



JUS COGENS: ORIGEM, CONCEITO, ELEMENTOS INFORMADORES, HIERARQUIA E FONTES

*Christiano Alves Monteiro de Castro*¹

*Eduardo Reis Alvim*²

*Marcos Fernando Cordeiro Alves*³

RESUMO: Este trabalho visa a abordagem conceitual de normas Jus Cogens, principalmente após a sua inserção, de forma expressa, no Direito Internacional, mais especificamente, após a positivação do termo na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 1969. Sem a pretensão de esgotar o tema, são apontados alguns desdobramentos que passam a ser discutidos no cenário internacional a partir da cristalização do conceito de Jus Cogens e de sua afirmação, definitivamente, como norma de Direito Internacional. Após a transcrição do conceito, os elementos informadores de normas cogentes passam a ser estudados, bem como algumas questões emergentes correlatas às normas imperativas, a exemplo da hierarquia entre normas de Direito Internacional diante do reconhecimento de Jus Cogens. Ao final, são apontados e discutidos os principais posicionamentos dos internacionalistas acerca das fontes e da criação de normas Jus Cogens.

PALAVRAS-CHAVE: Jus Cogens; hierarquia entre normas internacionais; direitos humanos; imunidade jurisdicional dos Estados.

ABSTRACT: This work aims at the conceptual approach of Jus Cogens norms, especially after they were expressly admitted in International Law, after the confirmation the Vienna Convention regarding Law Treaties, in 1969. Without intending to exhaust the subject, we have selected some developments which have been discussed in the international arena since the sedimentation of the Jus Cogens concept and its final acceptance as an International Law norm. After the concept's transcription, building elements of cogent norms have been studied as well as some emerging issues related to the mandatory standards, such as the hierarchy of norms of international law on the recognition of Jus Cogens. The most important points raised the internationalists regarding the sources and the creation of Jus Cogens norms are pointed out and discussed to wrap up our review.

KEYWORDS: Jus Cogens; hierarchy of international norms; human rights; jurisdictional immunity of States.

¹ Graduado em Administração pela Faculdade Pitágoras e aluno da Faculdade de Direito da UFMG.

² Graduado em Educação Física pela UFMG e aluno da Faculdade de Direito da UFMG.

³ Graduado em História pela UFMG e aluno da Faculdade de Direito da UFMG.

1. JUS COGENS: ORIGEM DO TERMO.

O termo dogmático Jus Cogens tem por origem a Idade Contemporânea, após a sua positivação na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, e, a partir de então, o termo passou a ser difundido doutrinariamente. Contudo, a ideia de direito cogente percorreu longa história até alcançar o conceito utilizado na modernidade.

A noção de Jus Cogens remete ao Direito Romano mas é importante esclarecer, desde já, que o termo não era utilizado naquela época. É somente no ramo do direito público interno que a ideia de regras absolutas existia, regras essas que não poderiam ser desrespeitadas por atos volitivos e/ou acordos entre as partes, deixando clara uma diferença entre Jus Publicum (direito público) e Jus Dispositivum (direito dispositivo). Essa divisão entre público e privado apareceu nas “Institutas”, muito embora essa separação não fosse visível como hoje.

Torna-se necessária, antes de prosseguir, fazer uma breve anotação a respeito da origem do Direito Internacional Público. Há grande discordância quanto ao marco temporal em que o DIP se origina. Alguns estudiosos defendem a tese de que a partir do momento em que os seres humanos se organizaram em meios coletivos de vida, passaram a existir acordos para regular as relações entre as comunidades vizinhas. Para essa corrente, mesmo que de forma precária e primitiva já haviam sinais e elementos do DIP mesmo na antiguidade. Outra linha defende que a existência do DIP só pôde se dar após o Tratado de Westfália ou com a obra de Hugo Grotius (BARBOSA, 2014).

A origem do DIP é controversa, como visto acima, mas é fato que certos institutos como a arbitragem e a imunidade dos diplomatas eram institutos aplicados pelos povos na antiguidade. Também, mesmo associados à religião, princípios como a igualdade e as sanções eram gradativamente inseridos nas relações entre os povos. Ainda, “Cabe evocar que o tratado mais remoto que se tem notícia, remete a 3100 a.C., no qual duas cidades da Mesopotâmia (Lagash e Umma), firmaram um acordo de inviolabilidade de fronteiras.” (BARBOSA, 2014, p.4). Toda essa existência de princípios, normatizações, institutos e relações “reguladas”, mesmo que de forma arcaica, permite pressupor ideias de normas superiores, imperativas, que vinculadas a um direito natural ou a um direito divino, garantiam um mínimo de civilidade, equidade e paz às sociedades.

