

O JUS COGENS E A (IN)APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

JUS COGENS AND (IN)APPLICATION OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES OF 1969

Catherine Maia ¹

Recebido em: 26/08/2022
Aceito em: 26/08/2022
catherine.maia@ulusofona.pt

Resumo: Mais de 50 anos se passaram desde a adoção, em 1969, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesta ocasião, pode-se questionar a efetividade de certas disposições que consagraram a noção de *jus cogens* ou de normas imperativas. Embora a codificação desta noção tivesse então sido saudada, desde o início, existiam indícios de uma relativa inaplicabilidade, tanto no que se refere à sua identificação quanto aos seus efeitos.

Palavras-chave: *jus cogens*, normas imperativas, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tratados, nulidade.

Abstract: More than 50 years have elapsed since the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969. On this occasion, the effectiveness of certain provisions that enshrine the notion of *jus cogens* or peremptory norms can be questioned. Although the codification of this notion was welcomed at that time, doubts soon arose as to its enforceability, both regarding its identification and its effects.

Keywords: *jus cogens*, peremptory norms, Vienna Convention on the Law of Treaties, treaties, nullity.

1. INTRODUÇÃO

Hoje, a existência do *jus cogens* dificilmente pode ser negada, tendo em conta tanto a sua evocação mais ou menos explícita pelos Estados, organizações internacionais, instâncias judiciais e arbitrais, bem como o amplo apoio doutrinal trazido a esta noção, cujo papel essencial na ordem jurídica internacional é reconhecido. Com efeito, qualquer sistema jurídico exige a existência de determinadas normas fundamentais. A regulação de relações internacionais que evoluem numa ordem jurídica fragmentada não escapa a esta necessidade, que se revela ainda mais crucial face à crescente interdependência entre os Estados e ao surgimento de novos desafios e ameaças de dimensão global.

No entanto, o *jus cogens* continua a sofrer de certas deficiências relacionadas com a imprecisão do seu conteúdo e com a incerteza dos seus efeitos. A este respeito, é surpreendente constatar que estas questões, que estiveram no centro dos trabalhos da Comissão do Direito Internacional (CDI) que conduziram à adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) em 1969, são sensivelmente idênticas nos atuais trabalhos da Comissão, tendo esta decidido em 2015 inscrever o tema do “*Jus cogens*” na sua ordem do dia.

Os trabalhos da CDI permitiram que o *jus cogens* se enraizasse no direito positivo. Com a sua inserção na CVDT, o objetivo era tornar evidente que os Estados não são livres de prosseguir

¹ Universidade Lusófona, Centro Universitário do Porto, Portugal.

qualquer finalidade ao concluir tratados e que existem, pelo menos, algumas regras essenciais que não podem ser derogadas.

Ademais, os trabalhos da CDI terminam no final da década de 1960, ou seja, numa altura em que a chegada de numerosos Estados novos na cena internacional é recente e ainda inacabada. A formulação do *jus cogens* sofrerá, portanto, os efeitos contraditórios de uma sociedade internacional simultaneamente mais heterogénea e mais interdependente, marcada por uma dicotomia entre voluntarismo e objetivismo².

Pode argumentar-se que, apesar da oposição francesa – o único país que votou contra a CVDT³ – o grande mérito desta Convenção foi o de levar Estados de todos os continentes e de todos os sistemas políticos a reconhecer, pela primeira vez, a existência de normas imperativas num instrumento considerado como o “tratado dos tratados” com vários artigos que regem esta categoria normativa: para além dos artigos 53 e 64 que definem a noção, os artigos 44 §5, 65, 66 e 71 contêm disposições quanto ao regime aplicável em caso de violação⁴.

É com este contexto histórico como pano de fundo que nos devemos interrogar, 50 anos após a adoção do CVDT, sobre a efetividade das disposições relativas ao *jus cogens*. Na época, a codificação desta noção tinha sido saudada como uma profunda inovação. Todavia, desde o início, estavam presentes os germes de uma relativa inaplicação, tanto sob o prisma da sua identificação (I), como sob o prisma dos seus efeitos (II).

2. O *JUS COGENS* E A CVDT: OS GERMES DA (IN)APLICAÇÃO SOB O PRISMA DA IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS IMPERATIVAS

A CVDT dedica à questão da identificação das normas imperativas os artigos 53 e 64, os quais centram-se na função do *jus cogens*, designadamente a nulidade de qualquer tratado que estaria em conflito com uma dessas normas. Porém, o problema do conteúdo de tais normas é afastado, com uma definição que, à primeira vista, parece tautológica. Assim, de acordo com o artigo 53, “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”. Ademais, o artigo 64 acrescenta que: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito

² Um paradoxo parece decorrer da escolha dos dois verbos utilizados para definir o *jus cogens* na medida em que cobrem significados diferentes. Por um lado, o verbo “aceitar” mostra que o consentimento é um elemento inerente à criação da norma. Por outro lado, o verbo “reconhecer” refere-se à identificação da norma: a norma deve ser identificada como imperativa devido à sua matéria que trata da proteção de interesses fundamentais. Encontramo-nos, portanto, perante a situação aparentemente paradoxal de que a existência efetiva de normas “superiores” que se impõem aos Estados, não obstante a sua vontade, depende estreitamente da sua aceitação e do seu reconhecimento.

³ Mesmo os Estados mais refratários ao *jus cogens*, entre os quais se encontravam os oito que votaram contra o artigo 53 – a saber, a Austrália, a Bélgica, a França, o Liechtenstein, o Luxemburgo, o Mónaco, a Suíça e a Turquia – admitiam a existência de normas imperativas, mas partilhavam um receio comum quanto à estabilidade das relações convencionais internacionais. Esta relutância, todavia, não era de forma alguma dirigida contra o direito imperativo em si mesmo, que recolhia um amplo apoio, mas contra a imprecisão da noção.

⁴ A CVDT inclui um preâmbulo, 85 artigos agrupados em 8 partes, bem como um anexo destinado a complementar as previsões do artigo 66 sobre os procedimentos de resolução de litígios.

internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Em vez de aprofundar a questão do conteúdo do *jus cogens*, a CDI remeteu para a prática dos Estados e, sobretudo, para a jurisprudência. No entanto, se a jurisprudência tem crescido ao longo dos anos, a obra de materialização depara-se com limites originais (1) e é realizada fora da esfera convencional (2).

1. Os limites originais da consagração da noção de *jus cogens* na esfera convencional

A escolha feita pela CDI de ter em conta a existência de regras imperativas nos seus trabalhos de codificação sobre o direito dos tratados foi decisiva. Com efeito, os seus relatórios são elaborados não para fins especulativos, mas para atender a necessidades práticas. Esta opção implica, portanto, que a CDI sentiu a carência de afirmar a existência *de lege lata* de requisitos relativos à finalidade dos tratados, a fim de limitar a vontade soberana dos Estados, limitação que se traduz num enquadramento que vem restringir a liberdade material de celebrar tratados, proibindo-lhes qualquer derrogação sob pena de nulidade absoluta.

Na Conferência de Viena (1968-1969) dedicada aos trabalhos da CDI sobre o direito dos tratados prevaleceu a postura de um amplo entusiasmo em relação às normas imperativas vistas como uma inovação importante⁵. A atratividade do *jus cogens* deriva do facto de ser um conceito portador de valores, que são simultaneamente difíceis de recusar, devido à sua conotação positiva, e fáceis de admitir, logo que são suscetíveis de se submeterem às exigências de discursos diferentes. Esta forte carga axiológica explica que alguns tenham imediatamente percebido, e saudado, na consagração do *jus cogens* a transformação de certos imperativos morais em regras de direito. Além disso, no momento em que a CDI principiava os seus trabalhos de codificação, os espíritos ainda estavam fortemente marcados pelas atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, atrocidades que, ao mesmo tempo que desencadearam um grande impulso de solidariedade de que nasceram as Nações Unidas, suscitaram um apelo à moralização dos tratados.

