

As normas de *jus cogens* e os direitos humanos

Antônio Celso Alves Pereira¹

Resumo

O *jus cogens* internacional, cujo conceito é bastante polêmico, suscita, conforme alguns autores, mais dúvidas do que certezas. Nesta perspectiva, devemos levar em conta que é relativamente recente a inclusão de normas imperativas no Direito Internacional Público, embora já antes da Segunda Guerra Mundial o tema fosse objeto de especial atenção de doutrinadores da importância de Verdross e George Scelle. Tal situação se deriva do fato de que vivemos hoje numa sociedade internacional marcadamente interdependente, integrada cultural e economicamente pela globalização de todas as atividades humanas e pelos sucessos das tecnologias da informação. Tais circunstâncias exigem, cada vez mais, a consagração de normas jurídicas internacionais que possam, de fato, por sua natureza imperativa proteger a comunidade internacional e, individualmente, a pessoa humana.

Palavras-chave: Direito internacional. Dignidade humana. *Jus cogens*.

Abstract

The international *jus cogens*, whose concept is quite controversial, raises, according to some authors, more questions than answers. Under this perspective, we should therefore consider that it is relatively recent the inclusion of mandatory rules in international law, but before the Second World War, the theme was the object of special scholars attention of the importance of Verdross and George Scelle. This situation stems from the fact that we live today in a markedly interdependent international society, culturally and economically integrated into the globalization of all human activities and the successes of information technology. These circumstances increasingly require the consecration of international legal standards that may, in fact, by its imperative nature to protect the international community and individually, the human person.

Keywords: International Law. Human Dignity. *Jus Cogens*.

Introdução

Um dos referenciais mais destacados na configuração da sociedade internacional contemporânea é determinado pelo reconhecimento de que, no âmbito dessa mesma sociedade, imperam valores fundamentais que consubstanciaríamos princípios de ordem pública internacional contra os quais não poderiam se opor os sujeitos de Direito Internacional, uma vez que esses valores se traduziriam em normas de hierarquia

¹ Professor de Direito Internacional da Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

superior, melhor dizendo, normas imperativas que se colocariam acima das normas chamadas dispositivas, e que limitariam a produção normativa dos Estados e das Organizações Internacionais, bem como as decisões judiciais e arbitrais emanadas de Tribunais Internacionais. “Em outras palavras”, explica Toru Yamamoto, “isso parece indicar uma mudança qualitativa no modo de ser do sistema jurídico internacional, na medida em que determinadas normas, ao argumento de sua imperatividade, passaram a se impor mais que as outras, tais quais as normas constitucionais, o que sinaliza a tendência hierarquizante, ainda que embrionária, do sistema jurídico internacional da atualidade”.²

Assim, o conjunto dessas normas comporia o *jus cogens* internacional, cujo conceito, como veremos adiante, é bastante polêmico, ao suscitar, conforme alguns autores, mais dúvidas do que certezas. Nesta perspectiva, devemos levar em conta que é relativamente recente a inclusão de normas imperativas no Direito Internacional Público, embora já antes da Segunda Guerra Mundial o tema fosse objeto de especial atenção de doutrinadores da importância de Verdross e George Scelle. Tal situação se deriva do fato de que vivemos hoje numa sociedade internacional marcadamente interdependente, integrada cultural e economicamente pela globalização de todas as atividades humanas e pelos sucessos das tecnologias da informação. Tais circunstâncias exigem, cada vez mais, a consagração de normas jurídicas internacionais que possam, de fato, por sua natureza imperativa proteger a comunidade internacional e, individualmente, a pessoa humana das “consequências do relativismo, do subjetivismo e do voluntarismo que a soberania estatal imprime na ordem internacional”.³

Em magnífico ensaio sobre o tema, Michel Virally⁴ sublinha que devemos, antes de mais nada, considerar que, apesar de inspirar-se no direito interno, no direito público conforme seu sentido romano, ou seja, um ordenamento que interessa à comunidade, nas noções de ordem pública e em preceitos oriundos do direito constitucional, o conceito de *jus cogens* em Direito Internacional deve ter como ponto de referência básica e essencial o próprio Direito Internacional. Quando aparece na ordem internacional, a norma imperativa apresenta características diferenciadas e específicas. Em razão disso, ou seja, por ser um conceito controverso, que implica em limitação à soberania estatal, e que é visto por vários autores como revolucionário, “não surpreende que para um certo número de internacionalistas seja difícil aceitar uma renovação tão radical no campo do pensamento e dos conceitos, e, da mesma forma, admitir, no terreno dos fatos, que as transformações políticas e sociológicas que afetaram sobremaneira a sociedade internacional nos últimos 20 anos tenham sido bastante profundas e irreversíveis a ponto de provocar uma mudança tão substancial no direito que a rege”.⁵

² Direito Internacional e Direito Interno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, págs. 171/172.

³ Salcedo, Juan Antonio Carrillo. El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991, pág. 173.

⁴ El devenir del derecho internacional. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 166.

⁵ Op. cit. pág. 165.

