain Pellet (1999)-e as graves violações ao direito internacional, nomeadas como “crime de Estado” – uma escolha menos infeliz aos olhos do jurista francês, mas certamente não desprovida de críticas⁹⁸. Tal particularidade – a existência de duas categorias de ilícito internacional – foi prevista no então art. 19 do Projeto de Artigos da Comissão das Nações Unidas sobre Responsabilidade do Estado:

⁹⁸ Pellet (1999) explica que tal distinção foi adotada pela Comissão de Direito Internacional por sugestão do então relator especial, Roberto Ago, em 1939, em seu curso na Academia de Haia chamado “Le délit international”. Neste sentido, a obra de Ago é clara na adoção do termo “delito”, como se percebe logo em seu início: “Le problème de la détermination de la nature juridique du délit international, c’est à dire le problème de l’origine de la responsabilité internationale des États, constitue sans doute l’une des questions le plus délicates et le plus graves du droit international public” (AGO, 1939, p.05). Já o termo “crime de Estado” não aparece, de maneira clara, em nenhuma uma passagem da referida obra.

Artigo 19. Crimes Internacionais e Delitos Internacionais

1. Um ato de um Estado que constitua uma violação de uma obrigação internacional é um ato ilícito internacional, independentemente de seu objeto ou da obrigação violada.

2. Um ato ilícito internacional que resulte de uma violação por um Estado de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional, de forma que tal violação seja reconhecida como um crime por essa comunidade como um todo, constitui um crime internacional.

3. De acordo com o parágrafo 2, e com base nas regras do direito internacional vigente, um crime internacional pode resultar, inter alia, de

a) Uma grave violação de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz e segurança internacionais, como aquela proibindo a agressão;

b) Uma grave violação de uma obrigação internacional de importância essencial para salvaguardar o direito à autodeterminação dos povos, como aquela proibindo manutenção pelo uso da força da dominação colonial;

c) Uma grave violação em escala generalizada de uma obrigação internacional de importância essencial para salvaguardar o ser humano, como aquelas proibindo escravidão, genocídio e *apartheid*;

d) Uma grave violação de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e preservação do ambiente humano, como aquelas proibindo a poluição massiva da atmosfera ou dos mares.

4. Qualquer ato ilícito internacional que não for um crime internacional de acordo com o parágrafo 2 constitui um delito internacional. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996, p. 59-60, tradução nossa⁹⁹)

Percebe-se, de início, ao menos uma tímida similaridade entre os conceitos de “crime internacional” e de normas peremptórias tal como definidas pela Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados, uma vez que ambas as categorias requerem o reconhecimento da comunidade de Estados como um todo. De fato, esta associação foi amplamente debatida pela Comissão de Direito Internacional, levando Roberto Ago, enquanto relator especial do projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados, a apregoar cautela e prudência na correlação entre a categoria de crimes internacionais e a de *jus cogens*. Segundo Ago,

Deve-se tomar cuidado para não levar este paralelo para além de onde ele realmente chega. Seria errado simplesmente concluir que qualquer violação de uma obrigação derivada de uma norma peremptória de direito internacional é um crime internacional e que somente a violação de uma obrigação com esta origem pode constituir tal crime. Pode-se aceitar que obrigações cuja violação é um crime serão “normalmente” aquelas derivadas de normas de *jus cogens*, embora esta conclusão não possa ser absoluta. Mas, acima de tudo, embora seja verdade que a falha em cumprir uma obrigação estabelecida por uma regra de *jus cogens* frequentemente constituirá um crime internacional, não se pode negar que a categoria de obrigações internacionais que não admitem derrogação é bem mais ampla que a categoria de obrigações cuja violação é necessariamente um crime

⁹⁹ http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

internacional. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1976, p.119-120, tradução nossa¹⁰⁰)

Apesar da clareza e lucidez da explicação de Ago, Pellet, à época da discussão final do projeto, dizia não ter dúvidas quanto a este paralelo, afirmando que “seria mais fácil e mais conveniente definir um crime internacional como uma norma de *jus cogens*” (PELLET, 1999, p. 428, tradução nossa). Conveniente e fácil, talvez, mas sobrepôr tais categorias parece no mínimo questionável do ponto de vista conceitual. Mais acertada é a posição de Ago, especialmente quando o jurista italiano afirma que “uma assimilação tão próxima das duas noções pode ser uma simplificação atraente, mas ela não parece ser conceitualmente aceitável” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1976, p. 120, tradução nossa)

Em 1995, sob os auspícios do então relator especial Arangio-Ruiz, a Comissão, em seu sétimo relatório, propôs então, após os anos de discussão, um regime de responsabilidade internacional por “crime” do Estado, no qual se delineava um sistema que Dupuy rotulou como “certamente muito ambicioso, mas em si mesmo não desprovido de coerência intelectual” (2008, p. 501, tradução nossa). A mera leitura da versão do projeto de artigos apresentada por Arangio-Ruiz não revela tal audácia e ousadia, pois o texto limitava-se a dizer que um crime internacional ocasionava as mesmas consequências de qualquer outro ilícito internacional (art. 51) e que a) o direito do Estado prejudicado de obter restituição em espécie não era limitado pelas alíneas “c” e “d” do art. 43¹⁰¹; e b) o direito do Estado prejudicado de obter satisfação não se submetia à restrição do § 3 do art. 45¹⁰². Além disso, o art. 53 trazia obrigações para todos os demais Estados, como a)

¹⁰⁰ [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1976_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1976_v2_p2_e.pdf)

¹⁰¹ Article 43 - Restitution in kind:

The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act restitution in kind, that is, the re-establishment of the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution in kind:

(a) Is not materially impossible;

(b) Would not involve a breach of an obligation arising from a peremptory norm of general international law;

(c) Would not involve a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from obtaining restitution in kind instead of compensation; or

(d) Would not seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act, whereas the injured State would not be similarly affected if it did not obtain restitution in kind. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996, p. 63) http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

¹⁰² Article 45 – Satisfaction;

não reconhecer como legal uma situação criada pelo crime; b) não fornecer ajuda ou assistência ao Estado que cometeu o crime na manutenção da situação então criada; c) cooperar com outros Estados no cumprimento das referidas obrigações (a e b) e d) cooperar com outros Estados na aplicação de medidas designadas para eliminar as consequências do crime.

Embora este sistema de responsabilidade “agravada” para os crimes internacionais se baseasse na ideia de intervenção coletiva pelos Estados, ele não trazia a punição como seu objetivo primordial, e suas consequências pouco diferiam daquelas do delito-reparação e possibilidade de contramedidas (WYLER, 2002). As obrigações específicas no caso de crime internacional não vinculavam o Estado violador, e sim recaíam sobre os outros Estados – dever de não-reconhecimento da situação resultante do crime, não-assistência e cooperação para a restauração da legalidade internacional-, trazendo, em realidade, consequências bastante modestas (WYLER, 2002).

De fato, o sistema ao qual Dupuy se refere só aparece nos comentários aos artigos feitos por Arangio-Ruiz por ocasião do seu sétimo relatório, e após grande esforço hermenêutico é possível entender que ele propunha que a existência e atribuição de um crime internacional a um Estado deveria ser o resultado de um procedimento judicial perante a Corte Internacional de Justiça, que seria iniciado por um dos Estados prejudicados (qualquer Estado, por se tratarem de obrigações *erga omnes*) após resolução de um dos órgãos políticos da ONU – Assembleia Geral ou Conselho de Segurança¹⁰³, em uma solução que o próprio relator especial

1. The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act satisfaction for the damage, in particular moral damage, caused by that act, if and to the extent necessary to provide full reparation.

2. Satisfaction may take the form of one or more of the following:

(a) An apology;

(b) Nominal damages;

(c) In cases of gross infringement of the rights of the injured State, damages reflecting the gravity of the infringement;

(d) In cases where the internationally wrongful act arose from the serious misconduct of officials or from criminal conduct of officials or private parties, disciplinary action against, or punishment of, those responsible.

3. The right of the injured State to obtain satisfaction does not justify demands which would impair the dignity of the State which has committed the internationally wrongful act (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996, p. 63) http://legal.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

¹⁰³ A vasta explicação de Arangio-Ruiz, incluindo diversas conjecturas e hipóteses sobre a configuração de tal sistema de responsabilização pode ser encontrada no sétimo relatório sobre

corretamente chamou de “a menos insatisfatória que pode ser oferecida no atual estado de desenvolvimento da chamada comunidade internacional organizada” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p. 26)¹⁰⁴. Tal sistema, entretanto, nunca chegou a existir.

A saída de Arangio-Ruiz da posição de relator-especial, substituído por James Crawford em 1996, marcou o abandono paulatino da noção de crime de Estado até culminar com sua substituição pela expressão “graves violações de normas peremptórias, em uma tentativa de retirar do Projeto de Artigos um conceito de responsabilidade criminal inspirado pelo direito interno (WYLER, 2002). A “descriminalização” da responsabilidade do Estado foi a opção adotada, baseando-se no fato de que a prática dos Estados na área era ainda embrionária, somando-se isso a inconsistência dos projetos anteriores que, apesar de sustentarem a diferença entre crimes e delitos, fracassaram em estabelecer um regime jurídico específico para a categoria dos crimes internacionais (WYLER, 2002)

2.1.2.2 *Jus cogens no Atual Regime de Responsabilidade Internacional do Estado*

O novo regime delineado sob a relatoria de Crawford também previu um sistema de responsabilidade agravada no capítulo III do projeto de artigos, intitulado “graves violações de obrigações relativas às normas peremptórias de direito

responsabilidade do Estado, no vol. II, parte 1 do anuário da Comissão de Direito Internacional da ONU, parágrafos 85 a 139, mas a sua passagem mais esclarecedora afirma que “the function of the political body is the closest possible approximation to a preliminary investigation of the degree of credibility of allegedly injured States’ charges, failing which it would be improper to let the matter be brought to the judge. It is, in other words, the closest possible approximation—although a very remote one—to the prosecutorial function. In its turn, the ICJ pronouncement following a fully-fledged contentious procedure is the closest possible approximation to a proper and fair trial of the case insofar as the basic conditions of existence and attribution are concerned. That the subsequent, ultimate implementation of the articles on the legal consequences of the crime would have to remain in the hands of injured States—omnes States—is an inevitable consequence of the continuing low degree of institutionalization of the inter-State system. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p. 26)

¹⁰⁴ Presente no sétimo relatório

internacional geral”. A menção clara às normas peremptórias- e não mais aos “crimes” de Estado internacionais”- indica um comprometimento e posicionamento, ao menos semântico, com a categoria das normas de *jus cogens* e, conforme Crawford, era necessário que os artigos refletissem que “existem certas consequências emanando dos conceitos básicos de normas peremptórias de direito internacional geral e obrigações para com a comunidade internacional como um todo no âmbito da responsabilidade do Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 111, tradução nossa).

Contudo, o exame dos dispositivos que concernem a responsabilidade internacional por violação de normas de *jus cogens* no novo projeto deixa claro que, em seu estado definitivo, o texto elaborado pela Comissão é “muito mais modesto, demais, talvez” (DUPUY, 2008, p. 502, tradução nossa) em relação ao anterior, o que leva mais uma vez ao ponto central desta tese: a possível inexistência de coerência e utilidade prática das normas de *jus cogens*. Assim, o projeto do artigo dispõe:

Artigo 40. Aplicação deste capítulo

1. Este capítulo se aplica à responsabilidade internacional que é ocasionada por uma violação grave por parte de um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma peremptória de direito internacional geral.
2. Uma violação de tal obrigação é grave se ela envolver uma falha massiva ou sistemática do Estado responsável em cumprir a obrigação.

Artigo 41. Consequências particulares de uma violação grave de uma obrigação deste capítulo

1. Os Estados devem cooperar para colocar fim, por meios lícitos, à qualquer violação séria nos termos do artigo 40.
2. Nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação criada por uma violação grave nos termos do artigo 40, nem prestar ajuda ou assistência na manutenção dessa situação.
3. Este artigo não prejudica as demais consequências previstas na presente Parte, e nem outras consequências que a violação a que se refere este capítulo possam ocasionar no direito internacional.

Evidente, de início, é a timidez conceitual do artigo 40, especialmente se comparado ao projeto anterior, furtando-se, tal como o texto da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos tratados, a indicar o conteúdo de tais normas. Em seus comentários ao projeto, Crawford afirma não julgar apropriado trazer exemplos no texto do art. 40, mas que as obrigações às quais ele se refere “surgem daquelas regras substantivas de conduta que proíbem o que passou a ser visto como

intolerável em razão da ameaça que apresenta à sobrevivência dos Estados e de seus povos e aos mais básicos valores humanos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 112, tradução nossa). Neste sentido, o relator especial se refere aos comentários feitos ao artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados para esclarecer a quais condutas o artigo 40 se aplica, mencionando a proibição de agressão, a proibição da escravidão e do tráfico de escravos, o genocídio, a discriminação racial e o *apartheid*, somados a eles a proibição da tortura e o direito à autodeterminação, esclarecendo não se tratar de um rol exaustivo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). Contudo, evidencia-se que não inclusão de hipóteses de incidência da norma, a exemplo do que ocorreu na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, desencoraja ainda mais a sua aplicação e certamente enfraquece o regime jurídico previsto pelo projeto para as normas peremptórias.

2.1.2.3 A Natureza e Constatação da Violação: Sanções pela Violação de uma Norma Peremptória

É importante ressaltar que o art. 40 exige que a violação às normas peremptórias seja de natureza grave, o que se configura, pelo texto do projeto, quando um Estado falha de maneira massiva ou sistemática no cumprimento de suas obrigações oriundas de uma norma de *jus cogens*. Em seu relatório, Crawford explica que, para ser considerada sistemática, uma violação deve ser executada de maneira organizada e deliberada, enquanto o termo “massiva” se refere à intensidade da violação ou de seus efeitos, que devem ter natureza flagrante, significando um ataque direto e definitivo aos valores protegidos pela regra e, finalmente, a verificação da gravidade da violação pode incluir a intenção de violar a norma, o escopo e o número de violações individuais e a gravidade das suas consequências para as vítimas¹⁰⁵ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

¹⁰⁵ Como esclarece o relator especial, “It must also be borne in mind that some of the peremptory norms in question, most notably the prohibitions of aggression and genocide, by their very nature require an intentional violation on a large scale.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 113)

Assim como nas redações anteriores, o artigo 40 não prevê qualquer procedimento para determinar a ocorrência ou não de uma grave violação às normas peremptórias. Ao contrário de Arangio-Ruiz, que ao menos dedicou esforços para tentar elucidar, em seus comentários, qual seria o procedimento de responsabilização que poderia vir a ser adotado no caso de violação às normas de *jus cogens*, Crawford se limita a dizer que “não é a função dos artigos estabelecer novos procedimentos institucionais para lidar com casos individuais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 113, tradução nossa). Sinteticamente, Crawford ainda menciona que estas violações provavelmente seriam examinadas por órgãos internacionais competentes, incluindo o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral e que, no caso particular de agressão, o Conselho de Segurança tem um papel específico conferido pela Carta da ONU¹⁰⁶ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001).

A ausência de qualquer referência quanto ao procedimento de apuração de uma hipotética grave violação às normas peremptórias é eclipsada por uma lacuna ainda mais gritante: inexistente, em todo o texto do projeto, qualquer sanção ou consequência para o Estado responsável pela violação grave a uma norma peremptória, pois estas se concentram somente em obrigações para os demais Estados, previstas no artigo 41. Esta, talvez, seja a ausência mais “presente” de todo o projeto e do regime jurídico de responsabilidade agravada que ele buscou criar: se as violações às normas de *jus cogens* são tão condenáveis, ferindo os

¹⁰⁶ As funções do Conselho de Segurança das Nações Unidas estão presentes nos arts. 24 a 24 da Carta: Artigo 24:

1. A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles.

2. No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas. As atribuições específicas do Conselho de Segurança para o cumprimento desses deveres estão enumeradas nos Capítulos VI, VII, VIII e XII.

3. O Conselho de Segurança submeterá relatórios anuais e, quando necessário, especiais à Assembleia Geral para sua consideração.

Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Artigo 26. A fim de promover o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais, desviando para armamentos o menos possível dos recursos humanos e econômicos do mundo, o Conselho de Segurança terá o encargo de formular, com a assistência da Comissão de Estado Maior, a que se refere o Artigo 47, os planos a serem submetidos aos Membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos.

fundamentos mais importantes da comunidade internacional, não seria de se esperar ao menos alguma consequência diferenciada para o Estado violador, além da possível aplicação do regime de responsabilidade ordinária, nos termos do art. 41.3 do projeto (no qual se afirma que este artigo não exclui ou prejudica a incidência das demais consequências do direito internacional)?

2.1.2.4 Consequências para os demais Estados

O artigo 41 determina, em seu parágrafo 1, que os Estados encontram-se sob a obrigação positiva de cooperar para pôr fim às graves violações de normas de *jus cogens* e, segundo Gattini, o texto envia uma mensagem clara sobre a prioridade dos deveres de solidariedade da comunidade internacional(2002). Este dever de solidariedade já havia sido expresso na Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amistosas e Cooperação entre Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas de 1970, na qual afirmava-se que os Estados deveriam a) cooperar um com o outro na manutenção da paz e segurança internacionais e b) cooperar na promoção do respeito universal e da observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, e na eliminação de todas as formas de discriminação racial e de todas as formas de intolerância religiosa. De acordo com Gattini, pode se inferir que, “se a obrigação de cooperação foi reconhecida como uma regra geral para a proteção e promoção dos direitos humanos, o mesmo deve acontecer quando estes valores supremos são gravemente violados” (2002, p.1186, tradução nossa).

Arangio-Ruiz (1972) nota, perspicazmente, que a cooperação, um dos princípios cardiais das relações intergovernamentais e de vital importância para os Estados, deve ser vista como um tipo de super-princípio, operando de maneira procedimental, e o jurista ainda afirma ser natural esperar que a formulação do princípio da cooperação incluísse aspectos procedimentais ou institucionais, visto que ele deve garantir a tradução efetiva dos demais princípios em realidade, pois “cooperar – sem nenhuma outra qualificação- não significa muito” (ARANGIO-RUIZ, 1972, p. 573, tradução nossa). Contudo, o texto do projeto de artigos sobre

responsabilidade dos Estados se furta a delinear minimamente um iter procedimental para que se logre a referida “cooperação para pôr fim às graves violações de normas de *jus cogens*” prevista no art. 40.1, deixando o sentido de tal dever praticamente vazio.

O próprio relator-especial, James Crawford, afirma que, em função da diversidade de circunstâncias que poderiam estar envolvidas, o dispositivo não prescreve em detalhes sob qual forma esta cooperação deveria acontecer, mas que ela poderia ocorrer tanto de maneira institucionalizada – no quadro de uma organização competente, como a ONU- ou não-institucionalizada (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001), sendo que esta última possibilidade traz, em si, uma série de questionamentos sobre a legitimidade de tais medidas, especialmente se tomadas de maneira unilateral, uma vez que também inexiste menção sequer a um procedimento de verificação da existência de violações às normas de *jus cogens*. O que deveria ser feito quando os Estados, movidos de boa-fé pela intenção de colocar um fim à violação, divergirem sobre a propriedade, escala ou duração de sanções econômicas (GATTINI, 2002)? Se a função do parágrafo 1 é “fortalecer os mecanismos existentes de cooperação, no sentido de que todos os Estados são chamados a dar uma resposta adequada às graves violações referidas no artigo 40” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 114, tradução nossa) parecem faltar elementos para se atingir tal objetivo, uma vez que a) nem o artigo 40 ilustra quais seriam estas graves violações e b) nem o parágrafo 1 menciona os mecanismos de cooperação que poderiam ser utilizados para tal finalidade ou c) como tal cooperação teria efeito.

O art. 41.2 do projeto traz o que Gattini (2002) nomeia de deveres de isolamento, traduzidos nas chamadas “obrigações gêmeas” de não reconhecer como lícita uma situação criada por uma violação grave às normas peremptórias, nem ajudar ou assistir na manutenção daquela situação. Através dessas provisões, “a Comissão de Direito Internacional deu substância à ideia fundamental de banimento social e isolamento do fora-da-lei” (GATTINI, 2002, p. 1189, tradução nossa).

De acordo com os comentários de Crawford ao projeto, a primeira destas obrigações se refere ao não-reconhecimento, pela comunidade internacional como um todo, da legalidade de situações resultantes diretamente das graves violações ao artigo 40, tais como a tentativa de aquisição de soberania sobre um território negando-se o direito à autodeterminação dos povos, e se refere não somente ao reconhecimento formal de tais situações, proibindo também atos implícitos de reconhecimento¹⁰⁷ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). De fato, uma das poucas menções às obrigações do Estado violador está presente nos comentários relativos ao dever de não-reconhecimento, quando Crawford afirma que esta obrigação se aplica a todos os Estados, incluindo o Estado responsável pela violação de uma norma peremptória, que não pode consolidar a situação através de seu próprio reconhecimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). Esta obrigação se aplica também ao Estado prejudicado, e sua renúncia ou reconhecimento induzidos pelo Estado violador não precluem o interesse da comunidade internacional em determinar uma solução adequada (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001).

Todavia, é perceptível que o escopo da obrigação de não-reconhecimento não deixa claro a quais situações ela se aplica, e ainda parece prematuro falar desta obrigação em outras situações além daquelas relativas ao estabelecimento ou manutenção de um regime pelo uso ilegal da força, com a qual a oposição forçosa à autodeterminação é equiparada (GATTINI, 2002). A opinião consultiva do caso

¹⁰⁷ Em relação especificamente ao princípio de que aquisições territoriais feitas pelo uso da força não são válidas e não devem ser reconhecidas, este já havia sido expresso de diversas formas no cenário internacional: nos anos trinta, ele era defendido pela Doutrina Stimson, apesar de o próprio Departamento de Estado dos Estados Unidos da América declarar que ela provou ser incrivelmente inefetiva frente à contínua expansão e agressão do Japão. A Declaração dos Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amigáveis e Cooperação entre Estados também reconheceu este princípio, consolidado posteriormente na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça no caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. USA*, 1986) e na opinião consultiva no caso *Namíbia*; já no âmbito do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral das Nações Unidas, a obrigação de não-reconhecimento foi expressa em resoluções relativas à situação na antiga Rodésia (*Security Council resolution 216 (1965) of 12 November 1965*) e nos *Bantustões Sul-Africanos* (*General Assembly resolution 31/6 A of 26 October 1976, endorsed by the Security Council in its resolution 402 (1976) of 22 December 1976; Assembly resolutions 32/105 N of 14 December 1977 and 34/93 G of 12 December 1979*) e, especificamente no caso do Conselho de Segurança, é importante mencionar também a reação contra a invasão do Kuwait pelo Iraque em 1990, ocasião na qual o órgão conclamou todos os Estados, organizações internacionais e agências especializadas a não reconhecer a anexação e a se abster de qualquer ato que pudesse ser interpretado como reconhecimento, direta ou indiretamente (*Security Council resolution 662 (1990) of 9 August 1990*)

Namíbia, que é citada diversas vezes nos comentários de Crawford e parece ter inspirado os trabalhos da Comissão no tema, é ambígua¹⁰⁸, e as consequências então determinadas pela Corte Internacional de Justiça no tocante ao dever não-reconhecimento eram vagas, incertas e até hoje objeto de divergência na jurisprudência de outras cortes internacionais (GATTINI, 2002).

Como Gattini acertadamente coloca, “em um nível mais profundo de análise, se pode até questionar se a obrigação de não-reconhecimento possui algum significado específico” (2002, p. 1191, tradução nossa). Na verdade, se um Estado viola esta obrigação, o resultado prático seria que, pela sua própria conduta, ele contribuirá para fortalecer a posição do Estado responsável pela violação da norma de *jus cogens*, e conseqüentemente ele terá objetivamente ajudado o Estado responsável na manutenção desta situação, o que, de fato, adentraria o domínio do que a Comissão descreve como uma outra obrigação também presente no art. 41.2: aquela de não fornecer ajuda ou assistência (GATTINI, 2002). A distinção entre as duas seria de que, enquanto a obrigação de não-reconhecimento tem caráter negativo, a obrigação de não prestar assistência ou auxílio implicaria atos positivos (GATTINI, 2002), uma explicação não muito convincente, pois ambas parecem demandar uma abstenção, um não-fazer por parte da comunidade de Estados e, em última análise, não parecem diferir em sua substância.

