

JUS COGENS PRO HOMINE

JUS COGENS PRO HOMINE

Miguel Ângelo Marques¹

Resumo: O presente artigo irá analisar uma categoria especial de direitos humanos: o *jus cogens pro homine*. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, foi realizado com base na pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método indutivo.

Palavras-chave: Direito Internacional - Direitos Humanos - *Jus cogens pro homine* ou *pro persona*.

Abstract: *This paper will examine a special category of human rights: jus cogens pro homine. Since this is a descriptive and exploratory study, it has been performed on the basis of historical and bibliographical research and using the inductive method.*

Keywords: *International Law - Human Rights - Jus Cogens Pro Homine or pro persona.*

Sumário: INTRODUÇÃO – 1 CLASSIFICAÇÃO DO *JUS COGENS INTERNACIONAL* – 2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – 3 *JUS COGENS PRO PERSONA HUMANA OU PRO HOMINE* – 3.1 CRÍTICA – 3.2 ABRANGÊNCIA DO *JUS COGENS PRO HOMINE* – 4 CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No final da década de 1960, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas² encarregada de normatizar o direito dos tratados, depois de um longo período de discussões³ explicitou o conceito de *jus cogens*:

¹Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Paulista (UNIP).

² V. Audiovisual Library of International Law. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³ Em 1966, após a conclusão dos trabalhos a CDI recomendou à Assembleia Geral das Nações Unidas a convocação de uma conferência internacional para aprovação o texto final. Dois anos depois, em 21 de maio de 1968, foi finalmente realizada a primeira sessão da Conferência diplomática convocada pelas Nações Unidas visando a aprovação do projeto de Convenção sobre Direito dos Tratados. Nesta ocasião, o artigo 53 (então artigo 50), que continha o conceito de norma imperativa de direito internacional geral, obteve 72 votos a favor, 3 contra e 18 abstenções. Na segunda sessão, em 12 de maio de 1969, o mesmo dispositivo obteve 87 votos a favor, 8 contra e 12 abstenções. Os 8 Estados que se manifestaram contrários à adoção do *jus cogens* internacional foram: a Austrália, a Bélgica, França, Liechtenstein, Luxemburgo, Mônaco, Suíça e Turquia.

“Art. 53 (...) 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”.

Essa definição contida nas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (1969 e 1986), transcendeu o campo do direito dos tratados⁴ e, atualmente, está na raiz do DI contemporâneo.

Entre as muitas discussões que recaem sobre o tema insere-se abrangência das normas imperativas no campo dos direitos humanos, perspectiva dentro da qual identificamos o *jus cogens pro homine* ou *pro persona*.

1 CLASSIFICAÇÃO DO *JUS COGENS* INTERNACIONAL

Não há consenso doutrinário acerca do escopo de atuação do *jus cogens* internacional.

Para alguns (CAICEDO⁵, ROBLEDO⁶ E BRITO⁷), as normas imperativas de direito internacional, insertas em cinco grandes grupos, estariam relacionadas: a) Aos *direitos soberanos dos Estados e dos povos*, perspectiva dentro da qual se incluiria, a título de exemplo, os preceitos de igualdade, integridade territorial, livre determinação dos povos; b) À *manutenção da paz e da segurança internacionais*, o que abrangeria, exemplificativamente, a proibição da ameaça ou do uso da força, a resolução pacífica dos conflitos e os princípios relativos ao direito diplomático e consular; c) À *liberdade da vontade contratual e à inviolabilidade dos tratados*, ponto dentro do qual estão inseridos o *pacta sunt servanda*, o princípio da boa-fé e, segundo Brito, o *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*; d) Ao *uso do espaço terrestre e ultraterrestre pertencente à comunidade internacional*, o que envolveria, as liberdades fundamentais do alto mar (patrimônio comum da humanidade), espaço extra-atmosférico, etc. e e) Aos *direitos dos homens*, tais como a vedação ao tráfico de escravos e de mulheres, ao genocídio e a tortura; o respeito ao direito

⁴ V. FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

⁵ PERDOMO, Caicedo J. *La Teoría del Jus Cogens en Derecho Internacional a la Luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, enero-jun. 1975, p. 261-274 Citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El Jus Cogens Internacional, Estudio histórico-crítico*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. P. 156 e 158.

⁶ GÓMEZ ROBLEDO, Ob. Cit. P. 160.

⁷ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 220.

de asilo, a liberdade de reunião e de religião; a igualdade de direitos; a vedação a discriminação racial (apartheid), etc.