No entanto, desde o início, sendo o resultado de compromissos, a consagração da noção de *jus cogens* na CVDT não foi isenta de dificuldades que ainda hoje perduram⁶. Embora estas dificuldades não tenham sido, e não constituem, em si mesmas, um obstáculo ao reconhecimento da noção, elas revelam a existência de limites que dificultam a identificação da sua substância.

Já na Conferência de Viena se considerou que era necessário definir o melhor possível o *jus cogens*, sustentando que, na ausência de critérios específicos, a noção não só estaria condenada a tornar-se uma mera pretensão de direito sem conteúdo real, ou mesmo, um puro encantamento mágico, mas também poderia abrir a porta à arbitrariedade e desestabilizar as relações

⁵ Ver, em particular, as declarações dos países escandinavos, do Canadá, da Espanha, da Grécia e da Itália durante as 54^a (§§ 41, 55 e 56) e 56^a reuniões (§§ 35 e 70) da Sexta Comissão da Assembleia Geral. Como indicado por Antonio CASSESE, estes países estavam “cientes da necessidade de se curvar à vontade da maioria, quer devido à sua forte tradição humanitária ou jurídica, quer sob a influência de juristas nacionais que haviam apoiado o conceito de *jus cogens*” (*International law in a divided world*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 177, tradução nossa).

⁶ Estas dificuldades fazem dizer ao Christos ROZAKIS que “a Convenção [de Viena] não habilita suficientemente o conceito de *jus cogens* com a capacidade de cumprir plenamente, através das suas disposições, a sua função social” (*The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdão, North-Holland, 1976, p. 9).

convencionais. Todavia, embora se possa lamentar, no plano jurídico, a imprecisão das disposições relativas ao *jus cogens*, no plano político, esta imprecisão foi, sem dúvida, desejada, pois é verdade que pode servir os Estados.

Aquando da Conferência de Viena, as delegações estatais esforçaram-se por introduzir precisões para fazer do *jus cogens* uma noção de direito positivo “operacional”. Para tal, afigurava-se necessário dar uma definição precisa e identificar o seu conteúdo, quer prevendo uma formulação geral baseada em critérios objetivos, quer dando uma lista de exemplos, quer ambas as vias. Assim, todos os debates que não puderam incidir sobre o princípio do próprio *jus cogens*, cuja grandeza dificultava a refutação, transferiram-se para os problemas da formulação e da identificação do seu conteúdo.

No que diz respeito ao problema da formulação, o artigo 53 define a norma imperativa pelo seu efeito, ou seja, trata-se de uma “norma da qual nenhuma derrogação é permitida”. Mas esta definição, ao limitar-se a afirmar a inderrogabilidade das regras imperativas, equivale a descrever a natureza de tais regras e não a fornecer critérios de identificação. A fórmula escolhida responde à pergunta pela pergunta, uma vez que a inderrogabilidade não é nem a explicação do caráter imperativo, nem a sua justificação⁷. Isto explica que esta definição tenha sido por vezes criticada como sendo tautológica ou circular. Com efeito, a relação de intercambialidade estabelecida entre as “normas imperativas” e as “normas inderrogáveis” teria mais a ver com um “círculo vicioso” do que com uma definição verdadeiramente operante.

O problema da identificação poderia ter sido resolvido fornecendo exemplos. Aliás, a proposta de mencionar, a título de ilustração, as regras mais bem estabelecidas de *jus cogens* não deixou de ser avançada no âmbito da CDI e, em seguida, na Conferência de Viena⁸.

No entanto, a ideia de elaborar uma lista foi apressadamente abandonada⁹. Dada a complexidade da tarefa, pareceu difícil à CDI procurar as regras imperativas uma a uma. Ao fazê-lo, teria corrido o risco de se ver envolvida num enorme trabalho ultrapassando demasiadamente o

⁷ Sobre este ponto, ver, em particular, Matthew SAUL, “Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian journal of international law*, vol. 5, 2015, pp. 29ss; Ulf LINDERFALK, “The creation of *jus cogens*: making sense of article 53 of the Vienna Convention”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71, 2011, pp. 359-378. *A contrario*, ver Robert KOLB, *Théorie du ius cogens international*, Genebra, Graduate Institute Publications, 2001, que reduz o *jus cogens* ao seu efeito inderrogável.

⁸ A ideia de elaborar uma lista indicativa não foi abandonada, pois está presente nos trabalhos atuais da CDI sobre o assunto. Assim, nos Textos do projeto de conclusões e do projeto de anexo provisoriamente adotados pelo Comitê de redação em primeira leitura de 29 de maio de 2019 (A/CN.4/L.936), a CDI fornece num apêndice uma lista não exaustiva de normas que já havia designado anteriormente como tendo este estatuto: a proibição da agressão, a proibição do genocídio, a proibição dos crimes contra a humanidade, as regras fundamentais do direito internacional humanitário, a proibição da discriminação racial e do apartheid, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e o direito à autodeterminação.

⁹ A fim de orientar o intérprete, a CDI limitou-se a fornecer alguns exemplos bastante consensuais, não no próprio texto do seu projeto de artigo 50 [53], mas no comentário que o acompanha: “Entre os exemplos propostos figuram: a) o tratado que prevê uma utilização ilícita da força contrária aos princípios da Carta [das Nações Unidas]; b) O tratado que contempla a execução de qualquer outro ato que constitua um crime nos termos do direito internacional; e c) o tratado que prevê ou tolera a prática de atos como o tráfico de escravos, a pirataria ou o genocídio, em cuja repressão qualquer Estado é obrigado a cooperar. Outros membros foram da opinião que, se exemplos têm de ser citados, não se deveria deixar crer que o alcance do artigo se limitará aos atos que constituam crimes ao abrigo do direito internacional; como outros exemplos possíveis, foi discutida a questão dos tratados que violam os direitos humanos, a igualdade dos Estados ou o princípio da autodeterminação” (*Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 270, § 3, tradução nossa). Significativamente, estes exemplos são retomados pela CDI no seu comentário ao artigo 40 dos Artigos sobre a responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, tendo o cuidado de clarificar que a lista mencionada não tem qualquer pretensão de ser exaustiva (*Rapport de la CDI (2001)*, pp. 303-306).

âmbito do projeto sobre o direito dos tratados. Sem contar que tal empreendimento também teria arriscado petrificar uma matéria essencialmente em movimento e consagrar omissões graves.

A única norma de *jus cogens* expressamente identificada na CVDT como resultando na nulidade absoluta das convenções contrárias é a proibição dos tratados celebrados sob coação exercida sobre um Estado – uma coação entendida como a ameaça ou o emprego da força armada – embora esteja prevista numa disposição separada, o artigo 52.

Apesar dos esforços envidados no seio da CDI e, posteriormente, durante a Conferência de Viena, é patente que as disposições relativas ao direito imperativo permanecem rodeadas por uma certa imprecisão. No entanto, há que deixar claro que esta situação não deve certamente nada ao acaso e corresponde também, em certa medida, ao que os negociadores desejavam. Pois, se a imprecisão é insatisfatória do ponto de vista jurídico, pode revelar-se muito útil do ponto de vista político, proporcionando aos Estados uma margem de manobra apreciável.

Nesta perspetiva, pode afirmar-se que, mantendo-se a um nível muito geral, a definição desta noção dá a cada um a impressão de dispor de uma liberdade de interpretação relativamente suficiente para dar ao *jus cogens* um conteúdo definido de acordo com os seus próprios interesses.

2. A identificação jurisprudencial do conteúdo do *jus cogens* fora da esfera convencional

Ao remeter a identificação do conteúdo do *jus cogens* para os Estados e, mais especialmente, para a jurisprudência, foi ouvido o apelo da CDI?

Embora os Estados se refiram esporadicamente às normas imperativas, registaram-se alguns progressos na jurisprudência internacional, que não são somente modestos, mas foram alcançados fora do quadro convencional. Enquanto a CVDT colocou o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no centro da obra de desvendamento do *jus cogens*, este Tribunal não desempenhou o papel de tradutor-intérprete que poderia ter sido o seu¹⁰ – muito longe da jurisprudência luxuriante do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, que tem reconhecido repetidamente a imperatividade de vários direitos¹¹ –, permanecendo muito tímido na sua obra de materialização do direito imperativo. Há várias razões para esta moderação.

