



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Túllio Vieira de Aguiar

**CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DO
INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA EM
FACE DA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE JUS
COGENS**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, especialização em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Internacional Público e Europeu , orientado pelo Professor Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

TÚLLIO VIEIRA DE AGUIAR

**CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DO INSTITUTO DA PROTEÇÃO
DIPLOMÁTICA EM FACE DA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE JUS COGENS**

**CONTRIBUTION TO THE COMPREHENSION OF DIPLOMATIC
PROTECTION AGAINST THE VIOLATION OF THE JUS COGENS NORMS**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito,
especialização em Ciências Jurídico-Políticas -
Menção em Direito Internacional Público e Europeu ,
orientado pelo professor Doutor Francisco António de
Macedo Lucas Ferreira de Almeida e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Coimbra, 2021

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, dedico este trabalho à minha família, sem a qual nenhuma conquista seria possível. Aos meus pais, irmãos, tios e avós por acreditarem nos meus sonhos. Minhas conquistas são suas e suas conquistas são minhas. A vocês, meu mais singelo agradecimento.

A meus amigos - e estes decerto sabem quem são -, pela incrível jornada que vivemos até então e por todas as que ainda hão de vir. Por diversos momentos vocês representaram meu alicerce pessoal para conseguir seguir em frente. A vocês, meu mais singelo agradecimento.

A meus professores, por todo o conhecimento compartilhado e, em especial, ao professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida pelos ensinamentos e por aceitar acompanhar a presente dissertação. A vocês, meu mais singelo agradecimento.

“Helheimr !!”

RESUMO

A presente dissertação propõe a análise minuciosa do instituto da proteção diplomática e sua relação com o processo de humanização do Direito Internacional e com as regras de *jus cogens*. De forma introdutória, procura-se definir acuradamente as figuras jurídicas em questão. Através dos capítulos desenvolvidos é possível perceber a natureza e finalidade jurídica das normas de *jus cogens* e da proteção diplomática na mesma medida em que compreende-se o processo de humanização do Direito Internacional e seus corolários para as relações internacionais. Após a assimilação dos conteúdos expostos, procura-se defrontar aspectos do Direito Internacional clássico - estes majoritariamente voltados para questões soberanas - e do Direito Internacional contemporâneo - estes notadamente mais preocupados com o ser humano e seu posicionamento no plano internacional -; para que, desta forma, seja possível auferir conclusões acerca da possibilidade do afastamento da discricionariedade inerente ao instituto da proteção diplomática em decorrência da violação de uma norma peremptória de Direito Internacional geral. Através da contraposição dos preceitos da proteção diplomática e das normas de *jus cogens* - em especial o *dictum* de que os Estados devem cooperar através de qualquer meio legal para pôr um fim em sua violação -, evidencia-se que apesar de ser utilizada como um meio efetivo para proteção dos Direitos Humanos, a proteção diplomática não representa um Direito Humano *pur sang*. Ademais, ante o processo de humanização do Direito Internacional, certas particularidades inerentes a proteção diplomática demonstram ser antiquadas perante o plano internacional contemporâneo. Portanto, o objetivo do presente estudo é explorar os limites da discricionariedade característica do instituto da proteção diplomática através da eventualidade da violação de uma norma de *jus cogens*.

Palavras-chave: Proteção diplomática; humanização do Direito Internacional; normas de *jus cogens*; Direitos Humanos.

ABSTRACT

This dissertation proposes a detailed analysis of the institute of diplomatic protection and its relationship with the humanization process of International Law and with the norms of *jus cogens*. In an introductory way, its pursued an accurately definition of the legal figures in question. Through the chapters developed, it is possible to perceive the nature and legal purpose of the norms of *jus cogens* and diplomatic protection as much as the humanization process of International Law and its corollaries for international relations is understood. After assimilating the exposed contents, aspects of classical International Law - these mostly focused on sovereignty issues - and contemporary International Law - these notably more concerned with human beings and their position on the international level - are confronted; so that, in this way, it becomes possible to draw conclusions about the possibility of modifying the discretionary aspects inherent to the institute of diplomatic protection as a result of the violation of a peremptory rule of general International Law. Through the contraposition of the precepts of diplomatic protection and the norms of *jus cogens* - in particular the *dictum* that States must cooperate through any legal means to put an end to its violation -, it becomes evident that despite being used as an effective mean for the protection of Human Rights, diplomatic protection does not represent a Human Right *pur sang*. Furthermore, given the humanization process of International Law, certain peculiarities inherent to diplomatic protection prove to be antiquated when confronted with the contemporary international scenario. Therefore, the main aim of this research is to explore the limits of the discretionary aspects inherent to the institute of diplomatic protection through the eventuality of a violation of a norm of *jus cogens*.

Keywords: Diplomatic protection; humanization of International Law; norms of *jus cogens*; Human Rights.

Siglas e abreviaturas

apud – citado por

Cfrm. - conforme

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CDI - Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Op cit. – citado, obra citada

Ed. – Edição, editor

Eds. – Editores

n. – número

p., pp. – página, páginas

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizador

Vol. – Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8	
CAPÍTULO I - Do Instituto da Proteção Diplomática		
1. Conceito, Modo de Exercício e Condições de Aplicabilidade.	10	
1.1. Da Nacionalidade	18	
1.2. Do Esgotamento dos Recursos Internos	26	
2. <i>Clean Hands Doctrine</i>	28	
3. Proteção Funcional	30	
4. Condição de Estrangeiro	31	
4.1. Doutrina da Igualdade de Tratamento	32	
4.2. Doutrina do <i>Standard Minimum</i> de Tratamento	35	
5. Considerações Críticas	37	
CAPÍTULO II - Considerações Sobre o Processo de Humanização do Direito Internacional		41
CAPÍTULO III - A Figura do <i>jus cogens</i> no Direito Internacional Público ...		47
1. Breve Conceitualização Histórico-Doutrinária	48	
1.1. Natureza Jurídica do <i>jus cogens</i>	54	
1.2. Posição do <i>jus cogens</i> na Hierarquia de Fontes e Normas Internacionais ..	59	
1.3. Estabelecimento das Normas de <i>jus cogens</i>	65	
1.4. Conteúdo das normas de <i>jus cogens</i>	72	

1.5. <i>Jus cogens</i> e a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados	80
1.6. Da Possibilidade do <i>jus cogens</i> Regional	89
1.7. Referências da Jurisprudência Internacional ao <i>jus cogens</i>	91
1.8. Últimos Desenvolvimentos da Matéria pela CDI	93
1.9. Efeitos Decorrentes da Violação das Normas de <i>jus cogens</i>	98

CAPÍTULO IV - Apreciação do Instituto da Proteção Diplomática em Face da Violação das Normas de *jus cogens* 101

CONCLUSÕES 107

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 110

REFERÊNCIAS DE LEGISLAÇÃO, TRATADOS E CONVENÇÕES 116

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS 117

DOCUMENTOS E DECLARAÇÕES 117

INTRODUÇÃO

A proteção diplomática, como legalmente concebida, é um instituto presente na história multissecular do Direito Internacional Público. Trata-se de meio político-jurídico visceralmente relacionado à tutela exercida por uma soberania em favor de seu nacional ante um Estado estrangeiro. Em perspectiva teórica, é possível observar este instituto - de maneira rudimentar - desde meados do século XVIII. Sob o contexto contemporâneo, a matéria apresenta questionamentos complexos relacionados à sua natureza e finalidade; em especial, no que tange a atual posição do indivíduo no plano internacional e a consequente dicotomia entre as prerrogativas soberanas do Estado e os direitos do homem.

Tratando-se de instituto a ser exercido pelos Estados mediante critérios discricionários, a visão tradicional do instituto da proteção diplomática - em boa parcela evidenciado de convicções clássicas do Direito Internacional Público - demonstra determinadas características a certo modo anacrônicas ante o processo de humanização do *jus gentium* e a consequente aparição das normas peremptórias de Direito Internacional geral.

Isto posto, no capítulo I da presente dissertação, serão desenvolvidos não apenas o conceito e modo de exercício da proteção diplomática; mas também, as condições de aplicabilidade do instituto - quais sejam: a apuração da nacionalidade do indivíduo lesado e o esgotamento dos recursos internos -; e, a exposição de institutos similares como a proteção funcional. Observar-se-á, ainda, determinadas exceções às regras convencionais de aplicabilidade da proteção diplomática de acordo com o desenvolvimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; com as posições manifestadas pelos tribunais internacionais; com os principais expoentes da doutrina jusinternacionalista; e, ante as reformulações contemporâneas do Direito das Gentes.

No capítulo II, serão tecidas breves considerações sobre o Processo de humanização do Direito Internacional, sobretudo sob o prisma do Professor Doutor Antônio Cançado Trindade, e, explanar-se-á como este processo evolutivo do *jus gentium* foi conducente à emergência e consolidação das normas *iuris cogentis*.

Após, no capítulo III, passar-se-à ao estudo minucioso da figura das normas de *jus cogens* e de seus corolários jurídicos e políticos. Para tal, seu conceito será pormenorizado através da análise de sua natureza jurídica e dos elementos que às constituem - imperatividade, inderrogabilidade e universalidade -; de sua posição controversa na hierarquia de normas e fontes do Direito Internacional; de sua apreciação por instrumentos internacionais convencionais - como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados -; e, de seu desenvolvimento pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

Por fim, no capítulo IV, será realizada a defrontação dos aspectos discricionários inerentes à concepção clássica do exercício da proteção diplomática ante os corolários jurídicos da violação de uma norma *iuris cogentis*. Especial ênfase será dada ao argumento de que os Estados devem cooperar através de qualquer meio legal para pôr um fim na violação de normas peremptórias do Direito Internacional geral; e à hodierna posição do ser humano perante o Direito Internacional Público.

Em bom rigor, o instituto da proteção diplomática como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos abrange mas exclui, é um processo paradoxal de salvaguarda e efetividade na mesma medida em que o é em matéria de exclusão discricionária. Isso se dá devido à complexa dinâmica das relações internacionais, o que implica uma aproximação de interesses soberanos e daquilo que é possível realizar sem grandes infortúnios à critérios de conveniência e oportunidade intrínsecos ao próprio Estado. A presente pesquisa visa analisar as características da proteção diplomática, avaliando as condições essenciais para que um Estado possa exercê-la e suas recentes reformulações perante o cenário internacional; dando especial ênfase às particularidades do instituto frente à violação de normas *jus cogens*.

CAPÍTULO I - Do Instituto da Proteção Diplomática

1. Conceito, Modo de Exercício e Condições de Aplicabilidade

A proteção exercida por uma soberania em relação a seus nacionais no estrangeiro possui ao menos duas modalidades: I) a assistência de caráter geral, realizada pelo corpo de funcionários de uma missão, comumente sob o intuito de facilitar e auxiliar a estada dos concidadãos no país da missão diplomática; e II) a proteção diplomática exercida em favor dos nacionais de uma determinada soberania, e por esta soberania apenas, quando estes tenham sofrido dano resultante de um ato realizado por um Estado estrangeiro.¹

Quanto a esta segunda modalidade, no que tange a responsabilidade internacional dos Estados, a doutrina esclarece a existência de dois pilares basilares ao discutir-se um dano causado a um indivíduo: a realização de um ato ilícito internacional por um Estado em conjunção à letargia do poder de observância por parte de seus órgãos públicos (executivo, legislativo e judiciário); e a faculdade dada ao Estado ao qual o indivíduo possua vínculo efetivo de nacionalidade em assumir sua reclamação.²

Em bom rigor, o dano sofrido pelo Estado diretamente - ou por seus agentes públicos - não é o único cuja reparação pode ser pleiteada internacionalmente; a teoria da proteção diplomática viabiliza aos Estados um efetivo processo jurídico-internacional para reclamações jurídicas. O instituto refere-se intimamente à proteção em favor de particular -

¹ Dupuy refere-se a estas modalidades de proteção estatal - respectivamente - como proteção diplomática não-contenciosa e proteção diplomática contenciosa. Dupuy, P. (1998). *Droit International Public*, p. 120, 4a Ed. Éditions Dalloz, Paris. | Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito Internacional Público*, pp. 767-774, 20a edição. Editora Saraiva. São Paulo.

² Shaw, M. (2008). *International Law*. p 808. 6th edition. Cambridge University Press. Cambridge. | Ferrão, M. (2008). « A proteção diplomática - contributo para a compreensão do seu regime jurídico » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol XLIX - N. 01 e 02*. pp. 341-395, Coimbra Editora, Coimbra.

indivíduo ou empresa - que frente à discrepância de poderes existente entre este e um Estado estrangeiro, recebe o auxílio de seu Estado de origem.^{3 4}

A proteção diplomática apenas deve ser exercida em benefício de indivíduos que tenham sofrido danos decorrentes de violações de direitos e não em benefício de meros interesses ou expectativas econômicas. No tocante ao dano, é necessário averiguar uma relação de causalidade adequada entre o descumprimento de uma norma ou preceito de Direito Internacional e a lesão causada por esta violação.⁵

O que se busca com este instituto, na verdade, é a solução transnacional de conflitos de maneira que permaneçam resguardados o princípio da soberania estatal e o dever protetivo do Estado em relação a seus cidadãos no estrangeiro. Efetivamente, Diez de Velasco aponta-nos ao menos três finalidades do instituto: I) prevenir a violação de normas internacionais relativas a estrangeiros; II) fazer cessar uma atividade de caráter ilícito; ou, III) obter uma reparação;⁶ portanto, vejamos:

O indivíduo sob a qualidade de estrangeiro depende juridicamente da incidência de dois poderes: o do país de residência - decorrente do vínculo material resultante do fato de

³ Ruzié, D. (1997). *Droit International Public*, p. 68, 13a Ed. Éditions Dalloz, Paris. | Rezek, F. (2018). *Direito internacional público: curso elementar*, pp. 342-343, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, p 462, 2a edição, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional Público*, p. 329-330, 2a. Edição, Coimbra Editora, Coimbra. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International Public*, p. 528, 3 ed. Editions Montchrestien, Paris.

⁴ Apesar do encaminhamento do Direito Internacional Público em direção a um momento em que os indivíduos possam atuar e pleitear internacionalmente sem o auxílio estatal, permanece o entendimento de que - ante as circunstâncias contemporâneas - apenas através do intermédio do Estado torna-se possível a obtenção da totalidade dos benefícios disponíveis perante as normas do *jus gentium*. Shaw, M. (2008). *International Law... op cit.* p.809.

⁵ De acordo com Mazzeschi: “ (...) diplomatic protection have always been considered as secondary norms with respect to the breach of the primary norms on the treatment of aliens”. Mazzeschi, R. (2009). « Impact on the Law of Diplomatic Protection » in Kamminga e Schenin (ed.) *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, pp. 211-233, Oxford University Press, Oxford. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁶ De acordo com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas: “ (...) diplomatic protection consists of the invocation by a state, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another state for an injury caused by an internationally wrongful act of that state to a natural or legal person that is a national of the former state with a view to the implementation of such responsibility.” CDI. (2006). *Yearbook of the International Law Commission*. p. 24. Vol II, part two. | Cfm. Diez de Velasco: “La acción de un gobierno ante outro gobierno extranjero para reclamar respecto de sus nacionales o, excepcionalmente, de otras personas, el respeto al Derecho Internacional o para obtener ciertas ventajas a su favor” Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 922, 18a ed, Editorial Tecnos, Madrid.

sua permanência em território alheio -; e o do país ao qual é nacional - decorrente do vínculo orgânico que liga todo cidadão a seu Estado -.

Em teoria, ambos devem coexistir em harmonia. Na medida em que o primeiro observe e faça valer os direitos e prerrogativas fundamentais garantidos pelo Direito das Gentes⁷ (liberdade individual, propriedade privada⁸, segurança pessoal, etc); não será necessária a atuação do segundo a título de interferência e para que se faça velar os direitos inerentes a seus cidadãos.⁹

Outrossim, o inverso também é verídico: caso o estrangeiro seja tratado de maneira diversa àquela condizente com as normas do Direito Internacional, caberá ao Estado de que é nacional a faculdade de exercer a proteção diplomática em desfavor da soberania que tenha violado as prerrogativas individuais de seu cidadão.^{10 11}

Com efeito, a observância tida por uma soberania em relação aos direitos fundamentais dos estrangeiros é inversamente proporcional à sua probabilidade de exposição a reclamações diplomáticas de outros Estados.

⁷ O instituto da proteção diplomática expandiu ao ponto de incluir sob seu escopo *ratione materiae* os Direitos Humanos Internacionais. Shaw, M. (2008). *International Law... op cit.* p. 809.

⁸ “Parce qu’elle a été principalement utilisée à sete fin, la protection diplomatique a été traditionnellement présentée comme une institution ayant pour vocation d’assurer la défense des droits patrimoniaux des ressortissants d’un Esta, victimes à l’étranger d’un traitement contrevenant au respect du « standard minimum ».” Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 29-61, Editions Nemesis, Bruxelles.

⁹ Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional Público*, pp. 455-456, 2a Ed. Editorial Trotta, Madrid. | Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public*, pp. 500-501, 7a Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

¹⁰ “(...) there is no universal consensus on the rights and freedoms which are fundamental, even among civilized nations. In some developing countries a higher premium is put on economic growth than on protection of individual rights (...)”. Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*, p. 68, Penguin Books, Londres.

¹¹ Condorelli, L. (2003). « L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 3-28, Editions Nemesis, Bruxelles.

Faz-se oportuno destacar que a proteção diplomática não será exercida apenas em favor daqueles que possuam alguma espécie de conexão voluntária com o Estado estrangeiro.¹²

O termo “proteção diplomática” advém de um contexto de simples compreensão, fácil ilustração e imenso valor. O fenômeno deriva da situação em que o peregrino vitimado pelo poder de um Estado estrangeiro não consegue resistir a suas arbitrariedades e acaba por solicitar apoio à legação diplomática de sua bandeira.¹³

O instituto tem sido tema de intensa discussão e tentativa de codificação e desenvolvimento progressivo pela Comissão de Direito internacional das Nações Unidas desde 1998 e as normas que o regulam advêm do Direito Consuetudinário.¹⁴

Neste sentido, e em consonância com o entendimento clássico do Direito Internacional Público, o Estado exerce tutela sob seu cidadão como se a violação de direito executada em desfavor deste houvesse acometido sua honra; digo, o indivíduo é o lesado de fato e o Estado é o lesado *de iure*.^{15 16}

¹² Nesta perspectiva, imaginemos a situação hipotética em que um cidadão do Estado A, que não possui interesses econômicos no exterior e nunca deixou o solo pátrio, mas cuja residência tenha sido destruída pela queda de um satélite lançado em órbita pelo Estado B. Não seria razoável, pois, a necessidade de comprovação de uma conexão voluntária entre o cidadão e a soberania estrangeira para que o Estado pudesse conceder-lhe a proteção diplomática; tampouco seria necessário o prévio esgotamento das instâncias administrativas ou judiciárias existentes no Estado B. Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* p. 350.

¹³ *Ibid.* p. 343

¹⁴ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 292, 5a Ed., Editorial Tecnos, Madrid.

¹⁵ Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional ... op cit.* pp. 455-456. | Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public ... op cit.* pp. 500-501. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.* p. 330. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 293.

¹⁶ Oportuno se faz mencionar o clássico *dictum* da CPIJ no caso Mavrommatis. Após decisão da Corte, restou cristalino o entendimento de que o Estado ao endossar o particular e utilizar-se do instituto da proteção diplomática em favor deste, não atua como representante de seu cidadão, mas sim, em defesa de seu próprio direito de ter as prerrogativas fundamentais de seus nacionais resguardadas perante o Direito das Gentes, mesmo em território estrangeiro. “C’est en principe élémentaire du droit Internationale que celui qui autorise l’État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n’ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires”. Bernhardt, R. (1981). *Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*. p. 182-185. North-Holland Publishing Company | Shaw, M. (2008). *International Law... op cit.* p.810. | Dupuy, P. (1998). *Droit International Public... op cit.* pp. 120-121. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 924.

Isto é, no momento em que um cidadão da soberania “A” sofra dano praticado por um dos sujeitos de Direito Internacional Público, esta mesma injúria acaba por afetar “indiretamente” o Estado de sua nacionalidade, que, por sua vez, possui a faculdade de pleitear a reparação completa do dano sofrido por seu nacional.^{17 18}

Como bem sabemos, o indivíduo - salvo casos particulares decorrentes de raras convenções internacionais - não possui capacidade plena para intentar uma ação internacional em desfavor de uma soberania. Assim sendo, o instituto justifica-se na medida em que possibilita ao estrangeiro, certo de que é vítima de um ato que considera contrário ao Direito Internacional, buscar a reparação do dano através dos meios jurídico-internacionais ou mesmo diplomáticos e arbitrais.¹⁹

A questão deixa de ter respaldo no Direito interno do Estado causador do dano e passa a ser de Direito Internacional. O judiciário desta soberania ao manifestar-se acerca de certa questão jurídica levantada pelo estrangeiro, e mesmo agindo de acordo e em conformidade com sua legislação interna, pode, por vezes, estar a aplicar preceitos eivados de certa iniquidade perante os pressupostos do Direito Internacional - sobretudo no que toca o tratamento assegurado por este ramo aos estrangeiros -²⁰. Nestes casos, em que o tribunal local apenas possui autoridade para aplicar o Direito interno ou a mera interpretação do Direito Internacional unilateral, a referida questão jurídica - através do instituto da proteção diplomática - será apreciada e avaliada não de acordo com o ordenamento interno do Estado supostamente autor de ilícito internacional danoso, nem,

¹⁷ Pergantis, V. (2006). « Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection? » in 66:2 *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, pp. 351-397.

¹⁸ Em sede de jurisprudência arbitral, este entendimento resta consubstanciado pela sentença proferida no contencioso internacional entre o Reino Unido e o Marrocos: “(...) *Du moment que l'État auquel appartient le réclamant intervient diplomatiquement en faveur de son ressortissant, en faisant valoir soit des droits conventionnels (par exemple, un traité d'établissement ou de capitulations, etc.), soit des principes du droit des gens régissant en dehors des traités les droits des étrangers, une nouvelle réclamation d'État a État est née. Cette réclamation, bien qu'elle se rattache matériellement à la réclamation du particulier, a un caractère entièrement différent de celle-ci*”. Recueil des sentences arbitrales Vol II (1949). p. 633.

¹⁹ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* p. 529. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 314.

²⁰ Vejamos acerca deste tratamento internacional devido aos estrangeiros na seção 4. da presente dissertação.

tampouco, pelo ordenamento do Estado ao qual a vítima é nacional; mas sim, por disposições de Direito Internacional Público, estas presumidamente imparciais.²¹

É bem verdade que o fenômeno paulatinamente tornou-se eivado de certo teor político. Como afirma Rezek “o particular, objeto da proteção diplomática, vinha a ser cada vez mais a empresa e menos o indivíduo”; não era de todo incomum que o Estado “causador do dano” - comumente localizado no hemisfério sul - estivesse, via de regra, em desenvolvimento, e que o Estado outorgante da proteção diplomática figurasse dentre as nações que compõem o núcleo da economia global.

É oportuno mencionar que o emprego unidirecional e tendencioso do instituto da proteção diplomática sob o intuito de resguardar ou privilegiar um determinado número de Estados dos eventuais riscos inerentes ao empreendimento de negócios em países em via de desenvolvimento gerou fortes reações, sobretudo, na América Latina. Neste compasso, cabe mencionar a primeira reação latino americana ao unidirecionalismo da proteção diplomática: a doutrina e cláusula Calvo. Proposta pelo então Ministro das Relações Exteriores argentino, Carlos Calvo; trata-se de ideia fundada na refutação do prestígio de mecanismos do Direito Internacional Público que - na prática - acabavam por privilegiar um diminuto número de Estados.²² Em 1868 foi estatuído pelo governo argentino, tanto para os estrangeiros quanto para os nacionais, que as cortes locais deveriam configurar as únicas vias de solução de litígios entre particular e administração. Assim sendo, por muito tempo figurou em contratos de concessão e semelhantes uma cláusula de renúncia prévia à proteção diplomática. Buscou-se, pois, a proibição do endosso por parte do Estado estrangeiro frente ao inconformismo de seus cidadãos para com determinada decisão arbitrária realizada pelo governo argentino (ou demais governos que posteriormente vieram à adotar a cláusula).²³ Nos casos em que a soberania estrangeira não se recusasse a efetivar a proteção diplomática em favor de seu nacional, esta era tida como nula, logo, seria ignorada. A problemática da questão recai sobre o fundamento de que a proteção diplomática não é direito do particular mas sim do Estado, sendo este o detentor da

²¹ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* pp. 529-530.

²² Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit..* p. 352.

²³ *Ibid*, p. 352. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 925.

prerrogativa de endossar o particular caso assim decida. Por conseguinte, restou estabelecido o fato de que a clausula Calvo configura uma renúncia de direito alheio ao cidadão ou empresa.²⁴

É precisamente por se tratar de um Direito do Estado em detrimento de uma prerrogativa de seus súditos que restam concebíveis - perante o Direito das Gentes - instrumentos internacionais como o Tratado de Roma de 4 de novembro de 1950 para a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais e a consequente justaposição de um sistema próprio de proteção que resultou na não adequação do instituto da proteção diplomática como via de solução de conflitos entre os Estados partes.²⁵

Por fim, no que tange a outorga da proteção diplomática em favor de um cidadão, esta ocorre através do endosso. O ato significa a assunção da reclamação por parte do Estado tornando-a sua. Este predispõe-se à solução da matéria em pé de igualdade frente à soberania autora do ato ilícito através de composição proporcionada por qualquer meio diplomático ou político²⁶ que possa propiciar a solução da controvérsia; não sendo, portanto, imperiosa a resolução mediante instância judicial ou arbitral.

A concessão do endosso é prerrogativa do Estado²⁷, portanto, ato discricionário a ser concedido mediante conveniência e oportunidade.²⁸ Fica facultada - no sentido de

²⁴ Conforme Rezek, Ferrão, Combacau, Sur, Azevedo Soares e Rousseau, a pessoa lesada não pode renunciar à proteção diplomática. Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.. p. 352.* | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.. pp. 341-395.* | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.. pp. 530-531* | Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito Internacional Público*, pp. 322-323, 4a ed., Coimbra Editora, Coimbra. | Rousseau, C. (1953). *Droit International Public*, pp. 369-370, Recueil Sirey, Paris.

²⁵ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 925.

²⁶ Observada a razoabilidade, o Estado pode predispor-se à resolução da questão através: da negociação; da mediação; dos procedimentos arbitrais; das notas diplomáticas; das pressões econômicas; da jurisdição internacional; etc. Contudo, na prática internacional observa-se uma clara preferência aos meios não-contenciosos em detrimento das vias judiciárias ou arbitrais. Ruzié, D. (1997). *Droit International Public... op cit.. p. 69.* | Shaw, M. (2008). *International Law... op cit.. p. 809.* | Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic Protection » *in The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 20, No. 3*, pp. 453-475, Cambridge University Press, Cambridge. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.. pp. 341-395.*

²⁷ Vejamos adiante acerca desta discricionariedade em face da violação de normas *jus cogens*.

²⁸ « (...) constitue un Droit de l'État et non des individus pour qui elle est une faculté: ceux-ci ne peuvent y renoncer conventionnellement et l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de la protection diplomatique » Ruzié, D. (1997). *Droit International Public... op cit.. p. 69.* | Warbrick, C. (2002). « Diplomatic representations and diplomatic protection » *in The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, No. 3*, pp. 723-733, Cambridge University Press, Cambridge. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.. pp. 530-531.* | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 923.

conceder-lhe a proteção diplomática - a liberdade para atender ou não o pedido de determinado nacional. De igual forma, o Estado pode concedê-la sem que haja solicitação alguma por parte de seu cidadão e mesmo contra a vontade deste.^{29 30}

O Estado não age como um representante de seu nacional, mas sim em seu próprio direito de proteção ao seu povo no estrangeiro, resguardando, também, alguns de seus próprios interesses como a expectativa legítima de que as normas de Direito Internacional sejam respeitadas e a garantia de que certos acordos internacionais sejam cumpridos, ambos, naturalmente, em favor de seus nacionais.^{31 32}

No que diz respeito aos efeitos jurídicos do endosso, torna-se o Estado *dominus litis* da demanda. Em outros termos, este figura - para todos os efeitos - como verdadeiro demandante da lide; devendo decidir a priori a forma a qual convém-lhe abordar a questão; e podendo utilizar da arbitragem, dos meios diplomáticos e da via judiciária para satisfazer suas pretensões. De igual maneira, o Estado fica desobrigado à consulta de seu nacional para tomada de decisões envolvendo a demanda, sendo lícito agir a seu exclusivo critério.³³

Em rigor, sob a ótica do Direito Internacional o instituto da proteção diplomática regula essencialmente as relações entre Estados; restando as questões inerentes à relação

²⁹ Conquanto, o mais comum é que os Estados apenas venham a ter conhecimento do dano através da solicitação do instituto pelo particular. Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit..* p. 344. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit..* pp. 341-395.

³⁰ Embora os procedimentos de exercício da proteção diplomática sejam variados, o usual é que o estrangeiro lesado recorra às autoridades diplomáticas de sua bandeira. Estes entes diplomáticos - sob diretrizes de seu Estado - comumente apresentam uma reclamação formal ao Estado autor de suposto ato ilícito internacional. A reclamação formal não configura um pré-requisito para a utilização de outros meios para solução de controvérsias internacionais, mas, tão somente, um ato fundamentado na mera cortesia internacional e no respeito aos mecanismos internos - administrativos e jurídicos - capazes de solucionar a lide. Se, porventura, não houver uma resposta satisfatória à reclamação, poderá, o Estado reclamante, recorrer aos meios pacíficos para a solução de conflitos internacionais sob a finalidade de obter uma resolução satisfatória e de acordo com as disposições do Direito Internacional. Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 927-928.

³¹ Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit..* pp. 453-475.

³² Todavia, conforme a teoria da sobreposição do direito substantivo do indivíduo e do direito processual da proteção diplomática do Estado nacional, entende parte da doutrina que não há uma justaposição do direito Estado em relação ao do indivíduo; mas sim a existência de dois direitos distintos: o direito processual do Estado e o direito substantivo do indivíduo. Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit..* pp. 341-395. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 530.

³³ Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional ... op cit..* pp. 455-461. | Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito... op cit..* pp. 767-774. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit..* p 462. | Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit..* p. 319. | Rousseau. C. (1953). *Droit International... op cit..* pp. 368-369.

entre estes e seus súditos regulada por seu Direito interno. De fato, o Estado - desde que observados os limites inerentes ao próprio Direito das Gentes - pode utilizar-se do supramencionado instituto através dos meios que julgue pertinente e na medida em que achar necessário. Na hipótese em que a pessoa física ou jurídica endossada por seu Estado pátrio sinta que não está sendo protegida satisfatoriamente, cabe ressaltar que não há preceito de Direito Internacional que possibilite a cessação unilateral do pleito ou mesmo alguma espécie de influência no que tocam as negociações.³⁴

A sensu contrario, nada impede que o Direito interno das soberanias regule o modo de exercício e cessação da proteção diplomática. Nestes casos específicos, restaria possibilitado o recurso - por parte do nacional endossado e insatisfeito com a proteção internacional exercida por seu Estado - às vias judiciárias internas a título de sobrestar o paládio soberano ou garantir sua efetividade.³⁵

Resta dizer, que o Estado, ao exercer a proteção diplomática, responsabiliza-se por qualquer consequência resultante do ato, seja de caráter pecuniário ou político.

A seguir, trataremos dos pressupostos *sine qua non* para a concessão da proteção diplomática, nomeadamente: nacionalidade e esgotamento dos recursos internos.

1.1. Da Nacionalidade

Dado que o Direito Internacional - talvez mais que outros ramos do Direito - evolui de acordo com o contexto global em que está inserido; e através das relações entre as soberanias e a forma como estas percebem umas às outras, poder-se-ia dizer que a nacionalidade e suas particularidades - sob a ótica do Direito Internacional - similarmente derivam desta dinâmica entre Estados.³⁶

³⁴ Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 293.

³⁵ *Ibid*, p. 293.

³⁶ Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit.* pp. 453-475.

Em sua concepção mais simplória, nacionalidade significa o vínculo jurídico que representa o liame entre o Estado e seu cidadão.³⁷ Conquanto, como bem nos esclarece Leigh, a natureza jurídica deste vínculo modificou-se consideravelmente conforme o passar do tempo; ou seja, sua concepção teórica não é estática e a probabilidade de que continue mutável é alta.³⁸

Em via de regra, a proteção diplomática somente poderá ser exercida pelo Estado em favor de seus nacionais: trata-se da condição patrial da pessoa física ou jurídica.^{39 40}

Antes de outorgar o endosso, deve o Estado apurar a nacionalidade contínua de seu cidadão. Em virtude da possibilidade de modificação no que tange o *status* de nacional,

³⁷ Cfm. Díez de Velasco, nacionalidade significa: “(...) un vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un Estado.” Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 622. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional Público*. p. 622, 2a Edição. Coimbra Editora. Coimbra.

³⁸ Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit.* pp. 453-475. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 622.

³⁹ É emblemático neste seguimento o caso conhecido como *Barcelona Traction* (Bélgica V. Espanha). A empresa canadense *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* operava em território espanhol e possuía majoritariamente acionistas belgas. Devido à conjuntura política da época, a empresa sofreu diversas expropriações de recursos e desapropriações de terras, o que, naturalmente, a levou à falência. Em face do ocorrido, e sentindo-se prejudicado, o Estado belga - através da proteção diplomática - recorreu à Corte Internacional de Justiça sob o intuito de requerer devidas reparações a seus nacionais. A Corte de Haia, após minuciosa observância do que lhes foi apresentado, constatou a ilegitimidade da Bélgica para requerer em juízo o direito de reparação destes acionistas. Isto porque, a prerrogativa de defesa através da proteção diplomática de pessoas jurídicas pertence à soberania em que vigora a ordem jurídica estatal que as subordina; neste caso em específico, o Canadá. Corte Internacional de Justiça. (1970). *Bélgica V. Espanha*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> | Decaux, E. (1997). *Droit International Public*. p. 133. Éditions Dalloz. Paris. | Dupuy, P. (1998). *Droit International Public... op cit.* p. 70. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 532-533.

⁴⁰ O problema relativo à determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas ante o Direito Internacional recai nos diversos critérios doutrinários e legislativos existentes, tais como: seu local de constituição, de exploração econômica ou do país que autoriza sua constituição; ou seu domicílio social. Não obstante, parte minoritária da doutrina defende critérios menos triviais como o local da nacionalidade dos sócios ou o local de sua direção efetiva ou da maioria de seu capital social. Entretanto, de acordo com a porção majoritária da doutrina e em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; em se tratando de pessoas jurídicas, ter-se-á em conta a ordem jurídica estatal que as subordina, ou seja, o foro de sua constituição. Em relação à necessidade - ou não - da verificação da nacionalidade contínua, digo, sobre a (im)prescindibilidade da averiguação da existência de um vínculo patrial entre a pessoa jurídica e o Estado, tanto no momento do perjúrio quanto no momento da assunção de sua reclamação, determina a CDI: “A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect for a corporation that was national of that State or its predecessor State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality exists at both these dates”. Todavia, deve-se atentar à exceção contida no art. 10-2 do projeto de artigos expedido pela CDI; a título de exceção, o Estado poderá exercer a proteção diplomática em favor de pessoas jurídicas quando estas, apesar de disporem da nacionalidade de sua pátria no momento do dano, extingiram-se de acordo com a legislação interna de sua soberania. Decaux, E. (1997). *Droit International Public... op cit.* p. 133. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 623. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 295. | Rousseau, C. (1953). *Droit International... op cit.* p. 365.

faz-se necessária, não só a averiguação do vínculo patrial entre indivíduo e Estado no momento em que se sucedeu o dano provocado pela soberania estrangeira; como também, a permanência ininterrupta deste vínculo no momento da reclamação.^{41 42}

Estar-se-à diante de regra costumeira de Direito Internacional Público essencial à outorga do endosso. Logo, o direito de exercer a proteção diplomática baseia-se no elo entre a nacionalidade do indivíduo lesado e o Estado ao qual é nacional.⁴³

Nos casos em que esse vínculo se dê através da prerrogativa soberana dos Estados em conceder sua nacionalidade a um indivíduo⁴⁴, ou seja, nos casos em que o vínculo não advém do *jus soli*, *jus sanguinis* ou uma mescla de ambos; entende a parcela majoritária da doutrina e jurisprudência internacional que não restará configurada nacionalidade efetiva.⁴⁵

46

É bem verdade que o Estado pode - mediante critérios cumulativos ou alternativos como o domínio do idioma; alguns anos ininterruptos de residência em seu território;

⁴¹ No caso *Ambiati*, por exemplo, os Estados Unidos pleitearam - em favor de *Ambiati* - certas reparações em decorrência de transações ocorridas em 1863 e 1864. Ocorre que o indivíduo era nativo da Itália e adquiriu a nacionalidade americana apenas em 1868. O fato foi averiguado por Tribunal Arbitral e resultou na impossibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de *Ambiati* devido à ausência do pré-requisito da nacionalidade contínua. Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit..* p. 346. | Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit..* pp. 453-475.

⁴² Apesar deste duplo grau de exigência, deve-se atentar a duas situações em que este preceito não é aplicável; nas situações em que a mudança de nacionalidade entre a altura do dano e da queixa decorra de motivos alheios à vontade do indivíduo - *exempli gratia* os casos de anexação de território ou aquisição de independência -; e nos casos de transferência do interesse na reparação do dano para indivíduos que possuam nacionalidade distinta a do indivíduo lesado - como nos casos de sucessão *mortis causa*. Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit..* pp. 341-395.

⁴³ Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection*. p. 91. Oxford University Press. Oxford.

⁴⁴ Trata-se da aquisição da nacionalidade de um determinado Estado mediante processo de naturalização.

⁴⁵ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit..* p. 347 | Moura Ramos, R. (2019). *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, p. 15-16, 2 ed. Editora Gestlegal, Coimbra. | Rousseau, C. (1953). *Droit International... op cit..* p. 362.

⁴⁶ A posição da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas neste segmento é de que não há a necessidade de um vínculo efetivo de nacionalidade para a concessão da proteção diplomática; bastando a comprovação da nacionalidade (seja advinda de critérios *jus soli*, *jus sanguinis* ou uma mescla de ambos; ou adquirida através da naturalização) para que o Estado possa endossar a reclamação de seu nacional. Não obstante, refuta-se a necessidade de comprovação de um vínculo efetivo de nacionalidade sob o argumento de que o critério excluiria milhões de pessoas dos benefícios da proteção diplomática. CDI. (2006). *Yearbook of the International Law Commission*. Art 4º. p. 24. Vol II, part two.

casamento com um de seus nacionais, adoção, etc - prestigiar determinado indivíduo com a concessão da nacionalidade derivada dentro de seu território.⁴⁷

Contudo, haja vista o caráter inconsistente deste vínculo frente ao plano internacional, é lícito às demais soberanias e foros internacionais o não-reconhecimento deste por falta de efetividade.⁴⁸

Com efeito, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) entende que as questões relacionadas à nacionalidade são compreendidas como domínio reservado aos Estados. Em bom rigor, à luz do Direito Internacional, a conservação, perda e atribuição da nacionalidade resta confiada à ordem interna das soberanias. Isto significa não apenas a competência atribuída a este sujeito de Direito Internacional, como também, o encargo de abster-se em relação aos critérios de determinação de nacionalidade utilizados por outras soberanias; com efeito, o contrário significaria uma afronta ao próprio princípio de competência exclusiva aqui exposto.^{49 50}

Em relação aos indivíduos que possuem dupla - ou múltipla - nacionalidade, é permitido a qualquer um dos Estados patriais a assunção da reclamação. No entanto, caso o indivíduo também possua vínculo de nacionalidade com o Estado reclamado restará

⁴⁷ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 370.

⁴⁸ De grande valor ilustrativo para este entendimento, compreendamos o Caso Nottebohm. Nascido na Alemanha, Friedrich Nottebohm mudou-se para a Guatemala em 1905 e lá prosperou economicamente durante exatos trinta e quatro anos. Assim sendo, no ano de 1939, a república da Guatemala determinou a expropriação de significativa parte de seu patrimônio. Em face disto - e impossibilitado de recorrer à proteção diplomática de sua pátria, haja vista os desdobramentos da segunda grande guerra - Nottebohm dirigiu-se ao Principado de Liechtenstein, onde - após requisição e pagamento de determinadas taxas - tornou-se nacional. Convenientemente, após alguns anos, o Principado endossou sua reclamação e recorreu à Corte Internacional de Justiça sob o intento de pleitear reparações a serem pagas pelo governo guatemalteco. A Corte declarou, ainda em caráter preliminar, pela não recepção da demanda por falta de efetividade do vínculo patrial entre o Principado de Liechtenstein e Friedrich Nottebohm. Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit..* p. 347-348. | Shaw, M. (2008). *International Law... op cit..* pp. 813-814. | Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento ... », *op cit..* pp. 29-61. | Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit..* pp. 453-475. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 324. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 623. | Hochepped, J. (1965). *La protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, pp. 26-27, Editions A. Pedone, Paris.

⁴⁹ Rousseau. C. (1953). *Droit International... op cit..* p. 239. | Heft, T. (1989). *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, p. 254, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Zurich. | Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection... op cit..* p. 92. | Brito, W. (2014). *Direito Internacional ... op cit..* p. 375. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* pp. 318-319.

⁵⁰ Sob auspícios semelhantes, a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou: “en el estado actual del Derecho Internacional, según opinión del Tribunal, las cuestiones de nacionalidad están comprendidas en principio en la esfera de la competencia exclusiva del Estado”. Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, p. 623.

impossibilitada a outorga do endosso.⁵¹ Isto é, o Estado patrial apenas poderá assumir a reclamação de seu nacional nos casos em que este não seja nacional comum de ambos os litigantes (Estado reclamante e Estado reclamado).⁵² A inviabilidade da assunção da reclamação por parte de uma soberania à qual o indivíduo é nacional em desfavor de outra soberania à qual este também o seja, deriva, com efeito, do princípio da igualdade soberana dos Estados. Leigh - em seu ensaio intitulado “*Nationality and Diplomatic Protection*” - explana que o ato de permitir que uma das soberanias assumira a predita reclamação em desfavor da outra significaria uma afronta à igualdade soberana protegida pelo princípio.⁵³

Em se tratando de decisões judiciais envolvendo o princípio da igualdade soberana, é de imenso valor ilustrativo a decisão proferida pela *United States-British Claims Commission*. Também conhecido como *Alexander case*, a lide envolvia reivindicações pecuniárias decorrentes de ocupação e lesão - pelo exército americano - de uma propriedade privada durante a guerra civil americana. Apesar de considerar-se britânico e possuir pais escoceses, Alexander nasceu no estado americano do Kentucky.⁵⁴ De acordo com as leis estadunidenses referentes à nacionalidade, o critério *jus soli* deve ser aplicado a todos aqueles nascidos em território americano. Em contrapartida, o critério britânico para concessão de nacionalidade é baseado no *jus sanguinis*, o que resultou na aquisição de ambas as nacionalidades pelo indivíduo.⁵⁵ Em decorrência da dupla nacionalidade de Alexander e do princípio da igualdade soberana dos Estados, o tribunal declarou não

⁵¹ Consubstancia este entendimento o pronunciamento coletivo do *Institut de Droit International*; Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* pp. 345-346. | Institut de Droit International. (1965). Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu.

⁵² “Neither state of a dual national may exercise diplomatic protection against the other.” Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law*. p. 392. 6th edition, Oxford University Press. Oxford. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 325-326. | Rousseau. C. (1953). *Droit International... op cit.* p. 363.

⁵³ No entanto, parte da doutrina posiciona-se em favor da teoria da nacionalidade ativa ou efetiva. A teoria refere-se ao argumento de que nos casos em que o indivíduo possua mais de uma nacionalidade, deve-se levar em consideração a nacionalidade que este exerce de forma efetiva - comumente a do país em que este reside. Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit.* pp. 453-475. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 929. | Rousseau. C. (1953). *Droit International... op cit.* p. 364.

⁵⁴ Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic ... » *op cit.* pp. 453-475.

⁵⁵ *Ibid.*

possuir jurisdição acerca do caso, uma vez que nenhuma das duas soberanias poderia representar o indivíduo contra a outra.

Diferente são os casos em que ambas as soberanias às quais o indivíduo seja nacional pretendam - em conjunto - endossar a reclamação deste. Conforme Díez de Velasco, o Estado reclamado não poderia opor-se à uma reclamação empreendida por dois ou mais Estados simultaneamente. Todavia, se, porventura, sejam realizadas reclamações desconjuntadas, ou, ainda, nos casos em que uma das soberanias reclamantes tenha renunciado previamente o direito à proteção diplomática; poderá, o Estado reclamado, formular reclamações acerca da licitude do exercício do instituto.⁵⁶

A título de excepcionalidade, é possível que um Estado realize a proteção diplomática em favor de terceiro que não possua vínculo de nacionalidade em ao menos três situações.⁵⁷

A primeira, como dispõe Accioly, refere-se à possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de terceiros nos casos em que envolvam a proteção de Direitos Humanos da vítima. Tal entendimento baseia-se em decisão proferida pela CIJ no caso *Barcelona Traction*, à qual confirmou-se a prerrogativa de qualquer Estado para tutelar tais interesses. Trata-se de clara relativização do critério da nacionalidade inerente à proteção diplomática frente à humanização do Direito Internacional Público.^{58 59}

⁵⁶ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 930.

⁵⁷ Há ainda a posição defendida por Shaw, em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, de que o Estado pode assumir a reclamação de apátridas e refugiados que residam de maneira habitual e legal em seu território na data em que tenha ocorrido o dano. No entanto, há a limitação desta proteção em desfavor da soberania à qual o indivíduo - na condição de refugiado - seja nacional. Shaw, M. (2008). *International Law... op cit.* p 810-811. | CDI (2006). Yearbook of the International Law Commission. art. 8º. p. 25. Vol II, part two. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁵⁸ Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito... op cit.* pp. 767-774. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p 462.

⁵⁹ Concomitantemente ao defendido por Accioly, o *Institut de Droit International*, dispôs no artigo 7º, n 1, da Resolução Sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas e Refugiados que: “*L'Etat, sur le territoire duquel un apatride non réfugié a établi son domicile ou, à défaut, sa résidence habituelle, pourra exercer, dans l'intérêt de celui-ci, la protection diplomatique en conséquence de tout fait survenu après cet établissement. Si néanmoins ce fait s'est produit pendant un séjour de l'apatride à l'étranger, l'Etat ne pourra exercer la protection que s'il a accordé à celui-ci, avant son départ, un passeport ou titre d'identité et de voyage (...)*”. Resolução Sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas e Refugiados. (1936). art. 7º, n 1, Disponível em: https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1936_bruux_02_fr.pdf

Tal entendimento baseia-se em decisão proferida pela CIJ no caso *Barcelona Traction*, à qual confirmou-se a prerrogativa de qualquer Estado para tutelar tais interesses. Trata-se de clara relativização do critério da nacionalidade inerente à proteção diplomática frente à humanização do Direito Internacional Público. A segunda situação advém daqueles casos em que a proteção diplomática resulta diretamente do *pacta sunt servanda*.

Exempli gratia, o processo evolutivo de integração comunitária na Europa e a consequente concepção de cidadania da União desencadearam a possibilidade do exercício da proteção diplomática em favor de um *cidadão europeu* nos casos em que não haja representação diplomática de seu Estado no país em que se encontre.⁶⁰

O terceiro cenário excepcional de concessão do instituto refere-se aos casos em que o Estado da nacionalidade estiver liado a um elo de representação internacional ou protetorado.

Ferrão elucida-nos que na eventualidade de um Estado encontrar-se sob tutela das Nações Unidas, o Estado administrante poderá exercer a proteção diplomática em favor dos habitantes do território administrado.⁶¹

Contudo, como bem esclareceu o então Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, em seu relatório intitulado “*in larger freedom: towards development, Security and Human rights for all*” apresentado na 59ª sessão da Assembleia Geral da ONU,⁶² pode-se afirmar que, hodiernamente, este argumento possui aplicação apenas teórica, uma vez que já não existem territórios sob esta espécie de regime.

