

TATYANA SCHEILA FRIEDRICH

***JUS COGENS* INTERNACIONAL**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito, Curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná**

**Orientador: Prof. Jorge Luis Fontoura
Nogueira**

**CURITIBA
AGOSTO 2002**

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer inicialmente ao professor Jorge L. Fontoura Nogueira pelo seu contínuo apoio desde a escolha do tema até a redação final deste trabalho. A distância que afasta Curitiba de Brasília não impediu sua orientação atenciosa, com observações sempre pertinentes e críticas construtivas. Pela constante atenção a este trabalho e pelo incentivo acadêmico, quero registrar meu agradecimento.

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho estendo minha gratidão, pela sua contribuição ainda na época de elaboração do projeto para a seleção do Mestrado e pelas inúmeras oportunidades de aperfeiçoamento que me ofereceu durante os 30 meses do curso, seja através dos trabalhos de pesquisa do Nupesul – Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul, por ele coordenado com extrema competência e dedicação, seja pela sua iniciativa de criar a disciplina Direito da Integração Regional, ministrada no curso de graduação em Direito da UFPR pelos mestrandos e doutorandos integrantes daquele Núcleo.

Ao Dr. Ulrich von Blumenthal agradeço a possibilidade de ter participado, em 2001, do 37º *International Law Seminar*, realizado em conexão com a 53ª sessão da Comissão de Direito Internacional, que me disponibilizou, além do contato com os grandes nomes do Direito Internacional Público, o acesso à biblioteca do escritório da ONU em Genebra, onde pude obter grande parte das fontes bibliográficas utilizadas no presente trabalho. Sem elas, esta monografia sobre *jus cogens* não poderia ter sido realizada, haja vista a escassez de estudos nacionais sobre o tema e a dificuldade de acesso à doutrina estrangeira no Brasil.

Gostaria de agradecer à Isabela Piacentini de Andrade, pelo auxílio no levantamento e catalogação bibliográficos, e aos amigos Fernanda Verdicchio e Erlon Moisa, pelo apoio recebido durante as pesquisas em Brasília.

Por fim, quero demonstrar minha gratidão pela força, carinho e compreensão recebidos de meus pais, Nelton e Nara Friedrich, e meu marido André Passos, durante todas as etapas dessa caminhada.

Creonte

- Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis?

Antígona

- Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou,
nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos
as estabeleceu para os homens.
Nem eu supunha que tuas ordens
tivessem o poder de superar
as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal.
Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas
são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.

[Diálogo entre o Rei Creonte e Antígona sobre o decreto do Rei determinando que o corpo de um dos irmãos dela, Polinice, ficasse insepulto.]

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2002. linhas 449-457.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	vi
RESUMO	vii
RÉSUMÉ	viii
1 INTRODUÇÃO	1
2 A IDÉIA	3
2.1 SOCIEDADE E ORDEM INTERNACIONAL	3
2.2 EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE <i>JUS COGENS</i>	4
3 O CONCEITO	10
3.1 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS	10
3.1.1 Versão final dos artigos	10
3.1.2 Trabalhos preparatórios	21
3.1.3 <i>Jus cogens</i> na CDI atualmente	33
3.1.4 O Brasil e <i>jus cogens</i>	43
3.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DO TERMO.....	45
3.2.1 Ordem pública.....	46
3.2.2 Fonte de Direito Internacional Público	48
3.2.3 Hierarquia.....	54
3.2.4 Conflitos.....	56
3.2.5 Regionalismo e <i>jus cogens</i>	57
3.2.6 Símbolo e mito	58
4 AS OPINIÕES	61
4.1 DOUTRINA.....	61
4.1.1 Posições contrárias e favoráveis.....	61
4.1.2 Listagens	69
4.1.3 Direitos Humanos e do Meio Ambiente como <i>jus cogens</i>	76
4.1.3.1 Direitos Humanos.....	77
4.1.3.2 Direitos do Meio Ambiente. A proteção da Amazônia como <i>jus cogens</i> – uma prospecção.....	90
4.2 JURISPRUDÊNCIA	92
4.2.1 Tribunais Internacionais	94

4.2.1.1 Corte Permanente de Justiça Internacional	94
4.2.1.2 Tribunal de Nuremberg	96
4.2.1.3 Corte Internacional de Justiça	97
4.2.1.4 Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia	108
4.2.1.5 Tribunal Internacional do Direito do Mar	110
4.2.1.6 Corte Européia de Direitos Humanos	110
4.2.2 Tribunais Arbitrais Internacionais	112
4.2.2.1 Comissão de Arbitragem da Conferência Européia para a Paz na Iugoslávia	112
4.2.2.1 Arbitragem instituída no âmbito do caso da delimitação da fronteira marítima Guiné-Bissau/Senegal	115
4.2.3 Tribunais Nacionais	116
4.2.3.1 Corte Constitucional Suprema da Alemanha (<i>BverfGE</i>)	116
4.2.3.2 Corte Suprema Federal da Suíça	117
4.2.3.3 Corte Distrital da Haia	118
4.2.3.4 Câmara dos Lordes. Reino Unido	118
5 O USO E AS CONSTATAÇÕES	124
5.1 PRÁTICA DOS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL	124
5.1.1 Previsão de <i>jus cogens</i> em textos internacionais	124
5.1.2 Alegação de <i>jus cogens</i> para denunciar tratado	125
5.1.3 Oposição convicta de alguns Estados	127
5.1.4 Utilização nas Organizações Internacionais.....	128
5.1.5 Emprego em conflitos armados.....	130
5.2 QUESTIONAMENTOS.....	134
5.2.1 Exclusão do consentimento?	134
5.2.2 Retorno ao Direito Natural?.....	136
5.2.3 Ideologização do <i>Jus Cogens</i>	142
6 CONCLUSÃO	145
BIBLIOGRAFIA	150

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AFDI	- Annuaire Français de Droit International
AG	- Assembléia Geral da ONU
AJIL	- American Journal of International Law
CDI	- Comissão de Direito Internacional da ONU
CE	- Comunidade Européia
CVDT	- Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23/05/1969
CIJ	- Corte Internacional de Justiça
CJPI	- Corte Permanente de Justiça Internacional
CS	- Conselho de Segurança
EJIL	- European Journal of International Law
ILA	- International Law Association
OEA	- Organização dos Estados Americanos
OI	- Organização Internacional
ONU	- Organização das Nações Unidas
RCADI	- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RFI	- República Federal da Iugoslávia
RGDIP	- Revue Général de Droit International Public
TPII	- Tribunal Penal Internacional para julgar crimes na ex-Iugoslávia
UE	- União Européia
v.	- <i>versus</i>

RESUMO

A idéia de limites à autonomia absoluta do Estado na celebração de tratados internacionais se consolidou com as previsões da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Esta prevê como uma das hipóteses de nulidade do tratado o conflito com *jus cogens* ou “norma imperativa de direito internacional geral”. O conceito de *jus cogens* pode ser deduzido do texto da própria Convenção, que estabelece que uma norma imperativa é aquela que não admite derrogação. Ele possui estreita relação com os conceitos de obrigações *erga omnes*, ordem pública, crimes internacionais e comunidade internacional em seu conjunto. Os trabalhos preparatórios da Convenção, realizados no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU, permitem um entendimento mais abrangente do instituto. As opiniões dos juristas e dos juízes internacionais são decisivas para a consolidação do *jus cogens* e para a determinação do seu conteúdo. A doutrina se divide entre aqueles que o reconhecem, aqueles que admitem a sua existência mas põem em dúvida sua utilidade e eficácia e os que se lhe opõem totalmente. A jurisprudência, embora identifique como *jus cogens* apenas algumas normas que assim já foram consagradas pela doutrina, acaba tendo um papel importante em sua consolidação, em virtude da importância que se atribui à opinião dos juízes internacionais. O uso de *jus cogens* pelos Estados e Organizações Internacionais é muito importante, mas ainda é escasso. Uma norma imperativa deve assim ser entendida pela *opinio juris* dos componentes da sociedade internacional. Embora o objetivo de *jus cogens* seja proteger os interesses vitais da sociedade internacional, isso não é suficiente para afastar o perigo de sua utilização ideológica.

RÉSUMÉ

L'idée de limites à l'autonomie absolue de l'État dans la célébration de traités internationaux se consolidait avec les prévisions de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, qui prévoit comme une des hypothèses de la nullité de traité le conflit avec *jus cogens* ou «norme impératif de droit international général». Le concept de *jus cogens* peut être déduit du texte de la même Convention, qui établit qu'une norme impérative est celle qui n'admet pas une dérogation. Il a une étroite relation avec les concepts de obligation *erga omnes*, d'ordre public, des crimes internationaux et de la communauté internationale dans son ensemble. Les travaux préparatoires de la Convention, exécutés par la Commission du Droit International de l'ONU, donnent une compréhension plus ample du *jus cogens*. Les avis des juristes et des juges internationaux sont décisifs pour la consolidation de *jus cogens* et pour la détermination de son contenu. La doctrine se partage entre les auteurs qui le reconnaissent, ceux qui admettent sa existence mais qui mettent en doute sa utilité et efficacité et ceux qui le refusent. La jurisprudence n'identifie comme *jus cogens* que certain normes qui ont déjà été consacrée comme cela par la doctrine. Cependant, elle joue un rôle important dans la consolidation de *jus cogens*, à cause de l'importance attribuée à l'opinion de juges internationaux. L'utilisation de *jus cogens* pour les États et les organismes internationaux est très importante, malgré rare. Une norme impérative doit être ainsi comprise par l'*opinio juris* des composants de la société internationale. Bien que l'objectif de *jus cogens* soit protéger les intérêts essentiels de la société internationale, ce n'est pas suffisant pour écarter le danger de sa utilisation idéologique.

1 INTRODUÇÃO

A intensificação das relações interestatais despertou o interesse pela busca de meios para se estabelecer os valores mais fundamentais da comunidade internacional, a fim de transformá-los em regras superiores, que deveriam ser respeitadas por todos.

A Comissão de Direito Internacional da ONU passou a estudar o assunto durante seus trabalhos visando à codificação do Direito dos Tratados, a partir da segunda metade do século XX. O resultado foi a previsão, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 (CVDT), das normas imperativas de direito internacional geral, também chamadas de *jus cogens*, que se caracterizam por serem aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida, e por possuírem a capacidade de gerar a nulidade de todo o tratado que com ela conflite.

No entanto, a CVDT não definiu o conteúdo de tais normas e deixou em aberto a questão sobre quais seriam interesses mais elementares da comunidade internacional, que mereceriam sua caracterização como *jus cogens*.

Os trabalhos da Comissão, a doutrina e a jurisprudência internacionais fornecem importantes orientações para suprir essa lacuna.

Os trabalhos preparatórios da CVDT são fontes muito úteis para a compreensão do instituto, demonstrando a variação de seu conceito ao longo dos anos, as diferentes opiniões sobre o conteúdo, os posicionamentos dos Estados, a intenção dos seus membros. Além disso, o conceito de *jus cogens* foi utilizado pela Comissão em outras matérias além do Direito dos Tratados, tendo aparecido em vários outros projetos de artigos enviados à Assembléia Geral, tais como Responsabilidade Internacional dos Estados, Proteção Diplomática e Atos Unilaterais.

A doutrina teve um papel preponderante na divulgação de *jus cogens* e no estudo sobre seu conteúdo, tendo tratado constantemente do tema desde a fase dos trabalhos da Comissão até os dias atuais. Os estudiosos do direito internacional foram os responsáveis pelo surgimento de diversas idéias sobre as normas que devem ser

consideradas como imperativas.

As decisões dos árbitros e juízes, em jurisdição nacional e internacional também são importantes fontes para o estudo do *jus cogens*. Não obstante, muitas críticas são dirigidas às cortes internacionais, sobretudo à Corte Internacional de Justiça, em virtude de sua prudência excessiva em se referir ao assunto e contribuir para o seu desenvolvimento.

Por representar um limite à autonomia da sua vontade, os Estados ainda demonstram um grande ceticismo em relação ao *jus cogens*. A liberdade contratual sempre foi considerada absoluta na sociedade internacional, representando um ato decorrente da soberania estatal. A previsão de uma nova hipótese de nulidade de tratado, que não se enquadra nos tradicionais casos de erro, dolo e coação, ocasiona freqüentes contestações e alegações de atentado à soberania. A insegurança dos Estados é evidente em função do conceito de *jus cogen* ser muito semelhante à noção de ordem pública e estar sendo inserido numa sociedade que até então desconhecia a subordinação.

A realidade calcada na prevalência da soberania, do consentimento e da autonomia do Estado contrapesa com a aspiração por valores universais essenciais, que se sobrepõem à conduta estatal. A primeira tem aspecto individualista e estimula a primazia dos mais fortes na comunidade internacional. A segunda, representa anseios coletivos e busca justiça e equidade. Apesar dos limites de *jus cogens*, sua previsão e sua manutenção no sistema revelam uma tendência de prevalecimento da segunda opção.

2 A IDÉIA

2.1 SOCIEDADE E ORDEM INTERNACIONAL

A sociedade internacional é o ambiente onde ocorre a interação dos sujeitos internacionais. Caracteriza-se pela igualdade, porque não faz distinção formal entre seus componentes, e pela flexibilidade, vez que permanentemente aberta à adesão de novos membros. Outra particularidade é a ausência de poder central e de organização institucional rígida, nos moldes da estrutura tripartite de poderes da sociedade interna. Caminha no sentido de proliferação de instâncias descentralizadas de poder, com estabelecimento de ordens e procedimentos a serem seguidos por seus destinatários.

É composta por sujeitos internacionalmente identificados. Os Estados são os sujeitos por excelência. As Organizações Internacionais adquiriram a personalidade jurídica internacional no século XX . Os indivíduos estão passando por uma releitura de seu papel perante o cenário internacional. Outros entes coletivos, que não se enquadram perfeitamente na noção de Estado nem de Organização Internacional, também são considerados sujeitos devido a sua importância na história da sociedade internacional.

As regras que regulamentam essa sociedade formam o Direito Internacional Público. Este reúne idéias comuns que vão se materializar em princípios, costumes, teorias, decisões e, principalmente, normas abstratas exteriorizadas sob a forma de tratados internacionais. Todas as fontes da disciplina encontram-se no mesmo patamar hierárquico, sem graduação de autoridade. Embora possuam conteúdo geral e abstrato, suas regras são obrigatórias e sua violação corresponde a um ato ilícito internacional, para o que estão previstas sanções coletivas, decorrentes da responsabilidade internacional.

A relação entre os sujeitos do Direito Internacional Público é essencialmente de coordenação uma vez que os Estados estão em situação de igualdade e agem através

do consentimento. É o oposto do que ocorre no direito interno, em que há subordinação entre os elaboradores e executores das normas e seus destinatários, que devem cumpri-las, independentemente de concordar com seus termos.

Essa fórmula de atuação dos Estados - baseada unicamente na sua vontade e, com isso, dando-lhes poderes para agirem ilimitadamente – tem gerado arbitrariedade e desigualdade entre os países, permitindo a primazia daqueles que têm maior força política e econômica.

O Direito Internacional, então, falha ao não conseguir cumprir seu papel de Direito das Gentes. Mostra-se incapaz de regulamentar as relações internacionais de modo que a igualdade formal entre os Estados, que ele mesmo preconiza, signifique também a igualdade material entre as populações de tais Estados.

É nesse contexto que surgem idéias propagando o estabelecimento de normas de valor superior, que não admitem atitudes nem acordos em contrário, e à qual os Estados devem se submeter. Elas independem da forma pela qual se exteriorizam porque seu conteúdo é que vai diferenciá-las, haja vista que carregam em si os valores essenciais da sociedade internacional.

A ciência do direito construiu um instituto que desponta como uma alternativa balizadora à ação dos sujeitos internacionais. Trata-se de *jus cogens*, o direito cogente que exprime as normas imperativas de Direito Internacional.

2.2 EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE *JUS COGENS*

No Direito Romano havia a noção de *jus cogens* mas não se utilizava o termo. A idéia de regras absolutas existia unicamente no ramo do direito público interno, que as considerava como normas que não poderiam ser desrespeitadas por acordo entre partes e que se formalizavam no *jus publicum*, em oposição ao *jus dispositivum*¹.

¹ Daí as máximas romanas: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* - D.2.14.38, e *privatorum conventio iuri publico non derogat*. Essa divisão entre público e privado aparece

ULPIANO tratou do *jus publicum* ligado aos direitos e obrigações do clero e dos magistrados, enquanto PAPINIANO relacionou-o ao caráter superior da doação, que não decorre de obrigação legal mas de um ato voluntário: *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur* (D.39.5). Segundo SUY, é a primeira e única vez que o termo aparece, embora sem nenhuma relação com a noção atual.²

No século XVII, estudiosos do direito que deram origem à disciplina de Direito Internacional previam a existência de regras de direito natural que teriam caráter impositivo e estariam acima do direito positivo. Hugo GROCIO dava relevo especial ao *jus strictum*, o direito rígido que se fundamentava no *jus divinum* mas ia além. Salientava que o Direito Natural vincula os Estados apesar de subsistir independentemente de suas vontades, sendo tão imutável que nem Deus poderia alterá-lo. GROCIO foi o expoente da escola mas também se destacaram Francisco DE VITÓRIA, Francisco SUAREZ, Ayala BALTHAZAR e Alberico GENTILI.³

A Escola Pandectista, formada sobretudo por F. SAVIGNY, B. WINDSCHEID, G. PUKHTA, J. BARON, referia-se a regras que se impõem por si, independente do consentimento dos seus destinatários. Christian Friedrich GLÜCK propôs pela primeira vez a distinção entre *jus permissivum* e *jus cogens* (*permissiv und zwangsrecht*). Bernardo WINDSCHEID diferenciou o direito coativo do permissivo

originariamente nas “Institutas”, embora a separação não seja tão visível como é atualmente, em virtude das duas categorias existirem em função de um único interesse: o interesse geral da República.

² SUY, Erik. *The Concept of Ius Cogens in International Law*, Genève, 1967, p.18 apud ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. RCADI, tomo 172, 1981-III, p. 17.

³ Francisco de Vitória, por exemplo, em *De potestate civili*, manifestou-se da seguinte forma: “Le droit des gens n’a pas seulement force de pacte ou de convention entre les hommes, mais il possède également force de loi. Le monde entier, en effet, qui d’une certaine façon est une république, a le pouvoir de porter des lois justes et ordonnées au bien de tous, telles que sont celles du droit des gens. Par conséquent, **quand il s’agit d’affaires graves, aucun Etat ne peut se considérer délié vis-à-vis du droit des gens, car ce dernier est posé par l’autorité du monde entier**”. [grifo nosso] apud ROBLEDO, op.cit., p. 25.

(*zwingendes und nachgiebiges Recht*)⁴.

Para SAVIGNY, ao se considerar a relação que intercede entre o direito e os atos jurídicos que deverão ser regulamentados, encontra-se a seguinte distinção:

Uma parte do direito deve impor-se com imprescindível necessidade, sem deixar nenhum campo à liberdade individual: esta eu chamo de regras jurídicas absolutas ou imperativas. A causa dessa necessidade pode estar na própria natureza da organização jurídica, tal como se apresenta no direito positivo, ou em escopo político e econômico, ou também imediatamente em questão moral. Uma outra parte deixa livre-poder à vontade individual (...), a que eu chamo de [regras] supletivas.”⁵

Importa notar, no entanto, que todos os autores pandectistas tratavam de tais distinções no âmbito do direito interno. Referiam-se à idéia, até se utilizavam da expressão “imperativa”, mas não do vocábulo em latim.

TUNKIN explica que, no século XIX, BLUNTSCHLI mencionava que “tratados cujo conteúdo viola leis humanas de reconhecimento generalizado ou normas imperativas de direito internacional são inválidos” e, seguindo seus passos, F. MARTENS entendia que “um tratado internacional não é vinculante se ele restringe ou destrói os direitos básicos dos estados”.⁶

Já no final do século XIX e início do século XX, mesmo entre positivistas, havia o reconhecimento de uma ordem moral superior, afirmada sobretudo por R. PHILIMORE, A. HEFTER, OPPENHEIM e P. FIORE. Este, em seu projeto de

⁴ “Diritto coativo e permissivo. §30. Vi sono norme giuridiche, che escludono ogni arbitrio privato: esse si applicano anche quando le persone, a favore delle quali sono stabilite, dichiarino, che non debbono venire applicate; esse costringono. Altre norme giuridiche tollerano, che il relativo rapporto sai regolato altrimenti dall’arbitrio privato, e si applicano solo quando manca un regolamento del rapporto fatto dall’arbitrio privato.” (1) (...) “Altre denominazioni, che si usano per indicare questa antitesi, sono: diritto assoluto, imperativo – diritto conciliativo, completivo, suppletivo, dispositivo.” WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. Vol. I, Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 86, § 30 e nota (1).

⁵ SAVIGNY, Federico Carlo di. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Traduzioni dall’originale tedesco di Vittorio Scialoja. Vol. I, Torino: Unione Tipografico - Editrice, 1886. p. 78, § 16.

⁶ TUNKIN, G. I. **Theory of International Law**. London: George Allen & Unwin Ltd., 1974. p.145-146.

codificação, anunciou: “Artigo 755. Nenhum estado pode ser obrigado, por algum tratado, a fazer qualquer coisa que seja contrária ao direito internacional positivo, ou aos preceitos da moral e da justiça universal”.⁷

Normas costumeiras superiores e princípios gerais do direito supraconstitucionais são as regras formadoras do “Direito Internacional Comum”, citado por SCHELLE. Sua teoria sempre acentuou a limitação da atividade estatal, ainda que tenha preferido aquelas expressões a *jus cogens*. Utilizava o nome “Direito das Gentes” por entender que a comunidade internacional constrói-se como uma sociedade de indivíduos, dando um papel secundário aos Estados - inclusive ao afirmar que inexistia soberania estatal.⁸

As *norme cogenti* de MORELLI⁹, distintas das *norme cedevoli*, apresentavam um caráter menos absoluto. Sua derrogação seria ilícita somente em relação a terceiros Estados, restando plenamente eficaz entre as partes.¹⁰

ALEXIDZE esclarece que, embora a idéia de “regras de direito absolutamente compulsórias”, enquanto critério para a validade de tratado internacional, exista há muitos séculos, o termo *jus cogens* é recente na teoria do Direito Internacional, tendo aparecido apenas no início da década de trinta, do século

⁷ FIORE, P. apud ROBLEDOS, op. cit., p. 32.

⁸ SCHELLE, Georges. **Manuel de Droit International Public**. Paris: Domat-Montchrétien, 1948. passim.

⁹ Para RODAS, além de Verdross, também foi precursor do *jus cogens* Gaetano MORELLI. RODAS, João Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo. Vol. LXIX, fasc. II, 1974. p.125.

¹⁰ “Ove, dando all’espressione un significato tutto speciale, si considerino come norme cedevoli quelle norme la cui deroga mediante accordi particolari, oltre ad essere, come sempre, pienamente efficace fra le parti, è altresì, per uno dei motivi sopra indicati, lecita nei riguardi degli altri destinatari delle norme medesime, di dovreanno corrispondentemente considerare come cogenti quelle norme poste mediante accordi collettivi la cui deroga per mezzo di accordi particolari, per quanto efficace fra le parti, costituisce violazione dei diritti degli altri destinatari delle norme”. MORELLI, Gaetano. Norme dispositive di diritto internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 11, 1932, p. 494. Para análise do autor sobre *jus cogens* após sua previsão na CVDT, ver artigos naquele mesmo periódico: “A proposito di norme internazionale cogenti”, v. 51, 1968, p. 108-117. e “Aspetti processuali della invalidità dei trattati”. v. 57, 1974, p. 5 ss.

XX.¹¹

VERDROSS¹² entendia que as regras do direito positivo são a própria cristalização e a concretização dos princípios gerais, então bastaria aplicar as regras positivas, sendo necessário recorrer aos princípios apenas em caso de inexistência daquelas. “Mas”, escreveu o autor em 1935, “se, por outro lado, uma regra positiva encontra-se em oposição a um princípio geral de *jus cogens*, está claro que ela deve ceder ao princípio que rege a matéria.”¹³ Este texto parece ser o primeiro a usar a expressão latina *jus cogens* mas o artigo de VERDROSS escrito em 1937 foi que teve maior repercussão. Nestas páginas, o autor afirmava que uma norma de tratado é nula se for contrária a uma norma compulsória de direito internacional geral ou *contra bonos mores*. Esta última se formaliza quando um Estado, por força de um tratado internacional, fica impedido de cumprir as tarefas reconhecidas universalmente como atribuições de um Estado civilizado, tais como manutenção de ordem pública, defesa do estado contra ataques externos, cuidado com o bem-estar físico e espiritual dos cidadãos e proteção dos nacionais que se encontram no estrangeiro. Para o autor, eventuais divergências sobre a imoralidade de uma norma deveriam ser submetidas a um tribunal arbitral ou à Corte Permanente Internacional de Justiça.¹⁴

¹¹ ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. **RCADI**, tomo 172, 1981-III, p. 228.

¹² REZEK explica que a matéria de *jus cogens* foi estudada originalmente por juristas alemães na época anterior à segunda guerra, destacando-se, além de Alfred Verdross [austríaco], o discípulo deste, barão Friedrich von der Heyde. REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 119.

¹³ VERDROSS, Alfred. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. **RCADI**, 52, II, 1935, p. 206. Uma revisão dos trabalhos do autor pode ser encontrada nos artigos publicados no **EJIL**, vol. 6 (1995), nº 1, na seção denominada *The European Tradition in International Law: Alfred Verdross*. p. 32 a 103. Capturado em 13/07/2001. On-line. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art4.htm>.

¹⁴ VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law. **AJIL**, vol. 31, 1937, p. 571-577. Esse artigo foi citado 26 anos depois, em sessão da Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI), quando o embaixador TABIBI declarou que a opinião nele exposta havia prenunciado a solução (*foreshadowed the solution*) encontrada para a redação do artigo 37 do Projeto de Convenção sobre Direito dos Tratados, de 1963, relativa a *jus cogens*. VERDROSS estava presente na ocasião,

WOLFF, RIVIER e VATTEL preservaram a idéia de *jus necessarium* do século XVII. VATTEL, citado por THIERRY, declarava que “todos os tratados e todos os costumes que vão contra o que o direito necessário prescreve ou defende são ilegítimos.”¹⁵ THIERRY continua:

Esta fórmula sugere que o grande jurista helvécio atribuía ao direito “necessário” efeitos tão similares àqueles que decorrem das normas de *jus cogens*. Os autores como Verdross ou Lord Mac Nair estão ligados desde antes da segunda guerra mundial a esse conceito, enquanto Anzilotti, autor positivista ou voluntarista exemplar, evocava a distinção entre as “normas dispositivas” e as “normas imperativas”. Vale dizer que *jus cogens* não é um conceito tão novo ou revolucionário como se pensa muitas vezes.¹⁶

Esse foi, portanto, o desenvolvimento progressivo da doutrina em relação a *jus cogens*, até meados do século XX.

pois havia sido nomeado membro da CDI, tendo relatado o acontecimento em nova publicação no AJIL, em 1966 (ver nota 123).

¹⁵ THIERRY, Hubert. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 222, 1990-III, p. 58.

¹⁶ Id.

3 O CONCEITO

O termo *jus cogens* foi previsto expressamente em texto jurídico internacional definitivo, pela primeira vez, na CVDT, aberta à assinatura na capital austríaca, em 23 de maio de 1969, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados.¹⁷

3.1 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS

A CVDT representou um grande avanço na codificação do Direito Internacional, visto que regulamentou a utilização da principal fonte moderna da disciplina e criou procedimentos a que os Estados devem se conformar, exatamente num campo em que sempre prevaleceu a autonomia absoluta do querer estatal: a conclusão de acordos internacionais. O pioneirismo no tratamento de *jus cogens* transformou-a no marco conceitual da matéria.

3.1.1 Versão Final dos artigos

A CVDT reservou ao tema *jus cogens* cinco dispositivos que tratam do assunto de forma exclusiva ou agregado a outras matérias. Trata-se dos artigos 53, 64, 66, 71 e 44, que serão transcritos e comentados na seqüência:

- a) artigo 53 - Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito

¹⁷ Posteriormente, *jus cogens* foi codificado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações, de 21 de março de 1986. Os artigos 53 e 63 são comuns às duas convenções, porém o artigo 66, referente a procedimento de solução de controvérsias, apresenta-se muito mais complexo na Convenção de 1986. “La CV 1986 est extrêmement complexe concernant un différend relatif à une règle de *ius cogens* auquel une OI est partie et l’on peut estimer que, lorsque cette Convention entrera en vigueur, il existe peu de chances de voir employée un jour la procédure établie par son article 66, paragraphe 2.” KOHEN, Marcelo G. La codification du droit des traites: quelques éléments pour un bilan global. **RGDIP**, 2000/3, tomo 104, p. 605.

internacional geral (*jus cogens*). É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza.

Esse artigo 53 tornou-se uma referência na disciplina, por seu ineditismo e ousadia. Parece acertado dividir seu conteúdo e examinar seus elementos minuciosamente, a fim de possibilitar a compreensão ampla do instituto:

- Norma imperativa

A norma imperativa expressa uma ordem categórica, que ultrapassa a noção de norma obrigatória, porque aquela é superior a esta. Todas as normas jurídicas são obrigatórias, *a priori*.

VIRALLY explica que a única exceção a essa constatação resulta da existência eventual de normas simplesmente permissivas, cujas disposições não comportam nenhuma obrigação a seus destinatários. Acentua, ainda, que todo direito imperativo não é necessariamente *jus cogens*: o tratado multilateral permite que dois ou mais países estabeleçam modificações em seu texto, nas relações entre si. No entanto, existe em um tratado, também, um mínimo de disposições imperativas, que constituem verdadeiras exceções a esse caráter dispositivo: aquelas que dizem respeito à realização do objeto e finalidade do tratado e no caso em que o próprio tratado proíbe sua modificação. Isso demonstra a existência de dois tipos de normas imperativas: as relativas, em que se enquadram aquelas acima transcritas, e as normas imperativas

absolutas, que são *jus cogens* e que geram a nulidade do ato que as contém.¹⁸

- Norma de direito internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto.

A generalidade e a amplitude da noção de *jus cogens* trazida pela CVDT é elogiada por certos autores, que as consideram como dois elementos fundamentais para seu entendimento.¹⁹ *Jus cogens* engloba a idéia de universalidade e extensão, sendo por isso incluído entre as regras “gerais” do direito internacional, em oposição às regras particulares, adotadas em âmbito bilateral ou regional.

RODAS exalta essa grande dimensão ao afirmar que “*jus cogens* exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais.”²⁰

A expressão “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto” se consagrou a partir dessa previsão, sendo que depois do advento da CVDT, passou a ser estudada por inúmeros autores, reproduzida de modo similar em outros Tratados (Convenção de Montego Bay, de 1982) e citada em alguns projetos da CDI (Cláusula

¹⁸ VIRALLY, Michel. Reflexions sur le “*jus cogens*”. *AFDI*, vol. XII, 1966. *passim*. No presente trabalho, norma imperativa será tratada como sinônimo de *jus cogens*, sem fazer a diferenciação proposta por Virally.

¹⁹ AKEHURST faz a defesa da técnica utilizada na CVDT para a conceituação de *jus cogens*. “La definición de <norma imperativa>, aunque, prudentemente, ha sido formulada aquí únicamente <para los efectos de la presente Convención>, puede ser de validez general. La definición está redactada, además, con mayor habilidad técnica de lo que parece a primera vista. Una regla no puede llegar a ser imperativa a menos que sea <aceptada y reconocida [como tal] por la comunidad de estados *en su conjunto*>, requisito que si, por un lado, es tan lógico y razonable que no puede ser impugnado, merece, por otro, una mención expresa ya que se han dado casos de estados que han tratado de eludir las reglas de Derecho internacional que consideraban inconvenientes, alegando que se oponían a ciertos supuestos peregrinos de *ius cogens*. Este peligro debería desaparecer al exigir a los estados prueba de que la supuesta regla de *ius cogens* há sido <aceptada y reconocida [como tal] por la comunidad de estados *em su conjunto*>”. AKEHURST, Michael. **Introducción al Derecho Internacional**. Trad. Manuel Medina Ortega. Madri: Alianza Editorial, p.47.

²⁰ RODAS, João Grandino. *op.cit.*, p.125.

da nação mais favorecida, Responsabilidade dos Estados). ESPIELL chega a conceber a “comunidade internacional” como um “sinônimo da Humanidade no sentido jurídico”, portanto, um “verdadeiro sujeito de direito internacional”.²¹

A análise de seu conteúdo quantitativo suscita a discussão em torno de duas posições: a exigência de unanimidade de todos os Estados que fazem parte da sociedade internacional; ou apenas a necessidade de consenso, levando em conta o entendimento generalizado por partes dos Estado. Como a maioria da doutrina, DINH, DAILLIER e PELLET são partidários da segunda opção, mas criticam a falta de critérios no texto da Convenção.²²

Parece válido afirmar, numa visão conciliadora, que a manifestação da maioria é suficiente para satisfazer a idéia original dos legisladores, embora seja de se ponderar que tal maioria deva tocar a generalidade, ou seja, abranger a universalidade. Isso significa que *jus cogens* deve exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que esta não esteja representada em sua plenitude.

- Norma da qual nenhuma derrogação é permitida

O texto em português²³ está baseado nas versões em inglês (... *as a norm from which no derogation is permitted...*) e francês (... *en tant que norme à laquelle*

²¹ ESPIELL, Hector Gros. No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional (...). **Anuário del IHLADI**, 6, p.74 apud ROBLEDÓ, op.cit., p. 204 e 205.

²² “S’il résulte tant des travaux préparatoires que de la formule retenue elle-même que l’unanimité des États n’est pas requise, l’article 53 laisse sans réponse la question du nombre et de la qualité des États qui doivent ‘accepter et reconnaître’ le caractère impératif d’une norme pour que l’on puisse la tenir pour une règle de *jus cogens*”. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Droit International Public**. Paris: LGDJ. 1999. 6^o ed. p. 202.

²³ No presente trabalho, as citações em português da CVDT foram tiradas do livro RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**, 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 319-357.

aucune dérogation n'est permise...). ROBLED0 enfatiza que a versão oficial em espanhol oferece uma “variação notável” (... *como norma que no admite acuerdo em contrario...*) em relação às outras duas redações, o que pode decorrer da influência da doutrina espanhola de MIAJA DE LA MUELA - para quem toda norma, seja ela dispositiva ou imperativa, pode sempre ser objeto de derrogação, desde que esta seja feita pelos mesmos sujeitos que criaram tal norma - , ou ainda, em virtude da distinção, em espanhol (e aqui incluímos o português jurídico) de ab-rogar (supressão total) e derogar (supressão parcial). De qualquer maneira, ROBLED0 mostra a importância da convivência dos dois termos diferentes e conclui:

A “derrogação” dos textos francês e inglês consiste precisamente no “acordo contrário” do texto espanhol; e esta equivalência é, para efeitos da convenção, uma presunção *iuris* e de *iure*. E, em nossa opinião, o fato de ter havido uma certa diferença lexical entre as três línguas não pode obscurecer o sentido das palavras, haja vista que as dúvidas exegéticas que pode suscitar um texto determinado podem ser dissipadas pelo outro texto.²⁴

Independentemente das variações lingüísticas, o que importa notar é que não se admite nenhum tipo de limitação, seja ela total ou parcial, às normas com caráter *jus cogens*. Por isso, parece lícito concordar com THIERRY, para quem a não-permissão da derrogação é a “qualidade suplementar da norma”, que lhe dá o caráter de norma imperativa e que a diferencia das demais normas de direito internacional geral.²⁵

- Norma que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza

Toda norma exprime um conjunto de valores que vão se alterando com a evolução da sociedade e por isso deve ser prevista sua modificação. No caso de *jus*

²⁴ ROBLED0, op.cit., p. 92.

²⁵ “Cette qualité supplémentaire suppose que la norme impérative bénéficie d’une double reconnaissance par la communauté internationale des Etats dans son ensemble, en tant que norme du droit international général et en tant que norme à laquelle aucune dérogation n’est permise, c’est-à-dire en tant que norme impérative”. THIERRY, op.cit., p. 59.

cogens, essa alteração será permitida se for realizada por outra norma com as mesmas características.²⁶

ROBLEDO comprova o caráter dialético: “(...) ninguém duvida que o critério positivo e dinâmico se impôs no texto da convenção. Todas as normas imperativas são portanto, em princípio, substituíveis e modificáveis, o que não impede de se reconhecer que há normas cuja modificação é impossível, por impossibilidade lógica, unicamente.” Como exemplo, o autor indica o princípio *pacta sunt servanda*, cuja negação é sua própria destruição - o que levaria a sociedade internacional a uma verdadeira anarquia.²⁷

Essa parte do artigo 53 demonstra a preocupação dos redatores da CVDT com sua permanência no tempo, através de sua adaptação sucessiva a novas regras que vão se consolidando como superiores às demais.

- b) Artigo 64 – Superveniência de uma nova norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

A transposição da teoria das nulidades do ato jurídico do direito interno para o Direito Internacional é controversa. MELLO entende que “na vida internacional os Estados se cercam de muito maiores cuidados do que os indivíduos na vida civil, o que faz com que esta teoria perca muito do seu valor. A questão mais importante no DI é a da boa fé e a dos prejuízos causados por uma nulidade, seja ela absoluta ou relativa, para a eventual fixação de uma reparação e manutenção (...) da validade dos atos

²⁶ “De nos jours, cette conception dynamique du *jus cogens*, logique de soi, est dictée au surplus par la nécessité d’une adaptation continuelle du droit aux conditions changeantes de la vie internationale et aux inspirations variées des États.” DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, op.cit., p.203.

²⁷ ROBLEDO, op.cit., p. 110.

praticados durante a vigência do tratado”.²⁸

De qualquer maneira, pode-se dizer que a CVDT privilegiou os artigos 53 e 64 ao conceder à norma imperativa o poder de anular e extinguir um tratado que lhe for incompatível, inclusive no caso dela ser superveniente. Dentre todos os casos de nulidade previstos naquele texto, *jus cogens* é a grande novidade, podendo os demais (erro, dolo, corrupção e coação) serem considerados como mera codificação do direito costumeiro.

ROZAKIS alerta para o perigo de uma utilização errada de toda a autoridade presente nesse dispositivo e seus efeitos, principalmente quando se leva em consideração o fato da ordem internacional não possuir um sistema hierárquico vertical, com a presença de um organismo de controle.²⁹

Por se tratar de direito cogente e universal, a norma derogatória do *jus cogens* não pode ser mantida, devendo ser anulada e extinta. Segundo REZEK, “estes dispositivos contribuíram para que diversos países – entre eles o Brasil e a França – tenham de início evitado ratificar a Convenção de Viena, embora subordinados à maior parte de quanto nela se estampa, a título costumeiro”.³⁰

Deve ser enfatizada a diferença entre a nulidade prevista no presente artigo 64 (“torna-se nulo e extingue-se”) e a nulidade descrita no artigo 53 (“É nulo o tratado que...”). Esta se encontra na seção 2 da CVDT –nulidade dos tratados– e apresenta claramente o caráter *ex tunc*. Aquela está na seção 3 –extinção dos tratados e suspensão de sua aplicação - e traduz uma nulidade emergente, que ocorre em virtude

²⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.1, p. 252.

²⁹ “The fact that the *jus cogens* concept carries in itself the severe sanction of invalidity of all particular agreements conflicting with any rule having that character should not be underestimated. In a hierarchically horizontal system where no institutional control is always feasible, the abusive exercise of such power – through unilateral assertions and whimsical disengagements from conventional obligations – may at times seriously threaten the security of treaties and the axiom “*pacta sunt servanda*”. ROZAKIS, Christos L. **The concept of *jus cogens* in the Law of Treaties**. Amsterdam/ New York/ Oxford: North Holland Publishing Company, 1976, p.6.

³⁰ REZEK, op. cit., p. 120.

da superveniência de uma norma *jus cogens*, portanto, que não poderia ter sido conjeturada no momento da conclusão do tratado. Trata-se, então, de nulidade *ex nunc*.

O grande mérito do artigo 64 é a previsão da possibilidade de surgimento constante, ao longo dos tempos, de novas normas *jus cogens*, permitindo assim um desenvolvimento progressivo da sociedade e do direito internacional.³¹

- c) Artigo 66 – Procedimentos de solução judiciária de arbitragem e de conciliação. Alínea a: 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 à arbitragem.

A CVDT, em seu artigo 65, estabelece as regras gerais do procedimento relativo à nulidade, à extinção, à retirada ou à suspensão da execução de um tratado. Este é, portanto, o procedimento a ser seguido no caso de nulidade em virtude de conflito com *jus cogens*. Então, segundo tal artigo 65, quando uma parte considera o tratado extinto, retira-se dele ou suspende sua eficácia, invocando um vício no seu consentimento ou uma causa para impugnar a validade, deve notificar sua pretensão às demais partes, explicando a medida que vai tomar e suas razões. Se nenhuma parte formular objeções, no prazo de 3 meses do recebimento da notificação, a parte que notificou pode tomar a medida projetada, na forma prevista no artigo 67: através de instrumento comunicando às outras partes a declaração da nulidade do tratado, assinado pelo chefe de Estado, chefe do governo, ministro de relações exteriores ou representante do Estado munido dos plenos poderes. Nesse caso, está finalizado o processo de nulidade, e os países deverão proceder às conseqüências da nulidade, nos termos do artigo 71, adiante citado.

³¹ “En dernière instance, le *ius cogens superveniens*, par le moyen de son parallèle, le droit intertemporel, revient à dire que contre l’histoire il n’y a pas de droits acquis, de telle sorte qu’ils puissent frustrer les transformations sociales”. ROBLEDOS, op.cit., p. 132.

Caso haja objeção, as partes deverão procurar uma solução pelos meios pacíficos previstos no artigo 33 da Carta das Nações Unidas³². Em se chegando a um termo comum, a nulidade se dará sob a forma de um acordo entre as partes.

Por outro lado, o artigo 66a estabelece a possibilidade das partes submeterem a questão envolvendo *jus cogens* à arbitragem se, na hipótese daquela objeção, nenhuma solução for alcançada nos doze meses seguintes à data da formulação da objeção. Caso as partes não se decidam, de comum acordo, pela arbitragem, tal artigo prevê que qualquer parte na controvérsia poderá, mediante pedido escrito, submeter a questão à decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

A questão referente à submissão à CIJ das controvérsias decorrentes dos assuntos previstos na convenção é bastante polêmica. Vários posicionamentos foram tomados em prol da idéia da jurisdição obrigatória para todas as cláusulas, mas o texto final a prevê apenas para as questões referentes às normas imperativas, o que gerou inúmeras críticas.³³

GAJA assevera que tal garantia judicial incluída no artigo 66 “não deve ser considerada como um elemento no conceito de *jus cogens*”, inclusive porque ela não está prevista no artigo 53. Dada a “limitada jurisdição conferida à CIJ pela aceitação da cláusula opcional ou por acordos internacionais, a inclusão do elemento de

³² O artigo 33 da Carta da ONU está inserido no Capítulo VI, que trata da Solução Pacífica de Controvérsias, estando assim redigido: “1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.”

³³ “On sait que, malgré les efforts d’un grand nombre de pays, il n’a pas été possible d’inclure dans la convention une disposition prévoyant la juridiction obligatoire de la CIJ, hormis dans le cas du *jus cogens*. De ce fait il existe des risques d’abus: des Etats essayant de se délier des traités qui les gênent en invoquant des vices qui n’existent pas réellement. Cette situation rend la convention de Vienne, qui comporte par ailleurs de si bonnes dispositions, critiquable sous cet aspect, mais c’est dans son application que l’on pourra vraiment la juger.» CAHIER, Philippe. Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. *RGDIP*, vol. 76, 1972, p 689.

jurisdição no conceito da norma peremptória significaria negar a existência de qualquer norma peremptória até que a Convenção de Viena fosse ratificada pela ‘comunidade internacional dos estados em seu conjunto’”.³⁴

O artigo 66 prevê o recurso à CIJ por “qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64”. Inferem-se, daí, dois aspectos importantes: a) basta que uma das partes na controvérsia interponha uma ação e b) outras partes, que não estejam envolvidas no conflito, não podem fazê-lo, sendo impedida inclusive a *actio popularis*, ainda que *jus cogens* envolva a comunidade internacional em seu conjunto.

