
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MATHEUS FREDERICO PAES GARCIA

A NATUREZA REGIONAL DAS NORMAS *JUS COGENS*

BRASÍLIA

2019

MATHEUS FREDERICO PAES GARCIA

A NATUREZA REGIONAL DAS NORMAS JUS COGENS

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Orientador: Marcelo Dias Varella

BRASÍLIA
2019

MATHEUS FREDERICO PAES GARCIA

A NATUREZA REGIONAL DAS NORMAS *JUS COGENS*

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

Orientador: Marcelo Dias Varella

BRASÍLIA, 17 de Abril de 2019.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor (a) Avaliador (a)

RESUMO

As normas *jus cogens* são as normas peremptórias do Direito Internacional. Tais normas detém efeitos *erga omnes* e, portanto, deve ser respeitadas por todos os Estados da comunidade internacional. Este trabalho tem como objetivo principal compreender se as normas *jus cogens* podem deter um caráter regional ou não. Contribuirá também para a compreensão do conteúdo de tais normas e como estas devem ser reconhecidas. Para realizar tal objetivo foi realizada buscas bibliográficas e jurisprudenciais de cortes internacionais. Por fim, uma análise foi feita no que se refere a possibilidade do reconhecimento de tais normas e suas consequências.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Jus Cogens. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO

1	Introdução.....
2	A construção do <i>jus cogens</i> no plano internacional.....
3	Características do <i>jus cogens</i> no direito internacional contemporâneo.....
	3.1 <i>Conteúdo.....</i>
	3.2 <i>Autoridades legitimadas para seu reconhecimento.....</i>
4	Os limites da ideia de normas peremptórias e suas consequências.....
5	A tentativa da CIDH em defender um <i>jus cogens</i> regional.....
6	Considerações finais.....
	Referências.....

1. Introdução

As normas peremptórias, ie. *jus cogens*, por sua natureza, não podem ter caráter regional. As normas em questão são aquelas que estão no topo da hierarquia, acima dos demais tratados. Graças a sua natureza, todos os Estados devem obedecê-las, são imperativas. São normas de tal importância que sua derrogação não é permitida, salvo quando feita por outra da mesma natureza. Em virtude de suas características, resta claro que o tema é de vital importância para o direito internacional.

Os assuntos referentes às normas cogentes do direito internacional são difíceis de ignorar. Cada vez mais a jurisprudência internacional faz referência a estas normas, mantendo o debate vivo.¹ Malgrado a grande discussão, ainda é um tema que não dispõe de grande segurança jurídica, visto que há um grande espectro de opiniões. Em razão deste campo incerto, ressalta-se que há de se ter cuidado pois uma decisão inusitada e sem fundamento poderia causar grande dano ao conceito e sua aplicação.

Para definir a impossibilidade do caráter regional das normas peremptórias é necessário defini-las, por meio de autores e pela própria Convenção de Viena de 1969. Ao mesmo tempo, será destacado dois problemas inerentes à estas normas: qual é a natureza de seu conteúdo e qual a autoridade que está legitimada para reconhecer tais normas. Em seguida, será demonstrado como as normas cogentes não podem ter o caráter regional, tendo em vista exemplos provenientes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Após tal análise, será discutido como as decisões emanadas de cortes regionais devem ser vistas como o reconhecimento de *jus cogens* e não como normas cogentes de caráter regional. Por fim, será demonstrado as possíveis consequências se as supostas normas peremptórias regionais forem aceitas pela doutrina internacional, expondo as fraquezas de tal sustentação.

2. Construção do *jus cogens* no plano internacional

Jus cogens são normas imperativas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional que devem ser obedecidas por todos os estados e da qual nenhuma derrogação é permitida. O seguinte conceito foi inserido em na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969,

¹ TAVERNIER, Paul. *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 1

especificamente em seus artigos 53 e 64. Surgiram no direito internacional contemporâneo com objetivo de criar uma verticalização no sistema internacional, tendo como base princípios éticos.²

As normas *jus cogens* são normas que devem ser obedecidas por todos os estados, independentemente se os países são ratificantes de um certo tratado ou não. Em outras palavras, é da natureza destas normas terem um efeito *erga omnes*. Cançado Trindade constata este efeito, deixando evidente a dimensão horizontal de tais normas. Tal dimensão permite que o efeito seja *erga omnes* ao invés de ser regido pelo princípio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*³, sendo, portanto, usados para a proteção de todos os humanos e à comunidade internacional como um todo. Logo, fica claro que mesmo os Estados que não são partes de um determinado tratado ainda estão ligados ao *binding effect* que as normas *jus cogens* contém.