Para outros (NAHLIK e RIPOLL⁸), no entanto, as normas *iuris cogentes* envolveriam uma tríade composta pelos: a) *Interesses e valores da comunidade internacional*, como a proibição do uso e da ameaça da força, a manutenção da paz, a repressão à pirataria e às liberdades fundamentais do alto mar, etc; b) *Interesses e direitos fundamentais de cada Estado* (considerado individualmente e nas suas relações recíprocas), enquanto membros da comunidade internacional, como, v. g., o princípio da igualdade soberana dos Estados, a autodeterminação dos povos, e o princípio da não intervenção; e c) *Direitos fundamentais da pessoa humana* tais como as normas proibitivas da escravidão e do tráfico de escravos, do genocídio etc.

Há, ainda, quem resuma as normas imperativas de direito internacional Geral a dois grandes grupos: um voltado diretamente aos *Estados*, como àquelas contidas em determinadas provisões da Carta da ONU, tais como paz e segurança mundiais, interesses essenciais da comunidade internacional, prescrição do uso ou ameaça da força, direitos espaciais (terrestre, aéreo, do mar, soberania sobre recursos naturais), direitos vitais dos Estados (direito diplomático, liberdade contratual, inviolabilidade dos tratados); e outro contendo *regras relacionadas à dignidade dos indivíduos*, como os direitos inerentes à pessoa humana, individualmente, e aos povos, coletivamente⁹.

Entendemos que o *jus cogens* envolve um conjunto de normas situadas no topo da hierarquia das fontes do direito internacional contemporâneo¹⁰ (ideia dentro da qual Dominique Carreau¹¹ cunhou a expressão *supralegalidade internacional*) e que abrange: a *Comunidade Internacional*, os *Estados* e, fundamentalmente, à *proteção da pessoa humana*.

Com relação à *comunidade internacional*, as normas imperativas estariam voltadas, precipuamente, à manutenção da paz e segurança internacionais.

⁸ NAHLIK, Stanislaw E., *Ius cogens and the codified law of treaties*, Temis, 1973-1974, núms. 33-36, p. 85-111; PUCEIRO RIPOLL, R., *Desarrollos actuales del ius cogens*”, *Revista uruguaya de derecho internacional*, núm. 3, 1974, p. 70. Citados por GÓMEZ ROBLEDO, Ob. Cit. P. 156 e 158.

⁹ V. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 102.

¹⁰ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. 11. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015. p. 277; CASSESE, *Diritto Internazionale*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 221; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 185; FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.

¹¹ A supralegalidade internacional idealizada por Carreau envolve duas áreas do direito internacional contemporâneo: a manutenção da paz e o *jus cogens*. Dominique Carreau, Jahyr, Philippe Bichara. *Direito Internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P 106.

No que tange aos *Estados*, as normas imperativas, contidas em instrumentos como a Carta das Nações Unidas, de 1945, envolvem, entre outras coisas, temas como a igualdade soberana dos Estados; direitos espaciais: terrestre, aéreo, do mar; soberania sobre recursos naturais etc.

Já no que se refere à proteção dos indivíduos, as normas cogentes (doravante denominadas de *jus cogens pro persona humana ou pro homine*), estão situadas no campo dos direitos humanos.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O voluntarismo estatal ilimitado, pautado na concepção clássica de soberania possibilitou incontáveis violações aos direitos da pessoa humana, sobretudo durante a Segunda Grande Guerra¹².

“O direito internacional tradicional, vigente no início do século, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado, que se refletia na permissividade do recurso à guerra, da celebração de tratados desiguais, da diplomacia secreta, da manutenção de colônias e protetorados e de zonas de influência”¹³.

A mudança de paradigma inicia-se em meados do século passado¹⁴, momento a partir do qual os direitos humanos passam a ser regidos por um *sistema universal* de proteção.

“Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de

¹² Atualmente, a soberania não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependendo da ordem jurídica internacional. Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o DI qualquer outra coletividade de permeio. E assim sujeito de DI com capacidade plena o Estado que tem a “competência da competência” na linguagem dos autores alemães. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1, p. 314.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 110.

¹⁴ Sinais de mudança de paradigma sobre a Escola Voluntarista de Direito Internacional emergiram após as experiências do nazismo e da Segunda Guerra Mundial. Em 1937, ALFRED VERDROSS escreveu um artigo sobre Hitler sob o título “Tratados Proibidos pelo Direito Internacional. FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207.