Normas cogentes em Direito Internacional

Antes de entrarmos na discussão sobre a natureza das normas internacionais classificadas como imperativas, cogentes⁶, ou de ordem pública, isto é, de normas gerais, que resultam de valores universais, aplicáveis a todos os sujeitos de Direito Internacional, acreditamos conveniente levantar algumas questões básicas sobre a hierarquia das fontes em Direito Internacional Público.⁷ A enumeração das fontes formais – os tratados ou convenções e o costume internacional – no texto do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não consagra a existência de uma hierarquia entre essas as fontes.⁸ Decorrente disso, precisamos considerar que as normas jurídicas internacionais e as fontes formais do direito internacional são categorias distintas. De acordo com a lição de Nguyen Quoc Dinh, por norma internacional entende-se o conteúdo, a substância de uma regra elaborada segundo as exigências intrínsecas de tal ou tal fonte formal. Contudo, uma mesma norma pode se originar de várias fontes diferentes. Assim, normas relativas à delimitação da plataforma continental, idênticas em substância, podem ter um fundamento convencional para determinados Estados e, para outros, um fundamento costumeiro. De forma inversa, uma mesma fonte pode dar origem a numerosas regras de conteúdo variado”.⁹

⁶ “No Direito Romano o termo *jus cogens* não era ainda utilizado com o sentido de Direito Imperativo, ou de Ordem Pública, empregando-se, antes, *Ius Publicum*. Assim, Papiniano afirma ‘*jus cogens privatorum pactis mutari non potest*’ (...) É na pandectística germânica que o termo surge. O primeiro autor a utilizá-lo terá sido Christian Gluk, em 1797”. Eduardo Correia Baptista. *Direito Internacional Público – Conceitos e Fontes*. Volume I, Lisboa: Editora Lex, 1998, pág. 133. Giordani, Mário Curtis, *Iniciação ao Direito Romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, págs. 97/100, esclarece: “... Papiniano (D.2. 14.38) usa a expressão *jus publicum* para indicar todas aquelas normas invariáveis, mesmo de direito privado, que em virtude do interesse público que encerram, não podem ser mudadas pelos pactos particulares. (...) Ulpiano (D. 50.17.45.1) emprega a expressão *jus publicum* quando diz que a convenção de particulares não derroga o direito público – *privatorum conventio juri publico non derogat*”. Por sua vez, Roberto Puceiro Ripol, professor da Universidad de la República – Uruguai –, escrevendo sobre a origem do *jus cogens* afirma o seguinte: “El origen de la expresión *jus cogens* y su concepto, surgen muy esfumados de entre la historia del Derecho, y es su evolución a través del tiempo la que les va dando cuerpo y contenido en las distintas ramas de la Ciencia Jurídica. La noción en sí ya estaba contenida en el Derecho Romano; fue acogida por los preceptos cristianos y el Derecho Canónico y posteriormente transmutada en el ‘Derecho de Gentes necesario’ de la escuela clásica Del Derecho natural. Desde que este Derecho no está sujeto a cambios y las obligaciones que impone son necesarias y indispensables, las naciones no pueden alteralas por convenio individual ni eximirse mutuamente de ellas”. *Las Normas de Jus Cogens fenómeno exclusivamente universal o tambien regional?* In *Curso de Derecho Internacional – XXVII*, 2000. Comit Jurídico Interamericano. Secretaria General de la OEA: Washington, D.C. 2000, pág. 380.

⁷ “Muchos autores consideran las expresiones orden público internacional y ley imperativa como sinónimos, pero también se ha dicho (por Ganshof van der Meesch, citado por É. Suy en Lagonissi Papers, pág. 19), que el objeto de la ley imperativa no se refiere necesariamente al orden público. Por otra parte, toda ley de orden público es impertiva por naturaleza.” Cf. *Manual de la Terminología de Derecho Internacional (Derecho de la Paz) y de las Organizaciones Internacionales*. Ginebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1993, pág. 9.

⁸ “Le principe est que, pour les sources, il n’existe pas de hiérarchie en droit international. (...) L’article 38 du Statut de la C. I. J. s’abstient de toute allusion à une quelconque hiérarchie entre les sources énumérées. Il n’est pas possible de poser, en postulat général, que les traités l’emportent nécessairement sur le coutume ou inversement”. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet. *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1994, pág. 114.

⁹ Para um estudo aprofundado desta questão, consultar o citado autor, págs. 114/120.

Tratado e costume estão, portanto, no mesmo grau hierárquico.¹⁰ Contudo, em determinadas situações, precisamos observar a questão cronológica no aparecimento da norma. Nesta perspectiva, uma norma convencional posterior derroga um costume anterior e um costume posterior derroga uma norma convencional anterior, se tais normas têm o mesmo âmbito de validade, pois uma convenção de alcance universal não poderá ser revogada por um costume particular e nem um costume de Direito Internacional comum pode ser revogado por normas convencionais de natureza particular.¹¹ Não está no propósito deste trabalho discutir, com profundidade, a questão da hierarquia das fontes. Interessa-nos as questões relativas às normas de *jus cogens*. Porém, considerando ainda os princípios consubstanciados nas regras *lex posterior* e *lex specialis*, julgamos oportuno registrar a lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros.