Retomando a questão da origem do termo Jus Cogens, como já dito, longo foi seu caminho desde a antiguidade até a positivação do termo dogmático na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Segundo BARBOSA (2014), pela análise do Direito Romano Clássico encontram-se, em inúmeras legislações romanas, a presença de características imperativas, sobretudo no Código Justiniano. No século VI d.C., o jurisconsulto Triboniano foi encarregado por Justiniano a compilar o Corpus Iuris Civilis com o objetivo de unificar a legislação do império. Essa obra reuniu contribuições de grandes juristas romanos, de várias épocas anteriores e, para evitar conflitos na vigência do código, esses juristas gozavam do Jus Respondendi, no qual suas doutrinas detinham eficácia de lei.

Outro aspecto importante do direito romano, relacionado ao conceito de Jus Cogens, é a classificação em Jus Publicum (Direito Público) e Jus Privatum (Direito Privado). Em que pese serem confundidos como antagônicos, não existia hierarquia absoluta entre esses ramos do direito romano, sendo entendidos como ramos “autônomos”. O Jus Privatum se encarregava das questões de interesses e relações individuais, ao passo que o Jus Publicum abarcava normas voltadas ao interesse público e coletivo. “Essa dicotomia se evidencia na passagem do jurista Ulpiano ‘o Direito Público trata daquilo que é do interesse público Romano, e o Direito Privado do que é de interesse individual: pois existe tanto utilidade pública, quanto privada’.” (BARBOSA, 2014, p.9).

A formação do Jus Cogens sofreu grande influência do Jus Publicum por este se tratar do interesse coletivo. Embora não houvesse hierarquia absoluta entre direito público e privado, quando o conflito existente abarcava interesses individuais que conflitavam com interesses coletivos, a supremacia do direito público se fazia existir, predominando o interesse coletivo e não o individual. Assim, em caso de conflitos de normas, os interesses particulares eram suprimidos. Nesse sentido, BARBOSA (2014) afirma que Papiniano defendeu essa ideia originando um famoso princípio “O direito público não pode ser modificado por acordo entre particulares”.

A inderrogabilidade pode também ser observada, na legislação romana, nas contribuições de Ulpiano que confirmou a máxima de que o direito público não pode ser derogado por convenções particulares.

Já no século XVII, estudiosos, pensadores e filósofos que deram origem à disciplina de Direito Internacional passaram a inferir a existência de regras de direito natural que teriam caráter impositivo, estando acima das regras do direito positivo. Segundo FRIEDRICH (2009, p. 25), “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”.

No século XIX surge a escola alemã Pandectista e esta escola fazia referências a “regras que se impõe por si, independentemente do consentimento dos seus destinatários.” (FRIEDRICH, 2009, p. 26). Segundo BARBOSA (2014) os pandectistas deram nova classificação ao Jus Privatum e ao Jus Publicum, sendo que o primeiro foi designado como Jus Dispositivum ou Jus Permissivum, no qual os particulares tinham liberdade de pactuar entre si, e o segundo foi denominado Jus Cogens, sendo que o cumprimento obrigatório era sua principal característica. “O jurista alemão Windscheid definiu Jus Cogens como uma regra que é capaz de excluir o livre acordo entre as partes quando contrários.” (Barbosa, 2014, p.10). FRIEDRICH (2009) chama a atenção de que todos os autores pandectistas tratavam essas distinções no âmbito do direito interno.

FRIEDRICH (2009) faz referência a Tunkin, que 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”.

No final do século XIX e início do século XX, mesmo entre positivistas, reconhecia-se uma ordem moral superior, afirmada por vários autores como R. Philimore, A. Heffter, Oppenheim e P. Fiore, sendo que este, em seu projeto de 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” (FRIEDRICH apud FIORE, 2009, p. 27).

Além da influência do Direito Romano, o Direito Natural também é visto como um dos fundamentos do Jus Cogens, isso porque o Direito Natural é um direito oriundo da própria existência natural, desde os primórdios da humanidade, evoluindo com a história, com os indivíduos e com as nações. Para BARBOSA (2014, p.11), o Direito Natural “Não precisou ser escrito ou sancionado, é independente de acordos, e os princípios que dele emanam são universais e imutáveis, superiores as demais normas, muitas vezes até associados a uma ordem divina, conhecido como Jus Divinum”.