¹⁰ Ver Catherine MAIA, “L’appel au droit impératif. Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice”, in C. APOSTOLIDIS (dir.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Dijon, EUD, 2005, pp. 123-138.

¹¹ Ver Catherine MAIA, “Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in L. HENNEBEL e H. TIGROUDJA (dir.), *Le cinquantième anniversaire de l’adoption de la Convention américaine des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 271-311. A jurisprudência exuberante do Tribunal IDH reflete-se no reconhecimento de várias normas imperativas, entre as quais: a proibição da escravatura (*Aloeboetoe e outros vs. Suriname*, Série C n° 11, acórdão de 10 de setembro de 1993; *Membros de la aldea Chichupac e comunidades vizinhas do município de Rabinal vs. Guatemala*, Série C n° 328, acórdão de 30 de novembro de 2016; *Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Série C n° 318, acórdão de 20 de outubro de 2016), a proibição da tortura (*Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Série C n° 103, acórdão de 27 de novembro 2003; *Mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco vs. México*, Série C n° 371, acórdão de 28 de novembro de 2018), a proibição das execuções extrajudiciais (*Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, Série C n° 110, acórdão de 8 de julho de 2004), a proibição das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (*Caesar vs. Trinidad e Tobago*, Série C n° 123, acórdão de 11 de março 2005), a proibição dos desaparecimentos forçados (*Goiburú e outros c. Paraguai*, Série C n° 153, acórdão de 22 de fevereiro 2006; *García e familiares c. Guatemala*, Série C n° 258, acórdão de 29 de novembro de 2012), a proibição de cometer crimes contra a humanidade (*Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Série C n° 154, acórdão de 26 de setembro de 2006; *Prisão Miguel Castro Castro vs. Peru*, Série C n° 160, acórdão de 25 de novembro de 2006), o princípio da igualdade e da não discriminação (*Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos*, OC-21/14, parecer consultivo de 17 de setembro de 2003; *Gutiérrez Hernández e outros vs. Guatemala*, Série C n° 339, acórdão de 24 de agosto de 2017). Em

Em primeiro lugar, devido às incertezas em torno do conteúdo do *jus cogens*, os Estados abstiveram-se de recorrer ao TIJ no que respeita à aplicação e interpretação dos artigos 53 ou 64. Por conseguinte, o TIJ não foi chamado a intervir no âmbito da alínea a) do artigo 66. Tanto quanto sabemos, antes ou depois da CVDT, nenhum tratado foi anulado com base na sua violação de uma norma imperativa.

Em seguida, devido a um sistema de jurisdição facultativa baseado no consensualismo, o TIJ criou uma estratégia de fuga destinada a não assustar os Estados com uma noção que poderia parecer demasiado ousada. Por conseguinte, abstém-se de ter de tomar posição abertamente sobre esta questão, mesmo que assuma os argumentos das partes, sem decidir a natureza da norma invocada¹². Prefere usar perífrases ou conceitos vizinhos com princípios e obrigações qualificados alternadamente de *erga omnes*, intransgressíveis, cardeais, elementares, morais ou fundamentais. Prefere também contornar o problema, interpretando restritivamente as questões que lhe são apresentadas¹³ e levantando a questão do *jus cogens* apenas quando esta não interfere com o seu ofício. Sintomático desta atitude cautelosa, no seu parecer consultivo de 2010 sobre a *Conformidade com o direito internacional da declaração unilateral de independência relativa ao Kosovo*, o TIJ recorda a condenação pelo Conselho de Segurança de certas declarações de independência, afirmando que “a ilicitude destas declarações decorria (...) não do seu carácter unilateral, mas do facto de que elas eram ou teriam sido acompanhadas de um uso ilícito da força ou de outras violações graves de normas do direito internacional geral, em particular de natureza imperativa (*jus cogens*)”¹⁴. Esta afirmação da existência de normas imperativas é tanto mais fácil quanto não é acompanhada

contraste, o reconhecimento do *jus cogens* pelo Tribunal EDH é mais tardio, uma vez que foi em 2001 que reconheceu pela primeira vez o *jus cogens* ao admitir a imperatividade da proibição da tortura (*Al-Adsani vs. Reino Unido*, queixa n.º 35763/97, acórdão de 21 de novembro de 2001), afirmação repetida depois (*Demir e Baykara vs. Turquia*, queixa n.º 34503/97, acórdão de 12 de novembro de 2008; *Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, queixa n.º 8139/09, acórdão de 17 de janeiro de 2012). É também mais modesto, uma vez que as normas qualificadas de imperativas são menos numerosas do que para o seu homólogo interamericano, entre outras: o princípio da legalidade no domínio do direito penal (*Illseher vs. Alemanha*, queixas n.º 10211/12 e 27505/14, acórdão de 4 de dezembro de 2012; a proibição do uso da força (*Sargsyan vs. Azerbaijão*, queixa n.º 40167/06, acórdão de 16 de junho de 2015), a proibição do genocídio (*Jorgic vs. Alemanha*, queixa n.º 74613/01, acórdão de 12 de julho de 2007).

¹² Em dois casos sintomáticos, o TIJ limita-se a retomar os fundamentos das partes relativos à imperatividade da norma invocada. Assim, aquando da sua primeira evocação direta ao direito imperativo no acórdão de 1986 relativo às *Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra ela*, o Tribunal usa a expressão “*jus cogens*” em três ocasiões, não por sua própria conta, mas para transmitir as vozes de outros autores. Num mesmo parágrafo, ele salienta que os Estados designam frequentemente a proibição do uso da força como fundamental, cita uma passagem dos trabalhos da CDI qualificando este princípio de imperativo e constata que as partes no diferendo admitem esta natureza imperativa sem, todavia, retomar este qualificativo por sua conta (§ 190). Posteriormente, no acórdão de 1997 relativo ao *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, o Tribunal usa novamente a expressão “*jus cogens*”, abrindo-se atrás dos argumentos dos Estados em litígio, afirmando que “Nenhuma das partes pretendeu que tivessem nascido normas imperativas do direito do ambiente desde a conclusão do tratado [litigioso] e o Tribunal não terá, por conseguinte, de se interrogar sobre o alcance do artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” (§ 112, tradução nossa). É aqui com toda a serenidade que o TIJ pode fazer esta referência direta, uma vez que a validade do tratado em causa à luz do *jus cogens* é afastada como sendo sem objeto no caso em apreço.

¹³ O parecer consultivo de 1996 sobre a *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares* é característico desta autolimitação do TIJ no que se refere ao *jus cogens*. Neste caso, o Tribunal reconhece como “cardeais” certos princípios de direito internacional humanitário – a saber, a proteção da população e dos bens civis e a proibição do uso de armas causando danos supérfluos aos combatentes – as quais se impõem a todos os Estados como princípios “intransgressíveis” do direito internacional costumeiro (§ 78). Embora se esteja próximo da ideia de imperatividade, o Tribunal dedica um parágrafo inteiro a explicar que não se pronunciará sobre a natureza imperativa das regras de direito humanitário, esta questão indo além do pedido de parecer formulado (§ 83).

¹⁴ TIJ, *Conformidade com o direito internacional da declaração unilateral de independência relativa ao Kosovo*, parecer consultivo de 22 de julho de 2010, *ICJ Reports 2010*, § 81 (tradução nossa).

pela identificação de uma norma específica, o que permite ao TIJ reconhecer a noção em geral sem tomar posição sobre uma norma em particular.

Só em 2006 é que o TIJ reconheceu pela primeira vez uma norma de *jus cogens* no seu acórdão sobre as *Atividades armadas no território do Congo*¹⁵. Nesse caso, a República Democrática do Congo (RDC) tinha apresentado uma queixa contra o Ruanda por causa de “violações massivas, graves e flagrantes dos direitos humanos e do direito internacional humanitário”, decorrentes dos atos de agressão armada praticados pelo Ruanda no território da RDC em violação da soberania e da integridade territorial congolezas.

Embora ambas as partes tinham concordado com a natureza imperativa da proibição do genocídio, o TIJ aprovou esta qualificação sem qualquer forma de demonstração. Tudo acontece como se a natureza imperativa fosse óbvia, uma vez que este é “seguramente o caso da proibição do genocídio”, proclamou o Tribunal¹⁶.