Nas próprias palavras de Cançado Trindade:

[...] Obligations *erga omnes* of protection, pertaining, in a horizontal dimension, to the protection of the human beings due to the international community as a whole, in the framework of conventional International Law bind all the States Parties to human rights treaties (obligations *erga omnes partes*), and in the ambit of general International Law bind all States which compose the organized international community, whether or not they are Parties to those treaties (obligations *erga omnes lato sensu*).⁴

Devido a seu efeito *erga omnes*, as normas *jus cogens* limitam a matéria do qual estados podem pactuar por meio de tratados. Francisco Rezek compara tais normas internacionais, até certa alcance, com as normas de ordem pública internas, aquelas que limitam de alguma forma a liberdade contratual das partes.⁵ Por exemplo, as cláusulas pétreas, previstas na Constituição de 1988, limitam o conteúdo que as partes podem pactuar em um contrato. Da mesma forma, as normas *jus cogens* limitam a matéria que Estados possam pactuar por meio de tratados⁶, sendo, de certa forma, as "cláusulas pétreas internacionais".

² TRINDADE, Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***, General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 336

³ Princípio este previsto no artigo 34 da Convenção de Viena de 1969: "Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento."

⁴ TRINDADE, Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***, General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 353

⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 154

⁶ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 109

Além disso, as normas *jus cogens* não permitem sua derrogação, são diferentes, por consequência, das normas *jus dispositivum*. As normas do último tipo são normas que aceitam qualquer derrogação valendo-se do consentimento das partes. Sendo assim, fica evidente que há uma distinção quando comparado com normas *jus cogens*, sendo que a própria Corte Internacional de Justiça já realizou a distinção entre as duas. Como destacado pelo *rapporteur* da Comissão de Direito Internacional (CIJ), Dire Tladi,⁷ inúmeros juízes da CIJ já reconheceram esta distinção, destacando a manifestação mais clara vindo do juiz Kotaro Tanaka:⁸

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 agreement between States [...]

Conclui-se que as normas *jus cogens* são normas que não permitem derrogação, reconhecidas pela comunidade internacional, tendo efeitos *erga omnes*. Estas características citadas estão previstas na própria Convenção de Viena de 1969, estabelecendo uma certa segurança jurídica acerca de sua definição. Contudo, devido ao grande espectro de opiniões de acadêmicos, certos aspectos das normas cogentes ainda não estão pacificadas, mantendo-se a incerteza em relação a certas particularidades.

3. Características do *jus cogens* no direito internacional contemporâneo

Diante de várias dificuldades que as normas peremptórias podem causar no âmbito acadêmico e prático, ressaltam-se dois problemas: qual o conteúdo de tais normas? Se possível delimitar qual o conteúdo, qual é a autoridade internacional que tem competência para reconhecê-las?

3.1 Conteúdo

O primeiro problema a se analisar é o conteúdo destas normas peremptórias. A Comissão de Direito Internacional, órgão das Organização das Nações Unidas, em seu relatório sobre *jus cogens* destaca que um dos elementos citados por autores inerente às *jus cogens* é o objetivo de

⁷ TLADI, Dire. **First Report on *jus cogens***. 68th session General Assembly, A/CN.4/693. 2016. p. 40

⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa) **Dissenting Opinion of Judge Kotaro Tanaka**. 1966. p. 298.

proteger valores fundamentais da ordem pública ou “ordre public”.⁹ Tal característica diz respeito ao funcionamento da ordem da comunidade internacional. Fica patente, portanto, que o conteúdo das normas *jus cogens* não necessariamente devem versar sobre direitos humanos mas sim uma matéria que diz respeito ao funcionamento da ordem da comunidade internacional.

Um exemplo já citado como sendo *jus cogens* e não se tratando de direitos humanos é a convenção de Montego Bay de 1982, também chamada de Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.¹⁰ Tal Convenção estabeleceu parâmetros para a definição de zona econômica exclusiva de cada país e outras regras do direito marítimo que estão em vigor até hoje. Nota-se que tal convenção não versou sobre direitos humanos mas trata de uma matéria que é essencial a todos os estados da comunidade internacional cabendo, portanto, no critério de proteção à ordem pública.

Em termos de Direitos Humanos, são frequentemente mencionados direitos que são basilares e essenciais para a vida social. Direitos como a proibição de genocídio, a proteção contra a escravidão e a discriminação racial são citados reiteradamente como normas cogentes.¹¹

Diante desta característica, é relevante citar ainda um requisito proposto por Cançado Trindade em relação às *jus cogens* que versam direitos humanos. Segundo o magistrado, um elemento que há de se estar presente em tais normas é a ilegalidade objetiva.¹² Em outras palavras, as normas *jus cogens* precisam de uma evidente ilegalidade nos atos no qual a *jus cogens* visa evitar.