“O tratado pode cair em desuso, sendo revogado, portanto, pelo costume; e o costume, se não for regra cogente, pode ser derrogado por tratado celebrado por todos os Estados vinculados pela *opinio iuris* em relação à prática que gerou aquele costume. Todavia, em termos práticos aquela igualdade de grau hierárquico fica limitada. De fato, e pelo que deixamos dito, o costume universal a menos que incorpore regra inderrogável (Art. 38º CV), só poderia ser revogado pelo tratado em que interviessem todos os sujeitos vinculados, o que na prática se tem mostrado ser irrealizável. Isto, contudo, não impede que esse costume, se não for *jus cogens*, possa ser revogado inter partes pela celebração de um tratado entre dois ou mais Estados. Todavia, o costume continuará

¹⁰ Esta não é uma tese pacífica. Pelo contrário, bastante controversa. Para alguns doutrinadores existe uma hierarquia entre as fontes do DIP. Eduardo Correia Batista (Direito Internacional Público – Conceitos e Fontes. V. I – Lisboa: Editora Lex, 1998, págs. 68/146), professor da Universidade de Lisboa, colocando o costume no topo das fontes, registra: “Existe uma difundida tese que afirma não existir qualquer hierarquia entre as Fontes em DIP; para os seus defensores, Tratado e Costume encontram-se no mesmo plano hierárquico podendo as suas normas revogar-se mutuamente. Por isso mesmo, entendem que existe, sim, uma simples hierarquia de normas invocando, nomeadamente o *Jus Cogens*. Não se pode concordar com esta tese. Pensa-se, pelo contrário, que existe uma hierarquia de Fontes”. Ver, também, a opinião do mesmo autor sobre o conceito de ordem pública em DIP às págs. 130/139. Em posição contrária, isto é, afirmando a não existência de hierarquia entre as fontes formais, Nguyen Quoc Dinh, op. cit. pág. 115. afirma: “Que les sources formelles ne soient pas hiérarchisées n’oblige pas à considérer qu’il n’existe pas de hiérarchie entre les normes juridiques. Cette hiérarchie ne pourra évidemment pas être déduite du fondement de ces normes, puisqu’il s’agit de sources formelles. Mais elle peut être impliquée par d’autres caractéristiques: le degré relatif de généralité des règles en cause, leur position chronologique, par exemple. Le seul cas où l’on peut parler, faire application du principe hiérarchique est celui d’un conflit entre une norme ‘impérative’ (*jus cogens*) et une norme conventionnelle ou coutumière”. Sobre o mesmo assunto, referindo-se ao Artigo 38 do Estatuto da CIJ, ensina Hildebrando Accioly: “Nessa enumeração de fontes, os redatores do Estatuto não tiveram em vista o estabelecimento de uma ordem hierárquica, que marcasse, por exemplo, a superioridade das convenções sobre o costume e deste sobre os princípios gerais de Direito. Aliás, se se deve adotar uma ordem de precedência entre as ditas fontes, o lugar primacial caberá aos princípios gerais de Direito, porque estes são a base do Direito Positivo, cujas regras, segundo Verdross, são apenas a cristalização e a concretização dos ditos princípios”. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Saraiva, 1975, pág. 5.

Ver também Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, págs. 191/198.

¹¹ Consulte-se Verdross, Alfred. Derecho Internacional Publico. Madrid: Aguilar S. A. Ediciones, 1963, págs. 100/103.

em vigor para os Estados que não celebraram o tratado, e nas relações entre esses e os que celebraram.

Como se vê, na prática, a força do costume é superior à do tratado, pois este nem sempre pode revogar aquele. Os costumes e os tratados universais ou parauniversais prevalecerão, como é óbvio, sobre os costumes e tratados regionais, e estes sobre os costumes e tratados bilaterais”.¹²

Portanto, como princípio geral, não existe hierarquia entre as fontes formais, o que não quer dizer que não exista hierarquia entre normas jurídicas internacionais.

Afirmam alguns autores – ensina Verdross – que, em princípio, todas as normas do Direito Internacional Público são dispositivas. Disso podemos deduzir, em síntese, que dois Estados podem acordar entre si determinada matéria do interesse de ambos, contrariando o Direito Internacional Comum ou Universal, na medida em que não afete os direitos de terceiros Estados. Contudo, existem outras normas de Direito Internacional Universal que os Estados não podem, mesmo sendo do seu exclusivo interesse, acordar sua alteração. Exemplificando, o mestre da Escola Austríaca aponta a situação em que dois Estados-membros da ONU não podem deixar de observar entre si os princípios do Artigo 2º da Carta, porque as obrigações ali fixadas são absolutas. O mesmo se poder dizer de tratados imorais, como os que tivessem como objeto o tráfico de escravos. Em razão disso, diante de cada norma, é preciso averiguar sua natureza, isto é, se ela é dispositiva (*jus dispositivum*) ou taxativa (*jus cogens*).¹³

No caso específico das normas classificadas como de *jus cogens*, aí, sim, devemos falar em hierarquia de normas, nos termos conceituais da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, conforme veremos a seguir.

Em seu Projeto de Convenção sobre Direito dos Tratados, concluído em 1966, a Comissão de Direito Internacional da ONU consagra, num proposto Artigo 50, que “um tratado é nulo se for incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional geral à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de Direito Internacional Geral da mesma natureza”. Por aí se vê que a Comissão de Direito Internacional reconhecia a existência de normas imperativas, propondo a sua positivação.¹⁴

Vale registrar que a Assembléia Geral da ONU, em sua XVIII reunião, ao apreciar o Relatório da Comissão de Direito Internacional, aprovou a proposta de positivação dos princípios relativos ao *jus cogens* internacional, com base nos seguintes argumentos:

“A Comissão de Direito Internacional da ONU reconhece que no atual estágio do Direito Internacional positivo e geral existem determinadas normas fundamentais de direito público, com caráter internacional, contra as quais os Estados não podem acordar compromissos que as contradigam por se definirem como de *jus cogens*. A matéria

¹² Op. cit. págs. 286/287.