Se este reconhecimento não permanecerá isolado, não será acompanhado por mais explicações nos seus acórdãos de 2007 e 2015.

Assim, em 2007, no caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), o TIJ assevera, de maneira meramente incidental, que “a norma que proíbe o genocídio [é] seguramente uma norma imperativa do direito internacional (*jus cogens*)”¹⁷. Em 2015, no caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Croácia vs. Sérvia), ele reitera que “havia salientado que a proibição do genocídio assumia o carácter de uma norma imperativa (*jus cogens*)”¹⁸.

Além da interdição do genocídio, a proibição da tortura foi uma segunda norma que o TIJ qualificou de imperativa, no seu acórdão de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar* (Bélgica vs. Senegal), desta vez através de desenvolvimentos mais amplos quanto à prática geral e à convicção dos Estados sobre o carácter fundamental de tal norma: “De acordo com o Tribunal, a proibição da tortura pertence ao direito internacional costumeiro e adquiriu o carácter de norma imperativa (*jus cogens*). Esta proibição baseia-se numa prática internacional alargada e na *opinio juris* dos Estados. Está incluída em muitos instrumentos internacionais com vocação universal (nomeadamente a Declaração universal dos direitos humanos de 1948; as Convenções de Genebra para a proteção das vítimas de guerra de 1949; o Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966; a Resolução 3452/30 da Assembleia Geral sobre a Proteção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes

¹⁵ Note-se que este reconhecimento explícito foi facilitado pela partida do juiz francês Gilbert Guillaume, que foi membro do TIJ de 1987 a 2005. No entanto, esta posição hostil ao *jus cogens* encontra-se ainda entre os juizes franceses do TIJ. Ver, em particular, no acórdão de 20 de julho de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar* (Bélgica vs. Senegal), a opinião individual do juiz Abraham (a qualificação da proibição da tortura como norma imperativa “é evidentemente um simples *obiter dictum*, ao qual o Tribunal poderia ter renunciado sem privar o seu raciocínio de qualquer elemento indispensável”, § 27, tradução nossa) e a opinião dissidente do juiz *ad hoc* Sur (“a menção do *jus cogens* na motivação [é uma] menção perfeitamente superfetatória, que nada contribui para a solução do diferendo”, § 4, tradução nossa).

¹⁶ TIJ, *Atividades armadas no território do Congo (novo requerimento: 2002)* (RDC vs. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, *ICJ Reports 2006*, § 64.

¹⁷ TIJ, *Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Bósnia-Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), acórdão de 26 de fevereiro de 2007, *ICJ Reports 2007*, § 161.

¹⁸ TIJ, *Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Croácia vs. Sérvia), acórdão 3 de fevereiro de 2015, *ICJ Reports 2015*, § 87.

de 9 de dezembro de 1975), e foi introduzida no direito interno de quase todos os Estados; finalmente, os atos de tortura são regularmente denunciados no seio das instâncias nacionais e internacionais¹⁹.

No total, até à data, apenas duas normas imperativas foram reconhecidas pelo TIJ, isso, sem que seja possível dizer que estes casos tenham contribuído para definir precisamente o seu conteúdo e os seus critérios de identificação.

Esta moderação do TIJ contrasta fortemente com a ousadia dos juízes que, nas suas opiniões individuais, sejam concorrentes ou dissidentes, não hesitam em tomar posição sobre a natureza imperativa das regras relevantes para os casos que estão a ser julgados.

Pensa-se, em particular, no juiz brasileiro Cançado Trindade que, depois de ter impulsionado uma dinâmica à noção de *jus cogens* como juiz e presidente do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, está agora a fazê-lo no TIJ, onde continua a desenvolver e a defender a noção nas suas opiniões individuais²⁰.

No entanto, não está sozinho, longe disso. Para dar apenas um exemplo recente, no parecer consultivo de 2019 sobre os *Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos de Maurício em 1965*, vários juízes lamentaram que o TIJ, depois de ter afirmado a natureza consuetudinária da autodeterminação dos povos aquando da Resolução 1516 da Assembleia Geral, não tenha ido ao ponto de procurar a existência de uma *opinio juris cogentis*. Neste sentido, em particular, o juiz jamaicano Robinson lamentou o facto de o TIJ não ter qualificado como imperativo o direito à autodeterminação dos povos, o que lhe teria eventualmente permitido declarar, com base na violação do *jus cogens* nos termos do artigo 53 da CVDT, a nulidade do tratado entre o Reino Unido e os Estados Unidos relativamente às instalações militares de Diego Garcia.

3. O *JUS COGENS* E A CVDT: OS GERMES DA (IN)APLICAÇÃO SOB O PRISMA DOS EFEITOS DAS NORMAS IMPERATIVAS

A impossibilidade de alcançar uma definição mais precisa do *jus cogens* levou a que se procurasse encontrar um paliativo num procedimento de resolução de litígios que seja simultaneamente objetivo e vinculativo. Com quatro artigos dedicados aos efeitos de uma violação das normas imperativas – os artigos 44 § 5, 65, 66 e 71²¹ – o objetivo era evitar quaisquer abusos

¹⁹ TIJ, *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar* (Bélgica vs. Senegal), acórdão de 20 de julho de 2012, *ICJ Reports 2012*, § 99 (tradução nossa).

²⁰ Entre várias opiniões dissidentes do juiz Cançado Trindade, ver, em particular: a opinião junta ao acórdão de 2016 sobre as *Obrigações referentes a negociações relativas à cessação da corrida das armas nucleares e ao desarmamento nuclear* (Ilhas Marshall vs. Reino Unido), na qual ele enumera entre as normas de *jus cogens* a proibição arbitrária da vida, a proibição de infligir tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a proibição de causar danos supérfluos, bem como a proibição da ameaça ou do uso de armas nucleares (§§ 186-187); ou ainda a opinião junta ao acórdão de 3 de fevereiro de 2015 sobre a *Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Croácia vs. Sérvia), na qual afirma: “As violações graves dos direitos humanos, os atos de genocídio, os crimes contra a humanidade, entre outras atrocidades, constituem infrações às proibições absolutas do *jus cogens*” (§ 83).

²¹ Enquanto o procedimento a seguir em matéria de nulidade de um tratado é regido pelos artigos 65 e 66, no plano das consequências da nulidade, o artigo 71 coloca o caráter retroativo dos efeitos da invalidade ligada à violação do *jus cogens*, ao passo que o artigo 44, § 5, adota o princípio da indivisibilidade em caso de conflito com as normas imperativas atuais (artigo 53) e, a *contrario*, o princípio da divisibilidade em caso de conflito com normas imperativas emergentes (artigo 64).

que comprometessem a estabilidade dos tratados. Porém, mais uma vez, os limites originais questionam a própria utilidade de tais garantias na esfera convencional (1), enquanto o *jus cogens* produziu efeitos restritos fora dessa esfera (2).

1. Os limites originais do mecanismo de anulação por violação do *jus cogens* na esfera convencional

Em primeiro lugar, existem limites ao nível do processo de resolução de litígios instituído pela CVDT, que não chegou a instaurar um mecanismo objetivo, como teria exigido a lógica da afirmação de uma ordem pública internacional e que, por conseguinte, não exclui os riscos de abusos tão temidos.

Com efeito, o procedimento adotado afasta qualquer automatismo na declaração de nulidade, operando um corte temporal em duas etapas.

Numa primeira etapa, comum a todos os tipos de litígios, a resolução da controvérsia é deixada nas mãos dos Estados. Assim, o artigo 65 prevê a obrigação, para a parte que pretende invocar a nulidade de um tratado, de notificar a sua pretensão às outras partes, indicando-lhes a medida prevista e as suas motivações. A notificação faz correr um prazo que não pode ser inferior a 3 meses. No termo deste prazo, são possíveis duas hipóteses: ou não foi levantada qualquer objeção, caso em que a parte que emitiu a notificação pode tomar a medida proposta; ou foi levantada uma objeção, caso em que as partes no tratado litigioso terão de resolver a controvérsia pacificamente, escolhendo entre os procedimentos reconhecidos pelo direito internacional geral, a saber, aqueles enumerados no artigo 33 da Carta das Nações Unidas, nomeadamente através da negociação, conciliação, arbitragem ou solução judicial²².