Da leitura do artigo 66, pode se concluir que há uma preocupação em se evitar a alegação freqüente de nulidade de um tratado, sobretudo através da previsão de um complexo procedimento que estabelece a necessidade do decurso de vários prazos até a decretação definitiva da nulidade por parte de um Estado. Além disso, percebe-se uma preferência pela busca de solução amistosa para tais casos.

- d) Artigo 71 - Conseqüências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral. 1. No caso de um tratado nulo em virtude do art. 53, as partes são obrigadas a: a) eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em uma disposição em conflito com a norma imperativa de direito internacional geral; e b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa de direito internacional geral. 2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, em virtude do artigo 64, a extinção do tratado: a) libera as partes de continuarem a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção, desde que esses direitos, obrigações ou

³⁴ GAJA, Giorgio. *Jus cogens* beyond the Vienna Convention. **RCADI**, tomo 172, 1981 – III, p. 285-286.

situações possam ser mantidos posteriormente, à medida que isso não entre em conflito com a nova norma imperativa de direito internacional geral.

Enquanto o artigo 69 prevê as regras gerais para as conseqüências da nulidade, o presente artigo rege especificamente os casos de *jus cogens* pré-existente e superveniente. Tais previsões decorrem do fato de que um tratado, ainda que eivado de nulidade, a partir do momento em que é concluído, passa a influenciar uma série de atos da vida internacional, que nem sempre permitirão retomar o *status quo ante*, se forem declarados nulos. Por isso, o item 1a, estabelece a obrigação das partes de eliminar as conseqüências do ato realizado com base em dispositivo conflitante com *jus cogens*, mas ressalva que isso deve ser feito na medida do possível.

Os demais dispositivos do artigo projetam as ações que devem ser tomadas no futuro, seja em relação às condutas, às relações mútuas ou à manutenção de atos praticados antes da superveniência de *jus cogens*.

Deve ser enfatizado que as conseqüências da nulidade de um tratado em conflito com *jus cogens* não estão sujeitas à intervenção da CIJ, haja vista que a CVDT somente prevê sua competência para os casos dos art. 53 e 64. Deixa, portanto, à livre negociação entre as partes a questão dos meios e modos de implementação de tais conseqüências.

- d) O art. 44 – Divisibilidade das disposições de um tratado. (...) 4. Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53, a divisão das disposições de um tratado não é permitida.

A CVDT admite em seu artigo 44 a divisibilidade do tratado, permitindo que, mediante certas condições, somente determinadas cláusulas de um tratado que foram viciadas pela causa da nulidade sejam anuladas. No entanto, os casos de nulidade de tratado decorrente de coação exercida sobre representante de um Estado (art. 51), coação exercida sobre um estado pela ameaça ou com o emprego da força

(art. 52) e conflito com *jus cogens* não admitem tal divisibilidade e o tratado é nulo em sua integralidade. Ora, se no momento da celebração do tratado já existe reconhecidamente *jus cogens*, que carrega em si os valores mais elevados da sociedade internacional, as partes não podem incluir no texto cláusulas que o violem, por ser atitude reprovável, de má-fé e, portanto, geradora da nulidade de todo o tratado.

Sendo esses três casos exceções, em consequência se percebe a relação do artigo 64 com o princípio da divisibilidade, previsto como regra geral no artigo 44, ou seja, apenas as cláusulas do tratado que forem incompatíveis com uma norma *jus cogens* superveniente sofrerão a nulidade, sendo que as demais permanecerão válidas. Neste caso, não se poderia exigir das partes no tratado a adoção de cláusula compatível, haja vista que o *jus cogens* ainda não havia surgido no momento da celebração de tal tratado.

CAHIER identifica os três casos do item 4 do artigo 44, como nulidade absoluta, que todo Estado pode fazer valer. Critica a distinção da divisibilidade prevista na Convenção, embora entenda que sua previsão tenha por objetivo exaltar a gravidade de tais vícios.³⁵

3.1.2 Trabalhos preparatórios

Antes da adoção definitiva desses artigos na Conferência de Viena, a noção *jus cogens* apareceu, implícita ou explicitamente, em vários trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI).

A idéia foi trabalhada por todos os relatores da CDI sobre o direito dos tratados, iniciando-se pelo primeiro relator BRIERLY. Como dispositivo de um

³⁵ “Par contre, cette divisibilité des dispositions d’un traité n’est pas admise dans le cas de violence ou d’un traité contraire à une norme impérative. Cette distinction, qui a pour but de souligner la gravité de ces vices, nous paraît peu logique. Il aurait mieux valu, afin d’assurer la stabilité des engagements internationaux, ne pas faire cette distinction”. CAHIER, Philippe. Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. **RGDIP**, vol.76, 1972., p 689.

documento jurídico internacional, tem origem no Primeiro Relatório sobre Direito dos Tratados da CDI, elaborado pelo relator especial Sir. H. LAUTERPACHT³⁶. Previa em seu artigo 15: “Um tratado, ou qualquer de suas disposições, é nulo se sua execução envolve um ato que o direito internacional considera como ilícito, se assim for constatado pela Corte Internacional de Justiça.”³⁷

O relator pretendeu manter intacto o campo da liberdade contratual, permitindo a modificação do direito convencional e do direito internacional costumeiro, quando pactuado pelas partes em relação a suas relações recíprocas, mas desde que não tivesse por objeto um ato ilícito. Sua proposição partiu da idéia de que um tratado que causa um dano a terceiros Estados tem sua respectiva cláusula anulada, em virtude de seu objeto ser um ato ilícito do direito internacional costumeiro.

A inclusão do termo *jus cogens* ficou a cargo de seus sucessores, Sir Gerald FITZMAURICE, relator especial que fez pela primeira vez a previsão da expressão, em seu terceiro relatório, em 1958, e Sir Humphrey WALDOCK, relator especial que previu *jus cogens* em seu segundo relatório, em 1963.

a) Relatório FITZMAURICE, 1958

Seguindo a idéia deixada por seu antecessor, G. G. FITZMAURICE, em seu terceiro relatório, na subseção 3, referente aos “Requisitos relativos ao objeto do tratado (defeitos em seu conteúdo)”, previu diversos artigos tratando de *jus cogens*, todos eles transcritos no Anuário da CDI³⁸:

³⁶ ROBLEDO tem a opinião de que a história legislativa do *jus cogens* inicia-se antes, em 1950, quando o membro colombiano da CDI, Jesús Maria YEPES, levantou a questão da validade dos tratados internacionais em função da licitude do objeto. ROBLEDO, op.cit., p. 37-39.

³⁷ Annuaire de la CDI, 1953, vol.II. p 154 e A/CN.4/63 art. 15. Comentário de DINH, DAILLIER e PELLET, sobre esse relatório: Cette suggestion aurait eu le mérite d’enlever aux États le pouvoir de qualification. Mais, ses chances d’être acceptée par ceux-ci étaient nulles car, voulant éviter une extrême, elle tombait dans une autre, les États ne pouvant manquer de considerer qu’ en dotant le juge d’ un pouvoir exorbitant, on en faisait un législateur universel. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, op.cit., p.203.

³⁸ Anuário de la CDI, 1958, vol.II, passim.

- Artigo 16. Licitude do objeto (generalidades): 2. Para a validade do tratado é indispensável que esteja em harmonia ou não seja incompatível com os princípios e normas de direito internacional que têm caráter de *jus cogens*, ou que sua execução não implique numa infração de tais princípios e regras.
- Artigo 17. Licitude do objeto (incompatibilidade com o direito internacional). Sendo sempre possível, *prima facie*, que dois ou mais Estados convençionem aplicar *inter se* uma norma ou regime que seja incompatível com as normas do direito internacional consuetudinário que tenham o caráter de *jus dispositivum*, um tratado que contenha uma estipulação dessa natureza não pode ser inválido por este motivo. Assim, pois, unicamente quando o tratado suponha afastar, ou se opor a, mandatos ou proibições absolutos e imperativos das normas do direito internacional que tenham o caráter de *jus cogens*, pode haver uma causa de invalidade. Visto que o tratado é em todo caso *res inter alios acta* e carece de eficácia frente aos Estados que não sejam partes nele, a invalidade do tratado em si somente afeta de modo direto as relações entre as partes e significa que nenhuma das partes pode exigir das demais o cumprimento do tratado.
- Artigo 18. Licitude do objeto (incompatibilidade com tratados anteriores: casos gerais). 1. Quando um tratado é incompatível com outro tratado anterior que contenha normas aceitas de direito internacional que tenham o caráter de *jus cogens*, dito tratado será inválido por este motivo em conformidade com o disposto no artigo 17.
- Artigo 22. Efeitos em determinados casos. 1. Os efeitos que produz a falta de validade essencial (...) são os seguintes: f) Ilícitude do objeto por incompatibilidade com normas de direito internacional que tenham caráter de *jus cogens*: o tratado é inexigível.

Em relação aos comentários do relator sobre os citados artigos, chama a

atenção sua ênfase na distinção entre *jus cogens* e *jus dispositivum*, haja vista que, em sua opinião, a nulidade só ocorre com tratados que possuem o primeiro tipo de regras e não de forma mais ampla, como entende parte da doutrina ao prever que são nulos todos os tratados contrários ao direito internacional. “Esta distinción no aparece siempre clara em los tratadistas, y por eso, cuando afirman que son nulos los tratados “contrários” al derecho internacional, esa afirmación induce no pocas veces a error.”³⁹

Na seqüência, explica o relator o seu entendimento através de exemplos. Assim, em relação ao primeiro tipo de normas, estariam enquadrados os casos de normas “obrigatórias e imperativas em todas as circunstâncias”, como o direito humanitário. Um acordo entre Estados estabelecendo que, em caso de futuras hostilidades, nenhum deles estaria obrigado a fazer prisioneiros de guerra e todos os indivíduos capturados poderiam ser executados, ainda que pretendendo se aplicar somente entre os dois países, é ilícito. Por outro lado, as normas *jus dispositivum* compõem-se de regras cuja “variação ou modificação em virtude de um regime convencionado é lícita, sempre que não lesione a posição e o direito de terceiros”. Dois Estados poderiam acordar a suspensão mútua de privilégios e imunidades diplomáticas para suas missões no território de ambos mas os dois Estados estariam obrigados a continuar concedendo tais privilégios e imunidades diplomáticas para os representantes de outros países.⁴⁰

No ano seguinte, a redação do artigo 21 do quarto relatório, de 1959, teve seu conteúdo ampliado pelo relator e passou a prever dois novos elementos: nulidade *ab initio* e *jus cogens superveniens*. Tratava-se de mais uma grande novidade inserida no assunto do direito dos tratados, que influenciou sobremaneira a versão final da CVDT e que atualmente tornou-se matéria corriqueira, amplamente discutida e aceita na disciplina de Direito Internacional.

- artigo 21. 1. Uma obrigação convencional que, no momento da

³⁹ Anuário de la CDI, 1958, vol.II, p. 43.

⁴⁰ Id.

conclusão do tratado, é incompatível com uma regra ou uma interdição do direito internacional geral (*jus cogens*), perde a validade substancial *ab initio*. 2. Uma obrigação convencional cuja observação é incompatível com uma nova regra ou interdição do direito internacional (*jus cogens*) justifica (e mesmo, exige) a não execução de tal obrigação convencional.⁴¹

b) Relatório WALDOCK, 1963

A partir de maio de 1963, inúmeros debates aconteceram no seio da CDI, com base no projeto original do novo relator, que apresentou a noção de *jus cogens* em diversos artigos da Parte II, a qual regulamenta a “Validade essencial, duração e extinção dos tratados”. De início, estabelece:

- Seção I – Disposições Gerais. Artigo 1. Definições. (...) 3. Para efeitos dos presentes artigos: c) Por *jus cogens*, entende-se uma norma peremptória de direito internacional geral que não admite exceção, a não ser por uma causa expressamente prevista no direito internacional geral, e que somente pode ser modificada ou anulada por uma norma posterior de direito internacional geral.

O relator explica que o termo *jus cogens* é definido neste dispositivo inicial para efeitos do artigo 13, a seguir analisado. Complementa que se trata de “um termo que se compreende bem, mas que não é fácil definir com precisão”, sendo que sua essência está no fato de ser uma norma de direito internacional geral que, a princípio, não admite exceção. Estabelece, porém, em seguida, uma relativização da regra com a ressalva estabelecida no texto, o que justifica pela finalidade de incluir a “possibilidade de certas causas como a legítima defesa”.⁴²

A grande referência ao tema *jus cogens* está no artigo 13 do projeto

⁴¹ Annuaire de la CDI, 1959, vol.II, p.47.

⁴² Anuário de la CDI, 1963, vol.II., p.44.

Waldock, a seguir transcrito:

- Artigo 13. Tratados nulos por ilicitude: 1. Um tratado será contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou sua execução envolver a violação de uma norma ou princípio geral de direito internacional que tenha caráter de *jus cogens*. 2. Em particular, um tratado será contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou execução envolver: a) O uso ou ameaça da força em descumprimento aos princípios da Carta das Nações Unidas; b) Qualquer ato ou omissão qualificado pelo direito internacional como um crime internacional; ou c) Qualquer ato ou omissão, a cuja eliminação ou sanção todo Estado deve contribuir, por assim exigir o direito internacional. 3. Se uma estipulação, cujo objeto ou execução infringe uma norma ou princípio geral de direito internacional que tenha o caráter de *jus cogens*, não está essencialmente conectada ao principal objeto do tratado e pode separar-se claramente do restante do tratado, somente esta provisão será nula. 4. As provisões deste artigo não se aplicam, no entanto, a um tratado multilateral geral que derogue ou modifique uma norma que contenha o caráter de *jus cogens*.⁴³

Considerando a redação de LAUTERPACHT (“ato que o direito internacional considera ilícito”) muito ampla, o relator WALDOCK preferiu escrever seu artigo da maneira considerada “análoga” ao enunciado proposto por FITZMAURICE, limitando os casos de ilicitude às “infrações de princípios e normas com caráter de *jus cogens*”: “*El actual relator especial, en el párrafo 1 del artículo, ha hecho algo análogo, aunque se da cuenta de que con ello no se resuelve enteramente la cuestión de cuáles son exactamente las reglas de derecho internacional que instituyen jus cogens.*”⁴⁴

⁴³ Anuário de la CDI, 1963, vol. II., p.60.

⁴⁴ Anuário de la CDI, 1963, vol.II. p.61

O membro dos EUA na CDI, BRIGGS, sugeriu a retirada do parágrafo 2º do artigo 13, para evitar o estabelecimento de uma lista de regras de *jus cogens*, porque sempre poderia haver o problema de se esquecer de outras regras com a mesma natureza. Também sugeriu uma nova redação, em que ficava visível a oposição de seu país em relação à expressão latina “*jus cogens*”: “Um tratado é nulo se seu objeto é incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral, à qual nenhuma derrogação é permitida, a menos que seja em virtude de uma nova norma de direito internacional geral.”

O parágrafo 3º do artigo estabelece a divisão do tratado, tornando sem efeito apenas a parte conflitante com *jus cogens*, se esta for secundária em relação ao objetivo principal do tratado. Neste caso, o restante deveria permanecer intacto, na opinião do relator. O artigo 13 também trata da possibilidade de extinção ou modificação de *jus cogens* por um tratado multilateral geral, nos termos do parágrafo 4º.

O artigo 14 do projeto prevê a regra geral de que o conflito de um tratado com um tratado anterior não supõe normalmente uma causa de nulidade. No entanto, estabelece a exceção no parágrafo 4º: “Os parágrafos 1 e 2 não serão aplicáveis se a disposição de um tratado anterior com a qual o tratado posterior está em conflito enuncia uma norma que tem o caráter de *jus cogens* e, neste caso, aplicar-se-á o artigo 13.”⁴⁵ Em seus comentários, o relator deixou claro que “os efeitos jurídicos de um conflito com um tratado anterior é uma questão totalmente distinta daquela do conflito com uma norma de *jus cogens*”, daí sua opção em separá-las em artigo distintos (artigos 13 e 14). Mas pode haver “coincidência quando a regra *jus cogens* está enunciada em um tratado multilateral geral, tal como a Convenção sobre o Genocídio” – por isso a ressalva do parágrafo 4º do artigo 14.⁴⁶ O artigo 14 suscitou inúmeras discussões na CDI, tendo sido analisado em dois períodos de sessões em virtude da

⁴⁵ Anuário de la CDI, 1963, vol.II., p.62.

⁴⁶ Id.

quantidade de questionamentos feitos pelos membros da CDI, inclusive quanto à pertinência de manter em sua redação o parágrafo 4º, tendo em vista que *jus cogens* á havia sido tratado no artigo 13.⁴⁷

Nesse relatório publicado em 1963 (WALDOCK) também havia a previsão de *jus cogens* superveniente, embora com redação distinta à do relator FITZMAURICE:

- Artigo 21. Dissolução de um tratado por ser impossível ou ilícita sua execução. (...) 4. Qualquer parte poderá também pedir que se dê por terminado o tratado se, depois de sua entrada em vigor, o estabelecimento de uma nova norma de direito internacional que tenha o caráter de *jus cogens* fizer com que a execução do tratado seja ilícita em direito internacional.⁴⁸

Tal dispositivo prevê os casos de impossibilidade de execução de tratado nascida de mudanças no próprio direito ou no estado de coisas, as quais o próprio relator considera que “provavelmente não serão muito comuns em direito internacional”. Refere-se WALDOCK a exemplos citados pela doutrina, dentre eles o dos tratados anteriores que não tinham por objeto combater a escravidão, mas sim regulá-la, como o caso do artigo 4º do Tratado Anglo-português de 22/01/1815. “A condenação posterior dessas formas de escravidão pelo direito internacional geral tornou finalmente inaplicáveis os tratados dessa classe.”⁴⁹

Na sessão de 9.7.63, o comitê de redação simplificou a versão original do relator, alterando-a para seguinte redação legislativa:

- Artigo 13: Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) - É nulo todo tratado incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral,

⁴⁷ Anuário de la CDI, 1963, vol.I., p.206 a 212.

⁴⁸ Anuário de la CDI, 1963, vol.II., p.90.

⁴⁹ Anuário de la CDI, 1963, vol.II., p.92.

da qual nenhuma derrogação é permitida e que somente pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter.

No texto final, apresentado à Assembléia Geral, o artigo 13 transformou-se em artigo 37, e o artigo 45 passou a prever que “um tratado será nulo e extinto quando se estabelecer uma nova norma imperativa de direito internacional geral como indicada no artigo 37 e o tratado for incompatível com essa norma”.⁵⁰

Em janeiro de 1966, a Comissão reuniu-se em Mônaco, durante quatro semanas, com o intuito impulsionar os trabalhos e, assim, terminar os artigos sobre Direito dos Tratados, além do tema sobre Missões Especiais. A numeração dos dispositivos foi alterada.

Em relação ao *jus cogens*, essa sessão da CDI consolidou o caráter de não-retroatividade das regras constantes nos artigos 50 e 61 do projeto de artigo – os quais correspondem aos artigos 53 e 64 da atual CVDT. Assim, “o tratado é nulo em sua totalidade quando, no momento de sua conclusão (“*at the time of its conclusion*”), estiver em conflito com uma regra de *jus cogens* já existente”. Do mesmo modo, “se o tratado já existir e uma nova norma imperativa de direito internacional, incompatível, surgir, ele torna-se nulo e extinto” (“*becomes void and terminates*”). O termo torna-se, no entender da CDI, demonstra que a invalidade do tratado ocorre apenas a partir do momento do estabelecimento da nova regra de *jus cogens*. A comprovação de tal entendimento estaria prevista no artigo 67,2, do projeto, que corresponde ao artigo 71,2 da versão final da CVDT.⁵¹

Segundo a CDI, o texto da Convenção prevê um caso especial de nulidade e

50 *Annuaire de la CDI*, 1963, vol.II, p.19 e 211.

⁵¹ “The non-retroactive character of the rules in Articles 50 and 61 is further underlined in Article 67, paragraph 2 of which provides in the most express manner that the termination of a treaty as a result of the emergence of a new rule of *jus cogens* is not to have retroactive effects”. United Nations. Report of the International Law Commission on the law of treaties. *AJIL*. Official Documents., vol. 61, 1967, p. 412.

um caso especial de extinção, porque decorrem exclusivamente da aplicação de uma regra *de jus cogens*. Por isso, no projeto, suas conseqüências foram agrupadas em um único artigo (o artigo 67 (71)), em dois itens, justamente para reafirmar a diferença entre a nulidade original do art. 50 (53) e a anulação e extinção subsequente, do art. 61(64).⁵²

No que respeita à opinião dos Estados sobre os trabalhos da CDI, devem ser acentuadas as observações feitas nessa oportunidade por Luxemburgo, alertando para a incerteza jurídica que o artigo sobre *jus cogens* poderia criar, e por Portugal, para quem o mesmo artigo parecia confirmar uma nova tendência do direito internacional positivo.

Todos os projetos de artigos foram debatidos no Sexto Comitê da Assembléia Geral da ONU (AG), com ênfase nas reuniões de 1963 e 1966. Nessas ocasiões, não houve muita polêmica nem grandes oposições a *jus cogens*, uma vez que os membros da CDI representavam seus estados também no Sexto Comitê.

A Conferência Diplomática foi convocada por iniciativa da Assembléia Geral da ONU e aconteceu na cidade de Viena, em duas sessões: de 26 de março a 24 de maio de 1968 e de 9 de abril a 22 de maio de 1969. Todo seu trabalho teve como base o projeto de artigo elaborado pela CDI⁵³ e resultou na CVDT sobre Direito dos Tratados, cujos artigos referentes a *jus cogens*, na versão final, já foram transcritos no presente trabalho.

Os artigos que tratavam de *jus cogens* foram objetos de inúmeras controvérsias principalmente em decorrência da falta de precisão dos próprios

⁵² “The consequences of the nullity of a treaty under Article 50 and the termination of a treaty under Article 61 both being especial cases arising out of the application of a rule of *jus cogens*, the Commission decided to group them together in the present article [67]. Another consideration (...) was that their juxtaposition would serve to give added emphasis to the distinction between the original nullity of a treaty under Article 50 and the subsequent annulment of a treaty under Article 61 as from the time of the establishment of a new rule of *jus cogens*. Ibid., p. 448.

⁵³ O projeto materializou-se no documento: Nations Unies, A/6309/Ver.1, Rapport de la CDI, 18^o session.

dispositivos e do fato de que a sociedade internacional ainda não teria atingido um estágio em sua evolução capaz de absorver tal idéia. As principais emendas foram apresentadas pelos Estados Unidos Finlândia, México, Finlândia-Grécia-Espanha, Reino Unido, Romênia e URSS. O Comitê de Redação ficou encarregado de fazer o texto definitivo, levando em consideração todas as opiniões dos Estados.⁵⁴

Dentre as principais alterações resultantes da Conferência de Viena em relação ao projeto da CDI, em matéria de *jus cogens*, pode-se destacar:

1. A inclusão da expressão norma “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”, no corpo do artigo 50 do projeto de artigos, que se transformou no artigo 53 da Convenção. A adição foi adotada em votação de 12/05/1969, por 87 votos a favor, 8 contra e 12 abstenções, como consequência do entendimento generalizado de que a redação original mostrava-se muito vaga e imprecisa, passível de gerar instabilidade.⁵⁵

2. A previsão de cláusula que estipulasse a CIJ como competente para julgar pedido referente à aplicação ou interpretação dos artigos relativos a *jus cogens*, que culminou com o já citado artigo 66, a. Aceita por 61 votos, 20 votos contra e 26 abstenções, a inclusão dessa cláusula representou aos conferencistas uma diminuição dos perigos representados pelo *jus cogens*, cujo conteúdo poderia, então, passar a ser definido pela CIJ.⁵⁶

⁵⁴ ELIAS, Taslim Olawale. Problems concerning the Validity of Treaties. **RCADI**, vol. 134, 1971-III., p. 333 -417.

⁵⁵ A adição de tal frase ao artigo teve início com a emenda apresentada, em conjunto, pela Finlândia, Grécia e Espanha, ainda na primeira sessão da Conferência, ao que o comitê de redação da CDI acrescentou a expressão “em seu conjunto”.

⁵⁶Na ocasião, o Japão apresentou emenda separando as controvérsias oriundas de *jus cogens*, para as quais a CIJ seria competente, das demais, para as quais aplicar-se-ia o artigo 33 da Carta da ONU. A Suíça defendia o recurso à CIJ e à arbitragem após tentativas de negociação das controvérsias durante 6 meses. Decepcionados com a decisão da CIJ de 1966, referente ao Caso Sudoeste Africano, os países africanos juntaram-se com outros países e elaboraram a emenda dos 13, que posteriormente passou a ser 19, que previa um mecanismo complexo de solução de controvérsias, com realização de conciliação sob responsabilidade do Secretário Geral da ONU, de um procedimento de arbitragem das Nações Unidas e, em caso de falha, de um tribunal *ad hoc*. Ao final da Conferência,

Até então, a CDI pronunciava seu entendimento no sentido de que não havia diferença entre a alegação de incompatibilidade de um tratado com uma regra de *jus cogens* ou de outra causa de nulidade de tratado, devendo todos os casos seguir o sistema pacífico de solução de controvérsias previsto na Carta da ONU. A inclusão da CIJ decorreu da pressão elaborada pelos diversos países, ainda em seus comentários aos trabalhos na CDI ao longo dos anos, e, principalmente, durante as duas conferências diplomáticas.

Inicialmente, os trabalhos finais da Conferência de Viena geraram dúvidas quanto ao futuro da CVDT em geral, sobretudo em virtude da oposição da França, da abstenção da URSS e dos países do Leste, da ausência da China e da desconfiança presente nas manifestações de diversos Estados. Mas o ceticismo generalizado passou a dar lugar ao entusiasmo decorrente da percepção da amplitude da CVDT, originada de um fórum composto pela grande maioria dos países do mundo, e de seu alto valor como o primeiro grande instrumento codificador do Direito dos Tratados.⁵⁷

Essa foi a evolução legislativa do instituto de *jus cogens*, surgindo na década de 50, a partir da idéia simples de nulidade de tratado cuja execução envolvesse um ato que o direito internacional considera como ilícito, até se chegar à construção complexa das normas imperativas de direito internacional reconhecidas pela comunidade dos Estados em seu conjunto, no final da década de 60. Deve-se ressaltar, ainda, que todo esse progresso ocorreu em tempos difíceis para o desenvolvimento progressivo e

quando alguns países já nem acreditavam mais em seu sucesso, um grupo de 10 países da Ásia e África apresentou uma declaração dirigida à Assembléia Geral, para convidar os países a fazerem parte da CVDT e, juntamente, a versão final do artigo, que foi aceita pela maioria e adotada (61 votos a favor, 20 contra e 26 abstenções). Sobre todos os debates havidos na conferência em relação à cláusula de solução de controvérsias, ver DUPUY, René Jean. Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement. **AFDI**, vol. XV, 1969. pp.71-91.

⁵⁷ Ver opinião nesse sentido, em NAHLIK, Stanislaw E. La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble. **AFDI**, vol. XV, 1969, p. 24-53. Em sentido contrário, CAPOTORTI acredita que a Conferência de Viena adotou regras sem nenhum fundamento na prática dos Estados e na jurisprudência internacional, tendo contribuído, portanto, para o desenvolvimento do direito internacional e não para a sua codificação, no senso restrito do termo. CAPOTORTI, F. L'extinction et la suspension des traités. **RCADI**, vol. 134, 1971-III, p. 521.

codificação do Direito Internacional, haja vista que o mundo vivia o auge da Guerra Fria, dividido entre as concepções ocidentais e socialistas de direito, sociedade e relações internacionais. Em que pese algumas falhas e omissões, se a CVDT representou um grande avanço na regulamentação internacional do direito dos tratados, suas previsões específicas sobre *jus cogens* tiveram a mesma importância em relação ao direito das nulidades dos tratados.

O texto final, ao prever a coação como vício do consentimento e os artigos 53 e 64 sobre *jus cogens*, na opinião de TRINDADE, pode “servir de ilustração das polaridades de tensão entre o bilateralismo e os interesses gerais da chamada “comunidade internacional”: a Convenção oscila constantemente entre ambos, pois, por exemplo, se por um lado se salienta o *jus cogens*, por outro lado é importante notar que a Convenção *não* adota a tese – tão defendida no passado por McNair – de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.”⁵⁸

Apesar de ser a grande novidade da CVDT, *jus cogens* ainda gera dúvidas quanto ao seu escopo, ou seja, ainda se questiona quais seriam as regras que compõem esse direito cogente. “Embora a sociedade internacional contemporânea tenda a aceitar a existência de normas peremptórias de direito internacional, é difícil precisar o conteúdo do “*jus cogens*” devido ao seu caráter revolucionário, de consequências ainda inimagináveis, e em razão de ser recente a tomada de consciência da qual resultou.”⁵⁹ Esse assunto referente ao escopo do *jus cogens* será tratado no capítulo 4, adiante.

3.1.3 *Jus Cogens* na CDI atualmente

O projeto de artigos sobre Direito dos Tratados, que serviu como base para

⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 13.

⁵⁹ RODAS, op.cit., p. 128

CVDT , é o grande referencial para o estudo do *jus cogens*. No entanto, com o passar dos anos, *jus cogens* demonstrou ser um instituto de muita utilidade para a codificação de outras áreas do Direito Internacional. Isso ficou comprovado com os posteriores trabalhos da CDI, que o utilizou em novos projetos de artigos e, assim, contribuiu para sua consolidação. Passaremos a tratar daqueles que foram objeto de estudo do último *quinquennium* e que citaram *jus cogens*:

a) Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos ⁶⁰

O projeto do relator especial James CRAWFORD foi concluído pela CDI em 2001 e enviado à AG, com a recomendação de que fosse transformado posteriormente em convenção. O tema da Responsabilidade Internacional estava presente há mais de quatro décadas na pauta dos trabalhos da CDI, onde foi objeto de inúmeros debates, principalmente em relação à cláusula 19, que tratava dos crimes internacionais. Foram relatores especiais da matéria os membros da CDI: F. V. Garcia AMADOR, M. AGO, M. RIPHAGEN, G. Arangio RUIZ. Sendo 2001 o último ano do *quinquennium* da CDI, a finalização do projeto acabou sendo muito elogiada nas reuniões do Sexto Comitê da AG.⁶¹

⁶⁰ Todas as citações de artigos deste projeto no presente trabalho serão traduções livres que faremos dos documentos oficiais da ONU, haja vista que ainda não encontramos no Brasil tradução oficial para o português.

⁶¹ “Introducing the Commission’s report on its 2001 session, Mr. Kabatsi [the Chairman of the ILC] said that the Commission intended that the draft articles should have general application to the entire field of international law. (...) The Chairman of the Sixth Committee, Pierre Lelong, said the year had been an exceptionally productive and creative one for the Commission. The draft articles on State responsibility would constitute a milestone in the commission’s work and also in modern international law. (...) After their finalization the articles would become the most authoritative statement available on questions of State responsibility, the representative of Finland said on behalf of the Nordic countries. (...) Given the careful balance and construction of the text, the draft articles as adopted by the Commission would hopefully be acceptable to States, the representative of New Zealand said”. ONU. Sixth Committee of the General Assembly of United Nations. **Legal Committee is told Law Commission has finalized draft on state responsibility for international lawbreaking.**

Os seis informes do relator Amador, no período de 1961 e 1962, regularam o tema de modo específico, relacionado principalmente à responsabilidade por danos causados a estrangeiros, principalmente quanto à condição do estrangeiro no território do estado, acesso ou denegação da justiça, exigibilidade ou não de esgotamento dos recursos internos. Nenhum deles recebeu a concordância da AG.

Seu sucessor, M. AGO foi presidente da subcomissão criada em 1963 pela CDI, com o objetivo único de trabalhar o assunto da responsabilidade internacional. Seu enfoque foi muito mais amplo, partindo das disposições da Carta sobre o sistema de responsabilidade em caso de ameaça e ruptura da paz e ato de agressão, inclusive com a possibilidade de recomendação do Conselho de Segurança para se proceder à ruptura das relações com estados violadores, além da responsabilidade em caso de violação repetida dos seus princípios. Os trabalhos do relator AGO sobre esse tema acabaram tornando-se referência na CDI, criando o que se chamou de “fórmula AGO”⁶².

J. CRAWFORD, acompanhando as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade internacional, ousou ao escrever seu projeto e fazer inúmeras modificações em relação aos projetos de seus antecessores.

O texto foi dividido em quatro partes: O Ato Internacionalmente Ilícito de um Estado, Conteúdo da Responsabilidade Internacional de um Estado, a Execução da Responsabilidade Internacional de um Estado e Disposições Gerais.

Fifty-sixth General Assembly GA/L/3188, 29 October 2001. Capturado em 8/3/02. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>.

⁶² “La Subcomisión, que se reunió en enero de 1963, recomendó en su informe que se diera un alcance mucho más general a la cuestión de la responsabilidad de los Estados. La Comisión decidió que era preciso “seguir atentamente las repercusiones eventuales que la evolución del derecho internacional pueda tener sobre la responsabilidad”, mientras que algunos miembros estimaron que debía “darse especial importancia al estudio de la responsabilidad de los Estados en el mantenimiento de la paz, tomando en consideración los cambios sobrevenidos en el derecho internacional desde hace algún tiempo”. En su 19º periodo de sesiones, la Comisión confirmó el alcance general de la cuestión. Tal es en lo sucesivo el mandato de la Comisión, aprobado por la Asamblea General, en cuanto al alcance de la cuestión y la incidencia en la misma de la evolución del derecho internacional.” **Anuario de la CDI**, 1976, vol.1. p.89.

Dentre as principais inovações do esboço de 2001 em relação aos anteriores, destacam-se:

1. O próprio nome do projeto, que deixou de ser “Responsabilidade Internacional” para se chamar “Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos”, fórmula encontrada para distingui-lo de outro tema em discussão na CDI⁶³ e do tema da responsabilidade no direito interno.

2. A principal mudança ocorreu com a supressão do famoso artigo 19, que tratava dos crimes internacionais. Partindo da distinção dos atos ilícitos em duas categorias: crime internacional e delito internacional, aquele dispositivo estabelece a responsabilidade internacional como decorrente do cometimento de um crime, conforme se atesta de sua redação:

- Artigo 19. 1. Um ato do Estado que constitui uma violação de uma obrigação internacional é um ato internacionalmente ilícito, independente do conteúdo da obrigação violada.
- 2. Um ato internacionalmente ilícito, que resulta de uma violação por um Estado de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação é reconhecida como um crime por esta comunidade no seu conjunto, constitui um crime internacional.
- 3. Em referência ao parágrafo 2º, e sobre as bases das regras de direito

⁶³ “Responsabilidade Internacional pelas conseqüências prejudiciais de atos não-proibidos pelo direito internacional (prevenção de dano transfronteiriço resultante de atividades perigosas)”, cujo projeto de artigos também foi finalizado em 2001. Em inglês, o termo correto (e distinto de *International Responsibility*) é *International Liability*, que não possui tradução para o português. Utilizamos a expressão *Responsabilidade Internacional* baseados na tradução oficial da ONU para o espanhol: *Responsabilidad internacional*. (Programa provisional del 53º período de sesiones. A/CN.4/512). Esse projeto trata da responsabilidade por atos que não são considerados ilícitos, mas que mesmo assim causam danos, como o caso de construção de central nuclear, usina termoeletrônica, etc. O fato de causarem danos ou riscos não implica que eles sejam ilícitos, por isso se utiliza a expressão “não-proibidos”. É uma lógica diferente, então se buscou a noção de “liability” e de “responsabilidade por conseqüências”.

internacional em vigor, um crime internacional pode resultar, *inter alia*, de: “a) uma violação séria de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz e segurança internacional, como a que proíbe a agressão; b) uma violação séria de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito de autodeterminação dos povos, como a que proíbe o estabelecimento ou a manutenção, pela força, de dominação colonial; c) uma violação séria em larga escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, como a que proíbe a escravidão, o genocídio e o *apartheid*; d) uma violação séria de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e preservação do ambiente humano, como a que proíbe a poluição massiva da atmosfera e dos mares.”

4. Qualquer ato internacionalmente ilícito que não seja um crime internacional de acordo com o parágrafo 2º constitui um delito internacional.

A opção por um texto tão extenso e abrangente, incluindo noções de crime e delito, reconhecimento por toda a comunidade internacional e interesses fundamentais, foi assim justificada pela CDI:

Para que uma obrigação internacional deva ser considerada verdadeiramente como essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional e para que sua violação constitua um crime internacional, é necessário que o caráter essencial dessa obrigação esteja reconhecido pela comunidade internacional em seu conjunto. Essa obrigação deve apresentar um caráter vital para a existência ou a sobrevivência da comunidade internacional e não para um grupo de Estados, por mais importante que ele seja, como por exemplo o grupo dos países não-alinhados ou outro.⁶⁴

Os estudiosos do direito internacional durante muito tempo utilizaram os

⁶⁴ Anuário, 1976. vol, 1, p. 93.

trabalhos da CDI, sobretudo esse artigo 19, para desenvolverem o tema dos crimes internacionais.

A aproximação de *jus cogens* com a responsabilidade internacional e, principalmente, com crimes internacionais sempre foi discutida. Na opinião de DUGARD, o paralelo entre o artigo 19 e *jus cogens* é “*self-evident*”.⁶⁵ DUPUY concorda que são temas intimamente ligados, que tiveram evolução paralela, apesar do primeiro conceito estar mais relacionado à responsabilidade contratual e o segundo à responsabilidade penal. Inclusive menciona o autor que a dupla utilização da expressão “comunidade internacional em seu conjunto” não ocorreu por caso.⁶⁶

Levando em consideração tal proximidade, CRAWFORD fez a previsão da responsabilidade internacional a partir de uma nova abordagem: incluiu as normas imperativas e retirou os crimes internacionais. A reformulação ficou evidente já no título do Capítulo II, 2º Parte: “Violações graves de obrigações contraídas em virtude de normas imperativas de direito internacional geral”. Seus principais artigos seguem transcritos:

- Art. 41. Aplicação deste capítulo. 1. O presente capítulo aplicar-se-á à responsabilidade internacional gerada por uma violação grave por um Estado de uma obrigação que emane de uma norma imperativa de direito internacional geral. 2. A violação de tal obrigação é grave se implica no descumprimento manifesto ou sistemático da obrigação pelo

⁶⁵ DUGARD, John. **Recognition and the United Nations**. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, p. 144.

⁶⁶ “L’identité des termes employés par l’article 19-2 avec ceux que retient l’article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités n’est évidemment pas fortuite. (...) On sera alors tenté d’affirmer que le crime n’est plus autre que la violation, hors du champ contractuel, d’une norme de *jus cogens*. (...) La sanction pénale serait ainsi, dans l’ordre délictuel, le pendant de la nullité dans l’ordre contractuel.” DUPUY, Pierre-Marie. Observations sur le “crime international de l’Etat”. **RGDIP**, vol. 84, 1980, p. 460-461. O mesmo autor entende, ainda, que tal identidade consagra uma lenta evolução tendente a investir os Estados de um direito objetivo de ação visando à manutenção da legalidade internacional, embora não se saiba ainda que tipo de ação é essa nem qual será seu procedimento. DUPUY, Pierre-Marie. Action publique et crime international de l’Etat. **AFDI**, 1979, p. 553-554.

Estado responsável.

- Art. 42. Conseqüências particulares da violação grave de uma obrigação em virtude do presente capítulo. 1. Todos os Estados colaborarão para por fim por meios lícitos a toda violação grave no sentido do artigo 41. 2. Nenhum Estado reconhecerá como lícita a situação criada por uma violação grave no sentido do artigo 41, nem prestará ajuda ou assistência para manter essa situação.

Alguns membros da CDI tentaram manter a expressão “crime internacional”, tendo o mesmo acontecido com diversas delegações de países nos trabalhos do 6º Comitê, de 2001, e também em 2002, quando a CDI entregou o relatório com a versão final do projeto de artigos:

“Algunas delegaciones aceptaron el artículo 41 como medida en la dirección adecuada y transacción aceptable que pondría fin al largo conflicto sobre el antiguo artículo 19. Sin embargo, diversas delegaciones opinaron que la definición de violación grave era demasiado general y que esto tenía serias consecuencias para otros artículos contenidos en la segunda parte bis al originar un riesgo de uso indebido por parte de Estados que pretendieran actuar en interés de la comunidad internacional, por ejemplo, adoptando contramedidas colectivas.”⁶⁷

Ainda em relação a *jus cogens*, o projeto prevê o artigo 26 bis, capítulo V da primeira parte, referente a circunstâncias que excluem a ilicitude (consentimento, legítima defesa, contramedidas em relação a fatos internacionalmente ilícitos, força maior, perigo extremo e necessidade) e também o artigo 51, capítulo II da terceira

⁶⁷ ONU. **Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52ª período de sesiones.** Resumen por temas, preparado por la Secretaria, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones (2000). A/CN.4/513. p. 22. Na sessão de 2001, o representante de Israel (Yoram Dinstein) manifestou que ele “could not share the confidence of the Special Rapporteur that *jus cogens* coincided with the norms listed. It was a popular tendency to spread the wings of *jus cogens* to an ever-increasing roster of rules of international law, and it was time to consider to what extent any such enumeration was realistically justified”. Já o delegado da Polônia (Wladyslaw Czaplinski) disse que ele “did not see any reason why grave breaches were limited to peremptory norms of international law.” ONU. Sixth Committee of the General Assembly of United Nations. **Legal Committee reviews process for dealing with draft articles on state responsibility.** Fifty-sixth General Assembly GA/L/3189, 31 October 2001. Capturado em 8/3/02. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>.

parte, referente a contramedidas.

- Art. 26. Cumprimento de normas imperativas. Nada no presente capítulo excluirá a ilicitude de qualquer fato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação nascida de uma norma imperativa de direito internacional geral.
- Art. 51. Obrigações que não podem ser afetadas pelas contramedidas.
 1. As contramedidas não afetarão: (...) d) Outras obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional.

Há muito tempo a CDI já se preocupava com os limites que devem ser impostos à admissão das contramedidas e muitas discussões existiram em relação à inclusão de *jus cogens*, no sentido de se fazer uma previsão legal visando condenar as contramedidas adotadas pelos Estados em violação às regras *jus cogens*.⁶⁸

No que respeita a esses dois artigos, referentes à exclusão de ilicitude e adoção de contramedidas, e sua relação com as normas imperativas, a CDI mencionou em seus “Comentários” algumas hipóteses que facilitaram o entendimento da matéria. Assim, por exemplo, o estado de necessidade não pode escusar o desrespeito a *jus cogens* e um ato de genocídio, que é uma violação de *jus cogens*, não pode ser motivo para se exercer uma contramedida, ou seja, ele não pode justificar um “contragenocídio”.⁶⁹

⁶⁸ “Il sera donc nécessaire, pour la formulation des projets d’articles, de réfléchir soigneusement, et toujours à la lumière de la pratique, aux limites absolues traditionnellement reconnues à l’admissibilité des contre-mesures (force, droits de l’homme, envoyés diplomatiques) et voir si elles ne devraient pas être complétées par la condamnation non seulement des contre-mesures prises en infraction aux règles du *jus cogens*, mais encore des mesures qui transgressent des règles posant des obligations *erga omnes*”. Annuaire de la CDI, 1991, vol. II, première partie, par. 122. p.37.