¹³ Op. cit. pág. 81.

¹⁴ Ao incluir no Projeto o *jus cogens*, a Comissão de DI da ONU tornava realidade as propostas teóricas de doutrinadores como Verdross e George Scelle, que antes da II Guerra Mundial defendiam a existência das normas imperativas de Direito Internacional. Sublinham André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, que a ideia da existência de tais normas não é de hoje. “Já Grocio se lhe referia por 15 vezes, sob a designação de *jus strictum*, no Livro I de De Jure Belli ac Pacis, atribuindo-lhe fundamento no *jus divinum*”. Op. cit. pág. 278.

foi considerada por todos os que dela cuidaram como de suma importância, um passo enorme para o progresso do Direito Internacional”.¹⁵

Posteriormente, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) acatou, tomando uma posição nitidamente antivoluntarista,¹⁶ o Projeto da Comissão de DI ao consagrar a matéria em seus Artigos 53, 64 e 71. Pela natureza da matéria, foram acirradas as discussões sobre o tema durante a Conferência de Viena. A Delegação da França, por não aceitar a consagração do *jus cogens*, votou contra a aprovação da Convenção. Toucoz sublinha que “muitos Estados rejeitam este conceito (de *jus cogens*) vendo nele uma ameaça intolerável à sua soberania”.¹⁷ Vale também registrar a opinião de Charles de Visscher segundo a qual “aquele que invocar uma regra de *jus cogens*, (...) suportará um ônus de prova considerável”.¹⁸

Vejam os que expressa o Artigo 53:

“É nulo um tratado que, no momento da sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como

¹⁵ Doc. A/5601, 6 de novembro de 1963. Tradução livre do autor. Cf. R. Brobov. Basic Principles of Present-Day International Law. In Contemporary International Law. Moscow: Progress Publishers, 1969, págs.41/42.

¹⁶ “Em conclusão, deveremos dizer que a admissão do *jus cogens*, e, portanto de um Direito Imperativo, no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional representa mais um fator de crise no voluntarismo e, ao mesmo tempo, um robustecimento da fundamentação do Direito Internacional no Direito Natural, porque ela foi acolhida pela CV quando esta admitiu o *ius cogens*”. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, Op.cit. pág. 285.

“Consecuencia de este positivismo voluntarista era la negación de la existencia de normas universales. Triepel lo afirmó tajante: “Una voluntad común surgida en el ámbito del derecho internacional, no puede tener su origen de ningún modo en un acuerdo de mayoría (...) sólo la voluntad de todos puede constituir el medio para la creación de una voluntad común (...) Se excluye totalmente que una norma de derecho internacional surgida de un acuerdo colectivo (Vereinbarung) sea válida para Estados que no han participado en su estipulación (...) Puesto que el derecho internacional solo puede surgir de tal acuerdo, y un acuerdo en el que se hubieran aunado todos los Estados existentes no puede probarse, quede claro que no puede haber un derecho internacional general, en el sentido de obligar igual a todos los Estados del mundo. Antes bien, cada norma de derecho internacional tiene una validez limitada que viene dada por el número de Estados que han participado en su formación y que en cada caso constituyen sólo una parte de los existentes. Existe, si bien puede decirse así, únicamente derecho internacional particular, únicamente normas que tienen validez para dos, tres o muchos Estados nunca sin embargo para todos”. Así pues, se trata de un derecho internacional marcado por el particularismo y la reciprocidad entre los Estados soberanos que han dado su consentimiento. En esta concepción, todo Estado tiene un derecho a que una norma internacional sea respetada frente a él (á son égard), pero no tiene derecho a que el conjunto del derecho internacional y de las obligaciones que comporta sean respetadas en si mismas (en lui-même). Lloréns, Jorge Cardona. La Responsabilidad Internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional. In Anuario de Derecho Internacional – VIII, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1985, pág. 272.

¹⁷ Direito Internacional. Mira-Sintra Mem Martins, Portugal: Publicações Europa-América, 2000, pág. 211.

¹⁸ Cf. Brownlie Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pág. 538.

uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza”.

O Artigo 64 estabelece o seguinte:

“Se aparecer uma norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer Tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e termina”.

Dos textos dos artigos supra citados,¹⁹ destacamos a caracterização do *jus cogens* como norma imperativa e universal de Direito Internacional, que obriga os Estados no seu conjunto e têm caráter evolutivo, na medida em que é admitida a sua substituição, desde que a nova norma tenha a mesma natureza, o que nos leva à crença de expansão e de aparecimento de novas normas dessa categoria, considerando os constantes avanços na sociedade internacional. Além disso, proclamam a nulidade de qualquer acordo entre os sujeitos de Direito Internacional Público, cujo conteúdo conflitar com tal norma imperativa.