Na realidade, este procedimento parece ilusório, pois não oferece qualquer garantia de que um pedido de nulidade será efetivamente submetido a um exame imparcial, uma vez que é meramente indicado às partes os meios de que dispõem sem lhes impor qualquer obrigação de os utilizar. Na prática, um Estado poderia, portanto, libertar-se unilateralmente dos seus compromissos, decidindo subjetivamente sobre a validade de um tratado conforme a sua própria apreciação dos valores mais fundamentais da comunidade internacional.

Em caso de fracasso, numa segunda fase, essa específica às controvérsias envolvendo uma regra imperativa, o diferendo seria submetido à jurisdição de um terceiro, juiz ou árbitro. Assim, o artigo 66 estabelece um processo de solução judicial ou de arbitragem no caso de o litígio não ser resolvido no prazo de 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, nomeadamente, a possibilidade de um recurso unilateral ao TIJ. De acordo com a alínea a) desse artigo, prevê-se que “qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá,

²² Artigo 33 da Carta das Nações Unidas: “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”.

mediante pedido escrito, submetê-la à decisão do Tribunal Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem”²³.

A lógica da criação de um direito de recurso unilateral vai no sentido de que um Estado pode atrair qualquer outro Estado sem que este último tenha necessariamente subscrito uma declaração facultativa de jurisdição obrigatória²⁴, a decisão impondo-se então, com força de caso julgado, aos Estados em causa²⁵.

Todavia, vários Estados partes na CVDT emitiram reservas contra o artigo 66, que foram objeto de objeções. O TIJ, cuja jurisdição permanece baseada no indispensável consentimento dos Estados, teve a oportunidade de recordar a validade de tais reservas no seu acórdão de 2006 sobre as *Atividades armadas no território do Congo (novo requerimento: 2002)*. Nesse caso, a RDC tinha levantado a invalidade da reserva emitida pelo Ruanda ao artigo 66, desenvolvendo o argumento que as reservas não devem estar em contradição direta com normas imperativas nem impedir a aplicação de tais normas. O TIJ considerou, no entanto, indiscutível a validade da reserva ruandesa, afirmando que “o simples facto de direitos e obrigações *erga omnes* ou regras imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) estarem em causa num litígio não pode, por si só, constituir uma exceção ao princípio segundo o qual a sua jurisdição assenta sempre no consentimento das partes”²⁶.

Uma vez que o mecanismo do artigo 66 não constitui uma derrogação ao fundamento consensual da justiça internacional, pode afirma-se, por conseguinte, que o recurso ao TIJ é apenas *relativo*: estabelecido por via convencional, apenas vincula o círculo das partes à CVDT, que ainda está longe de ter sido ratificado por todos os Estados²⁷. Além disso, uma vez que o recurso ao TIJ não é automático, este é apenas *subsidiário*: só pode intervir depois de esgotados os modos de resolução dos litígios previstos no artigo 65.

Para além dos obstáculos à aplicação do artigo 66, coloca-se a questão da própria utilidade do processo de resolução de litígios. Com efeito, entre os exemplos mais citados de regras imperativas estão a proibição da agressão, do genocídio, da tortura, da discriminação racial ou ainda da escravatura. “Tantos exemplos ao mesmo tempo incontestáveis e inúteis, pelo menos no campo em

²³ As prescrições da alínea b) deste artigo referem-se, por seu lado, aos litígios relativos a uma qualquer das causas de nulidade, extinção ou suspensão da aplicação dos tratados outros que o *jus cogens*, prevendo um procedimento de conciliação obrigatório em anexo à CVDT.

²⁴ À data de 31 de maio de 2020, 74 Estados fizeram tal declaração (fonte: <https://www.icj-cij.org>).

²⁵ A Convenção de Viena de 1986 sobre o direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais não deixa dúvidas de que o pedido de um parecer obrigatório para ambas as partes é unilateral, uma vez que não existe uma declaração facultativa de jurisdição obrigatória em matéria de pareceres.

²⁶ TIJ, *Atividades armadas no território do Congo (novo requerimento: 2002)* (RDC vs. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, *ICJ Reports 2006*, § 125. O TIJ já tinha tomado tal posição em 1999, ou seja, antes de qualificar a proibição do genocídio como *ius cogens*. Embora a Jugoslávia tivesse invocado o artigo IX da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948 para fundamentar a competência do TIJ nos casos sobre a *Licitude do uso da força* que a opunham a vários Estados membros da NATO, incluindo os Estados Unidos e a Espanha, o Tribunal declarou perfeitamente válidas as reservas emitidas por estes últimos quanto a este artigo para escapar a um recurso unilateral, o que o levou a arquivar o recurso. Ver: *Licitude do uso da força* (Jugoslávia vs. Estados Unidos), despacho de 2 de junho de 1999, *ICJ Reports 1999*, p. 916; *Licitude do uso da força* (Jugoslávia vs. Espanha), despacho de 2 de junho de 1999, *ICJ Reports 1999*, p. 761.

²⁷ À data de 31 de maio de 2020, a CVDT contava com 45 signatários e 116 partes (fonte: <https://treaties.un.org>). Note-se igualmente que, tal como referido pelo TIJ, as regras do artigo 66 não são de natureza consuetudinária (TIJ, *Atividades armadas no território do Congo (novo requerimento: 2002)* (RDC vs. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, *ICJ Reports 2006*, § 125).

que o artigo 53 pretende desempenhar um papel, na medida em que todos concordam em considerar como altamente improváveis tratados que transgridem essas prescrições”²⁸. Tais exemplos parecem tanto mais “inofensivos”²⁹ ou “desprovidos de interesse prático”³⁰ quanto é difícil imaginar Estados que concluam tratados em violação do direito imperativo, se considerarmos que estes, por sua homologação junto do Secretário-Geral das Nações Unidas³¹, são objeto de publicidade que os expõe à luz do dia.

Esta publicidade dada aos tratados explica que os casos de violações conhecidas permanecerão raros. Se Estados pretenderem celebrar acordos que contradigam normas imperativas, por exemplo com vista à organização de um genocídio ou de uma agressão, não há dúvida de que manterão secretos tais acordos, de modo a não chamar a atenção e a reação da comunidade internacional³².

Além disso, em caso de acordos não registados junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, sendo a sanção a impossibilidade de apresentar o tratado litigioso perante o TIJ, este Tribunal, caso seja intentada uma ação, deveria declarar-se incompetente e, por conseguinte, não teria a possibilidade de proclamar a nulidade absoluta do referido tratado secreto.

No estado atual do direito internacional, é pouco provável que os Estados partes num tratado corram o risco de submeter a questão da sua validade ao juiz ou ao árbitro, não só devido às incertezas em torno do *jus cogens*, mas também porque iniciar o procedimento previsto no artigo 66 equivaleria a confessar ter celebrado um acordo em violação das normas consideradas como as mais essenciais da comunidade internacional³³.

Na ausência de uma *actio popularis* em direito internacional³⁴, é ainda menos provável que os Estados consintam em comparecer perante uma instância jurisdicional a pedido de um Estado

²⁸ Hélène RUIZ FABRI, “L’ordre public en droit international”, in M.-J. REDOR (dir.), *L’ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelas, Bruylant, 2001, p. 89 (tradução nossa).

²⁹ Paul REUTER, *La Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1970, pp. 20-21 (tradução nossa).

³⁰ Charles ROUSSEAU, *Principes généraux de droit international public*, tome I, Paris, Pedone 1944, pp. 341-342 (tradução nossa).

³¹ De acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas: “1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1º deste artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas”.

³² É o caso, nomeadamente, dos acordos de fornecimento de pessoal e de armamentos à NATO para os seus bombardeamentos da Sérvia em 1999, ou ainda dos acordos de apoio concluídos entre vários países e os Estados Unidos com vista à sua intervenção armada no Iraque em 2003. A maior parte destes acordos foram puramente orais.