É fato que os jusnaturalistas aceitaram com normalidade o instituto do Jus Cogens, algo que não ocorreu com os positivistas, contrários à ideia de direitos não positivados. Mesmo assim, segundo BARBOSA (2014), até mesmo Kelsen, em seu último discurso em Haia, considerou a existência de Jus Cogens: “O poder do Estado

para celebrar tratados é ilimitado, em princípio, como parte do direito internacional geral. O Estado tem competência para celebrar tratados sobre quaisquer assuntos de Jus Dispositivum, desde que o Tratado não entre em conflito com uma norma de Direito internacional geral com caráter de Jus Cogens.”

Superada a questão da origem do termo Jus Cogens, passemos à análise do conceito e desdobramentos da sua positivação na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

2. JUS COGENS: CONCEITO.

O termo Jus Cogens foi expressamente previsto em texto jurídico internacional definitivo, pela primeira vez, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 1969. Tal documento reservou ao tema alguns dispositivos que, dentre outros aspectos, tratam de sua definição, de suas características, das consequências ocasionadas pelo conflito de suas normas com normas convencionais ou consuetudinárias, ainda quando o surgimento de regra Jus Cogens seja superveniente ao tratado ou costume internacional que com ele conflite.

O artigo 53 da supradita convenção dispõe da seguinte forma:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Retira-se do dispositivo normativo acima os elementos centrais que formam o conceito de uma norma Jus Cogens. Deve sê-la uma norma imperativa de Direito Internacional geral, ou seja, apresenta-se dotada de generalidade. Deve, também, ser aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, além da impossibilidade de sua derrogação, salvo por norma ulterior de mesma natureza.

A seguir, serão analisados cada um dos elementos informadores de uma norma Jus Cogens.

3. DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE JUS COGENS.

Para que se apresente com força de Jus Cogens, a norma de Direito Internacional deve revestir-se de generalidade. Tal característica perpassa a ideia de “universalidade” e “extensão”, alcançando, por conseguinte, a toda comunidade internacional, em contraposição às normas particulares, adotadas em âmbito bilateral ou regional. Pode-se dizer, portanto, que Jus Cogens são normas que não se limitam a determinados destinatários, dirigindo-se a todos os sujeitos do ordenamento internacional indistintamente.

Sobre o tema, RODAS (1974, p. 125) afirma que “Jus Cogens exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais”.

O artigo 53 da CVDT impõe que a norma Jus Cogens seja “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”. No que tange a aceitação e ao reconhecimento, a doutrina especializada afirma não ser necessário que ocorra por unanimidade de todos os Estados participantes da comunidade internacional. Afirma a doutrina majoritária que a manifestação da maioria dos Estados-nações é suficiente para satisfazer o requisito contido na norma, embora tal maioria deva representar a generalidade. Para FRIEDRICH (2004, p. 34), “isso significa que Jus Cogens deve exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que não esteja representada em sua plenitude.”

No tocante à impossibilidade de derrogação de norma Jus Cogens, vê-se, claramente, seu caráter imperativo e de sobreposição em relação a qualquer norma de Direito Internacional que com ela conflite. O ordenamento jurídico internacional apresenta como característica reconhecidamente válida a ausência de hierarquia entre suas normas, independentemente da espécie a que pertençam. Nesse ponto, parece haver uma exceção à regra, visto que a norma Jus Cogens prevalece quando em conflito com outra norma internacional, só sendo derogada por outra norma Jus Cogens superveniente. Sobre a hierarquia dessa espécie normativa internacional, serão tecidos alguns comentários na sequência.

4. HIERARQUIA DE NORMAS JUS COGENS.

É pacífico, no âmbito do Direito Internacional, o entendimento de que não há

hierarquia entre suas fontes. Já na década de 70, a Corte Internacional de Justiça passou a se posicionar no sentido da ausência de hierarquia entre o direito convencional e o direito consuetudinário. Uma norma contida num tratado pode ser, ou chegar a ser, uma norma consuetudinária. Assim, “uma distinção rígida entre ambas as fontes, como se existissem em compartimentos estanques, não é possível.” (ARÉCHAGA, 1980, p. 18).

No que tange à doutrina e à jurisprudência como fontes de DI, o próprio art. 38 do estatuto da CIJ as define como auxiliares, atribuindo ainda função limitada à equidade. Destarte, afasta-se, mais uma vez, a possibilidade de hierarquia entre tais fontes e os tratados, costumes e princípios gerais de direito internacional, e entre si mesmas, já que só serão invocadas na hipótese de lacuna normativa, quando não houver direito pactício, consuetudinário ou princípios gerais de DI que possam dirimir controvérsias.