É oportuno salientar que os mesmos mandamentos expressos pelo Artigo 53 são repetidos, sob o mesmo número, na Convenção também celebrada em Viena, em 1986, sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

Desde a aprovação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados surgem vezes abalizadas criticando o teor dos citados artigos.²⁰ Começam por apontar falhas básicas nos textos que positivaram o *jus cogens*. Toucoz, por exemplo, afirma que, em decorrência de sua imprecisão, a noção de *jus cogens* não é satisfatória e, por sua natureza, “corre o risco de estar no centro dos debates políticos e de contribuir para a instabilidade jurídica mais do que para o progresso do Direito Internacional”.²¹ Na mesma linha, Schwarzenberger vê a consagração do *jus cogens* pela Convenção de Viena como fonte de instabilidade nas relações estabelecidas por convenções.²²

Como ficou dito na Introdução ao presente trabalho, as normas classificadas como de *jus cogens* compõem o campo da ordem pública internacional. Para o direito interno, o conceito de ordem pública é de substancial relevância. Contudo, considerando o fato de que este conceito é caracterizadamente evolutivo, ou, como ensina Jacob Dolinger, “é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível”,²³ não é fácil estabelecer o seu verdadeiro conteúdo em Direito Internacional Público, se levarmos

¹⁹ “Ces deux textes établissent une véritable hiérarchie entre les normes impératives et les autres; en aucune manière ils n’instituent une nouvelle catégorie de sources formelles du droit international (sur la distinction entre les notions de normes e de sources)”. Quoc Dinh, Op. cit. pág.201.

²⁰ Ver Cunha, Joaquim da Silva e Pereira, Maria da Assunção do Vale. Manual de Direito Internacional Público. Coimbra: Editora Almedina, 2000, pág. 338. cf. os mesmo autores, “juristas como Schwarzenberger e Estados como a França consideram a noção de *jus cogens* perigosa, por ser susceptível de prejudicar a estabilidade das relações internacionais, introduzindo nelas um elemento de insegurança que pode diminuir a força obrigatória dos Tratados”. Pág. 338.

²¹ Op. cit. pág. 211.

²² Apud Brownlie, Op. cit. pág. 538.

²³ Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, pág. 349.

em conta a circunstância de que a sociedade internacional não alcançou o grau de evolução das sociedades nacionais e, conseqüentemente, o Direito Internacional Público também não alcançou o estado de desenvolvimento do Direito Interno. Devemos considerar que as diferenças estruturais entre as ordens interna e externa criam obstáculos para que se possa, por analogia, aplicar os conceitos de ordem pública oriundos do Direito Interno no Direito Internacional Público. Conforme Charles Rousseau, essas diferenças estruturais decorreriam do seguinte: 1) no Direito Interno, as normas de ordem pública são determinadas pelos órgãos de produção do Direito Estatal “fixando, por sua autoridade, as restrições à liberdade contratual delas decorrentes, enquanto, no Direito Internacional, não é concebível a existência de tais normas, posto não existir poder superior aos sujeitos de Direito Internacional que elaborem suas próprias normas; 2) a estatura do Tratado não equivale à do contrato dada a diversidade do meio social em que se materializa; 3) a sanção à transgressão das normas de ordem pública é certa no Direito Interno, já que o próprio Estado, que centraliza a coação institucionalizada, se encarrega de impô-la, o que não ocorre na comunidade internacional, de estrutura descentralizada”.²⁴

Na linha dos destaques das imprecisões do citado Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o problema mais grave está na questão do seu conteúdo. Segundo alguns autores, o sentido um tanto vago do seu texto, ao se referir ao Direito Internacional geral, acabou por deixar muita coisa por esclarecer, principalmente definir quais normas seriam imperativas. Neste caso, poderiam existir normas imperativas regionais? É em razão disso que Brownlie assegura ser mais abundante a doutrina que existe em apoio da categoria do *jus cogens* do que a que existe em apoio do seu conteúdo concreto, não se desenvolvendo no Direito Consuetudinário regras que correspondam prontamente às novas categorias. Apontado as regras sobre o uso da força pelos Estados, sobre a autodeterminação e sobre o genocídio, como exemplos de matérias em torno das quais haveria acordo geral quanto a suas classificações como princípio de *jus cogens*, o mesmo autor conclui suas referências críticas asseverando que, no que diz respeito ao efeito da autodeterminação sobre a transferência de território, os problemas de aplicação não foram resolvidos. “Se um Estado usa a força para implementar o princípio da autodeterminação, será possível pressupor que um aspecto do *jus cogens* é mais importante do que outro”? E conclui: “Os corolários específicos do conceito de *jus cogens* estão ainda a ser explorados”.

Ainda no campo das imprecisões contidas no Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, como não há, no texto do mesmo Artigo, indicações para que possamos classificar como imperativa uma determinada norma de Direito Internacional, uma dificuldade logo se apresenta, ou seja, como saber se são normas de *jus cogens* as de natureza convencional ou somente aquelas que surgirem de fonte costumeira. Também nisso está instalada uma polêmica entre os doutrinadores, uma vez que boa parte identifica o *jus cogens* como formado apenas por normas costumeiras. Esta posição estaria, segundo seus defensores, alicerçada na realidade de que costume é uma fonte formal que encerra uma peculiaridade, ou seja, a norma internacional derivada do costume internacional geral, vincula todos os Estados, independentemente de sua acei-

²⁴ Cf. Yamamoto, Op. cit. pág. 170.