³³ Na verdade, “sejam quais forem os seus designios e a facilidade com que por vezes transgridem as suas obrigações internacionais, os governos são demasiado sábios para celebrar acordos que demonstrariam o seu desprezo por princípios elevados que professam respeitar” (Georges PERRIN, “La nécessité et les dangers du *jus cogens*”, in C. SWINARSKI (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genebra/Haia, CICV/Nijhoff, 1984, p. 757). Na mesma veia, ver igualmente: Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1980, p. 82; Andreas L. PAULUS, “*Jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal”, *Nordic journal of international law*, vol. 74, 2005, p. 305.

³⁴ Ver, nesse sentido, o acórdão de 1966 nos casos do *Sudoeste Africano* (Etiópia vs. África do Sul; Libéria vs. África do Sul): “the Court, bearing in mind that the rights of the Applicants must be determined by reference to the character of the system said to give rise to them, considers that the ‘necessity’ argument falls to the ground for lack of verisimilitude in the context of the economy and philosophy of that system. Looked at in another way moreover, the argument amounts to a plea that the Court should allow the equivalent of an ‘*actio popularis*’, or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest. But although a

terceiro. A este respeito, as disposições dos artigos 65 e 66 da CVDT não deixam de surpreender, na medida em que restringem a possibilidade de invocar a nulidade apenas às partes no tratado, ou seja, às que são provavelmente as menos interessadas em desencadear tal procedimento. Ora, os interesses comunitários subjacentes ao *jus cogens* exigiriam logicamente que todos os Estados fossem habilitados a obter a declaração de nulidade de um tratado derogatório³⁵.

Apesar da importância dos procedimentos previstos, nunca nenhum teve a oportunidade de funcionar até hoje. O direito imperativo foi invocado apenas uma vez, isso em vão, para anular um tratado na sentença arbitral de 1989 relativa à *Determinação da fronteira marítima entre a Guiné-Bissau e o Senegal*³⁶, enquanto o TIJ nunca foi chamado a proferir uma decisão sobre o direito imperativo, nem *a fortiori* a declarar nulo um tratado derogatório ao *jus cogens*³⁷.

Os limites afetando os procedimentos de resolução de litígios, reforçados pelas ambiguidades da definição do artigo 53 que impedem uma aplicação clara e previsível, explicam a falta de contencioso envolvendo regras imperativas no quadro previsto pela CVDT. É também verdade que, na presença de um tratado que organiza, por exemplo, um genocídio, a sua validade seria considerada como um problema menor em comparação com a gravidade dos atos cometidos para a sua aplicação.

Está-se, portanto, muito longe das apreensões de desordem, ou mesmo de caos na matéria contratual, manifestadas por certos Estados aquando da Conferência de Viena³⁸. A este respeito, é questionável se a matéria convencional é aquela que oferece as maiores potencialidades para a aplicação de um conceito cujo alcance é, na realidade, geral.

2. A identificação jurisprudencial dos efeitos do *jus cogens* fora da esfera convencional

right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the 'general principles of law' referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of its Statute" (§ 88).

³⁵ Durante a Conferência de Viena, os Estados admitiram que o *jus cogens* não obedecia à lógica do modelo da sociedade dos Estados soberanos, sem todavia se aventurarem no terreno das instituições e das estruturas, daí, segundo alguns, um compromisso coxo que esvaziava o reconhecimento do direito imperativo do seu significado, recuperando com uma mão o que tinha sido concedido com a outra. Ver, em particular: Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory norms (jus cogens) in international law. Historical development, criteria, present status*, Helsínquia, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988, pp. 293-296; Bruno SIMMA, "From bilateralism to community interest in international law", *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 288-289; Giorgio GAJA, "*Jus cogens* beyond the Vienna Convention", *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 282-283; Ulrich SCHEUNER, "Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences", *ZaöRV*, vol. 27, 1967, p. 524; André J.J. DE HOOGH, *Obligations erga omnes and international crimes: a theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, Haia, Kluwer, 1996, p. 48; Philippe CAHIER, "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. 688.

³⁶ Texto *in RGDIP*, vol. 94, 1990, pp. 204-275. Note-se que, aquando da primeira referência direta ao *jus cogens* pelo Tribunal IDH, no seu acórdão de 1993 *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*, estava em causa um acordo do século XVIII organizando práticas escravagistas. Neste caso, o Tribunal IDH contenta-se em observar que, mesmo admitindo que tal acordo (celebrado entre uma tribo e um Estado) possa ser qualificado de tratado internacional, este instrumento seria hoje ferido de nulidade, porque contrário ao *jus cogens superveniens* e, por conseguinte, não poderia ser invocado perante os tribunais. Incidentalmente, ela reconhece, portanto, a proibição da escravatura como norma imperativa.

³⁷ Tanto quanto sabemos, nenhum tratado foi declarado nulo por um tribunal internacional, nem com fundamento numa violação do *jus cogens*, nem com qualquer outro fundamento.

³⁸ Ver, em particular, a posição da França durante a Conferência de Viena: A/CONF.39/11/Add.1, p. 217, § 16.

Embora o *jus cogens* só muito raramente tenha sido invocado na perspectiva da validade de um tratado, foi-o mais frequentemente na perspectiva de violações por atos estatais.

Expressa ou implicitamente, o *jus cogens* apareceu em decisões tratando de uma ampla variedade de questões, tais como o direito internacional humanitário³⁹, o uso da força armada⁴⁰, a legalidade das resoluções do Conselho de Segurança⁴¹, o direito do mar⁴², as execuções extrajudiciais⁴³, os desaparecimentos forçados⁴⁴, os crimes contra a humanidade⁴⁵, a escravatura⁴⁶ ou ainda o direito de acesso a um tribunal⁴⁷.

No decurso dos casos submetidos, o juiz internacional teve de identificar as consequências de uma violação fora do colete-de-forças estreito dos tratados para dar ao conceito toda a sua eficácia⁴⁸. Certamente, qualquer norma, imperativa ou dispositiva, proíbe atos contrários, mas a violação de normas consideradas como protegendo interesses fundamentais para a comunidade internacional tem vocação para provocar efeitos específicos.

Tal como uma pintura impressionista, a análise da jurisprudência internacional permite-nos identificar estes efeitos, mesmo que estes continuem a ser limitados – e que, aliás, o possam continuar a ser numa ordem jurídica que permanece essencialmente horizontal.

O caminho para um escopo geral do *jus cogens* foi aberto em 1998 pelo caso *Furundžija*, no qual a proibição da tortura foi qualificada de imperativa pelo TPIY⁴⁹. Nesta ocasião, o Tribunal

³⁹ Ver TIJ: *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares*, parecer consultivo de 8 de julho de 1996, *ICJ Reports 1996*, §§ 21 e 83; *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *ICJ Reports 2004*, § 157.

⁴⁰ Ver TIJ, *Atividades militares e paramilitares dentro e contra a Nicarágua* (Nicarágua vs. Estados Unidos da América), acórdão de 27 de junho de 1986, *ICJ Reports 1986*, § 190.

⁴¹ Ver TPICE, *Yassin Abdullah Kadi vs. Conselho da União Europeia*, caso T-315/01, acórdão de 21 de setembro de 2005, § 230 (“International law permits that there exists one limit to the principle that resolutions of the Security Council have binding effect: namely, they must observe the fundamental peremptory provisions of *jus cogens*. If they fail to do so, however improbable that they may be, they would bind neither the member States of the United Nations, nor in consequence, the Community”).

⁴² Ver TIJ, *Plataforma continental do mar do Norte* (RFA vs. Dinamarca; RFA vs. Holanda), *ICJ Reports 1969*, acórdão de 20 de fevereiro de 1969, § 72.

⁴³ Ver Tribunal IDH, *Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, Série C n° 110, acórdão de 8 de julho de 2004 § 128.

⁴⁴ Ver Tribunal IDH: *Goiburú e outros vs. Paraguai*, Série C n° 153, acórdão de 22 de setembro de 2006, §§ 62 e 84; *García e familiares vs. Guatemala*, Série C n° 258, acórdão de 29 de novembro de 2012, §§ 96 e 131.