Em que pese o entendimento explanado acima, que aponta para a ausência de hierarquia entre as fontes do DI, parece-nos que tal regra foi excepcionada a partir da concepção e reconhecimento da existência de Jus Cogens no âmbito das normas internacionais. Esse posicionamento vem previsto juridicamente no texto dos artigos 53 (transcrito acima), 64 e 71 da CVDT, principalmente.

O primeiro dispositivo traz à tona a inderrogabilidade de normas Jus Cogens, salvo por outra de mesma natureza superveniente. Em decorrência dessa regra, surge a interpretação no sentido de que tratados, costumes ou princípios gerais de direito que sejam contrários ou conflitem com regra Jus Cogens devem ser considerados nulos e inexistentes.

Por serem consideradas normas fundamentais no âmbito internacional, cujos valores são compartilhados e respeitados por toda a sociedade internacional, as normas Jus Cogens revogam o tratado contrário em sua inteireza, e não apenas o dispositivo que com elas conflita. O artigo 44 da CVDT rege a questão, proibindo a divisibilidade das disposições de um tratado nesse caso.

Quanto ao momento de formação da norma Jus Cogens e o conseqüente conflito que possa surgir entre ela e normas convencionais que lhe são anteriores, a CVDT também se pronunciou. O artigo 64 assim dispõe:

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Portanto, em respeito à força normativa que detém uma norma *Jus Cogens*, tratados que lhe são anteriores ainda sim se tornam nulos com o seu advento.

Ressalta-se que a regra da proibição da divisibilidade dos tratados quando estes conflitam com uma norma cogente é atenuada neste caso. Como a formação da norma convencional ocorreu em momento prévio ao do surgimento do *Jus Cogens*, não há que se falar em má-fé por parte dos pactuantes, sendo que, nesse caso, somente os dispositivos que conflitam com as normas imperativas são derogados, permanecendo as demais cláusulas do pacto em vigor.

O artigo 71 da CVDT traz as consequências a serem observadas quando da declaração de nulidade de um tratado em virtude do conflito com norma cogente. É esse o seu teor:

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:
 - a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e
 - b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.
2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:
 - a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;
 - b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

Após as análises realizadas acima fortalece-se a percepção de que as normas *Jus Cogens* representam uma exceção à não existência de hierarquia normativa no DIP, pois essas normas, uma vez reconhecidas, são vinculantes independentemente de atos volitivos da comunidade internacional. Indo além, alguns autores veem as normas cogentes como as preenchedoras de uma necessidade mínima de verticalização (hierarquia) na ordem normativa internacional. Nesse sentido, Cançado Trindade (2009, p. 7), afirma: “The emergence and assertion of *Jus Cogens* in contemporary International Law fulfill the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged.”⁴ (Trindade, 2009, p. 7).

⁴ “O surgimento e a afirmação do *Jus Cogens* no direito internacional contemporâneo satisfaz a necessidade de um mínimo de verticalização na ordem jurídica internacional, assentada em pilares jurídicos e éticos mesclados.”

5. FONTES E CRIAÇÃO DE NORMAS JUS COGENS.

Atualmente, muito se tem discutido acerca de quais seriam as fontes, dentre aquelas que formalmente constam no artigo 38 da CIJ, pelas quais a norma imperativa de DI pode se exteriorizar.

Parte majoritária da doutrina concorda que os acordos e tratados multilaterais podem instituir Jus Cogens. A questão que se coloca é se tais atos podem efetivamente criá-los, ou apenas manifestam uma regra dessa natureza já existente.

Quanto à última consideração apontada acima, os autores de direito internacional divergem bastante. Estudiosos como Barberis, Reimann, Sztucki e Ronzitti concebem o acordo entre países como ato meramente declaratório de normas Jus Cogens pré-existentes, pois, acreditam na inidoneidade do acordo, enquanto fonte de direito apenas para as partes contraentes, para dar vida à norma de direito internacional geral.

Uma segunda corrente de renomados internacionalistas reconhece no acordo uma função constitutiva de normas internacionais cogentes. Para estes autores, ainda que a eficácia do tratado seja limitada às partes pactuantes, podem sim constituir normas imperativas, já 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 tal entendimento, manifestaram-se Tunkin, Elias, Rozakis, Lachs, Robledo e Fois.