tação do mesmo costume. Correia Batista,²⁵ professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por exemplo, diz que, por tutelarem interesses comuns, só devem ser consideradas normas de *jus cogens* as normas costumeiras dos Direitos Humanos, e, da mesma forma, as normas costumeiras com caráter humanitário do DIP dos conflitos armados, bem como a proibição do recurso da força e as normas que tutelam o patrimônio comum da humanidade: o alto mar, os fundos marinhos, o espaço exterior e os corpos celestes. Contudo, acreditamos que a melhor posição está em apontar, tanto o costume internacional geral ou comum, quanto o tratado multilateral geral, as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e mesmo os atos unilaterais emanados de organismos internacionais de âmbito universal, como fontes do *jus cogens*. A propósito, vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁶ é vista, hoje, pela melhor doutrina como fonte costumeira de *jus cogens*. Diante disso, considerando as limitações que, nos dias atuais, são impostas ao Estado pelo Direito Internacional Público para o exercício da soberania, estamos frente a uma realidade político-jurídica que se expressa no fato de que não se pode invocar direitos soberanos para justificar o descumprimento de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos. “Pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas – para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originalmente compulsória, tem força de *jus cogens* como direito costumeiro –, os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas.”²⁷

37

Como os Artigos 53 e 64 são, como vimos, bastante imprecisos, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por meio de seu Artigo 66, estabelece que a Corte Internacional de Justiça é o Tribunal competente para interpretar os mencionados artigos e, ainda, ordena os procedimentos para a solução arbitral.

O Artigo 103 da Carta das Nações Unidas dispõe o seguinte:

“No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

²⁵ Op. cit. pág. 133.

²⁶ Segundo a Assessoria Jurídica das Nações Unidas, na prática da ONU, uma declaração é um instrumento solene, a que se deve recorrer somente em casos muito especiais, ou em questões de grande e verdadeira importância, e em situações em que se espera obter o máximo de observância por parte do maior número de Estados. Memorando da Oficina de Assuntos Jurídicos da Secretaria Geral das Nações Unidas à Comissão de Direitos Humanos em seu 18º período de reuniões. Documentos Oficiais do ECOSOC, 34º período de reuniões.

Apud Tomás, Antonio Fernandes. *Derecho Internacional Publico – Casos e Materiales*. Valencia, Espanha.; Editora Tirant lo Branch, 1990, pág. 68.

²⁷ Lindgren Alves, J. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1994, pág. 5.

Segundo Kofi Annan, Secretário-geral da ONU: “Em nenhum país, o governo tem o direito de se esconder atrás da soberania nacional para violar os direitos do homem e as liberdades fundamentais dos habitantes deste país.”

O texto do Artigo supra, expressando princípios constitucionais oriundos da Carta da ONU, revela uma regra convencional de Direito Internacional geral, explicita uma hierarquia, figura, portanto, no rol das normas de *jus cogens*.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (Artigo 71) estabelece as consequências da nulidade e extinção de um tratado que, conforme o Artigo 53, configure um conflito com uma norma de *jus cogens*, obrigando as partes a eliminar, na medida do possível, tais consequências e, da mesma forma, adaptar suas relações mútuas à norma imperativa de Direito Internacional geral. Se a nulidade e a extinção do Tratado se der em razão de confronto com as normas do Artigo 64, as partes restam liberadas do cumprimento do Tratado. O texto do citado Artigo 71 da Convenção de Viena completa a lista das consequências da nulidade de um acordo internacional conflitante com princípios de *jus cogens*, deixando claro que a terminação do Tratado “não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do Tratado, antes da terminação; 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”.²⁸

Normas de *jus cogens* no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos

38

Um outro elemento importante a ser destacado nessa matéria reside no debate doutrinário sobre a incidência de normas imperativas no domínio dos Direitos Humanos. Parte da doutrina, reduz o *jus cogens* exclusivamente ao Direito dos Tratados, posição da qual discordamos. Celso de Albuquerque Mello, lecionando sobre o tema, escreve: “Há quem alegue que o *jus cogens* faz parte apenas do D. dos Tratados e não existe em relação aos Direitos Humanos. Considero que o *jus cogens* pode abranger os mais diferentes setores do DIP”.²⁹

Por outro lado, da análise do Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados fica bastante claro que as obrigações decorrentes da violação de uma norma de *jus cogens*, por afetar a sociedade internacional em seu conjunto, configuram obrigações *erga omnes*, que se definem como a obrigação internacional que vincula um Estado em relação a todos os outros Estados, que, por sua vez, estão vinculados pela mesma norma e se encontram na mesma situação jurídica. São obrigações relativas aos interesses comuns da comunidade internacional. O reconhecimento das obrigações *erga omnes* por todos os sujeitos do Direito Internacional funciona como garantia do interesse público internacional. Comentando a natureza das obrigações *erga omnes*, Eduardo Correia Batista sublinha que tais obrigações, traduzindo o sentido da expressão latina, são, pois, devidas em relação a todos os Estados vinculados pela norma e não bilateralmente em relação a cada Estado. “Assim, um Estado sujeito a uma destas obrigações encontra-se vinculado a respeitá-la em relação a todos os outros Estados sujeitos à norma que a impõe, independentemente de o seu desrespeito lhes acarretar qualquer dano”.³⁰

Antônio Augusto Cançado Trindade, Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, discutindo o tema, afirma:

²⁸ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, artigo 71, nº 2, letra b.

²⁹ Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume I, 2000, pág. 795.

³⁰ Ver Correia Batista, Op. cit. págs. 136/138.