Quanto à proibição aos Estados de não ajudar ou assistir na manutenção da situação criada pela violação da norma peremptória consagrada no art. 41.2, segundo os comentários de Crawford, esta deve ser interpretada em conjunto com o artigo 16 do projeto¹⁰⁹, o qual determina que um Estado que ajuda ou assiste outro Estado no cometimento de um ato ilícito internacional também será por ele responsável se o faz com o conhecimento das circunstâncias do ato ilícito internacional e se o ato seria internacionalmente ilícito caso fosse cometido pelo Estado que assiste ou ajuda. Para Crawford, o artigo 41.2 vai além do artigo 16- que

¹⁰⁸ A Corte Internacional de Justiça parece derivar suas consequências não da prática do apartheid pela África do Sul, e sim pelo término do mandato do país em razão da sua falha em cumprir com a obrigação de se submeter à supervisão e de enviar relatórios à Assembleia Geral (GATTINI, 2002)

¹⁰⁹ Article 16 - Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act:

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
(b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

se aplica à ajuda ou assistência no “cometimento” do ilícito internacional-estendendo à manutenção da situação criada pela violação, aplicando-se independentemente desta ser de caráter contínuo¹¹⁰, também pressupondo o conhecimento das circunstâncias do ato ilícito internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001).

Além de se furtar a prever qualquer consequência específica para o Estado que viola normas peremptórias, o projeto se limitou, conforme visto, a considerar que a ação coordenada de todos os Estados poria o Estado violador em uma situação de banimento, colocando-o à margem da chamada “comunidade internacional”, o que Dupuy acertada e eufemisticamente classificou como “uma dedução lógica, mas não muito realista” (2008, p. 502, tradução nossa). Finalmente, o artigo 41.3 determina que as disposições do presente artigo não prejudicam as demais consequências previstas nesta parte do projeto, nem outras implicações que a violação da norma peremptória possa ocasionar no direito internacional. Segundo a Comissão, esta disposição tem um duplo propósito, pois serve para a) deixar claro que grave violação de uma norma peremptória dá origem à obrigação, por parte de Estado violador, de cessar o ato ilícito ou continuar sua execução, prestar reparação e, se apropriado, dar garantias de não-repetição e b) permitir que consequências ulteriores para a grave violação de uma norma peremptória possam ser previstas pelo direito internacional, pois o art. 41 “não quer precluir o futuro desenvolvimento de um regime mais elaborado para as consequências advindas de tais violações” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 116, tradução nossa).

A supracitada disposição parece, inicialmente, uma excelente maneira de não se podar o desenvolvimento futuro do direito internacional em relação à responsabilidade do Estado pela grave violação de uma norma peremptória, mas é questionável se ela é sequer necessária em um texto abundante em cláusulas

¹¹⁰ Article 14 - Extension in time of the breach of an international obligation:

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.
2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.
3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

igualmente excludentes. Neste sentido, não só o artigo 55¹¹¹ do projeto prevê a possibilidade da existência sistemas de *lex specialis* em relação à responsabilidade internacional como o art. 56¹¹² determina que as disposições do projeto não prejudicam outras normas de direito internacional nele não codificadas, evidenciando, em princípio, a desnecessidade do art. 41.3.

2.1.2.6 Invocabilidade da Violação a uma Norma Peremptória

A fragilidade conceitual do sistema de responsabilização do Estado pela grave violação de uma norma peremptória também se evidencia em relação à invocabilidade e às consequências da violação. A lado da regra geral de invocabilidade da responsabilidade pelo Estado prejudicado, prevista no art. 42¹¹³, o projeto também contemplou, em seu art. 48, a invocação da responsabilidade por outro Estado além do prejudicado, nos seguintes termos

Artigo 48. Invocação da responsabilidade por um Estado que não seja um Estado lesado

1. Qualquer Estado que não seja o Estado lesado tem o direito de invocar a responsabilidade de outro Estado, de acordo com o parágrafo 2, se:

(a) a obrigação violada é devida a um grupo de Estados incluindo esse Estado, e é estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo; ou

(b) a obrigação violada é devida à comunidade internacional como um todo.

2. Qualquer Estado intitulado a invocar a responsabilidade sob o parágrafo 1 pode exigir do Estado responsável:

(a) a cessação do ato internacionalmente ilícito e garantias e certezas de não repetição de acordo com o artigo 30; e

¹¹¹ Article 55 - Lex specialis:

These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

¹¹² Article 56 - Questions of State responsibility not regulated by these articles:

The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.

¹¹³ Article 42 - Invocation of responsibility by an injured State:

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

(a) that State individually; or

(b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

i(i) specially affects that State; or

(ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

(b) o cumprimento da obrigação de reparação de acordo com os artigos anteriores, no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

3. Os requisitos para a invocação da responsabilidade por um Estado lesado em virtude dos artigos 43, 44 e 45 aplicam-se a uma invocação de responsabilidade por um Estado intitulado a fazê-lo nos termos do parágrafo 1. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 126, tradução nossa).

Para o regime proposto pelo Projeto de Artigos, sendo a obrigação violada de natureza imperativa, ela apresenta um caráter *erga omnes*, significando que o respeito a ela é devido por cada um dos Estados da comunidade internacional em relação aos demais, enquadrando-se no disposto no art. 48.1 (b). Neste sentido, é importante mencionar que o texto do projeto não usa o termo “obrigações *erga omnes*”, mas o menciona em seus comentários, e as consequências trazidas no art.48 relacionam-se a normas deste tipo, afirmando que o parágrafo 1(b) pretendeu dar efeito à declaração da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*, no qual delineou-se a “distinção essencial” entre as obrigações devidas a Estados em particular e aquelas devidas “em relação à comunidade de Estados como um todo” sendo este apenas um dos problemas em relação às categorias normativas trazidas pelo projeto, que falhou em coordenar de maneira suficiente os conceitos de “obrigações em relação à comunidade internacional”, “normas peremptórias” e “graves violações ao direito internacional” (KADELBACH, 2006).

Dupuy (2008) corretamente declara ser deplorável a ausência de coerência rigorosa entre as disposições versando sobre as violações de obrigações decorrentes de uma norma imperativa e os artigos relativos às violações das obrigações “em relação à comunidade internacional como um todo”, que parecem tratar ambas as categorias como a mesma coisa. Contudo, em realidade, a menção às normas peremptórias é feita no art. 40, que trata das obrigações dos demais Estados (que não o Estado responsável), enquanto obrigações *erga omnes* são mencionadas nos arts. 42 e 48 do texto do projeto para designar os direitos – e não as obrigações – de certos Estados além do Estado responsável (DUPUY, 2008). Como bem explana o autor francês:

A Comissão parece ter querido simplificar as coisas excessivamente partindo do princípio de que normas “*erga omnes*” e normas imperativas são uma e a mesma coisa, o que não é o caso. A obrigação de respeitar o princípio da liberdade de navegação em alto mar se impõe, a cada Estado, em relação a todos os outros (“*erga omnes*”). Contudo, esta não é uma

obrigação imperativa, pois ela pode ser derogada em certas condições. Bem parece que há aqui, ao menos, falta de harmonia conceitual e redacional entre os diferentes artigos do texto da codificação evocando a dimensão multilateral da responsabilidade (DUPUY, 2008, P.502-503, tradução nossa).

É indiscutível que o projeto não fornece um regime jurídico abrangente e substancial para a responsabilidade de um Estado em relação aos outros, pertençam eles a um grupo específico ou simplesmente à comunidade de Estados como um todo, falando muito pouco sobre os “Estados não prejudicados” do art. 48 e, em especial, se furtando a indicar quais medidas eles estão autorizados a tomar contra o Estado responsável (DUPUY, 2012). O mencionado artigo se limita a dizer que os “terceiros” Estados podem apenas solicitar a cessação do ilícito internacional, requerer garantias de não-repetição ou a execução da obrigação de reparação no interesse do Estado prejudicado ou do beneficiário da obrigação violada, somando-se a estas disposições os deveres de não-reconhecimento e não-assistência do art. 41.2, e este silêncio leva ao questionamento da possibilidade de aplicação de contramedidas por tais Estados no caso de violação de uma norma peremptória, tópico que será abordado adiante.

Ainda no texto do art. 48, o parágrafo 3 determina que os requisitos para a invocação da responsabilidade por um Estado lesado em virtude dos artigos 43, 44 e 45 aplicam-se a uma invocação de responsabilidade por um Estado intitulado a fazê-lo nos termos do parágrafo 1, uma disposição confusa e contraditória. O requisito do art. 43 diz respeito à notificação da reclamação por um Estado prejudicado¹¹⁴, tal qual definido pelo art. 42, mas os comentários de Crawford deixam explícito que “os Estados que invocarem a responsabilidade com base no art. 48 também devem obedecer tais requisitos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 119), significando que, em princípio, qualquer Estado pode acionar o mecanismo para invocar a responsabilidade de um Estado que cometeu uma grave violação a uma norma peremptória, o que faz surgir o risco de reclamações conflitantes ou

¹¹⁴ Article 43 - Notice of claim by an injured State:

1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State.
2. The injured State may specify in particular:
 - (a) the conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
 - (b) what form reparation should take in accordance with the provisions of Part Two.

concomitantes (GATTINI, 2002). Assim, como a indicação de medidas feita pelo Estado prejudicado ou interessado não vincula o Estado responsável¹¹⁵, este pode escolher qual medida cumprir, e o texto não esclarece como coordenar os mecanismos de ação dos diferentes Estados: se um Estado A faz um pedido de extradição de um indivíduo do Estado X para processá-lo e o Estado B solicita a extradição do mesmo indivíduo para entrega-lo ao Tribunal Penal Internacional, o Estado X estaria livre para cumprir o primeiro ou o segundo pedido (GATTINI, 2002), o que pode ser danoso aos interesses do Estado diretamente prejudicado.

A referência do art. 48.3 ao art. 44 também é estarrecedora, uma vez que o último, relativo à admissibilidade das reclamações, afirma que a responsabilidade de um Estado não pode ser invocada se a demanda não for trazida em conformidade com a regra da nacionalidade aplicável e se não tiverem sido exauridos os remédios locais disponíveis e efetivos¹¹⁶. Como bem salienta Gattini (2002), qualquer que seja o escopo da “regra aplicável” em relação à nacionalidade das demandas, no caso da invocação de responsabilidade por um Estado outro que o prejudicado tal critério simplesmente não se aplica em razão de sua própria definição. Se o artigo 48.1(b) se refere a atos ilícitos cuja responsabilidade pode ser invocada pela “comunidade de Estados”, que sentido faz exigir o preenchimento do critério de nacionalidade? Neste sentido, o requisito da exaustão dos remédios locais é igualmente descabido: é difícil conceber que os remédios locais sejam “disponíveis e efetivos” em casos de graves violações à proibição de agressão, do genocídio, de escravidão, autodeterminação dos povos, tortura e princípios do direito humanitário – normas consideradas como *jus cogens* (GATTINI, 2002). Evidenciando ainda mais as incongruências do regime jurídico aplicável à responsabilização de um Estado por

¹¹⁵ When giving notice of a claim, an injured or interested State will normally specify what conduct in its view is required of the responsible State by way of cessation of any continuing wrongful act, and what form any reparation should take. Thus, paragraph 2 (a) provides that the injured State may indicate to the responsible State what should be done in order to cease the wrongful act, if it is continuing. This indication is not, as such, binding on the responsible State. The injured State can only require the responsible State to comply with its obligations, and the legal consequences of an internationally wrongful act are not for the injured State to stipulate or define. But it may be helpful to the responsible State to know what would satisfy the injured State; this may facilitate the resolution of the dispute. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 120)

¹¹⁶ Article 44 - Admissibility of claims:

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;
- (b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

violação às normas peremptórias, a própria Comissão de Direito Internacional afirma, nos comentários ao art. 40, “o procedimentos internacionais de reclamação, como por exemplo no campo dos Direitos Humanos, atribuem diferentes consequências às violações sistemáticas, como a não aplicabilidade da regra de exaustão dos remédios locais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 113, tradução nossa).

Finalmente, a referência ao art. 45, relativo à perda do direito de invocar a responsabilidade, é igualmente contraditória, pois tal dispositivo afirma que a responsabilidade de um Estado não pode ser invocada se o Estado prejudicado renuncia de maneira válida à demanda ou se o Estado prejudicado tiver, em razão de sua conduta, aquiescido com o lapso da demanda¹¹⁷. Os comentários ao projeto enunciam o óbvio: “as posições tomadas individualmente por Estados referidos no art. 48 não terão tal efeito” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 122, tradução nossa), significando que os atos dos Estados não diretamente prejudicados não influenciam o direito de invocar a responsabilidade do Estado violador de normas peremptórias. Já no tocante ao próprio Estado prejudicado, uma renúncia explícita ou tácita a este direito significaria, na prática, uma violação aos deveres do art. 41 de cooperar para pôr fim à grave violação de uma norma peremptória e de não reconhecer como legal uma situação criada por tal violação, tornando a referência mais uma vez desnecessária. Assim, conforme afirma Gattini, “por meio da interpretação, pode-se seguramente concluir que os arts. 44 e 45 não se aplicam nos casos de invocação de uma grave violação de uma obrigação relativa às normas peremptórias” (2002, p. 1198, tradução nossa).

2.1.2.6 *Jus cogens e as Contramedidas*

¹¹⁷ Article 45 - Loss of the right to invoke responsibility:

The responsibility of a State may not be invoked if:

(a) The injured State has validly waived the claim;

(b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

Evidenciadas as imprecisões e incongruências relativas ao regime jurídico da responsabilidade do Estado por violação às normas peremptórias, cumpre ainda examinar a questão da possibilidade ou não de uma ação efetiva frente à violação de uma norma peremptória, hipótese consubstanciada no uso de contramedidas. Neste sentido, o art. 49 traça o objeto e os limites das contramedidas¹¹⁸, estabelecendo que um Estado prejudicado pode somente toma-las contra um Estado que é responsável por um ato ilícito internacional para induzir este Estado a cumprir com suas obrigações. Os comentários ao texto esclarecem que “o foco deste capítulo é nas contramedidas tomadas por Estados prejudicados como definidos pelo art. 42” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 129, tradução nossa), limitando-se portanto estritamente ao Estado diretamente atingido pelo ilícito em uma relação bilateral clássica, excluindo-se daí os chamados Estados não-prejudicados do art. 48.

Crawford menciona que a prática reconhece contramedidas tomadas por outros Estados, em particular aqueles elencados no art. 48 (situações nas quais não havia um Estado prejudicado ou outro Estado agiu em nome ou por pedido de um Estado prejudicado), mas que tais casos são controversos e a prática neste sentido é ainda embrionária, razão pela qual estão fora do escopo deste capítulo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001). Afirmando a incerteza do atual estado do direito internacional das contramedidas tomadas em nome de um interesse geral ou coletivo, o texto do projeto deixou a resolução do assunto para o posterior desenvolvimento do direito interacional, mencionando ainda, no art. 54, que este capítulo não prejudica o direito de qualquer Estado, sob o art. 48.1, de invocar a responsabilidade de outro Estado, de tomar medidas legais contra este Estado para assegurar a cessação da violação e a reparação no interesse do Estado prejudicado ou dos beneficiários da obrigação violada.

¹¹⁸ Article 49. Object and limits of countermeasures

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.
2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.
3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

Tal prática estatal, no entanto, não é tão modesta, e os próprios comentários ao projeto citam inúmeros exemplos, como as ações tomadas pelos Estados Unidos contra Uganda em 1978¹¹⁹, as medidas de Certos Países Ocidentais contra a Polônia e a União Soviética em 1981¹²⁰, as medidas coletivas contra a Argentina em 1982¹²¹, as ações dos Estados Unidos em relação à África do Sul em 1986¹²², as medidas coletivas contra o Iraque em 1990¹²³ e contra a Iugoslávia em 1998¹²⁴.

¹¹⁹ In October 1978, the United States Congress adopted legislation prohibiting exports of goods and technology to, and all imports from, Uganda. The legislation recited that “[t]he Government of Uganda ... has committed genocide against Ugandans” and that the “United States should take steps to dissociate itself from any foreign government which engages in the international crime of genocide” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

¹²⁰ On 13 December 1981, the Polish Government imposed martial law and subsequently suppressed demonstrations and detained many dissidents. The United States and other Western countries took action against both Poland and the Soviet Union. The measures included the suspension, with immediate effect, of treaties providing for landing rights of Aeroflot in the United States and LOT in the United States, Great Britain, France, the Netherlands, Switzerland and Austria. The suspension procedures provided for in the respective treaties were disregarded. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

¹²¹ In April 1982, when Argentina took control over part of the Falkland Islands (Malvinas), the Security Council called for an immediate withdrawal. Following a request by the United Kingdom, European Community members, Australia, Canada and New Zealand adopted trade sanctions. These included a temporary prohibition on all imports of Argentine products, which ran contrary to article XI:1 and possibly article III of the General Agreement on Tariffs and Trade. It was disputed whether the measures could be justified under the national security exception provided for in article XXI (b) (iii) of the Agreement. The embargo adopted by the European countries also constituted a suspension of Argentina’s rights under two sectoral agreements on trade in textiles and trade in mutton and lamb, for which security exceptions of the Agreement did not apply. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

¹²² When in 1985, the Government of South Africa declared a state of emergency in large parts of the country, the Security Council recommended the adoption of sectoral economic boycotts and the freezing of cultural and sports relations. Subsequently, some countries introduced measures which went beyond those recommended by the Security Council. The United States Congress adopted the Comprehensive Anti-Apartheid Act which suspended landing rights of South African Airlines on United States territory. This immediate suspension was contrary to the terms of the 1947 United States of America and Union of South Africa Agreement relating to air services between their respective territories and was justified as a measure which should encourage the Government of South Africa “to adopt reforms leading to the establishment of a non-racial democracy”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

¹²³ On 2 August 1990, Iraqi troops invaded and occupied Kuwait. The Security Council immediately condemned the invasion. European Community member States and the United States adopted trade embargoes and decided to freeze Iraqi assets. This action was taken in direct response to the Iraqi invasion with the consent of the Government of Kuwait. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

¹²⁴ In response to the humanitarian crisis in Kosovo, the member States of the European Community adopted legislation providing for the freezing of Yugoslav funds and an immediate flight ban. For a number of countries, such as France, Germany and the United Kingdom, the latter measure implied the non-performance of bilateral aviation agreements. Because of doubts about the legitimacy of the action, the British Government initially was prepared to follow the one-year denunciation procedure provided for in article 17 of its agreement with Yugoslavia. However, it later changed its position and denounced flights with immediate effect. Justifying the measure, it stated that “President Milosevic’s ... worsening record on human rights means that, on moral and political grounds, he has forfeited the right of his Government to insist upon the 12 months notice which would normally apply”. The Federal Republic of Yugoslavia protested these measures as “unlawful, unilateral and an example of the policy of discrimination”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001, p. 138)

Assim, a distinção estabelecida no projeto entre os direitos dos Estados “prejudicados” e os direitos dos demais Estados em relação a uma violação devida à comunidade internacional como um todo pode ser criticada por não refletir a verdadeira prática estatal em diversos casos, em especial nos anos 80 quando, ao serem confrontados com o uso ilegal da força para a invasão do território de um terceiro Estado, “os Estados não diretamente prejudicados tomaram verdadeiras contramedidas no sentido de represálias clássicas e não se limitaram a pedir a cessação do ato ilícito ou o não-reconhecimento da situação criada” (DUPUY, 2012, p. 216, tradução nossa).

Mais uma vez, o projeto exprime um paradoxo que permeia não só o regime de responsabilidade internacional do Estado, mas todas as áreas relativas ao *jus cogens*: se tais normas são tão primordiais, importantes e vitais para a comunidade internacional, por que a sua violação não enseja, de fato, qualquer consequência diferenciada, condizente com seu status? A verdade é que as disposições restritivas dos arts. 41 e 48 são insuficientes para estabelecer um regime jurídico completo para a violação das obrigações *erga omnes* de uma norma peremptória, levando à conclusão de que a ordem jurídica internacional afirmou a dimensão multilateral da responsabilidade do Estado, mas ao mesmo tempo não forneceu aos Estados uma indicação clara sobre o conteúdo desta responsabilidade, sobre quais medidas deveriam ser tomadas e sobre como implementá-las (DUPUY, 2012).

Em relação aos efeitos das normas de *jus cogens* no campo da responsabilidade internacional do Estado, os resultados obtidos pelo texto do Projeto foram modestos, quiçá desapontadores. A ausência de obrigações específicas para o Estado violador são a grande fragilidade do Projeto, mas certamente não a única. De maneira análoga ao que ocorreu com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a aparente “vitória” advinda da consagração do *jus cogens* no plano normativo é questionável: no âmbito dos tratados, ela foi enfraquecida pela dificuldade de aplicabilidade das disposições relativas ao *jus cogens* e, em relação à responsabilidade internacional, ela foi debilitada pela inexistência de qualquer efeito específico quanto ao regime agravado para o Estado autor da violação. Neste sentido, Dupuy questiona: “a vitória do *jus cogens* seria então uma vitória pírrica?”

(2008, p. 503, tradução nossa). A resposta, até o presente momento, parece ser afirmativa.

2.2. *JUS COGENS*: ATIVIDADE TEÓRICA CRIATIVA NO DIREITO INTERNACIONAL

No ponto precedente, constatou-se que o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* no direito internacional padece de severas limitações quando se analisa a sua atuação prática em campos considerados como áreas tradicionais de operação de tais normas. Contudo, devemos considerar a opinião de renomados juristas, como Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem “na construção gradual do Direito Internacional para a humanidade, construções conceituais estão em curso” (2005, v.I, p. 276, tradução nossa), o que significaria a necessidade de considerar a posição defendida pelo jurista brasileiro de que “o *jus cogens* internacional por definição vai bem além do direito dos tratados, estendendo-se para o domínio da responsabilidade do Estado e, em última análise, para qualquer ato jurídico” (2005, v. I, p. 276, tradução nossa).

Cumprido, portanto, verificar a possibilidade do discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* refletir-se efetivamente em áreas diversas. Para tal finalidade, selecionaram-se áreas nas quais a produção doutrinária –e por vezes jurisprudencial – é abundante e criativa, imputando às normas de *jus cogens* uma gama de consequências bastante questionáveis, entre elas a alocação de jurisdição em caso de violação de tais normas, ou a criação de uma ordem hierárquica no regime das fontes do direito internacional, temas que serão abordados a seguir.

2.2.1 A Possibilidade de Exercício Jurisdicional com Base na Violação de uma Norma de *Jus Cogens*

Para Malcolm Shaw, “a jurisdição refere-se ao poder do Estado de afetar as pessoas, propriedades e circunstâncias, e reflete os princípios básicos da soberania

do Estado, igualdade entre os Estados e não-interferência nos assuntos domésticos” (1997, p. 453, tradução nossa) e, de fato, o exercício jurisdicional foi elencado por Bevilacqua entre os direitos que o Estado reserva para si quando entra para a comunhão internacional, juntamente com o império sobre o seu território, (1939). A pluralidade semântica do termo jurisdição é evidente e retratada pela doutrina¹²⁵, mas é possível adotar a definição de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 32), para quem a jurisdição consiste no “poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

A jurisdição, enquanto prerrogativa estatal, possibilitará que os órgãos do Poder Judiciário emitam decisões sobre os conflitos que lhes são apresentados, mas precisa ser repartida entre seus órgãos para melhor organizar seu o seu funcionamento, otimizando o seu exercício. A parcela de jurisdição atribuída a cada órgão é chamada de competência, sendo sempre uma delimitação de jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003), determinada quando o poder jurisdicional passa de abstrato a concreto em face de um litígio balizando, assim, o exercício jurisdicional ao estabelecer os seus limites. Desta maneira, quando tal competência é estabelecida, impõe-se uma restrição ao poder jurisdicional de um determinado órgão do Poder Judiciário, e, conforme salienta Dinamarco (2004, p. 333), “só tem significado pesquisar a competência quando da jurisdição já se tem certeza”¹²⁶.