11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana. Para Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” (grifamos)¹⁵.

Nessa nova fase, o então modelo clássico de direito internacional, com a inserção das normas *iuris cogens* no texto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, sofre, pela primeira vez na história, uma mitigação importante na liberdade de pactuação do Estados¹⁶.

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

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

(...)

Jus cogens, portanto, está inserido dentro das mudanças que vêm ocorrendo em todo o direito internacional. Não nos parece que ele anula totalmente o elemento do consentimento do Estado, apenas o relativiza e o coloca ao lado da vontade dos outros Estados, formando uma nova consciência: da comunidade internacional. Por isso o artigo 53 da CVDT prevê que a norma imperativa de direito internacional geral é a “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”¹⁷.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

¹⁶ A regra *pacta sunt servanda* aparece, assim, como uma norma do direito dos tratados, e não como uma norma de *jus cogens*. O mesmo pode ser dito em relação ao princípio de boa-fé: este é inerente à sociedade internacional e à estabilidade das relações jurídicas entre seus membros. Dominique Carreau, Jahyr, Philippe Bichara. *Direito Internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P 116-117.

¹⁷ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168-169.

Assim, apesar a produção de um tratado internacional de direitos humanos orientar-se, em linhas gerais, pelas regras estabelecidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, não podemos olvidar que sobre esses instrumentos incidem regras e princípios específicos¹⁸.

“(…) afirmamos que os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes. Seu objetivo é a proteção dos direitos humanos, gerando para isso uma ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo. Com isso, a noção contratualista, comum ao Direito dos Tratados, não se aplica aos tratados institutivos de garantias de direitos humanos”¹⁹.

Talvez, por isso, parcela da doutrina, passou a advogar a tese segundo a qual o direito internacional dos direitos humanos estaria inserido em um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea:

“Ao final de mais de meio século de extraordinária evolução do presente domínio de proteção, **o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria.** Sua fonte material *par excellence*, como da evolução de todo o Direito, é, em última análise – estamos firmemente convencidos – a consciência jurídica universal. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional” (grifamos)²⁰.

Dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que no contexto atual os Estados, ainda que amparados pelo manto da soberania, já não são mais livres para pactuar entre si acordos que violem valores essenciais preconizados pela sociedade internacional²¹.

¹⁸ Os tratados de direitos humanos são claramente distintos dos tratados do tipo clássico, que estabelecem ou regulamentam direitos subjetivos, ou concessões ou vantagens recíprocas, para as Partes Contratantes. Os tratados de direitos humanos, em contrapartida, prescrevem *obrigações de caráter essencialmente objetivo*, a serem garantidas ou implementadas coletivamente, e enfatizam a predominância de considerações de interesse geral ou *ordre public* que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes. A natureza especial dos tratados de direitos humanos tem incidência como não poderia deixar de ser, em seu processo de interpretação. Tais tratados, efetivamente, – tal como têm advertido as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, – não são interpretados à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, mas sim na busca da realização do propósito último da proteção dos direitos fundamentais do ser humano. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II. p. 29-30

¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37.

²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. v. I. p. 38.

²¹ [...] a existência de valores essenciais indica a adoção de um paradigma objetivista nas relações internacionais, voltado ao bem comum de uma *civitas maxima*. Afastou-se do paradigma *voluntarista* do

“(…) um acordo concluído por um Estado que permita a outro Estado deter e revistar os seus navios no alto mar é válido; porém, é nulo o acordo celebrado com um Estado vizinho para realizar uma operação conjunta contra um grupo racial que se encontra na zona de fronteira entre os dois Estados, e que, se executado, constituiria um genocídio, uma vez que a proibição com a qual o tratado é incompatível é uma regra de *jus cogens*”²².

Com efeito, a especificidade do direito das gentes, para além de gerar uma mitigação à noção contratualista clássica, impõe, inelutavelmente, uma releitura de alguns institutos incidentes sobre a teoria geral dos tratados (como *v.g.* as reservas e as denúncias) que podem, eventualmente, restringir o alcance e eficácia das normas internacionais de proteção aos seres humanos.

“(…) a especificidade dos tratados de direitos humanos tem incidência não só nas regras de interpretação dos mesmos, mas também em outras normas e procedimentos do direito dos tratados, – a exemplo das atinentes à terminação de tratados ou suspensão de sua operação, à denúncia de tratados, e às reservas aos tratados, no presente contexto da proteção dos direitos humanos. O reconhecimento daquela especificidade tem em muito contribuído para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A interpretação dos tratados de direitos humanos dá efetivamente mostras da autonomia deste novo *corpus juris*, e tem contribuído à evolução constante do mesmo”²³.