De natureza congênere, existem ainda os casos em que a proteção de interesses dos nacionais de um Estado é delegada a um Estado terceiro: *vide* o conflito ocorrido em 1955

⁶⁰ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Título V, Art. 46. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 298.

⁶¹ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁶² “The Trusteeship Council played a vital role in raising standards of administration in the trust territories and promoting the wider process of decolonization. But its work is long since complete. Chapter XIII, “The Trusteeship Council”, should be deleted from the Charter” Annan, K. (2005). *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, (A/59/2005), p. 52, par. 218, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf?OpenElement> | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

entre Portugal e a União Indiana, em que os Estados transmitiram a proteção de seus nacionais residentes no território ao Brasil e Egito, respectivamente.⁶³

Há nestes casos - de fato - derrogações à regra convencional segundo a qual apenas o Estado patrial do indivíduo poderia oferecer sua proteção através do instituto da proteção diplomática.

1.2. Do Esgotamento dos Recursos Internos

Antes de outorgar o endosso a um de seus nacionais deve o Estado soberano averiguar a exaustão das vias jurídicas e administrativas internas por parte do indivíduo.

Trata-se de regra costumeira de Direito Internacional sob duplo grau de finalidade: seja a preferência dada à tentativa de solução do conflito perante a ordem interna do país em detrimento de um contencioso internacional entre duas soberanias; ou a possibilidade dada ao Estado causador do dano de repará-lo através de seus mecanismos internos, prevalecendo, assim, o respeito à sua soberania. Fortalece este entendimento o projeto de artigos estipulados pela CDI ao determinar em seu artigo 14º que um Estado apenas poderá formular uma reclamação internacional quando seu nacional tenha esgotado os recursos internos do país.⁶⁴

Para além disto, a regra fundamenta-se não só no pressuposto de que o estrangeiro ao adentrar território alheio submete-se ao direito interno do país, mas também, na prevenção da utilização precipitosa ou abusiva da proteção diplomática.⁶⁵

Isto posto, no que tange o exercício do instituto, devem coexistir o ato danoso imputável ao Estado violador de obrigação de Direito Internacional e o esgotamento, por parte do indivíduo lesado, dos recursos internos disponíveis.⁶⁶

⁶³ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁶⁴ CDI. (2006). Yearbook of the International Law Commission. art 14º. p. 25. Vol II, part two. | Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit.* p. 315.

⁶⁵ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁶⁶ Trindade, A. (1984). *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. p. 112. Editora Universidade de Brasília. Brasília. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 462. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.* pp. 330-331. | Heft, T. (1989). *La protection de la... op cit.* pp. 256-257.

Alguns autores adotaram o entendimento de que a regra dos recursos internos constitui pré-requisito de admissibilidade para o exercício da reclamação; ou seja, uma condição processual que deve preceder a interposição da proteção diplomática.⁶⁷

Com efeito, Albino de Azevedo afirma que qualquer reclamação diplomática realizada antes que o indivíduo lesado tenha esgotado os recursos internos do Estado supostamente autor do ato ilícito será considerada extemporânea.⁶⁸

É bem verdade que, naturalmente, os recursos internos de cada soberania variam de Estado para Estado, o que inviabiliza uma enumeração taxativa dos mesmos.⁶⁹

Insta, porém, ressaltar que esgotamento de recursos internos como condição para o endosso pressupõe a existência e viabilidade destes meios; bem como sua acessibilidade, eficácia e imparcialidade.⁷⁰ A caráter excepcional, caso não seja constatada a existência destes pressupostos, deve o indivíduo provar perante o Estado ao qual é nacional a inoperância destes mecanismos ou a constatação de que mesmo após a exaustão destes continua a sentir-se vítima de ilícito internacional.⁷¹

Ademais, não se tratando de regra absoluta - como visto *supra* -, o esgotamento dos recursos internos é prescindível, ainda, quando o Estado lesante renunciar expressamente - comumente através de tratado, compromisso arbitral ou convenção de reclamações - esta exigência.⁷²

⁶⁷ Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito...* op cit.. p. 315. | Visscher e Freeman apud Trindade. (1984). *O esgotamento de...* op cit.. p. 112.

⁶⁸ Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito...* op cit.. p. 314.

⁶⁹ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » op cit.. pp. 341-395.

⁷⁰ Consubstancia este entendimento o artigo 15º do *draft article* elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. CDI. (2006). *Yearbook of the International Law Commission*. art 15º. p. 25. Vol II, part two.

⁷¹ Ilustra este entendimento a declaração da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que não seria necessário o esgotamento dos recursos internos no Chile durante a ditadura militar de Augusto Pinochet, devido às irregularidades intrínsecas ao poder judiciário da soberania à época. Portela, P. (2017). *Direito Internacional Público e privado*. p. 398. 9ª edição. Editora Juspodvm. Salvador. | Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional ... op cit..* pp. 459-461. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho...* op cit., p. 935.

⁷² Ferrão, M. (2008). « A proteção... » op cit.. pp. 341-395.

Relativamente ao ónus da prova, há certa divergência na doutrina internacional. Alguns autores defendem que cabe ao Estado reclamante a comprovação de que os recursos internos disponíveis foram exauridos; outros, em contrapartida, defendem a posição de que cabe ao Estado lesante provar a não exaustão de seus recursos internos e administrativos.⁷³

Para mais, o tema foi discutido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas ao ponto de ser proposto um artigo que dispunha certos preceitos acerca do ónus da prova na exaustão dos recursos internos. Entretanto, devido a dificuldade de discernimento entre as regras costumeiras que abordam a temática e o fato de que há profusa dessemelhança entre sistemas *common law* e *civil law*, o artigo proposto no Terceiro Relatório do Relator Especial acabou por ser rejeitado pelos membros da Comissão.⁷⁴

2. *Clean Hands Doctrine*

Segundo o entendimento de parte da doutrina (*vide* Accioly, Mazzuoli, Hochepped, Portela e Rousseau), para além da necessidade de averiguar-se a nacionalidade efetiva e a exaustão dos recursos internos, o Estado deverá avaliar se o autor da reclamação contribuiu de alguma maneira para a concretização do ato ilícito; bem como, se este cometeu alguma conduta ilícita de acordo com o ordenamento interno do país, ou seja, *ex dolo malo non oritur actio*.⁷⁵

Esta concepção refere-se ao pressuposto - ao menos de boa fé e cortesia internacional - de que os Estados examinarão previamente a questão a fim de certificar-se que o ato se justifica.

⁷³ Esta posição parece ser a mais sensata. Nota-se que a maioria da doutrina internacional entende que o ónus da prova deve ser comprovado pelo Estado reclamante. Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁷⁴ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁷⁵ Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito...* *op cit.* pp. 767-774. | Portela, P. (2017). *Direito Internacional Público...* *op cit.* p. 397-399. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito ... op cit.* pp 462 - 463. | Hochepped, J, (1965). *La protection Diplomatique...* *op cit.* pp. 34-35. | Rousseau. C. (1953). *Droit International...* *op cit.* pp. 366-367.

Também conhecida como *Clean Hands Doctrine*⁷⁶; seu efeito é fundamentalmente impedir que um Estado exerça a proteção diplomática nos casos em que seu nacional tenha sofrido dano como consequência do cometimento de uma conduta ilícita.⁷⁷

Em contrapartida, caso o indivíduo tenha, de fato, cometido um ato ilícito, será o seu respectivo Estado - outorgante da proteção diplomática - que deverá arcar com a responsabilização internacional e seus ônus - a menos que seus atos não configurem violação de um tipo penal internacional.⁷⁸

Em relação à exigência deste requisito para a proteção diplomática, urge salientar que as opiniões doutrinárias acerca do mesmo divergem. A nomenclatura utilizada pela doutrina anglo-saxônica por si só é deveras sugestiva “teoria das mãos limpas”. Isto é, nos casos em que a vítima houver agido de maneira contrária ao ordenamento interno do país em que reside ou tenha cometido um ato contrário ao Direito Internacional, restará impossibilitada a outorga do instituto em seu favor.⁷⁹

É prudente a posição de Ferrão nesta seara, uma vez que aparenta ser injusta a subtração da possibilidade de defesa da vítima no plano internacional pelo fato desta ter cometido uma conduta incorreta frente ao Direito Interno de uma soberania, especialmente se levarmos em consideração que circunstância alguma justificaria a prática de um ato contrário ao Direito Internacional.

Apesar disto, não é possível afirmar que a conduta da vítima é de todo irrelevante no que concerne a proteção diplomática. Com efeito, esta pode acarretar a diminuição de uma possível indenização - ou sua exclusão -; ou mesmo à negação do endosso de sua reclamação por seu Estado patrial.⁸⁰

⁷⁶ “He who comes to equity for relief must come with clean hands.” Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection...* *op cit.* p. 212.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito...* *op cit.* pp. 462-463.

⁷⁹ De acordo com os autores que defendem a existência deste requisito, torna-se imperioso a comprovação da existência de um nexos causal entre a conduta da vítima e o dano. Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

⁸⁰ Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395.

Efetivamente, ainda que seja tratada por parte da doutrina internacional como pressuposto de admissibilidade, o fato é que a *Clean Hands Doctrine* parece possuir mais relevância como fator de dosimetria idenizatória do que alguma espécie de condição prévia para o exercício da proteção diplomática.

A questão foi abordada pelo Sexto Relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. A Comissão, apesar de reconhecer sua aplicação na prática internacional, arguiu que este entendimento é irrelevante para o instituto da proteção diplomática. Afinal de contas, parece-nos que prevalece o entendimento de que mesmo os criminosos têm o direito de ser defendidos internacionalmente.⁸¹

3. Da Proteção Funcional

A proteção exercida por organizações internacionais em favor de seus servidores possui teor semelhante à proteção diplomática. Ambas as formas de tutela visam salvaguardar o indivíduo de danos decorrentes de atos ilícitos internacionais. No entanto, a primeira não deve ser confundida com a segunda.

Os institutos diferem em pelo menos dois aspectos, portanto, vejamos:

O primeiro aspecto, naturalmente, refere-se ao sujeito que exerce a assunção da reclamação. Nesta modalidade de tutela, a proteção não mais é exercida pelo Estado ao qual o indivíduo é nacional, mas sim, pela organização internacional à qual este faça parte dos quadros institucionais.

Esta prerrogativa - como bem elucidada pela Corte de Haia em parecer consultivo -⁸² se justifica em razão da necessidade de se garantir a independência do agente e da própria organização. É essencial que o servidor, frente às complicações inerentes às

⁸¹ Document A/CN.4/546. p.4. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit..* pp. 330-331.

⁸² A Corte Internacional de Justiça deixou claro mediante parecer consultivo emitido em 11 de abril de 1949, que nos casos em que um servidor de uma organização internacional no exercício de suas funções e em circunstâncias que comprometam a responsabilidade de um Estado, venha a sofrer dano, a própria organização também estaria a sofrê-lo. International Court of Justice. Advisory opinion. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>

questões internacionais, sinta-se amparado e protegido pela instituição à qual faça parte, para que, assim, possa exercer suas funções de maneira efetiva e sem temor algum.⁸³

O segundo aspecto concerne o vínculo que legitima o endosso. Diferentemente da proteção diplomática, em que o endosso resta condicionado à confirmação da nacionalidade efetiva do indivíduo; a proteção funcional, a seu turno, resulta da função exercida pelo indivíduo na organização internacional.

Ademais, afirma Rezek, que deve-se dar preferência à proteção funcional em detrimento da proteção diplomática sempre que o servidor da organização sofra dano em serviço.⁸⁴ Em bom rigor, o instituto - semelhantemente à proteção diplomática - refere-se ao direito, corolário da personalidade jurídica inerente às Organizações Internacionais, de obter o ressarcimento de danos causados por Estados a seus agentes.⁸⁵

4. Condição de estrangeiro

Indubitavelmente, são estrangeiros aqueles - pessoas físicas ou jurídicas - que estão domiciliados ou em transito no território de um Estado e não são nacionais deste. Sob o prisma do Direito Interno, geralmente encontramos normas de cunho administrativo destinadas a reger as atividades do estrangeiro em território alheio; já sob a ótica do Direito Internacional geral, entende-se que os Estados devem assegurar aos estrangeiros liberdades compatíveis com uma existência e vivência humana dignas; isto significa um *standard minimum* de tratamento.⁸⁶

Por certo, os Estados possuem jurisdição sob aqueles - nacionais e estrangeiros - que encontram-se em seu território. Sob a ótica humanista, ambos são considerados entes humanos indistinguíveis entre si.⁸⁷ Ainda assim, a perspectiva jurídico-internacional nos apresenta oportunos encargos sob o intuito de salvaguardar determinadas garantias de

⁸³ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.*. pp. 348-349. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.*. p 462.

⁸⁴ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.*. pp. 348-349.

⁸⁵ Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.*. p. 283

⁸⁶ Brito, W. (2014). *Direito Internacional ... op cit.*. pp. 376-382. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 620-621.

⁸⁷ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 626.

cunho essencial aos estrangeiros para que não sofram possíveis arbitrariedades realizadas pelos órgãos do Estado em que se encontrem.

Em princípio, o Direito Internacional lega as competências da determinação da condição de estrangeiro ao direito interno dos Estados. Na prática, é de certo modo raro que as soberanias elaborem um corpo completo de regras paralelas destinadas a regular apenas os estrangeiros em seu território. Na grande maioria dos casos, comumente observa-se considerações fundamentais sobre a nacionalidade e certos direitos específicos não aplicáveis aos estrangeiros.⁸⁸

Compreendamos, portanto, se as soberanias possuem total liberdade de aplicação dos seus poderes internos no que se refere aos estrangeiros e até que ponto o Direito Internacional intervém como limitador da soberania estatal. Nesta senda, merece proeminência o estudo das figuras da *igualdade* e *standard minimum* de tratamento.

4.1. Doutrina da Igualdade de Tratamento

Sob o prisma da igualdade de tratamento - sem o embargo de disposições particulares de Direito interno -, os indivíduos e empresas que encontrem-se em dado território soberano, independentemente de suas nacionalidades, estarão sujeitos a tratamento uniforme; trata-se do princípio da assimilação do estrangeiro ao nacional.⁸⁹

De forma geral, este princípio e forma de tratamento funciona como uma espécie de garantia contra a discriminação abusiva de estrangeiros e, mais precisamente, dimana do princípio da igualdade dos Estados no que tange o domínio do tratamento destes sujeitos.⁹⁰

A despeito deste pressuposto, e em razão das questões inerentes ao interesse nacional das soberanias, é lícito aos Estados a recusa de certos benefícios e regras de

⁸⁸ Como os direitos políticos por exemplo. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 367-368.

⁸⁹ *Ibid*, p. 368.

⁹⁰ *Ibid*, pp. 369-370.

aplicação territorial, sobretudo no que tangem as atividades políticas e profissionais.⁹¹ As primeiras justificam-se pelo fato dos estrangeiros não serem considerados cidadãos do território soberano em que se encontram, e, portanto, não gozam de certos direitos cívicos e liberdades públicas inerentes à comunidade nacional. Em via de regra, não podem ser eleitores e são inelegíveis para as eleições públicas; bem como, costumam não poder figurar como funcionários detentores de autoridade pública como magistrados ou auxiliares da justiça.⁹²

Diferente é o caso das obrigações militares e do crime de traição. Na maior parte dos ordenamentos internos, os estrangeiros não são compelidos ao serviço militar obrigatório, nem, tampouco, podem incorrer em crime de traição.⁹³

Já as segundas, justificam-se principalmente em países cujo fluxo migratório torna necessário este tipo de medida. O interesse nacional em estipular condições distintas entre nacionais e estrangeiros, no que tangem as atividades profissionais, reflete diretamente o interesse de seus súditos ao preservá-los da competição alheia. Geralmente, o Direito interno dos Estados limita o acesso dos estrangeiros ao trabalho assalariado, às profissões liberais e ao comércio sob a justificativa de estabelecer uma política seletiva de acordo com as necessidades de sua Economia nacional. Tendo como exemplo a legislação interna francesa, devido aos fatores explanados *supra*, nota-se que a concessão de autorização de trabalho à estrangeiros está sujeita a condições diferentes das aplicáveis aos cidadãos franceses.⁹⁴

⁹¹ Nesta senda, ante os pressupostos de Direito Comunitário inerentes à ratificação dos acordos da União Europeia, aponta-se as dificuldades levantadas pelas cláusulas referentes à extensão de elegibilidade dada aos cidadãos da União em relação às eleições municipais. *Exempli gratia*, a França incluiu em sua Constituição um novo artigo neste sentido: “*Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article*”. Constitution de la République française (1958). Art. 88-3.

⁹² Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 369. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 629.

⁹³ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 369.

⁹⁴ *Ibid.*

Importa, todavia, ressaltar, que à luz do Direito Internacional Público, - mais especificamente sob o prisma do Direito consuetudinário - não exige-se um tratamento igual entre estrangeiros e nacionais. Em sintonia com grande parte dos acordos internacionais, é majoritariamente aceito o entendimento de que os Estados possuem o poder de distinguir entre nacionais e estrangeiros no tocante a condição de exercício profissional de algumas funções.⁹⁵

Posto isto, faz-se oportuno destacar que a limitação internacional - no tocante a discriminação interna de estrangeiros - aplicável aos Estados pode suceder de tratados e convenções internacionais pactuados por estes. Estes acordos internacionais normalmente estão intrinsecamente relacionados a certas condições mínimas de trabalho aplicáveis independentemente da nacionalidade dos trabalhadores; ou, estão relacionados a certos benefícios auferidos em decorrência de tratados - bilaterais ou multilaterais - que agraciam os nacionais das demais partes no acordo com vantagens convencionais comumente recíprocas.⁹⁶

Nesta senda, ou seja, em referência a estas cláusulas de tratamento preferencial, visa-se, sobretudo, garantir alguma igualdade entre estrangeiros e nacionais. Procura-se, pois, para as partes pactuantes, conceder aos estrangeiros condições análogas às conferidas aos nacionais. Usualmente, isto ocorre de forma recíproca e de acordo com o domínio específico do Tratado. Interessa ressaltar a aplicação limitada destes pressupostos; isto importa dizer que o escopo destas conjecturas se dá em favor de certas atividades ou atribui alguns direitos e não resulta numa assimilação integral do estrangeiro ao nacional.⁹⁷

Neste compasso, o Tratado de Roma introduziu diversas disposições acerca daquilo que se entende como “cidadãos da Comunidade” em relação a cada Estado-Membro e os

⁹⁵ Sobre este seguimento, cumpre destacar que o Pacto das Nações Unidas Sobre Direitos Econômicos em seu artigo 2º não cita a nacionalidade como uma das formas proibidas de discriminação. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*. p. 369.

⁹⁶ Combacau refere-se a estas vantagens convencionais como “tratamento preferencial”. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*. p. 370.

⁹⁷ “C est ce qui apparait dans les traites portant spécialement sur la condition des étrangers établis dans un pays (conventions d établissement ou traites concernant la fiscalite, la securite sociale, etc)”. Combacau refere-se a estas vantagens convencionais como “tratamento preferencial”. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*. p. 370.

nacionais de outros. A título de exemplo, os artigos 48º, 52º e 59º estabeleceram amplas igualdades de tratamento em relação à circulação de trabalhadores; à liberdade de estabelecimento para atividades não remuneradas; e à livre prestação de serviços.

4.2. Doutrina do *Standard Minimum* de Tratamento

Considerado princípio garantidor de direitos pelo Direito Internacional clássico e consolidado através da prática diplomática e jurisprudencial; o princípio do *standard minimum* de tratamento reconhece a obrigação das soberanias em tratar o estrangeiro de acordo com garantias congruentes com a prática média dos países “civilizados”.⁹⁸

Por certo o Estados em sua singularidade detêm normas de Direito Interno das mais variadas configurações e que atribuem distintas garantias que consideram fundamentais. Ante este pressuposto, o *standard minimum* visa determinar uma forma adequada de tratamento em relação àqueles sob a jurisdição de uma soberania.

O princípio justifica-se - e assim é defendido pelas potências que compõem o núcleo da esfera internacional - especialmente no que tange o tratamento dado aos estrangeiros em novos Estados e países em desenvolvimento; com efeito busca-se a exigência de um tratamento condizente com garantias fundamentais salvaguardadas pelo *jus gentium* (propriedade privada, segurança pessoal, etc).^{99 100}

Isto é, caso o indivíduo declare ser vítima da violação deste *standard minimum* de tratamento e demonstre a impossibilidade de reparação através das cortes locais, poderá - o

⁹⁸ Cfirm. Díez de Velasco, pode-se afirmar que consubstanciam o *standard minimum* de tratamento ao menos: “(...) el (derecho) de ser protegida su vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada en contra de los esxtranjeros; derecho a no ser detenidos arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído; derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos; tener asegurado el libre acceso a los Tribunales y no ser discriminado ante ellos por razones de nacionalidad que va íntimamente ligado a la responsabilidad internacional del Estado por denegación de justicia; derecho de poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como son los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, a los admitidos en la mayoría de los Estados como derechos de familia (...)” . Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 629. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*, p. 371.

⁹⁹ Combacau e Sur salientam que parte da doutrina compreende que o princípio do *standard minimum* de tratamento internacional serviu para justificar o uso unilateral do instituto da proteção diplomática. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*, p. 371.

¹⁰⁰ Verdross, A. (1957). *Derecho Internacional Público*, pp. 264-269, 2a edición, Aguilar, Madrid.

Estado ao qual é nacional - agir internacionalmente sob o intento de exigir a retificação ou reparação do ato.¹⁰¹

Nota-se que o princípio baseia-se - e leva em consideração - quesitos casuísticos para julgar *a posteriori* a conduta questionável do Estado; ou melhor, analisa-se se a soberania supostamente autora de ato ilícito internacional - ao violar este *standard minimum* de tratamento - possuía os recursos necessários para garantir que seus serviços públicos pudessem tratar de forma legalmente adequada os estrangeiros sob sua jurisdição.¹⁰² Sua persistência se dá tanto pela falta de uma contestação expressa e suficientemente geral de seu conteúdo e corolários jurídicos; quanto por sua frequente aparição e reafirmação em instrumentos internacionais convencionais.¹⁰³

Neste seguimento, o Estado possui tanto obrigações de ação quanto de abstenção. As primeiras compreendem a organização e funcionamento dos serviços públicos sob o intuito de proteger as prerrogativas fundamentais dos estrangeiros. O Estado deve atentar-se também a critérios preventivos empregáveis a seus meios administrativos a título de de prevenir danos razoavelmente previsíveis. Já as obrigações de abstenção, referem-se a ideia de que o Estado não deve expor o estrangeiro a procedimentos ou tratamentos anormais ou mesmo realizar requisições arbitrárias em decorrência de sua nacionalidade; do mesmo modo, deve possibilitar e permitir que o estrangeiro informe suas autoridades nacionais - sobretudo as diplomáticas - caso assim deseje.¹⁰⁴

Destarte, não é admissível a ocorrência de letargia pelos poderes administrativos, judiciários, policiais e afins em relação às demandas ou prerrogativas dos estrangeiros. Tais ocorrências presumem a cumplicidade tácita do Estado para com os autores do ato ilícito realizado.

¹⁰¹ Seja através da proteção diplomática ou de outro meio legal à sua disposição. Warbrick, C. (2002). « Diplomatic representations and ... » *op cit.*, pp. 723-733. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho...* *op cit.*, p. 625.

¹⁰² Deve-se ter em conta situações específicas em que uma redução do nível de tratamento é inevitável. Durante crises excepcionais como insurreições e guerras civis por exemplo, o Estado, naturalmente, não dispõe de seus meios administrativos e afins da mesma maneira que o dispusera outrora. Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International...* *op cit.*, p.372.

¹⁰³ *Ibid*, pp. 371-372.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 372.

Por fim, acentua-se que sobre a responsabilidade do Estado ao qual o estrangeiro esteja sob jurisdição, sua justificativa repousa não apenas no ato lesivo em si; mas também na incompetência do sistema judicial hábil em providenciar a reparação do dano sofrido ou a repressão do causador deste.¹⁰⁵

Em linhas gerais, o princípio visa assegurar o mínimo fundamental de garantias aos indivíduos que encontrem-se no exterior; emanando o tratamento médio dado aos estrangeiros pelos Estados consolidados e bem constituídos. Isto importa tanto na obrigação de não discriminação, quanto no encargo de possibilitar o acesso a uma justiça que ofereça garantias jurídicas suficientemente aceitáveis.