Um exemplo típico foi o Caso Roach e Pinkerton vs. Estados Unidos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O caso diz respeito a dois americanos, James Terry Roach e Jay Pinkerton, que foram executados antes de completar dezoito anos, sendo, portanto, menores de idade. Em sua petição, os petionários alegam que tal execução viola os artigos I, VII e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Os dispositivos elencados versam sobre o direito à vida, a proteção especial das crianças e a proibição de punições cruéis, infamantes ou inusitadas, respectivamente. Diante dos dispositivos elencados, os petionários alegaram que a execução de menores, apesar de ser legal nos EUA, violava o direito internacional.

⁹ TLADI, Dire. **First Report on *jus cogens***. 68th session General Assembly, A/CN.4/693. 2016. p. 35.

¹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106

¹¹ SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 124

¹² TRINDADE, Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***, General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 343

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu que a proibição de execução de menores é vedada e, portanto, os Estados Unidos, membro da Organização dos Estados Americanos não poderia ter executado Roach e Pinkerton. Tal proibição, segundo o entendimento da Comissão era oriundo do caráter peremptório da norma:

The Commission finds that in the member States of the OAS there is recognized a norm of jus cogens which prohibits the State execution of children. This norm is accepted by all the States of the inter-American system, including the United States.¹³

Outro exemplo a ser destacada é o caso Goiburú e outros v. Paraguai, onde a Corte entendeu que o desaparecimento forçado detinha este caráter regional. O caso em questão versava sobre Agustín Goiburú e outros que foram vítimas do regime de Alfredo Stroessner no Paraguai. As vítimas citadas no caso desapareceram logo depois de serem capturados pelo regime da época. Diante dos fatos, a Corte entendeu que a proibição de desaparecimento forçado de pessoas detinha um caráter peremptório. Nas palavras da Corte:

En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens.¹⁴

Diante destes exemplos, fica claro que tais atos seriam contra os bons costumes e certamente seriam reprovados pela grande maioria da comunidade internacional. Além disso, fica patente novamente a própria natureza de tais normas: seu âmbito é válido para todos os estados não somente os estados-partes de um determinado tratado dado que tais atos devem ser evitados por todos os estados.

¹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução n. 3/87**, Caso 9647. 22 de Setembro de 1987. § 56.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay Sentencia de 22 de septiembre de 2006**. p. 60

3.2 Autoridades legitimadas para seu reconhecimento

O segundo problema a ser analisado se refere a qual organização tem a competência para reconhecer tais normas. Devido à característica horizontal do sistema internacional,¹⁵ não há uma autoridade central para legislar e interpretar normas de forma definitiva.¹⁶ Em razão deste sistema, surge a questão: qual organização ou tribunal internacional detém a legitimidade de interpretar e reconhecer normas *jus cogens*?

A Convenção de 1969 estipulou que a norma *jus cogens* é uma "norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo". Entende-se a partir do disposto que é necessária a interação da comunidade internacional toda para identificar tais normas, sendo vedada a criação de normas cogentes por meio de acordos particulares entre dois Estados.¹⁷

Há sugestões que certos órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU) seriam os legitimados para reconhecer as normas peremptórias internacionais. A Assembleia Geral da ONU poderia exercer uma função "quasi-legislativa" por meio de suas resoluções. Houve também a recomendação de se reconhecer as resoluções oriundas do Conselho de Segurança da ONU como tendo característica cogente. Fica evidente a sua falha pois os membros permanentes do Conselho poderiam utilizar seu poder de veto para impedir o reconhecimento de qualquer norma fundamental que não fosse de seu interesse. Nota-se, que tal sistema não seria factível, pois estaria limitado somente à vontade dos Estados que detém o poder de veto dentro do Conselho.¹⁸

A Convenção de Viena confiou à Corte Internacional de Justiça a interpretação e por consequência, a declaração das *jus cogens*, conforme o artigo 66.¹⁹ Malgrado o disposto na convenção, a CIJ tem sido conservadora quanto ao reconhecimento de tais normas. Alguns autores destacam que a não ratificação (ou até a não assinatura como no caso da França) da convenção por

¹⁵ SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 6

¹⁶ TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 2

¹⁷ VIRALLY, Michel. **Réflexions sur Le Jus Cogens**. *Annuaire français de droit international*, v. 12, 1966. p. 22

¹⁸ TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 4

¹⁹ "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 a arbitragem;" BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009.

parte de alguns países seria a origem deste conservadorismo.²⁰ A CIJ tem evitado usar o termo "*jus cogens*", inserindo outros termos mais ambíguos.