*“A consagração das obrigações erga omnes de proteção representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia de vontade do Estado, do qual o próprio direito dos Tratados buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de jus cogens. (...) Em suma e conclusão, nosso propósito deve residir em definitivo no desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das normas peremptórias do Direito Internacional (jus cogens) e das correspondentes obrigações erga omnes de proteção do ser humano”.*³¹

Como vimos, a noção de *jus cogens* encerra princípios que buscam tutelar valores universais, isto é, interesses gerais da comunidade internacional. Desta forma, não seria procedente, à primeira vista, apontar como normas dessa categoria hierárquica determinadas regras de Direito Internacional Regional ou Particular. Contudo, precisamos atentar para o fato de que uma das características do Direito Internacional Público contemporâneo é o seu caráter evolutivo. E assim, apesar das opiniões em contrário, podemos falar em *jus cogens* regional, conformando normas imperativas de validade limitada aos espaços regionais definidos. Os avanços no processo de integração europeia, por exemplo, levaram à constituição de instituições supranacionais que favorecem a possibilidade de existência de normas imperativas nesse espaço.

Em relação ao Sistema Americano, desde os primórdios de sua institucionalização, princípios gerais e normas particulares que integram atualmente o Direito Internacional geral, como a solução pacífica das controvérsias, a não intervenção, entre outras, vêm sendo criados e desenvolvidos, e, da mesma forma, normas específicas de aplicação estritamente regionais, como a segurança coletiva, formando um conjunto normativo que não pode ser derogado expressa ou tacitamente por um conjunto de Estados americanos em suas relações mútuas, mas que, por sua natureza corresponde a valores considerados essenciais para a manutenção do Sistema Americano no momento histórico atual. Nesta expectativa, essas normas podem ser enquadradas no rol das regras que configuram o *jus cogens* regional americano. Uma norma imperativa cuja validade é limitada a um espaço regional deverá, portanto, ser uma norma aceita e reconhecida por essa comunidade particular.³²

Sob o aspecto jurisprudencial, podemos apontar algumas decisões da Corte Internacional de Justiça exaradas com base em princípios de *jus cogens*. No caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970) a Corte Internacional de Justiça concluiu que as obrigações de um Estado para com outro Estado são distintas das obrigações para a comunidade internacional como um todo. “Tais obrigações”, asseverou a Corte Internacional de Justiça, “derivam, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição, por exemplo, de atos de agressão e genocídio, como também dos princípios e regras que dizem respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravidão e discriminação racial”.³³ Da mesma forma, em outros importantes julgados a Corte Internacional de Justiça refere-se ao *jus cogens* em casos, por exemplo, como os relativos ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã (Sentença de 1980), às atividades militares e para-militares na Nicarágua (Sentença de 27 de

³¹ Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume I, 2000, pág. 795.

³² Consulte-se R. Puceiro Ripol, Op. cit. pág. 396/398.

³³ Ver Brownlie, op. cit. pág. 537.

junho de 1986), à aplicação da convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio (Sentença de 1993), e no caso Etiópia e Libéria *versus* África do Sul (Sentença de 1998). Nessa mesma linha, ver a Sentença de 19 de novembro de 1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Villagrán Morales e outros, muito especialmente o voto concorrente conjunto dos Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, e, entre outros casos julgados pela Corte Interamericana, os Casos La Cantuta Vs. Peru, Bairros Alves Vs. Peru, Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Ximenes Lopes Vs. Brasil e as Opiniões Consultivas números 17 – Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança e 18 - Condição Jurídica dos Imigrantes Indocumentados, entre outros julgados e opiniões consultivas. Neste mesmo contexto, ver os Pareceres nº 1 e 9, de 29 de novembro de 1991 e 4 de julho de 1992, respectivamente, da Comissão de Arbitragem da Conferência de Paz para a Iugoslávia.³⁴

Identificação das normas de *jus cogens*

A identificação das normas de *jus cogens*³⁵ é uma das questões mais controvertidas no âmbito do Direito Internacional Público. A Comissão de Direito Internacional aponta como exemplos de normas imperativas as que proíbem a escravatura, a pirataria, o genocídio e as que qualificam o crime internacional. Celso D. de Albuquerque Mello indica que “única norma em relação à qual há uma concordância dos autores no sentido de considerá-la como *jus cogens* é a interdição ao uso da força nas relações internacionais e, em consequência, a solução pacífica dos litígios.”³⁶ (Artigo 2º da Carta da ONU).

40

Escrevendo sobre o tema, Brownlie explica que os juristas têm tentado, em empreitada sem muito sucesso, classificar as regras, os direitos e os deveres no plano internacional, que poderiam ser tipificados como fundamentais ou, relativamente aos direitos, inalienáveis ou inerentes. Apontando Lauterpacht e Fitzmaurice, Brownlie diz ainda que em passado recente, “alguns autores eminentes defenderam a opinião de que existem certos princípios fundamentais de Direito Internacional que formam um corpo de *jus cogens*. A principal característica distintiva de tais regras é a sua não derogabilidade. São regras de Direito Consuetudinário que não podem ser afastadas por tratados ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, e as regras que proíbem o comércio de escravos e pirataria.”³⁷

³⁴ Cf. Correia Baptista, op. cit. 133.