5. Considerações Críticas

Diante deste arcabouço teórico, percebe-se não só a natureza jurídica do instituto da proteção diplomática - e os pré-requisitos para que o Estado possa exercê-la -; como também sua finalidade asseguradora de prerrogativas e garantias de Direito Internacional Público. O instituto visa, fundamentalmente, salvaguardar - com certo grau de isonomia - o peregrino vítima de ato ilícito internacional praticado por uma soberania; ou seja, através do endosso de sua demanda por seu Estado pátrio.

Para que entendamos a compostura do ato ilícito internacional danoso, faz-se necessária não só uma maior compreensão das figuras de tratamento do estrangeiro - em especial aquilo que se compreende como *standard minimum* de tratamento -; como também, ressignificar a própria condição de estrangeiro como pressuposto de direitos e prerrogativas em relação ao Estado cujo território encontre-se.

Em bom rigor, um *standard minimum* de tratamento simboliza o mínimo fundamental de garantias em benefício dos estrangeiros através do tratamento médio exercido pelos Estados bem consolidados. A importância desta figura de tratamento para o instituto da proteção diplomática repousa justamente em sua obrigatoriedade perante os sujeitos do Direito Internacional; ou seja, a incidência destes em ato ilícito internacional caso violem as prerrogativas de tratamento garantidas aos indivíduos que não estejam em

¹⁰⁵ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* pp. 372-373.

solo pátrio. Este preceito *per si* possui como corolário a possibilidade de endosso - naturalmente após observados os pré-requisitos inerentes ao ato - do Estado em relação a seu nacional que, na qualidade de estrangeiro, tenha sofrido um dano resultante da violação do *standard minimum* de tratamento.

Cabe ressaltar a parca relevância da figura da igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais. Apesar de sua prática pelos Estados visar, essencialmente, a diminuição da discriminação abusiva de estrangeiros; convém frisar que nenhum preceito do Direito Consuetudinário obriga as soberanias a tratarem os estrangeiros de maneira análoga a seus nacionais. Com efeito, a prerrogativa de distinção - ou não - do estrangeiro em relação ao nacional resta configurada como domínio reservado aos Estados.

Resta estabelecido, também, que o endosso da causa configura um direito do Estado a ser exercido mediante conveniência e oportunidade. Os diversos ensaios e posicionamentos doutrinários acerca da Cláusula Calvo e da impossibilidade de abdicação de um direito alheio ao indivíduo - e conseqüentemente próprio do Estado - confirmam esta premissa; o endosso é ato discricionário pertencente ao Estado.

Para todos os efeitos, o Estado torna-se *dominus litis* da demanda; ou seja, age a seu exclusivo critério. Para ilustrar este fato, em se tratando de particular vítima do ato ilícito danoso, nota-se que nenhuma regra de Direito Internacional Público sequer obriga o Estado a repassar alguma espécie de compensação pecuniária que venha a adquirir através do pleito internacional. Nesta seara, a prática internacional parece seguir mais os preceitos da moral e da ética do que os de Direito Internacional *pur sang*.

Menciona-se que o instituto não resta estático através dos anos. Isto é comprovado especialmente ao debruçarmo-nos sob as condições *sine qua non* para a concessão do endosso. A condição patrial, por exemplo, e a necessidade de comprovar-se um vínculo efetivo de nacionalidade¹⁰⁶ são duramente refutadas tanto pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas quanto por grande parte da doutrina internacional. Como afirma a Comissão: “For the purposes of diplomatic protection (...) a State of nationality

¹⁰⁶ Por “vínculo efetivo de nacionalidade” entenda aqueles que não decorrem de um processo de naturalização; mas sim, dos critérios *jus soli*, *jus sanguinis* ou uma mescla de ambos.

means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States or in any other manner, not inconsistent with international law”.

Há ainda as exceções da apuração da nacionalidade criadas a partir da própria dinâmica das relações internacionais. De acordo com Accioly, a proteção diplomática pode ser exercida em favor de terceiros - ou seja, não nacionais - em situações que envolvam violações de Direitos Humanos. Em sentido paralelo, consubstancia este posicionamento a decisão proferida no emblemático Caso Barcelona Traction: *“an essential distinction should be drawn between obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. In view of the importance of the rights involved [in the former], all States can be held to have a legal interest in their protection”*.

Sob auspícios semelhantes aos de Accioly, o renomado jurista britânico Malcolm Shaw favorece a tese de que a proteção diplomática também pode ser exercida em favor de apátridas e refugiados desde que residam de maneira legal e habitual em determinado território na data em que o dano tenha ocorrido.

O fato é que o instituto da proteção diplomática não demonstra ser inflexível perante as violações de Direitos Humanos que circundam as relações globais. Mesmo o duplo grau de exigência atinente a apuração da “nacionalidade contínua” - ou seja, a averiguação do vínculo patrial do indivíduo no momento do dano e sua permanência ininterrupta no momento da reclamação - não resta imune de certa maleabilidade. Ferrão aponta-nos ao menos duas situações em que o preceito não deve ser aplicado: nos casos de anexação de território ou aquisição de independência; e nos casos de transferência do interesse na reparação do dano para indivíduos que possuam nacionalidade distinta a do indivíduo lesado.

Cumprido destacar que o desenvolvimento jurisprudencial promovido pelos Casos *Mavrommatis*; *Nottebohm*; e *Barcelona Traction*, apesar de significativos no que tange a opinião da CIJ acerca do instituto, parecem permear mais o campo conservador do que o progressivo.

Ante a comprovada “flexibilidade” circunscrita ao instituto e demais considerações *supra*, faz-se oportuno questionar a própria discricionariedade intrínseca ao ato, em especial, no que concerne a atual posição do indivíduo no plano internacional em decorrência do processo de humanização do Direito Internacional e a consequente emergência das normas peremptórias de Direito Internacional geral.

CAPÍTULO II - Considerações Sobre o Processo de Humanização do Direito Internacional

Verdadeiramente o Direito Internacional clássico - amadurecido por ideais humanistas emergentes - deixou de tratar das relações privadas e, sob um ponto de vista universalista, passou a ser associado ao próprio ser humano e ao cumprimento de suas necessidades fundamentais. De acordo com Cançado Trindade, os escritos daqueles que integram a denominada Escola Espanhola, os ensaios grocianos e, ainda, o pensamento doutrinário do alemão Christian Wolff foram fatores essenciais para esta concepção humanista do Direito Internacional.¹⁰⁷

De fato, a percepção tida por Vitoria e Suarez de que o *jus gentium* abarcava não apenas as soberanias, mas, também, os povos e indivíduos - mesmo sem o consentimento destes -, ou seja, a prevalência do entendimento de que o Direito obriga tanto os governados quanto os governantes e, de maneira semelhante, a primazia dos interesses da Comunidade Internacional em relação aos interesses individuais dos Estados; refletem os fundamentos que incorporam essa concepção humanista do Direito e possibilitaram a defrontação entre o *jus necessarium* e *jus voluntarium*.¹⁰⁸

A doutrina emanada pela Escola Espanhola traduziu-se na formação e consolidação do *jus gentium* imbuído do respeito às liberdades soberanas dos Estados e dos indivíduos e dotado de âmbito universal. Segundo os autores, o Direito das Gentes denota a unidade dos seres humanos e a relação jurídica dos entes soberanos *inter se* e destes em relação a seus súditos.¹⁰⁹

Com efeito, na visão de Suárez, o *jus gentium*, para além de exceder o *jus civile*, é constituído por costumes e preceitos detentores de justiça e equidade, compartilhados por

¹⁰⁷ Trindade, A. (2006). *A humanização do Direito Internacional*, pp. 6-7, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

¹⁰⁸ De acordo com Trindade, mesmo decorridos mais de quatro séculos, os preceitos expostos por Vitoria detêm notável atualidade. Trindade, A. (2006). *A humanização do... op cit.* pp. 8-10.

¹⁰⁹ *Ibid*, pp. 10-11.

toda a humanidade; resultando numa concepção jurídica harmônica e estreitamente correlacionada ao direito natural.¹¹⁰

Já o entendimento grociano, possui uma abordagem alicerçada na sociedade civil em si. De acordo com o autor, o Estado não deve representar um fim em si próprio; mas sim, um instrumento para garantir o ordenamento social de acordo com a natureza humana; não sendo razoável, pois, o poder ilimitado dos Estados e a consequente obediência absoluta dos indivíduos. A valer, o Estado possui direitos e obrigações e, igualmente, os indivíduos que o compõe. Neste contexto, há, efetivamente, e sob auspícios grocianos, a concepção da possibilidade de defesa dos Direitos Humanos mesmo contra o Estado soberano e a percepção de que a Comunidade Internacional não pode basear-se exclusivamente na vontade singular dos Estados.¹¹¹

Cançado Trindade descreve como lastimável a suplantação dos princípios estabelecidos por Grócio e pela Escola Espanhola pela emergência do voluntarismo jurídico semi-absoluto atribuído aos Estados. A eminência deste entendimento positivista acabou por circunscrever o direito dos seres humanos àquilo que os Estados concebiam em detrimento de uma abordagem universalizada e dotada de um *standard minimum* de tratamento.¹¹² Consequentemente, o que apurou-se foi o “enfraquecimento” do Direito Internacional na medida em que suas normas aplicar-se-iam majoritariamente *inter* Estados.¹¹³

Este retrocesso histórico-jurídico - afinal, não há outro termo cabível ao contexto apresentado - influenciou a evolução e desenvolvimento do Direito Internacional Público, sobretudo, no fim do século XIX e até a metade do século seguinte. Rechaçou-se, pois, veementemente, o reconhecimento do ser humano como sujeito de Direito Internacional

¹¹⁰ Trindade, A. (2006). *A humanização do... op cit..* p. 11.

¹¹¹ *Ibid*, pp. 11-12.

¹¹² Como visto na seção 4.2. da presente dissertação.

¹¹³ Trindade, A. (2006). *A humanização do... op cit..* pp. 14-16.

dotado de direitos e obrigações; o que, conseqüentemente, promoveu a falsa ideia da onipotência dos Estados.¹¹⁴

Entretanto, a partir de meados do século passado, tornou-se possível observar uma nova emergência destes preceitos humanistas do *jus gentium* ante o conservadorismo inerente ao argumento voluntarístico até então sustentado; possibilitando, portanto, uma avaliação efetiva do direito positivo através de um padrão de justiça verdadeiramente equitativo e alheio à disparidade de poderes e influência internacional.¹¹⁵

A verdade é que a própria dinâmica das relações internacionais acabou por deteriorar a concepção clássica do Direito Internacional voluntário regido inteiramente pela vontade dos Estados. É desta forma que a visão positivista demonstra ser ineficaz em justificar o processo de formação das normas do Direito Internacional geral; com efeito, apenas poder-se-ia explicar satisfatoriamente os fundamentos deste processo constitutivo através da percepção de uma consciência jurídica universal.¹¹⁶

Poder-se-ia dizer que a concepção humanizada e universalizada do Direito Internacional demonstra estar alicerçada em ideias substancialmente eivadas de fundamentos do jusnaturalismo - com efeito, Cançado Trindade por diversas vezes reitera este *dictum* em seu ensaio “a Humanização do Direito Internacional” -; entretanto, ainda que os preceitos idealizados tanto pela doutrina defensora do *jus naturale*, quanto por parte da doutrina jusinternacionalista mais lúcida, aparentem conciliar ideais universalmente humanistas, ou seja, “a construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça; há de atentar-se que a concepção hodierna do *jus gentium* - e conseqüentemente do processo de humanização do Direito Internacional - aparenta fundamentar-se mais em valores axiomáticos, palpáveis e comuns à Comunidade Internacional do que em princípios mais

¹¹⁴ Trindade, C. (2006). *A humanização do... op cit.*. pp. 16-19.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 14.

¹¹⁶ *Ibid*, p.11.

subjetivos e por conseguinte menos tangíveis, como, por exemplo, a *lex aeterna* de Aquino.¹¹⁷

Decerto o período em que vivemos é inteiramente distinto da época de Vitoria, Suarez e dos demais precursores da Escola Espanhola. Ainda assim, o que percebe-se - em especial ao observar-se as sete últimas décadas - é o renascimento de ideais que reforçam a universalidade dos direitos inerentes aos seres humanos na mesma medida em que limitam as manifestações arbitrárias das soberanias.¹¹⁸

De maneira semelhante, observa-se o surgimento de diversos mecanismos jurídico-internacionais que visam, sobretudo, salvaguardar as garantias e liberdades fundamentais dos seres humanos.

No *jus gentium* do século XXI, o ser humano surge como como sujeito detentor de obrigações e prerrogativas de Direito Internacional, podendo utilizar-se, inclusive, dos meios processuais para reivindicá-los. De fato, um dos fatores que corrobora com a evolução do Direito Internacional à um patamar mais humanizado resta na ampla concepção da personalidade jurídica internacional. Hodiernamente, o indivíduo na qualidade de ser humano ocupa o posicionamento cêntrico que lhe condiz, ou seja, é, efetivamente, sujeito de direito interno e de Direito Internacional. Ainda, nesta mesma senda é que se discute a criminalização das violações graves de Direitos Humanos e a consagração do princípio da jurisdição universal.¹¹⁹

Nas palavras de Cançado Trindade, a emancipação internacional do ser humano representou uma verdadeira revolução jurídica; comprovada e incontestavelmente consolidada através do direito de petição individual reconhecido no âmbito da proteção internacional dos Direitos Humanos ao menos pelos sistemas jurídico-internacionais

¹¹⁷ Trindade, A. (2006). *A humanização do... op cit.*. pp. 13-14.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 14.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 17.

européu¹²⁰ e interamericano¹²¹. Com efeito, e sob a primazia da “*raison d’humanité*” em detrimento da “*raison d’État*”, os sujeitos do Direito Internacional efetivamente deixaram de ser constituídos exclusivamente por entidades territoriais e organizacionais.¹²²

É nesta senda que o professor Cançado Trindade - à época, na qualidade de juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos -, dispõe, em opinião individual no Caso conhecido como *Massacre of Pueblo Puello*, que o acesso à justiça em sua completude repousa no domínio das normas *iuris cogentis*, e, portanto, configura uma norma imperativa de aplicação universal e ensejaria ainda, obrigações *erga omnes*.¹²³

Com efeito, o processo de evolução do *jus gentium* é percebido através da paulatina eclosão da reciprocidade e da consideração dada a preceitos fundamentais à Ordem Pública Internacional; cujo reflexo prepondera na concepção das normas imperativas de Direito Internacional geral¹²⁴ geradoras de obrigações *erga omnes* - devidas à toda a Comunidade de Estados-.¹²⁵

Verdadeiramente, sob o contexto dos Direitos Humanos e sob os auspícios daquilo que compreende-se como ordem pública internacional, deve-se compreender que as normas de *jus cogens* representam valores fundamentalmente superiores a outras normas do *jus gentium* e, da mesma forma, comuns a toda a Comunidade Internacional. Estas proeminentes normas peremptórias de Direito Internacional geral decerto baseiam-se inteiramente em conceitos correlacionados ao respeito pelos direitos do homem.¹²⁶

¹²⁰ “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito“. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. (1950). art. 34.

¹²¹ “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte“. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (1969). art. 44.

¹²² Trindade, A. (2011). *The Access of Individuals to International Justice*, pp. 15-16, Oxford University Press, Oxford.

¹²³ *Ibid*, pp. 196-197.

¹²⁴ Vejamos no capítulo III acerca das normas de *jus cogens*.

¹²⁵ Trindade, A. (2006). *A humanização do... op cit..* pp. 117-118.

¹²⁶ Trindade, A. (2011). *The Access of... op cit..* p. 197.

Façamos, portanto, uma minuciosa caracterização das normas detentoras de caráter *iuris cogentis*, para que, por fim, possamos avaliar se a violação destas em desfavor de um indivíduo seria capaz de afastar a discricionariedade inerente ao instituto da proteção diplomática.

CAPÍTULO III - A Figura do *jus cogens* no Direito Internacional Público

Como bem sabemos, o Direito Internacional Público compreende normas e princípios sistemáticos submetidos a costumeiras regras de aplicação e interpretação. Esta complexa conjuntura ordenamental viabilizadora de soluções jurídico-internacionais mostra-se ainda mais efetiva através da apreciação e elaboração doutrinária; e reflete na própria compostura da Comunidade Internacional.^{127 128} Para além destes princípios figuram regras de direito cogente; detentoras de força jurídica própria e que destacam-se por estarem além do alvedrio e da aquiescência dos sujeitos do Direito das Gentes, isso resulta, com efeito, das normas de *jus cogens*.¹²⁹

Estas normas refletem o *jus strictum* do Direito Romano em contraposição ao *jus dispositivum*, ou seja, limitam a liberdade dos sujeitos de Direito Internacional Público - digo Estados e Organizações Internacionais - na conclusão de Tratados e na realização de atos unilaterais.¹³⁰

Para já, faz-se oportuno distinguir as normas internacionais advindas do *jus dispositivum* - estas bastante numerosas -, e as oriundas do Direito imperativo ou peremptório - estas notadamente mais escassas-. Naturalmente, as normas provenientes do Direito dispositivo possuem como finalidade a satisfação de interesses individuais e comuns aos Estados pactuantes; sendo assim, mediante o procedimento adequado, podem - os Estados - modificar seu conteúdo ou excluir sua aplicação mútua de acordo com seus

¹²⁷ Cfm. Díez de Velasco, aquilo que compreendemos como “Comunidade Internacional” - pela insuficiência de laços materiais de solidariedade - ainda encontra-se em processo de cristalização. Para o autor, o termo refere-se a um imprescindível ponto de referência utópico e estratégico para as relações internacionais. Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 93.

¹²⁸ Miranda, J. (2012). *Curso de Direito Internacional Público*. p. 115. 5ª edição. Editora Príncipia. Cascais.

¹²⁹ Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 117. | Nasser, S. (2005). « Jus cogens: ainda esse desconhecido » in *Revista DireitoGV*, v.1, n.2, pp 161-178, São Paulo. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 117. | Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens? » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, pp. 117-140, Geneva.

¹³⁰ Neste sentido, Grandino Rodas explana que o princípio da liberdade contratual dos Estados acaba por ser circunscrito pelo *jus cogens*. Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em Direito Internacional » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol LXIX, fasc. II, pp. 125-136, São Paulo. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional Público*, p. 279-280, 3ª edição, Editora Almedina.

próprios interesses nacionais. Já as regras imperativas de Direito Internacional geral, não admitem a exclusão ou modificação de seu conteúdo - senão pela superveniência de uma norma de mesma natureza -, e devido a seu grau representativo de interesses coletivos da Comunidade Internacional, não admitem nenhum ato contrário a si; ou seja, ensejam certa obrigatoriedade aos sujeitos de Direito Internacional.¹³¹

Haja vista a importância e complexidade destas normas, às destrincharemos através dos subcapítulos seguintes. Especial ênfase será dada: à uma breve conceitualização histórico-doutrinária; à sua natureza jurídica; à sua posição na hierarquia de fontes e normas do Direito Internacional; à seu estabelecimento como norma *iuris cogentis*; à especificação de seu conteúdo; à sua abordagem pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados; à possibilidade de um *jus cogens* regional; à jurisprudência internacional envolvendo o *jus cogens*; aos Últimos desenvolvimentos da matéria pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; e, aos efeitos decorrentes da violação das normas de *jus cogens*.

1. Breve Conceitualização Histórico-Doutrinária

O contexto da emergência contemporânea das supracitadas normas é de essencial teor para uma melhor compreensão de seu desenvolvimento. Afirma Miranda que após os nefastos eventos da segunda grande guerra e frente ao forte anseio internacional pela segurança coletiva em detrimento - muitas vezes - da soberania estatal; alguns eventos detentores de certa substância jurídica em especial foram determinantes para que se desse o reconhecimento das regras de *jus cogens*.¹³²

¹³¹ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 93-94.

¹³² *Ibid.* p. 118.

Notadamente, o advento da Carta das Nações Unidas¹³³; o acórdão do Tribunal de Nuremberg¹³⁴; as Convenções de Genebra; os diversos tratados de direitos do homem; as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais; o projeto de artigos proposto pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; e, ainda, a criação do Tribunal Penal Internacional¹³⁵, foram fatores determinantes e conducentes à afirmação destas normas.

No entanto, Baptista, sob o argumento de que os traços característicos do Direito Internacional hodierno se solidificaram através de uma abordagem metodológica ordenada e possibilitada pela atuação do plano doutrinário; resultando numa concepção científica do Direito das Gentes, defende que o primórdio do *jus cogens* remota à meados do século XVI. Nesta senda, merece proeminência - sobretudo sob o prisma histórico-jurídico - a denominada Escola Espanhola.¹³⁶

Os escritos do precursor desta Escola - Francisco de Vitoria - funcionam como alicerces teóricos à concepção contemporânea do *jus cogens*. O professor salamanquino defendia que o Direito Internacional, ainda que acolhedor de normas de Direito Natural, é

¹³³ “A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no Art. 1, agirão de acordo com os seguintes princípios: (...) A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais” e “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.” Carta das Nações Unidas. (1945). Art. 2º, no 6 e 103º, no 1.

¹³⁴ “O acórdão do Tribunal de Nuremberg declarou nulo o convênio entre o Governo Francês e o governo alemão pelo qual os prisioneiros de guerra eram obrigados a trabalhar em fábricas de armamento alemãs.” Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit..* p. 118.

¹³⁵ “The ICC became a permanent tribunal to prosecute individuals for genocide, crimes against humanity, and war crimes.” Hanhimaki, J. (2008). *The United Nations: A Very Short Introduction*. p. 122. Oxford University Press. Oxford.

¹³⁶ Há de se atentar também à posição defendida por um dos prógonos do positivismo jusinternacionalista, Richard Zouche. A despeito de sua postura notadamente positivista, Zouche assimila que os Estados não devem estar obrigatoriamente sujeitos a seus contratos internacionais quando estes resultarem em injúria pública - *laesio enormis* -. Zouche apud Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.25 e 95.

um direito fundamentalmente positivo, posto que suas normas são majoritariamente baseadas no arbítrio da Comunidade Internacional - *ex pacto et conducto* -.¹³⁷

Ainda que Vitoria não confirme explicitamente o caráter *iuris cogentis* de determinadas normas de Direito Internacional Público, o faz quanto ao Direito Natural, pois o julga inalterável, imperativo e externamente exigível.¹³⁸

Sob auspícios semelhantes, Domingo de Soto defendia que o Direito Natural também gozava das mesmas características defendidas por Vitoria; reiterando o argumento de que o Direito das Gentes é positivo e conseqüentemente distinto do Direito Natural.

Para além disto, o autor sugere que certas normas de Direito Internacional positivo são detentoras de imperatividade, ou seja, estas não estariam sujeitas à desvinculação ou descumprimento pelos sujeitos do Direito das Gentes - *exempli gratia* a proibição da escravização de prisioneiros de guerra cristãos em contrapartida à permissividade do Direito das Gentes geral à época -. Esta afirmação leva parte da doutrina - *vide* Baptista - a crer que Domingo de Soto foi o primeiro autor a defender a existência das normas *iuris cogentis* de Direito Internacional positivo.¹³⁹

Parece sensata a posição de Quadros, Gonçalves e Baptista acerca deste argumento, ao afirmarem que o Direito Internacional baseia-se na vontade coletiva da Comunidade Internacional e não seria lógica a possibilidade de desvinculação de uma ou outra soberania em relação a normas que pressupõem interesse de todas as Nações.¹⁴⁰

Deve-se atentar também aos escritos de Bodin - considerado por parte da doutrina um dos primeiros a elaborar uma análise empírica dos tratados -. O autor defendia categoricamente que os tratados não devem ser cumpridos quando forem de encontro às

¹³⁷ “el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en certa manera forma una república, tiene poder de dar leyes iustas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. (...) Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.” Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.26.

¹³⁸ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.26.

¹³⁹ De igual modo, Balthazar Ayala defende a natureza imodificável do Direito Natural; bem como, a superioridade e inderrogabilidade deste ante o Direito Internacional. Ayala apud Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp. 27-28.