⁶⁹ “It is however desirable to make it clear that the circumstances precluding wrongfulness in Chapter V of Part One do not authorize or excuse any derogation from a peremptory norm of general international law. For example, a State taking countermeasures may not derogate from such a norm; the secondary legal relationship arising from an unremedied breach of an international obligation does not displace peremptory obligations under general international law. A genocide cannot possibly justify a counter-genocide, for example. The plea of necessity likewise cannot excuse the breach of a peremptory norm. It would be possible to incorporate this principle expressly in each of the articles of Chapter, but it is more economical and more in keeping with the overriding character

THIERRY enfatiza que os trabalhos da CDI sobre responsabilidade internacional suprem a lacuna deixada pela CIJ, que nunca se pronunciou sobre as “conseqüências do fato que todos os Estados têm um interesse jurídico na proteção de determinados direitos, decorrentes de normas *jus cogens*”⁷⁰. Por isso, refere-se ao projeto de artigos apresentado anteriormente por M. RIPHAGEM, em que o relator fazia a previsão de obrigações a serem cumpridas pelos Estados em virtude da ocorrência de um crime internacional, que THIERRY assimila como as obrigações decorrentes da violação de uma norma de *jus cogens*. Tratava-se de “a) de obrigação de não reconhecer como legal uma situação decorrente de um crime internacional; b) de não prestar ajuda e assistência ao Estado que cometeu este crime, a fim de manter a situação criada pelo referido crime; c) de juntar-se aos outros estados para prestar assistência mútua na execução dessas obrigações.”⁷¹

Os trabalhos referentes à responsabilidade internacional foram os que tiveram maiores repercussões no estudo do tema de *jus cogens*. No entanto, outros projetos de artigos também fizeram breves referências ao tema, as quais serão expostas na seqüência:

b) Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática

O tema da Proteção Diplomática foi incluído na agenda da CDI pela Resolução AG nº 52/156. Em 1997, a CDI indicou como relator especial Mohamed BENNOUNA que, tendo sido eleito juiz do Tribunal Penal para julgar os crimes na ex-Iugoslávia, foi substituído em 1999 por Chistopher John R. DUGARD. O projeto prevê também *jus cogens*, nos artigos que seguem:

of this class of norms to deal with the basic principle separately”. International Law Commission. Fifty-third session. ILC (LII)/SR/CRD.1/ADD.3. 28 June 2001. p.32.

⁷⁰ THIERRY, Hubert. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 222, 1990-III, p. 63 et seq.

⁷¹ Annuaire CDI, 1982, II, p.25 apud THIERRY, Hubert. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 222, 1990-III, p. 65.

- Artigo 3. O Estado da nacionalidade tem o direito de exercer proteção diplomática em benefício de um nacional lesado ilegalmente por outro Estado. Sujeito ao artigo 4, o Estado da nacionalidade tem a discricção no exercício deste direito.
- Art. 4. 1. A menos que a pessoa lesada seja capaz de impetrar ação judicial referente a tal lesão em um tribunal ou a uma corte internacional competentes, o Estado de sua nacionalidade tem o dever legal de exercer proteção diplomática em benefício da pessoa lesada, mediante requerimento, se a lesão resultar de um grave descumprimento de uma norma de *jus cogens* imputável a outro Estado.⁷²

Este artigo foi duramente criticado pelos Estados nas reuniões do ano 2000 do 6º Comitê, uma vez que a concessão de proteção diplomática é um poder discricionário do Estado, não devendo, portando, ser imposto como dever legal, em nenhuma circunstância.⁷³

c) Projeto de Artigos sobre Atos Unilaterais dos Estados

Também reiterado como tema para a CDI na resolução 52/156, teve Vitor Rodríguez CEDEÑO como relator especial.

- Art. 5. Invalidez dos atos unilaterais. Um Estado deve invocar a invalidez de um ato unilateral: (...) 6. Se, no momento de sua

⁷² ONU. Report of the International Law Commission. Fifty-second session. General Assembly. Official Records. Fifty-fifth session. Supplement nº 10 (A/55/10). p.155.

⁷³ “ Hubo apoyo general para la supresión del artículo 4. El artículo (...) se consideró una propuesta de *lege ferenda*, ya que no tiene el apoyo de la práctica de los Estados. Al igual que otros, este artículo refleja la influencia fundamental de lo que podría llamarse la “lógica de los derechos humanos”, y no se consideró adecuado que la Comisión incluyera ese tipo de lógica en su estudio. Se destacó que se debe seguir concibiendo a la protección diplomática como un derecho y no una obligación del Estado.” ONU. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52ª período de sesiones. Resumen por temas, preparado por la Secretaria, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones (2000). A/CN.4/513. p. 41.

formulação, o ato unilateral conflitar com uma norma peremptória de direito internacional.⁷⁴

Tal artigo teve aceitação pacífica no 6º Comitê no ano 2000⁷⁵, sendo que em 2001 a Comissão solicitou aos Estados que repassassem informações adicionais sobre suas práticas em atos unilaterais, além de responderem a um questionário realizado pelo Relator Especial, referente ao tema.

3.1.4 O Brasil e *jus cogens*

O projeto final de Convenção sobre o Direito dos Tratados, que seria posteriormente examinado na Conferência de Viena, foi objeto de minucioso parecer do Professor Haroldo VALLADÃO, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. As disposições sobre *jus cogens* foram em geral aceitas⁷⁶, tendo sendo criticada apenas a falta de clareza da CVDT sobre a aplicação ou não das nulidades aos tratados existentes antes de sua aprovação. O relator sugeriu que fosse escrito um texto genérico no final do Projeto, prevendo a “irretroatividade de suas disposições”.

A intervenção do delegado do Brasil, Embaixador Gilberto AMADO, na 1ª Sessão da Conferência da ONU sobre Direito dos Tratados, em Viena, no dia 7 de maio de 1968, demonstrou que o país posicionou-se favoravelmente à idéia de limite à

⁷⁴ ONU. Report..... Supplement nº 10 (A/55/10). op.cit, p. 184.

⁷⁵ Con respecto al artículo 5 del proyecto, relativo a la nulidad del acto unilateral, se señaló que constituía una buena base provisional par la elaboración de normas sobre el tema. (...) Se expresó apoyo al párrafo 6 relativo a la nulidad cuando el acto unilateral contravenía una norma imperativa del derecho internacional. Al respecto, se señaló que en general el propósito de una declaración o un acto unilateral no era surtir efectos que fueran incompatibles con una norma de *jus cogens*. ONU. Informe ... A/CN.4/513. op.cit., p. 51.

⁷⁶ “A norma imperativa, o *jus cogens* do direito internacional, ainda é muito restrita (...), mas há evidentemente, de ser preservada. É assunto delicado, dado o caráter inovador do Projeto, matéria desconhecida na Convenção Pan-americana sôbre Tratados.” Projeto de Convenção sobre o Direito dos Tratados. Parecer do Professor Haroldo Valladão. Rio de Janeiro, de 21 de março de 1968.

liberdade contratual dos estados. No entanto, AMADO ressaltou a importância de *jus cogens* estar assentado sobre a “base fundamental da prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais internacionais”. Defendeu o artigo 50, sobre *jus cogens*, mas se colocou a favor da inclusão, em seu texto, do princípio da irretroatividade, já sugerido pelo Consultor Jurídico do Itamaraty e considerado pela delegação brasileira como “essencial”.

Oscilando entre a tradição jurídica internacional e a nova regra que se anunciava, o delegado brasileiro assim se pronunciou:

A comunidade mundial progredia indubitavelmente rumo à institucionalização do direito internacional. A comunidade conseguia formular regras, mas no direito internacional ainda não havia meios de implementação paralelos aos do direito interno. O Comitê viu-se diante de um dilema. Deveria adotar a atitude pessimista da delegação australiana, ou o abordamento inflexível da delegação do Reino Unido? Deveria suprimir a inovação nobre e arrojada proposta pela Comissão no artigo 50 em contrapartida ao grande princípio *pacta sunt servanda*? Na opinião da delegação brasileira, tal procedimento era impensável. (...) Uma assembléia de juristas honestos, cultos, patriotas ainda que internacionalmente inclinados, que deveria aceitar o princípio da primazia do universal sobre o particular, deveria coletivamente envidar esforços para assegurar que a regra do *jus cogens* não fosse sacrificada. Não restava dúvida de que o *jus cogens* não se tratava apenas de um princípio ou de uma aspiração, mas de uma realidade confrontando todos os Estados no direito internacional contemporâneo.⁷⁷

Infelizmente, todo o empenho demonstrado pela delegação do Brasil não se refletiu em engajamento do país para ratificar a CVDT .

Em 22 de abril de 1992, o Presidente da República, Collor de MELLO, através da Mensagem nº116/1992, enviou o texto da CVDT à consideração do Congresso Nacional, acompanhado da Exposição de Motivos nº 136, elaborada pelo Ministro de Estados das Relações Exteriores, Celso LAFER.

A Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados concordou com a maioria dos artigos, mas sugeriu que fossem feitas reservas aos artigos 25 e 66.

⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Repertório da prática brasileira do Direito Internacional Público** (período 1961-1981). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p.140 e 141.

Elaborou, então, o Projeto de Decreto Legislativo nº 214-A⁷⁸, que recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Injustificadamente, tal projeto encontra-se parado na Câmara dos Deputados, onde será ainda objeto de apreciação e deliberação em plenário, para posteriormente ser enviado ao Senado Federal.

Uma vez que o Brasil está vinculado à CVDT por força do direito consuetudinário, parece-nos que aquelas alegações não se constituem em motivos suficientes para fazer-lhes reservas. O artigo 25 prevê a aplicação provisória de tratado, enquanto o artigo 66 trata do recurso à CIJ - cuja jurisdição obrigatória o Brasil ainda não reconheceu - no caso de controvérsia sobre aplicação ou interpretação dos artigos da CVDT sobre *jus cogens*, já tratado no item 3.1.1 da presente monografia.

Ocorre, porém, que país já ratificou outros tratados multilaterais que prevêm a jurisdição da CIJ e, em sua prática internacional, também já colocou em vigor provisoriamente um tratado. O correto, portanto, seria seguir as palavras de AMADO e aderir imediatamente a essa CVDT, mostrando aos mais de 120 países do mundo que já a ratificaram que o Brasil está comprometido com o direito internacional.

3.2 INDIVIDUALIZAÇÃO DO TERMO

Os artigos da CVDT permitem uma compreensão objetiva não só do conceito de *jus cogens*, mas também de sua função de limitação à conclusão de acordos entre os sujeitos de direito, visando à proteção dos valores e interesses superiores da comunidade internacional dos Estados. HANNIKAINEN encontra nas normas peremptórias duas funções básicas: representarem meios específicos de

⁷⁸ A ementa do Projeto assim estabelece: “Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os artigos 25 e 66; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa.”

proibição de atos e acordos *inter se* que causem danos à comunidade internacional e proibirem sua própria derrogação, por qualquer tipo de ato realizado pelos sujeitos do direito internacional.⁷⁹ O presente capítulo tem por objetivo particularizar seu estudo, localizando *jus cogens* dentro da disciplina do Direito Internacional Público, ora o distinguindo, ora o aproximando de outros institutos pertencentes à disciplina.

3.2.1 Ordem pública

O conceito e a função de *jus cogens* são muito similares aos de ordem pública do direito interno, tendo em vista que ambos representam uma limitação à atuação dos sujeitos de direito. Enquanto *jus cogens* restringe os tratados celebrados pelos Estados, internacionalmente, a ordem pública delimita os contratos firmados pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em âmbito interno.

Por isso muitos autores transportam a noção de ordem pública do direito interno para o contexto da sociedade dos Estados, afirmando existir uma verdadeira ordem pública internacional. A analogia com *jus cogens* não tarda a aparecer: “Há, certamente, uma conexão muito estreita entre os dois conceitos e, dado que quando *jus cogens* é violado a ordem pública internacional é necessariamente afetada, há que ser aceito que a expressão *jus cogens* deve também ser usada de uma maneira mais ampla, como um termo para descrever os elementos essenciais da ordem pública internacional.”⁸⁰

A ordem pública também se deduz do fato de que, com o advindo da noção de *jus cogens*, as normas do direito internacional passaram a proteger os interesses da

⁷⁹ HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law**. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988. p.9.

⁸⁰ SAITO, Yasuhiko. **International Law as a Law of the World Community: World Law as Reality and Methodology. The Spirit of Uppsala: proceedings of the Joint UNITAR-Uppsala University Seminar on International Law and Organization for a New World Order (JUS 81)**. Uppsala 9-18 June 1981. Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1984, p. 240.

comunidade.⁸¹

No entanto, há que se levar em consideração as peculiaridades da sociedade internacional, tão distintas da sociedade local. O direito internacional atua numa sociedade sem a presença de poder central, convive com o instituto da imunidade de soberania, depende da cooperação dos Estados, e impõe sanções coletivas. Por isso CHRISTENSON apresenta quatro argumentos para demonstrar a imperfeição dessa analogia: a) a ordem pública no direito interno mantém o monopólio do controle pela sua aplicação a indivíduos que pretendam contratar em desacordo com essa ordem pública, sendo que tais indivíduos não podem afastar a jurisdição das cortes; b) os Estados soberanos podem escolher a forma da preponderância do interesse público interno sobre acordos privados incompatíveis, podendo anulá-los ou terminá-los, através da recusa em executá-los ou sancioná-los pela lei; c) a ordem pública interna opera numa estrutura hierárquica e com poder central em que as partes privadas normalmente solicitam a assistência de juízes e oficiais estatais para fazerem cumprir seus acordos; d) normas de *jus cogens* operam numa estrutura descentralizada e num contexto horizontal. A decisão de tornar nulo um acordo internacional pode gerar a colisão de vontades políticas distintas, porque requer a adesão estrita das nações, apelando para o reconhecimento de todos em relação à intensa demanda e expectativa de que determinados princípios gerais são aceitos de modo amplo. Essa situação pode, ainda, permitir a manipulação da utilização de *jus cogens* pelas nações mais potentes, para imporem-se sobre as demais.⁸²

⁸¹ “*Jus cogens* reflected a concept of an international community. Like a domestic legal order, the international legal order has certain fundamental principles that may not be violated. With *jus cogens*, international law norms came to protect community interests. They reflected the existence of an international *ordre public*.” QUIGLEY, John. Law for a world community. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, vol. 16:1, fall 1989, p. 19.

⁸² “Private individuals must adjust arrangements to accommodate the common public order or face official coercive orders nullifying private agreements contrary to that order. The conflict between States and the world community is between different kinds of political systems of control. In this situation then, the most powerful elites speaking for the international community may simply impose their version of a suitable ideology in the guise of peremptory norms. However, the interests of

Ao invés da teoria da *ordre public*, há autores que preferem a analogia de *jus cogens* com a idéia de *raison d'état*⁸³ ou ainda de ordem constitucional internacional.⁸⁴

3.2.2 Fonte de Direito Internacional Público

Uma regra de *jus cogens* gera novas situações nas relações internacionais, sendo que a conseqüência mais imediata de seu estabelecimento é a anulação de toda norma que lhe for contrária. Daí sua relação intrínseca com o tema das fontes do Direito Internacional.

GAJA chama atenção a uma constatação, mencionada também pelo presidente do comitê de redação da CDI: os termos “aceitos” e “reconhecidos” são tirados do artigo 38 do Estatuto da CIJ e refletem, como este artigo, “*a formalistic approach*” ao problema das fontes de direito.⁸⁵

A relação entre os dois institutos implica em várias discussões. A primeira diz respeito à possibilidade de outras fontes de direito internacional estarem em conflito com *jus cogens*. A CVDT trata exclusivamente de **tratados** em conflito com

international society intervening between a government and its citizens will not easily transform the nation-state system of order.” CHRISTENSON, Gordon A. *Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*. **Virginia Journal of International Law**, vol. 28:585, spring 1988, p. 602.

⁸³ “The public order analogy has been offered to support a central juridical idea limiting the capacity of sovereign States to enter treaties or undertake unilateral actions contrary to peremptory norms. Even accepting the desirability of a separate system for an international public order override, however, this analogy remains incomplete. A better analogy might be found in the worldly idea of *raison d'état* and its place in a “reason of system” or balance of power.” CHRISTENSON, Gordon A. *Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*. **Virginia Journal of International Law**, vol. 28:585, spring 1988, p. 643.

⁸⁴ “Inevitablemente, y prescindiendo del tiempo que ello requiera para su consagración definitiva, el “jus cogens” llegará a ser el orden constitucional de la comunidad internacional. El “jus cogens” será para los Estados en la comunidad internacional lo que para los gobiernos y los gobernados es la constitución en las sociedades nacionales.” JUNCAL, Julio Angel. La norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”) los criterios para juzgar de su existencia. **Revista Jurídica Argentina La Ley**, vol. 132, oct/dic 1968, p. 1204.

⁸⁵ GAJA, op.cit., p. 284.

norma imperativa de direito internacional geral, existente ou superveniente, bem como de suas conseqüências.

Ora, se os acordos entre os estados são nulos, o mesmo deve acontecer quando os demais princípios e atos também estiverem em desacordo com uma norma imperativa de direito internacional geral, caso em que se deve estender tal efeito aos costumes e princípios gerais do direito. SCHELLE referia-se aos princípios gerais do direito como sinônimo de costume geral que, no direito internacional, opõe-se ao costume especial. Para o autor, o costume pode ser identificado pela repetição e concordância dos princípios gerais das sociedades políticas estatais em caso de deficiência de um costume ou uma convenção particular.⁸⁶

A questão também se põe em relação aos atos unilaterais dos estados conflitantes com *jus cogens*. THIERRY et al. questionaram-se sobre o assunto e criticaram o “desenvolvimento incompleto” do *jus cogens* e seu “exame parcial”, pela via da CVDT, trazendo incertezas sobre a noção e sobre a hierarquia que ela carrega consigo. Os autores mencionam que o Estado que reconhecer um ato unilateral do Estado contrário à norma imperativa poderá ser considerado como cúmplice da violação do direito e tal reconhecimento será nulo ou desprovido de efeito.⁸⁷ DUGARD dá relevo especial à relação intrínseca entre não-reconhecimento e *jus cogens*. “Se a prática do não reconhecimento deve ficar dentro de limites razoáveis, ela deve estar confinada aos casos que ofendem de modo mais sério o direito internacional e a ordem pública. O melhor modo de se conseguir isso é limitando o não-reconhecimento aos casos envolvendo a violação de uma norma peremptória.”⁸⁸

⁸⁶ SCHELLE, George M. **Précis du droit des gens**. Tomo II, 1934, *passim*.

⁸⁷ Os autores citam um exemplo questionador: “Un Etat commet un acte d’agression, contraire à l’interdiction du recours à la force. Indépendamment d’une éventuelle action coercitive qui relève du Conseil de sécurité, ne doit-on pas admettre que toutes les conséquences juridiques de cet acte sont nulles?” THIERRY, Hubert et al. **Droit International Public**. Paris: Éditions Montchrestien, 1975. p.176.

⁸⁸ DUGARD, John. *op.cit.*, p. 163.

Em segundo lugar, importa notar quais são as fontes, dentre aquelas que constam no artigo 38, pelas quais a norma imperativa de direito internacional geral pode exteriorizar-se.

Há entendimento generalizado na doutrina de que os acordos ou tratados multilaterais podem instituir *jus cogens*. Resta saber se eles podem criá-lo ou apenas manifestar uma regra dessa natureza, já existente. FOIS divide os estudos em duas correntes doutrinárias: a) que concebe o acordo entre países como ato meramente declaratório de normas de *jus cogens* preexistentes, devido à “*inidoneità dell'accordo, in quanto fonte di diritti ed obblighi per le sole parti contraenti, a dar vita a norme di diritto internazionale generale*”, na qual se enquadram, entre outros, BARBERIS, REIMANN, SZTUCKI, RONZITTI; e b) que reconhece no acordo uma função constitutiva de normas internacionais cogentes, ainda que a eficácia do tratado seja limitada às partes contraentes, haja vista que a regra *jus cogens* não precisa nascer de um consenso unânime dos países da comunidade internacional, mas pela decisão de seus componentes essenciais. Favoravelmente a esse entendimento manifestam-se TUNKIN, ELIAS, ROZAKIS, LACHS, ROBLEDO e o próprio FOIS, que amplia tal idoneidade e identifica, à luz dos princípios e da prática, uma função constitutiva também no tratado de codificação, em relação às normas de direito internacional geral, e conseqüentemente, “*nella formazione e nello sviluppo dello jus cogens.*”⁸⁹

É mister lembrar o entendimento de ROBLEDO, quando explicita que *jus cogens* existe exclusivamente no campo dos tratados, ou seja, no consenso dos Estados consubstanciado num acordo: “(...) na atualidade, no terreno de *lege lata*, *jus cogens* se reduz à atividade contratual dos Estados e, somente numa hipótese de *lege ferenda*, poderá se pensar um dia em estendê-lo aos atos unilaterais.”⁹⁰

Em que pese tais tendências, há autores como Krystyna MAREK E Julio

⁸⁹ FOIS, Paolo. La funzione degli accordi di codificazione nella formazione dello *jus cogens*. **Le droit international a l'heure de sa codification**: etudes en l'honneur de Roberto Ago. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 287-306. passim.

⁹⁰ ROBLEDO, op.cit., p. 92.

BARBERIS) que entendem que somente o costume pode ser fonte de direito internacional geral, o que, conseqüentemente, exclui a possibilidade de criação, por via de tratado, de *jus cogens*. O artigo 53 da CVDT, no entanto, demonstra que tal visão é equivocada, tendo em vista que versa sobre *jus cogens* como espécie do gênero “direito internacional geral”, devendo, então, ser entendido de forma mais ampla.

BARBERIS explica que o costume internacional pode ter o caráter de *jus cogens*. Há entendimento consolidado de que um estado somente pode se desvencilhar de uma norma costumeira se opuser-se a ela de maneira clara e reiterada, e ainda, antes da formação de tal norma. No entanto, a oposição será ineficaz se essa norma tiver o caráter de *jus cogens*, o que o autor exemplifica com a proibição de política de *apartheid*: ela é reconhecida como norma peremptória que nenhum Estado pode derogar por meio de acordo objetivando implementar tal política. Em que pese o fato da África do Sul ter se oposto reiteradamente à formação de tal norma, esse país continua vinculado a ela.⁹¹ Em razão da admissão de uma norma costumeira com caráter de *jus cogens* e, como lembra o autor, do princípio de que as cláusulas convencionais declaratórias de um costume não perdem as características próprias de direito costumeiro, deve acentuar-se a conseqüência de que sempre que uma cláusula convencional codificar uma regra costumeira de *jus cogens*, ela continuará possuindo essa mesma característica e não poderá ser objeto de reserva ou ab-rogação.⁹²

Este último caso pode ser estendido ao princípio geral do direito, que também pode vir a ser codificado por um tratado. Nessas duas hipóteses, o tratado não terá criado um *jus cogens*, mas apenas terá reproduzido o conteúdo do costume ou do princípio.

Deve-se ressaltar, porém, que a própria concepção de princípios gerais do direito como fonte de direito internacional geral é polêmica na doutrina, apesar de já

⁹¹ Nesse sentido o autor cita o parecer consultivo da CIJ de 21/6/1971. (CIJ, Recuel 1971, p. 57 e 58). BARBERIS, Julio A. Reflexions sur la coutume internationale. *AFDI*, vol. XXXVI, 1990, nota 144.

⁹² *Ibid.* passim.

estar consolidada no âmbito legislativo⁹³. Para alguns autores, os princípios são a fonte principal que se traduz na própria existência de *jus cogens*. QUADRI entende que os princípios possuem uma força superior àquela das outras regras, como o costume e o tratado, condicionando a força obrigatória destes últimos, que devem ser considerados nulos, quando em contradição com os primeiros. “Se isto é verdadeiro”, diz QUADRI, “nada impede de falar de uma ordem pública internacional no sentido do direito internacional público, ou seja, de um conjunto de regras obrigatórias (*jus cogens*) que afastam toda regra contrária, quer de origem costumeira, quer de origem convencional ou pactícia.”⁹⁴

ROZAKIS diverge e afasta a possibilidade de um princípio ter caráter de *jus cogens* por duas razões: a) a CVDT, que criou o instituto, utilizou a expressão “norma de direito internacional geral”, e o princípio geral do direito não é uma “norma”; b) a importância dos princípios gerais do direito, que de acordo com a corrente majoritária são princípios no foro doméstico, está gradativamente perdendo espaço no sistema legal internacional.⁹⁵

Quanto à extensão do *jus cogens* aos atos unilaterais dos Estados, ela parece conflitar com a própria essência do instituto haja vista que tais atos não representam a comunidade internacional em seu conjunto; não são capazes de se estabelecerem no patamar das regras de direito internacional em que a derrogação é impossível; não podem afastar acordo em contrário e, finalmente, não podem criar normas universais,

⁹³ A consolidação dos princípios gerais do direito como fonte do Direito Internacional deu-se com a formulação do artigo 38 do Estatuto da CPJI, que, na época gerou inúmeras discussões, muitas delas semelhantes àquelas travadas atualmente em relação ao *jus cogens*, principalmente quanto às noções de “princípios superiores a todas as controvérsias”, “princípios suprapositivos”, “princípios reconhecidos pelas nações civilizadas” Sobre tais debates em torno do artigo 38, a doutrina anterior e posterior a essa previsão e a aplicação jurisprudencial dos princípios gerais do direito, pela CPJI, ver VERDROSS, Alfred. *Les principes généraux* ...p. 195-249.

⁹⁴ QUADRI, R. *Cours général de droit international public*. **RCADI** 1964-III, tome 113, p. 335. Apesar de reconhecer *jus cogens*, o autor o compreende como uma exceção “no jogo normal da autonomia contratual”.

⁹⁵ ROZAKIS, Christos L. *op.cit.*, p. 57-58, nota 25.

por incoerência conceitual. Portanto, não haveria como uma norma imperativa se exteriorizar sob a forma de ato unilateral.

BROWNLIE analisa a extensão das conseqüências do conceito de *jus cogens* para além do direito dos tratados. Assim, menciona a irrelevância de institutos como protesto, reconhecimento e aquiescência, quando relacionados a normas *jus cogens*, e também lembra que a prescrição não pode excluir a ilegalidade produzida pelo desrespeito a tal norma. Além disso, *jus cogens* restringe vários privilégios, como no exemplo do agressor que não pode se beneficiar da regra pela qual os beligerantes não podem ser responsáveis pelos danos causados em estados neutros por operações militares.⁹⁶

Finalmente, deve ser enfatizada uma terceira hipótese de discussão: a idéia de *jus cogens* como a própria fonte formal de Direito Internacional Público.

O processo de geração de *jus cogens* decorre, para PERDOMO, da sua aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional em seu conjunto. Isso exclui o costume, os princípios gerais do direito e os tratados multilaterais como fontes geradoras de *jus cogens*, exatamente porque eles não representam a comunidade internacional em seu conjunto. Esta, segundo o autor colombiano, somente pode se reunir em duas ocasiões: “na Assembléia Geral das Nações Unidas ou numa conferência internacional universal”. *Jus cogens* torna-se, assim, a própria fonte geradora de direito internacional: “O processo normativo especial do *jus cogens* parece confirmar a existência de uma nova fonte de direito internacional, constituída pelas normas imperativas, fonte que não aparece nas disposições do artigo 38 do Estatuto da Corte internacional de Justiça, que enumera as fontes tradicionais do direito internacional.”⁹⁷

⁹⁶ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1966. p.418.

⁹⁷ PERDOMO, Caicedo J. La teoría del *ius cogens* em derecho internacional a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados. **Revista de la Academia colombiana de jurisprudência**, janvier-juin, 1975, p. 263. apud ROBLEDÓ, op.cit. p. 177.

Para finalizar, é importante acentuar que alguns autores afastam completamente essa hipótese de *jus cogens* ser a própria fonte. Para STROZZI, assiste-se a uma tentativa da comunidade internacional de identificar e codificar uma série de princípios fundamentais que constituem o parâmetro de legitimidade de normas internacionais, uma espécie de “constituição material do ordenamento internacional”:

In particolare, poi, nell’ambito di tali principi, viene a configurarsi ed emergere un nucleo ristretto di norme o principi “supremi”, aventi sicuramente medesima natura, ma provvisti di una forza giuridica speciale o “superiore” – ancora una volta non formale ma sostanziale – sugli altri principi e norme anche convenzionali: sone le c.d. norme cogenti o imperative. **Non si tratta dunque di teorizzare la nascita di una nuova fonte normativa** [grifo nosso]: la loro prevalenza deriva unicamente dalla superiorità dei valori che tutelano e dal consenso “rinforzato” o duplice consenso che ricevono dagli Stati, un consenso che concerne la loro esistenza come “principi” e un consenso che concerne il loro carattere di imperatività.⁹⁸

3.2.3 Hierarquia

A ausência de graduação de autoridade nas fontes de Direito Internacional sempre foi ponto pacífico na disciplina. No entanto, com o advindo da previsão na CVDT sobre norma imperativa que gera a nulidade do tratado que com ela conflite, a idéia de existência de hierarquia retornou aos debates acadêmicos.

No direito interno, a hierarquia é um elemento constante. As diversas fontes de direito apresentam variação de força já em seu surgimento, sendo que Constituição do país ocupa, em regra, a posição mais elevada. As concepções do direito (formalismo, naturalismo e realismo) e os modos de discursos jurídicos (controle, exegese e filosofia) são construídos sobre a estrutura hierarquizada das leis.

No entanto, há que se ter cautela na transposição dessa concepção para o direito internacional, haja vista a influência que a hierarquia gera no tomador de decisões e a possibilidade de reversibilidade das posições hierárquicas.

⁹⁸ STROZZI, Girolamo. I “principi” dell’ordinamento internazionale. **La comunità internazionale**, vol. XLVII, n. 1-2, primo e secondo trimestre 1992, p. 173-174.

VIRALLY não concebe a existência de uma hierarquia entre as normas de direito internacional, conforme a ordem decrescente de força jurídica citada nos trabalhos da Comissão (normas imperativas ou *jus cogens*; dispositivas e supletivas). *Jus cogens* exprime uma hierarquia rigorosa apenas entre as normas que pertencem a ele e as normas advindas de tratados particulares. Portanto ele está ao lado das normas dispositivas ou supletivas, não acima delas. A distinção entre *jus cogens* e *jus dispositivum* não é hierárquica, haja vista que ambos constituem-se classes das normas de direito internacional geral, cuja diferença se dá em relação à validade ou nulidade dos tratados particulares que pretenderem revogá-los. Portanto, a hierarquia que o *jus cogens* introduz ocorre entre as normas de direito internacional geral com esta característica e as normas do direito internacional particular, regional, local ou bilateral.⁹⁹

MONACO distingue a hierarquia das fontes internacionais, cuja posição superior é ocupada pelos princípios constitucionais, que apresentam eficácia superior àquela das normas costumeiras e convencionais, da hierarquia das regras, que apresenta dificuldades de definição, tendo em vista a falta de ordem de prioridade entre costumes e tratados, determinada apenas pelo critério temporal. Por isso os teóricos do direito internacional fizeram a distinção entre normas dispositivas e normas imperativas. Para MONACO, estas últimas estão conectadas com a idéia de ordem pública, mas ressalta: “(...) as normas imperativas mais importantes, aquelas que se colocam como inderrogáveis aos olhos de todo o mundo, não são regras que possuem uma eficácia normativa direta. Trata-se, como se sabe, de regras de estrutura, que compreendem sobretudo as normas sobre a produção jurídica”¹⁰⁰, ou seja, normas inerentes à natureza do direito internacional.

Cautelosos, DINH, DAILLIER e PELLET reconhecem uma “hierarquização

⁹⁹ VIRALLY, op.cit. passim.

¹⁰⁰ MONACO, Ricardo. Cours général de Droit International Public. **RCADI**, tomo 125, 1968-III, p. 209.

embrionária” no direito das gentes, em virtude da consagração jurídica da “comunidade internacional” decorrente da noção de *jus cogens*.¹⁰¹ Acentuam, porém, que a hierarquia se dá entre as normas jurídicas, mantendo absoluto o postulado de que as fontes formais não são hierarquizadas. O princípio hierárquico se aplica, então, no caso de um conflito entre uma norma imperativa (*jus cogens*) e outra norma, convencional ou costumeira. A superioridade de tais regras decorre de seu caráter imperativo, conforme previsto na CVDT, não podendo ser deduzida de sua origem, de seu procedimento de elaboração – que continua sendo uma fonte clássica, formal.¹⁰²

3.2.4 Conflitos

Sendo a proibição do uso da força e o princípio da autodeterminação dos povos dois exemplos de normas imperativas, BRONWLLIE questiona sem apresentar resposta: Se um estado usa a força para implementar o princípio da autodeterminação, é possível assumir que um aspecto de *jus cogens* é mais significativo que outro?¹⁰³

O questionamento do publicista inglês demonstra uma lacuna existente na CVDT, que não regulamenta a hipótese de conflito entre duas ou mais normas *jus cogens*.

STROZZI propõe uma análise do conteúdo da norma para resolver tal conflito, com preponderância daquele que representa o maior interesse da comunidade internacional: “*Il conflitto non potrà risolversi a priori o in astratto, ma di volta in volta in base alla “forza” o autorità dei principi in conflitto, nel senso di far prevalere quello che è ritenuto tutelare un interesse della collettività preminente o più*

¹⁰¹ “De même, si les règles du droit des gens sont peu hiérarchisées, faute de hiérarchie entre les organes ‘législateurs’, on y assiste à l’apparition, récente, d’une hiérarchisation embryonnaire, correspondant à la consécration juridique, encore très timide, de la ‘communauté internationale’. Tel est le sens de la notion de *jus cogens*.” DINH, DAILLIER e PELLET, op. cit., p. 90.

¹⁰² Ibid., p. 115.

¹⁰³ BROWNLIE, op.cit., p.418.

significativo in quel particolare momento storico o in relazione alle specifiche esigenze emergenti in connessione al caso concreto o in rapporto agli Stati direttamente interessati.”¹⁰⁴

Em caso de impossibilidade de se estabelecer tal prevaecimento, o autor italiano defende a idéia de estabelecimento de princípios ou regras “*di collisione*”, com o objetivo de resolver os conflitos. Assim, explica que o princípio da autodeterminação coordenado com a proibição de discriminação racial resolve o conflito com o princípio de integridade territorial, em favor do primeiro; o conflito entre princípio de soberania sobre recursos naturais e princípio de tutela do meio ambiente – na hipótese de atividade destruidora realizada no próprio território – pode ser resolvido a partir do princípio da cooperação, pelo qual a omissão de cooperar faz prevalecer o aspecto da tutela do interesse da comunidade internacional à proteção do meio ambiente que está sendo destruído.

Tem-se resolvida, assim, a inquietação de BROWNLIE.

3.2.5 Regionalismo e *jus cogens*

BARBERIS revela que as normas de *jus cogens* só podem ser universais, não a admitindo em âmbito regional: “*Un orden jurídico regional puede estar constituido por las mismas normas que conforman el orden jurídico universal, excepto los principios generales de derecho y las normas de jus cogens. Em efecto, los principios generales de derecho son, por esencia, principios de carácter universal y no pueden existir como principios regionales. Igualmente, las normas de jus cogens tienen siempre carácter universal*”.¹⁰⁵

Já na opinião de GAJA, nenhuma razão convincente já foi dada para retirar a

¹⁰⁴ STROZZI, op.cit., p. 177.

¹⁰⁵ BARBERIS, Julio A. **Las normas jurídicas propias del derecho internacional latinoamericano**. XXV Curso de Derecho Internacional. Subsecretaria de Asuntos Jurídicos OEA, 1999. p.36.

possibilidade de existência de normas peremptórias não-universais, ou seja “regionais”. A CVDT parece usar, na opinião do autor, um “*unjustifiably restricted concept*” de norma peremptória. Valores prevaletentes em grupos regionais não conflitam necessariamente com valores operantes num espaço maior. A grande similaridade de valores em estados que pertençam a um grupo particular pode permitir que normas adquiram o caráter de imperatividade somente no contexto regional, e também pode facilitar a “invalidação dos tratados concluídos pelos membros do grupo”, que são contrários àquelas normas.¹⁰⁶

No caso de se considerar como “radicalmente nulos” todos os acordos concluídos em violação de regras imperativas de caráter regional, REUTER salienta que “não há nenhuma dúvida de que tal nulidade, havendo uma base convencional, não pode, em virtude das regras mais seguras do direito dos tratados, ser oposta aos Estados estrangeiros à comunidade considerada, mas é obrigatória nas relações dentro da própria comunidade.”¹⁰⁷

A possibilidade de haver *jus cogens* regional parece adquirir força quando se analisa as fontes normativas de blocos econômicos regionais, sobretudo da União Européia. Em virtude da supranacionalidade que esta possui, e que a distingue de outros processos de integração, as regras estipuladas pelos órgãos comunitários têm força jurídica nos ordenamentos internos, e sobre eles prevalecem em caso de conflito - tal como previsto para *jus cogens* internacional, na CVDT .

3.2.6 Símbolo e Mito

Os símbolos são signos que representam, mediata ou imediatamente, uma manifestação consciente, de caráter coletivo, cujo conteúdo pode variar segundo a realidade em que está inserido. Exterioriza-se sob a forma de figuras, que podem ser

¹⁰⁶ GAJA, op.cit., p. 284.

¹⁰⁷ REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*, 3^e ed. revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Puf, 1995. p.120.

místicas, religiosas, matemáticas ou lingüísticas.¹⁰⁸

Jus cogens pode ser conceituado como a representação de normas superiores, seja em razão de sua forma, porque está acima das demais devido a sua força capaz de anular todo tratado que lhe seja contrário, seja em virtude de seu conteúdo, porque substancialmente representa os valores mais caros da comunidade internacional. Sob esse ponto de vista, *jus cogens* pode ser considerado um signo de conotações conceituais – para usar a expressão de MORA - e, portanto, um símbolo.

CHRISTENSON reconhece essa simbologia em *jus cogens*, mas imediatamente contrapõe os problemas que ele pode causar no âmbito interno dos países:

They then form part of the general category *jus cogens*: a symbol for unwritten constitutional guidance to the positive law-making power of sovereign nation-states reflecting those interests most basic to international society. Paradoxically, this normative symbol is both hopeless chimera and hopeful myth. While it contains the possibility of intense demands from a global society, these demands may conflict with interests of governments.¹⁰⁹

A utilização de linguagem simbólica é detectada por CHARLESWORTH e CHINKIN, que enfatizam que “[n]a literatura jurídica internacional sobre *jus cogens*, o uso de linguagem simbólica para expressar conceitos fundamentais é acompanhado de abstrações. Então, existe uma tensão entre o pesado simbolismo lingüístico empregado para explicar a natureza indispensável de normas de *jus cogens* e a natureza essencialmente abstrata e não-conclusiva de suas formulações.”¹¹⁰

¹⁰⁸ “Dentro de las primeras [doctrinas epistemológicas] el símbolo es el modo como se ha expresado um realidad a través de notaciones conceptuales, lingüísticas –o significativas – no correspondientes a um universo inteligible y substantive.” MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975, tomo II, p. 673, ‘símbolo y simbolismos’.

¹⁰⁹ CHRISTENSON, op.cit., p. 589.

¹¹⁰ CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine. The gender of *Jus Cogens*. **Human rights quarterly**, february 1993, vol.15, nº.1, p. 67. Adeptas da corrente feminista do Direito Internacional, as autoras associam a procura por padrões universais, abstratos e hierárquicos a modos masculinos de pensar, e por isso entendem que o desenvolvimento da doutrina do *jus cogens* indica sua origem de gênero. Propõem como alternativa uma revisão feminista do *jus cogens*, que rompe com

Não se pode deixar de lembrar que *jus cogens* também pode ser concebido como um mito, por ter algo de fabuloso, imaginário e impreciso. ECHEVERRÍA explica que “o mito há de expressar em forma sucessiva e anedótica o que é supratemporal e permanente, o que jamais deixa de ocorrer e que, como paradigma, vale para todos os tempos.”¹¹¹

Nessa linha de pensamento, REUTER lembra que “[n]ão há dúvida que o sucesso desta noção é devido às esperanças, por vezes míticas, que ela suscitou entre aqueles que sentem as injustiças do direito positivo (...)”.¹¹²

Como os mitos foram muitas vezes idealizados e utilizados para justificar determinadas ações, muitas vezes arbitrárias e violentas, CHRISTENSON não acredita que a comunidade internacional vai aceitar essa ordem fictícia, que representa o “espírito do mundo”, denominada *jus cogens*:

The world *jus cogens* could symbolize those few principles of humane public order necessary for a decentralized world community. It could act as a mediating symbol of authority and language of public order without central institutions. But words have lost meaning. The world community distrusts embracing this kind of myth as a means to legitimate action. Nietzsche, Santayana, or even Thurman Arnold might have applauded using the myth as symbol for the untethered creative spirit free to experiment. However, if both unintended violence, flowing from abstractions invoked in a reign of terror, and intentional violence, used to back a social revolution, are suspect when justified by such a myth, most surely suspect would be a creative “World Spirit” synthesized in power at the hierarchical apex or foundation of a mystical order called *jus cogens*.¹¹³

a dicotomia público/privado e valoriza outros aspectos, como o direito à igualdade sexual, alimentação, liberdade de reprodução, libertação do medo da violência e opressão, e paz.

¹¹¹ ECHEVERRÍA, José apud MORA, op.cit., p. 210.

¹¹² REUTER, Paul. **Direito Internacional Público**. Editorial Presença, p. 31.

¹¹³ CHRISTENSON, op.cit.,p. 631.

4 AS OPINIÕES

4.1 DOCTRINA

4.1.1 Posições contrárias e favoráveis

Logo após os primeiros trabalhos da CDI sobre direito dos tratados que versaram sobre *jus cogens*, assistiu-se a um grande desenvolvimento da doutrina jurídica sobre o assunto, que continua até os dias atuais. Embora tenha havido uma certa resistência no início, a grande maioria dos estudiosos do Direito Internacional revelou-se favorável ao novo instituto. No entanto, há ainda alguns autores que demonstram ceticismo em relação a *jus cogens*, enquanto outros o negam com veemência.

STRYDOM vê uma similaridade muito grande entre *jus cogens* e os elementos sociológicos na formação das leis, da teoria positivista de VON JEHRING no século XIX, que foi posteriormente radicalizada pela escola sociológica na jurisprudência (EHRlich e DUGUIT). O autor não crê na originalidade do instituto pois para ele o que existe, em realidade, nada mais é do que a mera transferência da tradicional vontade dos estados para a vontade da comunidade.¹¹⁴

ROUSSEAU sempre enfatizou a dificuldade da transposição da noção de ordem pública do direito interno para o direito internacional e fez duras críticas ao artigo 53 da CVDT que, em sua opinião, simplesmente “responde à questão pela

¹¹⁴ “The disappointing, somewhat alarming, phenomenon in this whole development is that it has brought about little more than a shift in emphasis. Instead of the unpopular traditional doctrine of ‘state will’ being the only formal source of law, we find the (international) community will being the only, formal source of law. From the positivism of state will we move to the positivism of the community will. Or as Von Jehring has put it in his famous *Der Zweck in Recht*: the higher egoism of the community.” STRYDOM, H. A. *Ius Cogens: Peremptory Norm or Totalitarian Instrument?* South African Yearbook of International Law, vol. 14, 1988-1989, p. 42.

questão”.¹¹⁵

Embora não se posicione expressamente contra a formulação de *jus cogens*, WEIL tece inúmeras ponderações e adverte para os riscos que pode sofrer o sistema normativo internacional com o aparecimento de temas como: teoria do *jus cogens*, distinção entre crimes e delitos internacionais, conceito de regra de direito internacional geral e noção de obrigação *erga omnes*. Para o autor, ao lado de deficiências estruturais da sociedade internacional, a normatividade internacional possui também fraquezas conceituais, originadas de dois fenômenos: graduação e diluição normativas. Este último decorre da crescente indeterminação dos titulares de direitos e obrigações, causada pelo surgimento de obrigações *erga omnes* e pela generalização do caráter obrigatório da regra costumeira que, absorvendo a regra convencional, impõe-se mesmo contra a vontade do Estado. Já a graduação normativa advém da distinção que se deve fazer não mais entre o que é norma e o que não é norma, mas sim da diferenciação entre normas ordinárias e normas mais fortes e mais obrigatórias (*jus cogens*). Tal identificação é incerta por ser material, ou seja, decorre da análise de seu conteúdo, por ser realizada pela “comunidade de estados”, e por permitir o deslocamento da norma de uma categoria para outra, gerando instabilidade e transformando a normatividade em uma comodidade de linguagem. Para o autor, esses novos fatores geram a “relativização da normatividade do Direito Internacional”, tornando-o incapaz de cumprir suas funções: constituir-se num conjunto de normas jurídicas e regulamentar as relações internacionais. Por isso instiga a resistência. “*La dislocation de la structure normative du droit international et la dénaturation de ses fonctions sont loin d’être une certitude. Il est temps encore pour les juristes de réagir*”.¹¹⁶

¹¹⁵ “Dire qu’une norme internationale est impérative parce qu’elle n’est pas susceptible de dérogation n’est pas une réponse très sérieuse au problème posé.” ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**. Paris: Sirey, 1970, vol.I, p.150.