⁴⁵ Ver Tribunal IDH: *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, Série C n° 154, acórdão de 26 de setembro de 2006, §§ 99 e 153; *Prisão Miguel Castro Castro vs. Peru*, Série C n° 160, acórdão de 25 de novembro de 2006, § 402.

⁴⁶ Ver Tribunal IDH, *Membros da aldeia de Chichupac e comunidade vizinhas do município de Rabinal vs. Guatemala*, Série C n° 328, acórdão de 30 de novembro de 2016, § 216; *Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Série C n° 318, acórdão de 20 de outubro de 2016, §§ 249 e 413.

⁴⁷ Tribunal Especial para o Líbano, *In the Matter of El Sayed*, caso n° CH/PRES/2010/01, Order of the President Assigning Matter to Pre-Trial Judge, 15 de abril de 2012, § 2829.

⁴⁸ Vários autores sublinharam que seria absurdo e artificial atribuir uma força normativa superior a uma regra sem lhe dar os meios para implementar eficazmente os seus efeitos. Neste sentido, ver, em particular: Pierre-Marie DUPUY, “Le *jus cogens*, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la CIJ près d’un demi-siècle après sa proclamation ?”, in E. CANNIZZARO (ed.), *The present and future of jus cogens*, Roma, Sapienza Università editrice, 2015, pp. 120-121; Alexander ORAKHELASHVILI, “State immunity and international public order”, *German yearbook of international law*, vol. 45, 2002, p. 257; Antonio CASSESE, *Self-determination of peoples: a legal appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 140.

⁴⁹ TPIJ, *Prosecutor vs. Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, acórdão de 10 de dezembro de 1998: “It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*. This prohibition is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture” (144); “The most conspicuous consequence

recordou que a natureza imperativa da proibição da tortura tem consequências específicas em caso de violação. A nível interestadual, priva de validade qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial que autorize ou tolere a prática da tortura ou amnistie os torturadores, devendo tais atos não ser reconhecidos e implicar a responsabilidade do Estado⁵⁰. A nível individual, ou seja, o da responsabilidade penal, baseia a competência universal dos Estados contra os torturadores, qualquer Estado tendo “o direito de investigar, processar e punir ou extraditar indivíduos acusados de tortura, presentes no seu território”⁵¹.

Por razões de concisão, apenas dois domínios serão aqui rapidamente evocados na ótica da jurisprudência do TIJ: o direito da responsabilidade e o direito das imunidades.

Em primeiro lugar, na matéria da responsabilidade internacional dos Estados, o TIJ endossou a codificação levada a cabo nos Artigos da CDI de 2001 sobre a responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Assim, no seu parecer consultivo de 2004 sobre as *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, o Tribunal reconheceu a violação de obrigações *erga omnes* por parte de *Israel*, a saber, “a obrigação de respeitar o direito do povo palestino à autodeterminação, bem como algumas das suas obrigações em virtude do direito internacional humanitário”⁵².

Embora o TIJ não faça apelo ao direito imperativo, a terminologia escolhida para determinar as consequências de tais violações é semelhante à dos Artigos da CDI adotados 3 anos antes relativos às “violações graves de obrigações decorrentes de normas imperativas do direito internacional geral”⁵³.

Tal como consta do artigo 26, o TIJ considera que *Israel* não se pode prevalecer do direito de legítima defesa ou do estado de necessidade como excluindo a ilicitude da construção do muro.

Além disso, tal como consta do artigo 41, o Tribunal considera ainda – “dada a natureza e importância dos direitos e obrigações em causa” – “que todos os Estados são obrigados a não reconhecer a situação ilícita decorrente da construção do muro no território palestino ocupado (...). São também obrigados a não prestar auxílio ou assistência à manutenção da situação criada por esta construção”⁵⁴, obrigações essas que, ao pesarem sobre a comunidade internacional e não sobre o Estado infrator, estão longe de uma responsabilidade “agravada”⁵⁵.

of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force” (§ 153).

⁵⁰ *Ibid.*, § 155.

⁵¹ *Ibid.*, § 156.

⁵² TIJ, *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *ICJ Reports 2004*, § 155.

⁵³ Esta fórmula constitui o título do capítulo III que se encontra na segunda parte do projeto de artigos da Comissão do Direito Internacional relativo à responsabilidade internacional dos Estados, A/CN.4/L.602/Rev.1, 53ª sessão, 26 de julho de 2001.

⁵⁴ TIJ, *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *ICJ Reports 2004*, § 159.

⁵⁵ O Tribunal IDH desenvolveu uma jurisprudência interessante para reprimir o Estado infrator com modalidades que se aproximam de uma responsabilidade agravada. Ver Élisabeth Lambert ABDELGAWAD e Kathia MARTIN-CHENUT (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle*, Paris, Société de Législation Comparée, 2010.

Em seguida, em matéria de imunidades, continua a ser debatida a questão de saber se a violação das normas imperativas pode invalidar a imunidade de que um Estado ou os seus órgãos se podem prevaler ao abrigo do direito internacional⁵⁶. É certo que, tratando-se de normas dispositivas, nada impede que um Estado renuncie expressamente à sua imunidade soberana por ocasião de um processo ou tornando-se parte num tratado reduzindo o seu alcance⁵⁷. Porém a interrogação que se coloca em direito internacional costumeiro é a de saber se um Estado ou os seus órgãos permanecem ao abrigo de qualquer processo judicial e de execução quando são acusados de terem violado normas imperativas⁵⁸.

A esta questão, a resposta do Tribunal é muito prudente, tendo o cuidado de distinguir as regras substanciais do *jus cogens* das regras processuais da imunidade.

Em 2002, no caso do *Mandado de detenção de 11 de abril de 2000* (RDC vs. Bélgica), tratava-se da questão da emissão pelo juiz belga de um mandado de detenção contra o ministro dos Negócios Estrangeiros em exercício do Congo. Este era acusado de ter cometido crimes de guerra e crimes contra a humanidade que, segundo a lei belga, permitiam a perseguição do arguido com base na competência universal.

No caso em apreço, o TIJ observou (contrariamente ao que alegava a Bélgica) que: “Não consegui deduzir [da] prática a existência, em direito internacional costumeiro, de uma qualquer exceção à regra que consagra a imunidade de jurisdição penal e a inviolabilidade dos ministros dos Negócios Estrangeiros em exercício, quando são suspeitos de terem cometido crimes de guerra ou crimes contra a humanidade”⁵⁹.

⁵⁶ Enquanto alguns defendem, em virtude do princípio *ubi jus ibi remedium*, que a imperatividade da norma substancial violada implicaria automaticamente a imperatividade da norma processual dela decorrente, a fim de que o Estado não esteja assegurado de uma impunidade total (Lorna MCGREGOR, “Torture and State immunity”, *European journal of international law*, vol. 18, 2007, pp. 906-912; Carlos ESPÓSITO, “*Jus cogens* and jurisdictional immunities of States at the International Court of Justice: ‘a conflict does exist’”, *Italian yearbook of international law*, vol. 21, 2011, pp. 161-174; opinião dissidente da juíza *ad hoc* Van den Wyngaert em TIJ, *Mandado de detenção de 11 de abril de 2000* (RDC vs. Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, *ICJ Reports 2002*, § 36), outros invocam a existência de vários remédios em direito internacional, tais como a repressão penal ou a proteção diplomática, a fim de dissociar o direito de acesso à justiça da natureza da norma violada (Hazel Fox, *The law of State immunity*, Oxford, OUP, 2008, p. 141; Carlo FOCARELLI, “Immunité des États et *jus cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l’immunité juridictionnelle des États étrangers”, *RGDIP*, vol. 112, 2008, p. 764). Embora um projeto de artigos sobre a imunidade da jurisdição penal estrangeira dos representantes do Estado esteja atualmente em debate no seio da CDI, a Convenção sobre as imunidades jurisdicionais dos Estados e seus bens, adotada pela Assembleia Geral em 2004, não prevê qualquer exceção no caso de violações de normas imperativas.