¹⁴⁰ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 118. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.26.

normas do próprio Direito das Gentes e deveriam sujeitar-se ao Direito Natural; bem como, adotava o posicionamento de que o Direito Consuetudinário não poderia ser derogado por um tratado, reputando, portanto, caráter *iuris cogentis* aos Costumes Internacionais.

Quanto à última afirmação, convém a ressalva de que a despeito de ser possível a existência de Direito costumeiro detentor de caráter *iuris cogentis*, a afirmação de Bodin ante a concepção contemporânea das normas de *jus cogens* parece ser descomedidamente ampla, uma vez que normas advindas do Direito Consuetudinário não detentoras de caráter *iuris cogentis* podem ser derogadas por tratados e vice-versa.¹⁴¹

Já Grotius, em contrapartida ao entendimento clássico da doutrina à época - incluindo a denominada Escola Espanhola -, acreditava que, para além da imutabilidade deste, o Direito Natural constituía um ordenamento de regras imperfeitas cujo foro parecia ser mais o da consciência que o da realidade jurídica.¹⁴²

O autor defendeu a ideia de que há uma distinção clara entre o *ius divinum* (primário) e o *ius dispositivum* (secundário); este último, para além de manifestar-se através da vontade dos homens, gozava de voluntarismo e mutabilidade. Já o primeiro, resultaria da razão intrínseca à própria natureza humana, dispondo de imperatividade, imodificabilidade, obrigatoriedade e exigibilidade externa. Em outros termos - e nas palavras de Brito -, a natureza e a vontade concorrem para formação do direito e para esclarecer a génese deste.¹⁴³

O famigerado jurista refuta o argumento sustentado por boa parte da denominada Escola Espanhola de que o Direito Internacional fundamentava-se na *lex aeterna*, passando a sugerir uma abordagem alicerçada na natureza humana.

Além disto, Grócio refere-se ao menos quinze vezes acerca do *jus cogens* em seu ensaio “*De jure belli ac pacis*”, sob a denominação de *ius strictum*. O autor cita, ainda,

¹⁴¹ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.30. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 118.

¹⁴² Em conformidade à tese de Grotius, aderem os juristas Samuel Rachel e Samuel Pufendorf. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.34-35 e 95-96.

¹⁴³ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.34-35. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 84-87. | Fiori, P. (1894). *Tratado de Derecho Internacional Público: Tomo primero*, pp. 68-71, 2a edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

algumas regras que não poderiam ser derogadas através de tratados bilaterais: os princípios da liberdade comercial e dos mares.¹⁴⁴

A datar do século XVIII, o alemão Christian Wolff em sua obra intitulada “*Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*”, alega a existência daquilo que denomina Direito Necessário das Gentes - ou “necessary law of nations” -. É favorecida a tese de que o termo *supra* refere-se ao Direito natural aplicável às nações de maneira imperativa e imutável, ou seja, nenhuma nação poderia desvincular-se destas normas e tampouco desobrigar outras soberanias de seu cumprimento.¹⁴⁵

O autor defende que tal Direito possui alguns efeitos externos - como a equidade nos tratados - no entanto, quase de maneira antagônica, interpreta que a iniquidade destes não é necessariamente uma causa de invalidade. Não obstante, Wolff reputa este Direito Necessário inerentemente imperfeito denotando-lhe parca relevância jurídica ante o Direito positivo.¹⁴⁶

Faz-se oportuno mencionar que a concepção predominante acerca das obrigações internacionais se davam *inter*-Estados e raramente eram compreendidas como obrigações devidas à Comunidade Internacional emergente. O mais trivial era que os Estados apenas enxergassem suas obrigações diretas a outros Estados singularmente.¹⁴⁷

A despeito desta concepção, determinados interesses comuns decerto favoreceram a emergência e consolidação de uma futura Comunidade Internacional e, conseqüentemente, a consciência soberana de que certas obrigações lhe eram devidas. Isto posto, poder-se-ia dizer que estes “interesses comuns” - no século XVII e XVIII - estavam presentes, ao menos, no Direito marítimo. Verdadeiramente, no período estipulado, o princípio da liberdade dos mares e o repúdio à pirataria¹⁴⁸ estavam em processo de formação. De

¹⁴⁴ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 118, | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.32-35.

¹⁴⁵ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.99.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Hannikainen, L. (1988). *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, p. 35, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 36.

acordo com Hannikainen, após 1815, a proibição da apropriação de partes do alto-mar já poderia ser considerada uma norma peremptória de Direito Internacional geral.¹⁴⁹

No século XIX e primórdios do século XX, observa-se a incidência de ao menos três pensamentos doutrinários de certa relevância no que tange o *jus cogens*; há autores que rejeitem - mesmo que de maneira latente - a existência das normas imperativas de Direito Internacional¹⁵⁰; que advoguem a sustentação destas regras no Direito Natural¹⁵¹ na moral ou mesmo na expectativa de que estes valores morais venham a ser positivados; e, aqueles que defendem que as normas de natureza *iuris cogentis* possuem base no Direito positivo.

A conclusão que se chega acerca do posicionamento doutrinário apurado nos períodos demonstrados é a de que em se tratando dos primeiros estudos desta figura jurídica - a despeito de não ser possível constatar uma unanimidade doutrinária neste sentido - nota-se a aceitação pela maior parte dos autores da existência de regras jurídicas inderrogáveis perante a vontade singular dos Estados. Depois, a partir de meados do século XIX e início do século XX, é possível observar que a grande maioria dos autores posicionam-se a favor da existência e consagração de normas de natureza *iuris cogentis*. Consubstancia esta afirmação a exponencial constatação de tratados nulos ou inválidos em decorrência de objeto ilícito.¹⁵²

Insista-se que para já, em se tratando da natureza jurídica do *jus cogens*, afasta-se a tese de que este advém do Direito Natural.

¹⁴⁹ Hannikainen, L. (1988). *Peremptory Norms (jus cogens) ... op cit..* pp. 35-36.

¹⁵⁰ Nesta senda, Wright resume-se a defender o princípio *pacta tertiis non nocent* e a interpretação dos tratados de acordo com o Direito Consuetudinário em vigor. Wright, Q. (1917). « Conflicts Between International Law and Treaties » in *The American Journal of International Law, Vol. 11, No. 3*, pp. 566-579. Cambridge University Press, Cambridge.

¹⁵¹ “El Derecho Internacional moderno rechaza la propiedad del hombre sobre el hombre, y considera la esclavitud en contradicción con la ley natural y con los derechos de la humanidad”. Fiori, P. (1894). *Tratado de Derecho ... op cit..*, p. 90.

¹⁵² Apesar dos períodos tratados demonstrarem estar imperados pela planta soberania dos Estados e pelo positivismo radical, deve-se atentar aos “tratados alienadores da soberania por parte de um monarca não soberano; aos tratados perniciosos para o Estado ou que imponham o recurso a uma guerra injusta; aos tratados violadores da liberdade do Alto Mar; aos tratados defensores da pirataria; aos tratados que ofendam o princípio das nacionalidades; e, aos que consagrem violações de determinados direitos individuais”, estes, muitas vezes declarados inválidos ou nulos por possuírem objetos ilícitos devido a normas de natureza *iuris cogentis*. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp. 181-182.

Na realidade, parece ser mais sensata a posição de que ante a evolução histórica do Direito Internacional Público impulsionada pela prática internacional e pela doutrina; frente à noção jurídica estabelecida pelo artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos tratados de 1969 e à possibilidade de modificação das normas de *jus cogens*¹⁵³; e, perante a necessidade de aceite e reconhecimento do *jus cogens* pelo conjunto de Estados que compõem a Comunidade Internacional; entende-se que as normas de *jus cogens* apenas serão formadas quando decorrentes de uma das fontes formais do Direito das Gentes. Com efeito, Baptista decerto tinha um ponto ao afirmar que “associar o *jus cogens* a um Direito natural seria um retrocesso histórico-jurídico”.¹⁵⁴

Em bom rigor, o *jus cogens* se desenvolveu e consolidou-se na mesma medida em que a Comunidade Internacional desenvolveu-se de maneira organizada e estruturada. De fato o conceito existiu por séculos de maneira rudimentar - ao menos doutrinariamente -, entretanto, em se tratando das relações soberanas *inter se*, seu conceito prático é recente. Com efeito, há poucas décadas atrás, uma combinação do *pacta sunt servanda* e das prerrogativas soberanas dos Estados permitia aos atores da Comunidade Internacional alcançarem praticamente qualquer objetivo em comum, uma vez que não existia uma limitação efetiva ao *jus contrahendi*, imperando, pois, o voluntarismo semi-absoluto.¹⁵⁵

1.1. Natureza Jurídica do *jus cogens*

A problemática do *jus cogens* recai justamente no detalhamento de seu conceito e em sua posição controversa na teoria da hierarquia das fontes do Direito Internacional Público.

¹⁵³ A possibilidade de modificação do *jus cogens*, entretanto, poderia ser compatível com a tese do Direito Natural evolutivo. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.268

¹⁵⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp.269-270.

¹⁵⁵ Abi-Saab salienta que essa ausência de limitação aos Estados era possível, em grande parte, pela ausência de qualquer limitação ao uso da força nas relações internacionais. Na medida em que este recurso tornou-se ilícito perante a Comunidade Internacional, outras limitações substanciais à soberania dos Estados também tornaram-se possíveis. Com efeito, pode-se afirmar que a proibição do uso da força funcionou como uma espécie de “ponto de virada” tanto para a limitação dos poderes soberanos do Estado quanto à própria aparição do *jus cogens* em sua concepção hodierna. Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

No que se refere à primeira problemática, cabe destrinchar as supraditas normas nos elementos que às compõem, ou seja: imperatividade, universalidade e inderrogabilidade.

Tida por Brito como a mais importante característica do *jus cogens*, a imperatividade representa a limitação da autonomia arbitrária dos Estados através da imposição de normas que pressupõem o mínimo irredutível do Direito Internacional Público.¹⁵⁶

Este elemento intrínseco ao conceito das normas de *jus cogens* acarreta também na impossibilidade de derrogação de suas disposições através de qualquer acordo entre soberanias, ou seja, torna-se ilícito qualquer ato violador das normas de *iuris cogentis* desde que praticado por algum dos sujeitos do Direito Internacional Público.¹⁵⁷

Para além, Brito defende que a imperatividade do *jus cogens* justifica-se por tratar-se de interesses que vão além dos interesses individuais das soberanias e por salvaguardar os Estados contra a desigualdade internacional ou contra desequilíbrio gerado pelo “bargaining power”, uma vez que sua não aplicação acarretaria grandes instabilidades à Comunidade Internacional.¹⁵⁸

Deve-se atentar ao pressuposto de que “norma imperativa” não significa simplesmente “norma obrigatória”, pois em princípio, todas as normas de Direito Internacional são compulsórias.¹⁵⁹ O caráter imperativo destas normas, como explanado *supra*, repousa na impossibilidade de derrogação de suas disposições. Como bem elucida João Grandino Rodas, “o limite de aplicação do *jus cogens* confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados”.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 188-190.

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 190.

¹⁵⁸ Brito, W. (2014) *Direito Internacional... op cit.* p. 191. | Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em ... » *op cit.* pp. 125-136.

¹⁵⁹ Cfm. Monaco: “*Una norma imperativa anche nell’ordinamento internazionale, ha un’efficacia ben maggiore di una norma obbligatoria*”. Monaco, R. (1971). *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, p. 168, Unione Tipografica - Editrice Torinese, Torino.

¹⁶⁰ Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em ... » *op cit.* pp. 125-136.

Concernente à universalidade cabe iniciar a discussão elucidando que por “norma de Direito Internacional geral” - como dispõe o artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados - compreende-se que o termo “geral” equivale e corresponde à universalidade intrínseca ao conceito do *jus cogens*.

Nesta senda, Stuzcki nos questiona se esta construção dispositiva/frasal significa a mera exclusão - por parte da Convenção - de normas peremptórias desprovidas de caráter universal; ou, a impossibilidade da existência de normas peremptórias que não detenham estas características.¹⁶¹

Poder-se-ia dizer que a questão da universalidade é fundamental ao próprio conceito de *jus cogens*.¹⁶²

Ainda assim, levemos em consideração a situação hipotética em que a Convenção fosse aceita por apenas um terço das soberanias mundiais; este fato poderia implicar a emergência de uma norma particular que estaria a introduzir normas peremptórias de Direito Internacional *inter partes*, o que por si só significaria uma controvérsia jurídica uma vez que o requisito da universalidade não seria alcançado.¹⁶³

A solução desta contrariedade - como bem explanada pela delegação espanhola na Conferência de Viena - recai no argumento teórico de que a existência das normas de *jus cogens* não sujeitam-se à aquiescência ou declaração de um grupo de Estados, uma vez que estas advêm do Direito Consuetudinário preexistente; o que torna prescindível sua pactuação ou codificação entre os Estados como condição *sine qua non* para sua existência.¹⁶⁴

Além disto, uma das questões levantadas no que refere-se à universalidade do *jus cogens* é o da imprescindibilidade - ou não - da aceitação unanime destas normas por todos os Estados que compõem a Comunidade Internacional.

¹⁶¹ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, p. 106, Springer-Verlag, Austria

¹⁶² No entanto, vejamos acerca da possibilidade de um *jus cogens* regional na seção 1.6. da presente dissertação.

¹⁶³ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* pp. 106-107.

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 107.

A dúvida justifica-se devido à redação ambígua do artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados “(...) aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto (...)” , o que pode induzir à interpretação errônea de que tais normas detentoras de caráter *iuris cogentis* necessitam da aceitação unânime dos sujeitos primários do Direito das Gentes.¹⁶⁵

O fato é que o entendimento preponderante da doutrina internacional julga não ser necessária a aquiescência e reconhecimento geral destas normas para que venham a ter efeito perante todos os Estados. Com efeito, o contrário significaria que uma soberania em sua singularidade poderia obstar a formação de uma norma de *jus cogens*.¹⁶⁶

Para Brito existe um liame claro entre a universalidade inerente ao *jus cogens* e sua origem costumeira, uma vez que a capacidade de produzir uma norma jurídico-internacional aplicável a todos os Estados apenas seria possível através do Direito Internacional geral.¹⁶⁷

No que lhe diz respeito, a inderrogabilidade - tal como apresentada pela doutrina e pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados - para além de demonstrar a dimensão das supraditas regras, também representa a contraposição entre o *jus cogens* e o *jus dispositivum*.¹⁶⁸

A finalidade primordial desta figura jurídica repousa na coibição da derrogação voluntária, tendenciosa ou arbitrária de normas detentoras de valores fundamentalmente público-internacionais. Digo, ante a dicotomia entre a liberdade dos Estados e os valores público-internacionais - em sua grande maioria humanitários - o primeiro deve sempre ceder perante o segundo.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p. 293.

¹⁶⁶ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 157. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p. 293.

¹⁶⁷ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 191-192.

¹⁶⁸ *Ibid*, pp. 194-195.

¹⁶⁹ Cfrm. o então Secretário Geral das Nações Unidas Kofi Annan. Annan, K. (2001). In: The Responsibility to Protect: supplementary volume on the report of international commission on intervention and state sovereignty. p.11. The international Development Research Centre. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p.324.

Mesmo um tratado multilateral geral; ou seja, um tratado em que constasse a totalidade - ou a grande maioria - dos Estados, não seria capaz de modificar ou revogar uma norma de *jus cogens*. De certo, um tratado desta espécie, a despeito de sua magnitude semi-utópica, ainda estaria sujeito à lógica jurídica do artigo 53º da Convenção de Viena e, portanto, por estar suscetível ao regime geral dos tratados, deve ser considerado inválido.¹⁷⁰

De forma semelhante, não será possível que uma soberania se desvencilhe do cumprimento de um preceito de *jus cogens* codificado por um tratado através dos mecanismos de reserva ou aceitação.

Com efeito, uma reserva - ainda que aceite por todos os Estados partes - deverá ser considerada nula na medida em que intente derogar uma disposição *iuris cogentis* incluída em tratado. Sequer seria necessário que a reserva se desse em sentido de impor uma conduta contrária às preditas normas, bastaria que esta significasse uma liberação do dever imposto pelo *jus cogens*.¹⁷¹

Na prática, os atos que precedem a entrada em vigor do tratado, neste caso específico, representariam uma possibilidade mais factível de revogação ou modificação de uma norma de *jus cogens* do que o pacto em si.

O fato é que a inderrogabilidade do *jus cogens* atribui parâmetro absoluto para certos atos jurídico-internacionais na medida em que não permite que posturas voluntarísticas e soberanas tenham qualquer efeito derogatório ante sua validade, tampouco, admite a possibilidade de que o consentimento das soberanias *inter se* conceba um regime que esteja em desacordo com seus preceitos; isto iria, com efeito, contra a própria natureza do *jus cogens*.¹⁷²

Cabe acentuar que as normas de *jus cogens* não gozam de imutabilidade absoluta. Como bem esclarece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “(...) pode ser

¹⁷⁰ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 385.

¹⁷¹ No entanto, *a sensu contrario*, seria possível uma reserva extensiva, no sentido de alargar o escopo de proteção das normas de *jus cogens*. Baptista, E. (1998). *Direito Internacional Público Vol. I*, pp. 260-261, Alameda da Universidade, Lisboa.

¹⁷² Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p.336.

modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”. Nas palavras de Brito, a inderrogabilidade funciona como uma espécie de garante temporal da força de aplicação da regra.¹⁷³

Em outros termos, considerando que as normas imperativas de Direito Internacional geral originam-se da vontade - tácita, expressa ou presumida - daqueles que compõem esta “consciência jurídica coletiva” cognominada Comunidade Internacional, parece congruente a premissa de que um processo ab-rogatório ou derogatório paralelo ao da criação destas normas - desde que emanado pelos mesmos sujeitos que às conceberam - seja suficiente para modificá-las.¹⁷⁴

Neste seguimento, levando em conta que o consentimento de um - ou alguns - Estados é a certo modo irrisório no que tange a violação de uma norma de *jus cogens*, é verossímil o pressuposto de que o consentimento da grande maioria do coletivo de Estados, desde que comprovadamente representem os valores axiomáticos da Comunidade Internacional, possa derogar uma norma de *jus cogens*, afastando, naturalmente, sua inderrogabilidade.

1.2. Posição do *jus cogens* na Hierarquia de Fontes e Normas Internacionais

Relativamente à segunda problemática, é imperioso atentar-se ao fato de que a mera existência do *jus cogens* pressupõe hierarquia de normas. As preditas normas representam o reflexo dos valores da Comunidade Internacional e possuem *status* de enorme importância para as relações internacionais.¹⁷⁵

Para Quadros e Gonçalves, a consagração das normas de *jus cogens* numa posição hierarquicamente superior às demais representa um valoroso marco no processo de evolução do Direito das Gentes.^{176 177} Sua essência consiste em direitos e

¹⁷³ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 196.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty », in *RGSL Research Papers no. 6*, pp. 15-26, Riga Graduate School of Law, Letônia.

¹⁷⁶ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 277.

¹⁷⁷ Em relação a esta superioridade hierárquica ver artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados.

responsabilidades por parte da Comunidade Internacional e sua existência significa um recurso eficiente de limitação da soberania dos Estados.¹⁷⁸

É fulcral compreender que o conceito de hierarquia jurídica implica a primazia de um preceito - ou norma - sobre outro. Utilizando a analogia, é nesta senda que se discute a superioridade hierárquica do Direito Constitucional sobre o Direito ordinário; de maneira semelhante, a subordinação dos atos internos de uma Organização Internacional em relação a seu tratado constitutivo. Em bom rigor, como aponta Baptista, as normas jurídicas hierarquicamente superiores regulam a formação das demais e, de igual maneira, as primeiras não podem ser derogadas pelas segundas.¹⁷⁹

O reconhecimento destas normas possui como corolário não apenas o árduo encargo posto na doutrina e jurisprudência - no sentido de traçar, rigorosamente, seus contornos jurídicos -; como também, provém ampla discussão acerca da própria hierarquia de normas no Direito Internacional Público.¹⁸⁰

Com efeito, até os primórdios do século passado, parte expressiva da doutrina considerava os Tratados e o Costume como únicas fontes do Direito das Gentes. Ambos dispunham de equivalente valor derogatório e pujança jurídica. Isto é, sustentava-se o argumento da absoluta igualdade entre as fontes e normas do Direito Internacional, negando, logo, a existência de uma hierarquia de fontes.¹⁸¹

Todavia, a partir de certa altura - também do século passado - começou-se a discutir a existência de normas detentoras de conteúdo de tamanha importância à Comunidade Internacional que deveriam ser consideradas fundamentais. Com base neste argumento, por muito se discutiu - e ainda se discute - a existência da chamada Ordem Pública

¹⁷⁸ Monaco, R. (1971). *Manuale di Diritto...* op cit.. p. 169. | Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », op cit.. pp. 15-26.

¹⁷⁹ Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » op cit.. pp. 117-140. | Baptista, E. (1998). *Direito Internacional ... op cit..* p. 85.

¹⁸⁰ Conforme Heilborn “*Les deux sources ont la même force: une règle de droit coutumier peut être abolie par un accord, mais le droit coutumier a aussi force dérogatoire vis-avis de l'accord. La force égales des deux sources va de soi (...)*” . Heilborn apud Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p.187.

¹⁸¹ Consubstancia este entendimento a emergência da Corte Internacional de Justiça e a redação do artigo 38º de seu Estatuto; isto é, o entendimento de que o rol exemplificativo ali exposto não representa uma ordem sucessória ou hierarquizada de normas. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p. 188.

Internacional; esta, composta por normas dispositivas e imperativas que ensejam gradativa distinção entre fontes e regras do Direito Internacional.¹⁸²

A ideia da existência de alguma espécie de Ordem Pública Internacional significa a antítese da abstração clássica de um sistema normativo-internacional horizontal e unitário.¹⁸³ Isto indica que a simples existência de normas imperativas de Direito Internacional geral resultaria na constatação de uma supralegalidade de normas internacionais.

O debate acerca da hierarquia de normas no Direito Internacional estende-se ao grau de limitação da liberdade soberana dos Estados e à relação entre as normas de *jus cogens* e o Costume e os Tratados.

Neste compasso, Verdross - tido por alguns autores como arauto do *jus cogens* -, a partir da distinção entre tratados contestáveis¹⁸⁴ e tratados nulos¹⁸⁵, dilucida a existência de normas imperativas de Direito Internacional Público, ou seja, normas que tratados não devem conflitar. O argumento baseia-se na percepção da existência - no ordenamento jurídico-internacional - de princípios que constituem a Ordem Pública Internacional e, portanto, constituem o próprio *jus cogens*.¹⁸⁶

Ademais, o autor fragmenta estas normas imperativas em duas categorias. A primeira, formada por normas imperativas essencialmente costumeiras (como a liberdade do alto mar e o direito de passagem inofensiva pelas águas territoriais de uma soberania);¹⁸⁷ e a segunda, composta por princípios gerais de direito que impedem os

¹⁸² Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp.187-189.

¹⁸³ *Ibid*, p. 197.

¹⁸⁴ Por tratados contestáveis, entenda aqueles eivados de vícios de consentimento.

¹⁸⁵ Por tratados nulos, entenda aqueles que por possuírem um objeto impossível, ou por serem *contra bono mores*, ou, ainda, por serem contrários às normas de Direito Internacional detentoras de caráter imperativo, não podem obrigar as partes.

¹⁸⁶ Verdross, A. (1957). *Derecho Internacional...* op cit.. pp. 128-129. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* p. 203.

¹⁸⁷ Kelsen defende a existência das normas de *jus cogens* quando reconhece o caráter fundamental do *pacta sunt servanda* para o Direito Internacional. Kelsen, H. (1952). *Principles of International Law*, p. 344, Rinehart and Company, New York.

Estados de concluir tratados *contra bono mores* - como tratados que obstem as soberanias a efetivarem as incumbências universais que todos os Estados devem realizar -.¹⁸⁸

Em referência à segunda categoria de norma imperativa estipulada por Verdross, menciona-se que em virtude do atual grau de desenvolvimento da ética interna das soberanias em comparação à ética internacional - esta bastante menos desenvolvida -, torna-se excessivamente morosa a tarefa de aplicar - no Direito Internacional - os princípios gerais que determinam a nulidade dos tratados contrários aos bons costumes.¹⁸⁹

Verdadeiramente, na medida em que aceitamos a existência de normas imperativas e inderrogáveis para além da aquiescência singular dos Estados, estamos também admitindo a concepção abstrata daquilo que parte da doutrina refere-se como “Ordem Pública Interestatal”; ou seja, um amálgama de princípios que por refletirem o mínimo irredutível para a estabilidade da Comunidade Internacional devem possuir valor fundamental.