No que tange *as reservas*, a doutrina²⁴ e a comunidade internacional²⁵ há muito vêm condenando a sua aplicação quando esta tiver o potencial de mitigar o direito das gentes.

“(…) pode-se afirmar que a norma de *jus cogens* não está sujeito a reserva”²⁶.

Direito Internacional, que não valora interesses e aceita tudo aquilo determinado pela última manifestação de vontade dos Estados, típico do realismo das relações internacionais. Ficou imposto, então, poderoso limite ao *pacta sunt servanda*, devendo a vontade do Estado se submeter aos valores essenciais da comunidade internacional comum todo. RAMOS, André de Carvalho. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 452.

²² BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 538.

²³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II. p. 34-35.

²⁴ V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 61; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II. p. 155-157.; MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público: Uma Visão Sistêmica do Direito Internacional dos Nossos Dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 79; CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 266-267.

²⁵ V. A discussão travada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CASO 12.285 – MICHAEL DOMINGUES vs. ESTADOS UNIDOS) envolvendo a reserva ao art. 6.5 do PIDCP, de 1966 (que veda a condenação à pena de morte as pessoas menores de 18 anos), apresentada pelos EUA, que gerou grande repercussão internacional; V. também: CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application N° 10328/83: Belilos vs. Switzerland, Judgement of 29 April 1988.

²⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1, p. 212.

O mesmo raciocínio pode ser empregado em relação às *denúncias*. *In casu*, os tratados que contemplam normas *jus cogens pro homine*, ainda que contenham cláusula de retirada inserta no corpo do instrumento não poderão ser denunciados, já que estas normas se petrificam (em razão do princípio da vedação ao retrocesso), como um núcleo duro do sistema internacional de proteção à pessoa humana.

“(…) não se poderia inferir a possibilidade de que, uma vez afirmados, alcançados e defendidos, pudessem vir a ser, num momento subsequente, negados e esquecidos.

Este princípio, na medida em que elevado à categoria de direito internacional cogente (*jus cogens*), inviabiliza até mesmo a expressa previsão de denúncia, contida em tratado sobre direitos humanos, que deve, assim, ser tida por inválida, já que, como assinala o artigo 53 da Convenção sobre Direito dos Tratados, “é nulo um tratado que, na época de sua conclusão, esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral”, que é definido pela Convenção como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional”, também cogente.

Assim, seria irrelevante a previsão de denúncia contida em vários tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁷.

Neste novo cenário, as normas *iuris cogentis* cumprem uma função extremamente relevante, já que se apresentam como um mínimo ético insuperável a ser respeitado e observado por todos os sujeitos de direito internacional.

3 *JUS COGENS PRO PERSONA HUMANA OU PRO HOMINE*

3.1 CRÍTICA

Os direitos humanos, como analisado, integram um dos aspectos do *jus cogens* internacional²⁸.

“Os direitos humanos permeiam as relações de toda natureza e devem ser preservados a qualquer custo, erigindo-os genericamente à categoria de *jus cogens*”²⁹.

²⁷ BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 158-159.

²⁸ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 187; GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 176.

²⁹ FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312.

Porém, entre as críticas que recaem sobre o instituto está a ausência de um rol normativo de referência.

“A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) foi omissa na determinação do rol de normas pertencentes *ao jus cogens*. A CDI, nos seus trabalhos, apontou alguns exemplos, como a proibição do uso da força, determinadas violações de direitos humanos e crimes internacionais, mas preferiu excluir do texto aprovado qualquer rol de normas cogentes”³⁰.

Nos trabalhos preparatórios da Convenção sobre Direito dos Tratados de 1969, conduzidos por Humphrey Waldock, alguns membros da CDI de 1963, chegaram a sugerir a sua inclusão:

“(…) parece conveniente indicar, a modo de ejemplos, algunos de los tipos más notables de tratados que se consideran nulos por su incompatibilidad con una norma de *jus cogens*. El párrafo 2 enuncia en consecuencia tres casos. El primero — uso ilícito de la fuerza — apenas si necesita ninguna explicación; se reconoce en general que los principios enunciados en la Carta expresan no solamente las obligaciones de los Miembros de las Naciones Unidas sino también las reglas generales del derecho internacional que rigen en la actualidad el uso de la fuerza. El segundo tampoco requiere explicación: si en un tratado se prevé la ejecución de un acto delictuoso conforme al derecho internacional, su objeto es evidentemente ilícito. El tercer caso parece ser también evidente. Cuando el derecho internacional, como en los casos de trata de esclavos, piratería, y genocidio, impone a todos los Estados la obligación general de contribuir a la eliminación y sanción de determinados actos, todo tratado que prevea o tolere su comisión debe claramente ser tachado de ilícito. Pero estos ejemplos no agotan toda la materia; las palabras «en particular» al comienzo del párrafo indican que se trata sencillamente de aplicaciones concretas del principio conforme al cual la infracción de una norma de *jus cogens* hace que el tratado sea nulo” (grifamos)³¹.

“Algunos miembros de la Comisión estimaron que tal vez convendría señalar, a título de ejemplo, algunas de las más evidentes y arraigadas normas de *jus cogens* para indicar el carácter y alcance general de la norma enunciada en el artículo. Los ejemplos sugeridos de tratados incompatibles con tales normas comprendían: a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional, y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar. Otros miembros opinaron que, en caso de citarse ejemplos, no convendría dar la impresión de limitar el alcance del artículo a los casos en que se trata de actos que constituyen

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

³¹ NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 13 – comentario nº 4, p. 61); La consagración de obligaciones *erga omnes* de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*: Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2017.

delitos según el derecho internacional; también se citaron como posibles ejemplos los tratados que violen derechos humanos o el principio de la libre determinación” (grifamos)³².

Todavía, essa ideia foi rechaçada, pela própria comissão³³, por duas grandes razões: a) para evitar graves omissões e/ou erros de interpretações; e b) para não postergar, em demasia, a aprovação do texto convencional, já que a inserção de um rol iria demandar um profundo trabalho de pesquisa³⁴.

3.2 ABRANGÊNCIA DO *JUS COGENS PRO HOMINE*

Indaga-se, nesse ponto, se as normas de *jus cogens pro homine* abrangeriam *todas* as normas de proteção à pessoa humana ou apenas parte delas. Não obstante haver entendimento em sentido contrário entendemos que apenas certos direitos, que contemplem valores essenciais à *pessoa humana*³⁵ integram essa a categoria especial de direitos³⁶.

Diante da lacuna normativa e sem prejuízo da previsão contida em outros instrumentos internacionais³⁷, *sugerimos como rol (positivado) de referência* (meramente

³² NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 37 – comentário nº 3, p. 232).

³³ NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 37 – comentário nº 3, p. 232).

³⁴ V. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146; REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant loBlanch, 2010. p. 232.

³⁵ Tendo em vista que os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do *jus cogens*, é razoável admitir a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

³⁶ Da nossa parte, pensamos que, a bem da necessária democratização da Comunidade Internacional, agora reforçada com a adesão de alguns Estados do leste europeu à Declaração Universal de 1948, deve entender-se que já pertencem ao *jus cogens* pelo menos os mais importantes dos direitos e das liberdades consagrados naquela Declaração e nos Pactos de 1966 e que não façam parte do Direito consuetudinário geral, como é o caso dos direitos à vida, à propriedade privada, à liberdade, à constituição da família, e das liberdades de expressão do pensamento, de reunião, de associação, a liberdade de circulação, e alguns outros. Entretanto, deve alargar-se crescentemente o âmbito do Direito Internacional imperativo de âmbito geral a todos os direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração Universal e pelos Pactos de 1966, sem embargo de se consolidarem os vários conjuntos de *jus cogens* regional, formados em torno de convenções regionais sobre Direitos do Homem. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. 11. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015. p. 283-284.

³⁷ Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950); Declaração sobre Direitos da Criança (1959); Declaração sobre a Eliminação de Qualquer Forma de Discriminação Racial (1963); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Declaração sobre a Eliminação da Discriminação a Respeito da Mulher (1967); Convenção sobre Genocídio (1948); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Convenção para a Supressão e Punição do Crime de “Apartheid” de 1973; os Acordos de Helsinque (1975); e a Carta dos Povos Africanos e Direitos Humanos (1981); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); a Declaração e Programa de Ação de Direitos Humanos da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos da ONU (1993); o Estatuto de Roma do TPI (1998).

exemplificativo), o núcleo duro, contido no art. 4.1 do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e aprovado no Brasil pelo Decreto legislativo nº 226, de 12/12/1991 e pelo Decreto presidencial nº 592, de 06/07/1992) *que impede a suspensão de algumas normas de proteção à pessoa humana* como o direito à vida; à liberdade; o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano; à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; que vedam a tortura, a escravidão, a servidão, a prisão civil por dívidas, a pena de morte a pessoas menores de 18 anos e a mulheres em estado de gravidez.