¹¹⁶ WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en Droit International? **RGDIP**, tomo 86, 1982/1. passim.

TUNKIN explica que o professor italiano Angelo SERENI decisivamente rejeita a existência de princípios imperativos no direito internacional, apesar de prever, na mesma linha de diversos outros autores italianos, a existência de “princípios que refletem as características constitucionais” específicas na ordem e comunidade internacionais. No entanto, mesmo tais princípios não podem derogar uma norma convencional ou costumeira. SERENI é considerado como um dos juristas mais radicais da escola positivista italiana.¹¹⁷

Para NISOT, o direito é, por definição, cogente, haja vista que ele existe para impor seus preceitos. Como o direito interno caracteriza-se pela subordinação, a expressão *jus cogens* é exata neste âmbito, embora se apresente com um verdadeiro truísmo. No entanto, no campo internacional as relações são essencialmente de coordenação e a própria noção de direito não tem a sua significação usual, que caracteriza a ordem jurídica interna. Então, como tal direito pode estar compreendido na noção de *jus cogens*? O autor reconhece que existem juristas que respondem afirmativamente a essa questão, mas denuncia que eles não conseguem determinar o conteúdo de *jus cogens*. E isso sobrecarrega o direito internacional com um “suplemento de incerteza”.¹¹⁸

Vários autores do início do século XX são citados como negadores da existência de normas imperativas. STRUPP, por exemplo, cita o termo *jus cogens* uma única vez, de modo indireto e refutando-o, ao expor seu entendimento de que existe somente uma fonte material de direito das gentes, que é o tratado.¹¹⁹ No entanto, parece-nos que tal negação decorre muito mais do contexto histórico em que tais

¹¹⁷ SERENI, Angelo Sereni. *Diritto internazionale*. I, 166-170 apud TUNKIN, op.cit., p.149.

¹¹⁸ NISOT, Joseph. Le concept de *jus cogens* envisagé par rapport au Droit International. *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, p. 1-7.

¹¹⁹ “Cela n’exclut naturellement pas la possibilite pour des États, qui ne sont en principe aucunement liés par du *jus cogens*, d’élever *ad hoc* ou par voie générale d’autres normes au rang de normes internationales *entre eux*. STRUPP, Karl. Les règles générales du droit de la paix. *RCADI* 1934, vol. 1, p. 329.

estudiosos fizeram seus cursos e obras do que da consciência plena sobre o instituto. Até a década de 40, muito pouco era discutido sobre *jus cogens* e a maioria que o fazia, negava sua existência, talvez pela surpresa, inabitualidade ou desconhecimento. Neste grupo de internacionalistas, pode-se incluir, por exemplo, VON LISZT (1925).

O grande opositor da idéia de *jus cogens* é, sem dúvida, SCHWARZENBERGER. Seu objetivo é tentar demonstrar que *jus cogens* é tão precário quanto qualquer norma *jus dispositivum*, e, para isso, usa como exemplo a “doutrina Stimson”¹²⁰: o princípio do não-reconhecimento de aquisição territorial pela força, previsto no art. 10 do Pacto da Sociedade das Nações, tem caráter de *jus cogens*. Em que pese tal fato, os membros daquela sociedade não deixaram de reconhecer o rei da Itália como imperador da Etiópia.

Explica o autor que *jus cogens* pressupõe a existência de uma ordem *de jure*, que disponha de estrutura legislativa e judicial, com capacidade de formular regras de política pública e força para implementá-la. Na sociedade internacional, os sujeitos atuam em “*spirit of reasonableness*” e as regras, de origem essencialmente consensual, formam uma ordem *de facto* que possui “*remarkable stability*”. De uma forma mais conciliadora e em virtude da prevalência das regras pactuadas pela livre vontade dos estados, admite a possibilidade de *jus cogens* consensual¹²¹. Reconhece SCHWARZENBERGER que há esforços para a construção dessa necessária ordem jurídica, como acontece com as Nações Unidas, cujo resultado é precário, e com as Agências Especializadas das Nações Unidas e as Comunidades Européias, que são

¹²⁰ Na década de 30, o Secretário de Estado norte-americano Henry Stimson proclamou o não-reconhecimento de situação, tratado ou aquisição territorial que fosse obtido através do uso da força - o que ficou conhecido como “doutrina Stimson”.

¹²¹ Admite também a possibilidade da incorporação de um princípio fundamental do direito internacional em tratados multilaterais, o que pode afetar seu caráter, podendo tornar-se uma regra jurídica vinculante, com escopo maior e gerador de legitimidade para outras regras, que lhe serão subordinadas. Isso deve ser comprovado por meio da interpretação do instrumento e seus efeitos limitar-se-ão às partes. “*Inter partes, the principle may be transformed from jus dispositivum into jus cogens*”. SCHWARZENBERGER, G. *The Fundamental Principles of International Law*. RCADI 1955-I, tome 87, p. 213.

muito limitadas em escopo ou quantidade de membros. Por isso conclui : “*Thus, these consensual orders are more properly described as international quasi-orders.*”¹²²

Mas nem só objeções foram formuladas em relação a *jus cogens*. VERDROSS declarava-se favoravelmente à idéia de nulidade de determinados tratados, já no período entre as duas guerras mundiais. Sua teoria distinguia os tratados *contestáveis*, porque eivados de algum vício como erro, dolo, vício do consentimento; dos *nulos*, porque contrários a uma norma positiva impositiva, ou estipuladores de coisa impossível ou moralmente proibida. A idéia era semelhante à noção de *jus cogens*, termo que passou a utilizar a partir da intensificação dos trabalhos da CDI. Foi o pioneiro em defender a idéia e sua grande contribuição foi introduzir o tema dentro da teoria do direito internacional, impulsionando os debates.

Redigiu o professor austríaco um texto em que revelava se “sentir obrigado a defender o projeto contra as críticas que lhe foram feitas pelo eminente advogado inglês, Professor Georg SCHWARZENBERGER.”¹²³. Referia-se o autor ao projeto de artigos discutido durante a sessão de 1963 e que trazia previsão de *jus cogens* no artigo 37.

Para ele, as regras *jus cogens* podem ser divididas em três grupos: 1) são contrárias a *jus cogens* as regras de um tratado que abusam do direito de terceiro estado, sem o consentimento dele e de forma que se torne impossível para ele cumprir com suas obrigações internacionais¹²⁴; 2) são regras de *jus cogens* todas as regras criadas com objetivo humanitário, porque surgem com vistas ao maior interesse da

¹²² SCHWARZENBERGER, Georg. **A Manual of International Law**, 5th. ed. New York/Washington: Frederick A. Praeger Publishers, 1967. p.29-30. Ainda nesse sentido, p. 67: “On the level of *unorganised* international society, international law lacks any rules corresponding to those of *jus cogens* in Roman law or public policy in anglo-Saxon law.”; p. 108: “International *customary* law does not know of any rules comparable to considerations of public policy, public order or *jus cogens* in municipal law.

¹²³ VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in International law. **AJIL**, vol. 60, 1966, p. 55.

¹²⁴ O autor já havia se manifestado sobre essas regras como *contra bonos mores*, em seu artigo datado de 1937. Ver p.8 deste trabalho.

humanidade, como um todo; 3) também são regras com caráter de *jus cogens* aquelas previstas na Carta da ONU e que proíbem o uso da força. Em relação às críticas de SCHWARZENBERGER, VERDROSS contesta a idéia de que uma regra com caráter de *jus cogens* pode ser criada por acordo bilateral, porque isso permitiria que as mesmas partes pudessem revogá-la; também não admite que ela somente possa ser utilizada em tribunais internacionais através de consenso, haja vista que o órgão julgador deve aplicá-la sempre que for competente para decidir sobre um conflito que se refira a tratado *contra bonos mores*, como aquele que normatiza contra a ordem pública internacional, para citar seu exemplo. Discorda dos questionamentos trazidos por SCHWARZENBERGER em relação ao valor e força dos princípios da Carta da ONU, enfatizando sua precariedade, e responde: “(...) *the fundamental principles of the Charter are the most important part of the constitutional law of the present international community*”. E complementa, provocando: “*Everybody who emphasizes its importance strengthens its force. Everybody who decreases its value weakens it.*”¹²⁵

As discussões em torno de *jus cogens* tiveram início num período em que o mundo estava dividido entre duas concepções ideológicas bem definidas. Os estudiosos do direito advindos dos países socialistas apresentavam uma coesão teórica, que esteve presente também nas discussões sobre o direito dos tratados. A defesa que fizeram em relação a *jus cogens* marcou a história desse instituto e é reproduzida na maioria dos trabalhos que o tem como objeto de estudo.

A concepção socialista do direito parte de fundamentos diferentes daqueles utilizados pela corrente ocidental, porque enfatizam os direitos econômicos. Seus autores não reconhecem a divisão do direito entre público e privado, porque entendem que ela foi formulada para atender aos interesses políticos e econômicos da classe dominante. Desprezam conceitos como “comunidade internacional de estados civilizados” e partem das noções de “desenvolvimento progressivo da humanidade” e

¹²⁵ Os princípios fundamentais da Carta são a parte mais importante do direito constitucional da comunidade internacional atual. Todo aquele que enfatiza sua importância, aumenta sua força. Todo aquele que diminui seu valor, enfraquece-os. VERDROSS, *Jus dispositivum...*p.62

“interesses comuns”. No entanto, rejeitam a relação de tais noções com princípios de Direito Natural, porque estes são extraídos da natureza dos seres humanos, sem levar em consideração as características sócio-econômicas de sua existência. Admitem aquelas noções somente se forem fixadas como direito internacional geral, irrevogável, pois entendem que só assim elas vinculam juridicamente os estados.

A doutrina socialista, a partir da década de 50, já tratava da nulidade do tratados que estivessem em conflito com um “princípio básico do direito internacional”, como a igualdade soberana dos Estados. Não utilizava o termo *jus cogens*, mas estava a doutrina em conformidade com a prática soviética das relações exteriores.¹²⁶ Nos trabalhos da CDI, sempre se colocaram a favor da idéia.

Não admitem os socialistas a identificação de *jus cogens* com a hierarquia de normas porque esta advém do direito interno e “depende dos níveis da força legal (“*level of the legal force*”) das regras que, por sua vez, dependem dos níveis dos órgãos competentes para pô-las em prática ou sancioná-las”. Apontam, no entanto, para a extensão da “generalização” ou o “grau da vinculação jurídica” (“*degree of legal bindingness*”) da prescrição formulada pela regra de *jus cogens*”, onde reside sua verdadeira especificidade”. Então, somente o caráter das regras e o escopo de seu reconhecimento dentro da comunidade internacional dos Estados podem ajudar a determinar o grau da vinculação jurídica.¹²⁷

No mundo inteiro, foram tantos outros autores que elaboraram teorias propícias ao *jus cogens*, que não ficaria conveniente tentar citar todos neste capítulo. Os principais expoentes serão revelados ao longo deste trabalho. Cabe agora, ressaltar alguns daqueles que se posicionaram inicialmente contra *jus cogens*, mas que, com a

¹²⁶ Nas palavras de LENIN, citado por ALEXIDZE: “We reject all clauses on plunder and violence, but we shall welcome all clauses containing provisions for good-neighbourly relations and all economic agreements; we cannot reject these.” LENIN, V.I, **On the Foreign Policy of the Soviet State**, Progress Publishers, Moscow, 1973, p. 17 apud ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. RCADI, tomo 172, 1981-III, p. 247.

¹²⁷ ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. RCADI, tomo 172, 1981-III, pp. 219-270. p.237 e 235.

sua consolidação no direito internacional público, mudaram suas opiniões e passaram e aceitá-lo.

ROBLEDO mostra que Paul GUGGENHEIM, em 1951, dizia que os Estados tinham liberdade absoluta na criação de normas de direito internacional, a qual não poderia ser limitada nem por normas morais nem pela ordem pública internacional. Em 1962, chegou a declarar que um mínimo de normas imperativas, formais e substanciais, era absolutamente necessário para assegurar a juridicidade da ordem internacional.¹²⁸

Mc NAIR, citado por MACDONALD, no período entre guerras, mencionava que tratados contrários a certas normas do direito internacional costumeiro ou direito convencional geral eram nulos, mas não estabelecia as bases desse entendimento. Já em sua obra nos anos 60, referia-se claramente às regras que se posicionam numa categoria superior, porque necessárias para proteger os interesses da sociedade dos estados ou para manter os padrões da moralidade pública reconhecidos por tais estados.¹²⁹

KELSEN, em 1929, ao tratar dos direitos fundamentais dos Estados, deu-lhes uma noção muito parecida ao que posteriormente passou a ser considerado *jus cogens*: “(...) *l’existence de ces normes qui ne découlent pas de la volonté de l’État, ce qu’on admet, c’est bien en réalité l’existence d’un ordre supérieur aux États, d’un ordre qui les oblige et leur donne des droits indépendamment de leur volonté.*”¹³⁰

Entretanto, TUNKIN mostra que Kelsen agiu em sentido contrário a

¹²⁸ ROBLEDO, op.cit.,p. 81.

¹²⁹ MACDONALD, R. St. J. *Fundamental Norms in Contemporary International Law. The Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXV, tome XXV, 1987, p. 130.

¹³⁰ E continua, até chegar, também por essa via, à conclusão da primazia do direito internacional: “Si l’on réfléchit que l’on reconnaît exactement le même caractère au principe *pacta sunt servanda*, base du droit international dit volontaire, il apparaît bien que cette conception se rattache elle aussi à l’idée de la primauté de l’ordre juridique international.” KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. RCADI*, 1926, tome 14, p. 305.

GUGGENHEIM e MACDONALD, aceitando inicialmente *jus cogens*, para mais tarde fazer-lhe reservas. Na primeira edição de seu livro “Princípios de Direito Internacional” (1952), KELSEN previu que o “conteúdo de um tratado não deve conflitar com uma norma de direito internacional geral que tenha caráter de *jus cogens*, ao contrário daquela de *jus dispositivum*”. No entanto, na segunda edição (1967) essa citação foi retirada e o autor passou a declarar que “todas as normas de direito internacional geral têm caráter dispositivo e as normas imperativas, as quais não podem infringir as normas de um tratado concluído por dois países ou por um grupo de países, têm somente caráter local”.¹³¹

A quantidade de manifestações doutrinárias, ora convergentes, ora divergentes, demonstra a fertilidade gerada pelo *jus cogens* no terreno acadêmico. Cabe, pois, concluir em concordância com SALCEDO, que anuncia: “a introdução da noção de *jus cogens* no direito dos tratados teve o efeito de causar dois antagonismos e talvez até lógicas irreconciliáveis para coexistir dentro da ordem jurídica internacional: a tradicional - referente ao subjetivismo das relações horizontais entre estados soberanos igualitários; e a revolucionária - referente ao objetivismo inerente à noção de normas vinculantes impostas aos estados”. A justaposição destas duas lógicas é, para o autor, “uma das situações mais férteis no direito internacional contemporâneo”, apesar de reconhecer as deficiências das normas vinculantes e as dificuldades de implementá-las.¹³²

4.1.2 Listagens

Foram inúmeras as tentativas de se estabelecer o conteúdo do *jus cogens*, tendo aparecido diversos critérios e metodologias para cumprir tal objetivo. Vários

¹³¹ TUNKIN, op.cit., p.148.

¹³² SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflexions on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *EJIL*, vol. 8, n° 4. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site: <http://www.ejil.org/jornal/Vol8/No4/art3.html> . par 8 e 10.

autores apresentaram relações de normas que se enquadrariam dentro do conceito.

As maiores contribuições para a identificação de tais normas ocorreram nos próprios debates na CDI, nas opiniões dos países na Conferência de Viena, nas posições doutrinárias levadas na Conferência sobre Direito Internacional, realizada em Lagonissi, na Grécia (1966), e também em diversos debates e obras literárias que surgiram, e ainda surgem, sobre o tema, nas mais diferentes partes do mundo.

A CDI optou por não incluir qualquer exemplo de *jus cogens* no artigo final da CVDT, com o propósito de “evitar qualquer mal entendido” em relação aos exemplos não mencionados e também porque, caso decidisse realizar tal tarefa, teria que realizar um “longo estudo de questões” que ultrapassariam os limites do artigo. Não obstante, em diversos momentos dos trabalhos da CDI, como aqueles realizados no período de sessões de 1966, seus próprios membros tentaram definir, de forma não-exaustiva, alguns tratados que seriam incompatíveis com o *jus cogens*, conforme descrito:

Alguns membros da Comissão estimaram que poderia ser interessante mencionar, a título exemplificativo, algumas das regras mais notáveis, a fim de precisar, assim, a natureza e o alcance geral da regra contida no artigo. Entre os exemplos propostos, figuram: a) o tratado que prevê o emprego ilícito da força contrária aos princípios da Carta da ONU, b) o tratado que prevê a execução de qualquer outro ato que constitua crime perante o direito internacional, c) o tratado que prevê ou tolera a realização de atos tais como a escravidão, a pirataria ou o genocídio, cuja repressão todo Estado deve cooperar. Outros membros foram da opinião de que, ao se citar exemplos, não se poderia deixar imaginar que o alcance do artigo seria limitado aos atos que constituem crimes perante o direito internacional; como outros exemplos possíveis, citou-se os tratados que violam os direitos do homem, a igualdade dos Estados ou o princípio da autodeterminação.¹³³

O artigo 19 do projeto de artigo da CDI sobre Responsabilidade Internacional, elaborado por AGO e já transcrito no presente trabalho, também pode configurar-se num indicativo das normas *jus cogens*: regras que proíbem escravidão, genocídio, *apartheid*, proibição de privar um povo de seu direito de dispor de si mesmo e as normas proibitivas de poluição da atmosfera e dos mares.

¹³³ Annuaire de la CDI, 1966, vol. II, p. 270.

Durante a Conferência de Viena, os representantes da antiga URSS elaboraram uma grande lista, exaustiva, com o conteúdo do *jus cogens*, que não foi aceita pelos participantes. Dentre outros, estavam previstos os princípios de não-agressão, de não-ingerência em assuntos internos dos estados, de igualdade soberana, de autodeterminação, além dos princípios previstos nos artigos 1 e 2 da Carta da ONU.

Na Conferência de Lagonissi inúmeras sugestões foram apresentadas pelos grandes internacionalistas que participaram do evento.¹³⁴ Para exemplificar, importa notar a proposta dos socialistas, que invocaram como *jus cogens* os princípios previstos na Resolução 2625 da AG, que contém a “Declaração dos princípios de direito internacional que se referem às relações de amizade e de cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas”. O texto dessa Declaração resultou do trabalho de um comitê especial composto de vinte e sete membros, todos juristas, que se reuniu no México em 1964. Ao todo são sete princípios codificados, a saber: proibição da ameaça ou do uso da força; solução pacífica dos conflitos; não intervenção; obrigação de cooperação recíproca; igualdade de direitos e direito dos povos de dispor deles mesmos (autodeterminação); igualdade soberana dos Estado e princípio da boa fé.

Individualmente, diversos autores apresentaram regras que, em seus entendimentos, deveriam compor o conteúdo de *jus cogens*. A Carta da ONU é comumente tratada como um exemplo, quer em sua integralidade, como entende DUPUY¹³⁵, quer em alguns de seus dispositivos, como demonstra ACCIOLY¹³⁶.

¹³⁴ Ver Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi, April 3-8, 1966, Papers and Proceedings, **The Concept of Jus Cogens in Public International Law** 85, 103 (1967) (Summary Record).

¹³⁵ “Nevertheless, the promotion of the Charter as the effective and stable constitution of the international community constitutes a challenge of particular importance. There are many reasons for that, both political and legal. The Charter of the United Nations is at the same time a political project and a legal commitment for its member states as well as a binding treaty and programme of ambitious cooperation. It is at the same time the basic covenant of the international community and the world constitution, already realised and still to come.” DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutional*

O princípio *pacta sunt servanda* também foi, muitas vezes, identificado como *jus cogens*. VIRALLY explicou que essa visão é uma contradição *in se*, pois não se pode vislumbrar a hipótese dos Estados convencionarem derrogar, por via de tratado, uma norma que exatamente confere aos tratados seu caráter obrigatório.¹³⁷

Na opinião de JENKS, *jus cogens* inclui as regras e princípios do direito internacional que protegem as estruturas (“*foundations*”) da lei, paz e humanidade da ordem internacional, como a proibição do uso da força; que caracterizam certos lugares e recursos como de uso comum da humanidade, como os oceanos e o espaço aéreo e seus potenciais recursos; e também aqueles que tratam da dignidade humana e dos direitos humanos dela derivados.¹³⁸

SCHWELB assevera que, se há um tema “que no direito internacional atual parece ser um candidato com sucesso à regulação pelas normas peremptórias, é certamente a proibição de discriminação racial”, inclusive porque a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965, limita o direito de fazer-lhe reservas, embora não limite a possibilidade de denúncia.¹³⁹

Sobre esse assunto, e antes de passar para o tema do conteúdo de *jus cogens*,

Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 1, 1997, p. 33.

¹³⁶ “Hoje em dia já não se discute a prioridade da Carta das Nações Unidas tida como a *higher law*. (...) O *jus cogens* e a Carta das Nações Unidas são hierarquicamente superiores aos demais tratados, mas por motivos diferentes. É errado considerar todos os artigos da Carta como sendo de *jus cogens*, visto que alguns podem ser modificados pela vontade das partes.” ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 35.

¹³⁷ “Certains auteurs ont placé, em raison de la place qu’elle occupe dans l’ordonnement juridique international, la norme *pacta sunt servanda* dans la catégorie du *jus cogens*; cette inclusion ne paraît pas justifiée. On voit mal en effet, comment des Etats pourraient, par voie de traité, convenir de déroger à une norme qui, précisément, confère aux traités leur caractère obligatoire. Il s’agit d’une véritable contradiction *in se*.” VIRALLY, op.cit., p.10.

¹³⁸ JENKS, C. Wilfred. **A new world of law?** A study of the creative imagination in international law. London: Longmans, 1969. p.169-170.

¹³⁹ SCHWELB, Egon. Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the international law commission. **AJIL**, vol. 61, 1967, p. 956. O tema das reservas será retomado no item 4.1.3.1, referente aos direitos humanos.

é oportuno transcrever a opinião de SCHWELB. O autor questiona o fato de que vários tratados referentes a temas que teriam, a princípio, caráter de *jus cogens*, apresentam cláusulas que permitem aos estados afastarem-se dos dispositivos convencionais, através da formulação unilateral de reserva e de denúncia. Isso seria incompatível com o conceito de *jus cogens*. Além daquela Convenção, o autor cita outras, tais como as Convenções sobre escravidão, de 1926 e de 1956; sobre prevenção e punição o crime de genocídio, de 1948; sobre trabalhos forçados, de 1957, e sobre discriminação (Emprego e Ocupação), de 1958. Ao contrário, as cláusulas sobre denúncia inseridas nas Convenções de Genebra sobre proteção e vítimas de guerra, de 1949, são mencionadas por SCHWELB como uma referência a algo parecido (“*akin*”) com *jus cogens*, embora não haja menção expressa do termo latino. Isso porque elas estabelecem que a renúncia “não deve prejudicar de nenhuma forma as obrigações com as quais as Partes no conflito devem permanecer comprometidas a cumprir em virtude dos princípios do direito das nações, uma vez que resultam de usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública”.¹⁴⁰

Quanto à idéia defendida por certos autores, sobre direito ao desenvolvimento como *jus cogens*, BEDJAOUÍ descarta a relação, que entende ser um “paradoxo ou uma provocação”. Se o direito ao desenvolvimento para alguns ainda não tem nem a qualidade de regra jurídica em vigor, não se pode pretender colocá-lo no privilegiado “primeiro lugar da hierarquia das normas”, explica o autor.¹⁴¹

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ “Le droit au développement se prêterait d’ailleurs d’autant mieux à cette retraite anticipée dans le lointain du *jus cogens*, rejoignant les horizons roses du jusnaturalisme, que sa mise em oeuvre aussi bien que sa violation, ne se présentent pas em général comme des phénomènes frappants, perceptibles, apparents. Prenon l’aggression, le génocide, l’apartheid, crimes internationaux selon la doctrine moderne; ils représentent une violation, celle-là tragiquement palpable, du *jus cogens*. Mais la violation du “droit au développement”? Pain quotidien – si l’on ose dire – des relations internationales... Cette violation du “droit au développement” prend les formes anesthésiantes de l’honnête échange commercial, immémorialement protégé par Mercure dont on sait qu’il est le dieu des marchands, même s’il est em même temps celui des voleurs, l’un ne pouvant aller sans l’autre.”

Manfred LACHS foi considerado como um jurista inovador e versátil, que sempre defendeu *jus cogens*. Dentre suas sugestões, merece destaque a visão como norma peremptória da liberdade e igualdade de acesso dos Estados a áreas não-soberanas, como o espaço e corpos celestiais e a área *res communis* dos oceanos. Incluía naquele tipo de normas também a exploração de tais áreas e de seus recursos.¹⁴²

Dentro da estrutura da ONU, muitas manifestações também já aconteceram. Peter KOOIJMANS, relator especial sobre tortura, designado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, enfatizou a natureza de *jus cogens* da proibição contra a tortura em seus relatórios de 1996 e 1997, inclusive citando a CIJ e a CDI.¹⁴³ Por sua vez, o Relator Especial Gros ESPIELL tratou do direito à autodeterminação como *jus cogens*.¹⁴⁴

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados afirmou o princípio do *non-refoulement* como *jus cogens*.¹⁴⁵ Tal princípio significa o direito da

BEDJAOUI, Mohammed. **Droit au développement et *jus cogens***. Annuaire de l'AAA: Ressources Naturelles en Droit International. Martinus Nijhoff Publishers, volume 54/55/56, 1984/85/86, p. 276.

¹⁴² CHRISTOL, Carl. Judge Manfred Lachs and the Principle of *Jus Cogens*. **Journal of Space Law**. vol. 22, 1994, n.1 e 2. p. 32-45.

¹⁴³ "Torture is now absolutely and without any reservation prohibited under international law whether in time of peace or of war. In all human rights instruments the prohibition of torture belongs to the group of rights from which no derogation can be made. The International Court of Justice has qualified the obligation to respect the basic human rights, to which the right not to be tortured belongs beyond any doubt, as obligation *erga omnes* (...). The International Law Commission (...) has labelled serious violations of these basic human rights as 'international crimes', giving rise to the specific responsibility of the States concerned. In view of these qualifications the prohibition of torture can be considered to belong to the rules of *jus cogens*. If ever a phenomenon was outlawed unreservedly and unequivocally it is torture." U.N Doc. E/CN.4/1986/15,1. e U.N Doc E/CN.4/1987/13, 13-15.

¹⁴⁴ "No one can challenge the fact that, in the light of contemporary international realities, the principle of self-determination necessarily possesses the character of *jus cogens*." ESPIELL, Hector Gros. **Report on the Right of Self-Determination**. E/CN.4/Sub.2/405/ver.1 (1980), 12.

¹⁴⁵ "Due to its repeated reaffirmation at the universal, regional and national levels, the principle of non-refoulement has now come to be characterized as a peremptory norm of international law". Report of the U.N. High Commissioner of Refugees, 40 U.N. GAOR Supp.(nº12) at 6. U.N. Doc. A/40/12 (1985) apud PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. ***Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights**. Hastings International and Comparative Law Review, vol 12, nº 2, 1989, p. 436. A

pessoa não retornar para seu país de origem, em determinadas circunstâncias, a saber: quando há possibilidade de sofrer perseguição no local de origem, quando já houver ali sentido os perigos da guerra, em caso de conflitos civis, violação maciça de direitos humanos e, ainda, desastres naturais.

Em se tratando do direito humanitário, a grande maioria da doutrina entende ser *jus cogens*.¹⁴⁶ Na opinião de HERCZEGH, “se não se pode dizer sem reserva ou algum esclarecimento que o direito internacional humanitário como um todo tem caráter peremptório, seus princípios básicos certamente o têm nos dias de hoje.”¹⁴⁷ Conforme será tratado no item 4.2.1.3, a própria CIJ atestou a necessidade de cumprimento do direito internacional humanitário inclusive em situações de ameaça ou uso de armas nucleares.¹⁴⁸

Vários artigos mencionam listas extensas contendo diferentes tipos de normas da categoria *jus cogens*. PARKER e NEYLON enumeram nove categorias: proibição do genocídio, direito à vida, direito humanitário, *non-refoulement*, proibição do uso da força, proibição da tortura, proibição de *apartheid*, autodeterminação e o conjunto dos direitos humanos.¹⁴⁹ Por sua vez, WHITEMAN, no documento que denominou “*A Projected List of Peremptory Norms of International Law*”, propõe uma relação de vinte atos cuja proibição enquadra-se na noção de *jus cogens*, a seguir transcritos: “Genocídio; escravidão ou tráfico de escravos; pirataria; terrorismo político no exterior, incluindo atividades terroristas; seqüestro de aeronaves; ameaça ou uso da força contra integridade territorial ou independência política de outro Estado

mesma afirmação havia sido feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OEA/ser.L/V/LL.57, doc.6 ver.1 (1982)

¹⁴⁶ Sobre a relação entre direito humanitário e *jus cogens*, ver KASTO, Jalil. *Ius Cogens and Humanitarian Law*, Institution internationale de droit humanitaire, 1980.

¹⁴⁷ HERCZEGH, Géza. *Development of international humanitarian law*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1984, p.83.

¹⁴⁸ ONU. CIJ Request for advisory opinion. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Hague Yearbook of International Law. Martinus Nijhoff Publishers, 1996. vol. 9, p. 146.

¹⁴⁹ PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth, op.cit., p. 411-463.

(intervenção); agressão armada; reconhecimento de situações criadas pela força, incluindo as originadas de agressão; provisões de tratados impostos pela força; crimes de guerra; crimes contra a paz e humanidade; ofensas contra a paz e/ou segurança da humanidade, dispersão de germes com vistas a causar danos ou extinguir a vida humana; todos os métodos de destruição em massa (incluindo armas nucleares) usados com propósitos não-pacíficos; contaminação do ar, mar ou terra com vistas a torná-los danosos ou inúteis para a humanidade; modificação hostil do clima; apropriação do espaço e/ou de corpos celestiais; rompimento das comunicações internacionais com vistas a causar distúrbios à paz; guerra econômica com o objetivo de perturbar: (a) os sistemas bancários do mundo, (b) as moedas do mundo, (c) o fornecimento de energia do mundo, ou (d) o suprimento de comida do mundo.”¹⁵⁰

O exame das opiniões sobre o conteúdo *jus cogens* permite concluir que não há unanimidade na doutrina, no entanto, pode-se perceber que existem dois grandes grupos de regras, assim reunidas: em primeiro lugar, aquelas relacionadas mais diretamente aos Estados, contidas em determinadas provisões da Carta da ONU, tais como paz e segurança mundiais, interesses essenciais da comunidade internacional, prescrição do uso ou ameaça da força, direitos espaciais (terrestre, aéreo, do mar, soberania sobre recursos naturais), direitos vitais dos Estados (direito diplomático, liberdade contratual, inviolabilidade dos tratados); em segundo lugar, as regras relacionadas à dignidade dos indivíduos ou seja, os direitos inerentes à pessoa humana, individualmente, e aos povos, coletivamente.

4.1.3 Os Direitos Humanos e o Direito do Meio Ambiente como *jus cogens*

A defesa da espécie humana e do meio em que vive representam os objetivos mais perseguidos e os valores mais estimáveis de toda a comunidade mundial. Por isso esses dois pontos mereceram uma análise mais atenciosa no presente trabalho. Na

¹⁵⁰ WHITEMAN, Marjorie M. *Jus cogens* in International Law, with a Projected List. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1977, p. 609-626.

seqüência, encontram-se o exame da idéia de direitos humanos como *jus cogens* e a nossa proposta para que as regras de preservação da Amazônia também adquiram o caráter de *jus cogens*.

4.1.3.1 Direitos humanos

Na Conferência de Lagonissi, DUPUY, na qualidade de representante da Santa Sé, preconizou a centralização do conteúdo de *jus cogens* no princípio da primazia dos direitos humanos e lançou a questão: “*Pourquoi ne pas interpréter l’article 50 (53) comme se référant essentiellement aux droits de l’homme?*”¹⁵¹

No campo dos direitos da pessoa humana, há autores que entendem que todos eles se enquadram dentro da categoria de *jus cogens*.¹⁵² Outros pretendem afastar essa relação, alegando que somente determinadas regras dos direitos humanos devem ser consideradas imperativas.¹⁵³

Dentre os diversos princípios que regem o “estado de emergência” no direito internacional está o princípio da não-derrogação dos direitos fundamentais, significando que, mesmo em situações limítrofes e em períodos conturbados, capazes de autorizar a decretação do estado de emergência, há determinados direitos inerentes à pessoa humana que devem ser observados e respeitados. Assim, todos os grandes tratados internacionais que tratam do assunto fazem a previsão desse rol de direitos -

¹⁵¹ A/CONF.39/11. p.280, par.14 *apud* ROBLEDO, op.cit. p.186.

¹⁵² “Not all commentators agree that the whole of human rights law presently constitutes imperative rules of *jus cogens*. However, scholars stress that the implementation of human rights is an international obligation, and that international human rights instruments are acquiring *jus cogens* status and becoming a “global bill of rights.”” PARKER, Karen e NEYLON, op.cit., p. 443.

¹⁵³ “Il existe donc, quant aux circonstances et quant aux personnes, des possibilités légales de rétrécissement des règles de protection des droits de l’homme, jusqu’à la situation tangentielle du cercle des droits fondamentaux. Ce cercle a approximativement le même contenu em droit humaitaire. C’est ce qu’il est convenu d’appeler le *jus cogens* des droits de l’homme.” M’BAYE, Keba. **Droits de l’homme et pays en developpement**. Humanité et Droit International: Mélanges René-Jean DUPUY. Paris: Pedone, 1991, p. 219.

que se enquadrariam no restrito grupo de Direitos Humanos com característica de *jus cogens*. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, assim estabelece:

- Artigo 27 – Suspensão de garantias. 1 Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma religião ou origem social. 2 A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade), 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Para SUDRE, no entanto, o fato dessas normas poderem ser objeto de reserva torna-as inconciliáveis com o caráter das normas de *jus cogens*. O autor coloca-se entre aqueles que entendem ser inapropriado invocar o conceito de *jus cogens* em matéria de direitos humanos, quer em sentido amplo, quer em sentido restrito. Explica que tal conceito possui um papel muito restrito de elemento anulador de tratados contrários; que não se consegue imaginar dois ou mais Estados concluindo um tratado internacional para violar deliberadamente uma norma fundamental protetora de direitos humanos, como o genocídio, por exemplo; que a noção de *jus cogens* pressupõe necessariamente uma hierarquia das normas, o que é refutado pela

idéia de indivisibilidade de direitos humanos, conforme a opinião dominante no plano universal. Sobretudo, entende que “a indeterminação do conceito de *jus cogens* vem confundir as noções claras em matéria de direitos humanos”.¹⁵⁴

A questão das reservas ainda não tem acolhimento pacífico, havendo divergências na doutrina sobre a possibilidade ou não de os Estados fazerem reservas às cláusulas de não-derrogação de certos direitos, em tratados internacionais de Direitos Humanos. Sobre o assunto, cabe registrar a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em parecer consultivo sobre restrições à pena de morte, pronunciou que toda reserva feita a fim de possibilitar ao Estado suspender algum dos direitos fundamentais deve ser considerada incompatível com o objeto e propósito da Convenção Americana e, conseqüentemente, não permitida por ela.¹⁵⁵ Na ocasião, o juiz BUERGENTHAL discorreu sobre o nexo existente entre não-derrogabilidade e incompatibilidade, o que, em sua opinião, adiciona “força à relação conceitual que existe entre certos direitos humanos fundamentais e as emergentes normas *jus cogens*.”¹⁵⁶

A consolidação de direitos humanos como *jus cogens*, ao nosso ver, está condicionada a duas mudanças estruturais do cenário internacional: o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional e de sua capacidade jurídica para interpor, perante as cortes nacionais ou internacionais, ação relacionada à violação de direito internacional.

A questão da personalidade jurídica internacional do indivíduo é controversa.

¹⁵⁴ SUDRE, Frédéric. **Droit international et européen des droits de l'homme**. Paris: PUF, 1989. 4e ed. p. 65.

¹⁵⁵ Posteriormente, o Comitê de Direitos Humanos da ONU transportou a mesma idéia para o âmbito internacional, referindo-se ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Ele foi mais explícito em relação ao *jus cogens*, afirmando, em suas Observações Gerais adotadas em novembro de 1994, que “As Reservas contrárias às normas imperativas não serão compatíveis com o objeto e finalidade do Pacto.” CCPR/C/21/Ver.1/Add.5 e 6. apud DECAUX, Emmanuel. *Le jus cogens, faiblesses d'une idée force? L'Observateur des Nations Unies*, nº 3 – Automne-Hiver, 1997. p.19.

¹⁵⁶ BUERGENTHAL, Thomas. The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court. *AJIL*. 1985, vol.1. passim.

Por influência do Direito Romano e do Direito Natural, os autores clássicos do Direito Internacional a reconheciam, no entanto, a partir do século XIX, surge um movimento que concebe o Estado como o único sujeito do direito internacional, afastando a subjetividade do ser humano. Neste início de século XXI as duas tendências ainda se fazem presentes.

Os autores que negam tal subjetividade entendem que a atuação do indivíduo na sociedade internacional se dá unicamente através dos Estados pois estes são os únicos capazes de realizar atos internacionais que vão estabelecer direitos e deveres às pessoas. Somente os Estados podem celebrar tratados e criar Organizações Internacionais que irão regulamentar a atuação individual nas relações internacionais.

Por outro lado, assiste-se ao ressurgimento da idéia do indivíduo como sujeito do Direito Internacional, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Os partidários dessa visão demonstram que, independentemente do monopólio estatal sobre a realização de tratados, a proteção internacional do ser humano também ocorre através dos princípios gerais do direito e do costume internacional, que lhe impõem direitos e deveres. Além disso, os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos têm se aperfeiçoado muito, abrindo um grande espaço de atuação individual, inclusive quanto à capacidade jurídica de agir.

Sobre esse assunto envolvendo a atuação individual no campo judicial internacional, alguma evolução já pode ser sentida, embora de modo ainda incipiente. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, por exemplo, prevê jurisdição universal para os casos de pessoas acusadas dos crimes ali previstos. A entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional, em 1º/7/2002, com competência complementar para julgar indivíduos que cometerem crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, é uma grande contribuição para o argumento em favor da subjetividade internacional do indivíduo.

Quanto à legitimidade ativa, há que se lembrar que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos prevê a possibilidade de petição individual à Corte Européia de Direitos Humanos. Ademais, há casos de cortes locais reconhecendo o

direito de ação em caso de descumprimento de normas de direito internacional, inclusive com caráter de *jus cogens*.¹⁵⁷

Além do reconhecimento internacional da subjetividade do indivíduo, incluindo sua capacidade jurídica para agir, um novo fator parece ser indispensável. Faz-se necessário que a alegação de direitos humanos perante as cortes, nacionais ou internacionais, sobretudo quando se desrespeitar *jus cogens*, não possa ser afastada por determinadas doutrinas como imunidade de jurisdição, ato de estado, questão política, etc.¹⁵⁸

BELSKI, MERVA e ROHT-ARRIAZA entendem que, quando um Estado viola uma das normas do grupo de normas fundamentais (“*core group of fundamental norms*” ou *jus cogens*), ele implicitamente renuncia sua imunidade de jurisdição nas cortes dos Estados Unidos, em decorrência do FSIA – *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976. Este ato constitui a base jurídica para o exercício de jurisdição pelos tribunais americanos em relação a soberanias estrangeiras. Seu artigo 1605(a)(1), conhecido como “*implied waiver provision*”, estabelece que um Estado estrangeiro não deve ser imune de jurisdição quando ele tiver “renunciado sua imunidade, explícita ou implicitamente”. Segundo os autores, o reconhecimento de *jus cogens* pelo direito moderno exige que as cortes locais neguem imunidade soberana quando o Estado causa danos a um indivíduo, através de violação de uma norma de *jus cogens*,

¹⁵⁷ CHRISTOPHER dispõe alguns exemplos de decisões nos EUA: “*White v. Paulsen*, 997 F. Supp. 1380, 1383 (E.D. Wa. 1998) (recognizing that federal courts have the authority to “imply existence of a private right of action for violations of *jus cogens* norms of international law”); “*Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. 1531, 1540 (N.D.Cal.1987) (recognizing that the Law of Nations applies not only to sovereigns, but to individuals)”. CHRISTOPHER, Darcie L. *Jus Cogens*, reparation agreements, and holocaust slave labor litigation. **Law and Policy in International Business**. Vol 31, n.4, summer 2000., p.1237-1238, nota 79.

¹⁵⁸ “The use of *jus cogens* can help plaintiffs’ burden of overcoming judicial doctrines that have previously appeared to be insurmountable barriers to human rights actions. Among these are the: act of state doctrine, political questions doctrine; various treaty doctrines such as the self-execution doctrine and the last in time rule, and the requirements for standing.” PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. op.cit., p. 445. No entanto, as autoras, ao longo do texto, demonstram, através de casos concretos, que a justiça americana sempre acata esse tipo de alegação de doutrina referindo-se a formas de isentar a jurisdição.

porque essa ação do Estado não deve ser reconhecida como soberana.¹⁵⁹

Este argumento foi utilizado pelos autores do caso *Siderman de Blake v. Argentina*, envolvendo tortura e expropriação de bens pelo governo argentino durante a ditadura militar. No entanto, a Corte de Apelação norte-americana imediatamente refutou o entendimento da família Sidermans de que a Argentina não havia imunidade de soberania nos EUA porque havia violado uma norma de direito internacional de caráter de *jus cogens*, que condena a tortura.¹⁶⁰

O FSIA foi emendado pela seção 221 do *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, 1996, que incluiu uma nova exceção à imunidade. Esta deixa de prevalecer em caso de ação por danos decorrentes de injúria pessoal ou morte causada por um ato de tortura, morte extrajudicial, sabotagem aérea ou ação com reais, contra um Estado designado pelo Secretário de Estado como patrocinador de terrorismo, sempre que o autor da ação ou a vítima for nacional dos Estados Unidos no momento da ocorrência do ato.

O estudo da relação entre direitos humanos e *jus cogens* no campo do direito internacional deve, necessariamente, tratar de dois casos julgados por órgãos de solução de controvérsias, que muito contribuíram para o desenvolvimento do tema e tornaram-se referência fundamental.