¹²⁵ Também Liebman (2003) já apontava para a existência de mais de uma definição do mesmo conceito, recordando em especial duas acepções que fundamentaram por muito tempo o debate científico na Itália: a de Chiovenda, que define a jurisdição como a atuação da lei por parte dos órgãos públicos a tanto destinados¹²⁵, e a de Carnelutti, que a define como a justa composição da lide, assim entendida como qualquer conflito de interesses regulado pelo direito, e como justa a composição que é feita de acordo com o direito.

¹²⁶ a delimitação da competência internacional no âmbito nacional já chamava a atenção de Bevilacqua (1939), que afirmava serem competentes os tribunais comuns para conhecer de causas nas quais figura Estado estrangeiro como parte quando: a) este Estado renuncia, de forma expressa, ao direito de alegar a incompetência de tais tribunais; b) quando propõe a ação perante tais tribunais, o que significaria declarar que, no caso, aceita a jurisdição do Estado foro ; c) quando não apresenta, em sua defesa, a exceção *declinatoria fori* e; d) quando for proprietário de imóveis no país e sobre estes bens versar a controvérsia. Atualmente, a competência internacional do Poder Judiciário brasileiro está disposta nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;]

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

O poder que o Estado tem para solucionar conflitos é amplo, mas muitas vezes não é de interesse do Estado fazer uso de todo esse poder, dada a existência de casos que, embora possam ser submetidos à sua jurisdição, não são tão importantes para as finalidades da atividade jurisdicional, ou mesmo que podem ser melhor resolvidos por outra jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003). Assim, pode-se coligir uma *conveniência* do Estado em balizar a sua própria atividade jurisdicional. Para Madruga (2003, p.86), “essa conveniência de limitação da jurisdição se traduz em regras de competência geral (internacional)¹²⁷, que informam ao Poder Judiciário quais são as causas que podem ser submetidas ao seu julgamento¹²⁸”. O poder inicialmente ilimitado¹²⁹ de um Estado de exercer sua jurisdição sobre seu território

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional

Ainda, Theodoro Júnior (2004) afirma, por exemplo, que quando o Código se refere à “competência internacional” está não apenas tratando de competência, e sim da própria jurisdição, ou seja, definindo as possibilidades de atuação do próprio poder jurisdicional do Estado

¹²⁷ Entre elas, trazemos a de Diego Fernandez Arroyo: “Em alguns países se prefere a expressão competência internacional (ou competência judicial internacional), seguindo a velha ideia de que os termos que acompanham a palavra competência indicam o âmbito preciso no qual se exerce em cada caso a função jurisdicional do Estado [...] ou se divide a competência segundo outros conceitos, como a demarcação territorial ou a instância de atuação de cada juiz ou tribunal. A competência internacional é, neste sentido, uma competência em razão da matéria. Nos países do MERCOSUL, se utiliza preferentemente a expressão “jurisdição internacional”, reservando o termo competência para o exercício de jurisdição nos casos internos. Entretanto, não faltam autores que fazem uso de “jurisdição” e de “competência” indistintamente” (ARROYO, 2003, p. 138).

¹²⁸ Segundo Theodoro Júnior. (2005), a limitação do exercício da jurisdição se dá especialmente pelo chamado princípio da efetividade, uma opinião apoiada e complementada por Marques (2000), que aponta ainda o princípio da submissão. Enquanto o princípio da efetividade significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar, o princípio da submissão significa que, em limitado número de casos, uma pessoa pode voluntariamente submeter-se à jurisdição de tribunal a que não esteja sujeita em tese, pois, tendo aceitado uma vez esta jurisdição, não pode depois querer ver-se livre dela (MARQUES, 2000). Uma interessante discussão acerca da efetividade é trazida no caso Iracy Ribeiro de Lima v. Consulado Geral do Japão (STF, AgR RE 222.368-4). O caso é relativo a uma demanda trabalhista ajuizada contra o Consulado do Japão, na qual houve o reconhecimento de que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não é aplicável, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, é digno de nota o argumento articulado pelo Japão de que, apesar de o Judiciário brasileiro autorizar o processamento destas ações, é remota a possibilidade de que a jurisdição prestada venha a ser efetiva, pois o privilégio de imunidade de execução continua tendo caráter absoluto. Segundo o Japão, “jurisdição sem efetividade, é o mesmo que ausência de jurisdição”. Em seu voto, o Min. Relator Celso de Mello rebate este argumento e afirma que a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução constituem categorias autônomas, que devem ser tratadas de forma diferente e independente. (JAEGER, 2008, p. 06)

¹²⁹ Sobre o tema, é pertinente a colocação de Arroyo: “Durante muito tempo foi possível dizer que cada Estado, em virtude de seu caráter independente e soberano, era absolutamente livre para determinar em que casos seus juízes e tribunais deviam ou podiam exercer sua jurisdição. Dita afirmação, que deita raízes em uma concepção territorialista e nacionalista, parece também buscar sustento no que seria a falta de um princípio de direito internacional (e com mais razão, de um de direito natural) que obrigue os Estados a autolimitar a competência de seus órgãos judiciais casos com elementos vinculados, dentre outros ou exclusivamente, com outros ordenamentos jurídicos. Ainda enfrentando a questão de filosofia jurídica que o problema traz, parece inevitável considerar

encontrará, portanto, barreiras no próprio interesse do Estado em julgar determinadas causas e não outras.

No quadro da sociedade internacional, o exercício jurisdicional possui aspectos singulares. De fato, a comunidade de Estados experimentou uma lenta evolução até atingir o ponto no qual seus membros aceitassem que suas disputas fossem objeto de solução por um mecanismo jurídico de solução de controvérsias, cujas decisões têm por natureza privilegiar a aplicação de normas vigentes para toda a sociedade internacional ou entre as partes, sendo emitidas tanto por cortes de caráter permanente como por tribunais arbitrais (MENEZES, 2013). Como explica Wagner Menezes, tal fenômeno é intrinsecamente ligado à crescente institucionalização das relações internacionais, sendo fundamental ressaltar, entretanto, que

A construção da teoria do Direito Internacional, baseada na soberania dos Estados, especialmente na soberania externa e na teoria voluntarista e do direito positivo, fez com que ficasse estabelecido que a existência e a competência dos tribunais estivessem vinculadas à vontade criadora dos Estados, a partir da produção de um ato convencional. Por isso, o princípio essencial sobre o qual está fundamentada a competência de todo Tribunal Internacional é o consentimento das partes no sentido de reconhecer a jurisdição e a competência da corte para a matéria (MENEZES, 2013, p. 134)

Assim, enquanto o exercício jurisdicional no âmbito interno dos Estados – uma ordem vertical de subordinação- é desempenhado com base em regras específicas de competência, na sociedade internacional – considerada como uma ordem horizontal de coordenação – tal prerrogativa depende do consentimento dos Estados para com a jurisdição de determinada corte ou tribunal arbitral internacional¹³⁰. A partir de tais esclarecimentos, é possível analisar se a violação de

que no momento atual tal afirmação perdeu muito de seu sentido prático. Desde que praticamente todos os Estados, em maior ou menor medida, aceitaram a possibilidade de que as decisões que se adotam em outro país (inclusive as adotadas por particulares em uma arbitragem internacional) podem ter efeitos no território sujeito à sua soberania, ficou claramente estabelecido que a ideia de uma jurisdição materialmente universal sobre todos os casos [...] não se corresponde com a realidade nem - em boa medida- com as necessidades da vida contemporânea” (ARROYO, 2003, p. 139-140).

¹³⁰ Segundo as lições de Martha Lucía Olívar Jimenez (2005), a resolução de conflitos no âmbito internacional se dá com base na submissão voluntária dos Estados a um sistema de resolução de controvérsias, sendo a aceitação da jurisdição de uma corte internacional manifestada das seguintes maneiras: a) através de uma cláusula compromissória em tratado estipulando que os eventuais conflitos oriundos da interpretação e aplicação das normas de tal acordo serão submetidos a um tribunal específico; b) por meio de um compromisso, que é um acordo internacional entre Estados

normas de *jus cogens* teria o condão de conferir jurisdição para que cortes domésticas ou internacionais pudessem adjudicar sobre o caso. Assim, abordar-se-á a relação entre as normas de *jus cogens* e a alocação de jurisdição referente aos casos nos quais o exercício jurisdicional é questionado em razão da ausência de critérios de conexão ou por possível incompetência da corte, seja no âmbito criminal ou cível.

2.2.1.1 A Imperatividade do *Jus cogens* e a Jurisdição

Em regra, o exercício jurisdicional encontra-se limitado, no âmbito das cortes domésticas, pelos princípios da territorialidade, nacionalidade, proteção ou personalidade passiva (SHAW, 1997) e, nas cortes internacionais, ao consentimento conferido pelos Estados à competência desta. Contudo, entendimento de que um Estado poderia, em determinados casos específicos, exercer sua jurisdição para além dos limites estabelecidos por suas fronteiras territoriais levou desenvolvimento da chamada teoria da jurisdição universal, cujo exercício deu-se inicialmente “sobre crimes considerados de alta gravidade, tais como a pirataria que, por ocorrer fora dos limites territoriais do Estado, era extremamente difícil de processar utilizando os fundamentos tradicionais da jurisdição” (DONOVAN; ROBERTS, 2006, p. 146). A perseguição destes criminosos e seu julgamento dependia, portanto, de que os Estados desempenhassem a sua função jurisdicional além do perímetro tradicional, residindo no direito penal¹³¹ a gênese da chamada jurisdição universal¹³².

concordando em submeter a resolução de um conflito já existente à jurisdição de determinada corte internacional; c) pela declaração unilateral de aceitação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, prevista no estatuto da Corte Internacional de Justiça, através da qual os Estados aceitam a jurisdição da CIJ para todos os conflitos nos quais eles estejam envolvidos, com base na reciprocidade; A jurisprudência da CIJ consagrou ainda dois outros modos de reconhecimento de sua competência, a aquiescência (quando um Estado não submetido à jurisdição da CIJ entra com uma demanda nesta corte) e o fórum prorogatorum (hipótese na qual um Estado que não reconhece a jurisdição da CIJ é demandado perante a corte, mas não contesta a jurisdição desta, significando uma aceitação tácita).

¹³¹ Conforme MOLL (2003, nota nº 76), “The principle of universal jurisdiction, initially conceived in the sphere of criminal law (universal criminal justice), constitutes one of the exceptions to the principle of the territoriality of the criminal law, and was initially created to regulate the punishment of the crime of piracy at sea. In accordance with this principle, the first state (whichever it happened to be) to detain the pirate had the right to judge and punish him”.

¹³² Assim, para punir crimes que ocorriam longe do alcance habitual da justiça estatal, foi necessário estabelecer um elemento de ligação entre o delito e o tribunal diferente dos tradicionais critérios de

A evolução histórica de tal princípio levou à sua utilização para o processamento de outros crimes, particularmente aqueles cuja gravidade e barbárie chocam a comunidade internacional, e tais condutas são geralmente identificadas com violações às normas de *jus cogens*. Conforme explica Orakhelashvili, “os crimes que ofendem o interesse da comunidade são proibidos pelo *jus cogens*, e a comunidade internacional como um todo tem interesse jurídico em sua persecução. Estes são o genocídio, tortura, crimes de guerra e crimes contra a humanidade” (2006, p. 288, tradução nossa) Desta forma, hodiernamente a “jurisdição universal tem sido fundamentada no caráter completamente hediondo de certos crimes, como genocídio e tortura, que são universalmente condenados e os nos quais todos os Estados têm interesse em reprimir, mesmo na ausência de fatores tradicionais de conexão” (DONOVAN; ROBERTS, 2006, p. 143).

Orakhelashvili afirma que a criminalização do *jus cogens* impacta os princípios de alocação da jurisdição, pois enquanto os padrões tradicionais de jurisdição (territorial, pessoal ou protetivo) implicam um nexo entre o crime e o Estado-foro, justificando seu interesse em processar o crime, a jurisdição universal é exercida sem qualquer ligação entre o Estado e o crime, permitindo que os Estados julguem crimes contra o *jus cogens* no interesse da comunidade (2006). Contudo, a jurisdição universal é um princípio bastante controverso de direito internacional, com relevantes questões relativas à sua aplicação (KARAGIANNAKIS, 1997), e esta parte do presente trabalho debaterá se as violações às normas de *jus cogens* seriam realmente capazes de disparar o gatilho do mecanismo de atuação da jurisdição universal, possibilitando o processamento de tais violações apesar da ausência de critérios tradicionais de conexão, como o critério da nacionalidade das vítimas ou da territorialidade.

territorialidade ou personalidade. Para uma violação de caráter extraordinário, era necessário um princípio que fugisse igualmente da ordinariedade. Desta forma, Bröhmer (1997) esclarece o funcionamento da jurisdição universal em sua obra, afirmando que ele se encontra totalmente abstraído dos princípios da territorialidade, conferindo a qualquer Estado o direito de afirmar sua jurisdição para certos crimes internacionais, tais como os crimes direcionados contra a política pública internacional.

2.2.1.2 Aplicação no Âmbito Penal

A utilização do argumento da violação às normas de *jus cogens* como justificativa para o exercício da jurisdição universal ganhou notoriedade no caso Pinochet¹³³, na qual a *House of Lords* apreciou, *inter alia*, se as acusações formuladas a Pinochet eram ou não crimes passíveis de extradição. Em sua análise, a *House of Lords* decidiu que os atos de tortura cometidos no Chile ou em qualquer outro lugar fora da Espanha (crimes extraterritoriais) somente passaram a ser passíveis de extradição no Reino Unido depois da entrada em vigor, no dia 29 de setembro de 1988, do *Criminal Justice Act* de 1988, que internalizou as disposições constantes na Convenção contra a Tortura das Nações Unidas, de 1984, tornando

¹³³Guilherme Hellwig traz excelente síntese do caso: “em setembro de 1998, o então senador chileno Augusto Pinochet chegou ao Reino Unido para realizar tratamento de saúde (...)Aproveitando, no entanto, a presença de Pinochet em Londres, as autoridades espanholas, impulsionadas pelo magistrado Baltasar Garzón, solicitaram sua extradição à Espanha, para que respondesse judicialmente a uma série de acusações relacionadas com o regime ditatorial instaurado no Chile em 1973, do qual fora chefe de Estado. Assim, no dia 17 de outubro de 1998, após a expedição de um mandado internacional de prisão pela Espanha e de um subsequente mandado de prisão por um magistrado britânico (este último com base na Lei de Extradição Britânica de 1989), Pinochet foi preso na clínica londrina onde se encontrava. Um dia depois, um segundo mandado internacional de prisão foi novamente expedido na Espanha (bem como um segundo mandado de prisão por um juiz britânico), complementando o primeiro mandado e ampliando as acusações ao senador chileno, que passaram a compreender os crimes de tortura e associação para o cometimento de tortura, entre os meses de janeiro de 1988 e dezembro de 1992; seqüestro de reféns e associação para o seqüestro de reféns, entre os meses de janeiro de 1982 e janeiro de 1992; e, ainda, associação para o cometimento de homicídio, entre os meses de janeiro de 1976 e dezembro de 1992. Pinochet ingressou com uma ordem de *habeas corpus* perante a Alta Corte Britânica (*Divisional Court of the Queen’s Bench Division*), a qual anulou os mandados de prisão, sob o fundamento de que um ex-chefe de Estado gozava de imunidade processual em relação às acusações que lhe eram formuladas. Os promotores ingleses apelaram então à Câmara dos Lordes, agindo em nome do governo espanhol e centrando seus argumentos na seguinte questão jurídica de relevância geral: “*interpretação e alcance apropriados da imunidade gozada por um antigo chefe de Estado em relação à prisão e aos procedimentos de extradição no Reino Unido por crimes cometidos enquanto ele se encontrava no exercício de sua função de chefe de Estado*”. Antes que o recurso fosse apreciado, a Espanha ampliou a lista dos crimes relacionados ao pedido de extradição, nela incluindo outras acusações de genocídio, assassinato, tortura e seqüestro, no Chile e em outros países. A Câmara dos Lordes, por uma maioria de três a dois, decidiu inicialmente que Pinochet não era imune a processos nos tribunais do Reino Unido por crimes cometidos em violação ao direito internacional. O Ministro do Interior do Reino Unido autorizou, assim, o magistrado competente a dar prosseguimento ao processo de extradição, com base na Lei de Extradição Britânica de 1989, excluindo apenas as acusações de genocídio. Esta primeira decisão da Câmara dos Lordes veio a ser, todavia, anulada, sob a alegação de que a sessão de julgamento havia sido impropriamente constituída (já que um dos lordes deixara de revelar sua ligação com um braço da Anistia Internacional). Em nova e ampliada constituição, portanto, a Câmara dos Lordes voltou a apreciar o caso, decidindo, em março de 1999, dar provimento apenas parcial ao apelo interposto, para permitir que os procedimentos de extradição prosseguissem somente em relação aos crimes de tortura e associação para tortura cometidos após 08 de dezembro de 1988, data em que Pinochet já teria perdido sua imunidade processual (uma vez que, nesta data, os três Estados relevantes, Espanha, Chile e Reino Unido, já se encontravam formalmente vinculados à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura).(2008, p. 04-05)

assim a tortura um delito punível se cometida dentro ou fora do Reino Unido. A *House of Lords* e caracterizou a tortura como crime internacional, permitindo a aplicação da jurisdição universal em razão do caráter *jus cogens* da proibição. Para Lord Browne-Wilkinson, por exemplo, a natureza de *jus cogens* do crime internacional de tortura justifica que os Estados exerçam a jurisdição universal sobre a tortura onde quer que ela seja cometida, pois os violadores são inimigos comuns de toda a humanidade, e todas as nações possuem igual interesse em sua prisão e processamento (REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, 1998). Todavia, a jurisdição da corte para o caso fundamentou-se na incorporação das normas presentes em um tratado – a Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Punição do Crime de Tortura – que preveem a obrigação de extraditar ou processar¹³⁴ os acusados da prática de tal crime. Apesar da proibição à tortura ser considerada norma de *jus cogens*, a verdade é que este argumento não era necessário para justificar o exercício jurisdicional da corte, pois ele baseou-se em uma norma convencional, limitando a sua incidência à vigência do seu instrumento normativo nos países envolvidos.

A discussão também ganhou destaque através do caso *Arrest Warrant*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em abril de 2000, o primeiro no qual a Corte deparou-se com a questão da jurisdição universal em relação a crimes proibidos por normas de *jus cogens*, como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e tortura (ORAKHELASHVILI, 2006), sendo relativo a um mandado de prisão internacional emitido pela Bélgica contra o então Ministro de Relações Exteriores da República Democrática do Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi¹³⁵. Em

¹³⁴ Artigo 7:1. O Estado Parte no território sob cuja jurisdição for encontrado o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no artigo 4, se não o extraditar, deverá, nas hipóteses aludidas no artigo 5, submeter o caso às suas autoridades competentes, com o objetivo de processar o acusado.

¹³⁵ O juiz belga emitira o mandado com base em uma lei nacional que autoriza o exercício de jurisdição universal para violações graves ao direito internacional humanitário (aqui consideradas como normas peremptórias), alegando que Yerodia, antes de se tornar ministro, fora o perpetrador de crimes contra a humanidade e violara as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos adicionais ao incitar o ódio racial contra a minoria Tutsi em seus discursos, gerando assassinatos em massa, execuções sumárias, prisões arbitrárias, linchamentos e julgamentos injustos (ORAKHELASHVILI, 2002). O mandado estipulava, ainda, que “a nomeação subsequente de Yerodia como ministro não lhe conferia imunidade de jurisdição, salvo no caso de uma possível visita oficial à Bélgica.” (ORAKHELASHVILI, 2002, p. 677), tendo o instrumento sido distribuído aos demais países através da Interpol. Em virtude do ocorrido, o Congo iniciou uma ação perante a Corte Internacional de Justiça afirmando que a) a Bélgica não possuía jurisdição no âmbito do direito internacional para emitir o mandado de prisão; b) que a emissão do mandado e sua circulação constituía uma violação ao direito do Congo de conduzir suas relações internacionais sendo propriamente representado por

sua decisão- que reafirma a imunidade de Yerodia - a Corte Internacional de Justiça não aborda o tema da legalidade ou não, perante o direito internacional, do exercício da jurisdição universal, lacuna esta suprida pela opinião em separado do presidente Guillaume que, após traçar um histórico da aplicação do referido instituto, afirma que a “jurisdição universal in absentia é desconhecida pelo direito internacional convencional.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 5 - voto separado). Assim, segundo Guillaume, o direito internacional só reconhece um único caso verdadeiro de jurisdição universal: a pirataria. Este posicionamento é rebatido na opinião dissidente da juíza ad hoc Van Den Wyngaert, que defende, inter alia, que o direito internacional não proíbe a jurisdição universal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade, aliás, segundo a juíza, há inclusive permissão para tanto¹³⁶. Segundo Van Den Wyngaert, “apesar das incertezas que possam existir em relação à definição de jurisdição universal, uma coisa é muito clara: a *ratio legis* da jurisdição universal é baseada na reprovação internacional de certos crimes muito graves tais como os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 24 – opinião dissidente). Contudo, o posicionamento da Corte não reconheceu que a jurisdição universal pudesse ser exercida no caso em tela, mesmo se tratando de um mandado de prisão emitido em virtude de condutas que são consideradas violações às normas de *jus cogens*.

O Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia¹³⁷ reconheceu a possibilidade de utilização da jurisdição universal para justificar o processamento de indivíduos por

seu ministro de relações exteriores e c) que a emissão do mandado violava a imunidade do ministro de relações exteriores no âmbito do direito internacional. A Corte Internacional de Justiça decide, no caso em tela, declarar, por treze votos a três, que “ a emissão, contra o Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, e sua difusão no plano internacional, constituíram violações de uma obrigação jurídica do Reino da Bélgica em face da República Democrática do Congo, visto que elas não reconheceram a imunidade de jurisdição penal e a inviolabilidade das quais o Ministro de relações exteriores em exercício da República Democrática do Congo gozava em virtude do direito internacional” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 29).

¹³⁶ Nas palavras da juíza: “International law clearly permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity. For both crimes, permission under international law exists. For crimes against humanity, there is no clear treaty provision on the subject but it is accepted that, at least in the case of genocide, States are entitled to assert extraterritorial jurisdiction. In the case of war crimes, however, there is specific conventional international law in support of the proposition that States are entitled to assert jurisdiction over acts committed abroad: the relevant provision is Article 146 of the IV Geneva Convention, which lays down the principle *aut dedere aut judicare* for war crimes committed against civilians.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2000, p. 30 – opinião dissidente)

¹³⁷ O Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia foi estabelecido pela resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, em 1993, recebendo jurisdição para processar e julgar indivíduos responsáveis por violações à Convenção de Genebra de 1949, incluindo aí crimes de genocídio e crimes contra a

violações de proibições identificadas com normas de *jus cogens* no caso *Tadic*¹³⁸, no qual o Tribunal declarou que os crimes por ele julgados não tinham natureza doméstica, sendo realmente universais em sua natureza e transcendendo o interesse de um Estado específico, afastando qualquer objeção ao julgamento de tais fatos por um tribunal propriamente constituído para processá-los em nome da comunidade internacional (TRIBUNAL PENAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, 1995¹³⁹). Contudo, a Corte não chega a referir, em sua decisão, que sua jurisdição se baseia especificamente no caráter de *jus cogens* das normas violadas, e sim refere-se ao caráter universal das proibições, não mencionando que o exercício jurisdicional estaria vinculado ao caráter peremptório das normas.