No advisory opinion de 1951 a Corte teve oportunidade de reconhecer que certas obrigações são *erga omnes*, vinculando todos os Estados independentemente de obrigação convencional. A CIJ foi demandada pela Assembleia Geral para se manifestar acerca de reservas feitas por certos Estados dentro da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. A Corte entendeu que os princípios que regem a Convenção são diretrizes que vinculam todos os Estados mesmo sem uma obrigação convencional.²¹ É importante ressaltar que as opiniões emitidas pela CIJ não vinculam Estados²², contudo tal exemplo foi citado para ilustrar a reserva da Corte em usar o termo '*jus cogens*'.

Há outros julgados no âmbito da CIJ que também ilustram a hesitação da corte em reconhecer normas peremptórias. No julgamento de 11 de Julho de 1996 sobre a Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Corte entendeu que os direitos e obrigações previstos na Convenção tem efeito *erga omnes*. O caso iniciou com a aplicação da Bósnia e Herzegovina contra a Iugoslávia em razão às violações da Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio. Nas palavras da Corte:

It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention.²³

Ainda no âmbito da CIJ, especificamente no caso dos funcionários diplomáticos Norte-Americanos em Teerã, a Corte utilizou outro termo para evitar a expressão latina "*jus cogens*". Por meio da ordem de 15 de Dezembro de 1979, a CIJ entendeu que nenhum Estado está obrigado a ter ou manter relações diplomáticas com outros países. Contudo, independentemente da decisão

²⁰ Em relação a essa conservadorismo ver "Direito Internacional Público" de Marcelo D. Varella, p. 106 e Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules - The Identification of Fundamental Norms de Stefan Kadelbach, p. 32

²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion on the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. 1951. p. 12

²² SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1110

²³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide**. (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). 1996. p. 616

de cada Estado, os dispositivos da Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas de 1961 e 1963 deveriam ser reconhecidos como normas imperativas. Nas palavras da Corte:

Whereas, while no State is under any obligation to maintain diplomatic or consular relations with another, yet it cannot fail to recognize the imperative obligations inherent therein, now codified in the Vienna Conventions of 1961 and 1963, to which both Iran and the United States are parties;²⁴

A Corte também já teve a oportunidade de simplesmente descrever certas características das normas peremptórias mas sem usar qualquer termo parecido, limitando-se somente a uma exposição do conceito. À título de exemplo, em 1996 a Corte deu seu parecer sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares. A Corte entendeu que: "Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law."²⁵

Há contudo, instâncias raras onde a CIJ reconheceu normas *jus cogens*. À título de exemplo, no âmbito do Caso entre a República Democrática do Congo e Ruanda, a Corte reconheceu que a proibição de genocídio já tinha adquirido o caráter de *jus cogens*.²⁶ Ou seja, a CIJ já reconheceu normas peremptórias mas tal incidência ainda é rara.

De qualquer forma, esta ausência por parte da CIJ foi preenchida por outras cortes internacionais que são mais liberais no que se refere ao reconhecimento de *jus cogens*.²⁷ Em virtude disso, criou-se um sistema descentralizado de reconhecimento de as normas peremptórias onde a CIJ aparentemente perdeu seu monopólio de identificação de tais normas.

Sugere-se, portanto, que a forma de manifestar essa aceitação internacional seja por meio de um conjunto de decisões consistentes de tribunais internacionais, não se limitando a um grupo ou a um número fixo. De qualquer forma, mesmo não sendo o único tribunal internacional que possa fazê-lo, o reconhecimento da CIJ seria um grande passo uma vez que a própria Convenção de Viena confiou a este tribunal o reconhecimento de tais normas. Impende ressaltar que esta flexibilização em relação ao reconhecimento de tais normas não significa necessariamente que as

²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning United States Diplomatic And Consular Staff In Tehran** (United States Of America v. Iran). 1979. p. 20

²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion on the Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons**. 1996. p. 35

²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo** (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). 2002. p. 32, §66.

²⁷ TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 8

decisões emanadas de cortes regionais devam ser vistas como *jus cogens* regionais, assim como será desenvolvido em seguida.

Concluindo, nota-se que houve um processo de descentralização em relação ao reconhecimento das normas peremptórias, possibilitando que várias cortes *ad hoc* e regionais identifiquem *jus cogens*. Malgrado este novo paradigma, não se pode dizer que existam *jus cogens* regionais, sendo somente o método de reconhecimento de tais normas que mudou. Assim sendo, o sistema de identificação das normas peremptórias é descentralizado, ao invés de um sistema centralizado protagonizado pela CIJ.