Krystyna Marek, assim como Barberis, apontam o costume internacional como fonte criadora de Jus Cogens. O segundo exemplifica tal afirmação pelo fato de que mesmo se opondo de forma reiterada à formação de uma norma costumeira, sendo esta Jus Cogens, fica o Estadopositor vinculado a ela. Cita, como caso concreto, a norma proibitiva de política de segregação racial (apartheid). A África do Sul se opôs à formação de tal norma, de forma reiterada, mas, por se tratar de Jus Cogens, está a ela vinculada plenamente.

O mesmo autor traz à luz o princípio de que as cláusulas convencionais declaratórias de um costume não perdem as características próprias de direito costumeiro. Por isso, mesmo que uma cláusula convencional codifique uma regra costumeira de Jus Cogens, ela continuará possuindo essa mesma característica, não podendo ser objeto de reserva ou ab-rogação (BARBERIS, 1990)⁵.

⁵ Nesse sentido, o autor cita o parecer consultivo da CIJ de 21.06.1971. (CIJ, Recuel 1971, p. 57 e 58).

Quanto aos princípios gerais de direito internacional, alguns autores, dentre os quais Quadros, afirmam sê-los a fonte principal de DI, que se traduz na própria existência de Jus Cogens. Entende o autor que os princípios possuem força superior àquelas 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. Sintetizando, existe uma ordem pública internacional formada por um conjunto de regras obrigatórias (Jus Cogens) que afastam toda regra contrária, quer de origem costumeira, quer de origem convencional.

Autores como Rozakis divergem deste posicionamento e afastam a possibilidade de um princípio ter caráter de Jus Cogens. Para ele, a CVDT, que deu forma jurídica ao instituto, utilizou-se da expressão “norma de direito internacional geral”, e os princípios gerais de direito internacional não são “norma” em sentido estrito.

No que tange aos atos unilaterais, não há muita controvérsia na doutrina internacionalista. Tais atos conflitam com a própria essência de normas Jus Cogens, haja vista que não representam a comunidade internacional em seu conjunto e não produzem regras de direito internacional que não possam ser derogadas por acordos em contrário. Portanto, não há como uma norma imperativa se exteriorizar sob a forma de atos unilaterais.

6. DIREITOS HUMANOS, JUS COGENS E A IMUNIDADE.

6.1. Violação do Jus Cogens.

Um julgamento famoso da Corte Internacional de Justiça o qual aborda questões relativas ao Jus Cogens, já que envolve questões de direitos humanos e imunidade, é o controvertido caso do processo Alemanha versus Itália, ajuizado na CIJ em 2008, no qual a Alemanha entrou com uma ação para reclamar imunidade jurisdicional do seu Estado perante ao fato de a Justiça italiana aceitar inúmeras ações cíveis individuais contra os germânicos, relacionadas a violações dos direitos humanos cometidas na 2ª Guerra Mundial, sob o regime do Reich alemão, entre 1943 e 1945.

6.2. Imunidade.

É polêmica a possibilidade de um Estado estrangeiro vir a ser acionado por

indivíduos perante a Justiça local, pelo fato de ser levado em conta o conceito de soberania e igualdade dos Estados. No que toca o mundo jurídico pelo conceito chamado “imunidade de jurisdição”, um Poder Judiciário de um Estado, em tese não poderia submeter a julgamento um outro Estado, igualmente soberano

Todavia, com o passar do tempo, essas imunidades estatais passaram a ser questionadas pelo fato da participação cada vez maior dos Estados, e das suas subdivisões políticas e administrativas nas atividades econômicas internacionais e ainda, pelo reconhecimento da defesa dos direitos humanos como princípio na esfera internacional. Por isso, a imunidade dos Estados passou, por uma progressiva flexibilização. Houve a divisão do conceito de atos estatais em dois: atos de império e atos de gestão. A imunidade ao Judiciário dos outros países só seria aplicada nos casos em que praticassem os atos de império, atos decorrentes da soberania estatal. Contudo, para atos de gestão, aqueles que particulares também poderiam praticar, não haveria mais imunidade e os Estados estrangeiros poderiam processados por pelos locais.

Mas havia uma questão complexa na discussão: seria possível a distinção clara entre o que é um ato de império e o que é um ato de gestão. Eram plausíveis interpretações diferentes entre a conceituação desses atos, gerando mais confusão ainda.