O posicionamento do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia ficou mais claro no julgamento do caso *Furundžija*¹⁴⁰, quando observou-se que a proibição da tortura estabelecida nos tratados de direitos humanos consagra um direito absoluto

humanidade, ocorridas no território da Ex-Iugoslávia desde 1º de janeiro de 1991, no contexto da guerra civil étnica envolvendo sérvios, croatas, macedônios, eslovênios, montenegrinos e albaneses (MENEZES, 2013). É importante mencionar que o TPEI e as cortes nacionais possuem jurisdição simultânea para processar os indivíduos, com primazia da jurisdição do TPEI em caso de conflito de competência (MENEZES, 2014)

¹³⁸ Christopher Greenwood traz uma boa síntese dos fatos referentes ao caso *Tadic*: “The indictment charged *Tadic* with a list of crimes allegedly committed in the Prijedor region of Bosnia-Herzegovina between 25 May 1992 and early August of the same year. Many of the counts in the indictment concerned events said to have taken place at a camp at Omarska, where large numbers of Bosnian Muslims and Croats were detained by Serb forces. The charges dealt with accusations of rape, unlawful killing, torture and cruel treatment[...]. The defendant maintained that the Tribunal lacked subject-matter jurisdiction in

respect of all these charges, on the ground that none of the acts alleged in the indictment had taken place in the course of an international armed conflict (GREENWOOD, 1996, p. 266-267)

¹³⁹ Nas palavras do Tribunal, “Before leaving this question relating to the violation of the sovereignty of States, it should be noted that the crimes which the International Tribunal has been called upon to try are not crimes of a purely domestic nature. They are really crimes which are universal in nature, well recognised in international law as serious breaches of international humanitarian law, and transcending the interest of any one State. The Trial Chamber agrees that in such circumstances, the sovereign rights of States cannot and should not take precedence over the right of the international community to act appropriately as they affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community”. Disponível em < <http://www.icty.org/case/tadic/4> > Acesso em 12.09.2014

¹⁴⁰ De acordo com a International Crimes Database, “Anto Furundžija was the commander of the “Jokers”, a special unit within the Croatian Defence Council (HVO). As such, he was actively involved in the hostilities against the Muslim population in the Lašva Valley area (in Bosnia and Herzegovina), including the attack on the village of Ahmići (Bosnia and Herzegovina), where he personally participated in expelling Muslims from their homes in furtherance of the armed conflict. The events giving rise to the case against Furundžija have occurred at the “Jokers” headquarters, a holiday cottage in Nadioci, (Bosnia and Herzegovina) in May 1993. During this time, Furundžija captured and interrogated women with the intention to obtain information which he believed would benefit the HVO. During the interrogations, those detained were subjected to sexual assaults, rape, physical and mental suffering” Disponível em < <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/89> > Acesso em 12.09.2014

inderrogável em qualquer contexto (o que inclui situações de conflitos armados), pois consiste em uma norma peremptória ou de *jus cogens* e, como consequência, qualquer Estado é intitulado a investigar, processar e punir ou extraditar indivíduos acusados de tortura que estejam presentes no território sob sua jurisdição (TRIBUNAL PENAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, 1998). Para o Tribunal, seria inconsistente, por um lado, proibir a tortura a tal ponto que isso restrinja o normalmente ilimitado poder de celebrar e dispor sobre tratados de Estados soberanos e, por outro lado, impedir os Estados de processar e punir os torturadores engajados em tal prática odiosa no exterior, e tal base jurídica para a jurisdição universal dos Estados sobre o crime de tortura corrobora e fortalece o embasamento para tal jurisdição encontrado por outros tribunais no caráter intrinsecamente universal de tal crime, e assim, sendo os crimes internacionais condenados universalmente onde quer que ocorram, todo Estado tem o direito de processar e punir seus perpetradores (TRIBUNAL PENAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, 1998), entendimento que foi seguido pelo Tribunal em uma série de decisões¹⁴¹. Entretanto, tal como ocorreu no caso Pinochet, o fato da punição à tortura ser considerada norma de *jus cogens* é irrelevante para a conclusão de que o tribunal pode exercer sua jurisdição caso tais obrigações sejam violadas. De fato, a competência dada ao tribunal no seu estatuto¹⁴² já lhe confere poderes para julgar indivíduos responsáveis por tais violações – sejam elas de origem costumeira ou positivadas em tratados – sendo desnecessário que elas recebam o “selo de certificação” de normas de *jus cogens* para que sejam investigadas e seus perpetradores condenados.

Nesse tocante, em 2006, no caso *Armed Activities in the Territory of Congo* (Congo v. Ruanda), a República Democrática do Congo arguiu, perante a Corte

¹⁴¹ Vide tabela em anexo.

¹⁴² Article 1. Competence of the International Tribunal

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.

Article 2. Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

(b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;

Article 5. Crimes against humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (f) torture;

Internacional de Justiça, que a violação da proibição ao genocídio, reconhecida como norma de *jus cogens*, justificaria o exercício de jurisdição da Corte para responsabilizar Ruanda pelas atrocidades cometidas em território congolês, visto que a própria Corte já havia reconhecido que a Convenção de Prevenção e Punição ao Genocídio se aplicava a toda a comunidade internacional e que, além disso, o art. 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados contemplava a jurisdição da Corte para tais casos. Entretanto, a Corte decidiu que “o fato de que a disputa se relaciona com o respeito a uma norma de tal espécie [*jus cogens*], que é certamente o caso em relação à proibição ao genocídio, não pode por si só fornecer uma base para a jurisdição da Corte” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2006, p. 32, tradução nossa), pois a jurisdição, pelos termos do Estatuto da Corte, sempre dependia do consentimento das partes.

Questão análoga foi julgada em 2012 pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Obligation to Extradite or Prosecute* (Bélgica v. Senegal), referente ao pedido de extradição do ex-ditador chadiano Hissène Habré por violações a obrigações consideradas normas de *jus cogens*, como a proibição à tortura¹⁴³, e a obrigação de extraditar ou processar presente na Convenção da ONU de 1984. Em sua decisão, a corte afirma que a proibição à tortura é norma costumeira que chegou ao patamar de *jus cogens*, mas limitou a exigibilidade da obrigação de perseguir os acusados de

¹⁴³Conforme Vicenci Fernandes, “Embora seja difícil precisar o número exato de vítimas do regime de Habré, a Comissão da Verdade do Ministério da Justiça do Chade acusou o ex-ditador, em 1992 pela morte de mais de 40.000 pessoas, assim como pela submissão à tortura de mais de 200.000 vítimas (COMMISSION OF INQUIRY, 1992)[...]. Em novembro de 2000, um belga de origem chadiana e nacionais do Chade ingressaram com demandas perante as cortes da Bélgica contra Habré por crimes contra o direito humanitário internacional. Durante 5 anos a Bélgica realizou medidas investigativas e solicitações de documentos ao Senegal e, em setembro de 2005, um juiz belga emite mandado de prisão *in absentia* contra Habré por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura, servindo de pedido de prisão provisória com vistas à extradição (WORLDWIDE HUMAN RIGHTS MOVEMENT, 2011)[...]. Em virtude da falta de medidas por parte do Senegal para punir Habré ou extraditá-lo, a Bélgica recorre à Corte Internacional de Justiça e afirma que desde 2001 tem requisitado o julgamento de Habré pelos fatos a ele imputados, que podem ser caracterizados como crimes contra a humanidade e atos de tortura e que, além disso, desde 2005 a Bélgica pede ao Senegal para processar diretamente o ex-ditador chadiano por seus atos, não tendo atendido o seu pedido de extradição (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2009). Os pedidos da Bélgica baseiam-se na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Inumanos ou Degradantes, de 1984, e na obrigação costumeira de punir crimes contra a humanidade, tendo, portanto, base convencional e costumeira sob o prisma do direito internacional, e alega que o Senegal falhou em prover uma resposta aos seus pedidos (VICENCI FERNANDES, 2012, passim)

tais crimes à entrada em vigor da referida convenção em ambos os países¹⁴⁴ e, mais uma vez, considerar a proibição à tortura como norma imperativa não representou nenhum efeito que uma norma “meramente” costumeira ou convencional não pudesse alcançar.

Percebe-se, portanto, que categorizar certa norma como “*jus cogens*” é, na verdade, praticamente irrelevante para definir a jurisdição de uma corte para julgar indivíduos acusados de violarem tais normas, pois esta poderia ser determinada pela violação das mesmas obrigações mesmo que estas não tivessem o status de norma peremptória. A alegada imperatividade de tais normas não parece ter, por si, o condão de possibilitar o exercício da jurisdição universal, que poderia ser muito bem justificada pela violação de normas de caráter costumeiro ou convencional.

2.2.1.3 Reparações Cíveis

A jurisdição universal, entretanto, ganhou um espectro cada vez mais amplo de aplicação e, neste sentido, começou a se delinear a sua utilização para responsabilizar, além de indivíduos, também os Estados violadores de normas de *jus cogens*. O raciocínio por trás desta transformação parte do seguinte ponto de

¹⁴⁴ Nas palavras da Corte: “Selon la Cour, l’interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*). Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l’opinio juris des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948 ; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la résolution 3452/30 de l’Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats ; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales. 100. Toutefois, l’obligation de poursuivre les auteurs présumés d’actes de torture, en vertu de la convention, ne s’applique qu’aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l’Etat concerné.” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 457)

vista: dada a existência de crimes que, por sua natureza hedionda, toda a comunidade internacional tem interesse em punir, o exercício de jurisdição universal não deve ser restrito à possibilidade de se condenar somente indivíduos, mas também os Estados responsáveis por estas graves violações. Portanto, segundo Donovan e Roberts (2006), enquanto a jurisdição universal criminal continua sendo pouco exercida, apesar de bem-aceita, reclamantes e acadêmicos têm invocado cada vez mais o conceito de jurisdição universal ao considerar a possibilidade de remédios civis servirem como um meio independente ou suplementar de forçar a observância de normas de direito internacional que proíbem categorias definidas de condutas hediondas. Cumpre examinar, portanto, se a violação de normas de *jus cogens* teria o condão de conferir jurisdição para cortes domésticas em casos de reparações cíveis.

A consolidação jurisprudencial da possibilidade de utilização da jurisdição universal para justificar a não outorga de imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro violador de Direitos Humanos (aqui considerados como normas de *jus cogens*) perante as cortes nacionais se deu no notório caso *Ferrini*¹⁴⁵, em uma sentença paradigmática proferida pela Corte de Cassação italiana. Entre os diversos argumentos utilizados pela *Corte di Cassazione*¹⁴⁶, merece destaque a menção da

¹⁴⁵ Em 1998, Ferrini, cidadão italiano, ingressa com uma demanda contra a Alemanha perante o *Tribunale di Arezzo* buscando reparação por danos econômicos e imateriais sofridos entre 1944 e 1945, quando alega ter sido capturado pelas tropas germânicas em solo italiano e levado para o campo de concentração de Kahla, onde foi forçado a trabalhar em uma fábrica de armas para proveito dos nazistas (IOVANE, 2005). O *Tribunale di Arezzo* rejeitou a demanda alegando imunidade de jurisdição da Alemanha e, em seguida, Ferrini apelou para a *Corte di Firenze*, que manteve a decisão de 1º grau. O caso de Ferrini chegou à *Corte di Cassazione* que, em uma decisão inédita no país, reverteu as decisões anteriores e afastou a imunidade de jurisdição do Estado alemão fundamentando-se no direito internacional e na necessidade de proteção dos Direitos Humanos.

¹⁴⁶ Entre eles, além da jurisdição universal, destacamos: a) A proteção aos direitos humanos constitui norma de *jus cogens* e, portanto, devem prevalecer perante a regra de imunidade de Estados.; b) A regra de imunidade, presente também na Constituição italiana em seu art. 10, não é mais absoluta dependendo sua aplicação da natureza e do objeto da disputa; c) Embora operações militares gozem de imunidade, a gravidade do crime perpetrado e sua transcendência o caracterizam, hoje, como crime internacional. Ainda, a razão da regra de imunidade não persiste quando o Estado em questão viola valores universais como os direitos humanos; d) As normas de direito internacional encontram-se incorporadas na Constituição Italiana em seu art. 10, § 1º, fornecendo os parâmetros para analisar se um ato praticado em virtude de decisões políticas é errado; e) As violações perpetradas pela Alemanha (deportação para Estado estrangeiro e submissão ao trabalho escravo) constituem ofensa às normas de *jus cogens*, visão confirmada por documentos como a Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (art. 6, b), que afirma que deportação de população civil para trabalhos forçados é crime de guerra, posição reafirmada pela Resolução 95 (I) da Assembléia Geral da Onu de 1946; f) A Alemanha deve ser responsabilizada pois os atos em questão faziam parte de uma estratégia política firmemente aplicada na época, não sendo um fato isolado (salienta-se, aqui, a extrema gravidade dos crimes e a Lei de criação da Fundação Recordação, Responsabilidade e Futuro, criada

jurisdição universal como mecanismo para estabelecer a jurisdição das cortes domésticas em casos de graves violações aos Direitos Humanos, afastando-se, conseqüentemente, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em demandas que buscam reparações cíveis (FOCARELLI, 2005).

Entretanto, o argumento de que violações a normas de *jus cogens* justificam a utilização da jurisdição universal para o processamento de demandas cíveis contra Estados não foi aceito pelas cortes domésticas dos demais Estados nem pelo Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, sendo visto como um caso isolado. Ademais, a Itália, por permitir que Ferrini processasse a Alemanha em suas cortes, foi condenada pela Corte Internacional de Justiça por violação à regra costumeira da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em 2012¹⁴⁷, significando que, na prática, as normas de *jus cogens* têm muito menos poder do que lhes é atribuído.

Assim, a afirmação de Iovane, ao analisar a decisão *Ferrini*, de que “não pode haver dúvida de que o princípio da jurisdição universal aplica-se também a procedimentos civis oriundos do cometimento de um crime internacional” (IOVANE, 2005, p. 185) deve ser tomada com extrema cautela pois, se ainda existem controvérsias acerca da aplicabilidade da justiça universal no âmbito criminal, a extensão de seu espectro para a responsabilidade civil dos Estados violadores que violam normas imperativas, buscando-se reparações às vítimas, é um processo ainda mais frágil.

para reparar as vítimas de trabalhos forçados que constituiria uma aceitação, por parte da Alemanha, da responsabilidade pelos crimes perpetrados;g) Normas de direito internacional não podem ser vistas isoladamente, pois o sistema possui interdependência. Assim, a prevalência das normas de *jus cogens* norteia o sistema e os demais princípios e normas internacionais, inclusive o da imunidade estatal; h) O Direito Internacional Contemporâneo permite que um Estado seja processado, desde que os atos tenham sido perpetrados no território do Estado-foro (Artigo 12 da Convenção das Nações Unidas para Imunidades Jurisdicionais de Estados e suas Propriedades); i) Já existem outros casos de não outorga de imunidade de jurisdição a Estados estrangeiros, como o Anti-terrorist and Effective Death Penalty Act, nos EUA, que restringe a imunidade de Estados que “patrocinam” atos terroristas. A conclusão da Corte é de que as normas de imunidade de Estados foram criadas para evitar interferências no exercício de atividades governamentais que devem ser protegidas, ou seja, não seria ilegal não aplicar a regra de imunidade se as atividades desenvolvidas pelo Estado agressor fossem notórias e contrárias aos direitos humanos. (Art. 41 da ILC Draft Articles on Responsibility of States diz que os Estados estão obrigados a não reconhecer como legais situações de violação grave de normas imperativas de direito internacional).

¹⁴⁷ Os detalhes da decisão *Jurisdictional Immunities* (Germany v. Italy, Greece intervening), por sua pertinência, serão abordados na parte sobre imunidade de jurisdição.

De fato, a vulnerabilidade da presunção de que a violação às normas de *jus cogens* tem o condão de conferir jurisdição a uma corte internacional foi exposta quando o Conselho de Segurança das Nações Unidas impôs, através de uma série de resoluções, sanções “inteligentes” (*smart sanctions*)¹⁴⁸ buscando combater o terrorismo internacional com base no congelamento de bens e de fundos de pessoas ou organizações que supostamente apoiam ou fazem parte de grupos terroristas¹⁴⁹. No âmbito da União Europeia, tais resoluções foram internalizadas por uma série de regulamentos¹⁵⁰, culminando em sanções a diversos indivíduos sem um devido processo legal, o que levou Kadi e a Fundação Al Barakaat, inconformados com a inclusão de seus nomes nos regulamentos da União Europeia e com as restrições que lhe foram impostas, a entrarem perante o Tribunal de Justiça da União Europeia com pedidos de anulação dos referidos Regulamentos¹⁵¹.

Ao julgar o caso em questão, a Corte de Primeira Instância afirmou que poderia, excepcionalmente, realizar a fiscalização jurisdicional do ato comunitário destinado a dar execução à resolução do Conselho de Segurança caso esta violasse normas de *jus cogens*, dado o caráter peremptório e inderrogável das mesmas.

¹⁴⁸ Na definição de Cortright e López: “a smart sanctions policy is one that imposes coercive pressures on specific individual and entities and that restricts selective products or activities, while minimizing unintended economic and social consequences for vulnerable populations and innocent bystanders” (CORTRIGHT; LÓPEZ, 2002, p. 2).

¹⁴⁹ com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas -que versa sobre as ações relativas a ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão- o Conselho de Segurança da ONU a Resolução 1267/1999, a qual, entre suas diversas providências, criou o Comitê de Sanções, um órgão responsável por determinar quais fundos ou outros recursos financeiros os Estados devem congelar a fim de assegurar que eles não sejam disponibilizados ou utilizados em benefício do Talibã, ou de qualquer empresa de propriedade ou controlada pelo Talibã (POSCH, 2009).

¹⁵⁰ A Resolução 1267 foi internalizada no âmbito europeu através da Posição Comum 1999/727/PESC, por meio da qual o Conselho da União Europeia buscava dar execução às medidas de combate ao terrorismo. Posteriormente, através da Resolução 1333 (2000), o Conselho de Segurança da ONU reafirmou o disposto na Resolução 1267 (1999) e, entre outras providências, dispôs sobre o congelamento por doze meses dos fundos e outros ativos financeiros, tal como designado pelo Comitê de Sanções, encarregado de manter - com base nas informações trazidas pelos Estados por organismos regionais- uma lista atualizada dos indivíduos e entidades a serem atingidos pelas medidas. A Resolução 1333 (2000) foi internalizada na Comunidade Europeia através da Posição Comum 2001/154/PESC do Conselho da União Europeia que adotou o Regulamento (CE) n.º 467/2001, de 06 de março de 2001, que, entre outras medidas, prorrogou o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros. Através do Regulamento n.º 467/2001, as medidas impostas pelas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU passam a ser abrangidas pelo âmbito do Tratado da CE que, e, em seu Anexo I, trouxe a lista das pessoas, entidades e organismos visados pelo congelamento de fundos, podendo, ainda, a Comissão das Comunidades Europeias alterar ou completar o referido Anexo I, com base nas decisões do Conselho de Segurança ou do Comitê de Sanções.

¹⁵¹ É importante salientar que o Conselho de Segurança da ONU adotou, posteriormente, outras Resoluções que visavam facilitar a implementação de medidas contra o terrorismo e novas medidas de congelamentos de fundos, os quais foram internalizados pela Comunidade Europeia.

Assim, a Corte passou a analisar se as violações aos direitos fundamentais alegadas no caso – direito de propriedade, direito de audiência e tutela jurisdicional efetiva, direitos fundamentais protegidos pela ordem comunitária – constituíam violações ao *jus cogens*, o que as tornaria, então, passíveis de reexame no âmbito comunitário. Contudo, a CPI decidiu que “o congelamento de fundos não constitui uma violação arbitrária, inadequada ou desproporcionada do direito de propriedade privada dos interessados e, portanto, não pode ser considerado contrário ao *jus cogens*”(UNIÃO EUROPÉIA, 2008, p. 92, tradução nossa)

Apesar das críticas ao restante da decisão, a afirmação de que a Corte de Primeira Instância possuía competência para avaliar a legalidade das resoluções do Conselho de Segurança da ONU com relação ao *jus cogens* também foi vista como um sinal de um possível constitucionalismo internacional emergente (DE SENA; VITUCCI, 2009). No entanto, como a Corte de Primeira Instância negou integralmente os recursos dos autores, Y. A. Kadi e a Al Barakaat International Foundation interpuseram recursos ao Tribunal de Justiça da União Europeia requerendo a anulação dos acórdãos da CPI, e a consequente declaração de nulidade do regulamento controvertido.

Em sua decisão, o TJUE expõe que os tribunais comunitários não possuem o condão de rever a legalidade das resoluções do Conselho de Segurança da ONU adotadas ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, pois os mesmos estão restritos a revisão de legalidade dos atos comunitários, mesmo que essa fiscalização se limitasse ao exame de compatibilidade dessa resolução com o *jus cogens* (UNIÃO EUROPÉIA, 2008). O Tribunal, ao analisar o princípio da primazia das obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas, declara que mesmo sendo decidido por um tribunal comunitário que um determinado ato comunitário que implemente uma resolução é contrário a norma superior no ordenamento jurídico comunitário, isso não implicaria afastar a prevalência dessa resolução no âmbito internacional.

O julgamento em questão constituiu um marco, pois pela primeira vez o Tribunal de Justiça Europeu anulou uma medida que efetivava uma resolução do Conselho de Segurança com base na sua ilegalidade, e jamais uma corte nacional

ou regional havia afirmado que as sanções impostas pelo Conselho na luta contra o terrorismo – ou os atos que as implementam – poderiam infringir direitos fundamentais dos indivíduos (ZGONEC-ROZEJ, 2009). Contudo, as resoluções do Conselho de Segurança em si – mesmo que hipoteticamente violassem normas de *jus cogens* - permaneceram tendo caráter intocável (WESSEL, 2008).

Diante do exposto, percebe-se que a pretensa imperatividade atribuída às normas peremptórias não se reflete na possibilidade de que sua violação justifique, por si só, o exercício jurisdicional por parte de cortes domésticas ou internacionais. Se no campo criminal as cortes ousam utilizar o *jus cogens* como argumento para fundamentar sua jurisdição, tal afirmação é, em todos os casos analisados, desnecessária, pois a corte em questão já possuiria competência para apreciar as demandas à ela submetidas amparando-se em critérios mais sólidos, como a previsão de determinada obrigação em um tratado ou convenção. Nos demais campos, as menções ao *jus cogens* são superficiais, cautelosas e evidenciam que, apesar de serem chamadas de “imperativas”, o desrespeito a tais normas não impõe sequer a possibilidade de que tal violação seja apreciada e eventualmente reparada. Resta, finalmente examinar a hipótese de que as normas de *jus cogens* seriam capazes de modificar a tradicional ordem horizontal da sociedade internacional, fazendo surgir uma hierarquia entre as normas do direito internacional, nela ocupando a posição mais elevada.

2.2.2 *Jus cogens*: Criador de uma Hierarquia entre as Normas do Direito Internacional?

Dupuy (2000) afirma que, ao analisar-se a questão da hierarquia das normas a partir da filosofia do direito, lembrar-se-á que foi a Revolução Francesa a responsável por exportar a ideia de Rousseau que, sendo a lei a “expressão da vontade geral”, é tão-somente ela, a lei, a mesma que garante o estabelecimento de normas, que devem ser idênticas para todos. Assim, “a adoção da lei supõe organicamente a centralização da capacidade normativa no poder Legislativo do Estado; poder o qual Montesquieu mostrou, a seguir de Locke, que deveria restar

distinto dos dois outros (Executivo e Judiciário)” (DUPUY, 2000, p.120, tradução nossa), e finalmente, na tradição ocidental, de onde deriva historicamente a concepção de ordem jurídica internacional, a separação dos poderes completou, na opinião do eminente jurista francês, a designação do Estado como titular principal do poder normativo.

Deste cenário resulta que, nas ordens jurídicas nacionais, se outras fontes de direito subsistirem, elas serão necessariamente inseridas ou posicionadas em uma situação de subordinação em relação à lei¹⁵². De fato, como explica Dinah Shelton (2006), os sistemas jurídicos geralmente estabelecem uma hierarquia de normas baseadas na fonte particular da qual as normas derivam, sendo que, nos sistemas jurídicos nacionais, é comum que os valores fundamentais da sociedade ganhem status constitucional, tendo assim precedência no caso de conflito com leis ou regulamentos administrativos, enquanto estes últimos também devem estar em conformidade com as leis. Ainda, o direito escrito geralmente tem precedência sobre aquele não escrito ou costumeiro, e normas jurídicas prevalecem ainda sobre as regras não-jurídicas (políticas ou morais), sendo que “o modo de raciocínio jurídico aplicado na prática é portanto naturalmente hierárquico, estabelecendo relações e ordens entre enunciados normativos e níveis de autoridade” (SHELTON, 2006, p. 291, tradução nossa).