4. Os limites da ideia de normas peremptórias e suas consequências

A discussão em relação à existência de *jus cogens* regionais é diversificada, começando desde a década de 60 e 70.²⁸ Há um grande espectro de opiniões: existem autores que negam a sua existência e ao mesmo tempo existem acadêmicos que defendem não só sua existência como também sua possível utilidade.²⁹ Pretende-se evidenciar que o conceito de *jus cogens* regionais é infactível tanto na prática quanto na teoria.

Como já foi detalhada na seção da definição de *jus cogens* percebe-se que tais normas têm efeitos *erga omnes*, ou seja, as normas *jus cogens* contém a dimensão horizontal salientada por Cançado Trindade. Verifica-se que seus efeitos forçam todos os estados da comunidade internacional a seguirem o que está disposto, não somente os estados de uma região em específico. Em outras palavras, o próprio efeito *erga omnes* de tais normas impede que esta seja limitada a uma área específica. Além disso, tais normas devem contribuir para a *ordre public* da comunidade internacional, não tendo como objetivo favorecer um seletivo grupo de nações ou pessoas. Em resumo, é da própria natureza das normas *jus cogens* ter seus efeitos aplicáveis para toda a humanidade, e não somente a uma região do planeta. É, portanto, impossível a concretização do conceito de *jus cogens* regionais.

Lembra-se novamente que há um grande leque de posições acadêmicas em relação às normas peremptórias, não tendo ainda, grande segurança jurídica. A situação fica mais insegura ainda graças ao conservadorismo da CIJ em reconhecer tais normas. Depreende-se, portanto, que

²⁸ TAVERNIER, Paul. *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 16

²⁹ HASMATH, Reza. *The Utility of Regional Jus Cogens*. New Orleans: American Politican Science Association Annual Meeting. 2012.

se cortes internacionais reconhecerem o suposto caráter regional das normas peremptórias, a baixa segurança jurídica será reduzida ainda mais. Tal fato fica evidenciado diante da explicação dada por Alfred Verdross em 1966.³⁰ O jurista austríaco destacou que se um grupo de estados consentirem na criação de uma norma peremptória regional, nada impede que este mesmo grupo faça uma ab-rogação em seguida, tendo, conseqüentemente uma baixa aplicação, contribuindo para a banalização do uso destas.

Observa-se que na prática, as normas cogentes regionais seriam equiparadas às normas *jus dispositivum*. A diferença essencial entre *jus cogens* e *jus dispositivum*³¹ perderia sentido e portanto, ambos institutos seriam praticamente iguais. Se de fato se concretizar esta banalização, há um sério risco destas normas perderem seu valor e sua aplicação. Logo, sugere-se que haverá uma maior segurança jurídica se mantido o *status quo* com somente as *jus cogens* 'internacionais'.

Existem certos acadêmicos que acreditam que as *jus cogens* regionais poderiam sim ser concebidas e conforme o tempo se tornariam *jus cogens* 'internacionais', à medida que seriam aceitas pela comunidade internacional.³² Nota-se, contudo, que nada impede que um bloco de países criem tratados estipulando compromissos a fim de contribuir ainda mais para a ordem regional, sendo todavia, *hard law*. Assim sendo, a determinada região ainda poderia dissertar sobre diversos assuntos que o grupo de países considera relevante mas, devido a seu caráter regional, não seriam *jus cogens*. Nas palavras de Michel Virally:

[...] si certaines règles valables à l'intérieur d'un groupe particulier d'Etats sont considérées comme spécialement importantes et comme devant, en conséquence, prévaloir sur d'autres, il n'en résulte pas nécessairement qu'elles prennent le caractère de *jus cogens*.³³

Conclui-se, portanto, que as normas peremptórias são inerentemente aplicáveis a todos os estados, não somente a uma região do globo. Por esta razão que as normas peremptórias não podem ter caráter regional, seria uma contradição em si. Ao mesmo tempo, como afirma Virally, estados

³⁰ VERDROSS, Alfred. **Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law**. American Journal of International Law, 1966. p. 61

³¹ Michel Virally destaca que *jus cogens* não estão hierarquicamente acima de *jus dispositivum* mas a diferença estaria que a primeira não aceita derrogação e a outra sim. Se as normas peremptórias regionais permitem revogação, então não são mais peremptórias e sim *jus dispositivum*. p. 18.