Em conformidade a esta corrente doutrinária, Pastor Ridruejo não só admite a existência de uma Ordem Pública Internacional como também reconhece a existência das normas imperativas de Direito Internacional Público, reconhecendo também a dificuldade de determinar de forma tangível o escopo destas normas; nas palavras do autor: “es lógico que la humanización y la socialización del Derecho Internacional traigan consigo la importancia de la idea del ius cogens y el aumento de las normas con tal carácter”.^{190 191}

¹⁸⁸ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* pp. 203-204.

¹⁸⁹ Isto ocorre - em boa parte - devido à existência de diversos sistemas judiciais detentores de distintas concepções de moral. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.* p. 204.

¹⁹⁰ Ridruejo, J. (2009). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 44, 13a edición, Editorial Tecnos, Madrid.

¹⁹¹ Verhoeven também faz alusão à hierarquia das normas de *jus cogens* perante a Comunidade Internacional em seu ensaio intitulado *Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective*: “A clear example of such constitutionalism is the view that considera norms of jus cogens as constitutional norms of the international society”. Verhoeven, S. (2019). « Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective » in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol XCV, Universidade de Coimbra, pp. 483-511, Coimbra.

Estas normas detentoras de caráter *iuris cogentis* obtiveram ainda mais relevância após sua consagração - através da atuação da CDI no projeto de codificação do Direito dos Tratados - pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹⁹²

Todavia, como aponta Ferreira de Almeida, o mero reconhecimento das normas de *jus cogens* comporta evidentes riscos. Desde já, é seguro afirmar que esta reconção enseja o risco de abrandar-se os critérios de arguição de nulidades em tratados em decorrência da violação de presumida norma imperativa de Direito Internacional cuja própria existência muitas vezes demonstra ser incerta. Depois, deve-se atentar à vinculação destes conceitos e normas a preceitos de Direito Natural hodiernamente considerados duvidosos ou mal definidos.¹⁹³

De maneira semelhante, Abi-Saab destaca que o reconhecimento de preceitos e normas como o *jus cogens* e, de maneira análoga, o princípio *rebus sic stantibus* em si, ensejam certos perigos às relações internacionais, sobretudo no que toca a possibilidade de intromissão abusiva por Estados terceiros nas relações bilaterais - ou mesmo multilaterais - de outras soberanias.¹⁹⁴

O posicionamento das normas peremptórias de Direito Internacional no topo da hierarquia normativo-internacional representa elevar seu âmago e tudo aquilo que às compõem à nível superior em relação às demais normas convencionais ou costumeiras. No entanto, como dilucidam Quadros e Gonçalves, não basta reconhecer sua posição no topo da hierarquia das fontes; é crucial entender, também, como se determina a hierarquia abaixo do *jus cogens* - em especial as divergências doutrinárias acerca do tratado e do costume -. ¹⁹⁵

¹⁹² Conforme veremos na seção 1.5. da presente dissertação.

¹⁹³ Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.*, p. 144.

¹⁹⁴ Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... *op cit.* pp. 7-15.

¹⁹⁵ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286.

Cabe esclarecer que esta hierarquia não advém do artigo 38º do Estatuto da CIJ, uma vez que este não enumera suas fontes estatutárias sob ordem hierárquica.¹⁹⁶

Isto dito, a posição majoritária da doutrina internacional entende que o Tratado e o Costume possuem o mesmo grau hierárquico, dado que o Direito costumeiro - desde que não seja regra cogente - pode ser derogado por Tratado celebrado por todos os sujeitos de Direito Internacional a este vinculados pela *opinio iuris*; e, semelhantemente, o Tratado que caia em desuso pode vir a ser revogado pelo Costume Internacional.¹⁹⁷

Devido a esta possibilidade de revogação mútua, os conflitos entre estas fontes costumam ser solucionados através dos clássicos princípios de resolução de conflitos entre normas internacionais: *lex posterior derogate legi priori* e *lex specialis derogate legi generali*.¹⁹⁸

Contudo, Quadros e Gonçalves defendem a posição de que - em termos práticos - esta igualdade hierárquica entre Costumes e Tratados é limitada. Consoante o pensamento dos autores, um Tratado tão somente poderia revogar um Costume universal - desde que este, naturalmente, não encarne uma regra inderrogável - caso todos os sujeitos a este vinculados pactuassem positivamente de maneira diversa, o que na prática aparenta ser utópico.¹⁹⁹

Neste sentido, a posição dos autores é de que, na prática, a pujança do Costume justapõe o Tratado, uma vez que este - na prática - nem sempre pode revogar aquele.

Quanto aos princípios gerais de Direito, afirma Verdross que estes apenas devem ser aplicados subsidiariamente; ou seja, quando não se possa solucionar a causa internacional através do Tratado ou do Costume. O autor ressalta, ainda, que a despeito de

¹⁹⁶ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286. | Zenovic, P. (2012). Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty, p. 25, *RGSL Research Papers no. 6*, Riga Graduate School of Law, Letônia.

¹⁹⁷ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.* p. 146. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 286.

¹⁹⁸ Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit.* pp. 15-26.

¹⁹⁹ O fato não impede, entretanto, que um Costume universal que não incorpore regra inderrogável possa ser revogado *inter-partes* através de um acordo internacional. No entanto, cabe a ressalva de que o Costume prosseguirá em vigor nas relações entre as demais soberanias que não celebraram supramencionado acordo. Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* pp. 286-287.

sua aplicação subsidiária, os Princípios gerais de direito não possuem menos importância que as demais fontes do Direito Internacional Público, mas, tão somente, integram um cerne de preceitos aplicáveis em situações deveras mais específicas, especialmente quando não houver normas convencionais ou consuetudinárias que regulem a matéria em questão.

Já Díez de Velasco posiciona-se de maneira diferente acerca do assunto. Apesar de concordar a respeito da posição superior das normas peremptórias de Direito Internacional; discorda quanto a uma possível hierarquia das fontes no que tangem às demais fontes do Direito das Gentes.²⁰⁰

Em bom rigor, a despeito de opiniões controversas no que toca a doutrina internacional, o fato é que pode-se averiguar um denominador comum quando se discute uma possível hierarquia de fontes - ou normas - no Direito Internacional Público: as normas de *jus cogens*. Para a maioria da doutrina estas figuram no topo da hierarquia de normas. A não aplicação dos princípios de resolução de conflitos entre normas internacionais: *lex posterior derogate legi priori* e *lex specialis derogate legi generali*, ante as normas imperativas de Direito Internacional geral parece sugerir ainda mais este posicionamento; como elucidado *supra*, sua derrogação apenas pode ocorrer através de uma norma de mesma natureza e efeito contrário, o que por si só - e sob auspícios Kelsenianos - justificaria sua posição no topo da hierarquia de normas do Direito Internacional.

1.3. Estabelecimento das Normas de *jus cogens*

Parte da doutrina encara as normas de *jus cogens* com certo ceticismo²⁰¹ haja vista as dificuldades inerentes à sua definição. Neste sentido, ao abordar o tema, deparamo-nos com os seguintes questionamentos: como são estabelecidas as normas de *jus cogens*?

²⁰⁰ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 121-122.

²⁰¹ Influi este errôneo pensamento jurídico a superveniência de situações - especialmente em conflitos armados generalizados - em que há um profundo desrespeito às normas de *jus cogens*, o que acaba por gerar dúvidas acerca de sua subsistência. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 384.

Quanto à esta questão - apesar das divergências doutrinárias -, cabe analisar o fenômeno frente aos métodos convencionais para o estabelecimento de normas internacionais.

A priori, cabe ressaltar que as organizações internacionais e os Estados em sua singularidade não possuem o poder para, através de atos unilaterais, estabelecer normas *iuris cogentis*; nem, tampouco, poder-se-ia dizer que o *jus cogens* advém exclusivamente do *pacta sunt servanda*, haja vista a não aplicabilidade - via de regra - dos efeitos de um tratado em relação a terceiros - *pacta tertiis non nocent* -.²⁰²

Quanto a esta última impossibilidade, Gonçalves e Quadros esclarecem-nos que sua ocorrência resulta do princípio *res inter alios acta nec prodesse potest*, concretizado, com efeito, no princípio *pacta tertiis nec prosunt nec nocent*; ambos reconhecidos e acolhidos pelo então Tribunal Permanente de Justiça Internacional no Caso *Chorzow*.²⁰³

Outro fato que deve ser levado em consideração e que decerto consubstancia o entendimento de que o Tratado é incapaz de formar normas *iuris cogentis* é a premissa da não-necessidade de anuência dos sujeitos de Direito Internacional Público para que haja a vinculação destes aos efeitos das supraditas normas.²⁰⁴

Ora, perante a imperatividade inerente a estas normas parece sensata a posição defendida por Abi-Saab - e pela parcela majoritária da doutrina internacional - de que uma norma peremptória de Direito Internacional geral não poderia ser criada *ex contracto* em razão da possibilidade de terminação dos tratados de acordo com seus próprios termos ou de acordo com as regras gerais do Direito das Gentes. O autor destaca, todavia, que nada impede que o Tratado funcione como instrumento declaratório de uma norma de *jus cogens*.²⁰⁵

²⁰² Miranda, J. (2012). *Curso de Direito...* op cit.. p. 119. | Bianchi, A. (2008). « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » in *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3*. pp.491-508. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional...* op cit.. p. 288.

²⁰³ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional...* op cit.. p. 245.

²⁰⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em...* op cit.. p.354.

²⁰⁵ Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... op cit.. pp. 7-15.

A concepção prática e teórica do Tratado reflete fundamentalmente um acordo de vontades. Esta incontestável afirmação *per se* - uma das poucas no Direito Internacional Público - vai contra a própria natureza do *jus cogens*. A verdade é que no que tangem a validade e os efeitos destas regras, pouco ou nada importa a aquiescência singular dos Estados a seu respeito; nem mesmo a figura do objetor persistente poderia evitar a qualificação de uma norma *iuris cogentis*.²⁰⁶

Para além disto, hipoteticamente, um Tratado que dispusesse de supostas normas convencionais de *jus cogens* estaria sujeito ao regime geral dos Tratados. Esta afirmação acarretaria a possibilidade de uma determinada soberania proceder a figuras clássicas do Direito dos Tratados, de modo que seriam permissíveis fundamentos que possibilitassem suspender, extinguir, revogar ou invalidar um tratado que dispusesse de normas *iuris cogentis*, o que seria inconcebível.²⁰⁷

Não obstante, nas palavras de Baptista, a perspectiva de que um Estado pudesse efetuar uma reserva a determinado artigo de um tratado que dispusesse de uma norma *iuris cogentis* não faria nenhum sentido.²⁰⁸

Resumidamente, não há impedimento legal para que um Tratado disponha acerca de uma norma peremptória de Direito Internacional Público desde que esta seja concomitantemente costumeira. Caso este instrumento internacional caduque ou seja revogado, a norma de *jus cogens*, naturalmente, continuará em vigor.²⁰⁹

Há ainda autores, que defendem que o caráter *iuris cogentis* pode ser atribuído a princípios jurídico-internacionais de origem costumeira e pactícia desde que reconhecidos universalmente pelo conjunto de sujeitos que compõem as relações internacionais.²¹⁰

²⁰⁶ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp. 354-355.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 362.

²⁰⁸ *Ibid*, p. 360.

²⁰⁹ *Ibid*, pp. 363-364.

²¹⁰ “*Il peut cependant exister aussi des principes d’un caractere strictement impératif (jurs cogentis), qui ne peuvent être modifiés par aucune regle contraire*”. Verdross, A. (1938). « Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux » in *Extrait de la Revue Générale de Droit International Public*, Editions A Pedone, pp. 1-9, Paris. | Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 218-219.

Uma das vertentes desta doutrina compreende que estes princípios abarcam não apenas aqueles acolhidos pelos ordenamentos internos dos Estados - estes dotados de valor puramente subsidiários -, como também aqueles detentores de certa imperatividade característica da própria Ordem Pública Internacional.²¹¹

Englobados nestes princípios estariam ainda - além dos princípios materiais - aqueles princípios de ordem estrutural das relações internacionais e do Direito Internacional Público, em especial os relativos às suas fontes. De acordo com os defensores desta teoria, mesmo o Costume não poderia ser considerado fonte originária de Direito Internacional pois o mesmo dependeria do princípio *Consuetudo est servanda*.²¹²

Ora, de acordo com Baptista e em referência à esta última afirmação, não se pode concordar com esta teoria à partida por julgar-se que o Costume é de fato uma fonte originária do Direito Internacional. Em seguida, levando em consideração o artigo 38º, n.1, alínea c do Estatuto da Corte Internacional de Justiça²¹³, considera-se que aí não estão abrangidos os Princípios Gerais de Direito Internacional - sejam de cunho material ou estrutural - pois estes prontamente resultam do Direito Consuetudinário e solidificaram-se através da prática internacional.²¹⁴

Pode-se é afirmar que estes Princípios Gerais de Direito referem-se categoricamente aos princípios reconhecidos pelos ordenamentos internos das soberanias.

Depois, deve-se levar em consideração o fato de que a CIJ não deve recorrer a estes princípios nos casos em que haja algum Tratado ou Costume que trate da questão; o fato é que frente a estas outras fontes do Direito Internacional, ou seja, ante a eventualidade da existência de um Tratado ou Costume de sentido contrário aos princípios comuns inerentes

²¹¹ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 366.

²¹² *Ibid.*

²¹³ “O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito; c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”. CIJ. (1945). Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38,1.

²¹⁴ Tampouco seria possível afirmar que estar-se-ia diante de princípios de Direito Natural. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp. 366-367.

aos ordenamentos internos dos Estados, estes seriam considerados juridicamente irrelevantes.²¹⁵ Por outro lado, nada impede que - tratando-se de princípios costumeiros - possuam caráter *iuris cogentis* na mesma medida em que o Tratado e o Costume podem deter desta característica.²¹⁶

Quanto à jurisprudência e doutrina, estas de valor imensurável para o desenvolvimento e aplicação do Direito Internacional, deve-se ponderar acerca do fato de que não figuram dentre as fontes autônomas do Direito das Gentes. Poder-se-ia dizer que o papel da doutrina em relação ao *jus cogens* é rigorosamente declarativo e não constitutivo. É crucial perceber que a doutrina funciona como determinadora da concretude de um Costume Internacional dotado de caráter *iuris cogentis*, logo, sua natureza extra-judicial se mostra eficaz na medida em que influi na susceptibilidade dos Estados em acreditar legitimamente na existência destas normas.²¹⁷

Já a jurisprudência, pode-se dizer que possui papel claro ante Costumes aos quais são atribuídos caráter *iuris cogentis*. Eventualmente, uma sentença afirmativa pode reunir os fatores necessários para a vigência de uma norma de *jus cogens* e conseqüentemente atuar como razão determinante de sua validade.²¹⁸

Estabelecida esta base de raciocínio, o posicionamento de Brownlie e Baptista²¹⁹ é de que aquilo que entendemos como norma peremptória de Direito Internacional resulta das normas costumeiras de interesse público-internacional que impõem efeitos *erga*

²¹⁵ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 370.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid*, pp. 373-374.

²¹⁸ Baptista ainda nos salienta o papel interpretativo e declarativo da doutrina e jurisprudência internacional em relação às normas de *jus cogens*. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 374.

²¹⁹ Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.* pp. 488-489. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 395. Editora Lex. Lisboa.

*omnes*²²⁰ e gozam de inderrogabilidade, senão, pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de mesma natureza e efeito contrário.²²¹

Sublinha-se que o Costume não compartilha das mesmas limitações do Tratado em relação às normas *iuris cogentis*. Figuras como a suspensão, invalidade ou cessação dos tratados não possuem relevância para esta figura jurídica autônoma; tal como a regra *pacta tertiis* e seus corolários. Com efeito, o Costume vincula todos os Estados que integram a Comunidade Internacional mesmo que estes não tenham consentido ou participado na sua formação.²²²

Diferente é o caso do objeter insistente. Em se tratando de Costumes Internacionais, é possível que uma soberania possa escusar-se do cumprimento deste desde que o tenha rechaçado consistentemente desde seu período de formação. Sem embargo desta premissa e haja vista o entendimento de que o Costume não representa um pacto tácito, ao tratar-se de normas costumeiras detentoras de caráter *iuris cogentis*, dir-se-à que nenhuma soberania poderá colocá-lo em causa unilateralmente.²²³

É bem verdade que diversos mecanismos convencionais de Direito Internacional citam e versam acerca das normas imperativas do Direito das Gentes. No entanto, seria errôneo afirmar que estes deram origem às normas *iuris cogentis*, na verdade, o inverso parece ser mais lógico.²²⁴

²²⁰ As normas de *jus cogens* ensejam obrigações *erga omnes*; todavia, o oposto não é necessariamente verídico. Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit.* pp. 15-26. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* p. 319. | Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes" » in *Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, pp. 63-74, Durham.

²²¹ Ademais, a violação de normas de *jus cogens* gera não apenas a responsabilidade internacional como também a invalidade da norma contrária. Miranda, J. (2012). *Curso de Direito... op cit.* p. 121.

²²² Com a exceção da revogação. Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 375.

²²³ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 375-376.

²²⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit.* pp. 267-271 | Brito, W. (2014) *Direito Internacional Público*. p.193. 2a Edição. Coimbra Editora. Coimbra.

A apreciação das normas de *jus cogens* pelos mecanismos convencionais é mero reflexo destas em decorrência da vontade jurídica dos sujeitos de Direito Internacional Público em positivar seu conteúdo.²²⁵

Considerando que as normas imperativas de Direito Internacional retratam a manifestação jurídica da Comunidade Internacional no momento em que esta percebe os valores fundamentais que à constitui, Verdross alega que o critério para a atribuição de natureza imperativa a estas normas repousa em questões de ordem axiológica desde que voltadas a valores relacionados aos mais altos interesses da Comunidade Internacional.²²⁶

Utilizando-se Baptista, apesar deste claro liame entre as normas de *jus cogens* e os valores ético-internacionais, isto não implica dizer, pois, que a atribuição do caráter *iuris cogentis* a determinada norma internacional repouse no arbítrio do interprete ou na escolha de valores; mas sim, na “(...) ponderação e confrontação com o valor da autonomia jurídica dos Estados, para saber qual deve prevalecer.”²²⁷

O *jus cogens* possui caráter universal e pressupõe hierarquia de normas. Seu estabelecimento resta no consenso - ao menos teórico - por parte da comunidade internacional de que estas normas pressupõem interesses comuns a todos os Estados.²²⁸ Neste sentido, frente a inexistência de um “poder legislativo internacional”, as normas de *jus cogens* independem da vontade individual dos Estados, e, ao mesmo tempo, advêm da vontade do coletivo composto por estes.

Dessa maneira, é possível compreender que as normas imperativas de Direito Internacional geral são determinadas por três elementos fundamentais - universalidade, imperatividade e inderrogabilidade - em conjunção ao intento de tutelar interesses considerados fundamentais à esfera axiológica internacional. Estas regras detentoras de caráter *iuris cogentis* ensejam obrigações *erga omnes* e se impõem - em razão de sua imperatividade e universalidade - a todos os sujeitos do Direito das Gentes sem

²²⁵ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* pp. 267-271.

²²⁶ Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 218-219.

²²⁷ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 287.

²²⁸ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 283. | Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: ... » *op cit...* pp. 63-74.

possibilidade de derrogação por acordo de vontade senão pela superveniência de uma norma de igual natureza e efeito contrário.

1.4. Conteúdo das Normas de *jus cogens*

No concernente a seu conteúdo, trata-se de terreno que, por vezes, não resulta fácil definir. No entanto, não é possível concordar com aqueles que defendem a indeterterminabilidade das preditas normas.²²⁹ O escopo das normas de *jus cogens* é amplo, nebuloso, e, muitas vezes, subjetivo. Não é de todo incomum que a doutrina refira-se ao fenômeno apenas como norma peremptória de Direito Internacional geral aceita e reconhecida pela comunidade internacional.²³⁰ O fato é que a totalidade do conteúdo das normas de *jus cogens* ainda é desconhecido; como afirma Rezek, trata-se de um jogo cujas regras ainda encontram-se em processo de formação.²³¹

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas não pormenorizou taxativamente o conteúdo destas normas sob o temor de que pudessem cristalizar um conceito em constante transformação ou evolução. A despeito disso, através de um projeto de artigos, a Comissão propôs a elucidação não exaustiva de atos internacionais contrários ao *jus cogens*: a) a proibição do uso da força; b) a proibição do genocídio; c) a proibição de crimes contra a humanidade; d) as regras básicas do Direito Internacional Humanitário; e) a proibição da discriminação racial e do apartheid; g) a proibição da tortura; e h) o direito à autodeterminação.²³²

Em vista disso, e a título de buscar-se uma melhor compreensão do conteúdo das normas de *jus cogens*, façamos uma breve elucidação destes perjúrios internacionais.

²²⁹ Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.* p. 489. | Sudre, F. (2019). *Droit européen et international des droits de l'homme*, p.423, 14a edition, Prestes Universitaires de France, Humensis | Trindade, A. (1986). « A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional : as primeiras quatro décadas » in *Revista de Informação Legislativa*, pp. 233-288, v. 23, n. 90, Brasília.

²³⁰ Brownlie, I. (2003). *Principles of Public... op cit.* pp. 489-490.

²³¹ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* p. 155.

²³² Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

a) Proibição do uso da força: Trata-se do arquétipo frequentemente utilizado pela doutrina internacional ao discutir-se o conteúdo das normas de *jus cogens*. Isto ocorre não apenas pelo evidente valor fundamental deste preceito; mas também pelas manifestações convencionais executadas pelos sujeitos que compõem a Comunidade Internacional. Mesmo em tempos mais austeros para as relações internacionais e sob a égide da extinta Sociedade das Nações - mais especificamente em 1919 - era possível perceber uma clara tentativa de tornar a agressão *inter* soberanias idealmente preterível. O Pacto da Sociedade das Nações dispunha em seu artigo 12º: “Todos os membros da Sociedade concordam em que, se entre eles surgir controvérsia suscetível de produzir ruptura, submeterão o caso seja ao processo da arbitragem ou à solução judiciária (...) Concordam também em que não deverão (...) recorrer à guerra antes da expiração do prazo de três meses após a decisão arbitral ou judiciária (...)”. Depois, já em 1928, faz-se oportuno evidenciar Tratado acordado pela quase totalidade das soberanias da época e cuja alcunha era “Pacto Briand-Kellog” em homenagem aos então Ministros das Relações Exteriores da França e dos Estados Unidos, respectivamente. Como bem explana Rezek, o Pacto de Paris - como também ficou conhecido - representou um nítido progresso em relação ao Pacto da Sociedade das Nações. O instrumento dispõe, em suma, que as partes contratantes renunciam e condenam o recurso à guerra como instrumento político em suas relações mútuas e concordam com a solução de seus conflitos através dos meios pacíficos e legais proporcionados pelo Direito Internacional. Verdadeiramente, após o advento da Carta das Nações Unidas (1945), o entendimento de que a força não deveria ser utilizada como instrumento nas relações internacionais solidificou-se. Com efeito o artigo 2º, (4), da Carta de São Francisco dispõe que os Estados abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado.²³³ Com efeito, a Corte Internacional de Justiça, através de declaração emitida na questão conhecida como "*Legal Consequences of the Construction of a*

²³³ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.*. pp. 442-443. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit.*. p. 156. | Green, J. (2011). « Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force » in *the Michigan Journal of International Law*, vol 32, issue 2, Michigan Law School Repository, pp.215-255, Ann Arbor.