⁵⁷ Alguns tratados especificam a irrelevância da posição oficial do agente que cometeu o ato: Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, artigo VI; Estatuto do TPIJ de 1993, artigo 7; Estatuto do TPIR de 1994, artigo 6; Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa de 2002, artigo 6; Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998, artigo 27 sobre a “Irrelevância da qualidade oficial” (“As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”, § 2). Outros tratados implicam a renúncia à imunidade: Convenção contra a tortura de 1984, artigos 1 e 7; Convenções de Genebra de 1949, artigos 49/50/129/146.

⁵⁸ Este problema ocorreu principalmente no caso de violações do direito internacional dos direitos humanos, perante instâncias nacionais e internacionais, no decurso de processos tanto civis como penais. Embora não exista jurisprudência homogênea nesta matéria, tendo algumas jurisdições rejeitado que os crimes internacionais possam ser considerados como atos *de jure imperii*, a maior parte concluiu que não existia, de momento, exceções à regra geral da imunidade decorrentes da violação de normas imperativas.

⁵⁹ TIJ, *Mandado de detenção de 11 de abril de 2000* (RDC vs. Bélgica), acórdão de 14 de fevereiro de 2002, *ICJ Reports 2002*, § 58.

O Tribunal sublinhou, no entanto, que “a imunidade de jurisdição de que goza um ministro dos Negócios Estrangeiros em exercício não significa que beneficie de impunidade pelos crimes que poderia ter cometido, independentemente da sua gravidade. Imunidade de jurisdição penal e responsabilidade penal individual são conceitos claramente distintos. Enquanto a imunidade de jurisdição tem carácter processual, a responsabilidade penal incide sobre o fundo do direito. A imunidade de jurisdição pode certamente constituir um obstáculo à instauração de processos por um determinado período ou por determinadas infrações; não pode absolver a pessoa que dela beneficia de qualquer responsabilidade penal”⁶⁰.

Em 2012, no caso das *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália), o TIJ voltou a demonstrar o seu apego ao princípio da imunidade.

Neste caso, os Tribunais de Cassação grego e italiano haviam aceitado ações civis para reparação de crimes cometidos pelos Nazis do Terceiro Reich alemão durante a Segunda Guerra Mundial. Com base na importância substancial das normas violadas, os juízes nacionais consideraram que estes crimes não estavam abrangidos por imunidades soberanas⁶¹. Os crimes internacionais em causa eram violações graves de regras imperativas que não podiam ser qualificadas de atos soberanos *de jure imperii*, pois essas infrações são consideradas contrárias aos valores universais partilhados pela comunidade internacional no seu conjunto. Recorde-se que, em ambos os casos, os crimes tinham sido cometidos no Estado do foro, o que permitiu aos juízes nacionais presumir a existência de uma exceção consuetudinária às imunidades soberanas, nas circunstâncias em que o Estado do foro é o mesmo que aquele em cujo território ocorreu a conduta ilícita.

Em 2008, a Alemanha solicitou ao TIJ que declarasse que a Itália não tinha respeitado a sua imunidade de jurisdição ao abrigo do direito internacional, ao permitir que fossem intentadas ações civis contra ela perante os tribunais italianos e ao tomar medidas de execução forçada contra uma propriedade do Estado alemão localizada no território italiano, bem como ao declarar executórias em Itália condenações civis proferidas por tribunais gregos contra a Alemanha por factos semelhantes aqueles que tinham dado origem às ações interpostas nos tribunais italianos.

⁶⁰ *Ibid.*, § 60. O TIJ fornece sobre este ponto importantes precisões: “the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances. First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries’ courts in accordance with the relevant rules of domestic law. Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity. Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity. Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention” (§ 61).

⁶¹ Ver a este respeito: Ilias BANTEKAS, “*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, case n° 137/1997”, *American journal of international law*, vol. 92, 1998, pp. 765-768; Ilias BANTEKAS e Maria GAVOUNELI, “*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, case n° 11/2000”, *American journal of international law*, vol. 95, 2001, pp. 198-204; Massimo IOVANE, “The *Ferrini* judgement of the Italian Supreme Court: opening up domestic courts to claims of reparation for victims of serious violations of human rights”, *Italian yearbook of international law*, vol. 14, 2004, pp. 165-193; Pasquale DE SENA e Francesca DE VITTOR, “State immunity and human rights: the Italian Supreme Court decision on the *Ferrini* Case”, *European journal of international law*, vol. 16, 2005, pp. 89-112.

Neste caso, o TIJ considerou que a recusa dos tribunais italianos em reconhecer a imunidade à Alemanha constituía um incumprimento por parte da Itália das suas obrigações internacionais. Segundo o Tribunal, no estado atual do direito internacional costumeiro, não existe qualquer conflito entre uma regra imperativa (substantiva) e a regra consuetudinária (processual) que exige que um Estado conceda imunidade a outro. Por outras palavras, um Estado não é privado de imunidade apenas porque é acusado de violações graves dos direitos humanos ou do direito internacional humanitário: “Supondo, para efeitos da presente análise, que as regras do direito dos conflitos armados que proíbem matar civis em território ocupado ou deportar civis ou prisioneiros de guerra para trabalhos forçados sejam normas de *jus cogens*, estas regras não entram em conflito com as que regem a imunidade do Estado. Estas duas categorias de regras, com efeito, dizem respeito a questões distintas. As que regem a imunidade do Estado são de natureza processual e limitam-se a determinar se os tribunais de um Estado têm legitimidade para exercer a sua jurisdição em relação a outro. Não têm qualquer incidência sobre a questão de saber se o comportamento em relação ao qual as ações foram intentadas era lícito ou ilícito”⁶².

Ao dissociar as regras substantivas e as regras processuais, o Tribunal insiste no facto de que conceder a imunidade a um Estado estrangeiro, em conformidade com o direito internacional costumeiro, não equivale nem a uma derrogação ao *jus cogens*, e portanto não contradiz a CVDT, nem a julgar lícita uma situação criada pela violação de uma regra imperativa ou a prestar auxílio ou assistência à manutenção dessa situação, e portanto também não contradiz os Artigos da CDI sobre a responsabilidade do Estado⁶³.

Consequentemente, resulta da jurisprudência que a consagração do *jus cogens* na CVDT não teve prolongamentos automáticos no plano das regras processuais: a imperatividade de uma norma não a dota sistematicamente de efeitos processuais e não serviu “nem para reverter o princípio do consentimento à jurisdição do Tribunal, nem para afastar as doutrinas bem estabelecidas do direito internacional”⁶⁴.

⁶² TIJ, *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália; Grécia (interveniente)), acórdão de 3 de fevereiro de 2012, *ICJ Reports 2012*, § 93.

⁶³ *Idem*. A opinião dissidente do juiz Cançado Trindade é particularmente crítica em relação à moderação demonstrada aqui pelo TIJ. Ele insiste no facto de as imunidades do Estado são passarem de uma prerrogativa ou de um privilégio. Ora, “there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities” (§ 297). E acrescentou: “*Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity” (§ 299).

⁶⁴ TIJ, *Atividades armadas no território do Congo (novo requerimento: 2002)* (RDC vs. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, opinião individual do juiz *ad hoc* Dugard “the Court, in the present instance, has rightly held that although norms of *jus cogens* are to be recognized by the Court, and presumably to be invoked by the Court in future in the exercise of its judicial function, there are limits to be placed on the role of *jus cogens*. The request to overthrow the principle of consent as the basis for its jurisdiction goes beyond these limits” (§ 14).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta breve análise revela que as normas imperativas não foram um simples efeito de moda. Não ficaram inaplicadas desde 1969, o que desmente a previsão de Ian Brownlie, segundo a qual o *jus cogens* seria um veículo que raramente sai da garagem⁶⁵. Pelo contrário, o *jus cogens* saiu fora da garagem e segue hoje novas rotas onde a inderrogabilidade que provoca a nulidade do tratado contrário parece acessória em relação ao potencial, ainda subexplorado, dos efeitos desta noção fora da esfera convencional, efeitos que certamente permanecerão marcados pela dicotomia entre voluntarismo e objetivismo que atravessa o direito internacional.

⁶⁵ Ian BROWNLIE, "Comments", in A. CASSESE e J.H.H. WEILER, *Change and stability in international law-making*, Berlim/Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1988, p. 110.