³² HASMATH, Reza. **The Utility of Regional Jus Cogens**. New Orleans: American Politican Science Association Annual Meeting. 2012. p. 6.

³³ VIRALLY, Michel. **Réflexions sur Le Jus Cogens**. Annuaire français de droit international, Volume 12. 1966. p.

são livres para engajar em acordos multilaterais mas é essencial lembrar que estes acordos regionais não geram *jus cogens* regionais.

Certo acadêmicos citam exemplos históricos da suposta existência das normas *jus cogens* regionais. É frequente a citação da Doutrina Brezhnev como exemplo de *jus cogens* regional que de fato existiram, não permanecendo somente no campo teórico-acadêmico. Tal doutrina versava que se um país socialista estivesse em risco de adotar o sistema capitalista, o problema deveria ser lidado por todos os outros países socialistas para manter o *status quo*.³⁴ Sustenta-se neste trabalho que tal objeto não era uma norma *jus cogens* regional mas simplesmente uma diretriz de política externa criada pelo Secretário Geral da URSS, Leonid Brezhnev. Sugere-se que há novamente outra oportunidade para a banalização do termo pois se a política externa estabelecida pelo ex-Secretário Geral for considerada *jus cogens*, então tantas outras doutrinas de relações internacionais poderiam também ser consideradas normas peremptórias. A título de exemplo, diante desta lógica, a política dos EUA na Guerra Fria de manter sua influência capitalista nas Américas também poderia ser considerada *jus cogens* assim como a Doutrina Monroe seria uma norma peremptória regional *avant la lettre*.

Fica claro com esses exemplos que há um grande perigo do conceito de *jus cogens* se banalizar. Se de fato houver o equivocado entendimento de que inúmeros tratados e políticas externas são *jus cogens* regionais, entende-se que haverão inúmeros problemas práticos.

O primeiro transtorno a ser abordado é o engessamento do direito internacional. Como mencionado anteriormente, as normas *jus cogens* limitam o poder dos países de pactuar tratados. Em outras palavras, certas matérias estarão proibidas de serem negociadas em acordos internacionais. A limitação *per se* não é o problema visto que não é razoável países pactuarem entre si a aceitação de violação de direitos de humanos, por exemplo. Contudo, o que se torna um problema é o uso demasiado de supostas normas *jus cogens* regionais que decerto limitariam excessivamente a liberdade dos países de legislar. Fica evidente que a banalização do reconhecimento de supostas normas peremptórias regionais, criar-se-ia um sistema estático, visto que inúmeras matérias seriam proibidas de serem abordadas por países.

O segundo problema emerge somente se a comunidade internacional reconhecer certas políticas externas como *jus cogens* regionais. Se tal situação de fato ocorrer, haverá um enorme

³⁴ OUIOMET, Matthew J. **The Rise and Fall of the Brezhnev Doctrine in Soviet Foreign Policy**. University of North Carolina Press, 2003. pg. 6

problema visto que países usarão de má-fé o conceito como escusa com o intuito de forçar outros estados a obedecer sua política externa. Uma minoria poderia impor sua vontade por meio do reconhecimento de normas peremptórias regionais, desvalorizando o conceito com o tempo.³⁵ A justificativa não seria aceita, com razão, por diversos estados.

Dois reações surgiriam da comunidade internacional: o reconhecimento de que esta política externa não é *jus cogens* ou de que é. Defende-se visivelmente a primeira conclusão, de que políticas externas não são normas peremptórias. Contudo, se houver a dedução de que políticas externas podem ser *jus cogens* regionais, há a real possibilidade da maioria dos estados não obedecerem tal disposição, criando um perigo de desobediência internacional. Abre-se um pretexto para que todos os países rejeitem as normas *jus cogens* sob a justificativa que não concordarem com o disposto.

Em face destes exemplos, fica reforçado que o conceito de normas peremptórias de caráter regional não é sustentável. Mantém-se, assim, o argumento de que o suposto conceito de *jus cogens* regionais pode causar a banalização do termo e, por consequência, a sua baixa utilização.

5. A tentativa da CIDH em defender um *jus cogens* regional

Os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sido talvez o sistema regional mais flexível em termos de reconhecimento de normas peremptórias regionais. Um dos casos mais conhecidos em termos de reconhecimento de *jus cogens* regionais é o caso de Roach e Pinkerton vs. Estados Unidos, mencionado anteriormente. A Comissão Interamericana compreendeu que a vedação de execução de menores de dezoito anos era uma norma peremptória regional, aplicável somente aos membros do sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Há de se ressaltar, ao mesmo tempo, que a decisão da Comissão não foi unânime. A Comissão conclui, por 5 votos contra 1, que os Estados Unidos violou os artigos I e II da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Há contudo a opinião dissidente de Marco Gerardo Monroy Cabra, membro da Comissão que discordou do entendimento dos outros integrantes.