No intuito de resolver a questão, no tocante ao item “imunidade” alguns países como Canadá, Inglaterra e Estados Unidos promulgaram leis específicas sobre esse assunto, no que tange aos Estados estrangeiros. Nas normas publicadas pelos países supracitados, prevalece a regra da imunidade, exceto nas hipóteses expressamente descritas em cada legislação. Outros Estados, como o Brasil, não elaboraram leis a respeito.

No que tange às convenções que versam sobre o assunto, há a Convenção Europeia sobre Imunidade, de 1972, e a Convenção da ONU sobre Imunidade do Estado e de seus Bens, de 2004, ainda não em vigor, iniciada através do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, tendo sido aprovada em 2004, mas que depende ainda de 30 ratificações para entrar em vigor, conforme disciplina o artigo 30 da mesma. O Brasil, por exemplo, nem sequer assinou a Convenção. É importante salientar, que a imunidade dos Estados tratada na convenção engloba tanto o exercício de jurisdição em relação ao processo de conhecimento, quanto o processo de execução, muito mais gravoso para as partes, onde “envolve a apreensão efetiva do patrimônio pertencente a um Estado estrangeiro” (SHAW, 2010, p. 546). As leis e as convenções supramencionadas apresentam a prática de ato ilícito no território local

como uma das exceções à regra da imunidade. Com frequência, tem sido aplicada a casos de acidentes de trânsito, mas nada obstrui a possibilidade de aplicação em outras hipóteses.

6.3. Caso Itália x Alemanha.

Na Itália, no ano de 2004 a Corte italiana decidiu que não havia imunidade do Estado alemão. Com essa possibilidade, vítimas italianas e gregas dos nazistas na Segunda Guerra, depois de tentarem e verificarem suas ações na justiça Alemã se tornarem improcedentes, foram buscar indenização nas cortes italianas. Em especial, um italiano, Luigi Ferrini, que foi levado para um campo de concentração em agosto de 1944. O italiano buscou ação indenizatória contra a Alemanha e a Corte do seu país concluiu que a Alemanha não poderia alegar imunidade no caso de crimes perpetrados no Estado do foro, ou seja, no Estado no qual o crime de guerra foi cometido, pouco importando se ato cometido pelo Estado Alemão foi de império ou de gestão.

Como fator de complexidade no caso, houve acordos internacionais e também bilaterais entre a Alemanha e a Itália que previram o pagamento de indenizações às vítimas do nazismo, após a 2ª Guerra, em 1947, os países aliados (os vencedores) celebraram um tratado de paz com a Itália, do qual, dentre outros assuntos, a Itália renunciou a quaisquer reclamações contra a Alemanha em seu nome e de seus cidadãos por danos ocorridos durante a guerra. Em 1953, a Alemanha elaborou legislação, que se destinava a compensar as vítimas de guerra.

Todavia, era de difícil enquadramento dos estrangeiros, pelo que a referida lei exigia. Em 1961, foram feitos dois acordos entre a Alemanha e a Itália prevendo uma compensação por danos no valor de 40 milhões de marcos, moeda alemã da época.

Por outro lado, leis internacionais de imunidade do Estado garantem, em tese, que países signatários não podem ser processados em cortes de outros países por crimes de guerra.

Em 2004, a Corte de Cassação italiana reconheceu que o Estado alemão não dispunha de imunidade legal que o protegesse de ser processado por estrangeiros em sistemas jurídicos de fora do país. O caso supracitado do italiano Luigi Ferrini, também foi acolhido pela Corte italiana e acabou com uma repercussão na CIJ, já que a Grécia também se tornou parte interessada, tendo em vista que vítimas do massacre efetuado pelos nazistas ocorrido na cidade grega de Distomo também ajuizaram ação

indenizatória contra a Alemanha, também julgada procedente, mas que foi levada à execução na Itália.

Após a decisão dos tribunais italianos em legitimar os pleitos, a Alemanha resolveu recorrer à Corte Internacional de Justiça questionando a ação, alegando violação da sua soberania e da imunidade celebrada em acordos internacionais e bilaterais dos quais os dois países são signatários. A Corte Internacional de Justiça deu ganho de causa a Alemanha em fevereiro de 2011 por 14 votos a 1.

6.4. Voto vencido.

O voto vencido foi justamente do juiz brasileiro na CIJ na época Antonio Augusto Cançado Trindade, que alegou que a imunidade de jurisdição estatal não pode prevalecer sobre violações de direitos humanos, numa clara alusão ao Jus Cogens (MAIA, 2014).

Tal voto do juiz brasileiro acabou suscitando importante debate sobre a jurisprudência relacionada ao tema, em face de decisões análogas, recorrentes em diferentes cortes nacionais e internacionais.