Entretanto, o panorama relativo ao campo do direito internacional é bastante diverso. Como ensina Prosper Weil (1983), o direito internacional público é o agregado de normas jurídicas que governam as relações internacionais¹⁵³, sendo,

¹⁵² Segundo Dupuy (2000), isto traz ao menos três consequências. A primeira é que não poderá haver nenhum sistema de produção do direito interno sem hierarquia das fontes, ela mesma frequentemente articulada sobre a separação dos poderes: a lei emanando do legislativo; regulamento ou decreto emanando do executivo; contrato emanando dos indivíduos. Vê-se que, no direito interno, essa é a segunda consequência, hierarquização das fontes e hierarquização dos atos jurídicos correlativos: atos constitucionais, legislativos, administrativos, convencionais, unilaterais. A terceira consequência é que existe evidentemente dentro de tais ordens jurídicas uma teoria coerente da validade dos atos, cada um daqueles do nível inferior retirando a sua da conformidade em relação às normas de nível superior. A lei deve ser conforme (ou compatível) com a constituição, tal como o ato administrativo ou o contrato privado devem estar de acordo com a lei. (DUPUY, 2000, p. 120)

¹⁵³ Segundo Weil (1983),isso mostra que o conceito de direito internacional é definido tanto pela sua natureza como pelas suas funções: sua natureza é ser um “agregado de normas jurídicas” que determinam o que os seus sujeitos devem fazer (tratando-se aqui de normas prescritivas), o que eles não devem fazer (normas proibitivas) ou o que eles podem fazer (as chamadas normas permissivas),

portanto, “ao mesmo tempo uma “ordem normativa” e um “fator de organização social” (1983, p. 413, tradução nossa), facetas totalmente independentes¹⁵⁴. O conteúdo desta função de “organização social”, ou seja, o propósito do direito internacional foi, desde o seu surgimento, “garantir a coexistência- em paz, se possível; em guerra, se necessário – e a cooperação de entidades basicamente díspares que compõem uma sociedade fundamentalmente pluralística” (WEIL, 1983, p. 418, tradução nossa), sociedade esta que era “horizontal como as suas predecessoras, e continuou a exibir, como as outras, uma descentralização do poder político” (WEIL, 1983, p. 418, tradução nossa). Assim,

O surgimento de regras jurídicas [no direito internacional] pretendeu temperar esta condição de “an-arquia”, no sentido próprio do termo, e foi estimulada – como sempre ocorrera- por uma dupla necessidade: em primeiro lugar, para permitir que esses Estados heterogêneos e iguais vivessem lado a lado e, na medida do possível, tivessem relações pacíficas entre eles; em segundo lugar, para atender aos interesses comuns que não demoraram muito a vir à tona e acima da diversidade dos Estados. Tais têm sido sempre as raízes gêmeas do direito internacional, e tal desde o início sempre foram estas as suas duas funções essenciais: por um lado, reduzir a anarquia através da elaboração de normas de conduta, permitindo relações ordenadas a serem estabelecidas entre Estados soberanos e iguais [...]; por outro lado, servir aos objetivos comuns dos membros da comunidade internacional. Coexistência e objetivos comuns: estas duas funções do direito internacional clássico – herdadas do jus inter gentes dos tempos passados – iria achar a sua expressão no dictum do caso Lotus¹⁵⁵: “o direito internacional governa as relações entre Estados independentes...para regular as relações entre estas comunidades independentes coexistentes ou com o propósito de se alcançar objetivos comuns” (WEIL, 1983, P. 418-419, tradução nossa).

Neste sentido, é com clareza que Dupuy explica que “não se encontra no direito internacional nem essa centralização do poder garantindo o poder da lei nem, por consequência, a distinção hierarquizada entre os modos de produção das regras gerais e das individualizadas” (2008, p. 18, tradução nossa). Desta forma, perante a distribuição igual de soberania formal entre os Estados, nos confrontamos com o

constituindo para eles uma fonte de direitos e obrigações jurídicas; Já a sua função é relativa ao governo das relações internacionais.

¹⁵⁴ Neste sentido, Weil (1983) lembra que, muito antes do surgimento do Estado moderno, um jus inter gentes havia emergido para organizar a coexistência e as relações entre coletividades nacionais heterogêneas no âmbito do que hoje se denomina uma comunidade internacional pluralística.

¹⁵⁵ Segundo a Corte Permanente de Justiça Internacional, “*International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefor emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed*”. Disponível em <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> Acesso em 12.09.2014

que Dupuy (2008) chama de triplo fenômeno de indiferenciação ou de equivalência, tomando-se este termo por seu valor literal: “igualdade de valor, no caso, de valor jurídico, entre os termos de comparação, o que nos leva a constatar entre eles uma ausência de hierarquização” (DUPUY, 2008, p. 18, tradução nossa). Tal equivalência se dá em três níveis: a) equivalência das regras jurídicas entre si, “que nem o seu objeto¹⁵⁶ nem o número de Estados que concorrem à sua formação saberá hierarquizar” (DUPUY, 2008, p. 18, tradução nossa); b) equivalência das regras de edição das normas e das normas em si, ou seja, entre normas primárias ou secundárias¹⁵⁷ e c) equivalência das fontes do direito internacional entre si, fenômeno resultante não só da soberania dos Estados, mas principalmente do fato de que todas as normas internacionais, em maior ou menor grau, originam-se da mesma fonte, qual seja a vontade dos Estados soberanos de reconhecer o caráter obrigatório de uma norma ou pelo fato de os Estados o fazerem em virtude de um conjunto de constrangimentos sociais (DUPUY, 2008).

Portanto, a distinção marcante relativa ao regime das fontes do direito internacional é que, de acordo com Cassese (2005), a vontade irrestrita dos Estados reflete-se também no processo legislativo internacional, inexistindo hierarquia entre as principais fontes de direito internacional, como os tratados e o costume, por exemplo. Desta maneira, regras bilaterais ou multilaterais criadas por meio de um tratado não são superiores ao direito internacional costumeiro geral, estando tais

¹⁵⁶ Logo, as normas internacionais não diferenciam-se umas das outras em razão de seu valor jurídico, e seus efeitos baseiam-se, em última análise, na vontade e na aceitação por parte dos Estados, inexistindo um poder central que garanta o respeito pelo direito ou uma distinção hierárquica entre os modos de elaboração de regras gerais ou individuais (CARRILO SALCEDO, 1997). Além disso, as diversas categorias de normas podem regulamentar qualquer matéria de direito internacional, da maneira que as partes envolvidas decidirem, ou seja, dois ou mais Estados podem decidir derrogar, entre si, a aplicação do direito internacional costumeiro através de tratado e, de forma análoga, uma norma costumeira emergente pode derrogar a aplicação das disposições de um tratado entre dois ou mais Estados (CASSESE, 2005)

¹⁵⁷ Verificando-se a natureza diversa do Direito Internacional, onde inexistente uma autoridade legislativa superior que subordine todos os entes estatais, é possível afirmar que a primeira distinção relativa ao regime das fontes é que não existe o que se costuma chamar de “fonte formal” no âmbito do Direito Internacional, pois tanto as decisões da Corte Internacional de Justiça, as resoluções unânimes da Assembleia Geral das Nações Unidas e mesmo os tratados multilaterais destinados à codificação e ao desenvolvimento das regras de Direito Internacional carecem da faculdade de serem juridicamente vinculantes a todos os Estados (BROWNLIE, 2008). Assim, a tradicional distinção entre fontes formais e materiais aplicável ao direito interno é difícil de sustentar no plano do direito internacional, e o que importa, nesse sentido, é a variedade de fontes materiais – decisões da Corte Internacional de Justiça, resoluções da Assembleia Geral e tratados multilaterais relativos à produção normativa, por exemplo- enquanto evidências da existência ou não de um consenso entre os Estados em relação a determinadas regras ou práticas (BROWNLIE, 2008).

normas no mesmo patamar hierárquico, usufruindo do mesmo status¹⁵⁸ (CASSESE, 2005).

Entretanto, apesar da doutrina internacionalista posicionar-se, em princípio, pela não existência de hierarquia entre as demais normas de direito internacional, uma das características mais frequentemente atribuídas ao *jus cogens* é a sua superioridade hierárquica, reputando-o capaz de sobrepor-se ao restante do ordenamento jurídico internacional, tal como uma norma constitucional no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados. Faz-se mister, portanto, verificar possibilidade das normas peremptórias serem superiores àquelas oriundas das demais fontes do direito internacional-como tratados e costume – uma discussão que terá reflexos em outros temas do direito internacional, como no campo da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

2.2.2.1 Questionamentos sobre os Efeitos do Jus cogens na Hierarquia do Direito Internacional

As primeiras menções a uma possível hierarquia a ser estabelecida pelas normas peremptórias encontram-se nos registros da décima quinta reunião da Comissão de Direito Internacional, ocorrida em 1963. Na ocasião, Yassen, ao reconhecer a existência de normas de *jus cogens*, afirmou que estas levantavam não só a questão da autonomia dos Estados, mas também da ordem de precedência das regras de direito internacional, pois enquanto no direito interno tal problema era solucionado com base em critérios específicos – sendo não o conteúdo da regra, mas o órgão da qual ela emanava que determinava a sua posição hierárquica – a

¹⁵⁸ Como decorrência desta realidade, as relações entre regras oriundas de diferentes fontes no âmbito do direito internacional são governadas por três princípios que, nas demais ordens jurídicas, regulamentam as relações entre regras que derivam da mesma fonte, ou seja, uma norma posterior revoga a norma anterior (*lex posterior derogat priori*); uma lei posterior de caráter geral não revoga uma lei anterior de caráter especial (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*) e uma lei especial prevalece sobre uma lei geral (*lex specialis derogat generali*) (CASSESE, 2005).

situação era diferente no âmbito do direito internacional, no qual as partes contratantes são elas mesmas legisladoras e criavam as regras jurídicas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Assim, a questão de qual critério deveria ser adotado para decidir a ordem de precedência das regras de direito internacional é bastante complexa e, na opinião de Yassen, o critério não poderia ser o número de Estados aceitando a regra, pois tal número não era sempre proporcional ao seu valor e importância, nem a fonte formal da regra, pois não se pode dizer que o costume prevalece sobre o tratado ou vice e versa, sendo, portanto, a substância da regra, expressa no caráter de *jus cogens* dela, o único critério possível, pois tal regra não só deve ser aceita por um grande número de Estados, mas também ser considerada necessária para a comunidade internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II).

Na mesma oportunidade, De Luna expressou a possibilidade de uma superioridade hierárquica do *jus cogens* em outros termos, criticando o positivismo jurídico por ter imposto uma limitação no direito internacional, isolando-o de qualquer contexto político, econômico, social ou ético e considerando apenas o direito emanado da vontade dos Estados, e que a concepção contratual do direito internacional, que não reconhecia o *jus cogens*, pertencia a uma época na qual o direito internacional era somente um direito para as grandes potências (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II). Contudo, De Luna salientou que o direito internacional se tornara universalizado e socializado, e que a noção de *jus cogens*, ao limitar a vontade dos Estados, satisfazia as condições morais, econômicas e sociais necessárias à existência da sociedade internacional, sendo normas imperativas e absolutas e que “não poderiam ser ignoradas no direito internacional, pois ou elas finalmente prevaleceriam ou a comunidade internacional desapareceria” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, v. II, p. 72, tradução nossa, grifo nosso).

Percebe-se que, até este momento, existiam menções à criação de uma ordem hierárquica em razão da imperatividade das normas de *jus cogens*, mas tais comentários eram excepcionais. Em realidade, a presunção da superioridade hierárquica das normas peremptórias ganhou força e expressão nos comentários dos governos ao projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional, em 1966. A

delegação brasileira observou que “a noção de *jus cogens* traz a questão da hierarquia das fontes do direito internacional” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 22, tradução nossa), comentário reproduzido pela delegação iraquiana e apoiado pela delegação tailandesa, que considerou o *jus cogens* como “uma nova regra reconhecendo no direito positivo internacional a existência de normas superiores na hierarquia das regras internacionais” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 23, tradução nossa). Também o Uruguai considerou as normas de *jus cogens* como um avanço substancial na questão da hierarquia das fontes do direito internacional, e nenhuma das críticas levantadas ao então art. 37 pelas demais delegações questionou essa interpretação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II). Em sua resposta aos comentários dos governos, o então Relator Especial Sir Waldock não tocou na questão da hierarquia, mas sim deixou claro que uma regra geral possui o caráter de *jus cogens* somente quando os Estados individuais não podem derrogar a regra de maneira alguma e que, “em síntese, uma regra de *jus cogens* é aquela que não pode ser derogada mas que somente pode ser modificada pela criação de outra regra geral que também possui o caráter de *jus cogens*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1966, v. II, p. 24, tradução nossa).

Apesar da cautela conceitual apresentada pelo então relator especial, a ideia da superioridade normativa das normas peremptórias em relação às demais fontes do direito internacional foi mencionada diversas vezes pelas delegações presentes à Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados. Abordagens mais modestas, como a da República Federal da Alemanha, apenas sinalizavam a necessidade da reconsideração da teoria positivista e a relação entre as várias normas de direito internacional, ou ainda se limitavam a mencionar, como no caso de Equador e da Colômbia, que todos os Estados estavam sujeitos a uma ordem internacional superior consubstanciada nas normas de *jus cogens* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970, v.II). Já as declarações mais explícitas couberam à Polônia - afirmando “que certamente existia uma comunidade organizada de Estados e, no seu âmbito, uma hierarquia de normas [...] sendo que as regras de mais alto nível deveriam prevalecer sobre as outras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970, v.II, p. 99, tradução nossa) - e ao Iraque, asseverando que a ordem jurídica internacional já reconhecia a hierarquia das regras internacionais, e

que o sistema previsto pelo então art. 50 consagrava justamente estas regras que tinham prioridade sobre as demais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970, v.II).

A noção de que as normas de *jus cogens* significavam a instauração de uma ordem hierárquica no âmbito do Direito Internacional seguiu, através dos tempos, sendo defendida por diversos doutrinadores cujas obras são referência no âmbito acadêmico. Cassese, ao mencionar a inderrogabilidade das normas imperativas, conclui que “então, essas normas peremptórias possuem uma posição e status superiores às demais regras de direito internacional” (2005, p. 199, tradução nossa), opinião partilhada por Bassiouni(1996) e Quoc Dinh, Daillier e Pellet, que afirmam categoricamente que os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 “estabelecem uma verdadeira hierarquia entre as normas imperativas e as outras” (2003, p. 206). Gómez-Robledo concluiu seu curso na Academia da Haia ressaltando o “aspecto mais profundo ou revolucionário das novas normas imperativas, aquele de ter transformado o antigo direito internacional [...] em uma estrutura vertical e hierarquizada” (1981, p. 204, tradução nossa), e, também em seu curso da Haia, Cançado Trindade repetiu esta posição décadas mais tarde: “a emergência e asserção do *jus cogens* evoca as noções de ordem pública internacional e de hierarquia das normas jurídicas”(2005, p. 334, tradução nossa).

Nas obras consultadas pela maioria dos estudantes de Direito de nosso país, André de Carvalho Ramos conceitua as normas de *jus cogens* como aquelas que “contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, o que lhe acarreta superioridade normativa no choque com outras normas de Direito Internacional” (2011, p. 445), e Nasser, finalmente, declara que a única certeza acerca do *jus cogens* é a ideia de que ele “introduz de modo inevitável algum tipo de hierarquia normativa numa ordem jurídica que até ali a dispensava” (2005, p. 163)

Apesar de amplamente defendida, a noção de que as normas imperativas significam a instauração de uma hierarquia normativa no Direito Internacional é teoricamente frágil. Inicialmente, percebe-se que, apesar de existentes, as menções

a uma possível hierarquia estabelecida no direito internacional pelo advento das normas de *jus cogens* eram bastante modestas no âmbito da Comissão de Direito Internacional. De fato, elas pareciam se referir muito mais a uma superioridade moral dos valores protegidos pelas normas de *jus cogens* do que das normas em si, que eram apenas não derogáveis, ou seja, que não poderiam ser afastadas por um regime jurídico especial criado por tratado entre os Estados. A derrogação consiste na revogação parcial ou abolição de uma lei por um ato posterior que limita o seu alcance ou prejudica a sua utilidade e força (BLACK DICTIONARY OF LAW, 2014) e, mais especificamente no campo do direito dos tratados, significa a possibilidade de se pactuar um regime especial para situações específicas, uma “cláusula de escape” que reduz as incertezas jurídicas ao autorizar desvios temporários de regras de um tratado se as circunstâncias assim demandarem (HAFNER-BURTON, HELFER, FARISS, 2011). Entretanto, em determinado momento parece ter ocorrido um salto interpretativo que resultou na associação da não derogabilidade com uma superioridade hierárquica das normas imperativas, uma relação que, apesar de possível, está longe de ser necessária ou óbvia: afirmar que uma determinada norma não pode ser flexibilizada e não admite lei especial em relação a ela não significa que ela seja superior às demais. Ainda, o fato de que certos valores sejam considerados “superiores” não significa que as normas que os protegem necessariamente o sejam.

É possível perceber que, além da associação falaciosa entre não-derogabilidade e superioridade hierárquica e do pressuposto equivocado de que os valores consagrados pela norma ditam seu patamar hierárquico, emergiu também uma analogia temerária entre as ordens internas dos Estados e a ordem internacional, buscando o estabelecimento de um paralelo que, conforme visto no início deste tópico, inexistia no contexto de uma sociedade internacional descentralizada e pautada na vontade dos Estados. Como constata Dupuy (2010), um dos paradoxos de vários internacionalistas parece ser que, fascinados pela soberania, eles quiseram transpor com toda a força na ordem internacional a questão das fontes de direito interno, ou mesmo, além disso, a questão dos atos próprios às ordens jurídicas nacionais no direito internacional. Entretanto, este caminho é tortuoso, pois “enquanto o direito nacional prevê a primazia da lei, o direito internacional não possui um equivalente verdadeiro” (DUPUY, 2008, p.119,

tradução nossa, grifo nosso). Entretanto, ao tempo da Conferência de Viena, a única – e sábia – crítica a tais percepções foi esboçada pela delegação da Turquia, que declarou

Foi dito que era uma questão de hierarquia das normas jurídicas em direito internacional. Mas tal hierarquia pressuporia uma hierarquia entre as fontes, que não é encontrada na comunidade internacional, onde as circunstâncias são diferentes daquelas nas quais o direito interno é aplicado. As relações internacionais dos tratados baseiam-se no consentimento expresso pelos Estados soberanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1970, v.II, p. 99, tradução nossa)

De fato, a emergência de uma ordem hierárquica no âmbito do direito internacional pressuporia uma mudança drástica nas estruturas da sociedade internacional¹⁵⁹. Requerer-se-ia, de início, um alto grau de institucionalização e coesão entre os procedimentos legislativos nos mais diversos campos, contando com um mecanismo específico para a tomada de tais decisões, ou seja, um foro internacional com competência geral para emitir regras vinculantes a todos os Estados e para determinar quais dentre elas encontram-se em patamar superior e, ainda, uma corte permanente dotada de jurisdição compulsória para todos os Estados e com competência para solucionar as controvérsias relativas a tal relação hierárquica. Infelizmente, evidencia-se que a doutrina baseia-se em pressupostos equivocados para sustentar uma hierarquia normativa que, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade internacional, está longe de ser minimamente operacionalizável.

¹⁵⁹ Como Schwarzenberger já dizia, em 1964, “the evidence of international law on the level of unorganized international society fails to bear out any claim for the existence of international *jus cogens*. Viewed in historical and sociological perspectives, this negative result of our inquiry is hardly surprising. It required a prolonged development of primitive community laws before such laws outgrew the stages of private vengeance and outlawry. The rise of legal rules which bind without agreement between the parties affected and which override any contradictory agreement presupposes one of two things: the existence of authorities believed to be endowed with supernatural powers (as when lawyer-priests administered *jus sacrum*), or a centralized worldly power which would refuse to compound at least offenses directed against itself or the community at large. This is the crucial point at which criminal law and *jus cogens* emerge. Unorganized international society lacks such lawyer-priests or any centralized authority with overriding potestas. At one time or another, a great or hegemonial Power may attempt to arrogate to itself the function of an international policeman. Yet, so far, the plurality of great Powers and their mutual jealousies have prevented any temporary de facto order in unorganized international society from maturing into an international legal order. They have attempted to create more or less effective substitutes by way of multilateral but consensual peace settlements which have inaugurated successive post-war periods.” (p. 467)

Contudo, o argumento- direto ou indireto – de que as normas imperativas teriam prevalência sobre as demais normas do direito internacional foi abundantemente explorado, especialmente no âmbito da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Desta forma, serão examinadas as duas principais teorias que buscam fundamentar a negativa de concessão de imunidade ao Estado estrangeiro em virtude da violação de normas de *jus cogens* e a jurisprudência neste assunto.

2.2.2.2 A Violação de uma Norma de *Jus cogens* como Renúncia Implícita à Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro

A noção de que o *jus cogens* teria, por sua alegada superioridade hierárquica, o poder de flexibilizar aspectos intrinsecamente ligados à soberania dos Estados, tem sido explorada de maneira criativa. Assim, a hipótese de que a violação às normas de *jus cogens* pudesse impor a presunção de renúncia, por parte do Estado violador, à sua imunidade soberana, foi esboçada inicialmente como uma proposta de interpretação evolutiva (GAUDREAU, 2005) do artigo 1605 (a)(1)¹⁶⁰ do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976¹⁶¹, estatuto dos Estados Unidos da América que

¹⁶⁰ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

¹⁶¹ Para compreender o cenário que cercou a formulação e adoção do FSIA, é necessário lembrar do panorama jurídico-político ambíguo que circundava o tema na época, levando à edição da Tate Letter de 1952. Segundo Belsky, Merva e Roht-Arrianza, “This change in executive policy produced great confusion among U.S. courts in applying the doctrine of sovereign immunity. Jurisdiction was frequently founded, or denied, on the basis of nonlegal factors. For example, foreign states often requested that the State Department make a recommendation of immunity to the court, and courts almost always followed the State Department’s immunity determination. However, this determination frequently was affected by a state’s ability to bring diplomatic pressure to bear on the State Department, and not the specific circumstances of the case or the cause of action. In other cases, foreign states would seek immunity decisions directly from the court, in which case the courts generally decided the issue without reference to the foreign policy concerns of the State Department. This dichotomy, combined with a lack of clear standards governing a state’s entitlement to immunity under the restrictive theory, led to inconsistent results. Further, even if a party was able to get a judgment, its ability to execute that judgment was extremely limited because the United States still adhered to a doctrine of absolute immunity from execution. In an attempt to bring order to the U.S. law on foreign sovereign immunity, Congress enacted the FSIA in 1976. One of its principle objectives was to transfer determinations of sovereign immunity from the State Department to the courts, freeing the executive branch from case-by-case diplomatic pressures and relieving due process concerns about the State Department’s ability to bind the courts. The FSIA also sought to codify the restrictive theory of immunity in order to clarify the governing legal standards and to establish uniform

regula a concessão de imunidade perante as cortes nacionais americanas. Trazendo a outorga de imunidade como regra, o estatuto prevê algumas exceções, entre elas a do supracitado artigo, que estatui que um Estado estrangeiro não será imune à jurisdição das cortes dos Estados Unidos quando este Estado tiver renunciado à sua imunidade de maneira explícita ou implícita.