¹⁵⁹ BELSKY, Adam C., MERVA, Mark e ROHT-ARRIAZA, Naomi. Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. **California Law Review**, vol. 77, no.2, march 1989, p. 365-415.

¹⁶⁰ A Corte pronunciou-se no sentido de que, embora concordasse com a idéia de que atos de tortura são violações de *jus cogens*, um caso anterior por ela julgado (*Amerada Hess Shipping v. Argentine Republic*, 1989) excluía a tentativa de afirmar uma base de jurisdição não prevista expressamente no FSIA. “We must interpret the FSIA through the prism of *Amerada Hess*. Nothing in the text or legislative history of the FSIA explicitly addresses the effect violations of *jus cogens* might have on the FSIA’s cloak of immunity.” Ao final, a Corte entendeu que a Argentina havia renunciado implicitamente sua imunidade de soberania, mas com base em outra alegação da família, segundo a qual a Argentina havia interposto ação criminal em território americano contra os recorrentes, depois que eles haviam ido para os Estados Unidos, e havia solicitado a assistência do judiciário da Califórnia – momento em que perdeu sua imunidade de jurisdição. United States Court of Appeals. **Siderman de Blake v. Republic of Argentina**. 965, F. 2d 699 (9th Cir. 1992), pp. 714-717. Capturado em 30/09/00. On-line. Disponível na internet: <http://laws.findlaw.com/9th/2/965/699.html>

O mais célebre de todos é, sem dúvida, o caso *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.*, que colocou a Bélgica e a Espanha em lados opostos na CIJ, cujo julgamento foi proferido em 5/2/1970.

A Bélgica entrou com ação na Corte, em 1962, contra a Espanha, solicitando a partilha do prejuízo arcado por nacionais da Bélgica a partir de atos contrários ao direito internacional cometidos por órgãos do Governo Espanhol, em relação à empresa Barcelona Traction. Esta, uma sociedade constituída no Canadá, de nacionalidade canadense, possuía diversas sociedades auxiliares, inclusive com sede na Espanha, onde produzia e distribuía energia elétrica.

A Corte constatou que a Bélgica não poderia exercer a proteção diplomática dos acionistas de uma empresa canadense em virtude de atitudes tomadas contra essa empresa na Espanha. Há que se ter em mente que os atos foram feitos em relação à sociedade e não aos acionistas. O direito internacional autoriza somente o Estado nacional da sociedade a exercer sua proteção diplomática, em caso de ato ilícito cometido contra ela pelo governo local, e não confere expressamente esse direito ao Estado nacional dos acionistas.

Assim, não ficou demonstrada a qualidade do governo belga para agir perante a Corte e sua demanda foi rejeitada.

Ao tratar da proteção diplomática, a Corte não tratou especificamente de *jus cogens*, mas discorreu sobre um assunto similar: as obrigações *erga omnes*:

Uma distinção essencial deve ser em particular estabelecida entre as obrigações dos Estados em relação à comunidade internacional como um todo e aquela que nascem vis-à-vis de um outro Estado, no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que esses direitos sejam protegidos; as obrigações de que se trata são obrigações *erga omnes*. Essas obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da proscrição legal dos atos de agressão e do genocídio, mas também de princípios e das regras que tratam dos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção contra a prática de escravidão e discriminação racial. Alguns dos correspondentes direitos de proteção aderiram ao corpo do direito internacional geral (Reservas à convenção pra a prevenção e a repressão do crime de genocídio, parecer consultivo, CIJ *Recueil* 1951, p.23), outros são conferidos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase

universal.¹⁶¹

O juiz J. AMMOUN, em seu voto separado, referiu-se ao preâmbulo da Carta da ONU, onde estão contidos princípios de *jus cogens*, à autodeterminação e aos princípios da natureza humana, que se traduzem em normas legais imperativas.¹⁶²

Embora o termo *jus cogens* só tenha sido usado no voto individual de um magistrado, a doutrina sempre se refere a esse caso para tratar do assunto, haja vista a sua proximidade com o conceito *erga omnes*.

É muito comum, também, os autores fazerem a vinculação entre obrigações *erga omnes*, *jus cogens* e crimes internacionais. Para GAZZINI, os três conceitos “*pur essendo strettamente collegati, vanno tenuti rigorosamente distinti. Il primo concetto riguarda il contenuto della norma, abbia questa natura consuetinaria o pattizia (...). Il secondo concetto attine ai rapporti fra norme di diritto internazionale ed in particolare all'inderogabilità de alcune norme fondamentali (peremptory norms) (...). Il terzo concetto, infine, riguarda gli illeciti ritenuti particolarmente gravi in quanto contrari agli interessi fondamentali della comunità internazionale(...)*”.¹⁶³

ESTÉVEZ chega a um entendimento muito similar ao autor italiano mas o

¹⁶¹ CIJ Recueil 1970, 4, p. 32, par.33-34. Este foi o caso em que a Corte melhor estabeleceu o conteúdo das obrigações *erga omnes*. No entanto, outros pronunciamentos trataram desse instituto: Opinião consultiva sobre reparações por danos sofridos em serviço às Nações Unidas, de 11/4/1949 (ICJ Reports, 1949, p. 174); Opinião consultiva sobre as conseqüências legais para os estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano), de 21/6/1971 (ICJ Reports, 1971, p. 16 e ss); Decisão do Caso dos testes nucleares (Austrália v. França), (ICJ Reports, 1974, p.253-55) e Caso dos testes nucleares (Nova Zelândia v. França), (ICJ Reports, 1974, p. 457); Opinião consultiva de sobre a Convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, de 11/7/1996 (ICJ Reports, 1996, par 31). E A 27/12/97.

¹⁶² ICJ Reports 1970, 3, par. 304, 312 e 325. No ano seguinte, o juiz AMMOUN repetiu perante a CIJ seu entendimento de que o direito a autodeterminação é “uma norma de natureza *jus cogens*, cuja derrogação não é permitida em determinadas circunstâncias”, no “Caso sobre as Conseqüências Legais para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (S.W. Africa) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança”. ICJ Report 1971, 89-90.

¹⁶³ GAZZINI, Tarcísio. Il contributo della Corte Internazionale di Giustizia al rispetto degli obblighi “*erga omnes*” in materia di diritti umani. **La comunità internazionale**. vol. LV, primo trimestre 200, n.1. p. 20-21.

faz através da utilização de um método bastante criativo: a utilização da teoria dos círculos concêntricos, que vão se sobrepondo uns aos outros. O autor assim conclui: a eficácia da norma *jus cogens* é sempre *erga omnes*, já a da norma dispositiva pode ser ou não. Portanto, a eficácia *erga omnes* não é exclusiva de *jus cogens*. A transgressão de *jus cogens* não é sempre crime internacional, podendo sê-lo quanto tal transgressão for grave. Em nenhuma caso a violação de uma norma dispositiva com efeito *erga omnes* será crime interacional.¹⁶⁴

Nesse sentido, pronuncia-se MÉRON, que entende que os direitos humanos mencionados pela CIJ nesse caso refletem a visão do órgão no sentido de que eles possuem caráter de *jus cogens*, mesmo que não tenham sido assim explicitados. Também adverte que os direitos com alcance *erga omnes* não são necessariamente idênticos a *jus cogens*, porque estes são mais restritos que aqueles.¹⁶⁵

Para o autor, a noção de hierarquia na área de direitos humanos pode ser positiva no sentido de que, ao considerar certos direitos como superiores a outros, poder-se-ia estar contribuindo para determinar sua importância e evitar sua derrogação ou violação. Por outro lado, a comunidade internacional deve esforçar-se para distinguir direitos ordinários de direitos superiores e para estabelecer uma ampla lista de direitos não-derrogáveis, haja vista que a falta de critérios para definir tal distinção e suas conseqüências e a falta de sistema de identificação dos direitos e de determinação do conteúdo dos mesmos, podem contribuir mais para a mistificação dos direitos superiores do que para sua clarificação. Mas MÉRON adverte sobre a precaução que se deve ter ao invocar os direitos superiores como *jus cogens* para não afetar a credibilidade dos direitos humanos como disciplina jurídica, embora entenda ser *jus cogens* um conceito eticamente importante, que deve desenvolver-se de forma a

¹⁶⁴ ESTÉVEZ, José B. Acosta. Normas de *jus cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoria de los círculos concéntricos. **Anuário de Derecho Internacional**, v. XI, 1995. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. p. 3-22.

¹⁶⁵ MÉRON, T. On a hierarchy of International Human Rights. **AJIL**, vol. 80, 1986, *passim*.

tornar-se prática internacional, com consenso e com juridicidade, porque somente assim poderá constituir-se num grande impedimento às violações de direitos humanos.¹⁶⁶

Pode-se dizer que a decisão da CIJ no Caso *Barcelona Traction* trouxe um novo elemento no conceito de *jus cogens*, que é o “interesse jurídico”. THIERRY explica que todas as normas de direito internacional geral têm caráter *erga omnes*, pois criam direitos e obrigações para todos os Estados. No entanto, as normas imperativas de direito internacional geral, além do caráter *erga omnes*, possuem mais uma característica: tratam de direitos que os Estados têm interesse jurídico em proteger. Assim, lembra o autor que não se pode pensar que somente normas imperativas geram obrigações *erga omnes*, e exemplifica:

A norma da competência exclusiva do Estado do pavilhão (que proíbe toda interferência, salvo exceções, na navegação em alto mar por navegações estrangeiras) é uma norma de direito internacional geral que, por si só, tem valor *erga omnes*. Mas não é uma norma imperativa. Ela não possui um direito em cuja proteção todos os Estados teriam um interesse jurídico. Se um navio é abusivamente arazoado em violação a esta norma, todos os Estados não têm interesse jurídico em sua aplicação. Só o Estado-vítima, o Estado lesado, tem este interesse jurídico e pode reagir a esta violação de acordo com as modalidades previstas pelo direito internacional.¹⁶⁷

No entanto, MALANCZUK adverte, ainda em relação a esse caso, que a CIJ não esclareceu a questão de “possíveis reações”, por parte de terceiros estados, à violação das tais obrigações *erga omnes*, cuja implementação é de interesse legal de todos.¹⁶⁸

Pelo contrário, parece-nos que a CIJ perdeu a oportunidade de se manifestar sobre tais reações dos terceiros estados interessados juridicamente na proteção

¹⁶⁶ Id.

¹⁶⁷ THIERRY, Hubert. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 222, 1990-III, p. 62-63.

¹⁶⁸ “Although the Court was confronted in a number of other cases with *erga omnes* obligations, it has so far never addressed the legal consequences of the breach of such na obligation”. MALANCZUK, Peter. **Akehurst’s modern introduction to international law**, 7th. revised ed. London/New York: Routledge, 1997. p.59

daquelas obrigações e também sobre as conseqüências que deverão ser assumidas pelos estados violadores. Porém, não conteve sua opinião restritiva quando pronunciou: “(...) No entanto, em nível universal, os instrumentos fornecidos pelos direitos humanos não conferem aos Estados a capacidade de proteger as vítimas das violações de tais direitos, independentemente de suas nacionalidades.”¹⁶⁹

Outra decisão importante referindo-se a *jus cogens*, agora pronunciada por órgão regional, foi a manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução 3/87 (Caso 9647 Estados Unidos, 147, OEA/ser. L/VII.69, doc 17 (1987)).¹⁷⁰

Refere-se a casos de determinação judicial de pena capital para dois norte-americanos menores de 18 anos, Roak e Pinkerton, acusados de cometerem crimes na Carolina do Sul e no Texas, respectivamente. A Comissão solicitou a suspensão da execução.

O governo da Carolina do Sul recusou a suspensão e o Governo do Texas não respondeu à solicitação da Comissão. O Departamento de Estado dos Estados Unidos da América (EUA) respondeu que no sistema federal americano não há espaço legal doméstico para intervenção executiva na implementação da sentença.

Os réus foram executados e David Weissbrodt peticionou à Comissão, auxiliado por organizações não-governamentais tais como *American Civil Liberties Union* e *International Human Rights Law Group*. Em 27/3/1987 a Comissão adotou a Resolução 3/87, em que afirmou que os Estados Unidos violaram a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, conforme segue:

a) em relação ao artigo 1º: “Todo ser humano tem direito à vida”, discutiu-se se cláusula de direito à vida conteria uma proibição de leis que permitem a execução

¹⁶⁹ CIJ Recueil 1970, p. 47, par.91.

¹⁷⁰ Para uma descrição mais abrangente deste caso perante a Comissão Interamericana, ver NGUYEN, Kha Q. In defense of the child: a *jus cogens* approach to the capital punishment of juveniles in the United States. Note. *George Washington Journal of International Law and Economics*. Vol. 28. Number 2.,1995. p 401-443.

de menores. Os peticionários alegaram que este dispositivo deveria ser interpretado como uma norma costumeira de direito internacional, de acordo com a CVDT. A Comissão, embora tenha discordado, alegando que os EUA estariam vinculados pelo direito costumeiro somente se aceitaram expresamente tal efeito vinculante, ousou quando assim se manifestou: “A Comissão entende que nos Estados-membros da OEA, há uma norma de *jus cogens* reconhecida que proíbe o Estado de executar menores. Esta norma é aceita por todos os Estados do sistema interamericano, incluindo os Estados Unidos” (...).¹⁷¹

A Comissão afastou a possibilidade dos EUA não se vincularem, via objeção ou protesto, a tal norma consuetudinária porque ela adquiriu o caráter de *jus cogens*, dando à proibição de execução de menores um status de *jus cogens superveniens*.

b) em relação ao artigo 2º: “Direito à igualdade perante a lei”, a Comissão entendeu que os estados americanos não têm tratamento uniforme em relação à pena de morte, sendo que alguns a proíbem e outros estabelecem idades mínimas diversas para o acusado sofrer a aplicação da pena de morte. Isso não respeita a igualdade dos indivíduos e pode permitir uma arbitrariedade legislativa.

O membro da Comissão Marco Gerardo Monroy Cabra apresentou a única opinião dissidente, ao não admitir a qualidade de *jus cogens* numa norma pertencente a um sistema regional. Os EUA solicitaram reconsideração da decisão¹⁷².

¹⁷¹ Resolução 3/87, Caso nº 9647 (Estados Unidos), OEA/ser. L/V/II.69, doc 17, par. 56 (27 March 1987). *apud* CHRISTENSON, Gordon A. *Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*. *Virginia Journal of International Law*, vol. 28:585, spring 1988, nota 155. Este autor assim se manifestou sobre a decisão (p. 638): “The Inter-American Human Rights Commission invoked a peremptory norm to prevent the United States from defecting from the interpretation of treaty informed by an emerging customary rule against executing juveniles. Ironically, peremptory norms in the past have worked to the advantage of established power. The Commission’s decision, if accepted, would reverse that tendency. The peremptory norm used by the Commission on behalf of individuals in the Inter-American system would place limitations against a powerful nation to prevent its dominance in resisting revision of a human rights norm, even when no harm is inflicted upon another State”.

¹⁷² FOX acentua que a decisão não é vinculante porque a Comissão não é um tribunal internacional mas sua recomendação deve ser persuasiva para as cortes norte-americanas. A decisão aqui transcrita parece ter surtido efeito na Suprema Corte do EUA que, em 27/6/1988, ao julgar o caso

Para finalizar, importa notar que o *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*¹⁷³ concede amplo espaço para a análise de *jus cogens* e sugere inúmeros direitos humanos que devem adquirir essa característica.

Quanto à teoria geral, estabelece:

Algumas regras do direito internacional são aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como peremptórias, não permitindo derrogação, e prevalecendo sobre, ou invalidando, acordos internacionais e outras regras de direito internacional que lhe forem conflitantes. Essa norma peremptória é passível de modificação somente por uma norma subsequente de direito internacional que contenha o mesmo caráter. (Seção 102, comentário k); Uma regra de *jus cogens* vai anular um tratado conflitante (Seção 702, comentário n); Prevê o direito internacional costumeiro em conflito com *jus cogens*, além de atos unilaterais que objetivam mudar ou interpretar um desenvolvimento no direito internacional costumeiro. (Seção 703 nota dos relatores 3); Os princípios da Carta da ONU proibindo o uso da força (comentário) têm caráter de *jus cogens*. (Seção 102, comentário h); Foi sugerido que normas que criam “crimes internacionais” e obrigam todos os Estados a atuarem contra violações também são peremptórias. (...) Essas normas devem incluir regras proibindo genocídio, comércio de escravos e escravidão, apartheid e outras violações maciças de direitos humanos, e talvez ataques contra diplomatas. (Seção 102, nota dos relatores 6);

Em relação aos direitos humanos, revela:

Um estado viola o direito internacional se, por razões de política estatal, pratica, estimula ou tolera: a) genocídio, b) escravidão ou comércio de escravos, c) assassinato ou desaparecimento de indivíduos, d) tortura ou outro tratamento ou punição cruel, inumana ou degradante, e) detenção arbitrária prolongada, f) discriminação racial sistemática, ou g) modos consistentes de violação maciça de direitos humanos reconhecidos

Gregg v. Georgia, estabeleceu que no mínimo menores com idade abaixo de 16 anos na data do crime não devem ser executados perante leis estaduais que não estabelecem idade mínima.. FOX, Donald T. Inter-American Commission on Human Rights Finds United States in Violation. *AJIL*, vol. 82, no. 3, jul 1988, p. 602-603 e nota 8 (sobre Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)).

¹⁷³ ‘Restatement’ é um relatório realizado pelo *American Law Institute* que ordena a legislação dos Estados Unidos, por ramo jurídico, levando em consideração as decisões judiciais, as novas tendências e as opiniões da doutrina especializada. Ele não representa a posição oficial do governo norte-americano. Nos termos do *Barron’s Law Dictionary*: “RESTATEMENT an attempt by the American Law Institute ‘... to present an orderly statement of the general **common law** of the United States, including in that term not only the law developed solely by judicial decision, but also the law that has grown from the application by the courts of statutes...’ (...) Restatements are compiled according to subject matter; those compiled include contracts, torts, property, trusts, agency, conflict of laws, judgements, restitution, security, and foreign relations.” GIFIS, Steven H. **Law Dictionary**. Legal Guides. New York: Barron’s, 1996. 4 ed. p.438. Na presente parte do trabalho, utilizamos a última versão, que constitui uma revisão do Restatement original. American Law Institute. **Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States (Revised)**, 2 vols. (1987-89)

internacionalmente (Seção 702); Nem todos os direitos humanos são normas peremptórias (*jus cogens*), mas as cláusulas (a) a (f) desta seção são, e um acordo internacional que as viola é nulo.” (Seção 702, comentário 1).

4.1.3.2 Direito do meio ambiente. A proteção da Amazônia como *jus cogens* – uma prospecção.

O meio-ambiente representa o conjunto de condições naturais em que estão inseridos todos os seres vivos e não-vivos. Sua proteção é fenômeno recente, que decorre da tomada de consciência pelos seres humanos de que a preservação de todo o espaço que os cerca é essencial para sua sobrevivência. Apresenta abrangência que não coincide com os limites territoriais dos países e sua regulamentação pelo direito se dá através de normas tanto locais quanto internacionais.

Por sua própria natureza, certos fenômenos biológicos ou físicos localizados dentro de um espaço geográfico submetido à soberania de um Estado exigem regulamentação internacional, seja porque, em sua unicidade, estendem-se sobre a geografia política de vários países, seja porque os fenômenos a serem regulados somente poderão sê-lo com a intervenção de normas internacionais. Na verdade, em sua caracterização moderna, o meio ambiente é um fenômeno que desconhece fronteiras, pois os ecossistemas ou os elementos protegidos situam-se em espaços locais, portanto, dentro de um país (por exemplo: as espécies animais e vegetais em perigo de extinção, que vivem em determinado país, ou os recursos da biodiversidade, cuja preservação é do interesse de toda humanidade), em espaços sub-regionais (por exemplo: os rios transfronteiriços e lagos internacionais, cuja preservação não pode ser deixada aos cuidados de um único país), em espaços regionais (como os mares que banham vários países e nos quais se realiza a pesca internacional, que não se encontra restrita só aos países ribeirinhos) e, enfim, mesmo no espaço global de toda a Terra (como a preservação da camada do ozônio ou a regulamentação das mudanças do clima da Terra causadas por fatores humanos, mediante a emissão dos gases de efeito estufa).¹⁷⁴

No Direito Internacional, inúmeros instrumentos foram criados para regular os mais diversos aspectos do meio ambiente. Sua relação com *jus cogens* pode ser encontrada nos trabalhos da CDI realizados pelo relator AGO (item 3.1.3a), que considerava o descumprimento às normas que proíbem a poluição da atmosfera e dos

¹⁷⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, vol.1, p. 407-408.

mares como crime internacional, conforme o artigo 19 de seu projeto de artigos sobre Responsabilidade Internacional.

A Amazônia representa uma das maiores fontes de recursos naturais que restaram na Terra. Sua preservação representa uma convicção jurídica universal, que nos faz acreditar que as normas que a protegem da destruição pelo homem e estabelecem as regras para sua exploração de modo sustentável são *jus cogens*.

As águas amazônicas são fontes para alimentação e navegação. Em relação ao efeito estufa, através de seus rios e florestas a Amazônia ajuda a retirar os gases da atmosfera e reduz os efeitos sobre a temperatura da Terra. No que diz respeito à proteção da vida selvagem, ela representa um depósito de recursos da biodiversidade, onde elementos naturais podem ser encontrados em sua forma pura, possibilitando o avanço na área da medicina e evitando a erosão genética do globo. Além disso, constitui-se no *habitat* para várias espécies populações indígenas.¹⁷⁵

Inserir a Amazônia no escopo de *jus cogens* significa que as normas que a protegem passam a carregar consigo um interesse vital para todo o mundo, sendo, portanto, inderrogáveis e geradoras de nulidade dos atos que lhe forem incompatíveis. Não pretendemos aqui tratar da idéia de internacionalização da Amazônia nem enquadrá-la na noção de patrimônio comum da humanidade¹⁷⁶. Ao contrário,

¹⁷⁵ A proteção específica dos índios também já foi relacionada pela doutrina com a matéria *jus cogens*, principalmente quanto ao seu extermínio, que deveria ser considerado dentro do conteúdo de genocídio. “While genocide clearly violates *jus cogens*, there has been little judicial guidance on what acts constitute genocide. One key issue is the removal of indigenous peoples from their lands or the destruction of their lands. In the United States, for instance, these acts cause physical and cultural annihilation because land is an integral part of American Indian religion and cultural cohesiveness.” PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth, *op.cit.*, p. 431.

¹⁷⁶ A consolidação do termo “patrimônio comum da humanidade” deu-se com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay, assinada em 1982), que estabelece no artigo 136: “A Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade”. Segundo o artigo 1,1,1, “ ‘Area’ significa o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional.” A idéia geral é de que nenhum Estado pode reivindicar ou exercer soberania ou sobre o local. Sobre o assunto, ver KISS, Alexandre-Charles. *La notion de patrimoine commun de l’humanité*. **RCADI**, 1982, II, p.99-256. Sem sucesso, os países em desenvolvimento tentaram fazer a identificação das noções ‘*jus cogens*’ e ‘patrimônio comum da humanidade’ na terceira Conferência da ONU sobre Direito do Mar, em 1979 (oitava sessão), através das declarações dos representantes da

acreditamos na prevalência do domínio local sobre os recursos naturais e na Amazônia como um instrumento de desenvolvimento dos países que a compõem, mas desde que seja explorada e utilizada de modo racional e responsável, com planejamento e consciência do que ela realmente representa para todo planeta.

ROBLEDO, ao enfatizar a importância do *jus cogens* superveniente, que em sua opinião poderá surgir no seio da nova ordem econômica internacional, convida seus leitores a imaginar “o que representaria para os países fracos o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, no dia em que ele for definitivamente consolidado como norma imperativa da sociedade internacional”. Para o autor, isso justifica a resistência das potências capitalistas que reagem invocando prudência, na defesa de seus próprios interesses; e completa: “*seulement, dans le progrès du droit vers un ordre œcuménique plus juste et plus humain, la prudence doit épouser l’audace.*”¹⁷⁷

Queremos demonstrar com isso que, se o Brasil quer se inserir nas relações internacionais, sobretudo ampliando seu comércio mundial, há que se mostrar preocupado e atuante em relação aos recursos naturais e humanos locais, cumprindo a sua parte em relação ao domínio, fiscalização e preservação da Amazônia. No entanto, o país não pode se esquecer que está inserido dentro de uma comunidade de Estados, na qual somente ocupará lugar preponderante quando conseguir fazer o aproveitamento adequado de seu potencial natural.

4.2 JURISPRUDÊNCIA

A quantidade de questões levadas à decisão dos magistrados teve crescimento acentuado ao longo do século XX. Esse fenômeno pôde ser sentido não só nas relações privadas locais como também no âmbito internacional. Inúmeras

Índia, Trinidad e Tobago, Argentina, Irã, Nigéria e Jamaica (XIV UNCLOS, par. 16,16, 37, 42, 75,77, respectivamente), e de um projeto de artigo apresentado representante do Chile (UN. Doc. A/Conf. 62/GP/9 (1980)).

¹⁷⁷ ROBLEDO, op.cit, p. 117.

controvérsias envolvendo Estados, Organizações Internacionais e os indivíduos foram resolvidas por cortes internacionais, sejam jurisdicionais ou arbitrais.¹⁷⁸

Apesar de suas limitações, a CIJ teve atuação muito importante para o desenvolvimento do direito internacional. DUPUY analisa o papel ativo por ela desempenhado na edição das normas gerais, ora assimiladas como costume, ora como princípios gerais do direito, levando em consideração muitas vezes, e em caráter decisivo, a prática dos estados. Nesse contexto, DUPUY acredita que o tema *jus cogens* pode gerar ao juiz internacional um poder jurisdicional quase-constitucional, transformando a CIJ numa corte suprema da comunidade internacional.¹⁷⁹

A prática judiciária da corte mundial nos indica porém que, em relação a *jus cogens*, preferiu-se a cautela. O termo é utilizado com certa frequência, embora esteja mais presente nas arguições das partes e nas opiniões separadas dos juízes do que diretamente nas sentenças. Idéias correlatas, como ordem pública, obrigações *erga omnes*, dentre outras, também são previstas. No entanto, parece que a CIJ não quis assumir o poder previsto por DUPUY e não pretendeu atuar intensamente como

¹⁷⁸ “Le phénomène est général. L’étude du droit international ne fait ici que corroborer ce que nous révèle l’examen des droits nationaux de plusieurs pays; si le dix-neuvième était un siècle de législateurs, la fin du vingtième siècle est un temps pour les juges. Quelle qu’en soit la raison, qu’il faille l’expliquer par la propagation d’un mode de pensée anglo-américain, ou par l’essoufflement des assemblées parlementaires, ou simplement par la difficulté qu’il y a de soumettre le monde contemporain à des règles juridiques claires, l’évolution est manifeste. Je ne peux pas m’empêcher d’y avoir comme un relève du pouvoir, un renversement des valeurs, un radical retournement des choses. Et je vous avouerai que cette conclusion me laisse songeur, deux cents ans après l’ouverture solennelle, à Versailles, des Etats Généraux.” AUBERT, Jean-François. Observations d’un constitutionnaliste sur l’évolution des sources du droit international. **Annuaire suisse de droit international**, vol. XLVI, 1989, p.38.

¹⁷⁹ “Ce dynamisme de la fonction judiciaire dans l’énonciation des principes et règles du droit international general apparaît cependant aujourd’hui sous une lumière nouvelle, étant donné la valeur particulière qui s’attache à certaines de ces règles: celle de normes impératives (*jus cogens*). La question se trouve alors posée de savoir si le juge international n’est pas ainsi placé quelque peu en porte-à-faux entre sa fonction traditionnelle de règlement des différends interétatiques et celle de Cour supreme de la communauté internationale qu’appellerait logiquement l’apparition des règles d’ordre public.” DUPUY, Pierre-Marie. Le juge et la règle generale. **RGDIP**, 1989, p. 598.

opositora ou estimuladora da ratificação da CVDT , pelos Estados.

Apresenta-se a seguir os casos que foram considerados como os mais importantes em relação à utilização de *jus cogens*, tanto em âmbito internacional quanto local.

4.2.1 Tribunais Internacionais

4.2.1.1 Corte Permanente de Justiça Internacional

a) 1923. Caso *S.S. Wimbledon*

Foi o primeiro caso contencioso decidido pela Corte. Esta foi chamada para analisar se a Alemanha teria violado seus deveres de neutralidade na guerra Polônia-Rússia quando impediu a passagem pelo Canal Kiel do navio inglês S.S Wimbledon, fretado por uma companhia francesa e alugado pelo governo polonês, carregando material bélico para a Base Naval Polonesa em Danzig. Com base no Tratado de Versalhes, assinado pela Alemanha e Potências Aliadas no final da primeira guerra mundial, a Corte decidiu que a Alemanha deveria manter aberta a passagem pelo Canal Kiel de todas as embarcações de países que estavam em paz com a Alemanha. O juiz alemão *ad hoc*, Schücking, da Alemanha, em sua opinião dissidente, manifestou ser impossível comprometer-se, através de tratado, a uma obrigação válida para agir de forma a violar o direito de terceiros, como era o caso do dever de neutralidade com as nações beligerantes.¹⁸⁰

¹⁸⁰ WEINBERGER acentua que nenhum membro da CPIJ expressamente confrontou o principal conflito do caso: que a Alemanha encontrou um verdadeiro paradoxo, sem outra opção senão agir em descumprimento ou de seus direitos e obrigações oriundos do direito internacional costumeiro da neutralidade ou daqueles oriundos do Tratado de Versalhes, cujas normas previam o livre acesso ao Canal Kiel. A Corte não entendeu que houvesse tal conflito e pronunciou que a Alemanha não tinha obrigação costumeira de proibir a passagem do Wimbledon para a preservação da sua neutralidade, mas tinha uma “definida obrigação convencional de permiti-lo”. Sobre a descrição do caso e estudo do paradoxo, ver WEINBERGER, Sheila. *The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts Between Conventional and Customary International Law*. **Emory International**

b)1934. Caso *Oscar Chinn* (Bélgica v. Grã-Bretanha)

O caso deu-se em torno do questionamento se a ordem pública internacional impõe limitações ao conteúdo dos tratados. O Ato Geral da Conferência de Berlim (África Ocidental), de 26/02/1885, estabeleceu o regime da Bacia do Congo. A Convenção de Saint-Germain, de 1919, gerou a derrogação daquele Ato. A Corte considerou-a válida, ainda que ela tenha sido assinada somente por alguns países que fizeram parte do Ato Geral.

A decisão da CPI não tratou de *jus cogens* mas este foi previsto na opinião dissidente do juiz M. SCHÜCKING. ROBLEDÓ explica que foi a primeira vez que a existência do *jus cogens* foi pronunciada por esse fórum, através das palavras do ilustre juiz que eliminou de pronto a possibilidade da Corte *aplicar* uma convenção cujo conteúdo é contrário aos bons modos.

SCHUCKING, concordando com as palavras do juiz Jonkheer van EYSINGA, também manifestadas em opinião individual, introduziu a noção de ordem pública internacional da seguinte maneira:

Je ne peux pas imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer dans ce domaine un *ius cogens* avec cet effet que, quand les Etats on convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles juridiques ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit. Si telle est la situation, et si la Convention de Saint-germain n'est pas seulement un acte que les signataires de l'Acte du Congo peuvent attaquer, mais est non valable en elle-même, la Cour - comme le juge van Eysinga l'a déjà constaté - ne doit pas l'appliquer. (...) Jamais, par exemple, la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes moeurs. Mais, à mon avis, le juge se trouve dans la même situation si, par suite d'un vice à son origine, une convention invoquée par les parties est, en réalité, nulle et sans effet. C'est l'idée de l'ordre public international qui doit déterminer l'attitude du juge dans un cas semblable.¹⁸¹

Law Review 10, 1996, p.1. Disponível na internet: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/weinberg.html>. Capturado em 20/03/2001.

¹⁸¹ CJPI, série A/B n° 63, p. 149-150 apud MAREK Krystyna. **Les Sources du Droit International**. GUGGENHEIM, Paul (Org.). **Repertoire des decisions et des documents de la procedure écrite et orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour**

WILLIAMS, com base na obra de Julio BARBERIS, aponta mais dois casos levados à CPJI que estão relacionados ao surgimento da idéia de *jus cogens*: a) O Caso da União Aduaneira Austro-Germana, em que a opinião do juiz ANZILOTTI pareceu seguir a “mesma linha de *jus cogens*”, ao afirmar a contradição entre o reconhecimento ao Estado de direito à existência e o estabelecimento de condições demasiada onerosas para o cumprimento de tal direito; e b) o Caso das Zonas Francas da Alta Savoia e Distrito de Gex, entre França e Suíça (*The Free Zones Case*), em que o juiz MCNAIR fez uma “referência implícita à ordem pública internacional”, conceito próximo ao *jus cogens*.¹⁸² Note-se, porém, que a referência às “leis restritivas” foi feita neste último caso unicamente com o objetivo de negá-las, nos termos da opinião representante da Suíça, M. LOGOZ.¹⁸³

4.2.1.2 Tribunal de Nuremberg

a) 1947/1948. Caso Estados Unidos v. Alfried Krupp e outros

Nesse caso, a Alemanha foi acusada de usar prisioneiros de guerra franceses em operações de guerra, sobretudo na indústria de armamentos e munições, o que seria proibido pela Convenção de Genebra sobre Prisioneiros de Guerra, de 1929. A defesa alemã alegou a existência de um acordo entre a Alemanha e o Governador de Vichy, celebrado através da Embaixada Francesa em Berlim. O Tribunal entendeu que não havia evidências de tal acordo. SCHWELB acredita que mesmo que houvesse existido

Internationale de Justice. Serie I. Geneve: Publications de l’Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1967. v.2., p.184-185.

¹⁸² WILLIAMS, Sylvia Maureen. **Reflections on the Law of Treaties: Customary Law – Dispute Settlement – Jus Cogens – Reservations.** CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Dimensão Internacional do Direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva.** LTr, 2000, p. 577.

¹⁸³ “... Je crois..., pour ma part, qu’il faudrait une règle, et une règle nette et fortement établie, pour interdire aux Etats de conclure les conventions qu’ils veulent conclure. De plus, cette règle – je le prétends – n’existe pas. (...) [E]n droit international, une telle loi restrictive n’existe pas; en droit international, les Parties ou les Etats sont plus libres qu’en droit civil (...)” CJPI, série C 17-1 (I), p. 404-405. apud MAREK Krystyna, op.cit., p.183.

"qualquer acordo em relação ao uso de prisioneiros de guerra franceses na produção alemã de armamentos, ele seria manifestamente contra *bonos mores* e, conseqüentemente, nulo".¹⁸⁴

4.2.1.3 Corte Internacional de Justiça

a) 1966. Casos do Sudoeste Africano. Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul

Etiópia e Libéria interpuseram a ação alegando que a África do Sul não poderia se eximir de cumprir os princípios da não-discriminação e não-separação, os quais foram criados por um amplo consenso da comunidade internacional - "que beira a unanimidade" - e que envolvem a promoção de interesses comuns e coletivos dos Estados: "*There are (...) common interests which rest upon a widely shared and deeply felt and often eloquently expressed humanitarian conviction. In this respect apartheid corresponds to genocide(...)*".¹⁸⁵

A Corte absteve-se de analisar o *apartheid* e discutir a existência de normas costumeiras de não-discriminação.

No entanto, na opinião dissidente do juiz TANAKA, existem, no direito internacional, normas que proíbem a prática de *apartheid* e também que estabelecem a não-separação. A Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de respeitar direitos humanos e liberdades fundamentais, nos quais se enquadram aquelas normas. Além disso, estas também são consideradas pelo juiz como princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações, conforme a provisão do artigo 38 do ECIJ:

If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, [recently examined by the International Law Commission], a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of

¹⁸⁴ SCHWELB, op.cit., p. 951.

¹⁸⁵ ICJ Pleadings, South West Africa Cases 305 (vol.9) apud DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. *EJIL*, Vol. 2, n.º.1, p. 50. Para este autor, o argumento dos autores da ação "(...) strongly resemble the concept of *jus cogens*".

agreement between states, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*. As an interpretation of article 38, paragraph 1 (c), we consider that the concept of human rights and of their protection is included in the general principles mentioned in that article.¹⁸⁶

b) 1975. Caso Saara Ocidental

Marrocos e Mauritânia alegaram que a descolonização da colônia espanhola Saara Ocidental deveria ter a forma de integração com o Marrocos e a Mauritânia, tendo em vista que o território total do Saara Ocidental fazia parte de seus territórios na época da expansão colonial da Espanha em 1884.

Segundo RONZITTI, a visão de que o princípio da autodeterminação havia sido abrangido por uma norma *jus cogens*, foi expressa durante o processo pela Espanha e pela Argélia, sendo que esta assim se manifestou: “O direito à autodeterminação, é (...) na hierarquia das normas um princípio jurídico essencial e primário do qual decorrem outros princípios que regem a comunidade internacional. Esse direito apresenta-se, portanto, como *jus cogens*.”¹⁸⁷ Por outro lado, “o Marrocos manteve que era o princípio da descolonização, ‘do qual a autodeterminação é apenas uma modalidade não exclusiva de outras modalidades’ que pertencia ao *jus cogens*.”¹⁸⁸

A Corte decidiu que não havia vinculações jurídicas anteriores entre os territórios que pudessem afetar a aplicação do direito à autodeterminação.

c) 1979. Caso Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em

¹⁸⁶ ICJ Report, 1966, 298 apud BOOYSEN, H. Convention on the crime of Apartheid. *South African Yearbook of International Law*, vol.2, 1976, p. 78. Este autor discorda do juiz Nakata e entende que a proibição do *apathoid* não pode ser vista como *jus cogens*.

¹⁸⁷ RONZITTI, Natalino. Use of force, *jus cogens* and state consent. CASSESE, Antonio.(ed.) *The current legal regulation of the use of force*. Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 151. Caso sobre as Conseqüências Legais para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (S.W.Africa) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança. A importância desse caso está na opinião separada do juiz Ammoun, que entendeu que o direito a autodeterminação é “uma norma de natureza *jus cogens*, cuja derrogação não é permitida em determinadas circunstâncias ICJ Report 1971, 89-90.

¹⁸⁸ Id.

Teerã.

A CIJ estabeleceu que nenhum Estado é obrigado a manter relações diplomáticas ou consulares com um outro Estado, mas ele não pode esquecer-se de reconhecer as “obrigações imperativas” que elas comportam e que estão codificadas nas Convenções de Viena de 1961 e 1963. Também anunciou “inviolabilidade dos diplomatas e embaixadas como pré-requisitos fundamentais para a condução das relações”¹⁸⁹ (“premissas das missões diplomáticas”), para finalmente tratar do “caráter imperativo das obrigações legais que incumbem ao Governo Iraniano”.¹⁹⁰

A doutrina demonstra-se bastante crítica em relação a esse caso. WEIL demonstra que houve resistência da CIJ em admitir de modo claro e objetivo que as regras sobre proteção diplomática são *jus cogens*.¹⁹¹ Na verdade, essa decisão representa a dificuldade da CIJ em reconhecer expressamente normas de *jus cogens*, ainda que várias oportunidades lhe tenham aparecido.¹⁹²

¹⁸⁹ “Au fameux paragraphe 91 de l’arrêt rendu dans l’affaire (...), la Cour internationale de Justice réaffirme fermement le caractère fondamental du droit diplomatique et consulaire, mais refuse de constater son caractère impératif.” COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, p. 322.

¹⁹⁰ ICJ Reports, 1980, 3, 41 (julgamento de 24 de maio). Note-se que a Corte usou o termo ‘imperative’ e não ‘peremptory’, sendo que apenas esta última é utilizada na língua inglesa como sinônimo de *jus cogens*.

¹⁹¹ “La réticence de la Cour à se lancer dans l’aventure est évidente: alors pourtant qu’elle a insisté dans l’affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, sur le “caractère fondamental” et l’ “importance capitale” des règles relatives à l’institution diplomatique et qu’elle a fait état de la “reconnaissance universelle” don’t ces règles bénéficient, elle n’a jugé nécessaire ni de qualifier ces normes de *jus cogens*, ni de définir la responsabilité ordinaire engendrant une très classique obligation de réparation. L’occasion était idéale pour concrétiser le concept de norme de haut rang: la Cour ne l’a pas saisie”. WEIL, op.cit., p.47.

¹⁹² Outro exemplo dessa constatação: Caso do Timor Oriental (Portugal X Austrália), de 30/06/1995. “Le Portugal n’aura pas obtenu, et de loin, un arrêt à la hauteur de ses ambitions. En particulier, la Cour n’a pas saisi l’occasion qu’il lui offrait de qualifier de *cogens* le principe du droit des peuples à disposer d’eux-même (...). La Cour, quant à elle, préfère le qualificatif beaucoup moins clair d’ “essentiel”, tout en reconnaissant ce qui ne faisait que peu de doutes, à savoir l’opposabilité *erga omnes* du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes.” THOUVENIN, Jean-Marc. L’arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l’affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie). **AFDI**, vol. XLI,

d) 1986. Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua. Nicarágua X Estados Unidos. Acórdão de 27/6/86

A Nicaragua ajuizou ação contra os Estados Unidos alegando violação do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação, assinado em Manágua, em 1956. Afirmou que os Estados Unidos colocaram minas nos portos e nas águas da Nicarágua; realizaram operações contra as instalações petroleiras e a base naval, dentre outros locais; fizeram manobras militares na fronteira entre Nicarágua e Honduras; realizaram vôos no seu espaço aéreo; impuseram sanções econômicas e criaram um verdadeiro exército (os “contras”) para atuar contra o governo local.¹⁹³

Na “*mémoire de fond*” que apresentou, a Nicarágua ressaltou que o princípio da Carta da ONU sobre não-emprego de armas faz parte do *jus cogens*. No mesmo sentido, na “*contre-mémoire*” sobre a competência e admissibilidade, os Estados Unidos entenderam-no como uma norma universal, uma regra de direito internacional universal, um princípio internacionalmente reconhecido e um princípio de *jus cogens*.

No entanto, os Estados Unidos alegaram legítima defesa coletiva, informando que a Nicarágua dava sustentação a grupos armados de oposição que operavam em alguns de seus países vizinhos, sobretudo El Salvador, e que havia feito ataques militares contra Honduras e Costa Rica. A Corte reconheceu o fluxo dessas armas e a existência dos ataques, mas só pode imputar esses últimos ao Governo da

1995, p. 352. A Corte assim se pronunciou: “La Cour considère qu’il n’y a rien à redire à l’affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, tel qu’il s’est développé à partir de la Charte et de la pratique de l’Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*.” ONU. CIJ. **Affaire relative au Timor oriental**. Arrêt du 30 juin 1995. Portugal c. Australie. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cpasommaire950630.htm>

¹⁹³ Uma análise do Caso feita pelo Greffe da Corte para a imprensa pode ser encontrada em ONU. Corte Internacional de Justiça. **Affaire d des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)**. Arrêt du 27 juin 1986. Président: M. Nagendra Singh. Recueil des arrêts de la CIJ 1986, p. 100-190. Capturado em 25/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cnussommaire860627.htm>

Nicarágua.

Em 26/11/1994 a Corte pronunciou sua competência para analisar o caso e confirmou a admissibilidade do pedido da Nicarágua. O EUA, então, decidiram não participar das próximas fases do caso, o que não impediu a Corte de analisar o seu mérito, com base no artigo 53 de seu Estatuto.

Assim, a Corte reconheceu a reserva feita pelos EUA quanto aos tratados multilaterais, que estava prevista na declaração de reconhecimento da jurisdição da Corte. No entanto, entendeu que isso não afastaria a possibilidade de aplicar as outras fontes de direito, previstas no artigo 38 do Estatuto, como o direito internacional costumeiro.

Também foi declarado que as práticas norte-americanas alegadas pela Nicarágua eram ilícitas e violavam o direito humanitário. No entanto, só foi possível para os magistrados estabelecerem que os EUA financiaram e organizaram um dos componentes do alegado “exército”: a FDN. Eles não se convenceram de que os EUA efetivamente criaram tal exército.