No seu voto, Cançado Trindade, ferrenho defensor da primazia do Jus Cogens, disse que “Com efeito, sem a primazia do Jus Cogens, o direito internacional tem um futuro sombrio.” (MAIA, 2014, p. 159).

Em que pese a defesa da soberania estatal, o juiz alega que

O princípio da igualdade soberana do Estado é, de fato, um princípio fundamental aplicável no âmbito das relações interestatais; se tal princípio tivesse sido devidamente observado, aquelas atrocidades ou crimes internacionais não teriam ocorrido da forma como ocorreram (em 1943-1945). (MAIA, 2014, p. 199)

Ainda, na sua defesa, disse que

A busca da justiça deve ser preservada como objetivo final; garantir a justiça para as vítimas engloba a procura e obtenção da reparação pelos crimes que sofreram. O Jus Cogens está acima da prerrogativa ou privilégio da imunidade do Estado, com todas as suas consequências, evitando, assim, a negação da justiça e a impunidade. (MAIA, 2014, p. 203)

Por último vale destacar, do seu voto de defesa do direito de processar a Alemanha por violações nos direitos humanos por cidadãos estrangeiros, Cançado

Trindade disse que:

Não se pode partir de uma premissa errônea e formalista acerca da ausência de conflito entre normas “processuais” e “materiais”, privando o Jus Cogens de seus efeitos e consequências jurídicas. A verdade é que existe sim um conflito, e a primazia é a do Jus Cogens, que resiste, e sobrevive, às tentativas sem fundamento de sua desconstrução. Não deve haver qualquer prerrogativa ou privilégio de imunidade do Estado em casos de crimes internacionais, tais como massacres de populações civis, e deportação de civis e prisioneiros de guerra sujeitos ao trabalho escravo; esses são graves violações das proibições absolutas do Jus Cogens, para as quais não pode haver imunidades. (MAIA, 2014, p. 208)

Isso tudo posto brilhantemente pelo juiz brasileiro, a sensação que se tem é que a CIJ, relevante, indispensável, de impreterível importância para o direito internacional, mas que nesse caso da Alemanha versus Itália, preferiu proferir uma decisão mais política, do que jurídica.

7. CONCLUSÃO.

Embora pacificamente reconhecida a existência de Jus Cogens no direito internacional, este termo foi expressamente previsto em norma jurídica de DI, primeiramente, pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, no ano de 1969.

Para caracterização da noção de Jus Cogens, foram discutidos três métodos. O primeiro, elencava taxativamente as normas imperativas de Direito Internacional. O segundo, formulava uma definição de caráter geral e a exemplificava através de um elenco de normas Jus Cogens. O último, fornecia uma definição do que vinha a ser uma norma Jus Cogens, demonstrando os critérios idôneos necessários à identificação de sua natureza imperativa, sem, contudo, adentrar em seu conteúdo material ou informar alguma norma como exemplo. Foi este último o método utilizado pela CVDT, expresso em seu art. 53.

O dispositivo supradito estabeleceu como características das normas Jus Cogens:

1) A aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional como norma imperativa;

2) Por comunidade internacional, exige-se o reconhecimento pelos Estado que a formam “em seu conjunto”, dispensando-se a unanimidade, mas requerendo-se a generalidade.

3) São inderrogáveis, salvo por norma de mesma natureza superveniente.

Tem-se, portanto, que preenchidos os requisitos acima, vislumbra-se na norma seu caráter cogente, imperativo, que vincula a todos os Estados, mesmo contra sua concordância ou consentimento. Estamos diante de uma exceção ao princípio do voluntarismo que informa o Direito Internacional, o que sugere a existência, como afirma parte da doutrina, de princípios fundamentais que orientam o direito internacional, similar ao que ocorre no direito doméstico, ao que alguns autores chamam de “Direito Constitucional Internacional”. 5

A característica de inderrogabilidade de uma norma Jus Cogens impõe que qualquer norma de direito internacional, seja ela convencional ou costumeira, que com aquela conflite, seja declarada nula e inexistente. Este entendimento leva parte majoritária da doutrina internacionalista a falar em “hierarquia” entre as normas do direito internacional.

Apesar de ser pacífico na doutrina e jurisprudência da CIJ o entendimento de que entre as fontes de direito internacional não há hierarquia, essa afirmação não se sustenta quando uma das regras que se apresenta é cogente. Nesse caso, ela derroga norma contrária e prevalece, dando origem a caso anômalo de hierarquia no Direito Internacional.