A vagueza conceitual do termo “renúncia implícita” deu margem a interpretações acerca de seu conteúdo, ou seja, de quais atos ela deveria englobar. Assim, em 1989, Belsky, Merva e Roht-Arrianza propuseram que a infração de normas peremptórias de Direito Internacional se enquadraria na hipótese de renúncia implícita elencada pelo artigo 1605(a)(1) do FSIA, acarretando, como consequência, a não concessão de imunidade ao Estado violador pelas cortes nacionais americanas. Os autores defendem que a existência de um sistema de regras que os Estados não podem violar implica que, quando um Estado age viola tal regra, este ato não pode ser reconhecido como soberano e, em consequência, o Estado não tem mais direito a invocar a defesa da imunidade de jurisdição para este ato, sendo que o reconhecimento de um grupo de normas como imperativas significa que os Estados estão implicitamente consentindo em renunciar à imunidade quando eles violarem uma destas normas (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

A primazia das normas de *jus cogens* no ordenamento jurídico internacional teria, assim, o condão de relativizar o conceito de soberania estatal como até então conhecido em prol de valores supremos da comunidade de nações, e os autores propõem a inclusão das chamadas “*constructive waivers by operation of international Law*” entre as hipóteses de negativa de outorga de imunidade a um Estado estrangeiro do FSIA, ou seja, o reconhecimento da prática de certos atos condenados pelo direito internacional – em especial violações às normas de *jus cogens* - como renúncias implícitas à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro¹⁶².

procedures for litigation against foreign states in U.S. courts”. (BELSKY;MERVA; ROHT-ARRIANZA, 1989, p. 3-4.)

¹⁶² Para apoiar a interpretação do termo “renúncia implícita” do artigo 1605(a)(1) do FSIA como expressão que abarca atos condenados pelo direito internacional, afirma-se que, embora a história legislativa do estatuto não traga evidências de que o Congresso desejasse incluir tal possibilidade no escopo de aplicação da lei, também não há registro de que quisesse excluí-las, demonstrando, ainda,

Tal fundamentação foi utilizada pela primeira vez no caso *Princz v Federal Republic of Germany (Estados Unidos)*, no qual o autor pleiteou indenização pelos danos morais e materiais infligidos pelo regime nazista¹⁶³. A corte distrital alegou possuir jurisdição para julgar o caso, razão pela qual o governo alemão recorreu à instância superior buscando a declaração de que aquela não possuía jurisdição, sob o argumento de que o FSIA constituiria a única base para submeter um Estado soberano aos tribunais americanos, e que o caso em tela não se enquadra em nenhuma das exceções do estatuto. Alternativamente, a Alemanha alegou que o FSIA não se aplicaria de forma retroativa¹⁶⁴, e que, pelo direito vigente à época dos atos, o governo alemão gozaria de imunidade absoluta¹⁶⁵. Os *amici curiae* alegaram, em defesa do caso de Princz, que os atos perpetrados pelo Terceiro Reich constituíam violações a normas de *jus cogens* e, portanto, significavam a renúncia tácita do governo alemão à imunidade de jurisdição de Estado soberano, enquadrando-se na exceção do artigo 1605(a)(1) do FSIA.

que o Congresso pretendia que o direito internacional auxiliasse na interpretação da norma (BELSKY; MERVA; ROHT ARRIANZA, 1989).

¹⁶³ Segundo o relatório da decisão, o Terceiro Reich, em 1942, prendera toda a família do autor, que vivia na Eslováquia, e os enviara a diferentes campos de concentração, forçando-os a realizar trabalho em condições de escravidão. Hugo Princz foi enviado ao campo de extermínio de Dachau, sendo libertado pelas forças norte-americanas enquanto era transportado pelos nazistas para outro campo de concentração. O governo alemão, apesar de possuir um programa de indenizações para sobreviventes do Holocausto, negou o direito à reparação para Princz alegando não ser ele cidadão alemão à época do aprisionamento ou refugiado após a guerra. A partir de 1984, Princz, ao lado do Departamento de Estado norte-americano, começou uma série de pedidos de reparação tanto ao governo alemão quanto às subsidiárias americanas da I.G. Farben, para quem ele realizara os trabalhos forçados durante a guerra, mas suas demandas não foram atendidas. As tentativas de resolução da questão pelas vias diplomáticas restaram inexitas, assim como as solicitações feitas pelos governos Bush e Clinton ao governo da Alemanha. Neste contexto, Princz ingressa, em 1992, com uma ação nos Estados Unidos na qual demanda a condenação alemã em virtude dos danos morais e materiais por ele sofridos, e, embora Princz não tenha conseguido delimitar em qual exceção do FSIA seu pedido se enquadrava, a corte distrital afirmou possuir jurisdição para o caso sob o argumento de que o FSIA “não possui papel a desempenhar quando os pedidos alegados envolvem inegáveis atos de barbarismo cometidos por uma nação então fora-da-lei, que demonstrou insensível desrespeito pela humanidade de um cidadão americano simplesmente porque ele era judeu”

¹⁶⁴ O FSIA foi editado em 1976, e os atos alegados pelo autor ocorreram entre 1942 e 1945.

¹⁶⁵ A Corte de apelação, ao deparar-se com a necessidade de estabelecer qual é a lei aplicável ao caso – se o FSIA ou o direito vigente antes do estatuto – esquivou-se do questionamento, afirmando: “nós não precisamos, entretanto, decidir se o FSIA é aplicável a eventos anteriores para resolver este caso.[...] Mesmo se o FSIA realmente for aplicável, nenhuma das exceções estatutárias à imunidade soberana se aplica. Por outro lado, se o FSIA não for aplicável aos pedidos de Princz, e mesmo se a Alemanha não for imune sob o direito que seria aplicável pré-FSIA [...] uma corte federal distrital não possui jurisdição sobre as demandas de Princz porque elas surgem de ilícito civil e quase-contrato”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 8)

Entretanto, ao abordar a questão relativa à renúncia implícita e consequente configuração da exceção do artigo 1605(a)(1) à imunidade de jurisdição, a Corte de segunda instância adotou um posicionamento conservador, descartando tal possibilidade com base no precedente *Siderman de Blake v. Argentina*¹⁶⁶, no qual o tribunal determinou que “o fato de ter havido violação de *jus cogens* não confere jurisdição sob o FSIA” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 10, tradução nossa). Desta forma, a Corte chega à seguinte conclusão sobre o tema:

Em suma, uma renúncia implícita depende de o governo estrangeiro ter indicado em algum momento sua concordância com o processo. Princz não sustenta, entretanto, que o atual governo alemão ou o governo precedente do Terceiro Reich realmente tenha indicado, mesmo que implicitamente, uma vontade de renunciar à imunidade em ações relativas às atrocidades nazistas. Não temos garantia, portanto, para sustentar que a violação de normas de *jus cogens* pelo Terceiro Reich constitua uma renúncia implícita de imunidade sob o FSIA. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 14, tradução nossa)

Como resultado, o Tribunal de apelação julgou pela reversão da decisão anterior e pela improcedência da ação movida por Princz¹⁶⁷. Apesar do primeiro

¹⁶⁶ Em 1976, logo após a tomada do governo argentino pelos militares, José Siderman, judeu, foi levado de sua casa por agentes do governo e torturado durante 7 dias em razão de sua religião. Ao ser libertado, Siderman foi advertido de que ele e sua família deviam deixar o país sob pena de morte. Assim, os Siderman foram para os EUA, onde residia sua filha, cidadã americana, vendendo parte de suas terras para custear a viagem. Os militares alteraram o registro das propriedades de Siderman, alegando que, portanto, ele realizara uma venda fraudulenta para possibilitar sua fuga do país. A Argentina solicitou, por carta rogatória, a ajuda da Corte Superior de Los Angeles para prender Siderman, que, desconhecendo as razões do governo argentino, atendeu ao pedido. Siderman acabou preso na Itália devido a um pedido de extradição feito pelo governo argentino, até que finalmente uma Corte de Apelação italiana afirmou que o pedido de extradição era baseado em perseguição política. Finalmente, em 1982, os Siderman, agora cidadãos americanos, entram com uma demanda contra a República Argentina, que não esteve presente no julgamento. Em 1984 o tribunal deu ganho de causa à Siderman e, frente a tal decisão, a Argentina finalmente peticionou alegando imunidade de acordo com FSIA e que a corte distrital não possuía jurisdição sobre o caso. Os EUA pediram à corte que considerasse a questão de imunidade e, em 1985, a corte distrital extinguiu a ação com base na imunidade Argentina. Os Siderman apelaram para a U.S. 9th Circuit Court of Appeals, que chegou às seguintes conclusões: “The Sidermans' complaint and the evidence they have presented in support of their allegations paint a horrifying portrait of anti-Semitic, government-sponsored tyranny. The record that so far has been developed in this case reveals no ground for shielding Argentina from the Sidermans' claims that their family business was stolen from them by the military junta that took over the Argentine government in 1976. It further suggests that Argentina has implicitly waived its sovereign immunity with respect to the Sidermans' claims for torture. We REVERSE and REMAND for further proceedings consistent with this opinion.” Embora a decisão tenha sido, em sua maioria, favorável à causa da proteção aos direitos humanos, ela é clara ao afirmar que a violação de normas de *jus cogens* não excepciona a regra do FSIA, justificando-se a retirada da imunidade argentina, no caso em tela, pelo fato de o país ter usado as cortes americanas para perseguir Siderman.

¹⁶⁷ Apesar de seu resultado final negativo, o caso ganhou publicidade pelo notório voto dissidente proferido pela juíza Patricia Wald, no qual a magistrada discorda da sentença da corte e afirma a aplicabilidade da teoria da renúncia implícita ao caso. Em sua manifestação, a juíza assevera: “Eu

resultado negativo, na paradigmática série de decisões do caso *Prefecture of Voiotia and Others v Federal Republic of Germany*, as cortes nacionais gregas acolheram a tese de que a violação de normas de *jus cogens* acarreta a renúncia implícita a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. O caso foi examinado inicialmente pelo Tribunal de Primeira Instância de Leivadia, que afastou a imunidade de Estado, à qual a Alemanha fazia jus, em razão da violação de normas de *jus cogens*, argumentando que, segundo o art. 43¹⁶⁸ do Regulamento anexo à Convenção de Haia de 1907¹⁶⁹ sobre Leis e Costumes de Guerra em terra, o Estado ocupante de território estrangeiro deve respeitar tanto as leis do território ocupado como as regras de direito internacional sobre beligerância, entre elas o art. 46 do Regulamento da Convenção de Haia, que impõe o respeito a certos direitos como a honra da família, suas vidas e suas propriedades¹⁷⁰. Na opinião do Tribunal de Leivadia, estas disposições configuram-se como normas de *jus cogens*, que teriam sido desrespeitadas pelas forças ocupantes alemãs no massacre de Distomo, e a violação de normas peremptórias pela Alemanha significa, na prática, que este Estado não pode invocar sua imunidade de jurisdição, tendo implicitamente declinado tal prerrogativa ao cometer as violações alegadas pelas vítimas gregas¹⁷¹.

acredito que o tratamento alemão a Princz violou normas de *jus cogens* do direito das nações e, ao engajar-se em tal conduta, a Alemanha implicitamente renunciou a sua imunidade nos ditames do art. 1605(a)(1) do FSIA. Conseqüentemente, no meu ponto de vista, as cortes federais possuem jurisdição para receber os pedidos de Princz. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 19)". Ainda segundo Wald, "Como a definição da Carta de Nuremberg de "crimes contra a humanidade" inclui o que agora se chamam de normas de *jus cogens*, um Estado nunca tem direito à imunidade por nenhum ato que infrinja uma norma de *jus cogens*, independentemente de onde ou contra quem este ato foi perpetrado. A emergência das normas de *jus cogens* limita a soberania estatal no sentido de que a "vontade geral" da comunidade internacional de Estados e outros atores terá precedência sobre as vontades individuais dos Estados para reger suas relações.[...] Quando os nazistas rasgaram as roupas de Princz, trocando-as por um uniforme prisional e uma tatuagem, empurraram-no para trás das cercas eriçadas de arame farpado de Auschwitz e Dachau, e o venderam à indústria de armamento alemã como forragem para a sua operação de trabalho em tempos de guerra, a Alemanha rescindiu qualquer reivindicação sob o direito internacional para obter imunidade de jurisdição deste tribunal." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, p. 26).

¹⁶⁸ Art. 43. The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

¹⁶⁹ O fato de a Convenção não ter sido ratificada pela Grécia é superado pela Corte de Leivadia, que afirma que suas disposições constituem normas amplamente aceitas de direito internacional, sendo a sua observância obrigatória para as forças ocupantes alemãs. (GAVOUNELI, 1997)

¹⁷⁰ Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

¹⁷¹ Segundo a Corte, a) Quando um Estado viola normas de *jus cogens*, ele não pode esperar de boa-fé a concessão do privilégio da imunidade. Portanto, assume-se que ele tacitamente renuncia ao privilégio (renúncia construtiva por operação do direito internacional); b) Os atos de um Estado que violam normas de *jus cogens* não possuem caráter soberano. Nestes casos considera-se que o Estado acusado não agiu dentro do âmbito de sua capacidade como soberano.c) Atos contrários ao *jus cogens* são nulos, e não podem constituir uma fonte de direitos ou privilégios legais, tais quais

Ademais, o argumento da renúncia implícita é falacioso, pois atribui ao Estado estrangeiro uma manifestação de vontade que, de fato, não ocorreu, visto que o termo “renúncia” significa que o Estado, em algum ponto, demonstrou de forma clara e inequívoca a sua aquiescência em ser submetido à jurisdição do Estado foro, o que não ocorre, por exemplo, nos casos *Princz e Prefecture of Voiotia*, nos quais o Estado réu manifestou claramente a sua vontade de fazer uso da prerrogativa de imunidade de jurisdição. A incongruência de se presumir a renúncia quando, ao contrário, o Estado estrangeiro afirma claramente que não concorda com a demanda, é apontada como a principal falha da teoria pela doutrina, que afirma que “esta abordagem encaixa-se de forma insuficiente nas concepções tradicionais de renúncia, pois ela constrói renúncia onde não há indicação de nenhuma verdadeira vontade de renunciar à proteção” (REIMANN, 1994, p. 409).

Assim, as “renúncias construtivas” por violação às normas peremptórias soam deveras artificiais e infundadas, pois, se a renúncia é prerrogativa do Estado estrangeiro, esta possibilidade deve ser imediatamente descartada quando ele alega a imunidade de jurisdição perante os tribunais do Estado foro. Construir uma manifestação de vontade completamente contrária à intenção manifesta do Estado réu é um argumento frágil para não conceder a imunidade para os casos de graves violações aos direitos humanos, e uma hipótese raramente verificável¹⁷².

2.2.2.3 A superioridade hierárquica do *jus cogens* sobrepondo-se à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro

pedidos de imunidade, em respeito ao princípio *ex injuria non oritur jus*.d) O reconhecimento da imunidade por uma corte nacional a um ato que é contrário ao *jus cogens* seria o equivalente a colaborar com um ato que é fortemente condenado pela comunidade internacional.e) A invocação da imunidade para atos ilegais perpetrados em violação às normas de *jus cogens* constituiria um abuso deste direito.f) Como o princípio da soberania territorial é superior ao princípio da imunidade estatal, um Estado que viola o primeiro ao ocupar ilegalmente um território não pode invocar o princípio da imunidade soberana para atos cometidos durante a ocupação ilegal. (BATENKAS, 1998, p. 769 e 770)

¹⁷² Uma destas hipóteses se configuraria, por exemplo, no caso *Siderman de Blake*, no qual a Argentina deliberadamente fez uso das cortes americanas para a perseguição política e racial de José Siderman e de sua família.

A tese que relaciona particularmente a primazia das normas de *jus cogens* e a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro¹⁷³ foi desenvolvida por Mathias Reimann ao analisar a decisão do caso *Princz v. Germany*. A partir da grande distinção conferida aos direitos humanos hodiernamente, de sua importância ilustrada através de incontáveis convenções, resoluções ou tratados, Reimann conclui que estas normas adquiriram um *status* diferenciado no plano jurídico internacional, e teriam sido alçados à uma categoria normativa superior, ou seja, ao invés de ter o caráter de norma internacional meramente costumeira, certos direitos humanos seriam tão substanciais que configurariam normas de *jus cogens*¹⁷⁴.

Assim, embora não seja possível se determinar quais direitos humanos fariam parte da categoria de *jus cogens*, o autor afirma haver consenso em torno de um certo núcleo fundamental que incluiria as violações alegadas por Princz. Em oposição a este núcleo de direitos humanos *jus cogens* estaria, no caso em tela, o que Reimann identifica como uma regra costumeira de imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros nas cortes de outro soberano (REIMANN, 1994). Como consequência, estas regras se chocam quando um demandante entra com uma ação por violações massivas aos direitos humanos em uma corte, pois enquanto a primeira regra estabelece a ilicitude do ato, a segunda regra impedirá que as cortes possam julgar demandas deste tipo. Portanto, a teoria da hierarquia normativa apregoa que, “em nível internacional, as disposições fundamentais de direitos humanos são indiscutivelmente superiores ao direito das imunidades soberanas, pois aquele é *jus cogens* enquanto este é somente uma norma não peremptória.” (REIMANN, 1994, p. 407) Como resultado, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro – norma internacional costumeira- cederia sempre que estivesse em

¹⁷³ A teoria da hierarquia normativa compartilha alguns pontos com a teoria da renúncia implícita. Ambas relacionam-se com o caso *Princz v. Germany*, as duas teorias também abordam o caráter de *jus cogens* de certas normas fundamentais de direitos humanos, assim como as duas teorias baseiam-se no *Foreign Sovereign Immunities Act*, estatuto norte-americano sobre o tema. Contudo, conforme será visto nesta parte do presente trabalho, a teoria da hierarquia normativa possui aspectos que a distinguem da renúncia implícita em diversos pontos, tornando-a singular.

¹⁷⁴ Conforme Reimann, “Direitos humanos fundamentais são parte do direito internacional, como a pletera de convenções ilustra. Mais importante, um pequeno núcleo destes direitos é agora amplamente aceito como *jus cogens*, ou seja, como parte do direito internacional que é não só vinculante para todos os Estados independentemente de seu consentimento, mas que também não admite derrogação. Quaisquer que sejam os outros direitos humanos que se enquadrem nesta categoria, é consagrado que entre eles estão as proteções contra o genocídio, escravidão, assassinato e tortura”. (REIMANN, 1994, p. 406-407).

confronto com os direitos humanos considerados fundamentais – e normas peremptórias de direito internacional¹⁷⁵.

O argumento da hierarquia normativa tem sido provavelmente o mais utilizado pelas vítimas de graves violações aos direitos humanos para pleitearem seus direitos perante fóruns nacionais ou regionais. Muitas vezes, este argumento não aparece de forma clara, e sim entremeado com outras fundamentações e, de fato, não difícil vê-lo associado às teorias da renúncia implícita e da jurisdição universal, por exemplo.

Em *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, ao pleitear reparações, no Reino Unido, por tortura e outras violações realizadas pelo governo do Kuwait, o autor alegou que não há imunidade no direito internacional público para atos de tortura, mas seu pleito foi indeferido pela corte inglesa¹⁷⁶. Inconformado, Al-Adsani

¹⁷⁵ Entretanto, apesar de proclamar a prevalência dos direitos humanos com base na teoria da hierarquia normativa, Reimann não considera que a corte tenha se equivocado na decisão Princz, pois ele parte do FSIA como única base para se decidir acerca da imunidade de jurisdição, e este não prevê uma exceção à imunidade baseada nos direitos humanos. Reimann defende, portanto, que tal superioridade normativa dos direitos humanos enquanto normas de *jus cogens* seja refletida em uma emenda ao FSIA que contemple tal exceção, pois a matéria só poderia ser regulamentada através deste estatuto, que traz a imunidade como regra¹⁷⁵. Portanto, partindo da superioridade hierárquica do *jus cogens* – e, aqui, dos direitos humanos assim considerados – Reimann afirma a necessidade de mudança da legislação norte-americana no tema, para que ela contemple uma exceção à imunidade baseada nos direitos humanos. Tal proposta de alteração já havia sido apresentada no Congresso norte-americano em 1994, tendo sido rejeitada. A redação do projeto de lei estatua que a imunidade seria negada em ações nas quais busca-se indenização contra um Estado estrangeiro por dano pessoal ou morte de um cidadão dos Estados Unidos que ocorra neste Estado estrangeiro e que seja causada por tortura ou execução sumária deste cidadão, ou por este Estado estrangeiro ou por qualquer oficial ou empregado deste Estado estrangeiro agindo dentro do alcance do seu posto ou emprego. (REIMANN, 1994).

¹⁷⁶ Sobre os fatos relativos ao caso: "In the present case, Al-Adsani claimed damages against the Government of Kuwait for injury to his physical and mental health on two different occasions. First, he was taken at gun point in a government car to the state security prison and was there subjected to very considerable physical ill-treatment and forced sign a form of admission regarding a private dispute with a member of the ruling family of Kuwait. After that, he was once again taken at gun point and he was first immersed in a swimming pool which is said to have contained various corpses, and he was then placed in a cell together with a mattress which had been impregnated with petrol and which was then set alight. When recovering from the injuries at a hospital in England, Al-Adsani received many phone calls threatening his life. The Government of Kuwait applied for a declaration of its immunity under s.1(1) of the 1978 Sovereign Immunities Act, and the court held that Kuwait was entitled to state immunity from a claim for damages for torture because the Act was a comprehensive code and, although international law prohibited torture, no express or implied exception to immunity existed in cases of torture. Lord Ward affirmed that "unfortunately, the Act is as plain as plain can be. A foreign state enjoys no immunity for acts causing personal injury committed in the United Kingdom and if that is expressly provided for the conclusion is impossible to escape that state immunity is afforded in respect of acts of torture committed outside this jurisdiction". In the same sense, Lord Stuart-Smith stated "At common law a sovereign state could not be sued at all against its will in the courts of this country. The 1978 Act, by the exceptions therein set out, makes substantial inroads into this principle.

ingressou perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, agora contra o Reino Unido, sob o artigo 6º da Convenção¹⁷⁷ (direito a um processo equitativo ou acesso à justiça), e mais uma vez utilizou o argumento de que a superioridade hierárquica do *jus cogens* acarreta a submissão das regras “inferiores”, tais como a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro (EMBERLAND, 2002).

A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, por 9 votos a 8, que o Reino Unido não violara os direitos do autor sob o artigo 6º da Convenção. A corte foi unânime em reconhecer que a proibição à tortura atingiu o status de norma peremptória sob o direito internacional, mas divergiu quanto à aplicabilidade da hierarquia para ações cíveis nas quais a imunidade estatal pudesse ser invocada (REDRESS ORGANIZATION, 2002), levando ao indeferimento do pleito¹⁷⁸.

A teoria da hierarquia normativa também aparece em algumas passagens das decisões *Prefecture of Voiotia v. Germany*, mas foi em *Kalogeropolou et al v. Germany and Greece*, quando as vítimas que pleitearam reparações perante as cortes nacionais gregas levaram sua demanda à Corte Europeia de Direitos Humanos, que o argumento mostrou-se com maior nitidez. Isto fica claro em passagens do relatório da sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos, nas quais se declara que os demandantes afirmavam que “o direito internacional sobre crimes contra a humanidade era tão fundamental que ele equivaleria a uma norma

It is inconceivable, it seems to me, that the draftsman, who must have been well aware of the various international agreements about torture, intended section 1 to be subject to an overriding qualification.” (VICENCI FERNANDES, 2013)

¹⁷⁷ Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

¹⁷⁸ The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity. In these circumstances, the application by the English courts of the provisions of the 1978 Act to uphold Kuwait’s claim to immunity cannot be said to have amounted to an unjustified restriction on the applicant’s access to a court.

de *jus cogens*, tendo precedência sobre todos os outros princípios de direito internacional, incluindo o princípio da imunidade soberana” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2002, p. 4). Entretanto, o argumento não prosperou perante a Corte que, retomando o raciocínio de *Al-Adsani v. United Kingdom*, afirmou que não achava que já existisse aceitação, no direito internacional, da proposição que os Estados não fazem jus à imunidade em respeito a demandas cíveis por prejuízos iniciadas contra eles em outro Estado por crimes contra a humanidade, declaração reproduzida recentemente no julgamento do caso *Jones and Others v. United Kingdom*.