Wall in the Occupied Palestinian Territory” - advisory opinion, 2004 -, reconheceu a proibição do uso da força como uma norma de *jus cogens*.²³⁴ Outrossim, no célebre acórdão da CIJ conhecido como “*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, a Corte proferiu que “the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*.”²³⁵ Em se tratando dos critérios para que uma norma seja considerada *iuris cogentis*, decerto pode-se afirmar que a proibição do uso da força caracteriza uma norma de Direito Internacional geral de alcance universal; seja por sua consagração pela Carta das Nações Unidas ou pelo fato de pertencer, também, à esfera consuetudinária.²³⁶

- b) Proibição do genocídio: genocídio significa o extermínio sistemático de grupos étnicos ou religiosos através da eliminação dos indivíduos que os compõem. Seguramente este ato nefasto - graças a atuação da Organização das Nações Unidas - é considerado um crime contra a humanidade desde o advento da Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948). O propósito da elaboração deste instrumento internacional repousa na prevenção da destruição de grupos raciais, nacionais, linguísticos, religiosos ou políticos de seres humanos. A Convenção dispõe que: “(...) entende-se por genocídio (...) a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: assassinato de membros do grupo; atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; a transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo”. O aspecto preventivo da Convenção pode ser distinguido em dois pontos: tanto a criminalização do genocídio ante o Direito Internacional; quanto a prerrogativa dos Estados partes em

²³⁴ “The prohibition of the use of force, as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, is no doubt the most important principle that emerged in the twentieth century. It is universally recognized as a *jus cogens* principle, a peremptory norm from which no derogation is permitted.” CIJ. (2004). Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian territory Advisory Opinion, I.C.J. p. 122, (Separate Opinion of Judge Elaraby).

²³⁵ CIJ. (1986). *Nicaragua V. United States of America*, p. 90.

²³⁶ Green, J. (2011). « Questioning the Peremptory ... » *op cit.* pp.215-255.

informar aos órgãos competentes das Nações Unidas da ocorrência do crime de genocídio. Para mais, o Estatuto de Roma, ao definir os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, incluiu o crime de genocídio em seu escopo. De maneira semelhante à Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, dispõe o artigo 6º do instrumento: “(...) entende-se por «genocídio» (...) homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo”. A vista do explicitado, resta cristalino o entendimento de que a Comunidade Internacional - senão como um todo, ao menos em sua vasta maioria - concorda com a tipificação penal-internacional do crime do genocídio; tratando-se, portanto, de evidente crime contra a humanidade e cuja repressão deve seguir um código ético elevado, parece a certo modo óbvia a percepção de que a proibição do genocídio enseja uma norma *iuris cogentis*. Por fim, decerto a proibição do crime de genocídio representa uma norma de Direito Internacional geral cuja derrogação não poderá ocorrer através da ação singular do Estado.²³⁷

- c) Proibição de crimes contra a humanidade: a noção de crimes contra a humanidade não é estática; seu conceito e tipicidade desenvolveram-se através de eventos histórico-jurídicos de imensa importância para a Comunidade Internacional. O conteúdo daquilo que se entende como “crimes contra a humanidade” evoluiu através do Direito Consuetudinário e das manifestações dos tribunais internacionais - Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Tribunal Penal Internacional, etc -. Diferentemente dos crimes de guerra e genocídio, não há uma convenção internacional que trate especificamente dos crimes contra a humanidade. Apesar disto, os supramencionados crimes são considerados normas peremptórias de Direito Internacional geral aplicáveis a todos os Estados e as quais

²³⁷ Ventura, M. (2015). « The Prevention of Genocide as a *Jus Cogens* Norm? A Formula for Lawful Humanitarian Intervention » in Charles C. Jalloh and Olufemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 289-351, Leiden.

nenhuma derrogação é permitida.²³⁸ Quanto a seu conteúdo, dispõe o Estatuto de Roma: "Para os fins deste Estatuto, "crime contra a humanidade" significa qualquer um dos seguintes atos quando cometido como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque: assassinato; extermínio; escravização; deportação ou transferência forçada de população; prisão ou outra privação grave de liberdade física em violação das regras fundamentais do direito internacional; tortura; estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero, conforme definido no parágrafo 3, ou outros motivos que são universalmente reconhecidos como inadmissíveis de acordo com o direito internacional, em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo ou qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; o crime de apartheid; outros atos desumanos de caráter semelhante causando intencionalmente grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde física ou mental".²³⁹

- d)** Regras básicas do Direito Internacional Humanitário: de acordo com Parker, o Direito Internacional Humanitário regula a conduta e as vítimas dos conflitos armados; os principais instrumentos internacionais que o regulam são: as Convenções de Genebra; a Convenção de Haia de 1907; os protocolos emitidos pelas Nações Unidas; e as regras do Direito costumeiro. Quanto às velhas regras costumeiras que regulavam os conflitos armados, vale ressaltar que eram voltadas, majoritariamente, à proteção das vítimas da guerra em si. De acordo com Rezek, nesta seara, as normas costumeiras de maior prestígio costumavam regular: os feridos e enfermos; os médicos, enfermeiros e capelães (estes não aprisionáveis); os hospitais (estes imunes aos ataques); os prisioneiros de guerra; e a população civil. No tocante aos primeiros passos em direção à codificação do Direito Humanitário, merece proeminência: a Declaração de São Petersburgo (1868), ao proibir o uso de determinadas armas aptas a causar demasiado

²³⁸ Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: ... » *op cit.*... pp. 63-74.

²³⁹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). Art. 7°.

sofrimento aos combatentes; a Declaração de Bruxelas (1874), ao providenciar certas garantias aos civis não envolvidos no combate entre os beligerantes; e, talvez de maior importância e pertinência ao Direito Humanitário como um todo, a Convenção de Genebra de 1864, este instrumento internacional conta com dez artigos e converte em direito escrito as principais normas costumeiras relativas ao Direito Humanitário - *vide*: a proteção devida aos médicos e enfermeiros durante a guerra; o tratamento obrigatório aos enfermos e feridos; etc -. Com efeito a Corte Internacional de Justiça - no caso conhecido como *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* - reconhece o *status iuris cogentis*, ao menos, dos artigos 1º e 3º da Convenção de Genebra. Verdadeiramente as regras básicas do Direito Internacional Humanitário possuem valor fundamental para as relações internacionais e sua imperatividade e obrigatoriedade estende-se a todos os sujeitos de Direito Internacional; não sendo possível, naturalmente, a derrogação de suas disposições singularmente.²⁴⁰

- e) Proibição da discriminação racial e do apartheid: Em bom rigor, apartheid significa a institucionalização governamental ou jurídica da discriminação e segregação racial. Com efeito a Organização das Nações Unidas manifestou-se diversas vezes acerca do apartheid, em especial o regime hediondo instaurado na África do Sul em 1948. Neste sentido, o Conselho de Segurança emitiu numerosas resoluções sob a finalidade de isolar e pressionar o governo sul-africano a adequar-se aos padrões internacionais de tratamento digno ao ser humano. Semelhantemente, a Assembleia Geral declarou que o apartheid possui poucos paralelos históricos devido à sua desumanidade. Depois, sob o intento de realçar o caráter repugnante do apartheid, as Nações Unidas promoveu a Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de apartheid (1973); o instrumento, sobretudo, ajudou a consolidar o entendimento de que o apartheid

²⁴⁰ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.*. pp. 438-440. | Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights » in *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, UC Hastings Scholarship Repository, pp. 411-463.

configura um crime contra a humanidade e que certos atributos deste crime constitui genocídio.²⁴¹

- f) Proibição da tortura: a concepção de que a proibição à tortura é considerada uma norma *iuris cogentis* é consubstanciada por seu aparecimento na maioria dos grandes acordos de Proteção dos Direitos Humanos. Na prática internacional, estas disposições são inderrogáveis e sua violação constitui grave ofensa às premissas básicas do Direito Humanitário Internacional. Sob a inquietude gerada pela possibilidade da prática da tortura difundir-se dentre as relações internacionais - sobretudo em épocas marcadas pela beligerância entre soberanias - , a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas indicou um relator especial - Peter Kooijmans - para “promover a plena implementação da proibição, de acordo com a legislação internacional e nacional, da prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”; em seu relatório datado de 1986, Kooijmans constatou que: a tortura é absolutamente proibida ante o Direito Internacional - seja em tempos de guerra ou paz -; que a proibição da tortura pertence a um seleto grupo de regras às quais nenhuma derrogação pode ser feita; que o direito de não ser torturado possui o status de obrigações *erga omnes*; e, que a proibição da tortura pertence ao escopo das regras de *jus cogens*.²⁴²
- g) Direito à autodeterminação: originalmente concebido sob o intento de amparar os povos colonizados ante às questões políticas intrínsecas ao processo de colonização; o direito à autodeterminação representa a prerrogativa coletiva do povo para determinar, livremente, seu *status* político e buscar seu desenvolvimento social, cultural e econômico como nação. A independência política supramencionada, para além dos pressupostos óbvios do *dictum*, significa, também, a prerrogativa soberana permanente no que tocam seus recursos naturais. Já os direitos culturais circunscritos ao direito à autodeterminação compreendem prerrogativas como a livre determinação de tradições, questões religiosas e linguísticas. Efetivamente, a Corte Internacional de Justiça, no

²⁴¹ “Ce principe suppose initialement qu’un traitement égal soit réservé à des individus égaux et implique l’existence d’une norme prescrivant l’égalité de traitement”. Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit.* p.423. | Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

²⁴² Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

caso conhecido como *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*²⁴³, afirmou categoricamente - através da opinião expressada por seu vice-presidente à época, Fouad Ammoun - que o direito à autodeterminação dos povos representa uma norma de *jus cogens* à qual nenhuma derrogação é permitida. Ademais, resta estabelecido perante o Direito Internacional que a negação à autodeterminação de um povo pode legitimar um movimento de legitimação e liberação nacional.²⁴⁴

Verdadeiramente, as normas peremptórias de Direito Internacional geral elencadas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas compõem uma enumeração não exaustiva das normas de *jus cogens*; logo, alguns autores sugerem outras regras detentoras de caráter *iuris cogentis*. Consoante ao entendimento de Parker, o direito do indivíduo em não ser compulsoriamente retornado a seu país de origem em casos e circunstâncias em que sua segurança pessoal e seus Direitos fundamentais estariam em evidente risco - também conhecido como princípio do *non-refoulement*²⁴⁵ -, configura uma norma de *jus cogens*.²⁴⁶

Outros autores como Quadros e Gonçalves esclarecem que as normas de *jus cogens* abrangem praticamente todo o Direito Constitucional Internacional, ou seja: o Costume Internacional geral - estes compreendidos pelos princípios da liberdade dos mares, da coexistência pacífica, da autodeterminação dos povos, etc -; as normas convencionais inerentes ao Direito Internacional geral (*exempli gratia*, os princípios constitucionais contidos na Carta das Nações Unidas); e, o Direito Internacional geral de fonte unilateral ou convencional sobre Direitos Humanos (como a Declaração Universal dos Direitos do Homem por exemplo).²⁴⁷

²⁴³ “(...) the right to self-determination is a norm of nature *jus cogens*, derogation from which is not permissible under any circumstances”. CIJ (1971). *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, pp. 89-90, (separate opinion of judge Ammoun).

²⁴⁴ Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463.

²⁴⁵ A expressão “*non-refoulement*” advém da expressão francesa *refouler* (retornar).

²⁴⁶ Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling ... » *op cit.* pp. 411-463. | Allan, J. (2001). « The jus cogens Nature of non-refoulement » in *International Journal of Refugee Law* 13(4), pp. 533-558, Oxford.

²⁴⁷ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit.* p. 283.

Já Whiteman vai um pouco mais além, de acordo com a autora, normas como: a dispersão de germes com o objetivo de prejudicar ou extinguir a vida humana; a contaminação do ar, do mar ou da terra com o objetivo de torná-los prejudiciais ou inúteis para a humanidade; a modificação hostil do clima; ou mesmo a guerra econômica com o objetivo de perturbar os sistemas bancários mundiais seriam consideradas violações de preceitos detentores de natureza *iuris cogentis*.²⁴⁸

Por fim, cabe reiterar o argumento de que a doutrina jurídico-internacional possui efeito declarativo - e não constitutivo - em relação às normas de *jus cogens*. Efetivamente, estas apenas serão constituídas e reconhecidas através do aceite geral - pelos sujeitos de Direito Internacional - de uma norma a qual pressupõe-se interesse fundamental à Comunidade internacional; que nenhuma derrogação é permitida e que apenas pode ser modificada através de uma norma subsequente de mesma natureza.

1.5. *jus cogens* e a Convenção de Viena Sobre os Direitos dos Tratados

A concepção positiva das normas de *jus cogens* é consagrada, com efeito, pelo advento da Convenção de Viena Sobre os Direitos dos Tratados de 1969. Tamanha é a notoriedade deste instrumento internacional - resultante de laboriosos esforços empreendidos pela CDI a partir de 1949 -²⁴⁹ que poder-se-ia afirmar categoricamente que o reconhecimento proporcionado a estas normas imperativas de Direito Internacional por este dispositivo não apenas contribuiu profundamente para a crise no voluntarismo internacional; como também, corroborou para a tese da fundamentação do Direito Internacional no *ius naturale*.^{250 251}

²⁴⁸ Whiteman, M. (1977). « Jus cogens in international law, with a projected list » in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2, pp. 609–626, Athens.

²⁴⁹ Remón Q. (2010) « Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación com el debido proceso » in *Revista de Derecho*, no34, pp. 42-78, Universidad del Norte.

²⁵⁰ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 285.

²⁵¹ As regras de *jus cogens*, por serem imperativas e inderrogáveis, opõem-se ao antigo *jus dispositivum*, ou seja, a concepção clássica do Direito Internacional baseada na livre manifestação das soberanias. De fato, a liberdade dos Estados para celebrar tratados vem a ser limitada pelos valores fundamentais da Comunidade Internacional. Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit..* p 118, | Charlesworth, H. e Chinkin, C. (1993). « The Gender of Jus Cogens » in *Human Rights Quarterly Vol. 15, No. 1*, pp. 63-76, The John Hopkins University Press. | Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » *op cit..* pp. 117-140.

Estar-se-à diante do principal dispositivo legal internacional que constata a existência das normas peremptórias de Direito Internacional Público.²⁵² Como aponta Brito, fatores técnicos, razões políticas e, ainda, fatores de natureza jurídico-internacional foram motivos conducentes e decisivos à posição preponderante dos tratados a partir do século XX; tal como, a conseqüente necessidade do advento de uma convenção internacional que os regulassem.²⁵³

A Convenção - em sua Parte V, seção 2 (nulidade de tratados), artigo 53º - elucida não apenas que uma norma peremptória de Direito Internacional Público pressupõe a imprescindível aceitação e reconhecimento desta pela Comunidade Internacional como um todo;²⁵⁴ como também, determina que sob o eventual conflito entre o disposto em tratado e uma norma preexistente de *jus cogens*, este será considerado nulo *ab initio*.²⁵⁵

Combacau e Sur apontam que a redação do artigo 53º representa um mecanismo gerador de causas de nulidades internacionais.²⁵⁶

A justificativa para tal compreensão, explana Mazzuoli, resta na ilegalidade da matéria abordada pelo tratado; e as conseqüências de sua invalidez são esclarecidas pelo

²⁵² Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit..* p.75.

²⁵³ Por “fatores técnicos” considere a precisão e clareza do direito escrito, bem como a maior celeridade deste em comparação ao direito costumeiro; por “razões políticas” considere a introdução e participação de Estados oriundos da descolonização e dos países socialistas, que, por sua vez, buscaram participar efetivamente da elaboração e renovação das normas internacionais através do desenvolvimento do direito escrito; e, por “fatores técnico-jurídicos” considere a influência de determinados organizações internacionais no cenário político-internacional, como o papel exercido pela Organização das Nações Unidas no desenvolvimento progressivo do Direito dos Tratados e na codificação do Direito Internacional. Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* pp. 144-146.

²⁵⁴ Em conseqüência de sua falta de precisão ao explicar o escopo e conteúdo legal das normas peremptórias de Direito Internacional, o disposto no artigo 53º da Convenção de Viena sofre diversos criticismos por grande parte da doutrina. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit..* p. 308. | Paulus, A. (2005). « *jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal » in *Nordic Journal of International Law*, vol 74. pp. 297-334. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit..* pp. 118-119. | Remón Q. (2010) « *Ius cogens* en ... » *op cit..* pp. 42-78. | Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement ... », *op cit..* pp. 15-26.

²⁵⁵ Bianchi, A. (2008). « Human Rights and ... », *op cit..* pp. 491-508. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 280. | Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens... » *op cit..* pp. 117-140.

²⁵⁶ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 155.

artigo 71º da supradita convenção.²⁵⁷ Isto é, nos casos em que o tratado seja declarado nulo de acordo com os termos do artigo 53º, dois corolários imediatos são facilmente identificados: a) a inevitável obrigação de se eliminar, na medida do possível, as consequências dos atos realizados (desde que estes estejam em conflito com uma norma peremptória de Direito Internacional geral), ou seja, a imperiosa necessidade de restabelecer o *status quo ante*; e, b) a imprescindível adaptação das relações mútuas (entre as soberanias) para que estejam em conformidade com as normas peremptórias de Direito Internacional Público.²⁵⁸

Ainda sobre a possibilidade de incompatibilidade do disposto em Tratado e uma norma de *jus cogens*, há a possibilidade do inconformismo entre o objeto deste e uma norma subsequente de natureza *iuris cogentis*; nestes casos - cujo teor encontra respaldo no artigo 64º da Convenção -,²⁵⁹ as partes devem: a) desobrigar-se do cumprimento do tratado; e, b) não prejudicar qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção. Entretanto, estes direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente na medida em que sua manutenção não conflite com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.²⁶⁰

Cabe salientar que mesmo os tratados concluídos anteriormente à entrada em vigor da Convenção de Viena encontram-se sujeitos às disposições dos artigos 53º, 64º e 71º, uma vez que estes - apesar de figurarem no direito convencional - decorrem do Direito

²⁵⁷ Cabe a ressalva de que as consequências da invalidade de um tratado devido à violação de uma norma detentora caráter *iuris cogentis* estão contidas em artigo próprio (art. 71º itens 1 e 2), o que denota clara importância dada ao *jus cogens* pela Convenção de Viena. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 305-306.

²⁵⁸ Esta nulidade resulta, com efeito, do objeto ilícito do tratado; diferentemente da nulidade que advém da coação do representante de Estado; esta é decorrente do vício de consentimento. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 306. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 230. | Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 219.

²⁵⁹ “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados. (1969). Art. 64º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

²⁶⁰ Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* pp. 279 - 312. | Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito... op cit.* p. 118. | Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit.* p. 75. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.* pp. 147-149. | Nasser, S. (2005). « *Jus cogens*: ainda... » *op cit.* pp. 161-178. | Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e o tema da nulidade dos tratados » in *Revista de Informação Legislativa*, pp. 181-196, a. 36, n. 144, Brasília. | Remón Q. (2010) « *Ius cogens* em... » *op cit.* pp. 42-78.

Consuetudinário preexistente.²⁶¹ Em outros termos, a invalidade de um tratado em divergência com uma norma imperativa de Direito Internacional geral decorre não apenas do *pacta sunt servanda*; como também, do Direito Consuetudinário preexistente, uma vez que os acordos convencionais - neste caso específico - representam um mero reflexo positivo deste.

Portanto, reiterando o explanado, ao tratarmos de conflitos entre tratados e normas de *jus cogens*, existem duas circunstâncias óbvias apresentadas pela Convenção de Viena; os casos em que a norma peremptória de Direito Internacional geral é preexistente à conclusão do tratado - nestes casos o tratado é considerado nulo *ab initio* -; e, os casos em que a norma peremptória de Direito Internacional é subsequente à conclusão do tratado - nestes casos o tratado perde seu efeito *ex nunc*.

O artigo 65º da Convenção determina que na ocasião em que uma determinada parte de tratado identifique disposições contrárias à alguma norma de *jus cogens* já existente, este deve notificar às outras partes de maneira escrita as razões que justifiquem o fato e as medidas que pretende tomar a respeito de sua execução.²⁶²

No entanto, há a possibilidade de que o Estado recebedor da comunicação de invalidade ou extinção de tratado conflitante com uma norma imperativa de Direito Internacional, decida, dentro do prazo previsto no artigo 65º, (2), objetar a notificação. Nestes casos, as partes devem valer-se dos meios propiciados pelo artigo 33º da Carta das Nações Unidas para solucionar a controvérsia.²⁶³ Caso não seja possível uma solução nestes termos e dentro do prazo de até doze meses, qualquer uma das partes poderá,

²⁶¹ Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e ... » *op cit.* pp. 181-196.

²⁶² O prazo para tal notificação, segundo o próprio artigo 65º da Convenção, é de no mínimo três meses, salvo casos de urgência extrema. Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 312. | Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e ... » *op cit.* pp. 181-196.

²⁶³ A Carta das Nações Unidas determina que os Estados partes em uma controvérsia internacional, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, deverão chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha. Ademais, o Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias. Carta das Nações Unidas. (1945). Art. 33º, no 1 e 2. Disponível em:

mediante recurso unilateral, acionar a CIJ caso não prefira uma solução através da arbitragem.²⁶⁴

Um ponto interessante deste processo é a competência obrigatória da CIJ para interpretar se o tratado em questão é contrário, ou não, a uma norma de direito cogente; bem como, constatar a existência, ou não, desta norma imperativa de Direito Internacional.²⁶⁵

Para além do explanado, deve-se levar em consideração que enganam-se aqueles estudiosos do Direito das Gentes que apesar da óbvia importância dos artigos 53º e 64º para a compreensão das normas de *jus cogens*, atêm-se apenas ao exposto nestes. Explico-me.

É possível identificar determinadas disposições contidas na Convenção como consequências diretas do artigo 53º. Neste sentido, e para melhor compreensão da repercussão jurídica do que nos é apresentado pelo artigo 53º, por exemplo, o artigo 44º, (5), apresenta de forma cristalina a impossibilidade da divisão das disposições de um tratado nos casos de invalidade mencionados nos artigos 51º, 52º e 53º. Isto significa dizer que - a despeito da possibilidade de separação das disposições do tratado ser permitida em diversas ocasiões - caso seja verificada alguma espécie de coação de representante de Estado para que este consinta em obrigar sua soberania ao disposto em Tratado; ou, nos casos em que esta coação seja dirigida diretamente ao Estado para os mesmos fins; ou, ainda, quando o teor do Tratado em questão seja conflitante com uma norma imperativa de Direito Internacional geral; nestes casos, em específico, o tratado resta afetado como um

²⁶⁴ Nesta senda, a Tunísia fez reserva ao artigo 66º, alínea “a” da Convenção, justamente por não concordar com a competência obrigatória da CIJ para decidir acerca desta controvérsia envolvendo as normas de *jus cogens*. Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e ... » *op cit.* pp. 181-196.

²⁶⁵ Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e ... » *op cit.* pp. 181-196.

todo, logo, deverá ser considerado nulo.²⁶⁶ Com efeito, isto resulta no princípio da indivisibilidade dos tratados.²⁶⁷

O disposto no artigo 44º, (5), reforça a concepção de que as normas peremptórias do Direito das Gentes possuem caráter fundamental para a Comunidade Internacional. Para além de sua composição, esta afirmação resta consubstanciada pela notável adoção de sua redação pela maioria dos votos presentes na Conferência de Viena (noventa e seis votos contra zero; com apenas oito abstenções).²⁶⁸

Todavia, ainda que seja inegável o caráter fundamental das normas *iuris cogentis*, ressalta-se que a redação do artigo 44º, (5), da Convenção de Viena não resta isenta de críticas doutrinárias. Baseando-se no mesmo pressuposto lógico que embasa o fundamento jurídico contido no artigo 44º, (3),²⁶⁹ ou seja, a possibilidade de existirem situações em que o disposto em determinado artigo de Tratado possa ser considerado nulo sem que necessariamente seja declarada a nulidade por completo do instrumento internacional; Sztucki propõe o argumento de que a possibilidade de conflito entre um elemento do Tratado e uma norma peremptória de Direito Internacional geral não necessariamente deveria significar o contágio de todo o seu texto.²⁷⁰

Em concordância com o entendimento de Sztucki, o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional, Sir Humphrey Waldock, defende que caso uma provisão infrinja uma norma detentora de caráter *iuris cogentis*, porém, não esteja necessariamente

²⁶⁶ No entanto, cabe mencionar que a concepção de que um tratado cujo teor seja contrário à uma norma de *jus cogens* deverá ser considerado nulo nem sempre prevaleceu; sobretudo ao analisarmos os “drafts” anteriores à Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Nesta senda, o relator especial Sir Humphrey Waldock elucidou que: “If a provision, the object or execution of which infringes a general rule or principle of international law having the character of *jus cogens*, is not essentially connected with the principal object of the treaty and is clearly severable from the remainder of the treaty, only that provision shall be void”. Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* pp. 147-149.