³⁵ “A seu turno, Alfred Verdross entende que o critério para identificação do *jus cogens* está no fato de que tal tipo de norma não existe para satisfazer as necessidades de um Estado singular, mas sim para atender o superior interesse de toda a comunidade internacional, razão pela qual englobaria grupos de normas como: 1) os que proíbem a violação dos direitos de terceiros Estados; 2) os que foram criados com o propósito humanitário; 3) os que foram introduzidos pela Carta da ONU. Quanto a estes últimos, há que se notar, todavia, que a Carta das Nações Unidas não declara que todas as suas disposições são normas de ordem pública, além de conter normas claramente dispositivas, tais como as previstas nos seus artigos 38, 52, 77, e 80”. Yamamoto, op. cit. pág. 177.

³⁶ Direito Internacional Americano. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995, pág. 9.

³⁷ Brownlie, Ian, Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbekian, 1997, págs. 536/537.

Outras normas são apontadas como de *jus cogens*: o princípio da autodeterminação³⁸ dos povos, a igualdade jurídica dos Estados, o princípio da não intervenção, os princípios que regulam a liberdade dos mares e os direitos fundamentais do homem.³⁹

Os direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, as normas contra a tortura, a escravidão e a servidão, o direito à integridade pessoal, o princípio da legalidade, a liberdade de consciência e de religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos, bem como as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos, estão, conforme o Artigo 27, (2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incluídos no rol das normas imperativas de Direito Internacional, que obrigam todos os Estados, possuem eficácia normativa *erga omnes* e são, portanto, regras que não podem ser derogadas, mesmo em situações excepcionais vividas pelo Estado. A tudo isso podemos ainda aduzir o disposto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, que proíbe a suspensão do direito da pessoa não ser presa por não cumprir obrigação contratual e, da mesma forma, reafirma o princípio de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, “salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela contidos.”⁴⁰ Nessa mesma linha, a Convenção Européia, em seu Artigo 15 (2), destaca os direitos inderrogáveis. Na Declaração Universal não encontramos disposições derogatórias. O Artigo 28 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que suas disposições serão aplicadas sem qualquer limitação ou exceção. Da mesma forma, não vamos encontrar cláusulas de suspensão de direitos na Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 9 de junho de 1994, em seu Artigo X é bastante clara quando determina: “Em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer emergência pública, para justificar o desaparecimento forçado de pessoas”.

É evidente que o descumprimento de normas aceitas como de *jus cogens* configura responsabilidade do Estado que as violou. Contudo, em situações extremas, que ameacem a própria existência do Estado, suspendem-se os efeitos de certas normas de Direitos Humanos, conforme podemos inferir pela leitura do Artigo 27 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

³⁸ Para um maior aprofundamento sobre o princípio da autodeterminação como *jus cogens*, ver Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1996, págs. 70/76. Nestas páginas o autor entra na polémica acerca da inclusão da autodeterminação como princípio de *jus cogens*. Após levantar os argumentos das várias posições doutrinárias favoráveis e contrárias à aceitação da autodeterminação como norma imperativa, conclui citando Gross Espiell: “Segundo Gros Espiell la autodeterminación es norma de *jus cogens* y lo fundamenta en el derecho natural. (...) La violación por um Estado de derecho a la libre determinación de los pueblos constituy una causa de responsabilidad internacional que ‘típica’ um ‘crimen internacional’. O sea, um tratado que viole el derecho de autodeterminación es nulo”.

³⁹ Cf. Mello, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, I Volume, pág. 75.

⁴⁰ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías. (Arts. 27.2., 25,1 y 7.6 – Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Assinala Cançado Trindade, que apesar das “duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (Artigos 53 e 64) consagrarem a função do *jus cogens* no domínio próprio do direito dos tratados, parece-nos uma consequência inelutável da própria existência de normas imperativas do Direito Internacional não se limitarem estas às violações resultantes de Tratados, e se estenderem a toda e qualquer violação, inclusive as resultantes de toda e qualquer ação e quaisquer atos unilaterais do Estado.”⁴¹

O fato da Grécia, da Espanha e de Portugal só terem sido admitidos na CEE quando deixaram de ser ditaduras é apontado por Ténékidès como exemplo de que a legitimidade democrática dos Estados é um princípio de *jus cogens* europeu. Ao lado disso, o mesmo autor registra a existência de normas consagradas na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos “que o Estado não pode suspender mesmo em caso de ameaça a sua segurança”.⁴²

Conclusões

Conforme mencionamos na Introdução deste trabalho, a consagração pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados dos princípios que definem o *jus cogens* é um marco importante na evolução do Direito Internacional Público contemporâneo. Hoje, está bastante claro que, por cima do voluntarismo estatal, prevalecem valores comuns vitais para a comunidade internacional que, sob o prisma jurídico se expressam nas normas imperativas de Direito Internacional Universal. Estas normas, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, não admitem qualquer acordo entre sujeitos de Direito Internacional Público que as venham contradizer. Por força do Artigo 53 da referida Convenção só podem ser substituídas por outras normas de Direito Internacional geral de igual classificação. São normas de ordem pública internacional e as obrigações delas derivadas são obrigações *erga omnes*. Como vimos, a noção de *jus cogens* encerra princípios que buscam tutelar valores universais, especialmente aqueles consagrados no extenso *corpus juris* voltado para a proteção internacional dos Direitos Humanos.

⁴¹ Cançado Trindade, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos., V. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pág. 416.

⁴² Cf. Mello, Celso D. Albuquerque. Direito Internacional Americano. Pág. 9.