Entretanto, o golpe de misericórdia à teoria da hierarquia normativa foi dado pela Corte Internacional de Justiça em 2012, no caso *Jurisdictional Immunities* (Alemanha v. Itália, Grécia interveniente), no qual a Alemanha alegou que a Itália, ao permitir que Ferrini e outras vítimas do regime nazista buscassem reparações cíveis nas cortes italianas, violara a imunidade soberana do Estado alemão. Frente à réplica da Itália, que sustentou que a violação de normas de direito humanitário, consideradas como *jus cogens*, possibilitaria o julgamento de demandas cíveis por violações perpetradas pelo regime nazista contra um cidadão italiano, a Corte afirmou que as normas de *jus cogens* têm caráter material, não afastando a regra procedimental da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, ou seja, “mesmo considerando que os procedimentos perante as cortes italianas envolveram violações de regras de *jus cogens*, a aplicabilidade do direito internacional costumeiro da imunidade de jurisdição não foi afetado” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012a, p. 142, tradução nossa).

De fato, as decisões posteriores ao caso *Jurisdictional Immunities* utilizaram sua fundamentação, somada ao precedente *Al-Adsani*, para negar qualquer efeito à pretensa superioridade hierárquica das normas de *jus cogens* em relação à imunidade de jurisdição, estendendo tal raciocínio também para outros sujeitos de direito internacional. Desta forma, a recente *decisão Mothers of Srebrenica v. Netherlands*, da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar se a imunidade conferida pelas cortes holandesas à ONU pela omissão em prevenir o genocídio era uma limitação razoável ao direito de acesso à justiça, confirmou o entendimento de que o direito internacional não sustenta a posição de que uma demanda cível

deveria prevalecer sobre a imunidade de jurisdição pela “mera” alegação de que o ato constitui uma norma de *jus cogens* (CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013)

A teoria da hierarquia normativa, assim como a da renúncia implícita, também é passível de outras críticas, sendo a primeira nelas no tocante à sua incongruência temporal em muitos casos. Levando em conta o raciocínio desenvolvido no ponto 2.1.1.2, e tendo em vista que a noção de *jus cogens* teve seu desenvolvimento no pós Segunda Guerra Mundial e que sua codificação só se deu na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as normas de *jus cogens* não poderiam se aplicar nos casos relativos às violações cometidas pelo regime nazista em razão da regra da não-retroatividade consagrada pela Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Ademais, é possível discordar, igualmente, da função atribuída às normas de *jus cogens* pela teoria hierárquica, pois esta confere às normas peremptórias certas prerrogativas que não podem ser inferidas através da leitura dos dispositivos da Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969, implicando, segundo Zimmerman, uma hierarquia de normas entre diferentes regras de direito costumeiro que vai além do conceito tradicional de *jus cogens* como consagrado na Convenção, para a qual a emergência ou existência de uma regra com caráter de *jus cogens* tem o único efeito de invalidar tratados incompatíveis com ela¹⁷⁹. (ZIMMERMANN, 1994).

¹⁷⁹ Neste sentido, é pertinente a explicação de Sheldon (2006, p. 9-10): “The notion of *jus cogens* originated solely as a limitation on international freedom of contract. It was discussed at length for the first time by Verdross in 1937. [...] Verdross's article was written in response to a report on the law of treaties that had failed to discuss the problem of a treaty in conflict with general international law. According to Verdross, freedom to conclude treaties could be limited only if general international law contained rules that have the character of *jus cogens*. He took a practical approach to the question: finding nothing in theory to preclude the possibility of such rules, he looked to see whether international law had established such rules in practice. He concluded that compulsory norms of customary international law, such as freedom of the high seas, would work to invalidate any agreement in which two or more states sought to exclude other states from the use of the high seas. It is not clear, however, why a doctrine of *jus cogens* is necessary to refuse enforcement of treaties of this type. The law of treaties has long held that states cannot by treaty affect the rights of third states without their consent, a rule now codified in VCLT Articles 34-35.”

O próprio Verdross define as normas de *jus cogens* como aquelas com as quais um tratado não pode conflitar (VERDROSS, 1966, p. 55-63, mas, em seu primeiro texto sobre o assunto (VERDROSS, 1937, p. 571-577), sua preocupação com a defesa da moralidade é evidente, mencionando mesmo que um tratado seria imoral se impedisse que um Estado cuidasse do bem-estar de seus cidadãos em seu país e, neste sentido, nos parece que o objetivo almejado por Verdross muito se assemelha com aquele buscado pelos defensores da prevalência dos direitos humanos sobre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

Contudo, para realizar um exercício lógico, partamos do ponto defendido por Cançado Trindade de que o *jus cogens* projeta seus efeitos para muito além do direito dos tratados, e que uma visão restritiva quanto às suas consequências não se coaduna com a realidade do direito internacional. Supondo-se a existência de tal hierarquia, deve-se questionar como um direito humano *jus cogens*, como por exemplo a proibição da tortura, poderia substituir o direito costumeiro da imunidade, o que só seria possível se a) o direito *jus cogens* em questão se estendesse além do seu âmbito substancial, concedendo também um direito procedimental de compelir a sua observância em um tribunal ou b) o catálogo de normas de *jus cogens* também incluísse uma garantia separada de acesso às cortes domésticas ou internacionais para buscar reparações por sua violação (BRÖHMER, 1997). Além de tais hipóteses terem sido descartadas, respectivamente, pela Corte Internacional de Justiça no caso *Armed Activities in the Territory of Congo* e pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Al-Adsani* e seguintes, seria de se esperar um mínimo de previsibilidade neste tocante, como a regulamentação da matéria por meio de uma convenção, pois até os mais fervorosos idealistas devem concordar que, no contexto da sociedade internacional hodierna, o consentimento dos Estados ainda é determinante para o funcionamento do sistema como um todo.

Neste tocante, o exemplo fornecido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos- que tem sido deveras proativo em determinar que diversas violações, como a proibição ao desaparecimento forçado, à tortura, aos crimes contra a humanidade e o direito à igualdade e não discriminação, constituem normas de *jus cogens*, daí atribuindo um caráter superior a tais normas- é edificante. A abundância de decisões condenando Estados interamericanos por violações às normas imperativas com base na primazia destas sobre as demais normas não parece ter trazido qualquer impacto significativo desejável. Ao utilizar o desrespeito às normas peremptórias estender os limites territoriais e temporais de sua jurisdição, ou simplesmente para sublinhar que determinada conduta, já protegida pelo ordenamento interamericano, é realmente muito condenável, a Corte Interamericana, em realidade, fragilizou a sua legitimidade perante os Estados-parte e perante a comunidade acadêmica.

Considerando que o direito internacional não é provido de um aparato coercitivo que force os Estados a cumprirem com as decisões das cortes internacionais, a efetivação de tais determinações repousa ainda na vontade dos Estados, seja em aceitar a jurisdição de uma corte em específico, seja em cumprir seus julgados, cujo grau de obediência está intrinsecamente ligado à legitimidade que tal corte goza¹⁸⁰ (SAUL, 2014). A Legitimidade de uma corte internacional repousa, assim, em três pilares fundamentais: a fonte da autoridade das cortes internacionais, os procedimentos que são seguidos e os resultados produzidos (SAUL, 2014).

A legitimidade da fonte se refere à autoridade conferida à corte que, no contexto da sociedade internacional, firma-se no consentimento dado pelos Estados, e isto significa que as cortes internacionais serão vistas como legítimas na medida em que cumprirem com os seus mandatos, ou seja, uma corte deveria ser cautelosa para não extrapolar seu mandato abusando das normas de *jus cogens*, cuja fonte, conteúdo e efeitos são extremamente controversos e carecem de explicação consistente (SAUL, 2014), algo que, infelizmente, não se vê com frequência nas decisões da Corte Interamericana nesta matéria. A legitimidade procedimental diz respeito à maneira de condução do trabalho da corte, em especial no tocante à sua neutralidade (SAUL, 2014), algo que certamente é prejudicado com uma pletera de decisões impondo severas sanções aos Estados quando se põe à mesa a cartacoringa do *jus cogens*. Finalmente, a legitimidade quanto ao resultado relaciona-se com o grau de cumprimento e implementação de suas decisões, e as incertezas ao redor do conceito, conteúdo normativo e efeitos das normas de *jus cogens* certamente deixarão a parte vencida mais circunspecta em relação ao julgado do que ela ficaria caso a decisão fosse baseada em uma fundamentação mais sólida, o

¹⁸⁰ Neste sentido, Carrillo Salcedo determina: "The absence of any international authority superior to the state thus produces a series of legal consequences which shapes the actual physiognomy of international law. Two of these consequences, as Pierre-Marie Dupuy has stressed, are of prime importance: on the one hand, the absence of any objective determination of legality and, on the other, the haphazard nature of the consequences of breaching the law. In other words, the rule of law has in principle no binding force for individual states unless they desired it, or have at least recognized and accepted it; the result is that the existence of a rule never by itself entails its applicability in a specific case that sets two given states against each other"(1997, p. 585)

que certamente reduz a inclinação dos Estados em cumprir com tal sentença (SAUL, 2014).

De fato, Andrea Bianchi utiliza o exemplo da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para declarar que “uma das maiores ameaças impostas ao conceito do *jus cogens* é a tendência por alguns de seus apoiadores mais fervorosos de o ver em todos os lugares” (2008, p. 506, tradução nossa). Tal premissa, na verdade, é extensível a todas as instâncias nas quais se insiste em utilizar o *jus cogens* como uma carta de super-trunfo, cuja mera exposição sobre a mesa teria por efeito colocar por terra todas as demais normas “inferiores” consolidadas pelo direito internacional. Portanto, é possível partilhar da conclusão de Bianchi de que a dificuldade “em se confiar no caráter inderrogável das normas imperativas para atribuir-lhes o efeito de descartar outras normas de “baixa patente” do direito internacional se transformou em um fracasso total, onde a primazia do *jus cogens* risco de ser identificada com um instrumento retórico de utilidade duvidosa e pouco impacto prático” (BIANCHI, 2008, p. 501, tradução nossa).

CONCLUSÃO

Em 1928, James Brierly, professor de Oxford, iniciou seu curso na Academia de Haia criticando a tendência de certos juristas em descartar postulados tradicionais e buscar a construção de ficções jurídicas fundamentadas essencialmente sobre a tirania das frases-feitas. Segundo Brierly, qualquer um que estivesse em contato com a aplicação do direito internacional à prática diplomática “escuta a cada dia os homens de Estado reclamarem que os livros levam adiante doutrinas fantasiosas no lugar das regras jurídicas reais” (1928, p. 468, tradução nossa). Oitenta e seis anos passaram-se desde então e, a despeito das profundas transformações experimentadas pela sociedade internacional e pela disciplina do direito internacional em si, as palavras de Brierly não poderiam estar mais corretas em relação ao discurso da imperatividade do *jus cogens*, como será visto a partir da exposição das conclusões desta tese.

1. Iniciou-se este trabalho buscando-se estabelecer as origens das normas peremptórias no direito internacional e, neste sentido, evidenciou-se que, apesar da doutrina indicar uma longa trajetória da concepção de prevalência de certas normas no direito internacional, este percurso não foi linear ou consistente, baseando-se, ainda, em analogias questionáveis entre o direito interno e o direito internacional

2. A história legislativa do *jus cogens*, igualmente, deixou claro que as divergências, tanto entre os membros da Comissão de Direito Internacional quanto entre os representantes dos Estados, culminaram na positivação de um conceito tautológico (“uma norma de *jus cogens* é uma norma considerada como *jus cogens* pela comunidade de Estados como um todo), permeado por incertezas e desprovido de conteúdo normativo específico, pois a Comissão não esclareceu o processo de formação de tais normas, qual era exatamente o seu escopo, quais eram tais normas e como se daria sua operacionalização.

3. Ausentes tais definições, examinou-se em profundidade a dimensão normativa do conceito de *jus cogens*, procurando-se fundamentos que justificassem a sua imperatividade, como um conteúdo normativo próprio e devidamente

amparado pelo direito internacional. De início, não foi possível estabelecer qual era o fundamento teórico das normas peremptórias e, de fato, qualquer concepção apresentava evidentes falhas: os defensores da fundamentação no direito natural fracassam em esclarecer como tais normas surgiriam, como seriam identificadas e como seu conteúdo normativo seria definido, partindo ainda do pressuposto questionável de que haveria uma reta razão dos Estados que pudesse produzir valores de elevada transcendência se imporiam a todos, mesmo àqueles que com eles não concordam e; os partidários da concepção voluntarista não explicam como o *jus cogens* poderia atingir seus objetivos caso a discordância de um pequeno número de Estados fosse suficiente para impedir seu reconhecimento.

4. Da mesma maneira, não foi possível identificar uma fonte apta a produzir normas de *jus cogens*: inexistente qualquer articulação de um processo autônomo de formação de tais normas e, no tocante às fontes existentes, a) ao costume internacional falta uma prática consistente dos Estados e a operacionalização do “duplo consentimento” requerido pelas normas de *jus cogens* é irrealística; b) os tratados somente vinculam aqueles que deles são parte, sendo um meio inapto a produção de normas universais; c) os princípios gerais de direito têm caráter supletivo, buscando-se evitar o non-liquet e; d) as fontes não elencadas pelo art. 38 do Estatuto da CIJ também prescindem de universalidade.

5. No tocante às características inerentes às normas imperativas, constatou-se a inexistência de qualquer critério ou procedimento para averiguar quais normas não seriam passíveis de derrogação no direito internacional; Ademais, a possibilidade de modificação por norma ulterior de mesma natureza é praticamente impossível: um tratado que buscasse modificar uma norma de *jus cogens* deveria contar com esmagador consenso sobre a) o conteúdo da norma existente, b) o conteúdo a ser modificado e (c) o caráter peremptório desta norma pós-modificação; e uma alteração por costume internacional também parece inviável, pois demandaria verificar a existência dos requisitos da própria norma costumeira, *usus* e *opinio iuris*, tanto na norma a ser modificada quanto na norma “modificante” e, além disso, a prática estatal necessária para consolidar a nova norma seria, em si, uma violação à norma existente.

6. Inexistem, ainda, critérios para a identificação precisa das normas de *jus cogens* e, ademais, não é possível individualizar o conteúdo normativo de uma norma “imperativa”, discernindo, por exemplo, no que as proibições “*jus cogens*” ao genocídio, à tortura e aos crimes de agressão e contra a humanidade difeririam daquelas proibições às mesmas condutas já consagradas por normas costumeiras ou convencionais.

7. Identificadas as vulnerabilidades em relação à configuração das normas de *jus cogens*, a segunda parte deste trabalho dedicou-se a analisar a aplicação das mesmas no direito internacional, examinando tanto as consequências “consolidadas” pelo direito internacional quanto aquelas que carecem de previsão legal. No âmbito do direito dos tratados, verificou-se que as normas de *jus cogens* não são universais pois, pela regra do *pacta tertiis*, só vinculam os Estados que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e que não apuseram reservas aos artigos relacionados às normas peremptórias; em relação à aplicação temporal, a própria Convenção de Viena veda a aplicação retroativa do *jus cogens*, significando que normas consagradas antes da entrada em vigor da Convenção, como a proibição ao genocídio, não são imperativas; a diferença entre os regimes jurídicos do *jus cogens* e do *jus cogens* superveniente são incongruentes, e não há como se precisar o momento de surgimento de tais normas; ademais, a Convenção não contempla a nulidade de um tratado que conflite, no momento de sua execução, com uma norma de *jus cogens*; finalmente, o regime da separabilidade das cláusulas do tratado é impreciso e dúbio.

8. O regime da responsabilidade internacional do Estado por violação às normas de *jus cogens* não identifica as condutas que ensejariam tal responsabilização e não prevê qualquer procedimento de verificação da violação, não trazendo, da mesma maneira, qualquer sanção específica para o Estado violador. Em relação às obrigações impostas aos demais Estados, o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado não diz quais mecanismos deveriam ser utilizados para a cooperação, e nem como ela teria efeito. No que diz respeito à possibilidade de se invocar a violação, há confusão entre as noções de normas peremptórias e obrigações *erga omnes*, e as regras de admissibilidade da demanda impõe requisitos de improvável cumprimento no caso de violações

massivas às normas de *jus cogens*, como exaustão dos remédios locais e nacionalidade das vítimas. Finalmente, o Projeto não contempla nenhuma medida coercitiva no caso de tais violações.

9. Em relação às consequências controversas das normas de *jus cogens*, analisou-se se a violação a uma norma de *jus cogens* possibilitaria o exercício jurisdicional de uma corte doméstica ou estrangeira além dos parâmetros tradicionais, constatando-se que a) ou a corte em questão não precisava recorrer ao *jus cogens* para justificar sua jurisdição, bastando utilizar normas costumeiras ou convencionais ou b) a Corte Internacional de Justiça continuou subordinando o exercício de jurisdição ao consentimento dos Estados ou aos limites consolidados pelo Direito Internacional.

10. Finalmente, constatou-se que a assunção de que as normas de *jus cogens* são hierarquicamente superiores às demais normas do direito internacional baseia-se em um raciocínio falacioso que deduz que a inderrogabilidade de uma norma acarreta necessariamente sua superioridade normativa, fazendo-se, ainda, uma analogia temerária entre a ordem jurídica internacional e as ordens nacionais. Ademais, verificou-se que a alegada superioridade hierárquica das normas de *jus cogens* não é suficiente para significar uma renúncia implícita à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e nem para “sobrepor-se” sobre tal norma costumeira, seja por incongruências temporais ou por ausência de especificação do conteúdo de tais normas.

Diante do exposto, é possível concluir que, no atual estágio de desenvolvimento institucional da sociedade internacional, em uma ordem descentralizada, horizontal, na qual inexistem mecanismos compulsórios de resolução de controvérsias e na qual a efetividade do direito depende do consentimento dos Estados, existem sérias razões para se questionar o discurso imperativo das normas de *jus cogens*. Como Brierly ressaltava, com propriedade,

Sabemos que as ordens da lei que nos são endereçadas sob a forma imperativa, e não sob a forma de um apelo de consciência. Mas isto significa apenas que o dever de obediência à uma regra jurídica particular é absoluto dentro do sistema de direito ao qual ela pertence; ela não pode ter um caráter obrigatório mais elevado do que aquele que possui o sistema do qual ela tira sua força obrigatória (BRIERLY, 1928, p. 549, tradução nossa)

Assim, não só a construção teórica das normas de *jus cogens* carece de substância, fundamentação, conteúdo e coerência como, além disso, esperar que tais normas estejam acima da vontade dos Estados significa atribuir-lhe mais força do que possui o próprio sistema do qual elas se originam. A imperatividade atribuída às normas de *jus cogens* se sustenta sobre a frágil base do idealismo, das frases-feitas e dos raciocínios reducionistas. Contudo, apesar de aparentemente desoladora, tal constatação tem um propósito.

Não se busca, neste trabalho, desencorajar a luta pela defesa, salvaguarda e promoção dos valores mais caros à sociedade internacional, mas sim evidenciar as lacunas teóricas a serem supridas ao longo desta trajetória. Mais uma vez, Brierly notava, há oitenta e seis anos atrás, que não é provável que uma simples reforma da teoria do direito possa ter um efeito imediato ou apreciável sobre os métodos empregados pelos homens de Estado na condução das relações internacionais, mas os juristas podem, ao menos, velar para que a predominância de teorias falsas nas relações internacionais não entrave o aprimoramento dos métodos que servem à sua condução (1928). Que não sejam necessários mais oitenta e seis anos (e 196 páginas dolorosamente sacrificadas) para que se busque a construção de um direito internacional pautado por pressupostos sólidos, coerentes e claros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLO-GALVIS, Ricardo. Introducción al Studio de las Normas de Jus Cogens en el Seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. *Vniversitas*, Bogotá, v. 123, p. 75-124, jul-dec 2011.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E., CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGO, Roberto. Le Délit International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, t. 68, p. 415-554, 1939.

ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v.172, p. 219-270, 1981.

ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international: Introduction, théories générales*. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1929.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 137, 1972.

ARROYO, Diego Fernández. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

BATENKAS, Ilias. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No. 137/1997. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 92, n. 4, p. 765-768, out. 1998.

BARBOSA, Rui. *Os Conceitos Modernos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1916.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. International Crimes: *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74.

BAXTER, Richard. Treaties and Custom. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 129, p. 25-105, 1970

BELSKY, Adam; MERVA, Mark; ROHT-ARRIANZA, Naomi. Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. *California Law Review*, v. 77, 1989.

BEVILACQUA, Clovis. *Direito Internacional Público – A síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*, Tomo I, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1939.

BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 19, n. 3, p. 391-508, 2008.

BLACK DICTIONARY OF INTERNATIONAL LAW. Definition of “DEROGATION”. Disponível em: <<http://thelawdictionary.org/derogation/>>. Acesso em: 24.09.2014.

BRIERLY, James Lesley. Le Fondement du Caractère Obligatoire du Droit International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 23, p. 463-552, 1928.

BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. Amsterdã: Martinus Nijhoff, 1997.

BROWN, Chris, NARDIN, Terry, RENGGER, Nicholas. *International Relations in Political Thought: Texts from the Ancient Greeks to the First World War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

BROWNLIE, IAN. *Principles of international public law*. Londres: Oxford, 2008.

BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules. *Nordic Journal of International*. Copenhagen, v. 66, n. 2, p. 211-239, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 317, p. 11-283, 2005.

CARVALHO RAMOS, André de. Comentários ao artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011. p. 455-469.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 8, p. 583-595, 1997.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford Press, 2005.

_____. For an Enhanced Role of Jus Cogens. In: *Realizing Utopia – The Future of International Law*. 1. Edition. Oxford: Oxford University Press; 2012. p. 158-171.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *1950 Yearbook of the International Law Commission. Summary Records of the second session - 5 June - 29 July 1950*, v. II. New York: United Nations Press, 1950.

_____. *1953 Yearbook of the International Law Commission. Summary records of the fifth session - 1 June - 14 August 1953*, v. I. New York: United Nations Press, 1953

_____. *1953 Yearbook of the International Law Commission. Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly*, v. II. New York: United Nations Press, 1953

_____. *1958 Yearbook of the International Law Commission. Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly*, v. II. New York: United Nations Press, 1958

_____. *1963 Yearbook of the International Law Commission. Summary records of the fifteenth session-6 May—12 July 1963*, v. I. New York: United Nations Press, 1963

_____. *1963 Yearbook of the International Law Commission. Documents of the fifteenth session including the report of the Commission to the General Assembly*, v. II. New York: United Nations Press, 1963

_____. *1966 Yearbook of the International Law Commission. Summary records of the second part of the seventeenth session - 3 - 28 January 1966*, v. I. New York: United Nations Press, 1966

_____. *1966 Yearbook of the International Law Commission. Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly*, v. II. New York: United Nations Press, 1966

CORREIA BAPTISTA, Eduardo. *Ius Cogens em Direito Internacional*. 1. Edição. Lisboa: Lex; 1997.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Al-Adsani v. United Kingdom*. 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{"itemid":\["001-59885"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{)> Acesso em 14.09.2014

_____. *Jones and Others v. United Kingdom*. 2014. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140005#{"itemid":\["001-140005"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140005#{)> Acesso em 12.09.2014

_____. *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*. 2002. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/CaseLaw/HUDOC/HUDOC+database/>>. Acesso em: 14.09.2014.

_____. *Stiching Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*. 2013. Disponível em: <

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4>>. Acesso em: 12.07.2013.

_____. *Armed Activities in the Territory of Congo: Democratic Republic of Congo v. Rwanda*. 2001. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=19&case=126&code=crw&p3=4>> Acesso em 14.09.2014

_____. *Arrest Warrant: Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. 2000. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>>. Acesso em: 14.09.2014.

_____. *Jurisdictional Immunities of the State: Germany v. Italy*. 2008. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>>. Acesso em: 14.09.2014.

_____. *Obligation to Extradite or Prosecute: Belgium v. Senegal*. 2009. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bs&case=144&k=5e&p3=0>> Acesso em 14.09.2014

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia: Germany v. Poland*, 1926. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>> . Acesso em 12.07.2013

_____. *Oscar Chinn: Britain v. Belgium*. 1934. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a-b.php?p1=9&p2=3>>. Acesso em 12.07.2013

CHRISTENSON, Gordon. Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville ,v. 28, p. 583-648, 1988.

CRIDDLE, Evan; FOX-DECENT, Evan. A Fiduciary Theory of Jus Cogens. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 34, p. 331-387, 2009.

D'AMATO. It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens. *Connecticut Journal of International Law*, v. 06, n. 1, p. 01-06, 1990.