Complementarmente não podemos deixar de mencionar alguns precedentes internacionais importantes: vedação à discriminação racial (*apartheid*)³⁸; vida humana³⁹; vedação à tortura⁴⁰; igualdade e não discriminação⁴¹; acesso à justiça⁴²; proibição da escravidão e de práticas similares⁴³.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto restou claro que o escopo de atuação das normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) está circunscrito a três grandes grupos: um relacionado à Comunidade Internacional, outro voltado aos Estados e um terceiro destinado, essencialmente, à proteção dos indivíduos.

Fica nítido, portanto, que o direito das gentes envolve apenas um dos aspectos do *jus cogens* internacional. É exatamente esse último grupo de normas imperativas que denominamos de *jus cogens pro persona humana* ou *pro homine*.

³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia vs. South Africa): Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre 1999.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Martiza Urrutia vs. Guatemala: Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Voto concurrente del juez A. A. Cañado Trindade, par. 1. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile: Sentencia de 26 de septiembre de 2006, par. 18 e 19. Voto razonado del juez A. A. Cañado Trindade. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 08 fev. 2017.

Dentro desse campo específico do *jus cogens* internacional (direitos humanos) discute-se, em razão da ausência de um rol normativo de referência, quais seriam os valores abrangidos pelo *jus cogens pro homine*.

Nesse ponto, a doutrina é claudicante. Para alguns todas as normas de proteção à pessoa humana seriam imperativas. *Data maxima venia*, não concordamos com essa linha de pensamento. Com efeito, entendemos que apenas àqueles direitos, considerados mais essenciais à *pessoa humana*, integram a categoria de *jus cogens pro persona*.

Sendo assim, inserem-se, indiscutivelmente, nessa concepção (sem prejuízo da previsão contida em outros instrumentos) o direito à vida; à liberdade; à igualdade e à não discriminação; o acesso à justiça; o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano; à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a vedação ao genocídio, à tortura, à escravidão, à servidão e outras práticas similares, ao tráfico de escravos, à prisão civil por dívidas, à pena de morte a pessoas menores de 18 anos e a mulheres em estado de gravidez; e à discriminação racial (*apartheid*).

Essa categoria especial de direitos humanos é o espelho do novo direito internacional. Um direito baseado em valores, que aceita hierarquia e que reconhece o ser humano como destinatário final de toda e qualquer norma jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CASSESE, *Diritto Internazionale*. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 2013.

DOMINIQUE CARREAU; JAHYR, Philippe Bichara. **Direito Internacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El Ius Cogens International, Estudio histórico-crítico*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público: Uma Visão Sistêmica do Direito Internacional dos Nossos Dias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAHLIK, Stanislaw E., *Ius cogens and the codified law of treaties*, Temis, 1973-1974, núms. 33-36.

PERDOMO, Caicedo J. *La Teoría del Ius Cogens en Derecho Internacional a la Luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, enero-jun. 1975.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. 11. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PUCEIRO RIPOLL, R., *Desarrollos actuales del ius cogens*. Revista uruguaya de derecho internacional, núm. 3, 1974.

RAMOS, André de Carvalho. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant loBlanch, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, v. II, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, v. I, 2003.

ANUÁRIOS DAS COMISSÕES DE DIREITO INTERNACIONAL

NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 13 – comentário nº 4, p. 61).

NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 37 – comentário nº 3, p. 232).

NACIONES UNIDAS. *Anuario de La CDI de 1963*, v. II. (Artículo 37 – comentário nº 3, p. 232).

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL CITADA

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Relatório nº 62/02 (Caso 12.285 – Michael Domingues vs. Estados Unidos).

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application Nº 10328/83: Belilos vs. Switzerland, Judgement of 29 April 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile: Sentencia de 26 de septiembre de 2006, par. 18 e 19. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*: Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Martiza Urrutia vs. Guatemala: Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia vs. South Africa): Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Case N° IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundžija). Judgment of 10 December 1998.

Recebido em: junho de 2018

Aprovado em: julho de 2018

Miguel Ângelo Marques: miguelangelomarques@hotmail.com