No que tange às fontes e à criação de uma norma imperativa, há muito dissenso na doutrina. Apesar de ser pacífico o reconhecimento de que normas Jus Cogens podem ser expressas em tratados, existem autores que defendem que neste tipo de instrumento convencional ocorre apenas a declaração de uma norma cogente já existente, ao passo que outros, em decorrência da representatividade que um tratado multilateral possui acerca da comunidade internacional que lhe deu origem, dizem ser possível a própria criação da norma imperativa, mesmo que sem precedentes consuetudinários.

Parece ser pacífico o entendimento segundo o qual costumes que preenchem os requisitos elencados no art. 53 da CVDT evidenciam normas cogentes. Já sobre os princípios gerais de direito, o dissenso na doutrina nos leva a caminhos diferentes. Parte entende que normas Jus Cogens nada mais são que princípios gerais de direito, que, nesta visão, são fundamento de validade das demais normas convencionais e consuetudinárias, que com aquelas não podem conflitar. Para outra corrente, é inadmissível que normas Jus Cogens sejam princípios gerais de direito internacional, pelo simples fato de que princípios não são normas.

Quanto aos atos unilaterais, por não consignarem normas inderrogáveis e por não representarem a comunidade internacional, é pacífico o entendimento de que não

podem instituir normas Jus Cogens.

Por tratar-se de tema recentemente incluso de forma expressa no direito internacional, diversas questões que envolvem as normas Jus Cogens ainda causam grande dissenso na doutrina internacionalista. Alguns desdobramentos decorrentes das discussões que circundam o tema acabam por colocar em xeque conceitos e bases sólidas, como a fundamentação voluntarista do DI e a ausência de hierarquia entre normas de direito internacional. Sobre a fundamentação voluntarista, há de se deixar claro que as normas supracitadas representam um limite claro e expresso à autonomia de vontade dos Estados, sendo esse limite causador de ceticismo por parte dos mesmos, com relação às normas Jus Cogens. A liberdade contratual sempre foi tratada como absoluta na comunidade internacional e representava ato de soberania estatal. A hipótese de nulidade de tratados, não mais justificada pelo erro, dolo ou coação, gera contestações e alegações de atentado à soberania dos Estados. Indo além, a semelhança entre o conceito de Jus Cogens e a noção de ordem pública trazem insegurança aos Estados pelo fato de a sociedade internacional, até então, desconhecer a subordinação.

Apesar de toda a euforia que desperta, não se pode descuidar das consequências negativas que as normas Jus Cogens podem representar ao direito internacional, já que se mostram como eficiente meio de derrogação de tratados e costumes. Em um mundo com predomínio do capital e das potências econômicas no cenário internacional, é necessário valorizar as normas imperativas de DI, que protegem, dentre outros, direitos humanos e difusos, mas com a segurança de que acordos não serão violados por outros interesses estranhos à comunidade internacional, servindo o Jus Cogens, inadequadamente, como instrumento de inadimplemento à serviço do capital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Jonathan Percivalle de. Principais aspectos da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens de 2004. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4222, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32072>>. Acesso em: 7 dez. 2015.
- ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid. Editorial Tecnos, 1980.
- BARBERIS, Julio A. *Reflexions sur la Coutume Internationale*. AFDI, v. XXXVI, 1990, nota 144.
- BARBOSA, Adriano Selhorst. *Jus Cogens Gênese, Normatização e Conceito*. Centro de Direito Internacional. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, 2014, V14. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Jus-Cogens-G%C3%AAnese-Normatiza%C3%A7%C3%A3o-E-Conceito.pdf>>. Acesso em: 16 de nov. de 2015.
- BRASIL. Decreto 7030 de 2009 que Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 02 nov. 2015.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*. In XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público Jus Cogens*. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2004.
- MAIA, C. Prado. *Opinião dissidente do Juiz Cançado Trindade junto ao acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 3 de fevereiro de 2012, no caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))*: tradução do original em língua inglesa para língua portuguesa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 4, 2014.
- REDIN, Giuliana. *A precariedade do sistema jurídico internacional e perspectivas para a promoção de regras Jus Cogens em tempos de crise da modernidade*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol.56/2006.
- RODAS, João Grandino. *Ius Cogens em Direito Internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, 1974.
- SHAW, Malcolm. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- VIEGAS, Vera Lúcia. *Ius Cogens e o tema da nulidade dos tratados*. *Revista de Informação Legislativa*. a. 36. n. 144. Brasília. out/dez 1999.