Por fim, a Corte admitiu a aplicação do princípio da proibição do uso da força, pois não havia como caracterizar a legítima defesa se o Estado-vítima da agressão armada não havia solicitado ajuda; do princípio da não-intervenção, que prevê a intervenção com utilização da força como um ilícito e, quando feita com o objetivo de derrubar um governo, caracteriza-se como intervenção em assunto internos; e do princípio da soberania dos Estados. Também decidiu que não havia condições para justificar os atos americanos como contramedidas e que houve descumprimento do princípio *pacta sunt servanda*. Portanto, ficou caracterizada a violação norte-americana do Tratado.

A Corte, durante suas manifestações, ressaltou a opinião de vários doutrinadores ¹⁹⁴ e confirmou indiretamente a identificação da regra proibindo o uso da

¹⁹⁴ “More recently, the International court of Justice has given judgment in the first case in which it was able to refer directly to the doctrine, thus removing doubts caused by the doctrine’s partial absence from judicial pronouncements.” MACDONALD, *op.cit.*, p. 131.

força como *jus cogens*, citando trecho de comentários da CDI sobre a cláusula 50 do projeto de artigos, que menciona o direito da Carta relativo à interdição do emprego da força com um exemplo de *jus cogens*.¹⁹⁵ A Corte declarou que os artigos 1 e 3, comuns às Convenções de Genebra, refletem as “considerações humanitárias elementares”.¹⁹⁶

Em opiniões individuais, os juízes SINGH e SETTE-CAMARA reforçaram o entendimento comum¹⁹⁷

Os Estados Unidos não compareceram na fase do mérito e, ao final, recusaram-se a cumprir a decisão da CIJ, numa clara violação do artigo 94 da Carta da ONU.

e) 1996. Parecer sobre Lícitude da Ameaça ou de Emprego de Armas Nucleares.

Neste pronunciamento, decorrente de pedido de parecer consultivo, formulado pela AG, sobre a legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, a CIJ foi vaga e apenas afirmou que não há autorização específica nem ampla proibição universal de ameaça ou uso de arma nuclear, seja no direito internacional costumeiro, seja no convencional. No entanto, salientou que tal ameaça ou uso devem estar dentro das previsões do direito humanitário.¹⁹⁸

¹⁹⁵ “A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force (...) may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*.” ICJ Reports (1986), 100-101.

¹⁹⁶ ICJ Reports, 1986, p.114.

¹⁹⁷ Juiz Nagendra Singh: “The principle of the non-use of force belongs to the realm of *jus cogens*, and is the very cornerstone of the human effort to promote peace in a world torn by strife.” ICJ Reports (1986), Ibid, p. 153. Juiz Sette-Camara: “(...) the non-use of force as well as non-intervention – the latter as a corollary of equality of States and self-determination – are not only cardinal principles of customary international law, but could in addition be recognized as peremptory rules of customary international law which impose obligations on all States.” ICJ Reports Ibid, p. 199.

¹⁹⁸ “A threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict particularly those of the principles and rules of

Também se pronunciou no sentido que as “considerações elementares da humanidade” (na expressão já usada pela própria Corte no julgamento de 9 de abril de 1949, no caso Canal Corfu¹⁹⁹), vinculam “todos os Estados, independentemente de terem ratificado ou não as convenções que as contém, em virtude de constituírem-se princípios do direito internacional costumeiro que não podem ser transgredidos.”²⁰⁰

Tanto no parágrafo 86 da decisão da Corte quanto na declaração de seu Presidente BEDJAOUI, foi reafirmado que as regras de direito humanitário fazem parte do *jus cogens*.²⁰¹ Além disso, BEDJAOUI, referindo-se ao progresso registrado em relação à institucionalização, ou integração e globalização, da sociedade internacional, assim asseverou:

Como prova disso, pode-se citar a multiplicação das organizações internacionais, a substituição progressiva do direito internacional clássico da coexistência pelo direito internacional da cooperação, a emergência do conceito de “comunidade internacional” e as tentativas, às vezes com sucesso, de subjetivação desta última. O testemunho desse desenvolvimento pode ser encontrado no estabelecimento, agora acordado pelo direito internacional, de concepções como obrigações *erga omnes*, regras de *jus cogens* ou de patrimônio comum da humanidade.²⁰²

f) 1997. Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime

internacional humanitarian law, as well as with specific obligations under treaties and other undertakings which expressly deal with nuclear weapons”. ICJ. Request for advisory opinion. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**. Hague Yearbook of International Law. Martinus Nijhoff Publishers, 1996. vol. 9, p. 146.

¹⁹⁹ No caso ‘Estreito de Corfu’ a CIJ não tratou expressamente de *jus cogens*, mas usou termos muito similares, quando se referiu à obrigação das partes de respeitar as “considerações elementares da humanidade, mais absolutas ainda em tempo de paz do que em tempo de guerra.” ICJ Reports (1949), p. 22.

²⁰⁰ ICJ Reports, 1996, p. 79.

²⁰¹ ONU. CIJ. **Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires** e também ONU. CIJ. **Déclaration de M. Bedajoui, président. Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires** Avis Consultatif. 8 juillet 1996. Recueil des arrêts de la CIJ 1996, p. 257. e p. 273, §§ 13 e 21, respectivamente. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/ccases/cunan/cunanjudgment/cunan_cjudgment_19960708_advisory

²⁰² ICJ Reports, 1996, p. 257 e 273.

de Genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro))

Em 20/3/1993 a República da Bósnia-Herzegovina instaurou processo contra a República Federativa da Iugoslávia, alegando uma série de violações de obrigações *erga omnes* contidas na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948. Solicitou à Corte que determinasse que a Iugoslávia pusesse fim aos atos de genocídio, que confirmasse seu direito à legítima defesa e que opinasse sobre a Resolução 713 do Conselho de Segurança –o qual interpôs o embargo sobre armas na Iugoslávia, além de ter requerido medidas provisórias para assegurar direitos previstos naquela Convenção, sendo que algumas foram indicadas em decisão da Corte datada de 8/4/1993.

Em 27/7/1993 a Bósnia solicitou medidas provisórias complementares mas a Corte, em decisão de 13/9/1993, reafirmou as medidas indicadas anteriormente (8/4/1993), declarando que elas deveriam ser colocadas em prática imediatamente. Nesta ocasião, o juiz *ad hoc* LAUTERPACHT, em opinião individual, ressaltou que a proibição do genocídio faz parte do *jus cogens* e asseverou que o embargo imposto gera desequilíbrio entre o armamento à disposição da população sérvia e a população muçulmana da Bósnia-Herzegovina, contribuindo para a purificação étnica e o genocídio.²⁰³

Em decisão de 11/7/1996 a Corte rejeitou as exceções preliminares levantadas pela Iugoslávia em 21/3/1995, declarando-se competente e admitindo o pedido da Bósnia-Herzegovina.²⁰⁴

A Iugoslávia interpôs reconvenção, alegando violação de obrigações *erga*

²⁰³ ONU. CIJ. **Applicabilité de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**. Ordonnance du 13 de septembre 1993. Bosnie-Herzegovine c. Yougoslavie. Recueil des arrêts de la CIJ 1993. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cbhysommaire19930913.htm>

²⁰⁴ ONU. CIJ. **Applicabilité de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**. Arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996. Bosnie-Herzegovine c. Yougoslavie. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cbhysommaire960711.htm>

omnes previstas na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, por parte do Governo da Bósnia, com o objetivo de excluir toda a sua responsabilidade por atos ilícitos causados no país, caso assim fossem considerados pela Corte. A Bósnia-Herzegovina alegou inadmissibilidade de tal argumento por meio de demanda reconvenicional. A Corte admitiu-o porque entendeu que ambos os pedidos, principal e reconvenicional, tinham o mesmo propósito de buscar o estabelecimento de uma responsabilidade jurídica em virtude de violação daquela Convenção.²⁰⁵

Após várias extensões de prazos, a Bósnia-Herzegovina apresentou sua réplica em 1998 e a Iugoslávia apresentou sua tréplica. “Desde então, várias trocas de cartas foram feitas concernentes a novas dificuldades procedimentais do caso.”²⁰⁶

Vale lembrar que durante todo processo a Corte se limitou à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, inclusive como fundamento de sua própria competência, baseada em cláusula atributiva de jurisdição. Por isso, em seu primeiro despacho (*Ordonnance* de 8/4/1993), ela recusou-se a reconhecer o direito de legítima defesa da Bósnia, alegando que isso ia além do campo de aplicação de tal Convenção e, posteriormente (*Ordonnance* de 13/9/73), afastou a possibilidade de um Estado ser vítima de um crime de genocídio porque o texto daquela Convenção trata somente de “destruição intencional de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Esses fatores causam descrença quanto ao futuro do caso, principalmente quanto ao posicionamento da Corte em relação ao mérito, que deverá se restringir ao tema da responsabilidade do Estado, cujas conseqüências não parecem ser condizentes

²⁰⁵ Sobre a demanda reconvenicional em procedimento internacional e, sobretudo, quando invoca obrigações *erga omnes/jus cogens*, ver SALERNO, Francesco. La demande reconventionnelle dans la procedure de la Cour Internationale de Justice. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 329-364; e PEGNA, Olivia Lopes. Counter-claims and Obligations *erga omnes* before the International Court of Justice. **EJIL** 9, 1998, p. 724. Capturado em 13/07/2001. On-line. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No4/art4-03.html>

²⁰⁶ ONU. CIJ. Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. (Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia). Work in 1999-2000. **Hague Yearbook of International Law**. The Hague: Kluwer Law Interantional, 2000. v.13., p.152.

com a gravidade do caso.²⁰⁷

g) 1997. Caso relativo ao Projeto Gabčíkovo-Nagymaros
(Hungria/Eslováquia)

O Caso refere-se ao tratado assinado em Budapeste em 16/09/77, pela República Popular da Hungria e a República Socialista da Tchécoslováquia, relativo à construção e funcionamento do sistema de represa de Gabčíkovo e de Nagymaros.

A Hungria, em 1989 suspendeu e abandonou os trabalhos relativos ao projeto, gerando perdas para a Tchécoslováquia. A Tchécoslováquia, por sua vez, em novembro de 1991, adotou medida unilateral e passou a construir o que chamou de “solução provisória” (ou “variante C”), ou seja, uma barragem sobre o Danúbio em território tcheco, causando danos para a Hungria e seus nacionais. A barragem foi concluída e passou a funcionar em outubro de 1992, gerando o redirecionamento das águas do Danúbio. A Hungria notificou o fim do tratado, em maio de 1992.

No transcorrer do processo, houve dissolução da Tchécoslováquia, sendo que o Estado sucessor nos direitos e obrigações relativos àquele projeto era a Eslováquia, que se tornou independente em 1º de janeiro de 1993.

Então Hungria e Eslováquia assinaram um compromisso, em abril de 1993, em Bruxelas, com o objetivo de submeter o caso à decisão da Corte.

Durante o procedimento na Corte, a Hungria alegou que as normas de direito internacional em vigor em matéria de proteção de meio ambiente tornavam impossível a execução do tratado. A Eslováquia, por sua vez, respondeu que nenhum dos novos

²⁰⁷ “En réalité, la Cour ne sera probablement amenée qu’à connaître d’une responsabilité étatique classique lorsqu’elle connaîtra du fond de l’affaire. Si l’Etat peut être considéré comme l’auteur de l’acte illicite, en l’espèce la violation de l’obligation de «prévention», il devra offrir une réparation à l’Etat lésé. Cette sanction, parfaitement inadaptée au regard de la gravité des faits reprochés, pourra être atténuée par le caractère indirect de l’implication étatique qui résulte de la Convention de 1948. La Cour ne fait donc que conforter la cruelle inexistence d’une responsabilité étatique pour crime de génocide en droit international.” MAISON, Rafaëlle. Les ordonnances de la CIJ dans l’affaire relative à l’application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide. *EJIL*, vol. 5, n° 3, 1994, p. 400.

desenvolvimentos do direito internacional do meio ambiente tinha caráter de *jus cogens*, o que seria a única hipótese capaz de afastar o cumprimento daquele acordo.²⁰⁸

A Corte assim decidiu: que a Hungria não tinha o direito de suspender e abandonar os trabalhos previstos no Tratado, que a Tchécoslováquia tinha o direito de recorrer à solução provisória, mas não mais de pô-la em prática, a partir de outubro de 1992; que a notificação não teve o efeito jurídico de por fim ao Tratado; que a Hungria e Eslováquia deveriam, com boa fé, adotar as medidas necessárias para realizar os objetivos do Tratado, inclusive estabelecer o regime operacional conjunto nele previsto, e que ambos os países deveriam indenizar-se reciprocamente.

- h) 1999. Caso sobre a Licidade de Emprego da Força (Iugoslávia v. Bélgica) (Iugoslávia v. Canadá) (Iugoslávia v. França) (Iugoslávia v. Alemanha) (Iugoslávia v. Itália) (Iugoslávia v. Países Baixos) (Iugoslávia v. Portugal) (Iugoslávia v. Espanha) (Iugoslávia v. Reino Unido) (Iugoslávia v. EUA)

No dia 29 de abril de 1999 a República Federal da Iugoslávia iniciou processos contra os dez países, acusando-os de bombardearem o território iugoslavo em violação às obrigações de não recorrer ao emprego da força contra um outro Estado, de não intervir nos assuntos internos de outro Estado, de proteger as populações e locais civis em tempo de guerra, de proteger o meio-ambiente e outras obrigações internacionais. Solicitou à Corte medidas provisórias e determinação aos Estados para cessarem imediatamente o emprego da força.

A Corte declarou-se incompetente para julgar os casos contra a Espanha e

²⁰⁸ “La Slovaquie a exposé, em réponse, qu’aucun des nouveaux développements du droit international de l’environnement n’avait engendré de normes de *jus cogens* qui prévaudraient sur le traité. Elle a soutenu en outre que le droit à agir dont la Hongrie entend se prévaloir n’aurait pu en tout état de cause justifier légalement la terminaison du traité en vertu du droit des traités, mais relevait bien davantage ‘du vocabulaire de l’autoprotection ou des représailles’”. ONU. CIJ. **Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)**. Arrêt 25 septembre 1997. par.97. Rôle général n° 92. Président: M. Weeramantry. Capturado em 27/08/00. Online. Disponível no site http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/chs/chsjudgment/chs_cjudgment_970925_frame.htm.

Estados Unidos. Quanto aos demais casos, disse que não tinha competência *prima facie para* indicar medidas provisórias, mas que isso não prejudicava sua competência para conhecer o fundo.

Nas audiências públicas, os representantes do Iugoslávia alegaram a proibição de ameaça ou emprego da força como *jus cogens*.²⁰⁹

4.2.1.2 Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia.

Por se tratar de tribunal recente e, portanto, mais aberto às mudanças que ocorreram no direito internacional, o TPII fez referência a *jus cogens* em algumas oportunidades. ASCENCIO E PELLET, ao analisarem a competência *ratione materiae* do TPII, lembram que a Câmara de Apelação previu que o Tribunal aplicaria não só todo tratado que “inquestionavelmente vinculasse as partes na época do cometimento das ofensas alegadas, como também todo tratado que não estivesse em conflito com uma norma peremptória de direito internacional, ou não tivesse sido derogado por ela”.²¹⁰

Além disso, ASCENCIO E MAISON mencionam que no caso *Tadic* o TPII já havia tratado das regras costumeiras de direito humanitário internacional como normas imperativas do direito internacional.²¹¹

²⁰⁹ O representante da Iugoslávia no caso, M. ETINSKI, assim se pronunciou: “Le bombardement du territoire yougoslave constitue une violation de l’obligation de ne pas recourir à la menace ou à l’emploi de la force contre un autre Etat, obligation qui représente un principe général du droit coutumier et un principe fondamental de la Charte des Nations Unies et qui a le caractère du *jus cogens*.” ONU. CIJ. **Licéité de l’emploi de la force**. Audience publique, 10 mai 1999. (Yougoslavie c. Belgique) (Yougoslavie c. Canada) (Yougoslavie c. France) (Yougoslavie c. Allemagne) (Yougoslavie c. Italie) (Yougoslavie c. Pays-Bas) (Yougoslavie c. Portugal) (Yougoslavie c. Espagne) (Yougoslavie c. Royaume-Uni) (Yougoslavie c. Etats-Unis d’Amérique). CR 99/14 (non-corrige). Capturado em 25/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoocket/cyall/cyall_cr/cyall_ccr9914_19990510_translation.html

²¹⁰ ASCENCIO, Hervé et PELLET, Alain. L’activité du Tribunal Pénal International pour l’ex-Iugoslavie (1993-1995). **AFDI**, vol. XLI, 1995, pp. 134.

²¹¹ Caso *Procurador X Dusko Tadic*, nº IT-94-1-AR72, 2.10.1995. Decisão relativa à apelação da defesa sobre a exceção prejudicial de incompetência. ASCENCIO, Hervé et MAISON,

Em seguida, far-se-á a análise de um dos casos julgados pelo TPII que trata de *jus cogens*.

a) 1998. *Le Procureur v. Anto Furundzija*

Furundzija, de nacionalidade bósnia, foi acusado de cometer infração grave das Convenções de Genebra e de violações das leis e costumes da guerra, nos termos do Ato de Acusação, datado de 10/11/1995. Ele foi preso em 18/12/1997, pela Força multinacional de estabilização (SFOR) e encaminhado à penitenciária da ONU, na Haia. Perante o TPII, respondeu por tortura, tratamentos desumanos e atentados à dignidade das pessoas, inclusive estupro. Os crimes foram cometidos no quartel general dos Jokers, uma unidade das forças armadas da comunidade croata de Hercegovina, denominada Conselho de Defesa Croata (HVO), onde o acusado exercia as funções de comandante local. O HVO estava em conflito armado com o Exército da Bósnia-Herzegovina e fazia ataques nas vilas habitadas por bósnios muçulmanos.

Na sentença que condenou o acusado, a Corte identificou a proibição de tortura como *jus cogens* e como geradora de obrigações *erga omnes*, ocasionando os seguintes efeitos: os Estados não podem derrogar esta norma, e qualquer que seja a fonte de direito que pretenda fazê-lo, será considerada nula; a proibição da tortura representa uma das normas mais fundamentais da comunidade internacional; as medidas nacionais autorizando ou tolerando a prática da tortura ou anistia aos torturadores não devem ser reconhecidas pela comunidade internacional, e qualquer vítima pode entrar com ação, em competente instância judiciária nacional ou internacional, a fim de que estas medidas sejam declaradas contrárias ao direito internacional e seus executores ou beneficiários sejam penalmente responsáveis. Todo Estado tem direito de investigar, julgar e punir ou extraditar os indivíduos que estejam em seu território e sejam acusados de tortura, crime que o TPII considerou

imprescritível.²¹²

4.2.1.3 Tribunal Internacional do Direito do Mar

- a) Casos nº 3 e 4: Caso do atum de barbatana azul (Nova Zelândia v. Japão; Austrália v. Japão), medidas provisórias

A Nova Zelândia e a Austrália denunciaram o programa de pesca experimental (PPE), realizado pelo Governo do Japão em relação a um tipo de peixe cuja espécie está gravemente ameaçada. Os autores solicitaram a determinação de medidas provisórias, que foram autorizadas pela corte. O juiz M. LAING, em sua opinião individual, afirmou que o Tribunal não deu indicação precisa sobre a norma ou o critério que embasou sua decisão. Por isso, acentuou a necessidade de prudência pelo Tribunal, propondo alguns critérios para determinação de medidas provisórias, dentre os quais a amplitude do valor geral de ordem pública que está em jogo – do que citou como exemplo os valores de *jus cogens* como paz e segurança mundiais ou a proteção do meio ambiente.²¹³

4.2.1.4 Corte Europeia de Direitos Humanos

Diversos casos julgados pela Corte já utilizaram a expressão *jus cogens*,

²¹² ONU. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). **Jugement Furundzija**. IT-95-17/1, Chambre de première instance II. §§ 144 a 156. 10 déc 1998. Capturado em 08/03/02. On-line. Disponível no site: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgment/main-f.htm>.

²¹³ “La prudence peut être dictée par un critère *a priori* raisonnable, fondé sur l’expérience commune. La série suivante de critères a pu être proposée : 1) l’acte illicite a déjà été commis ou ne peut pas être indemnisé ou réparé pécuniairement...2) la certitude que les conséquences redoutées se produiront si le Tribunal n’intervient pas, 3) la gravité de la menace, 4) le droit qui doit être préservé revêt une valeur sans égale ou tout à fait spéciale ou 5) l’importance de la valeur que cela présente pour l’ordre public général, à savoir de possibles valeurs *jus cogens* telles que la paix et la sécurité générale ou la protection de l’environnement.” ONU. Tribunal International du droit de la mer. **Affaires du thon à nageoire bleue**. Opinion individuelle de M. Laing, Juge. Capturado em 12/3/02. On-line. Disponível na internet: http://www.itlos.org/start2_fr.html

sendo que um deles será descrito a seguir:²¹⁴

a) 2001. Caso *Al-Adsani v. Reino Unido*

Sulaiman Al-Adsani, portador de dupla cidadania (Grã-Bretanha e Kuwait) interpôs ação na Corte contra o Reino Unido, país onde havia entrado com ação contra o Governo do Kuwait, denunciando ter sofrido tortura e punição e tratamento degradantes e inumanos cometidos por agentes públicos do Kuwait. Alegou que o Reino Unido, ao reconhecer a imunidade de jurisdição ao Governo do Kuwait, não lhe garantiu o direito de não ser torturado e recusou seu direito de acesso ao Poder Judiciário, violando a Convenção Européia de Direitos Humanos.

A proibição da tortura foi citada diversas vezes no processo como *jus cogens*, quer pelo autor, pelo réu e pela própria corte, que fez referências a outros julgamentos sobre o assunto. No entanto, tal alegação não foi suficiente para evitar que a Corte reconhecesse que o Reino Unido não havia violado a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao confirmar a imunidade de jurisdição do Governo do Kuwait.²¹⁵

Na opinião dissidente dos juízes ROZAKIS E CAFLISCH, à qual aderiram os juízes WILDHABER, COSTA, CABRAL BARRETO E VAJIC, foi ressaltado que o reconhecimento de *jus cogens* gera a impossibilidade de invocar regras inferiores,

²¹⁴ Conseil de l'Europe. Cour Européenne des Droits de l'Homme. **Forgarty v. The United Kingdom**. Jugement, opinion juges Caflisch, Costa et Vajic. Numéro de requête: 37112/97. Hudoc référence: REF00002996. Date: 21/11/2001. Capturado em 17/01/02. On-line. Disponível na internet: <http://www.hudoc.echr.coe.int>; **Affaire Ringeisen**. Michel Ringeisen v. Autriche. Jugement, opinion juge Verdross. Numéro de requête 2614/65. Hudoc référence: REF00000150. Date: 16/07/1971. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.echr.coe.int/hudoc>; **Affaire McElhinney v. Irlande**. Jugement, opinion juge Loucaides. Numéro de requête: 00031253/96. Hudoc référence: REF00002997. Date: 21/11/2001. Capturado em 17/01/02. On-line. Disponível na internet: <http://www.echr.coe.int/hudoc>.

²¹⁵ “While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in the *Furundzija* and *Pinochet* decisions, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State.” Conseil de l'Europe. Cour Européenne des Droits de l'Homme. **Al-Adsani v. The United Kingdom**. Judgment, par.61. Numéro de requête: 35763/97. Hudoc référence: REF00002995. Date 21/11/2001. Capturado em 17/01/02. On-line. Disponível na internet: <http://www.hudoc.echr.coe.int>.

como a da imunidade do Estado, a fim de evitar as conseqüências da ilegalidade da ação estatal. Além disso, a diferenciação feita pela Corte entre procedimento civil e criminal não está em consonância com a essência da operação das regras de *jus cogens*.²¹⁶

4.2.2 Tribunais Arbitrais

4.2.2.1 Comissão de Arbitragem da Conferência Européia para a Paz na Iugoslávia

Criada em 1991, a Conferência Européia para a Paz na Iugoslávia estabeleceu, em sua estrutura, uma Comissão de Arbitragem, formada inicialmente por cinco presidentes de cortes constitucionais dos estados-membros da Comunidade Européia e presidida por M. Robert BADINTER, por isso também denominada Comissão Badinter.²¹⁷

Essa Comissão, em diversos pareceres (“*avis*”) emitidos em decorrência de consultas que lhe foram feitas pelo presidente da Conferência, Lord CARRINGTON, tratou da questão das normas imperativas de direito internacional.

a) Parecer da Comissão de Arbitragem, 29 novembro 1991.

Decorreu de uma questão controversa, em que a Servia entendia que a secessão da República Socialista Federativa da Iugoslávia (RSFI) não afetava a continuação da existência desta última, ao lado das Repúblicas que se declararam independentes (Bósnia Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Eslovênia e Sérvia). Já as outras repúblicas entendiam que se tratava da desintegração da RSFI e não de secessão. A Comissão entendeu que a RSFI encontrava-se num processo de

²¹⁶ Ibid, par. 3 e 4 (dissenting opinion of Rozakis and Caflisch, joined by judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic).

²¹⁷ A Conferência Européia tornou-se Conferência Internacional para a Paz na Iugoslávia, a partir da Conferência de Londres, de 26/27 de outubro de 2002, motivo pelo qual a composição da Comissão foi modificada, em 19/02/1993.

dissolução²¹⁸ e que caberia às Repúblicas dirimir os problemas de sucessão dos Estados.

A Comissão estabeleceu que as normas imperativas do direito internacional, como os direitos fundamentais da pessoa humana e o direito dos povos e das minorias, impõem-se a todas as partes envolvidas na sucessão.²¹⁹

b) Parecer nº 2, 11 janeiro 1992

Surgiu de uma questão posta pela República da Sérvia, que perguntou se a população sérvia da Croácia e da Bósnia Herzegovina beneficiar-se-ia do direito à autodeterminação.

A Comissão entendeu que tal população tem o direito de se beneficiar de todos os direitos reconhecidos às minorias (considerados *jus cogens*) e aos grupos étnicos pelo direito internacional e pelos dispositivos do “Projeto de convenção da conferência para a paz na Iugoslávia”.²²⁰

c) Parecer nº 10, 4 julho 1992

Foi elaborado em função da dúvida a cerca da necessidade da República

²¹⁸ No Parecer nº 8, a Comissão de Arbitragem entendeu que tal processo de dissolução chegou ao fim e que a RSFI não existe mais. Commission d’arbitrage. Avis nº 8, 4 juillet 1992. **RGDIP**, tomo 97, 1993/2, p. 590.

²¹⁹ “ (...) la succession doit conduire à un resultat équitable, les Etats intéressés demeurant libres d’en fixer par voie d’accord les modalités. En outre, les normes impératives du droit international general et, en particulier le respect des droits fondamentaux de la personne humaine et des droits des peuples et des minorités, s’imposent à toutes les parties prenantes à la succession.” Commission d’arbitrage. Conference pour la paix en Yougoslavie. Avis de 29 novembre 1991. **RGDIP**, tomo 96, 1992/1, p. 265. Esta idéia foi retomada no Parecer nº 9. Commission d’arbitrage. Avis nº 9, 4 juillet 1992. **RGDIP**, tomo 97, 1993/2, pp. 592.

²²⁰ “Ainsi que la Commission l’a souligné dans son avis nº1, du 29 novembre 1991, rendu public le 7 décembre, em vertu de normes, maintenant impératives, du droit international general, il appartient aux Etats d’assurer le respect des droits des minorités. Cette exigence s’impose à toutes les Républiques à l’égard des minorités établies sur leur territoire”. Commission d’arbitrage. Avis nº 2, 11 janvier 1992 (populations serbes de Croatie et Bosnie-Herzégovine). **RGDIP**, tomo 96, 1992/1, p. 266.

Federal da Iugoslávia (RFI), formada pela União de Montenegro e Sérvia, em 27/4/92, ser reconhecida pelos estados-membros da Comunidade Européia (CE). A Comissão reconheceu a RFI como um Estado novo, que não pode ser considerado como o único sucessor da RSFI e cujo reconhecimento eventual pelos Estados da CE está subordinado ao respeito, pelo novo Estado, às condições impostas a esse tipo de ato pelo direito internacional geral, pela “Declaração sobre a Iugoslávia” e “Linhas diretrizes sobre o reconhecimento de novos Estados na Europa oriental e a União Soviética”, adotado pelo Conselho de Ministros da CE em 16/12/91.

O parecer lembrou a importância do respeito às normas imperativas - tais como proibição do recurso à força, direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas - quando da celebração do ato de reconhecimento.²²¹ PELLET critica a indignação causada por essas previsões aos juristas mais reacionários.²²²

²²¹ “(...) la reconnaissance (...) est un acte discrétionnaire que les autres Etats peuvent effectuer au moment de leur choix, sous la forme qu’ils décident et librement, sous la seule réserve du respect dû aux normes imperatives du droit international general, notamment celles qui interdisent le recours à la force dans les relations avec d’autres Etats ou qui garantissent les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques”. Commission d’arbitrage. Avis n° 10, 4 juillet 1992. RGDIP, tomo 97, 1993/2, p. 595. Sobre o reconhecimento internacional em geral e também em relação a *jus cogens*, enquanto requisito condicional, ver opinião crítica de VERHOEVEN, Joe. La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?. *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, pp. 7-40.

²²² “Seuls les juristes les plus réactionnaires, *laudatores temporis acti* où, par la force des choses (et de l’équilibre des puissances), le droit ne pouvait reposer que sur le principe d’indifférence, s’en indigneront. Il est, au contraire, bon et sain que le principe de légitimité (manié avec prudence et raison) fasse irruption dans le droit e l’on regrettera à nouveau que la France, de plus en plus isolée, s’obstine à recuser l’élément de moralisation qu’introduit la notion de *jus cogens* dans le droit international. Il est heureux que les membres de la Commission d’arbitrage n’aient pas partagé ces vues frileuses ; leur origine – il s’agit de Présidents de cours constitutionnelles européennes – n’y est sans doute pas étrangère : des internationalistes « purs » se seraient peut-être montrés plus sensibles à la force des habitudes de pensée héritées de la guerre froide (et, pour la France d’un nationalisme juridique sourcilieux et contestable).” PELLET, Alain. L’activité de la Commission d’Arbitrage de la Conférence Européenne pour la paix en Yougoslavie. *AFDI*, vol. XXXVIII, 1992, p. 228.

4.2.2.2 Arbitragem instituída no âmbito do Caso da Delimitação da Fronteira Marítima Guiné-Bissau/Senegal

Guiné-Bissau e Senegal decidiram instaurar um tribunal arbitral para determinar a validade do Acordo concluído por seus países colonizadores, França e Portugal, respectivamente, através de troca de cartas em 26 de abril de 1960, tratando da delimitação marítima entre as duas colônias.

Guiné-Bissau alegou que as regras da Convenção de Viena sobre a sucessão de Estados em matéria de tratado, de 1978, não permitem que Senegal se utilize daquele Acordo. Dentre outras justificativas apresentadas, Guiné-Bissau asseverou que a troca de cartas franco-portuguesas era absolutamente nula por duas razões: a) violação do princípio de *jus cogens*, referente à autodeterminação dos povos – uma vez que, no momento da assinatura do Acordo, o processo da libertação nacional já estava em curso; e b) violação de princípio corolário ao da autodeterminação, que por isso também deveria fazer parte das normas imperativas: o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, tendo em vista que o Acordo de 1960 tratava de uma alienação de território.

O Tribunal descartou tal argumento, declarando que o país não “apresentou prova ou demonstração de que a relação lógica que existe entre as duas normas é de um corolário”, portanto não comprovou que a norma invocada se tratava de *jus cogens*.²²³

Por fim, decidiram os árbitros que o Acordo concluído em 26 de abril de 1960 faz direito entre as partes. O árbitro M. Bedjaoui, indicado pela Guiné-Bissau, apresentou opinião dissidente.

²²³ “L Guinée-Bissau n’a pas établi dans le présent arbitrage que la norme invoquée par elle serait devenue une règle de *jus cogens*, soit par la voie coutumière, soit par la formation d’un principe general de droit. ONU.” Recueil des sentences arbitrales. **Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Senegal**. Sentence du 31 juillet 1989. vol. XX, 1994 (n° E/F.93.v3). p.136. Note-se, que o Tribunal Arbitral chamado a se pronunciar no caso Aminoil V. Koweit, 1982, também refutou a alegação da soberania sobre os recursos naturais como *jus cogens*.

4.2.3 Tribunais nacionais

4.2.3.1 Corte Constitucional Suprema da Alemanha (*BverfGE*)

a) Recurso de decisão da Corte Federal Suprema sobre Tributos (*Federal Supreme Tax Court*)

O peticionário, uma empresa suíça proprietária de imóveis em Hamburgo, questionava a imposição de tributos sobre rendimentos obtidos por proprietários de créditos imobiliários, em decorrência da reforma monetária de 1948. A finalidade da cobrança era juntar fundos para serem usados no pagamento de compensações por perdas sofridas por pessoas expulsas de antigos territórios alemães do Leste e por vítimas de guerra. A cobrança baseava-se nas leis alemãs e na Lei de Equalização de Responsabilidade, de 14/8/52 (*Bundesgesetzblatt*), a qual não fazia distinção entre proprietários alemães ou estrangeiros. A imposição a proprietários suíços decorria da Convenção entre Suíça e Republica Federal da Alemanha, de 26/8/52, a qual previa expressamente a extensão da cobrança daquele tributo às pessoas nacionais da Suíça, fossem elas físicas ou jurídicas, desde que se enquadrassem na hipótese da lei alemã.

A empresa suíça alegou que o tratado celebrado entre a Republica Federal Alemã e a Suíça estava em conflito com uma norma geral de direito internacional, sendo, por isso, inconstitucional, uma vez que a Lei Fundamental de Bonn de 1949, prevê que aquele tipo de norma se torna parte da lei federal. Ela, inclusive, sobrepõe-se a estatutos e cria imediatamente direitos e obrigações para os habitantes do território.

Em 1965, a Corte asseverou que as normas gerais de direito internacional estão abertas ao ordenamento jurídico interno alemão no limite de sua validade internacional, a qual também é medida na extensão de sua previsão em acordos internacionais celebrados entre Estados. A Constituição não afasta a possibilidade de um acordo internacional ter a força de lei interna, ainda que eles não correspondam integralmente às regras gerais de direito internacional. Tratados internacionais têm

prioridade sobre regras internacionais costumeiras, sempre que forem posteriores a elas e mais específicos. Apenas as normas peremptórias de direito internacional podem ser consideradas superiores e, portanto, não podem ser afastadas por estipulação das partes. E a regra que proíbe recorrer a estrangeiros para custear gastos resultantes das consequências da guerra não está incluída entre essas regras peremptórias.²²⁴

4.2.3.2 Corte Suprema Federal da Suíça

- a) Bufano et al. v. *Ministère public fédéral et département fédéral de justice et police*; Sener v. *Bundesanwaltschaft und Eidgenössisches Justiz-und Polizei department*.

Trata-se de casos perante a Corte Suprema Federal da Suíça, referentes à extradição de estrangeiros para Estados onde os detentos provavelmente sofrerão tortura. “A Corte manifestou que a Convenção Européia de Direitos Humanos tinha natureza peremptória, então tratados bilaterais não podem ser interpretados de modo a admitir extradição nestas circunstâncias; além disso, eles devem ser considerados nulos e terminados.”²²⁵

²²⁴ RIESENFELD traduz do alemão para o inglês a passagem da decisão que afasta tal regra do rol das normas peremptórias. “International treaty law, to the extent that the parties to the agreement are concerned, possesses as a rule priority over customary law since it is the later and the more special law. Only a few elementary legal mandates may be considered to be rules of customary international law which cannot be stipulated away by treaty. The quality of such peremptory norms may be attributed only to such legal rules as are firmly rooted in the legal conviction of the community of nations and are indispensable to the existence of the law of nations as an international legal order, and the observance of which can be required by all members of the international community. The rule that no resort may be had to aliens for the defrayal of expenditures resulting from war consequences certainly does not fall into this class of peremptory rule of international law.” RIESENFELD, S. A. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: in the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court*. *AJIL*, vol. 60, 1966, p. 511 e 512.

²²⁵ Bundesgericht, Bufano et al. v. *Ministère public fédéral et département fédéral de justice et police*, DBG 108 Ib,408,411; Sener v. *Bundesanwaltschaft und Eidgenössisches Justiz-und Polizei department*, BGE 109 Ib, 64,72 *apud* KADELBACH, Stefan. *International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law*. *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999, p. 71.

4.2.3.3 Corte Distrital da Haia.

- a) 1987. *Stichting Verbiedt de Kruisraketten* e 14.774 pessoas naturais e jurídicas v. Países Baixos.

Os autores solicitaram à Corte que a Convenção sobre instalação de mísseis marítimos dos Estados Unidos nos Países Baixos fosse declarada como contrária a *jus cogens* internacional.

A Corte recusou-se a fazer tal declaração porque entendeu que “no sistema do direito internacional (...) as cortes nacionais não são designadas como órgão com poderes para decidir se um tratado, no todo ou em parte, concluído ou ratificado, é nulo. (...) Isso também segue a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que descreve um determinado procedimento para a decisão se um tratado, ou uma provisão de tratado, é nulo.”²²⁶

4.2.3.1 Câmara de Lordes. Reino Unido.

- a) *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*. 25

²²⁶ Netherlands Yearbook of International Law, 1987, p.417 apud CONFORTI, Benedetto e LABELLA, Angelo. Invalidation and termination of treaties: the role of national courts. *EJIL*, vol. 1, n° 1/2, 1990, p. 55 e 65. Esses autores entendem que tal decisão não acompanha a tendência mundial de que as cortes domésticas consideram-se competentes para proferir decisões relativas a descumprimento de normas constitucionais referentes a “*treaty-making power*” e à validade e aplicação de tratados, principalmente a partir do ponto de vista do direito interno (e menos do direito internacional). Para eles, os juízes locais têm o poder de julgar todas as causas de invalidade e terminação dos tratados, limitando-se ao caso específico. Todas essas causas operam automaticamente.

*nov 98 e 24 mar 99.*²²⁷

Em 1998 o juiz espanhol Baltazar GARZON expediu mandado de prisão internacional contra Augusto Pinochet, que se encontrava na Inglaterra, com base em sua participação, no Chile, no golpe de estado de 1973 e na política de repressão adotada durante seu governo de 1973 a 1990. Ele foi preso no dia 17 de outubro.

O primeiro mandado de prisão, de 16 de outubro de 1998, tratava de morte de cidadãos espanhóis em território chileno. Foi recusado pela Alta Corte e não houve apelação.

O segundo mandado de prisão, de 18 de outubro de 1998, versava sobre crimes de genocídio, tortura, seqüestro, assassinato e terrorismo. A primeira instância cassou o mandado, acolhendo a tese da imunidade de chefe de Estado. O procurador apelou à Câmara de Lordes que rejeitou a alegação de imunidade, em julgamento de 25 de novembro de 1988²²⁸. Então o Ministro do Interior expediu autorização de proceder à extradição. Mas tal decisão da Câmara de Lordes foi cassada em virtude de envolvimento de um dos juízes com a Anistia Internacional (Lord HOFFMANN).

Nesse ínterim, no dia 3 de novembro de 1998 o governo espanhol solicitou oficialmente a extradição de Pinochet, com base na Convenção Européia sobre Extradição, de 1957. Em seguida, outros países, como Suíça, Bélgica e França fizeram o mesmo.

Em 24 de março de 1999 a Câmara de Lordes pronunciou sua decisão.²²⁹

²²⁷ Um resumo dos dois julgamentos da Câmara de Lordes pode ser encontrado na seção Chronique des faits internationaux, do Periódico RGDIP. Primeiro julgamento: tomo 102, 1999/1, p. 186 e segundo julgamento: tomo 103, 1999/2, p. 450-452.

²²⁸ Ver íntegra deste primeiro julgamento em: Câmara dos Lordes da Inglaterra. **Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet**; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). 25/11/98. Capturado em 19/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>

²²⁹ Câmara dos Lordes da Inglaterra. **Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet**; Regina v. Evans and

Segundo as leis britânicas, principalmente o *Extradition Act*, de 1989, a extradição relacionada a um crime cometido no território do Estado requerente pode ser concedida se ele for crime segundo a lei deste Estado e a lei britânica. Do mesmo modo, se for relacionada a um crime cometido fora do território do Estado requerente, será concedida se o crime for igualmente extraterritorial segundo a lei britânica (*extra-territorial offence*). Dever-se-ia, portanto, fazer a equivalência dos crimes alegados com os crimes previstos na lei britânica, desconsiderando aqueles que não tivessem a devida qualificação. Assim, decidiu-se retirar a incriminação por genocídio, por seqüestro, e por conluio²³⁰ para tomar reféns. Manteve-se a acusação de crimes, cometidos na Espanha, de conluio para cometimento de homicídio e de tortura. Quanto aos atos de tortura e de conluio para cometimento de ato de tortura realizados fora do território espanhol, os Lordes, por unanimidade, aceitaram somente os atos praticados depois de 29 de setembro de 1988, haja vista que a tortura somente passou a ser um crime extraterritorial no Reino Unido com a incorporação da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, o que ocorreu através da entrada em vigor do *Criminal Justice Act*, naquela data do ano de 1988.

Os Lordes avançaram ao reconhecer expressamente o valor *jus cogens* da proibição da tortura, que impõe aos Estados as obrigações. Lord BROWNE-WILKINSON, fazendo referência ao julgamento *Furundzija*, ratificou a idéia de que as normas internacionais que proíbem a tortura têm caráter de *jus cogens*, sendo que sua prática constitui-se crime internacional que justifica que os estados obtenham

Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). 24 mar 99. Capturado em 19/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>

²³⁰ No original, trata-se de *conspiracy* - crime que, segundo a lei britânica, é tipificado como um acordo de vontade para o cometimento de um ato ilícito. Utilizamos a tradução para o português contida na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, artigo 3,b: "conluio".

jurisdição universal, onde quer que a tortura tenha sido cometida.²³¹

No entanto, os Lordes retrocederam ao não admitirem o caráter costumeiro da repressão ao crime de tortura e não atribuírem a si competência universal para reprimirem tal crime, somente admitindo-a após a incorporação do direito internacional no direito interno²³². Limitaram, assim, todas as alegações do ato de acusação aos poucos crimes cometidos entre 29 de setembro de 1988 e 1º de janeiro de 1990.²³³

A partir da diminuição considerável do número de crimes suscetíveis de extradição, alguns Lordes se pronunciaram solicitando ao Ministro do Interior que revisse sua “autorização para proceder” à continuidade do caso, o que foi recusado, devido à gravidade de tais crimes e não à quantidade.

Quanto à alegação de imunidade de jurisdição de antigo chefe de Estado, os Lordes afirmaram que, em virtude do direito internacional costumeiro, existe a imunidade em relação a jurisdições penais estrangeiras, no entanto, ela só pode ser admitida em relação a atos cometidos no exercício da função, ou seja, é delimitada *ratione materiae*.²³⁴ Isso sepultou a acusação de conluio para cometimento de

²³¹ “The *jus cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed.” Câmara dos Lordes da Inglaterra. **Judgment.** (...) 24 mar 99.

²³² Ao longo do processo há referências ao entendimento de que as cortes internas têm jurisdição para julgar crimes concebidos pelo direito internacional costumeiro como de jurisdição universal. Nesse sentido, é citada a decisão do TPII no caso Furundzija, (estudado no presente trabalho no item 4.2.1.2), e nesse sentido, há a opinião isolada do Lord Millet. Id.

²³³ Lord HUTTON defendeu esta idéia. “As your Lordship hold that there is no jurisdiction (...) prior to 29 September 1988 (...), it is unnecessary to decide when torture became a crime against international law prior to that date, but I am of opinion that acts of torture were clearly crimes against international law and that the prohibition of torture had required the status of *jus cogens* by that date”. Id.