DANILENKO, Gennadiï Mikhaïlovich. *Law-Making in the International Community*. Amsterdam: Martinus Nijhoff, 1993.

DE SENA, Pasquale, VITUCCI, Maria Chiara. The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 20, p. 193-228, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DJUVARA, Mircea. Le Fondement de L'Ordre Juridique Positif en Droit International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 64, p. 479-603, 1938.

DONOVAN, Donald; ROBERTS, Anthea. The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 100, n. 1, p. 142-163, jan. 2006.

DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. Article 64. Emergence of a new peremptory norm of general international law (“*jus cogens*”). In: *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*. Disponível em <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-19291-3_67#page-1> . Acesso em 14.07.2012.

DUPUY, Pierre-Marie. L'Unité de L'Ordre Juridique International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 307, p. 09-458, 2000

_____. *Droit international public*. 9. édition. Paris: Dalloz; 2008.

_____. The Deficiencies of the Law of State Responsibility Relating to Breaches of ‘Obligations Owed to the International Community as a Whole’: Suggestions for Avoiding the Obsolescence of Aggravated Responsibility. In: *Realizing Utopia – The Future of International Law*. 1. Edition. Oxford: Oxford University Press; 2012. p. 210-226.

ELIAS, Taslim. Problems Concerning the Validity of Treaties. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 134, p. 335-416, 1971.

EMBERLAND, Marius. McElhinney v. Ireland App. No. 31253/96; Al-Adsani v. United Kingdom App. No. 35763/97; Fogarty v. United Kingdom App. No. 37112/97. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 96, n. 3, p. 699-705, jul. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals. District of Columbia Circuit. *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 1992. Disponível em: <<http://openjurist.org/998/f2d/1/princz-v-federal-republic-of-germany>>. Acesso em 12.05.2008.

_____. *U.S. 9th Circuit Court of Appeals: Sideman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992). Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/sideman.html>>. Acesso em 12.05.2008.

MADRUGA FILHO, Antenor. A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FONTOURA, José Augusto. Comentários ao artigo 1º. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011. p. 3-5.

_____. Comentários ao artigo 2º. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011. p. 07-17

FOCARELLI, Carlo. The Ferrini Decision. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, p. 951-958, 2005.

GAJA, Giorgio. Jus Cogens Beyond the Vienna Convention. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v. 174, p. 275-316, 1981.

GAUDREAU, Julie. Immunité de l'État et violation des droits de la personne: une approche jurisprudentielle. Paris: HEI, 2005.

GATTINI, Andrea. A Return Ticket to 'Communitarisme', Please. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 13, n. 5, p. 1181-1199, 2002.

GAVOUNELI, Maria. War reparation claims and state immunity. *Révue Hélienique de Droit International*, v. 50, p. 595-604, 1997.

GENTILI, Alberico. *O direito da guerra*. Ijuí: Unijuí, 2005.

GLENNON, Michael. De l'absurdité du droit impératif (jus cogens). *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 110, p. 529-537, 2007

GREENWOOD, Christopher. International Humanitarian Law and the Tadic Case. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 07, p. 265-283, 1996

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz - Vol. 1 - 2ª Ed.* Ijuí: Unijuí: 2005

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Le Ius Cogens International: sa Genèse, sa Nature, Ses Fonctions. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia v. 172, p..17-217, 1981

HAFNER-BURTON, Emilie, HELFER, Laurence R. FARISS, Christopher J. Emergency and Escape: Explaining Why States Derogate from Human Rights Treaties. *International Organization*, v. 65, p. 673-707, 2011.

HAIMBAUGH, George. Jus Cogens: Root & Branch (An Inventory). *Touro Law Review*, New York, v. 203, p. 203-226, 1987

HALLECK, Henry Wager. *International law: or, Rules regulating the intercourse of states in peace and war*. New York: D. Van Nostran, 1861.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Hegel's Philosophy of Right*. London: G Bell, 1896.

HILL, Hamner. A functional taxonomy of normative conflict. *Law and Philosophy*, The Hague, v.6, p. 227-247

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IOVANE, Massimo. The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights. In: THE ITALIAN yearbook of international law, 2004. Amsterdã: Martinus Nijhoff, 2005. p. 165-193.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. A Evolução da Jurisprudência Brasileira no Tema Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro. In: SEMINÁRIOS DE DIREITO INTERNACIONAL E A JURISPRUDÊNCIA PPGD/UFRGS. Porto Alegre, 2008.

JANIS, Mark. The Nature of Jus Cogens. *Connecticut Journal of International Law*, Hartford, v. 3, p. 359-363, 1988

KADELBACH, Stefan. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *The Fundamental Rules of International Legal Order – Jus Cogens and Erga Omnes Obligations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 21-41.

KARAGIANNAKIS, Magdalini. State Immunity and Fundamental Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, Holanda, v. 11, p. 9-43, 1998.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional Público*. Ijuí: Unijuí, 2010.

KOLB, Robert. The formal source of *ius cogens* in public international law. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienna, vol. 53, p. 69-105, 1998

LAUTERPACHT, Hersch. The Grotian Tradition in International Law. *British Yearbook of International Law*. Londres, v. 23, p. 05-45, 1946.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

LINDERFALK, Ulf. The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? *The European Journal of International Law*, Florença, v. 18, p. 853-871, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais – Jurisdição e Competência*. São Paulo : Editora Saraiva, 2013.

MOLL, Leandro de Oliveira. Case Note: *Al-Adsani v United Kingdom - State Immunity and Denial of Justice with respect to Violations of Fundamental Human Rights*. *Melbourne Journal of International Law*, 2003. Disponível em: <[http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003\(2\)/08Moll.pdf](http://mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2003(2)/08Moll.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2008.

MONACO, Ricardo. Observations sur la hiérarchie des norms du droit international. *Mélanges Mosler*, p. 599-615, 1983.

NASSER, Salem. Comentários ao Preâmbulo. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011, p. XX-XXIII

OLÍVAR JIMENEZ, Martha Lucía. *Lições de Direito Internacional Público I*. Porto Alegre: UFRGS, 2005 (Comunicação Oral)

_____. *Lições de Direito Internacional Público II*. Porto Alegre: UFRGS, 2006 (Comunicação Oral)

ONUF, N.G BIRNEY, Richard. Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 4, p. 187-198, 1974.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conference on the Law of Treaties -First session 26 March – 24 May 1968, 55th meeting of the Committee of the Whole*. New York: United Nations Press, 1968.

_____. *Conference on the Law of Treaties- Second Session May 1968 and 9 April-22 May 1969, v. I e v. II*. New York: United Nations Press, 1969.

_____. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. New York: United Nations Press, 2001

PARKER, Karen, NEYLON, Lyn Beth. *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 12, p. 411-441, 1989.

PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!*. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 10, p. 425-434, 1999.

PETSCHE, Markus. *Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order*. *Penn State International Law Review*, v. 29, n. 2, p. 233-274, 2010.

PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

POSCH, Albert. *The Kadi Case: rethinking the relationship between EU Law and International Law*. *The Columbia Journal of European Law Online*. Disponível em <http://www.cjel.net/online/15_2-posch/> Acesso em 12.09.2018

QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alian. *Direito Internacional Público*. 2. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2003.

REDRESS ORGANIZATION. *The Impact of Al-Adsani*. Londres: The Redress Fund, 2002.

REIMANN, Mathias. *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity- Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*. *Michigan Journal of International Law*, St. Anne Arbor, MI, v. 16, p. 403-432, 1994.

RIESENFELD, Stefan. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court*. *The American Journal of International Law*. Washington DC, v. 60, p. 511-522, 1966.

SAUL, Matthew. *Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges*. *Asian Journal of International Law*, p. 1-29, 2014.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema do direito romano atual*. Ijuí: Unijuí, 2004.

SCHEUNER, Ulrich. Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences. *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 27, p. 511-532, 1969.

SCHWARZENBERGER, Georg. International Jus Cogens? *Texas Law Review*, v. 43, p. 455-478, 1964.

SCHWELB, Egon. Some Aspects of International Jus Cogens. *The American Journal of International Law*. Washington DC, v. 61, p. 946-973, 1967.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 4. Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SHELTON, Dinah. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 100, n. 2, p. 291-323, April 2006.

SINCLAIR, Sir Ian. Vienna Convention and the Law of the Treaties (Melland Schill Lecture). Manchester: Manchester University Press; 1973.

SZTUCKI, Jerzi. Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. New York: Springer-Verlag, 1974.

TEXTOR, Johann Wolfgang. *Synopsis Juris Gentium*. Washington D.C: Carnegie Institute, 1916.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

TICEHURST, Rupert. *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*. International Review of the Red Cross. Disponível em <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>> Acesso em 12/07/2013.

TOMUSCHAT, Christian. International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia, v.281, p. 10-417, 1999.

TRIBUNAL PENAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Tadic*, 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/7537>> Acesso em 14.09.2014

_____. *Prosecutor v. Anto Furundzija*, 1998. Disponível em <<http://www.icty.org/case/furundzija/4>> Acesso em 14.09.2014

TUNKIN, Grigory. Jus Cogens in Contemporary International Law. *Toledo Law Review*, n. 3, p. 107-120, 1971.

TURPEL, Mary Ellen; SANDS, Philippe. Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions. *Connecticut Journal of International Law*. Hartford, v. 3, p. 364-382.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça da. Caso Kadi e Al- Barakaat Foundation, 2008. Disponível em :< http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/05c402_en.pdf> Acesso em 14.09.2014

VAN HOOFF, Godefridus. *Rethinking the Sources of International Law*. Boston: Deventer: 1983.

Vattel, Emmerich de. *O Direito das Gentes ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes*. 1. Edição. Ijuí: Editora Unijuí; 2008.

VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties". *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 31, n. 4, p. 571-577, out. 1937.

_____. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 60, n. 1, p. 55-63, jan. 1966.

VICENCI FERNANDES, Camila. Reflexões sobre o Caso Hissène Habré e a Obrigação de Extraditar ou Processar. 2012, Disponível em <http://www.academia.edu/5731060/REFLEXOES_SOBRE_O_CASO_HISSENE_HABRE_E_A_OBRIGACAO_DE_EXTRADITAR_OU_PROCESSAR> Acesso em 12.09.2014

_____. 3rd Report On Effectiveness of Human Rights. Università degli Studi di Milano, 2013 (não publicado)

VIRALLY, Michel. Réflexions sur le "jus cogens". *Annuaire français de droit international* , v. 12, p.05-29, 1966.

VON MARTENS, Georg Friedrich. *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*. Paris: Guillaumin et Cie ; 1864.

WANDERLEY JR, Bruno. Comentários ao artigo 4º. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011. p. 21-24.

_____. Comentários ao artigo 28. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011. p. 199-204.

WEISBURD, Arthur. The Emptiness of the Concept of Jus Cogens as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina. *Michigan Journal of International Law*, v. 17., p. 01-51, 1996.

WESSEL, Ramses A. The Kadi Case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law? *International Organizations Law Review* 5, 2008 p. 323–327.

WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law. *The American Journal of International Law*. Washington DC, v. 77, p. 413-442, 1937

WHITEMAN, Marjorie. Jus Cogens in International Law, with a Projected List. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Georgia, v. 07, p. 609-632, 1977.

WYLER, Eric. From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law' *The European Journal of International Law*, Florença, v. 13, n. 5, p. 1147-1160, 2002.

YAMADA, Takuhei. State of Necessity in International Law: a Study of International Judicial Cases, 2005.

Disponível em <<http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf>>
Acesso em 12.07.2013

ZANINI-GODINHO, Thiago José. Comentários ao artigo 73. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito Dos Tratados - Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. 1. Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2011, p. 571-581.

ZGONEC-ROZEJ, Misa. Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission - European Court of Justice judgment on the European Community's enforcement of UN Security Council sanctions regulations. *The American Journal of International Law*, Washington DC, v. 103, n. 2, p. 305-311; 2009.

ZIMMERMANN, Andreas. Sovereign Immunity and the Violation of International Jus Cogens – Some Critical Remarks. *Michigan Journal of International Law*, St. Anne Arbor, MI, v. 16, p. 433-440, 1994.

Casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

| Caso | Data | Parágrafo | Assunto |
|---|------------|---------------------------|---|
| García y familiares v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 29.11.2012 | §96 §131 | Desaparecimento forçado |
| Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 20.11.2012 | §192 §232 | Desaparecimento forçado |
| Masacres de el mozote y lugares aledaños v. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas) | 25.10.2012 | § 147 | Integridade pessoal |
| Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana (Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.10.2012 | §225 | Igualdade e não discriminação |
| González Medina y familiares v. República Dominicana (Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas) | 27.02.2012 | §130 | Desaparecimento forçado |
| Atala Riffo y niñas v. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.02.2012 | §79 | Igualdade e não discriminação |
| Familia Barrios v. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.11.2011 | §50 | Tortura/Integridade Pessoal |
| Fleury y otros v. Haití (Fondo y Reparaciones) | 23.11.2011 | §70 | Tortura |
| Contreras y otros v. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas) | 31.08.2011 | §83 | Desaparecimento forçado |
| Torres Millacura y otros v. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas) | 26.08.2011 | §84 §96 | Tortura/integridade pessoal |
| Gelman v. Uruguay (Fondo y Reparaciones) | 24.02.2011 | §75 §99 §83 §223 | Desaparecimento forçado |
| Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. | 24.11.2010 | §105 §137 §169 | Desaparecimento forçado Ler voto do juiz ad-hoc Roberto Caldas |

| | | | |
|---|------------|----------------|--|
| Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | | §3 §18 ss. | |
| Vélez Loor v. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 23.11.2010 | §248 | Igualdade e não discriminação |
| Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas) | 01.09.2010 | §61 §197 | Desaparecimento forçado |
| Comunidad indígena Xakmok Kásek v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.08.2010 | §269 | Igualdade e não discriminação |
| Manuel Cepeda Vargas v. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 26.05.2010 | §42 §2 | Crime contra a humanidade |
| Chitay Nech y otros v. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 25.05.2010 | §86 §193 | Desaparecimento forçado |
| Masacre de las dos Erres v. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.11.2009 | §140 §1 (c) | Tortura/Integridade pessoal/violência sexual. |
| Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 23.11.2009 | §139 | Desaparecimento forçado |
| González y otras (“Campo Algodonero”) v. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 16.11.2009 | §15-16 | Tortura (Voto concorrente – Juíza Cecilia Medina Quiroga) |
| Costa Cadogan v. Barbados (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.09.2009 | §38 §5 | “Pena de morte” ¹ → Argumento da parte → Inserir a abolição da pena de morte no marco do jus cogens como no caso de tortura (Voto fundamentado Juiz Sergio Ramirez. |
| Anzualdo Castro v. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, | 22.09.2009 | §59 | Desaparecimento forçado |

¹ A CrIDH não interpretou como norma de jus cogens o caso.

| | | | |
|--|------------|---|--|
| Reparaciones y Costas) | | | |
| Tiu Tujín v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 26.11.2008 | §91 INT. § D | Desaparecimento forçado |
| Bayarri v. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) | 30.10.2008 | §81 | Tortura |
| Penal Miguel Castro Castro v. Perú (Interpretación de la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas) | | §4 §13 §79 §131 §144ss | → Opinião separada Juiz Caçado Trindade: - Acesso direto à Justiça (Nacional e Internacional) como imperativo de Jus Cogens |
| Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro e otros) v. Perú (Solicitud de interpretación de la sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 30.11.2007 | §5 ss | → Voto disidente do Juiz Caçado Trindade: - Acesso à Justiça (ampliação do conteúdo material do jus cogens) |
| Bueno Alves v. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas) | 11.05.2007 | §76 | Tortura |
| Masacre de La Rochela v. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas) | 11.05.2007 | §132 | Tortura |
| La Cantuta v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas) | 29.11.2006 | §157 §160 §225 §1 §31 ss. | Desaparecimento forçado → Ler Opinião separada A.A.C.T |
| Penal Miguel Castro Castro v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas) | 25.11.2006 | §203 §271 §402 §404 §57-58 §71 | Tortura |
| Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.11.2006 | §4 | → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Almonacid Arellano y otros v. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 26.09.2006 | §99 §153 §1 ss. | Crime de lesa-humanidade → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça (leis de anistia) |
| Servellón García y otros v. Honduras | 21.09.2006 | §94 §97 | Igualdade e não discriminação/Integridade pessoal/Tortura |

| | | | |
|--|------------|----------------------------|--|
| | | §1 §13 §34 | → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Ximenes Lopes v. Brasil | 04.07.2006 | §126 | Integridade pessoal/Tortura → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Masacres de Ituango v. Colombia | 01.07.2006 | §47 | → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Baldeón García v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas) | 06.04.2006 | §117 §1 ss. | Tortura → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas) | 29.03.2006 | §35 e 36 | → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| López Álvarez v. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas) | 01.02.2006 | §158 §2 §53 e 54 | Igualdade e não discriminação → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| Masacre de Pueblo Bello v. Colombia | 31.01.2006 | §8 §13 §63 ss. | → Opinião separada A.A.C.T: - Acesso à Justiça |
| "Masacre de Mapiripán" v. Colombia | 15.09.2005 | §115 §178 §25 ss | Igualdade e não discriminação |
| Raxcacó Reyes v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 15.09.2005 | §22 | → Opinião separada Sergio Ramirez: - Inserir a abolição da pena de morte no marco do jus cogens como no caso de tortura |
| Acosta Calderón v. Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas) | 24.06.2005 | §3 ss. | → Opinião separada A.A.C.T: - Igualdade e não discriminação |
| Yatama v. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 23.06.2005 | §184 §6 ss. | Igualdade e não discriminação |
| Fermín Ramírez v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 20.06.2005 | §117 | Tortura |
| Caesar v. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas) | 11.03.2005 | §100 §12 ss. §86 ss. | Integridade pessoal |
| Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador (Excepciones Preliminares) | 23.11.2004 | §56 §2 ss. | → Voto dissidente A.A.C.T: - Convergência entre o direito humanitário e os direitos humanos |
| Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala | 19.11.2004 | §5 | → Opinião separada A.A.C.T: -Integridade pessoal/Tortura |

| | | | |
|---|------------|--------------------------------------|---|
| (Reparaciones) | | | |
| Tibi v. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) | 07.09.2004 | §143 §23 ss. | Tortura → Opinião separada A.A.C.T |
| Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas) | 08.07.2004 | §76 §112 §128 §1 §37 ss. | Tortura → Opinião separada A.A.C.T: - Jus Cogens e a responsabilidade agravada do Estado |
| Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala (Fondo) | 29.04.2004 | §1 ss. | → Opinião separada A.A.C.T (Ler voto) ² |
| Maritza Urrutia v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 27.11.2003 | §92 §1 ss. | Tortura |
| Myrna Mack Chang v. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) | 25.11.2003 | §7 §27 ss. | Tortura → Opinião separada A.A.C.T |
| "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Reparaciones y Costas) | 26.05.2001 | §36 | → Opinião separada A.A.C.T |
| Barrios Altos v. Perú (Fondo) | 14.03.2001 | §10 e 11 §25 | → Opinião separada A.A.C.T: - Tortura - Leis de anistia - Cláusula Martens |
| Bámaca Velásquez v. Guatemala (Fondo) | 25.11.2000 | §27 §110 | → Opinião separada A.A.C.T: - Convergência entre o direito humanitário e direitos humanos → Opinião separada concorrente Sergio Ramírez: - Tortura |
| Las Palmeras v. Colombia (Excepciones Preliminares) | 04.02.2000 | §6 | → Opinião separada A.A.C.T: - Direito à vida |
| "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Fondo) | 19.11.1999 | §139 §2 | Violação ao direito à vida → Opinião separada conjunto A.A.C.T e Abreu Burelli - Direito à vida |
| Blake v. Guatemala (Reparaciones y Costas) | 22.01.1999 | §31 ss. | → Opinião separada A.A.C.T: - Desaparecimento forçado |
| Blake v. Guatemala (Fondo) | 24.01.1998 | §3 §15 ss. | → Opinião separada A.A.C.T: - Desaparecimento forçado/Tortura |
| Blake v. Guatemala (Excepciones Preliminares) | 02.07.1996 | §11 §14 | → Opinião separada A.A.C.T |

² "El propio concepto de jus cogens, en mi entender, trasciende el ámbito tanto del derecho de los tratados".

Casos do Tribunal Penal Ad Hoc para a Ex-Iugoslávia

| Caso | Data | Parágrafo ou página | Assunto |
|---|------------|---------------------|---|
| Prosecutor v. Anto Furundzija | 10.12.1998 | §144 §153 e ss. | A proibição da tortura, segundo o tribunal, consiste em uma norma peremptória ou de <i>jus cogens</i> . sendo assim hierarquicamente superior ao direito derivado de tratados ou, ainda, de normas costumeiras "ordinárias". A consequência mais importante de tal status mais elevado seria a inderrogabilidade de tal proibição pelos Estados através de tratados ou costumes especiais ou locais ou até mesmo normas costumeiras ordinárias destituídas da mesma força normativa. No nível interestatal, essa proibição tem como função deslegitimar internacionalmente qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial autorizando a tortura. Sendo crimes internacionais condenados universalmente onde quer que ocorram, todo Estado tem o direito de processar e punir os autores de tais crimes. |
| Prosecutor v. Milan Simic | 17.10.2002 | §34 | Reiteração da proibição à tortura como norma de <i>jus cogens</i> . |
| Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (a.k.a. "Pavo"), Hazim Delic, Esad Landzo (a.k.a. "Zenga") Case No. IT-96-21-T | 16.11.1998 | | Reiteração da proibição à tortura como norma de <i>jus cogens</i> . |
| Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic (a.k.a. "Vlado") Case No. IT-95-16 | 14.01.2000 | 520 | A maior parte das normas de direito internacional humanitário adquiriram o status de <i>jus cogens</i> , i.e. normas inderrogáveis preponderantes. Reiteração de que a maior parte das normas de direito internacional humanitário, em especial as proibidoras de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, são também normas peremptórias de direito internacional ou <i>jus cogens</i> – i.e. de natureza inderrogável e preponderante |
| Prosecutor v. Zejnil Delali, Zdravko Muci (a.k.a. "Pavo"), Hazim Deli, Esad Landzo (a.k.a. "Zenga") | 16.11.1998 | 454 | Reiteração da proibição à tortura como norma de <i>jus cogens</i> . |
| Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic | 22.02.2001 | 466 | Reiteração da Proibição da Tortura como norma de <i>jus cogens</i> |
| Prosecutor v. | 27.03.2013 | 52 | Reiteração da Proibição da Tortura como |

| | | | |
|------------------------------------|------------|-----|---|
| Mičo Stanišić, Stojan Župljanin | | | norma de jus cogens |
| Public | | | |
| Prosecutor v. Radislav Krstic | 02.08.2001 | 541 | O tribunal considerou que, embora a Convenção contra o Genocídio tenha sido adotada durante o mesmo período em que o próprio termo “genocídio” foi cunhado, ela foi vista como codificadora de uma norma de direito internacional há muito reconhecida e cujo direito consuetudinário logo conduziria ao patamar de uma norma peremptória de direito internacional geral. |

Tabela Reservas

| PAÍS | RESERVAS |
|---------------------------|---|
| Alemanha | 66 |
| Argélia | 66 a |
| Armênia | 66 |
| Bélgica | 53, 64 e 66 (a) |
| Bulgária | 66 |
| Brasil | 66 |
| China | 66 |
| República Tcheca | 66 |
| Cuba | 66 |
| Dinamarca | 66 |
| Egito | Não se considera vinculado à parte V ou ao art. 66 sem reciprocidade |
| Eslováquia | 66 |
| Finlândia | 66 |
| Japão | Não se vincula ao art. 66 sem reciprocidade, e suas relações com a Tunísia não incluem os arts. 53 e 64 |
| Guatemala | 66 |
| Portugal | 66 |
| Rússia | 66 |
| Ucrânia | 66 |
| Arábia Saudita | 66 |
| Tunísia | 66 |
| Vietnã | 66 |
| Suécia | Não se vincula ao art. 66 sem reciprocidade e suas relações com a Tunísia não incluem os arts. 53 e 64 |
| Estados Unidos da América | Não se vincula ao art. 66 sem reciprocidade e suas relações com a Tunísia não incluem os arts. 53 e 64 |