Monroy destaca várias razões para sustentar sua dissidência, destacando-se mormente seu quarto argumento: "La prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos capitales teniendo menos de 18 años de edad no es norma de *jus cogens*". O membro da Comissão

³⁵ SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 126

entendeu que não há a prática reiterada dos Estados para que tal vedação seja considerada como uma norma peremptória. Destacou outro elemento essencial para tal vedação não possa ser reconhecida como uma norma *jus cogens* pela Comissão Interamericana. Segundo Monroy:

No sobra advertir que no puede existir "jus cogens americano", o "jus cogens africano", etc. sino que debe tratarse de una norma imperativa aceptada por la comunidad internacional "en su conjunto" como lo dice la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 53.³⁶

Fica evidente, portanto, o entendimento de Monroy em relação à impossibilidade da existência de *jus cogens* de caráter regional, as normas imperativas devem ser aquiescidas pela comunidade internacional, não somente por uma região. Apesar de ter sido vencido pelo demais membros da Comissão, Monroy destacou a ideia de que *jus cogens*, por natureza não podem ser regionais. Fica evidenciado novamente que tais decisões somente aplicáveis aos membros da OEA são *hard law* pois não são demandáveis fora deste âmbito.

É imprescindível ressaltar que, este trabalho não tem como objetivo opinar em face do mérito do julgamento em si, mas apenas ao método de reconhecimento da CIDH. Assim sendo, este trabalho não visa arbitrar se a execução de menores de dezoito anos é *jus cogens* ou não, pretende-se somente destacar que o conceito de normas peremptórias regionais não existe.

Em diversas outras instâncias a CIDH não hesitou em reconhecer normas *jus cogens*. À título de exemplo, no âmbito do caso Goiburú e outros v. Paraguai, mencionado anteriormente, a Corte entendeu que a proibição de desaparecimento forçado tinha adquirido força de *jus cogens*. Há autores que citam estas decisões de cortes internacionais como prova da existência das normas peremptórias regionais. Com a devida vênia, sustenta-se que há um equívoco em tal constatação.

Suponhamos que haja outra decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos dispondo que a matéria X tem nível de *jus cogens*. Impende entender que a referida Corte faz parte da estrutura da Organização dos Estados Americanos. Verifica-se, assim, que as decisões emanadas pela corte são e continuarão sendo somente aplicáveis aos estados-membros da organização em questão. Ora, se o âmbito de eficácia é somente entre os membros da OEA, então tal decisão não pode ser considerada *jus cogens*. Verifica-se, novamente, que a natureza das decisões são simplesmente *hard law*, aplicando-se somente aos membros da OEA. Feito o argumento de que estas decisões são somente *hard law*, aborda-se agora a interpretação que deve-

³⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução n. 3/87, Caso 9647**. Voto Dissidente de Marco Gerardo Monroy Cabra. 1987.

se fazer em relação ao uso do termo “*jus cogens*” presentes nas decisões de diversas cortes internacionais.

É um fato que a CIDH, assim como outras cortes, reconhece certas normas como *jus cogens*. Entretanto, o que se espera que fique evidente com este trabalho é que o uso do termo não abre brecha para que tal norma seja considerada como *jus cogens* regional. O reconhecimento por parte da CIDH deve ser interpretado como a primeira decisão que ainda precisa ser confirmado pelo entendimento internacional. Somente após o entendimento reiterado, constante e pacífico é que a norma reconhecida primeiramente pela CIDH poderá ser considerada como uma norma peremptória. O que se deveria reconhecer é que a CIDH, assim como qualquer outra corte internacional, pode dar o primeiro passo, reconhecendo uma norma como *jus cogens*. Apesar deste poder de iniciativa, sustenta-se ainda que para que essa norma seja efetivamente reconhecida como uma norma imperativa, há de se ter o entendimento pacífico de outros tribunais internacionais, ratificando o entendimento original da CIDH.

Em virtude da descentralização das decisões, a corte tem competência para decidir em reconhecer as normas peremptórias. Entretanto, antes do reconhecimento internacional de que tal norma de fato é *jus cogens*, as decisões emanadas da CIDH são somente aplicáveis aos estados-membros signatários e não aos estados fora deste âmbito.

Por fim, recorda-se que as decisões emanadas de cortes internacionais devem ser vistas como apenas a primeira decisão de reconhecimento de *jus cogens* e não como a criação de normas peremptórias com um caráter regional. Enquanto ainda não são aceitas pela comunidade internacional, as decisões advindas de uma corte são *hard law* pois somente são aplicáveis aos estados-membros da organização.