²³⁴ Lord Hope of CRAIGHEAD entendeu de maneira diferente e explicou a existência de duas exceções para o princípio da imunidade *ratione materiae* para atos praticados no exercício das funções de governo: a primeira englobaria os atos praticados em benefício ou prazer próprio da autoridade e a segunda trataria exatamente dos atos de proibição que adquiriram o caráter de *jus cogens*. “The second relates to acts the prohibition of which has acquired the status under international

assassinatos. No entanto, em relação à tortura e ao conluio para cometimento de tortura, devido à sua gravidade, à sua regulamentação pela Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e à identificação como *jus cogens*, a Câmara de Lordes rejeitou tal argumento de imunidade e considerou tais crimes em relação aos atos cometidos após 8 de dezembro de 1988.²³⁵

Cada Lorde, de acordo com a sistemática britânica, justificou essa decisão com seus próprios argumentos, mas interessa no presente trabalho, sobretudo, a opinião dissidente de Lord MILLET, para quem não se pode imaginar que o direito internacional estabeleça um crime com caráter de *jus cogens* e ao mesmo tempo preveja imunidade, uma vez que a tortura só pode ser cometida em situações que normalmente dão espaço à imunidade.

Em relação à imunidade *ratione personae* do chefe de Estado no cargo, os Lordes entenderam ser absoluta, inclusive para os casos de tortura. Lord Hope of CRAIGHEAD entendeu-a como possuidora de caráter imperativo, mas não justificou sua opinião²³⁶.

As autoridades judiciárias espanholas aditaram o processo e, em 30 de abril de 1999, incluíram novos 64 casos de tortura cometidos por Pinochet no breve período autorizado pelos Lordes, o que foi aceito na primeira instância.

law of *jus cogens*. This compels all states to refrain from such conduct under any circumstances and imposes an obligation *erga omnes* to punish such conduct". Id.

²³⁵ Os Lordes entenderam a proibição da tortura como regra *jus cogens*, não de modo vinculado à coletividade dos Estados, a partir de seu reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados como um todo, mas relacionada a cada Estado, individualmente e em datas diversas, a partir da ratificação do tratado e sua conseqüente incorporação no seu direito interno. "Em resume, les Lords invoquent le principe de doublé incrimination sans l'appliquer véritablement, ce qui a pour résultat de faire primer le droit national sur le *jus cogens*, puisque celui-ci n'apparaîtrait pas de manière uniforme pour l'ensemble de la communauté internationale, mais s'imposerait à chaque État pris individuellement, au rythme de l'introduction des dispositions d'une convention internationale dans les droits internes." COSNARD, op.cit., p. 309-328.

²³⁶ "The *jus cogens* character of the immunity was not intended to be affected by the Convention. But once one immunity is conceded it becomes harder, in the absence of an express provision to justify the removal of the other immunities." Id.

No entanto, tal medida tornou-se sem efeito, pois, no dia 2 de março de 2000, o Ministro do Interior, através de uma decisão essencialmente política, liberou o ex-chefe de Estado, em virtude do estado de saúde precário, que o tornava inapto para atuar em um julgamento, violando seu direito fundamental a um processo justo, nos termos do artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos.

O Caso Pinochet, apesar de ter um desfecho político, promoveu uma retomada de discussões na área jurídica, principalmente nas questões envolvendo crime, impunidade e responsabilidade penal internacional. VILLALPANDO conclui enfatizando a utilidade da repercussão do caso mas pede cautela em relação ao conteúdo das decisões dos Lordes:

Célébrée comme un progrès substantiel dans la répression des crimes de droit international, la décision de la Chambre des Lords offre sans doute certains motifs de réjouissance pour les défenseurs des droits de l'homme. Malgré son dénouement précoce, l'épisode britannique de l'affaire Pinochet a eu l'effet d'attirer l'attention mondiale sur des problèmes centraux de la responsabilité pénale internationale. Il a fait beaucoup de bruit et ce bruit a sans doute été utile. Pourtant, une lecture attentive de l'argumentation des Lords dévoile un raisonnement compliqué, souvent ambigu et essentiellement fondé sur les *technicalities* de la loi britannique. (...) [I]l n'est pas inutile de souligner que le précédent constitué par la décision du 24 mars 1999 devra être employé avec extrême précaution.²³⁷

DUPUY faz a inter-relação entre as decisões da Câmara dos Lordes, do TPII e do Tribunal de Nuremberg. Ressaltando que os três casos referiram-se a julgamento de pessoas físicas, e não de Estados, o autor destaca a importância da punição dos autores das violações de direito internacional:

Toujours est-il qu'au delà des approximations lyriques de biens des médias, la conjonction de la décision des Lords et de celle du Procureur du TPIY rendent aujourd'hui plus difficilement réfutable le constat que dressaient, il y a déjà plus de cinquante ans, les juges de Nuremberg lorsqu'ils déclaraient: "Les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international."²³⁸

²³⁷ VILLALPANDO, Santiago. L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999. **RGDIP**, tomo 104, 2000/2, p. 426-427.

²³⁸ DUPUY, Pierre-Marie. Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes. **RGDIP**, Editorial, tomo 103, 1999/2, p. 296.

5 O USO E AS CONSTATAÇÕES

5.1 A PRÁTICA DOS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL

A utilização de *jus cogens* pelos Estados e Organizações Internacionais em suas relações cotidianas não é um hábito. Em geral, os Estados o invocam para não se submeterem a decisões que lhes foram destinadas ou para justificar sua desvinculação a determinado tratado. Muitos países ainda fazem forte oposição ao instituto, demonstrando-o claramente para a comunidade internacional. Embora não faça com muita frequência, a ONU é a Organização Internacional que mais utiliza *jus cogens* em suas fontes normativas, como as resoluções e recomendações. Em relação aos conflitos armados, nacionais ou internacionais, a prática tem demonstrado que o conceito de *jus cogens* não é suficiente para evitá-los ou dar-lhes um fim, caso eles já tenham sido deflagrados. Na seqüência, serão reproduzidos breves exemplos de cada uma dessas situações.

5.1.1 Previsão de *jus cogens* em textos internacionais

a) 1976. Declaração de Bogotá

A Declaração de Bogotá foi assinada, em 1976, por Brasil, Colômbia, Congo, Equador, Indonésia, Quênia, Uganda e Zaire, que requeriam para si partes da órbita estacionária da Terra – considerado o local mais favorável para as comunicações via satélite, ignorando o princípio da não-apropriação e a proibição de reivindicação de soberania. Seu texto faz menção expressa às regras de *jus cogens*.

WILLIAM explica que, nos anos que se seguiram, aos poucos as referências da Declaração às normas peremptórias caíram em esquecimento. Também diminuíram as controvérsias sobre a órbita geoestacionária - cuja importância hoje é de caráter histórico, sendo que o foco das atenções está direcionado atualmente a outros assuntos,

como a proteção da camada de ozônio.²³⁹

DANILENKO reconhece uma certa tendência dos países do terceiro mundo se unirem para alegar o caráter de *jus cogens* de determinadas matérias legislativas, o que poderia também ser identificado nessa questão da Declaração de Bogotá. O autor remete a outros exemplos, como o caso da tentativa de caracterização do princípio de patrimônio comum da humanidade como *jus cogens*, durante a Terceira Conferência sobre Direito do Mar (1980), transcrita no item 4.1.3.2 do presente trabalho, e da mesma tentativa em relação ao princípio da soberania permanente sobre recursos naturais previsto em várias resoluções da AG, durante a Conferência de Viena sobre Sucessão dos Estados em matéria de Propriedade, Arquivos e Dívidas dos Estados, de 1978²⁴⁰.

No dois casos, os países ocidentais desenvolvidos negaram-se a aceitar a vinculação expressa dos princípios com *jus cogens* e suas vontades prevaleceram nas disposições finais das Convenções. Para DANILENKO, isso reflete a “realidade política que prevalece nas relações internacionais” e demonstra a necessidade de “consenso em relação ao conteúdo e ao caráter peremptório das regras relevantes. Somente esta abordagem pode assegurar a universalidade na formação e implementação das regras designadas a refletir e proteger os interesses fundamentais da comunidade mundial.”²⁴¹

5.1.2 Alegação de *jus cogens* para desvincular-se de tratado

a) 1960. Tratado de Garantia entre Chipre, Grécia, Turquia e Reino Unido

O Chipre assinou tratado em que os outros três Estados configuravam como

²³⁹ WILLIAMS, Sylvia Maureen. op.ct., p. 555-556.

²⁴⁰ DANILENKO, op.cit., p. 58-61. Segundo o autor, essa segunda tentativa contou com o apoio do Brasil, juntamente com Índia, Algéria, Tailândia, Síria, Egito e URSS (ver UN Doc. A/Conf.117/C. 1/SR 13).

²⁴¹ Ibid. p. 65.

garantidores, a quem dava poderes - nos termos de seu artigo quarto - para, em conjunto ou separadamente, adotarem medidas para assegurar a prevalência do acordo, em caso de descumprimento do mesmo por parte de Chipre. Com as revoltas que aconteceram nos países em 1963, questionou-se a possibilidade dos garantidores fazerem uma intervenção armada no local. Então, em 1964, o delegado de Chipre, visando afastar a possibilidade de intervenção da Turquia, invocou *jus cogens* perante o Conselho de Segurança da ONU²⁴². Este, através da Resolução S/5575, recomendou a criação de uma força de manutenção da paz e nomeou um mediador. O Chipre levou a questão à Assembléia Geral que, em 1965, adotou Resolução em que estabeleceu que o país era um membro da ONU e, por isso, deveria dispor de soberania e independência, sem intervenção estrangeira. Ao fazer referência à Carta da ONU em sua resolução, a Assembléia não a citou expressamente como exemplo de regra de *jus cogens*, mas, ao menos, impôs a superioridade e a prevalência de seus princípios sobre os acordos interestatais.

- b) Denúncia, pelo Iran, do Tratado de Amizade entre União Soviética e Iran, de 26/12/ de 1921.

O artigo sexto do Tratado previa o direito da URSS de avançar suas tropas no interior da Pérsia, com o objetivo de realizar operações militares para sua defesa, caso o governo persa não fosse capaz de evitar, após pedido de providências pela Rússia, as ameaças de terceiro estado visando: a) à intervenção armada na Pérsia, b) ao uso do território persa como base para operações contra a Rússia ou, ainda, para ameaçar as fronteiras da Rússia e de seus aliados.

O Governo do Irã denunciou a parte do tratado que permitia a intervenção russa. Vários autores acreditam que foi argüido *jus cogens* como justificativa para a

²⁴² O representante de Chipre, Sr. Kyprianou, assim se pronunciou: "It is quite clear that Article IV of the Treaty of Guarantee as interpreted by Turkey is contrary to peremptory norms of international law, *jus cogens*." United Nations. **Security Council Official Records**, 1098th Meeting: 27 February 1964, par.95

denúncia.²⁴³

5.1.3 Oposição convicta de alguns Estados

A noção de *jus cogens* não é aceita por todos os Estados da sociedade internacional. RIDRUEJO enfatiza que, por esta razão, quatro dos membros permanentes do Conselho de Segurança não são partes da CVDT.²⁴⁴

A França é reconhecida como um dos países que mais se opõe, resiste e apresenta severas críticas ao instituto *jus cogens*. Na votação final da CVDT, realizada em 22 de maio de 1969, na Conferência de Viena, 79 delegações votaram em seu favor, 19 optaram por se abster e somente um voto contra, exatamente da França.²⁴⁵

A resistência francesa parece permanecer até os dias atuais. O Ministro de Assuntos Estrangeiros foi assertivo em sua resposta à questão formulada por M. Claude Galts (nº 44.655), na Assembléia Nacional, transcrita no Diário Oficial francês em 21/11/ 1992 e na seção “*Traités*” do “*Pratique française de droit international*”:

A França não se tornou parte da Convenção de Viena de 23 de maio de 1969 sobre o direito dos tratados em razão, como lembra o nobre parlamentar, da consagração por esse texto da noção de “normas imperativas de direito internacional” (*jus cogens*). (...) Sendo essa noção muito imprecisa, a França julgou que ela poderia comprometer a estabilidade do direito convencional. E as imprecisões que caracterizam o *jus cogens* não foram reduzidas depois de 1969. A imprecisão sobre o conteúdo desta noção mantém-se, em que pese os aportes da jurisprudência internacional à qual se refere o honorável parlamentar. (...) Por todas essas razões, a França não pretende tornar-se parte à convenção de Viena sobre direito dos tratados. Ela reconhece, no entanto, que esse texto codifica vários pontos do direito

²⁴³ GAJA, op.cit., p. 307. e REISMAN, Termination of the USSR’s Treaty Right of intervention in Iran. *AJIL*, vol.74, 1980, p. 144, -153.

²⁴⁴ RIDRUEJO, José Antonio Pastor. Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public. *RCADI*, tomo 274, 1998, p. 297.

²⁴⁵ “Les positions très fermes adoptées par la délégation française à l’égard des articles relatifs au ‘jus cogens’ et aux procédures de règlement des différends et son vote négatif à l’égard du texte dans sons ensemble, qui en découlait nécessairement, annoncent bien évidemment le refus du Gouvernement français de signer la Convention de Vienne sur le droit des traités.” DELEAU, Olivier. Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités. *AFDI* 1969, pp. 23.

costumeiro. A posição da França é, então, perfeitamente conforme a sua vontade de fundar sua política estrangeira sobre os respeito das regras de direito internacional público.²⁴⁶

5.1.3 Utilização nas Organizações Internacionais.

a) Assembléia Geral da ONU

GAJA explica que a AG, em sua Resolução 34/65 B, de 28 de novembro de 1979, estabelece “que os acordos de Camp David “não têm validade” – sendo o conflito com *jus cogens* a mais provável causa para os acordos serem declarados nulos”.²⁴⁷ Para o citado autor, essa Resolução se inspirou no artigo 71 da CVDT, que transmite a idéia de que, independente da atitude tomada pelas partes em um tratado conflitando com uma norma peremptória, o tratado é considerado nulo e não produz efeitos legais.”

Os países árabes estabeleceram uma defesa coletiva contra Israel. O Egito não quis se vincular a tal obrigação, o que foi visto por aqueles países como violação do pacto de segurança da Liga Árabe. Os países árabes, nas discussões que precederam a decisão sobre a Resolução, alegaram razões para a nulidade dos Acordos muito próximas a *jus cogens*, embora este não tenha sido mencionado expressamente. Fizeram menção a expressões tais como: “conclusão dos acordos “fora da estrutura das Nações Unidas””, “em desacordo com a Carta e Resoluções da ONU”, “em violação ao artigo 53 da CVDT” (e a outros artigos).²⁴⁸

Ainda no seio da AG, RONZITTI indica a posição do delegado do Estados Unidos no 6º Comitê, em 22/11/1976, durante as discussões sobre o projeto de tratado elaborado pela União Soviética sobre o não-uso da força nas relações internacionais, quando destacou: “Hoje, aquela regra clara e direta (proibição da ameaça ou uso da

²⁴⁶ Pratique française de droit international. Traités. *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, p. 1055.

²⁴⁷ GAJA, *op.cit.*, p. 282.

²⁴⁸ ONU. A/34/PV81, *passim*.

força) é universalmente reconhecida como uma norma peremptória de direito internacional que vincula a todos e que não pode ser objeto de derrogação por declaração unilateral ou acordo bilateral.”²⁴⁹

b) Secretário Geral da ONU.

A Carta datada de 25/7/1996, de Boutros BOUTROS-GHALI e endereçada ao Presidente do Conselho de Segurança constitui-se no relatório final elaborado pela Comissão de Investigação Internacional. Criada em virtude da Resolução 1012 (1995) do Conselho de Segurança, a Comissão foi encarregada de estabelecer os fatos relacionados ao assassinato do Presidente do Burundi, em 21/10/1993, e dos massacres que se seguiram.

A Comissão confirmou que no país foram realizados massacres contra a minoria tutsie, com a participação de militantes e autoridades hutus do Frodebu. A impunidade foi considerada como uma das causas, havendo necessidade de reconstrução da justiça e da polícia local. Ao final, concluiu-se que ficou caracterizado o cometimento do crime de genocídio, cuja proibição por instrumentos internacionais foi considerado pela Comissão como *jus cogens*.²⁵⁰

b) Conselho de Segurança

Não há previsão expressa de *jus cogens* em Resolução do CS. No entanto, a ele se fez referências nos debates do CS em torno dos conflitos das Ilhas Malvinas,

²⁴⁹ RONZITTI, Natalino. Use of force, jus cogens and state consent. CASSESE, Antonio.(ed.) **The current legal regulation of the use of force**. Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 150.

²⁵⁰ “Aux termes de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le génocide s'entend du meurtre de membres d'un groupe ethnique commis dans l'intention de détruire ce groupe en tout ou en partie. Le fait que le Burundi n'ait pas ratifié cette convention est sans pertinence puisque ses dispositions font maintenant partie du droit international coutumier et ont valeur de *jus cogens*”. ONU. **Lettre datée du 25 juillet 1996, adressée au président du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général**. Communiqué de Presse S/1996/682, 22 août 1996, par. 482. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

1982. RONZITTI destaca o pronunciamento da delegação do Japão condenando o uso da força por parte da Argentina e declarando que o banimento do uso da força nas relações internacionais é uma norma peremptória de direito internacional que não pode ser afastada pelas partes.²⁵¹

5.1.4 Emprego em conflitos armados

WEISBURD desenvolve a teoria de que a guerra na Bósnia-Herzegovina demonstra, na prática, que o conceito de *jus cogens* é “intelectualmente indefensável – na melhor das hipóteses, inútil, e na pior, nocivo à conduta prática das relações internacionais”.²⁵²

A Eslovênia e a Croácia, em junho de 1991, declararam separadamente a independência da Iugoslávia, cujo exército nacional respondeu com o uso da força. Deu-se início, assim, aos conflitos na região, que não cessaram nem com a imposição de embargo de armas para toda a Iugoslávia, decorrente da Resolução 713 do Conselho de Segurança da ONU. A ONU e a Comunidade Européia acabaram por reconhecer a independência dos dois países em dezembro daquele mesmo ano, sobretudo por influência da Alemanha, que desde o início pregava o reconhecimento diplomático daqueles Estados e o direito de autodeterminação de seus povos. Isso impulsionou o pedido de reconhecimento como Estado independente por parte da Bósnia-Herzegovina, que aconteceu em abril de 1992. A República Federal da Iugoslávia (RFI), formada pelas duas repúblicas remanescentes, com prevalectimento da Sérvia, reagiu e, com apoio dos sérvios residentes na Bósnia-Herzegovina, iniciou os conflitos contra este país. Através da violação maciça de normas humanitárias, os sérvios tomaram o controle de 70 % do território da Bósnia-Herzegovina, no final de 1994. Em agosto de 1995 a OTAN interveio através de ação militar contra os sérvios

²⁵¹ U.N. Doc. S/PV 2350, April 3, 1982, p.27 apud RONZITTI, op.cit., p.150.

²⁵² WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of *jus cogens*, as illustrated by the war in bosnia-herzegovina. *Michigan journal of international law*, 1995 V.17 No.1 P.1-51.

na Bósnia, estabelecendo posteriormente o cessar fogo. A ONU atuou no conflito através da UNPROFOR – *United Nations Protection Force*, com o objetivo de fornecer suprimentos às populações civis e preservar a segurança das áreas determinadas pelo Conselho de Segurança (*safe areas*) para a proteção de não-combatentes e para depósito de armas entregues pelos combatentes. Depois da participação da OTAN, a ONU propôs um plano de paz, com base em proposta elaborada pelo Grupo de Controle (Estados Unidos, Rússia Reino Unido, França e Alemanha), em que se estabeleceu o controle de 51% do território da Bósnia-Herzegovina para o seu governo, de feição muçulmana e croata, e 49% para os sérvios. Vale lembrar que, ainda durante os conflitos, o Conselho de Segurança instituiu o “Tribunal internacional para julgamento de pessoas responsáveis pelas violações sérias de direito internacional humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia (TPII)”, cujo estatuto foi anexado na Resolução 808 (1993).

WEINBURG comprova sua teoria através das seguintes constatações:

1. O ato de reconhecimento da Eslovênia e da Croácia, fundamentado exatamente na alegação da Alemanha de autodeterminação, parece ter contribuído para o início das hostilidades na Bósnia-Herzegovina. Vários observadores, na época dos conflitos, discordaram da posição alemã porque entendiam que a combinação deste reconhecimento com a diversidade étnica da Bósnia Herzegovina [eslavos muçulmanos (44%), Sérvios (33% e croatas (18%)] levariam inevitavelmente esta república ao conflito, porque com esse novo cenário ela se tornava mais vulnerável à dominação sérvia ou à incorporação das partes de seu território formada pelas respectivas origens étnicas, à Sérvia ou à Croácia.

O autor conclui, então que a adesão a uma norma considerada pela maioria como *jus cogens* – autodeterminação – ajudou a dar início a uma guerra brutal.

2. A Bósnia-Herzegovina foi vítima do uso da força, com invasão da RFI em seu território, dominação de suas forças e controle de suas fronteiras. O país, então, sofreu a violação do artigo 2(4) da Carta da ONU, considerado como *jus cogens* e, portanto, não-derrogável. A partir desse pressuposto, o Conselho de Segurança não

poderia ter permitido a realização de um plano de paz que suprimisse do governo da Bósnia-Herzegovina o controle total do território que lhe havia sido tirado em violação daquele artigo. O crime de agressão também deveria ter sido incluído na jurisdição do TPII. O autor entende que as atitudes tomadas pelo Conselho de Segurança não poderiam ter sido diferentes (“*was the only possible approach*”) mas enfatiza que, se fosse levada em consideração a noção de *jus cogens*, essa abordagem razoável não seria disponibilizada e as conseqüências teriam sido piores.

3. Durante todo o conflito ocorreram violações do direito humanitário, crimes de guerra, genocídio. No entanto, no acordo formalizado entre as partes para a resolução do conflito, foi garantida a imunidade dos líderes sérvios da Bósnia em relação à jurisdição do Tribunal. Os sérvios jamais cessariam as disputas se o acordo previsse o contrário. Se *jus cogens* fosse efetivamente praticado, a solução final representaria aquiescência com sua violação e acarretaria a nulidade de tal acordo - o qual representou exatamente o fim da guerra, objetivo primário de tal norma *jus cogens* (proibição da guerra, do uso da força).

Para WEINBURG, diante de tais percepções, o conceito de *jus cogens* é “intelectualmente incoerente e de utilidade duvidosa nas relações internacionais.”²⁵³

A utilização do *jus cogens* pelos Estados deve ser analisada no contexto da própria prática do direito internacional que, por si só, apresenta restrições e contradições que são inerentes a sua estrutura e formação. Mas é evidente, também, que falta empenho estatal para a concretização do instituto porque esta depende de sua utilização séria, freqüente e contínua. As Organizações Internacionais têm agido com

²⁵³ O autor conclui: “First, the assumptions underlying the public policy concept in domestic legal systems are not necessarily transferable to the international system. Second, it is in fact a bad idea to treat as absolutely binding a number of rules thought to enjoy *jus cogens* status. Finally, the practice of states in this crisis suggests doubts about the legitimacy of the *jus cogens* character of rules normally alleged to enjoy that status. It can be said that the events in Bosnia-Herzegovina show what happens when one contemplates applying *jus cogens* in the actual conduct of international relations: at a great many levels, it doesn’t work.” WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of *jus cogens*, as illustrated by the war in bosnia-herzegovina. **Michigan Journal of International Law**, 1995 V.17 No.1 p.49.

timidez em relação ao *jus cogens*, não tirando proveito de seu potencial para divulgá-lo, normatizá-lo e, assim, consolidá-lo.

Así, pues, la noción de normas de “ius cogens”, que participa de las características propias de los principios jurídicos generales (abstracción, generalidad, vaguedad, etc.), ve agravada su vigencia real por la propia dificultad del sistema orgánico y estructural internacional. Son expresión de contradicciones de ese mismo sistema. Sólo una práctica decidida de los Estados o un futuro efectivo del Convenio de Viena podrán afirmar la virtualidad de este tipo de normas o principios de carácter “constitucional” internacional. Por ello, pese al gran peso doctrinal que tal noción tiene hoy, sólo cuando dicha noción sea recogida en un tratado, específico sobre la materia, de carácter normativo, sólo cuando el proceso de su reglamentación y sanción esté más reglamentado e integrado que la fórmula de Viena, sólo entonces se podrá admitir esta categoría como tal categoría jurídica y no sólo como principios informadores del Derecho Internacional actual.²⁵⁴

O Comitê sobre a Formação do Direito Internacional Consuetudinário, da divisão norte-americana da Associação de Direito Internacional (ILA) elaborou, em 1989, um Relatório em que põe em dúvida se as regras de *jus cogens* poderão algum dia conhecer o critério da “prática generalizada” dos Estados, haja vista que elas são proibitivas em sua substância, exigindo, portanto uma simples abstenção de agir. Em definitivo, não dá para ter evidência conclusiva a partir de abstenções, porém, elas podem adquirir significado quando são consideradas em função da intenção que as motivou. Conseqüentemente, a importância fundamental deve estar, segundo os relatores, na *opinio juris*.²⁵⁵

²⁵⁴ RAMOS, Maria Luisa Espada. Sistematización y problemática de los “principios internacionales”. *Anuario de Derecho Internacional*, V, 1979-1980-1981, p. 136.

²⁵⁵ “The role of State Practice in the Formation of Customary and *Jus Cogens* Norms of International Law” Report (January 19, 1989), ILA. apud SIMMA, Bruno, ALSTON, Philip. The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens* & General Principles. vol.12, **The Austrian Yearbook of International Law**. 103-104, 1992.

5.2 OS QUESTIONAMENTOS

Tanto a teoria quanto a prática relacionadas a *jus cogens* geram algumas dúvidas no tocante às próprias características mais fundamentais do direito internacional clássico, que se consolidaram ao longo de toda sua história. Sua inserção vai ocasionar a revisão do papel preponderante do consentimento nas relações entre os Estados? Seria o fim das teorias voluntaristas do direito internacional? Retorno ao direito natural ou manutenção de um positivismo moderado? O presente capítulo não tem a pretensão de alcançar as respostas corretas a essas perguntas, mas apenas trazer as diferentes visões que preponderam atualmente entre os estudiosos do assunto.

5.2.1 Exclusão do consentimento?

É característica do direito internacional o fato de que seus sujeitos somente se submetem às suas normas se concordarem em fazê-lo. Assim, a regra geral é que um Estado se vincula a um tratado unicamente se o aprovar e manifestar isso à comunidade internacional, através da ratificação e depósito. Da mesma forma, para ter força obrigatória, o costume deve representar “uma prática geral aceita como sendo o direito”. A previsão de norma imperativa, considerada superior às demais e causadora da nulidade dos atos que forem contrários ao seu conteúdo, no entendimento de REZEK, não é compatível com esse caráter consensual:

A teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre direito dos tratados, é francamente hostil à idéia do consentimento como base necessária do direito internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas – geradas pelo voto majoritário das assembleias, ou deduzidas noutra foro, o que pouca diferença faz – frustrem a liberdade convencional das soberanias não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses legítimos, de arriscar parte expressiva dos atributos da soberania num jogo de regras inconfiáveis.²⁵⁶

²⁵⁶ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 525.

REZEK, portanto, não admite o reconhecimento de *jus cogens*. Rejeita-o porque entende que sua manutenção pode questionar a própria existência do Direito Internacional:

(...) Nenhum sentimento, a propósito, é mais reconfortante que o da coerência, que manda rejeitar, agora, a pretendida aplicação do *jus cogens*, com a mesma energia com que se rejeitavam, outrora, supostas normas universais ditadas pelo olimpo doutrinário. Se as origens de um e de outro produto são radicalmente distintas, o vício de ambos é comum, e consiste no desprezo da idéia elementar de que, sem o livre consentimento das nações, não há direito internacional possível.²⁵⁷

Contestações do *jus cogens* como esta acima referida normalmente se originam de autores adeptos de um positivismo jurídico restrito e de uma concepção voluntarista do direito que não admite limitação à vontade estatal, que deve ser absoluta.

On observera essentiellement que les critiques adressés à la primauté absolue des normes impératives ne sont fondées que dans la mesure où la structure actuelle du droit international doit être maintenue et respectée comme un postulat. Sans doute est-il plus simple de renoncer à cette primauté que de modifier cette structure. Mais le positivisme juridique à courte vue est d'autant moins une justification qu'il traduit une conception volontariste étroite du droit : il est certain que, dès lors qu'une norme de *jus cogens* s'impose à un État qui ne l'a pas acceptée, c'est le fondement volontariste du droit international qui est définitivement désavoué.²⁵⁸

O direito não é estático. Ele acompanha as transformações da sociedade, a fim de regulamentá-la. A análise da história da sociedade internacional demonstra sua evolução, desde a fase em que o Estado era o único sujeito e as suas relações absolutamente bilaterais, passando pela decisão do Estado de criar organizações multilaterais, até se chegar aos novos tempos, de desnacionalização das economias, empresas e territórios. O Direito Internacional vem demonstrando sua adaptação às mudanças através da regulamentação de um número cada vez maior de condutas, do estabelecimento de sistemas de solução de controvérsias, da abertura de espaço para a atuação dos indivíduos e da previsão e codificação de novas fontes normativas.

²⁵⁷ Ibid, p. 526.

²⁵⁸ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, op.cit., p.205.

Jus cogens pode ser visto também como um dos reflexos da evolução da sociedade e do Direito Internacional, os quais já não mais admitem a centralização das decisões na figura do Estado e na vontade estatal.

Hoje ninguém duvida de que a era da base supostamente interestatal exclusiva do direito internacional pertence ao passado, e a tese esposada pela antiga Corte de Haia em 1927 de que o direito internacional governa relações interestatais com fundamento em regras jurídicas emanando tão-somente da ‘vontade’ dos próprios Estados dificilmente refletiria com fidelidade a dinâmica do convívio internacional contemporâneo. Tal concepção somente poderia ter florescido em época ‘politicamente segura em termos globais’, bem diferente da de hoje, que testemunha o impasse nuclear, a crescente vulnerabilidade do Estado territorial, a multilateralização dos contatos internacionais e a intensificação e complexidade das relações transnacionais.²⁵⁹

Jus cogens, portanto, está inserido dentro das mudanças que vêm ocorrendo em todo o direito internacional. Não nos parece que ele anula totalmente o elemento do consentimento do Estado, apenas o relativiza e o coloca ao lado da vontade dos outros Estados, formando uma nova consciência: da comunidade internacional. Por isso o artigo 53 da CVDT prevê que a norma imperativa de direito internacional geral é a “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”.

5.2.2 Retorno ao Direito Natural?

As concepções do Direito Natural variaram bastante ao longo da história. Em geral, ele é entendido como um direito espontâneo, que busca aquilo que é universal e comum a todos. Caracteriza-se por dar origem aos princípios gerais de direito comuns a todos os ordenamentos, sendo por isso considerado o “direito da natureza”.

Inicialmente o Direito Natural era considerado imutável. ARISTÓTELES e a escola estóica já analisavam a existência de um todo social formado por indivíduos. São TOMÁS DE AQUINO afirmava que a lei natural é absolutamente imutável apenas em seus primeiros princípios, sendo variáveis os seus preceitos secundários e

²⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Princípios..., p. 15.

suas conclusões mais distantes, admitindo a adição de novos preceitos conformes às condições históricas e sociológicas dos povos. Essa doutrina antiga já fazia a distinção entre o direito de um determinado povo e o direito comum a várias nações (*jus gentium*).

O estudo sistemático do Direito Natural ocorreu a partir do século XVI, com o aparecimento da Escola Clássica ou Escola do Direito Natural. A grande característica desta última, e o que aglutina suas diversas correntes, é a modificação da ótica do raciocínio, em relação ao período histórico inicial: parte-se da existência de indivíduos, e não de um todo social, que se encontram no estado de natureza, mas que se integram e, a partir daí, criam um vínculo que consideram necessário para a sobrevivência. O estado de natureza passa a ser pressuposto lógico e histórico do estado de sociedade.

Da mesma forma que os homens precisam da sociedade, esta também precisará de um conjunto de regras, baseadas num Direito Natural, que limitem o poder a que se submeteu para garantir a liberdade, a paz e a segurança. E essa doutrina passou a ser adaptada por vários autores às novas estruturas que começaram a aparecer: os Estados soberanos. Dentre esses estudiosos, merecem destaque para o presente estudo, os expoentes da “Escola do Direito Natural e das Gentes”, que vão estudar o direito relacionado não só aos Estados soberanos, mas principalmente a relação de tais Estados entre si. Baseiam a noção de *jus gentium* no Direito Natural mas identificam uma divisão em seu conteúdo: o direito que cada povo reconhece como seu, de um lado, e o direito que os povos percebem entre si, de outro.

Francisco de VITÓRIA (1480-1546) reconhece a liberdade do estado, decorrente de sua soberania, mas o Direito Natural lhe é superior e, por isso, limita-o. Assim como os homens, que precisam viver em uma sociedade que é regida por normas, os estados soberanos também devem viver em uma comunidade internacional regida pelo direito internacional. A este, o autor dá a denominação de *jus inter gentes*, cujo conteúdo é equivalente ao próprio Direito Natural, porque ambos têm alcance universal. Sendo o direito das gentes, portanto, a máxima autoridade universal, todos

os Estados devem submeter-se a ele, não havendo a possibilidade de negá-lo (*auctoritas totus orbis*).

Francisco SUAREZ (1548-1617) constata a existência da comunidade dos Estados soberanos. Ao contrário de Vitória, estabelece uma distinção entre Direito Natural e direito das gentes, sendo o primeiro necessário e imutável, e o segundo conjuntural e dinâmico, proveniente da concepção que a sociedade tem do primeiro, ao qual deve, então, estar em conformidade. É o direito em vigor.

Hugo GROCIO (1583-1645) reconhece o Estado soberano independente, cujos atos não podem sofrer interferência da vontade humana mas devem ser limitados pela força do Direito Natural. Este continua equivalente à moral, não mais da lei divina, mas a uma moral laica, originada da razão, o que dá à teoria do Direito Natural o aspecto de teoria racionalista.

O Direito Natural consiste no que a recta razão mostra ser conforme à natureza social do homem. É o veredito da recta razão que indica que uma acção, por sua conformidade ou desconformidade com a própria natureza racional, implica malícia ou necessidade moral, e por conseguinte é proibida ou ordenada por Deus, autor da Natureza. Trata-se de uma ordem de princípios absolutos, que nem Deus pode alterar, tal como não pode fazer com que dois e dois não sejam quatro. Esta concepção vai culminar na frase célebre segundo a qual o Direito Natural existiria mesmo na hipótese (logo repelida por Grocio) da não existência de Deus.²⁶⁰

Distingue o Direito Natural do direito voluntário. Enquanto aquele é formado por princípios, este representa o conjunto de regras que regem as relações internacionais, oriundas do acordo de vontades dos Estados. A partir desta distinção, GROCIO insere o elemento volitivo que vai caracterizar o direito internacional como um direito de coordenação e não de subordinação, pelo qual um Estado soberano pactua somente as cláusulas que lhe interessar. Mas essa vontade do Estado não é absoluta, há uma restrição: deve estar de acordo com as regras do Direito Natural, cujos princípios são evidências que se deduzem *a priori*, com absoluta precisão.

²⁶⁰ TRUYOL Y SERRA, António. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. 2 Do Renascimento a Kant. Tradução Henrique Barrilaro Ruas. 3 ed. Madrid: Alianza editorial, 1988, p. 187

Gradativamente, esses autores vão perdendo força e vão sendo superados, a partir do séc. XVII, pelos positivistas, que passam a dar ênfase ao direito imposto unicamente pela vontade do Estado. Para eles, a sociedade internacional é formada por Estados soberanos, que determinam suas relações de forma independente e são regidos por um Direito Internacional baseado na vontade estatal. Esse direito tem como sujeitos unicamente os Estados e suas fontes são os tratados, decorrentes do consentimento expresso, e os costumes, oriundos do consentimento tácito desses seus sujeitos.

AKEHURST sintetiza de modo muito oportuno esta fase de mudança paradigmática do direito: *“algunos de los primeros autores de Derecho internacional sostuvieron que un tratado resultaría nulo se oponía a la moral o a ciertos principios básicos (no especificados) del Derecho de gentes. La base lógica de esta regla residía en que un tratado no podía derogar al Derecho natural. Al decaer la doctrina iusnaturalista, la regla fue cayendo gradualmente en el olvido, aunque algunos autores seguían rindiéndole homenaje verbal.”*²⁶¹

A partir do século XVIII, com o processo das Codificações, procurou-se a positivação do Direito Natural, como ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789.

As atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial e a falência do direito em sua tarefa de evitá-la fizeram ressurgir, na metade do século XX, novas idéias no Direito Internacional. Nesse mesmo período iniciam-se os debates e ocorre a positivação do *jus cogens*, trazendo novos elementos para a discussão a respeito das concepções naturalistas e positivistas do direito.

Alguns autores defendem com convicção a idéia de ressurgimento do Direito Natural. AKEHURST, referindo-se à regra de Direito Natural que determina a nulidade do tratado que se opõe à moral ou a certos princípios, afirma:

Se ha manifestado recientemente una tendencia a la resurrección de esta antigua

²⁶¹ AKEHURST, op.cit., p.46-47.

regla (...). Además, se afirma hoy que la regla limita la libertad de los estados para crear una costumbre local, así como su misma facultad de concluir tratados, y actúa, de este modo, como un contrapeso a la tendencia a desintegrar el Derecho internacional en sistemas regionales diferenciados. (...) El nombre técnico que se atribuye hoy a los principios básicos de Derecho Internacional, que los estados no pueden modificar por convenio, es el de 'normas imperativas de Derecho internacional general', también conocidas genéricamente como *ius cogens*.²⁶²

VISSCHER, embora entenda pessoalmente que *jus cogens* alcança lugar no “irredutível direito natural”, analisa diversos autores clássicos do direito internacional, inclusive da escola positivista do direito e da concepção voluntarista da sociedade internacional.²⁶³ Para ele, os positivistas, apesar de estarem na linha lógica de oposição ao *jus cogens*, aceitavam a noção geral do instituto, sendo que somente lhes repugnava sua colocação em prática. Embora a idéia fosse clara o suficiente, os exemplos sempre se mostravam aos positivistas como meras hipóteses acadêmicas.

As “raízes profundas” das normas imperativas estão ligadas à tradição do direito natural que, na opinião de REUTER, está “rejuvenescido atualmente pelo conceito de direito natural de conteúdo progressivo”.²⁶⁴

Mas a relação *jus cogens-jus naturalis* também encontra resistência. DINH, DAILLIER e PELLET admitem que o recurso ao Direito Natural contribuiu com muita eficácia para a criação do Direito Internacional, em sua origem, mas lembram

²⁶² AKEHURST, op.cit, p. 47.

²⁶³ “Qu'on le veuille ou non, on parvient au seuil de « l'irréductible droit naturel ». Une fois plus on est amené à constater avec Triepel, malgré ses attaches positivistes, que « le fondement de la validité du droit est en dehors du droit » ; avec D. Anzilotti à reconnaître « la nécessité de fonder le droit positif sur un principe métaphysique » ; avec A. Verdross que « le droit international positif, en tant que système de normes de droit objectif, ne se conçoit que si l'on présuppose l'existence d'au moins quelques normes qui ne sont pas de droit positif » ; et finalement à saluer avec J.L. Brierly « dans une renaissance moderne des théories du droit naturel un avenir plein d'espoirs pour la science du droit ».» VISSCHER, Charles de. Positivism et “jus cogens”. *RGDIP*, tomo 75, 1971, p 9.

²⁶⁴ REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*, 3^e ed. revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Puf, 1995. p.128. Na mesma linha, PEREIRA salienta que a previsão de “(...) possibilidade de substituição das regras de *jus cogens* por outras de igual natureza, parece aproximar-se da concepção do direito natural de conteúdo variável popularizada por STAMMLER.” PEREIRA, André Gonçalves. *Curso de Direito Internacional Público*, 2^a.ed. Lisboa: Ed. Atica, [s. d.], p. 220.

que, se levada ao extremo, sua utilização pode ser perigosa e pode contribuir para uma exaltação do individualismo²⁶⁵. Ao tratar da positivação do *jus cogens*, asseveram que assimilá-lo ao Direito Natural nada mais é do que uma generalização abusiva:

Elle ouvre la voie au retour offensif du droit naturel avec son subjectivisme et incite à la proclamation unilatérale de la nullité des traités librement conclus pour cause incontrôlable de violation d'une hypothétique norme impérative. (...) L'assimilation des nommes du *jus cogens* à celles du droit naturel relève d'une généralisation abusive. Personne n'ose prétendre d'un traité organisant, par exemple, une violation du principe *pacta sunt servanda* ou un recours illégitime à la force, conserve sa pleine validité au regard du droit positif parce qu'il est contraire au seul droit naturel."²⁶⁶

Na época da inclusão de *jus cogens* na CVDT e dos inúmeros debates que ela suscitou, o mundo vivia o auge da Guerra Fria e, conforme demonstrado, a corrente doutrinária dos países socialistas se mostrava favorável àquela previsão. No entanto, descartava a idéia de que suas origens estivessem no Direito Natural, o que era considerado uma visão capitalista ocidental.²⁶⁷ Para os socialistas, as regras imperativas poderiam ser criadas por acordo entre Estados e, por isso, afastavam qualquer semelhança com o princípio do Direito Natural relativo à ordem pública, que se impõem mesmo sem o consentimento estatal.²⁶⁸

Não há dúvida que *jus cogens* e Direito Natural apresentam elementos conformes. Ambos evidenciam um conjunto de normas impositivas que servem como modelo normativo e que não admitem incompatibilidade, formando um sistema universal. As próprias limitações dos dois direitos também parecem comuns: da

²⁶⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, op.cit., p.104.

²⁶⁶ Ibid., op.cit., p. 205.

²⁶⁷ “**Bourgeois doctrine** [grifo nosso] usually considers principles of *jus cogens* to be principles of natural law”. TUNKIN, G. I. **Theory of International Law**. London: George Allen & Unwin Ltd., 1974. p. 158.

²⁶⁸ TUKIN considera não só que o tratado pode criar uma norma imperativa como pode modificá-la ou aboli-la, desde que se trate de tratados gerais que contam com a participação de todos ou da maioria dos Estados da sociedade internacional, incluindo estados dos dois sistemas, inclusive as grandes potências. Ibid, p.160.

mesma forma que há inúmeras dificuldades para codificar o Direito Natural, haja vista que, com o crescente número de direitos fundamentais, sua enumeração nunca é exauriente, a sistematização das normas de *jus cogens* também se mostra complicada, pois seu conceito é abstrato e seu conteúdo nunca chegou a ser definitivamente estabelecido.

No entanto, uma diferença básica é perceptível. Enquanto o Direito Natural é imutável, o *jus cogens* pode ser modificado por norma de direito internacional geral da mesma natureza, conforme previsto na CVDT .

Assim, em relação a *jus cogens* não se pode falar restritamente em Direito Natural ou Direito Positivo, inclusive porque a própria divisão entre as correntes doutrinárias está sendo atenuada, encaminhando-se para uma conciliação.²⁶⁹

5.2.3 Ideologização do *jus cogens*

Desde sua concepção, *jus cogens* esteve impregnado de interesses particulares de grupos de Estados, diferentes entre si, numa demonstração de visões ideológicas autônomas. Os países ocidentais viam-no como obrigações de não fazer: não usar a força, não escravizar seres humanos, não cometer genocídio, etc.:. Os países socialistas ligavam-no a valores como paz e segurança, exteriorizando-o como regras voltadas à coexistência pacífica e desenvolvimento progressivo. E, por fim, os países do terceiro mundo viam no *jus cogens* uma alternativa para o estabelecimento de uma nova ordem, fundada na igualdade de oportunidades para todos os Estados.

WEIL explica que a ordem internacional ainda não está efetivamente estabelecida e que a mudança no foco do direito internacional, voltando-se para valores éticos e priorizando as noções de gênero humano e comunidade internacional, seria um grande progresso se houvesse uma transformação na vida internacional. No

²⁶⁹ “Modern international law has merged theories of natural and positive law; in part because natural law concepts of a superior order have been transformed into positive law through treaties and in part because of the development of customary international law.” PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. op.cit., p. 423.

atual contexto das relações internacionais, o autor considera as regras *jus cogens* e obrigações *erga omnes* como muito amplas e de pouco rigor e encontra, nas relações entre os dois conceitos, problemas difíceis de resolver.²⁷⁰ Assevera que conceitos como “consciência jurídica” e “comunidade internacional”, entendidos como os responsáveis pela elaboração daquelas regras e obrigações, podem levar à criação de um poder legislativo formado por certos Estados que imporão suas normas aos outros.²⁷¹

ROZAKIS observa que as normas *jus cogens* devem advir da vontade legislativa dos Estados, livre de vícios, pois somente nestes termos é que afastaria sua utilização e imposição arbitrária e interesseira, por parte de um determinado grupo de estados. Explica o autor grego que a CVDT surgiu num momento de transformações drásticas da comunidade internacional, principalmente em virtude do aumento expressivo do número de novos Estados, como consequência do processo de descolonização da África e Ásia. Por isso as normas de *jus cogens* poderiam ser mal utilizadas, quer pelos países conservadores – para utilizar a expressão do autor, que assim designa os “velhos Estados do Mundo Ocidental”, quer pelos novos países – os quais entende ser maioria, junto com seus aliados.²⁷²

²⁷⁰ “Les norms “lourdes” sont-elles précisément celles qui valent aussi *erga omnes* ou s’imposent à tous les Etats? A force de se laisser tenter par les délices et poisons de la sophistication et du laxisme intellectuel, le système normative international risqué de dériver irrémédiablement vers le relatif et l’aléatoire.” WEIL, op.cit., p. 44.

²⁷¹ “Les concepts de “conscience juridique” et de “communauté internationale” peuvent ainsi devenir des mots codes se prêtant à toutes sortes de manipulation et sous le couvert desquels certains Etat peuvent tenter d’instaurer un **droit idéologique** [grifo nosso] négateur du pluralisme inherent de la société internationale.” (...) “Si elles sont revêtues des attraits du modernisme, les modes juridiques ici dénoncés risquent d’endormir les Etats nouveaux, souvent faibles e peut développés, dans les illusions d’une rhétorique trompeuse”.Ibid, p.45 e 46.

²⁷² “In a society in which two basic forces (the old States of the Western World, on the one side, and the new States and their allies on the other) are engaged in that perennial conflict between continuity and change, the concept of *jus cogens* may become, if skillfully manipulated, a tool of vindication in the hands of either camp: it may be used to preserve unaltered the legal positions of the conservative elements, namely of those States whose interests are opposed to any drastic effort of change in the kernel of the international system. (...) On the other hand, the concept of *jus cogens* may become a tool of arrogance in the hands of the majority of the members of the community – which today is composed of the new States – upon the minority”. ROZAKIS, op.cit. prefácio.

A situação a ser evitada, segundo SHAW, é a “imposição de normas peremptórias sobre uma minoria política ou ideológica”.²⁷³ Para isso, fazem-se necessários a aceitação universal de que se trata de regra jurídica e o reconhecimento como *jus cogens* por uma ampla maioria.²⁷⁴

O estudo aprofundado de *jus cogens*, incluindo a busca da opinião de seus idealizadores, somado à determinação de seu conteúdo constituem-se medidas indispensáveis para evitar o que já foi anunciado por toda a doutrina como um perigo concreto, ou seja, evitar o seu uso em função de interesses localizados, em detrimento do proveito de toda a comunidade internacional.

²⁷³ SHAW, Malcom N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. 4 ed, p. 97.

²⁷⁴ “The true answer appears to be that a rule, in order to qualify as *jus cogens*, must pass two tests – it must be accepted as law by all the States in the world, and an overwhelming majority of States must regard it as *jus cogens*.” AKEHURST, Michael. **Hierarchy of sources**. The British Year Book of International Law. 1974-1974. Notes. p. 285.

6 CONCLUSÃO

A idéia de previsão de limites materiais ao poder estatal de celebrar tratados sempre foi perseguida no Direito Internacional. A noção de *jus cogens* apareceu para determinar que certos postulados não podem sofrer derrogação por meio dos acordos entre os Estados.

Sua previsão em texto legislativo é recente, ocorrendo somente em 1969, com o advento da CVDT, a qual entrou em vigor em 1980. Ali, *jus cogens* aparece como sinônimo de norma imperativa de direito internacional geral e está previsto como uma das causas de nulidade dos tratados.

A forma abstrata como foi prevista, sem esgotamento do assunto, ao mesmo tempo em que gera ambigüidades e contradições, desperta esperanças de reconhecimento de interesses cosmopolitas, numa sociedade internacional que tem se mostrado eminentemente voluntarista.

Mais de vinte anos depois da entrada em vigor da CVDT, constata-se que, embora tenha havido melhoria progressiva do conhecimento do conteúdo, ela não foi suficiente para estimular os Estados e Organizações Internacionais a procederem à determinação concreta dos princípios e normas que deveriam integrá-lo. No entanto, não se pode negar a sua contribuição no sentido de incentivar o estudo do tema, não só associado ao direito dos tratados, mas estendendo sua abrangência a outros temas de Direito Internacional, ocasionando o aprofundamento das pesquisas em área cuja abordagem até então era extremamente superficial.

A Doutrina é a maior responsável pela divulgação do instituto. Muitos debates, artigos e cursos na Academia da Haia dedicaram-se inteiramente ao assunto. É aceitável que, em virtude de tamanha produção intelectual e do ineditismo do instituto, tenha aparecido muita especulação sobre *jus cogens*. Depara-se ora com muitas linhas tratando do mesmo enfoque, em verdadeiros exercícios tautológicos, ora com diversas incoerências num único texto, em reais contradições. A verdade é que toda produção contribui para o desenvolvimento da disciplina e sua abundância é

reflexo do fascínio que *jus cogens* causa em seus estudiosos.

Os tribunais internos e internacionais são bastante relutantes em utilizar a expressão *jus cogens*. A regra é a atitude de precaução dos juízes, que não estão encarando o fato de que uma decisão invocando *jus cogens* é fundamental para a consolidação do termo.

A jurisprudência internacional tem evoluído bastante mas ainda não é suficiente para se estabelecer o conteúdo do *jus cogens*. A CIJ evitou o termo durante muito tempo, principalmente no período antes da entrada em vigor da CVDT. Após essa data, ela pronunciou sentenças importantes embora fique claro que *jus cogens* é mais utilizado como argumento de defesa das partes e nas opiniões individuais dos magistrados do que propriamente como embasamento da decisão.

Ainda não está definida a jurisdição universal em matéria de *jus cogens*. Por isso as cortes locais raramente se deparam com o assunto. Mesmo assim, em casos envolvendo direito internacional, elas já pronunciaram alguns tipos de normas com tal característica.

Os Estados têm papel preponderante na definição de *jus cogens*. A reunião da grande maioria deles, formando a “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”, conforme a expressão da CVDT, é a responsável pela aceitação e reconhecimento de uma norma imperativa de direito internacional, condição essencial para que ela seja admitida como tal. Na realidade, duas constatações podem ser feitas em relação à atitude dos Estados voltadas para o assunto de *jus cogens*.

Em primeiro lugar, percebe-se que eles não estão dando prioridade ao assunto. Importantes Estados ainda se opõem e muitos deles não ratificaram a CVDT em virtude das disposições sobre *jus cogens*. Tal resistência é compreensível, se analisada dentro das características próprias da sociedade internacional, que é uma sociedade preponderantemente de Estados. Estes são seus principais atores e o sistema por eles estabelecido visa nada mais que a sua própria preservação, a partir de normas garantidoras da sua supremacia interna e independência externa.

O ceticismo dos Estados, então, é inevitável quando se depara com a adoção

de um novo tipo de regra, cujo conteúdo é indispensável não mais para si próprios mas para a comunidade internacional, e à qual todos devem se submeter com a mais absoluta convicção.

Em segundo lugar, verifica-se que, por ser uma norma superior, da qual nenhuma derrogação é permitida e que se aplica a todos os Estados, *jus cogens* corre o risco de ter seu uso manipulado. Um Estado pode tentar utilizá-lo para fazer preponderar seu próprio ponto de vista sobre todos os demais, invocá-lo para justificar a violação de uma regra fundamental à comunidade internacional, ou recorrer-lhe para embasar o descumprimento de todo um tratado, sob a alegação de que ele é nulo porque conflita com uma norma que esse mesmo Estado, para sua própria conveniência, julga como norma imperativa de direito internacional geral. Para evitar que esse desvio aconteça é necessária a tomada de consciência da importância do *jus cogens* para todos os membros da comunidade internacional e a busca da cooperação entre eles.

As Organizações Internacionais podem facilitar o desenvolvimento das normas imperativas. A diplomacia parlamentar vem adquirindo a cada dia mais força e pode impulsionar a retomada de discussões sobre o assunto, estimulando o debate objetivo sobre o seu conteúdo e a sua futura normatização.

De fato, *jus cogens* causa algumas modificações na estrutura do Direito internacional. Ele resgata elementos do antigo Direito Natural e transfere o foco das decisões do consentimento individual do Estado para a vontade coletiva da comunidade internacional. Além disso, insere no sistema a idéia de proteção de direitos superiores.

Tais mudanças devem ser consideradas porque revisam os fundamentos do direito internacional. Podem permitir que *jus cogens* atue como um grande aglutinador da comunidade internacional, com a capacidade de unir todos os sujeitos em torno dos valores essenciais que ele contém e, assim, preservar a continuidade da ordem. Ou o contrário, pelas desconfianças naturais que as transformações geram, *jus cogens* será o responsável pela fragmentação do sistema, dividindo-o em diversos grupos em função

das opiniões sobre suas normas. Mas somente a prática dos Estados e as regulamentações futuras sobre *jus cogens* é que determinarão o rumo que ele dará ao Direito Internacional

A conclusão a que se pode chegar, no momento, a partir do estudo das diferentes particularidades do *jus cogens*, é que ele tem encontrado cada vez menos oposição por parte dos doutrinadores e contestação por parte dos Estados. Enquanto sua aceitação aumenta a cada dia e passa a fazer parte da consciência e do discurso internacional, seu conteúdo vai sendo estabelecido paulatinamente, conforme os valores da comunidade internacional vão se consolidando e sendo reconhecidos como superiores.

O caráter imperativo da proibição da escravidão e *apartheid* parece estar consolidado, embora isso já não traga mais efeitos práticos. Em nossa opinião, a caracterização como *jus cogens* das normas de proibição da tortura, de proibição do genocídio e o princípio da autodeterminação dos povos, já pode ser afirmada e pode ter muita utilidade nas relações internacionais.

As normas condenando a prática de tortura e o genocídio se concretizaram através de casos polêmicos em tribunais internacionais e nacionais, que as vincularam à noção de *jus cogens* e promoveram uma ampla divulgação de assunto tão importante como a responsabilidade penal internacional de indivíduos.

A autodeterminação é uma das expressões do reconhecimento pelo Direito Internacional de vários direitos e obrigações destinados aos povos, representando os direitos de emancipação, de cidadania e das minorias. Consagrou-se como *jus cogens* após ter sido mencionada nos trabalhos legislativos da ONU, nas arbitragens e nas decisões internacionais e depois ter sido considerada como um dos princípios essenciais do Direito Internacional contemporâneo, com caráter *erga omnes*.

O grande mérito do *jus cogens* é o fato de constituir-se numa expressão jurídica moderna da comunidade internacional. Esta parece ter finalmente percebido que um mínimo axiológico, presente em regras e políticas conjugadas, é elemento vital para sua própria sobrevivência.

Por fim, resta ter presente os riscos e perigos do desconhecido, trazidos pela incorporação conceitual de *jus cogens*. A História tem demonstrado que institutos jurídicos concebidos com muita abstração tornaram-se, com mais facilidade, objeto de apropriação indevida e utilização voltada à negação do Direito, em favor da barbárie. Definitivamente, esse não foi o objetivo idealizado para *jus cogens*.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. **Introducción al Derecho Internacional**, 2^a ed. Tradução Manuel Medina Ortega. Madrid: Alianza Editorial, [19--].

_____. **Manual de direito internacional público**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

AGO, R. **The Concept of “International Community as a Whole”**: A Guarantee to the Notion of State Crimes. *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*. Walter de Gruyter/Berlin/New York: W de G, 1989, p. 252-253.

AKEHURST, Michael. **Introducción al Derecho Internacional**. Trad. De Manuel Medina Ortega. Madri: Alianza Editorial, [19--]

_____. **Hierarchy of sources**. *The British Year Book of Interntional Law*. 1974-1974. Notes. p.273-285.

ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. **RCADI**, tomo 172, 1981-III, p. 219-270.

ARANGIO-RUIZ, M. Gaetano. Troisième rapport sur la responsabilité des États. **Annuaire de la CDI**, 1991, vol. II, part 1.

ASCENSIO, Hervé et MAISON, Rafaele. L’activité des Tribunaux Pénaux Internationaux (1998). **AFDI**, vol. XLIV, 1998, p. 370-411.

ASCENSIO, Hervé et PELLET, Alain. L’activité du Tribunal Pénal International pour l’ex-Iugoslavie (1993-1995). **AFDI**, vol. XLI, 1995, pp. 101-136.

Association Internationale Vitoria-Suarez. **Vitoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne**. Paris: Pedone, 1939.

AUBERT, Jean-François. Observations d’un constitutionnaliste sur l’évolution des sources du droit international. **Annuaire suisse de droit international**, vol. XLVI, 1989, p.13-38.

BARBERIS, Julio A. Reflexions sur la coutume internationale. **AFDI**, vol. XXXVI, 1990, p. 9-46.

_____. **Las normas jurídicas propias del derecho internacional latinoamericano**. XXV Curso de Derecho Internacional. Subsecretaria de Asuntos Jurídicos OEA, 1999. p. 2-38.

BEDJAOUI, Mohammed. Droit au developpement et jus cogens. **Annuaire de l’AAA: Ressources Naturelles en Droit International**, volume 54/55/56, 1984/85/86, p. 275-299.

BELSKY, Adam C., MERVA, Mark e ROHT-ARRIAZA, Naomi. Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law. **California Law Review**, vol. 77, no.2, march 1989, p. 365-415.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brazil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.

BOOYSEN, H. Convention on the crime of Apartheid. **South African Yearbook of International Law**, vol.2, 1976, p. 56-96.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1966.

CAHIER, Ph. Les caractérisitiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. **RGDIP**, vol. 76, 1972.

Câmara dos Lordes da Inglaterra. **Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)**. 24 mar 99. Capturado em 19/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>

Câmara dos Lordes da Inglaterra. **Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)**. 25/11/98. Capturado em 19/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>

CAPORTOTI, F. L'extinction et la suspension des traités. **RCADI**, vol. 134, 1971-III, pp. 417 ss.

CARDUCCI, Guido. L'obligation de restitution des biens culturels et des objets de d'art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de la Haye de 1954. **RGDIP**, tomo 104, 2000/2, p. 289-357.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. **EJIL** 8, 1997, p. 566. Disponível na internet (<http://www.ejil.org/journal/Vol8/No4/art3-07.html>)

CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine. The gender of *Jus Cogens*. **Human rights quarterly**, february 1993, vol.15, n°.1, p. 63-76.

CHRISTENSON, Gordon A. *Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*. **Virginia Journal of International Law**, vol. 28:585, spring 1988, p. 585-648.

CHRISTOL, Carl. Judge Manfred Lachs and the Principle of *Jus Cogens*. **Journal of Space Law**. Vol. 22, 1994, n.1 e 2. p. 32-45.

CHRISTOPHER, Darcie L. *Jus Cogens*, reparation agreements, and holocaust slave labor litigation. **Law and Policy in International Business**. Vol. 31, n.4, summer 2000.p. 1227-1253.

CLAGETT, Brice M. e PONEMAN, Daniel B. The treatment of Economic Injury to Aliens in the Revised Restatement of Foreign Relations Law. **The international lawyer**, vol. 22, n° 1, spring 1988, p. 35-68.

Comission d'arbitrage. Avis n° 10, 4 juillet 1992. **RGDIP**, tomo 97, 1993/2, pp. 594-595.

Comission d'arbitrage. Avis n° 2, 11 janvier 1992 (populations serbes de Croatie et Bosnie-Herzégovine). **RGDIP**, tomo 96, 1992/1, pp. 266-267.

Comission d'arbitrage. Avis n° 3, 11 janvier 1992 (frontières). **RGDIP**, tomo 96, 1992/1, pp. 267-269.

Comission d'arbitrage. Avis n° 9, 4 juillet 1992. **RGDIP**, tomo 97, 1993/2, pp. 591-593.

Comission d'arbitrage. Conference pour la paix en Yougoslavie. Avis de 29 novembre 1991. **RGDIP**, tomo 96, 1992/1, pp. 264-266.

Comission d'arbitrage. Sentence arbitrale du 31/7/89 (Détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal). **RGDIP** 1990, p. 234.

CONFORTI, Benedetto e LABELLA, Angelo. Invalidity and termination of treaties: the role of national courts. **EJIL**, vol. 1, n° 1/2, 1990, p. 44-66.

Conseil de l'Europe. Cour Européene des Droits de l'Homme. **Affaire Ringeisen**. Michel Ringeisen v. Autriche. Application No. 15299/89; Application No. 15300/89. 16/07/1971. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=1&Action=Html&X=826231437&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

Conseil de l'Europe. Cour Européene des Droits de l'Homme. **Al-Adsani v. The United Kingdom**. Grand chamber decision as to the admissibility of Application no. 35763/97 by Sulaiman AL-ADSANI against the United Kingdom. 01/03/2000. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc2doc2/HEDEC/200006/35763da.gc_01032000e.doc

Conseil de l'Europe. Cour Européene des Droits de l'Homme. **Chrysostomos and Papachrysostomos v. Turkey**. Application No. 15299/89; Application No. 15300/89. 08/07/93. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=2&Action=Html&X=826235647&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

COSNARD, Michel. Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 309-328.

Cronique des faits internationaux. Chili/Royaume Uni. Développement de l'affaire Pinochet: second jugement de la Chambre des lords du 24 mars 1999. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 450-452.

DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. **EJIL**, Vol. 2, n° 1, p. 42-65.

DAUDET, Yves. Travaux de la Commission du Droit International. **AFDI**, vol. XLII, 1996, pp. 589-628.

DECAUX, Emmanuel. *Le jus cogens*, faiblesses d'une idée force? **L' Observateur des Nations Unies**, n° 3 – Automne-Hiver, 1997. p.13-20

DEHAUSSY, Jacques. Travaux de la Commission du Droit International. **AFDI**, vol. XXXVII, 1991, pp. 668-687.

DELEAU, O. Les positions françaises à la conférence de Vienne sur le droit des traités. **AFDI** 1969, pp. 7-23.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. **Droit International Public**, 6^e ed. Paris: LGDJ, 1999.

DOMINICÉ, Christian. Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 297-308.

DUGARD, John. **Recognition and the United Nations**. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, p. 123-170.

DUPUY, Pierre-Marie. Action publique et crime international de l'Etat. **AFDI** , 1979, p. 539 ss.

_____. Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 289-296.

_____. Le juge et la règle générale. **RGDIP**, 1989, pp. 569-598.

_____. Observations sur le "crime international de l'Etat". **RGDIP**, vol. 84, 1980, pp. 449 ss.

_____. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 1, 1997, p. 1-33.

DUPUY, René Jean . **Droit International Public**, 4^e ed. Paris: Éditions Dalloz, 1998.

_____. Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement. **AFDI**, vol. XV, 1969, pp. 71-91.

EEK, H. Peremptory Norms of Private International Law. **RCADI**, 1973, vol. II, pp. 1-74.

ELIAS, Taslim Olawale. **New horizons in International Law**, 2nd. ed. (Revised and edited by Francis M. Sskandi). Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

_____. Problems concerning the Validity of Treaties. **RCADI**, vol. 134, 1971-III, p. 333 - 417.

ESTÉVEZ, José B. Acosta. Normas de jus cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos. **Anuario de Derecho Internacional**, XI, 1995. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona.

FINCH, George A. **The sources of modern international law**. Washington: Carnegie Endowment for international peace, 1937.

FOIS, Paolo. La funzione degli accordi di codificazione nella formazione dello jus cogens. **Le droit international a l'heure de sa codification: etudes en l'honneur de Roberto Ago**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 287-306.

FOX, Donald T. Inter-American Commission on Human Rights Finds United States in Violation. **AJIL**, vol. 82, no. 1, jan 1988, p. 601-603.

GAJA, Giorgio. *Jus cogens* beyond the Vienna Convention. **RCADI**, tomo 172, 1981 - III, p. 271-316.

_____. Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts. **International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility**. Walter de Gruyter/Berlin/New York: W de G, 1989, p. 151-160.

GAZZINI, Tarcísio. Il contributo della Corte Internazionale di Giustizia al rispetto degli obblighi "erga omnes" in materia di diritti umani. **La comunità internazionale**. Vol. LV, primo trimestre 200, n.1. p. 19-62.

HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (jus cogens) in International Law**. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.

HAZARD, Jonh N. Book Review of ALEKSIDZE, L. A. Nekotorye voprosy teorii mezhdunarodnogo prava: Imperativnye normy: *jus cogens*. **AJIL**, vol. 78, n° 1, january 1984, p. 248-249.

HERCZEGH, Géza. **Development of international humanitarian law**. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1984,

HERDEGEN, Matias. Natural law, Constitutional Values and Human Rights: a Comparative Analysis. **Human Rights Law Journal**, vol. 19, n° 2-4, 31 august 1998, p. 37-42.

HIGGINS, Rosalyn. **Problems & Process: International Law and How We Use it.** Oxford: Clarendon Press, 1998.

International Criminal Tribunal of Rwanda (ICTR). **Judgement Jean-Paul Akayesu.** Case ICTR 96-4. 02/09/98. Capturado em 02/09/00. On-line. Disponível no site:<http://www.ictr.org/>

JENKS, C. Wilfred. **A new world of law? A study of the creative imagination in international law.** London: Longmans, 1969.

JENNINGS, R. Y. General Course of International Law. **RCADI**, tomo 121, 1967-II, pp. 563-565.

JUNCAL, Julio Angel. La norma imperativa de derecho internacional general "(jus cogens") los criterios para juzgar de su existencia. **Revista Jurídica Argentina La Ley**, vol. 132, oct/dic 1968, pp. 1200-1204.

KADELBACH, Stefan. International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law. **German Yearbook of International Law**, vol. 42, 1999, p. 66-83.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **RCADI**, 1926, tome 14, p. 227- 331.

KISS, Alexandre-Charles. La notion de patrimoine commun de l'humanité. **RCADI**, 1982, II, p.99-256.

KOHEN, Marcelo G. La codification du droit des traites: quelques elements pour un bilan global. **RGDIP**, 2000/3, tomo 104, p. 577-613.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of International Legal Argument.** Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 264-341.

KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: a Sketch. **EJIL** 8, 1997, Capturado em 13/07/2001. Online. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol8/No4/index.html#TopOfPage>

M'BAYE, Keba. Droits de l'homme et pays en developpement. **Humanite et Droit International: Mélanges René-Jean DUPUY.** Paris: Pedone, 1991, p. 211-222.

MACDONALD, R. St. J. Fundamental Norms in Contemporary International Law. **The Canadian Yearbook of International Law**, vol. XXV, tome XXV, 1987, p. 115-149.

MAIER, Harold G (ed.). Appraisals of the ICJ's Decision: Nicaragua v. United States (Merits). **AJIL**, vol. 81, 1987, p. 77-183.

MAISON, Rafaëlle. Les ordonnances de la CIJ dans l'affaire relative a l'application de la convention sur la prevention et la repression du crime de genocide. **EJIL**, vol. 5, n° 3, 1994, p.381-400.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to international law**, 7th. revised ed. London/New York: Routledge, 1997.

MANSILLA, Hugo Llanos. **Teoria y practica del derecho internacional publico**: de las fuentes y de las relaciones con el derecho interno. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1977, pp. 253-259.

MAREK Krystyna. **Les Sources du Droit Internatinal**. GUGGENHEIM, Paul (Org.). **Repertoire des decisions et des documents de la procedure écrite et orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice**. Serie I. Geneve: Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1967. v.2.

McCAFFREY, Stephen C. The Restatement's Treatment of Sources and Evidence of International Law. **The International Lawyer**, vol. 25, n. 2, summer 1991, p. 311-330.

McWHINNEY, Edward. "Classical" sources, and the international law-making process of contemporary international law. **Le Droit International a l'heure de sa codification**: etudes en l'honneur de Roberto Ago. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 341-353.

MÉRON, T. On a hierarchy of International Human Rights. **AJIL**, vol. 80, 1986, p. 1-23.

MONACO, Ricardo. Cours général de Droit International Public. **RCADI**, tomo 125, 1968-III, pp. 201-223.

MORELLI, Gaetano . Aspetti processuali della invalidità dei trattati. **Rivista di Diritto Internazionale**, vol. 57, 1974, pp. 5 ss.

_____. A proposito di norme internazionale cogenti. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 51, 1968, p. 108-117.

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

MURPHY Jr., Cornelius F. The Grotian Vision of World Order. **AJIL**, vol. 73, 1982, p. 477-498.

NAHLIK, Stanislaw E. La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble. **AFDI**, vol. XV, 1969, p. 24-53.

_____. Le problème des représailles a la lumière des travaux de la Conférence Diplomatique sur le Droit Humanitaire. **RGDIP**, tomo 82, 1978/1, pp. 130-169.

NALDI, Gino J. The contribution of the international court of justice towards the development of the right of peoples to self-determination. **The African Society of International and Comparative Law**. Seventh Annual Conference. 21-24 August, 1995. Joannesburg.

NGUYEN, Kha Q. In defense of the child: a Jus Cogens approach to the capital punishment of juveniles in the United States. Note. **George Washington Journal of International Law and Economics**. Vol. 28. Number 2.,1995.

NISOT, Joseph. Le concept de *jus cogens* envisagé par rapport au Droit International. **Revue Belge de Droit International**, 1968-1, p. 1-7.

_____. *Le jus cogens* par la Convention de Vienne. **RGDIP**, tomo 76, 1972/3, p. 692-697.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1958, volumen II.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1963, volumen I.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1963, volumen II.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1966, volumen I, parte II.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1966, volumen II.

ONU. **Anuario de la CDI**, 1976, volumen I.

ONU. **Annuaire de la CDI**, 1959, vol. II.

ONU. **Annuaire de la CDI**, 1963, vol. II.

ONU. **Annuaire de la CDI**, 1966, vol. II.

ONU. CIJ. **Affaire d des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)**. Arrêt du 27 juin 1986. Président: M. Nagendra Singh. Recueil des arrêts de la CIJ 1986, p. 100-190. Capturado em 25/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cnussommaire860627.htm>

ONU. CIJ. **Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)**. Arrêt du 5 février de 1970. Belgique c. Espagne. Recueil des arrêts de la CIJ 1970, p. 32-33. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cbtsommaire700205.htm>

ONU. CIJ. **Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)**. Audience publique. 2 mars 1998. CR 98/1 (non-corrigé). Capturado em 25/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoCKET/ccn/ccncr/cn_ccr9801.htm

ONU. CIJ. **Affaire du différend frontalier**. Burkina Faso c. République de Mali. Arrêt du 22 décembre 1986. Recueil CIJ, § 20. Capturado em 29/10/00. On line. Disponível no site: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/chvmsommaire861222.htm>

ONU. CIJ. **Affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)**. Arrêt du 24 février 1982. Rec. 1982, p. 21-22. Capturado em 26/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/ctlsommaire820224.htm>

ONU. CIJ. **Affaire du Plateau Continental de la mer du Nord**. Arrêt du 20 février 1969. Rec. 1969, p. 38-39. Capturado em 27/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/ccssommaire690220.htm>

ONU. CIJ. **Affaire relative à l'application de Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**. Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie. Ordonnance 17 décembre 1997, §§ 12 et 35. Rec. 1997. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoCKET/cbhy/cbhyorders/cbhy_corder_19971217.html

ONU. CIJ. **Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)**. Arrêt 25 septembre 1997. Rôle général n° 92. Président: M. Weeramantry. Capturado em 27/08/00. Online. Disponível no site http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/chs/chsjudgment/chs_cjudgment_970925_frame.htm

ONU. CIJ. **Affaire relative au Timor oriental**. Arrêt du 30 juin 1995. Portugal c. Australie. Président: M. Bedajoui. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cpasommaire950630.htm>

ONU. CIJ. **Applicabilité de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**. Arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996. Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cbhysommaire960711.htm>

ONU. CIJ. **Applicabilité de la convention pour la prévention et la repression du crime de génocide**. Ordonnance du 13 de septembre 1993. Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie. Recueil des arrêts de la CIJ 1993, p. 325 e ss., 440 e ss. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cbhysommaire19930913.htm>

ONU. CIJ. **Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio**. (Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia). ICJ. Work in 1999-2000. **Hague Yearbook of International Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v.13., p.152.

ONU. CIJ. **Déclaration de M. Bedajoui, président. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires**. Avis Consultatif. 08 juillet 1996. Recueil des arrêts de la CIJ 1996, p. 273, §§ 13 e 21. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/ccases/cunan/cunanjudgment/cunan_cjudgment_advisory%20opinion_19960708_opinions/cunan_cjudgment_19960708_declaration_bedjaoui.htm

ONU. CIJ. **Licéité de l'emploi de la force**. Communiqué de presse 2000/25. Yougoslavie c. Belgique, Canadá, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal,

Royaume-Uni. Le 7 juillet 2000. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/cpresscom2000/cpresscom2000-25_YALL_20000707.htm

ONU. CIJ. **Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.** Avis Consultatif. 8 juillet 1996. Recueil des arrêts de la CIJ 1996, p. 257. Capturado em 11/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/ccases/cunan/cunanjudgment/cunan_cjudgment_19960708_advisory%20opinion.htm

ONU. CIJ. **Licéité de l'emploi de la force.** Audience publique, 10 mai 1999. (Yougoslavie c. Belgique) (Yougoslavie c. Canada) (Yougoslavie c. France) (Yougoslavie c. Allemagne) (Yougoslavie c. Italie) (Yougoslavie c. Pays-Bas) (Yougoslavie c. Portugal) (Yougoslavie c. Espagne) (Yougoslavie c. Royaume-Uni) (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique). CR 99/14 (non-corrigé). Capturado em 25/08/00. On-line. Disponível na internet: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoCKET/cyall/cyall_cr/cyall_ccr9914_19990510_translation.html

ONU. CIJ. Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict. **Hague Yearbook of International Law** – Work of the ICJ 1995-1996, vol. 9, 1996.

ONU. CIJ. **Recueil**, 1970, 4.

ONU. Commission des droits de l'homme. **La Commission des droit de l'homme adopte des resolutions sur l'utilisation des mercenaires, la question du Sahara Occidental et la situation en Palestine.** Communiqué de Presse DH/G/1299, 7 avril 2000. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Conférence diplomatique de plenipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour Criminelle Internationale. **La conference devra decider du pouvoir de declencher le processus d'enquete et de poursuite de la future cour.** Communiqué de Presse L/205, 16 juin 1998. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Conseil de Sécurité. **Le conseil condamne les abus dont les enfants sont victimes dans les conflits armes et adopte une resolution visant a renforcer la protection de ce groupe vulnérable.** Communiqué de Presse CS/1084, 25 août 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. **ICJ Reports**, 1970, 3.

ONU. **ICJ Reports**, 1980, 3.

ONU. **ICJ Reports**, 1986, 3.

ONU. **ICJ Reports**, 1996, 3.

ONU. **Original: anglais. Lettre datée du 25 juillet 1996, adressée au president du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général.** Communiqué de Presse S/1996/682, 22 août 1996. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Report of the International Law Commission. Fifty-second session. General Assembly. Official Records. Fifty-fifth session. Supplement n° 10 (A/55/10).

ONU. Sixième Commission. **Les delegations suggerent a la CDI de reformuler les dispositions sur l'interpretation, les effets et la revocabilite des actes unilateraux.** Communiqué de Presse AG/J/299, 3 nov 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixième Commission. **Plusieurs intervenants suggerent a la CDI d'examiner de maniere approfondie les droits et obligations crees par les actes unilateraux des Etats.** Communiqué de Presse AG/J/301, 4 nov 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixième Commission. **Une definition precise de la notion d'etat lese dans le projet d'articles sur la responsabilite des Etats demandee par plusieurs delegations.** Communiqué de Presse AG/J/ 295, 29 oct 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee of the General Assembly of United Nations. **Legal Committee urges attention to plight of third states affected by Security Council Sanctions.** Press release GA/L/3133, 12 november 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee of General Assembly of United Nations. **Norms of state responsibility for international wrongful acts examined in Sixth Committee.** Press Release GA/L/3124, 29 oct. 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee. **Legal Committee concludes review of Commission report.** Press Release GA/L/3090, 05 nov 1998. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee. **Legal Committee considers bearing of global commercial trends on question of jurisdictional immunity of States.** Press Release GA/L/3122, 28 oct 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee. **Members of Legal Committee offer suggestions on state responsibility.** Press Release GA/L/3125, 01 nov 1999. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee. **Need to maximize observance of laws of armed conflict emphasized in legal Committee debate on decade of international law.** Press Release GA/L/2891, 16 nov 1995. Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

ONU. Sixth Committee of GA. **As Legal Committee reviews draft guidelines for treaty reservations, speakers stress exceptional character of human rights agreements.** Press release GA/L/3127, 02 nov 1999. Capturado em 14/08/00. On-line.

Disponível na internet: Capturado em 14/08/00. On-line. Disponível na internet: <http://www.un.org>

PAENSON, Isaac. **Manuel de la terminologie du droit international public (droit de la paix) et des organizations internationales**. Bruxelles: Intercentre et Genève: L'institut universitaires de hautes études internationales, [s.d.], pp. 6-10.

PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*. **Hastings International and Comparative Law Review**, vol 12, n° 2, 1989, p. 411-463.

PEGNA, Olivia Lopes. Counter-claims and Obligations *erga omnes* before the International Court of Justice. **EJIL** 9, 1998, p. 724. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No4/art4-03.html>

PELLET, Alain. L'activité de la Commission d'Arbitrage de la Conférence Européenne pour la paix en Yougoslavie. **AFDI**, vol. XXXVIII, 1992, pp. 220-238.

PEREIRA, André Gonçalves. **Curso de Direito Internacional Público**, 2a. ed. (rev. e ampl.). Lisboa: Ed. Atica, s. d., p. 215-226.

POST, H. H. G. Some curiosities in the sources of the law of armed conflict conceived in a general international legal perspective. **Netherlands yearbook of international law**, vol. 25, 1994, p. 83-117.

Pratique française de droit international. Traités. **AFDI**, vol. XXXIX, 1993, p. 1055.

QUADRI, R. Cours général de droit international public. **RCADI** 1964-III, tome 113, p. 237-483.

QUIGLEY, John. Law for a world community. In.: **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, vol. 16:1, fall 1989, p. 1-38.

RAMOS, Maria Luisa Espada. Sistematizacion y problematica de los "principios internacionales". **Anuario de Derecho Internacional** V, 1979-1980-1981, p. 101-136.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 297 ss.

REUTER, Paul. **Direito Internacional Público**. Editorial Presença, p. 30-31.

_____. **Introduction au droit des traités**, 3ª ed. revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Puf, 1995.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 523-526.

_____. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1998, p. 119-120.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 274, 1998, pp. 294-308.

RIESENFELD, S. A. *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law: in the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court. **AJIL**, vol. 60, 1966, pp. 511 ss.

ROBLED0, Antonio Gómez. Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. **RCADI**, tomo 172, 1981-III, pp. 9-217.

RODAS, João Grandino. *Ius cogens* em Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, 1974, p. 125 e segs.

RONZITTI, Natalino. Use of force, *jus cogens* and state consent. CASSESE, Antonio.(ed.) **The current legal regulation of the use of force**. Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 147-166.

ROUSSEAU, Charles. **Principes Généraux du Droit International Public**. Paris: Pedone, 1944.

ROZAKIS, Christos C. **The concept of *jus cogens* in the Law of Treaties**. Amsterdam/ New York/ Oxford: North Holland Publishing Company, 1976, 206 p.

SAITO, Yasuhiko. International Law as a Law of the World Community: World Law as Reality and Methodology. **The Spirit of Uppsala**: proceedings of the Joint UNITAR-Uppsala University Seminar on International Law and Organization for a New World Order (JUS 81). Uppsala 9-18 June 1981. Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1984, p. 233-249.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Curso de Derecho Internacional Publico**. Ed. Tecnos, [s.d], pp. 102, 165, 206-207, 220, 315.

_____. Reflexions on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. **EJIL**, vol. 8, n° 4. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site: <http://www.ejil.org/jornal/Vol8/No4/art3.html>

SALERNO, Francesco. La demande reconventionnelle dans la procedure de la Cour Internationale de Justice. **RGDIP**, tomo 103, 1999/2, pp. 352-359.

SANDS, Phillippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. **Yale Human Rights & Development Law Journal** 1, 1998, issue 1, n° 3. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site http://diana.law.yale.edu/yhrdlj/vol01iss01/sands_philippe_article.htm

SAVIGNY, Federico Carlo di. **Sistema del Diritto Romano Attuale**.. Traduzioni dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Vol. I, Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1886, p. 78, § 16.

SCELLE, George M. **Précis du droit des gens**. Paris. tomo II, 1934.

- SCHERMERS, Henry G. *The Scales in Balance: National Constitutional Court V. Court of Justice*. *Common Market Law Review*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Vol.27, 1990.p. 97-105.
- SCHWARZENBERGER, G. *A Manual of International Law*, 5th. ed. New York/Washington: Frederick A. Praeger Publishers, 1967.
- _____. *The Fundamental Principles of International Law*. RCADI 1955-I, tome 87, pp. 195-383.
- SCHWELB, Egon. Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the international law commission. *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 946-975.
- SCOTT, Craig, CHANG, Francis, QURESHI, Abid, MICHELL, Paul, KALAJDZIC, Jasminka, COPELAND, Peter. A memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments concerning the lawfulness of the maintenance of the United Nations Security Council's arms embargo on Bosnia and Herzegovina. *Michigan Journal of International Law*. Ol. 16, n°1, fall 1994. P 1-140.
- SEINTENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.,p.
- SERRA, Antonio Truyol y. Verdross et la théorie du droit. *EJIL*, vol. 6 (1995), n° 1. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art4.htm>
- SHAW, Malcom N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. 4 ed, p. 97.
- SIMMA, Bruno, ALSTON, Philip. The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens & General Principles. vol.12, **The Austrian Yearbook of International Law**. 82-108, 1992.
- SIMMA, Bruno. The contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. *EJIL*, vol. 6, n° 1, 1995, p. 32 e segs. Documento capturado da internet. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3.html>
- SINCLAIR, Sir Ian. State Responsibility: *Lex Ferenda* and Crimes of State. **International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility**. Walter de Gruyter/Berlin/New York: W de G, 1989, p. 240-241.
- SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Publico**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 221-229.
- STROZZI, Girolamo. I "principi" dell'ordinamento internazionale. **La comunità internazionale**, vol. XLVII, n. 1-2, primo e secondo trimestre 1992, p. 162-187.
- STRUPP, K. Les règles générales du droit de la paix. **RCADI** 1934, vol. 1, pp. 255-595.

STRYDOM, H. A. *Ius Cogens: Peremptory Norm or Totalitarian Instrument?* **South African Yearbook of International Law**, vol. 14, 1988-1989, p. 42-58.

SUDRE, Frédéric. **Droit international et européen des droits de l'homme**. Paris: PUF, 1989. 4e ed. p. 65.

THIERRY, Hubert. Cours général de droit international public. **RCADI**, tomo 222, 1990-III, pp. 46-76.

THIERRY, Hubert et al. **Droit International Public**. Paris: Éditions Montchrestien, 1975.

THOUVENIN, Jean-Marc. L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie). **AFDI**, vol. XLI, 1995, pp. 328-353.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). **Jugement Delalic**. Celebici IT-96-21, § 454. 16/11/98. Capturado em 02/09/00. On-line. Disponível no site: <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/jugement/main-f.htm>

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). **Jugement Furundzija**. IT-95-17/1, §§ 144, 151, 152, 153, 154, 155, 156. 10 déc 1998. Capturado em 17/08/00. On-line. Disponível no site: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgment/main-f.htm>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 140-141.

_____. **Repertório da prática brasileira do Direito Internacional Público** (período 1961-1981). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.

TUNKIN, G. I. **Theory of International Law**. London: George Allen & Unwin Ltd., 1974.

United Nations. Report of the International Law Commission on the law of treaties. **AJIL**, vol. 61, 1967.

United States Court of Appeals. **Filartiga v. Pena-Irala**. 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), June 30, 1980. Capturado em 30/09/00. On-line. Disponível na internet: <http://faculty.babson.edu/hotchkiss/casebo/filartiga.htm>

United States Court of Appeals. **Siderman de Blake v. Republic of Argentina**. 965, F. 2d 699 (9th Cir. 1992), pp. 714-717. Capturado em 30/09/00. On-line. Disponível na internet: <http://laws.findlaw.com/9th/2/965/699.html>

VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law. **AJIL**, vol. 31, 1937, p. 571-577.

_____. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in International law. **AJIL**, vol. 60, 1966, p. 55-63.

_____. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. **RCADI**, 52, II, 1935, pp. 195-249.

VERHOEVEN, Joe. La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?. **AFDI**, vol. XXXIX, 1993, pp. 7-40.

VERZIJL, J. H. W. **International Law in Historical Perspective**, vol. I: General Subjects. Leyden: A. W. Sijthoff, 1968.

_____. **International Law in Historical Perspective**, part IV: juridical facts as sources of international rights and obligations. Leiden: A. W. Sijthoff, 1973.

VIEGAS, Vera Lúcia. *Ius cogens* e o tema da nulidade dos tratados. **Revista da Informação Legislativa**, n. 144, out/dez 1999, p. 181-196.

VILLALPANDO, Santiago. L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999. **RGDIP**, tomo 104, 2000/2, pp. 393-427.

VIRALLY, Michel. Reflexions sur le "jus cogens". **AFDI**, vol. XII, 1966, pp. 5-29.

VISSCHER, Charles de. Positivism et "jus cogens". **RGDIP**, tomo 75, 1971, pp. 6-11.

WECKEL, Philippe. Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité. **AFDI**, vol. XXXVII, 1991, pp. 165-202.

WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en Droit International? **RGDIP**, tomo 86, 1982/1, pp. 5-47.

WEILER, J. H. H. and PAULUS, Andreas L. The structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? **EJIL** 8, 1997, p. 545. Documento capturado da internet em 13/07/2001. Disponível no site: <http://www.ejil.org/journal/Vol8/No4/art1-03.html>

WEINBERGER, Sheila. The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts Between Conventional and Customary International Law. **Emory International Law Review** 10, 1996, p.1. Disponível na internet <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/weinberg.html>

WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of jus cogens, as illustrated by the war in bosnia-herzegovina. **Michigan journal of international law**, 1995 V.17 No.1 P.1-51.

WHITEMAN, M. M. *Jus cogens* in International Law, with a Projected List. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, vol. 7, 1977, pp. 609 ss.

WILLIAMS, Sylvia Maureen. **Reflections on the Law of Treaties: Customary Law – Dispute Settlement – Jus Cogens – Reservations**. CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Dimensão Internacional do Direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva**. LTr, 2000, p. 537-558.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. Vol. I, Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 86, § 30.