6. Considerações finais

Conforme visto, as normas peremptórias do Direito Internacional não podem ter um caráter regional. Estas normas são aquelas que tem efeitos *erga omnes*, ou seja, todos os Estados estão vinculados à elas. São normas que diferem das *jus dispositivum* pois estas permitem derrogação, sendo que as normas *jus cogens* somente permite uma derrogação se a norma superveniente tiver o mesmo caráter. Sua definição está prevista na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, norma esta que positivou o instituto.

Devido a sua importância e a sua magnitude, ainda há divergências consideráveis na doutrina internacional acerca de suas características. Ainda pairam dúvidas em relação ao processo adequado para o seu reconhecimento assim como o próprio conteúdo destas normas. Graças a este grande leque de pareceres, resta claro que ainda há uma inconsistência, levando a uma insegurança jurídica constante.

Diante desta inconsistência, ficou evidenciado dois problemas: o seu conteúdo e a autoridade que iria reconhecer tais normas. Este trabalho destacou que as normas peremptórias não versam necessariamente sobre direitos humanos, mas sim sobre qualquer matéria que contribua para a ordem pública do sistema internacional. Contudo, em termos de direitos humanos, a proibição do genocídio, a proteção contra discriminação racial e a escravidão são geralmente citadas tendo nível *jus cogens*. No que diz respeito ao segundo problema, é evidente que houve um processo de descentralização no processo de reconhecimento de tais normas, tirando o protagonismo da CIJ em favor das cortes regionais tais como a CIDH. Diante deste paradigma, sustenta-se que as normas cogentes sejam reconhecidas de forma pacífica por grande parte dos tribunais internacionais para que esta identificação fique clara.

Pode-se concluir, concomitantemente, que as normas cogentes não podem ter um caráter regional. Tais normas tem efeitos *erga omnes*, ou seja, seu escopo de eficácia afeta todos os Estados da comunidade internacional e não apenas uma região. O reconhecimento do caráter regional de tais normas por parte de cortes internacionais também não ratifica a existência de tal conceito. Se um determinado órgão judiciário de uma organização de Estados reconhece uma norma como tendo caráter peremptório regional, sua aplicação terá eficácia somente no âmbito desta organização. Se o tal decisão somente afeta os Estados membros desta determinada organização então é simplesmente *hard law* e não pode ser considerada como *jus cogens*. Ao mesmo tempo, a sustentação de que algumas políticas externas poderiam ser vistas como normas cogentes regionais também não procede pelo mesmo raciocínio e ainda levaria a uma banalização do conceito.

Em suma, por meio de buscas jurisprudenciais e doutrinárias, ficou evidenciado que as normas cogentes do direito internacional não podem deter um caráter regional. Por razões expostas neste trabalho as normas peremptórias detêm efeitos *erga omnes*, são aplicáveis à toda comunidade internacional e não apenas a uma região geográfica. Sustentou-se também que o entendimento de que se estas normas podem ter um caráter regional, sua banalização será inevitável, agregando

ainda mais a insegurança jurídica presente. Por fim, há de se preservar o conceito de *jus cogens* para este não se trivialize para que haja um maior desenvolvimento de sua segurança jurídica e, por consequência, de sua aplicação.

Referências

- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução n. 3/87, Caso 9647**. 22 de Setembro de 1987.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução n. 3/87, Caso 9647**. Voto Dissidente de Marco Gerardo Monroy Cabra. 1987.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay Sentencia de 22 de septiembre de 2006**.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion on the Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons**. 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion on the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. 1951.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide**. (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo** (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning United States Diplomatic And Consular Staff In Tehran** (United States Of America v. Iran). 1979
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa) Dissenting Opinion of Judge Kotaro Tanaka**. 1966.
- HASMATH, Reza. **The Utility of Regional Jus Cogens**. New Orleans: American Politican Science Association Annual Meeting. 2012.
- OUIMET, Matthew J. **The Rise and Fall of the Brezhnev Doctrine in Soviet Foreign Policy**. University of North Carolina Press, 2003.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.
- SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- TLADI, Dire. **First Report on jus cogens**. 68th session General Assembly, A/CN.4/693. 2016.

TRINDADE, Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***, General Course on Public International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERDROSS, Alfred. **Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law**. American Journal of International Law, 1966.

VIRALLY, Michel. **Réflexions sur Le Jus Cogens**. Annuaire français de droit international, Volume 12. 1966.