²⁶⁷ Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit..* p. 146.

²⁶⁸ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* p. 148.

²⁶⁹ “Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que: a) essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação; b) resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e, c) não seja injusto continuar a executar o resto do tratado.” Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados. (1969). Art. 44, P3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

²⁷⁰ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* p. 148.

conectada ao objeto principal do Tratado, e é claramente separável do restante deste, apenas esta provisão deveria ser considerada nula.²⁷¹

Prevaleceu o entendimento, no entanto, de que as normas de *jus cogens* possuem caráter tão fundamental que, de fato, ao constatar-se o conflito de qualquer uma de suas cláusulas com uma norma peremptória de Direito Internacional geral, toda a completude do instrumento internacional deverá ser considerada inválida.

Por fim, ainda que seja sempre árdua a tarefa de criticar instrumentos internacionais detentores de tamanha notoriedade e importância - ainda mais em se tratando da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados - torna-se imperioso evidenciar algumas de suas “falhas” ou ambiguidades; em especial, no tocante às normas *iuris cogens*.

Antes de tudo, deve-se atentar ao fato de que muitas destas ambiguidades ou omissões se deram sob o intuito de evitar certas limitações ou contradições que viessem a prejudicar ou intrinchar ainda mais as - já complexas - relações internacionais; e de modo algum se devem à uma possível ineficiência do excelentíssimo corpo jurídico que a desenvolveu.

Isto posto, a priori, cabe citar a já mencionada falta de especificidade na determinação do escopo das normas de *jus cogens*. A subjetividade do artigo 53º no tocante à definição do âmago das normas peremptórias de Direito Internacional trouxe consigo discussões controversas sobre sua natureza e finalidade. O fator determinante para tal omissão, segundo Sztucki, resta na expectativa irreal de que a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas dispusesse de tempo suficientemente aceitável para solucionar e desenvolver um conceito de tamanha importância sem exagerar a significância das normas de *jus cogens* ou, o que o autor julga ainda pior, cingir seu escopo e desenvolvimento através deste instrumento internacional.²⁷²

²⁷¹ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* p. 147.

²⁷² Cfr. Carrión: “(...) la Comisión se pronunció en contra de la inclusión de cualquier ejemplo de norma de ius cogens en el artículo (...) si la Comisión intentara establecer una lista, aun de carácter selectivo, de las normas de Derecho Internacional que han de considerarse como de ius cogens, tal vez tendría que emprender un largo estudio de materias ajenas al ámbito de los presentes artículos”. Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit..* p. 212. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* p. 155. | Carreau, D. (1994). *Droit International*, p.79. Éditions A, Pedone, Paris.

Sob auspícios semelhantes, Azevedo Soares explana que a CDI, ao permitir que a determinação do conteúdo das regras contidas no artigo 53º sejam definidas pelos tribunais internacionais, acabou por converter a figura do juiz internacional em um “*véritable législateur international*”.²⁷³ Com base neste argumento, o autor repudia a possibilidade de que uma norma criada por precedentes judiciais possa vir a adquirir um valor hierárquico superior às demais regras do Direito Internacional Público.²⁷⁴

A verdade é que a matéria recebeu uma espécie de aquiescência tácita por boa parte dos Estados-Partes das Nações Unidas à época; apenas 42 Estados fizeram algum comentário a respeito das normas de *jus cogens*; destes 42, apenas 10 fizeram críticas aos artigos relacionados às supramencionadas normas; e destes 10, apenas 1 propôs sua eliminação.²⁷⁵

De fato a concepção trazida pelo artigo 53º da Convenção de Viena denota vulnerabilidade ao conceito do *jus cogens* e à própria estabilidade dos tratados. Ainda assim, aparenta que a Comissão optou por remediar a situação através de garantias processuais contra potenciais abusos em detrimento de uma definição direta do conceito como estabelecido.²⁷⁶

O caminho escolhido pela Comissão faz especial sentido se levarmos em conta, sobretudo, o potencial caráter prejudicial desta pormenorização de conteúdo em face da evolução do Direito Internacional moderno; uma vez que este, decerto, tende a refletir - mais que outros ramos do direito - a evolução social e política da Comunidade Internacional.²⁷⁷

²⁷³ Expressão utilizada pelo Delegado francês na Conferência de Viena.

²⁷⁴ Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit..* p. 116.

²⁷⁵ Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit..* p. 156.

²⁷⁶ *Ibid*, p. 157.

²⁷⁷ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* pp. 287-288.

Já em referência ao disposto no artigo 65º da Convenção, há relevância o criticismo exposto por Fiorati, Mazzuoli e Sztucki²⁷⁸; isto no sentido de que a despeito do caráter geral e essencial das normas *iuris cogentis*, ou seja, a evidente necessidade de proteção destes valores por toda a Comunidade Internacional; apenas os Estados-partes do tratado conflitante gozam da prerrogativa de invocar, nos termos da Convenção, o argumento de que uma norma *jus cogens* estaria a ser violada.

Ora, se levarmos em consideração o *dictum* de que os Estados devem cooperar através de qualquer meio legal para pôr um fim na violação de normas peremptórias do direito internacional geral, seria ao menos lógico o pressuposto de que outros membros da Comunidade Internacional pudessem alegar que um tratado - ao qual não sejam partes - é violador de uma norma *jus cogens*. É percebido, neste sentido, uma possível falha por parte dos delegados da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados.

Ademais, Ferreira de Almeida, Daillier e Pellet atentam-nos que o próprio reconhecimento dado às normas de *jus cogens* possui dois corolários prejudiciais às relações internacionais contemporâneas. Primeiramente, devido ao caráter fundamental dos preceitos protegidos pelas normas peremptórias de Direito Internacional geral, torna-se viável um retorno massivo ao subjetivismo jurídico inerente ao *ius naturale*; e, em segunda instância, a reconhecimento destas normas e de suas consequências jurídicas incita a proclamação unilateral da nulidade de tratados concluídos livremente, devido à violação de normas hipoteticamente imperativas.²⁷⁹

Verdadeiramente, um instrumento internacional da magnitude da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados entre Estados não poderia restar isenta de críticas. Reitera-se, por outro lado, a relevância e o caráter fundamental deste instrumento internacional - considerado por alguns o instrumento internacional de maior importância para a história do Direito das Gentes²⁸⁰ - que não restringiu-se, apenas, à codificar um

²⁷⁸ Fiorati, J. (2002). *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. pp. 108-109. Unesp, Franca. | Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and... op cit.* pp. 174-194. | Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 312 - 313.

²⁷⁹ Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public... op cit.* p. 207. | Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.* p. 144

²⁸⁰ Mazzuoli, V. (2016). *The Law of ...op cit.* p. 11.

conjunto de regras gerais sobre tratados; mas também, lidou com o desenvolvimento progressivo destas matérias de maneira inovadora e majoritariamente satisfatória.

1.6. Da possibilidade do *jus cogens* Regional

Como visto *supra*, as normas imperativas de Direito Internacional geral pressupõem alcance universal entre as soberanias. Ainda assim, indaga-se acerca da possibilidade de formação de normas detentoras de caráter *iuris cogentis* a nível regional.

A priori, cabe mencionar que o artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados silencia a respeito de um eventual *jus cogens* regional, isto é, o instrumento internacional não opõe-se expressamente a respeito de sua criação.²⁸¹

Concomitantemente, a opinião de Brito, Sur e Combacau acerca do tópico é de que há a possibilidade da concepção de uma norma imperativa de Direito Internacional geral regional em sistemas regionais homogêneos que engendrem normas que lhes sejam particulares.²⁸²

De igual maneira, o posicionamento soviético - inspirado pelo princípio do internacionalismo proletário - desenvolveu-se no sentido de defender a existência de regras imperativas de Direito Internacionais aplicáveis apenas entre Estados socialistas.²⁸³

A verdade é que certas normas de *jus cogens* consubstanciadas em costumes regionais vinculam apenas determinados Estados que partilham de dada cultura jurídica. Insista-se, pois, que a vigência destas normas *iuris cogentis* de cunho regional não encontra-se restringida apenas a Estados limítrofes ou geograficamente concentrados. Apesar da proximidade geográfica poder ocasionar alguma espécie de influência na formação destas normas regionais, nada impossibilita a possibilidade de uma soberania de outra área do globo e que comungue dos mesmos valores jurídicos venha a estar vinculada a estes termos.²⁸⁴

²⁸¹ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 390.

²⁸² Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit..* p. 294. | Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 156.

²⁸³ Combacau, J. E Sur, S. (1997). *Droit International... op cit..* p. 156.

²⁸⁴ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 389.

Depois, em se tratando da jurisprudência internacional, a CIJ, em acórdão proferido em 27 de junho de 1986 - *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicarágua* - admitiu a existência de normas peremptórias de Direito Internacional geral de cunho regional.²⁸⁵

Claro está que as normas de *jus cogens* regionais deverão sempre respeitar as de cunho universal. Advindas das normas costumeiras, não seria possível o surgimento de um Costume Internacional em desacordo com outro que reja sobre a mesma questão sem que seja cessada sua vigência. Baptista esclarece que a prática seria sempre nula ou ilícita; e a superveniência desta eventualidade não seria possível sem colocar em causa a vigência da norma de *jus cogens* universal. Em bom rigor, a formação de normas de *jus cogens* regionais estão adstritas a ampliar as normas de *jus cogens* universais.²⁸⁶

De acordo com Hasmath, as normas peremptórias de Direito Internacional Público podem ser percebidas como um subterfúgio legal que realça a unidade jurídica internacional através da recusa em aplicar o princípio *lex specialis derogat legi generali*. Segundo a autora, “*jus cogens*” significa meramente a qualidade da norma, e não a norma em si; isto posto, uma norma *iuris cogentis* regional vincula efetivamente uma comunidade regional a "um conjunto mínimo de valores comuns insubstituíveis que se elevam além das relações bilaterais com base no interesse de um estado individual em relação a outro".²⁸⁷

Decerto a discussão doutrinária acerca da existência de um *jus cogens* regional baseia-se na questão da universalidade. De fato, as normas peremptórias de Direito Internacional geral refletem valores tão fundamentais à Comunidade Internacional que seu escopo não poderia ser outro que não o universal. Por conseguinte, ao admitirmos a existência de regras *iuris cogentis* regionais, estamos admitindo, também, que estas não são fundamentais à toda a Comunidade Internacional; e é exatamente neste argumento que repousa a contradição do *jus cogens* regional.²⁸⁸

²⁸⁵ Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 281.

²⁸⁶ Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 390

²⁸⁷ Hasmath, R. (2012). « The Utility of Regional Peremptory Norms in International Affairs », Paper Presented at American Political Science Association Annual Meeting, pp. 1-18. New Orleans.

²⁸⁸ *Ibid.*

Esta contraditória pode ser solucionada através de termos práticos e não necessariamente dogmáticos. A posição hierárquica das normas de *jus cogens* justifica-se na medida em que auxilia na concretização de deveres político-jurídicos internacionais de maneira homogênea de acordo com as práticas internacionais contemporâneas. Com efeito, a regionalização de normas internacionais não constitui um conceito novo ao Direito Internacional.²⁸⁹

Efetivamente, não há preceito algum de Direito Internacional Público que obste a atribuição de natureza *iuris cogentis* à uma norma regional. Resta demonstrado através da prática e doutrina internacional que um grupo de nações que partilham determinada cultura jurídica podem implementar e estabelecer uma prática consistente detentora de natureza *iuris cogentis* desde que esteja de acordo com as regras para-universais do *jus cogens*.

1.7. Referências da Jurisprudência Internacional ao *jus cogens*

A intenção desta seção é evidenciar de maneira não exaustiva algumas das referências às normas de *jus cogens* - de maneira expressa ou inferida - feitas por tribunais internacionais; portanto, debruçemo-nos sobre os seguintes casos: a) Caso do Canal de Corfu; b) Opinião consultiva sobre reservas à Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; c) Tribunal Militar das Nações Unidas em Nuremberg; e, d) Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.

a) Caso do Canal de Corfu: A Corte Internacional de Justiça, em 9 de abril de 1949, descreveu certos atos realizados pela Albânia iam de encontro a princípios gerais e bem reconhecidos pela Comunidade Internacional; nomeadamente: a consideração elementar pela humanidade (este preceito, de acordo com a Corte, ainda mais exigente na paz do que na guerra); o princípio da liberdade de comunicação marítima; e, a obrigação de todo Estado em não permitir, conscientemente, que seu território seja utilizado para atos contrários ao direito de outros Estados.²⁹⁰

²⁸⁹ Hasmath, R. (2012). « The Utility of ... », *op cit.*, pp. 1-18.

²⁹⁰ Suy, E.. (1967). « The concept of jus cogens in Public International Law » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, pp. 17-77, Geneva. | Carreau, D. (1994). *Droit International... op cit.* p. 79.

- b) Opinião consultiva sobre reservas à Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio: Considerando que a proibição do crime de genocídio constitui não apenas um imperioso moral da humanidade, como também, um preceito que resulta de uma norma peremptória de Direito Internacional geral; a Corte Internacional de Justiça constatou que nenhuma reserva à Convenção do genocídio seria válida uma vez que os princípios que circundam a Convenção são reconhecidamente vinculantes às nações “civilizadas” mesmo sem a existência de um acordo preexistente convencional.²⁹¹ A Corte estimou que o crime de genocídio não apenas é qualificado pela ONU como crime contra a humanidade - o que possui como corolário a impossibilidade da existência de grupos de Estados que recusem caráter essencial a este preceito -; como também, reconheceu que a proibição deste ato nefasto possui caráter imperativo e conseqüentemente obrigatório para toda a Comunidade Internacional.²⁹²
- c) Tribunal Militar das Nações Unidas em Nuremberg: a decisão proferida pelo Tribunal em questão se deu no sentido favorável à existência de uma Ordem pública internacional. O Tribunal determinou a nulidade do acordo internacional que obrigava os prisioneiros de guerra franceses a trabalhar em fabricas armamentistas alemãs sob o argumento de que tal instrumento internacional seriam contrários aos bono mores, e, portanto, seriam nulos.²⁹³
- d) Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited: é fulcral compreender a posição da CIJ no já mencionado Caso *Barcelona Traction*. Neste célebre *dictum* da Corte, proferiu-se opinião no sentido de acentuar o interesse jurídico de todos os Estados em relação a determinadas obrigações que pressupõem a proteção de Direitos detentores de caráter *erga omnes*; com efeito, dispõe o Tribunal: “(...) In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. (...) Such obligations derive, for

²⁹¹ Whiteman, M. (1977). « Jus cogens in ... » *op cit.* pp. 609–626. | Suy, E.. (1967). « The concept of ... » *op cit.* pp. 17-77.

²⁹² Carreau, D. (1994). *Droit International...* *op cit.* p. 79.

²⁹³ Suy, E.. (1967). « The concept of ... » *op cit.* pp. 17-77.. | Carreau, D. (1994). *Droit International...* *op cit.* p. 80.

example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”. Assim, o reconhecimento destas normas notadamente *iuris cogentis* e consequentemente detentoras de caráter *erga omnes* possui como corolário aquilo que parte da doutrina entende como *actio popularis* internacional; ou seja, a prerrogativa de todo e qualquer Estado para pleitear internacionalmente o respeito a estes direitos considerados fundamentais pela Comunidade Internacional.²⁹⁴

1.8. Últimos Desenvolvimentos da Matéria pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Tratando-se de órgão técnico sob a autoridade e controle da Assembléia Geral - nomeadamente sua Comissão de Assuntos jurídicos -, e criada a partir da Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas possui papel fundamental na codificação e desenvolvimento progressivo do Direito das Gentes. O órgão é composto por representantes dos principais sistemas jurídicos da Comunidade Internacional e visa, sobretudo, a elaboração de projetos de convenções a respeito de temas que ainda não tenham sido regulamentados pelos sujeitos do Direito Internacional; ou, a respeito de preceitos que ainda não estejam suficientemente desenvolvidos pela prática internacional.²⁹⁵

De acordo com Diez de Velasco e em referência às duas principais incumbências da Comissão, entende-se que o encargo de desenvolver progressivamente o Direito

²⁹⁴ Corte Internacional de Justiça. (1970). *Affaire de La Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. p. 33. | Sudre, F. (2019). *Droit européen et ... op cit..* pp. 76-77. | Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional... op cit..* p. 118. | Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em... op cit..* p. 279.

²⁹⁵ Albino de Azevedo atenta-nos ao fato de que a codificação de um Costume Internacional não deve ser confundida com a sua transformação em direito convencional. Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito... op cit..* pp. 113-114. | Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit..*, pp. 141-142.

Internacional está efetivamente relacionado a fatores essencialmente políticos; enquanto sua tarefa de “codificação” está intrinsecamente relacionada a fatores técnicos e científicos. Faz-se oportuno mencionar, entretanto, que mesmo a Assembleia Geral e a própria Comissão mostraram-se incapazes de manter uma distinção prática entre as duas incumbências; uma vez que a CDI desenvolveu um procedimento único de trabalho que acaba por não levar em conta as diferenças formais estabelecidas pelo Estatuto do órgão. Com efeito, haja vista esta inviabilidade de distinção prática, a Comissão recomendou sua eliminação em futuras revisões do Estatuto.²⁹⁶

Isto posto, o procedimento de trabalho da Comissão inicia através da recomendação - pela Assembléia Geral - do estudo de tema dotado de certa relevância às relações internacionais - e naturalmente ao Direito Internacional -, seguida pelo apontamento de um de seus membros à qualidade de Relator Especial, cujo dever varia desde estabelecer um plano de trabalho efetivo acerca do estudo da questão de Direito Internacional, à obter informações acerca da prática internacional dos Estados em relação à matéria. Por fim - naturalmente após o satisfatório desenvolvimento da questão -, busca-se o consentimento final e a aprovação do projeto de artigos pela ampla maioria do Estados, o que tende a resultar num efetivo processo de codificação.²⁹⁷

Carrión e Abi-Saab explanam, ainda, que os frutos do trabalho da CDI não restringem-se à criação de legislações internas ou internacionais, ou seja, mera declaração *de lege data*; uma vez que suas declarações sugerem soluções *de lege ferenda*.²⁹⁸

No que toca sua constituição, a Comissão é formada por trinta e quatro membros indicados em virtude de sua reconhecida competência internacional; consistindo de seis latino-americanos, nove africanos, oito asiáticos e três oriundos dos antigos países socialistas. Seus membros são designados através de eleição organizada pela Assembleia

²⁹⁶ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 142. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254.

²⁹⁷ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 142. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254.

²⁹⁸ Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 254. | Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » ... *op cit.* pp. 7-15.

Geral das Nações Unidas e, caso nomeados, estarão sob o encargo de representar internacionalmente os principais sistemas jurídicos do globo.²⁹⁹

Isto posto, em sua sexagésima sétima sessão (2015), a Comissão decidiu incluir as normas peremptórias de Direito Internacional geral em seu cronograma de trabalhos, indicando o Dr. Dire Tladi como Relator Especial. Subsequentemente, a Assembleia Geral, através da resolução 70/236 de 23 de dezembro de 2015, tomou conhecimento da decisão da Comissão em incluir o tópico em seu cronograma.³⁰⁰

As primeiras conclusões do projeto de artigos elaborado pela Comissão se dão no sentido de explicar a definição e natureza jurídica das normas de *jus cogens*. Como visto anteriormente - e de acordo com a *draft conclusion 2* -, as normas peremptórias de Direito Internacional geral são aquelas reconhecidas pela Comunidade Internacional como norma a qual nenhuma derrogação é permitida e sua modificação apenas ocorrerá através de uma norma subsequente de Direito Internacional geral da mesma natureza. Quanto à sua natureza jurídica, a CDI salientou os valores fundamentais protegidos e manifestados através destas normas e denotou sua superioridade hierárquica perante as outras normas de Direito Internacional; assim como, sua aplicação universal.³⁰¹

As conclusões da CDI em relação à posição superiormente hierárquica das normas de *jus cogens* perante outras normas de Direito Internacional decerto corrobora com a parcela da doutrina que defende a existência de uma Ordem Pública internacional - *vide*: Brito; Verdross; Ridruejo, etc -.³⁰²

Os critérios de aceitação e reconhecimento inerentes às normas peremptórias de Direito Internacional geral estabelecidos pela CDI são distintos daqueles percebidos em meras normas de Direito Internacional geral; deve-se atentar ao fato de que as normas *iuris cogentis* são aceitas e reconhecidas como normas as quais nenhuma derrogação é permitida e que apenas podem ser modificadas através de uma norma subsequente de mesma

²⁹⁹ Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.* p. 258.

³⁰⁰ Document A/71/10, Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/reports/2016/english/chp9.pdf>

³⁰¹ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

³⁰² *Ibid*,

natureza. A natureza jurídica das normas de *jus cogens* restam evidenciadas e podem ser constatadas através das mais variadas formas: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; opiniões legais do governo; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões de tribunais nacionais; disposições de tratados; e resoluções adotadas por uma organização internacional ou em uma conferência intergovernamental.³⁰³

São determinados, ainda, critérios subsidiários para a determinação de uma norma de *jus cogens*. Com efeito, as decisões de tribunais internacionais - em especial as proferidas pela Corte Internacional de Justiça - podem servir como meios acessórios para o estabelecimento ou designação de normas detentoras de caráter *iuris cogentis*. De maneira semelhante, os trabalhos empreendidos por órgãos especialistas em Direito Internacional oriundos tanto de Organizações Internacionais quanto por Estados e, similarmente, a doutrina internacional; podem auxiliar a determinação de uma norma de *jus cogens*.³⁰⁴

Quanto à expressão “(...) Comunidade de Estados como um todo” utilizada tanto pela convenção de Viena sobre Direito dos Tratados quanto pela vasta maioria da doutrina internacional, a CDI esclarece que não há a necessidade de aceitação e reconhecimento das supramencionadas normas por todos os Estados, mas, tão somente, pela vasta maioria das soberanias do globo.³⁰⁵

Depois, a Comissão determina que a opinião *per se* de outros atores da Comunidade Internacional - que não os Estados - possui parca relevância no que tocam os critérios e o processo para o estabelecimento das normas de *jus cogens*.³⁰⁶

Em relação às consequências legais da mera existência das normas peremptórias de Direito Internacional geral, o projeto de artigos, em sua parte 3, parece seguir majoritariamente as premissas estabelecidas pela Convenção de Viena: os tratados conflitantes com normas de *jus cogens* deverão ser declarados nulos; sob a emergência de

³⁰³ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

uma norma de *jus cogens*, qualquer Tratado em conflito com estas deverá ser considerado nulo; e, restará ineficiente uma reserva em relação a uma provisão de artigo que disponha acerca de uma norma detentora de caráter *iuris cogentis*.³⁰⁷

Nota-se, no entanto, uma pertinente diferença no que toca a separabilidade dos Tratados conflitantes com normas de *jus cogens*. Apesar das semelhanças entre a *draft conclusion* 11.1 e o disposto na Convenção de Viena, a CDI inova ao elucidar ao menos duas exceções à circunstância da emergência de uma nova norma peremptória de Direito Internacional geral: na hipótese em que o Tratado tenha sido estabelecido de tal maneira que a aceitação das ditas disposições não tenham sido essenciais para o consentimento de qualquer parte em ficar vinculada ao Tratado como um todo; e, nas circunstâncias em que a continuação do cumprimento do restante do Tratado não seria injusto.³⁰⁸

No que tocam os Costume Internacionais, dispõe a *draft conclusion* 14 que nenhum Costume virá a existir caso esteja em desacordo com uma norma peremptória de Direito Internacional geral. Quanto às regras do Direito Consuetudinário já existentes no momento da emergência de uma norma de *jus cogens*; caso sejam incompatíveis com estas normas, restará findada a existência destas.³⁰⁹ Sob auspícios semelhantes, os atos unilaterais dos Estados e as resoluções das Organizações Internacionais, desde que contrários às normas *iuris cogentis*, não criam obrigações internacionais e nem, tampouco, gozam de efeito vinculativo.³¹⁰

Relativamente às consequências de violações graves de normas peremptórias de Direito Internacional geral, o projeto de artigos proposto pela Comissão elucidada ao menos dois corolários para o perjúrio: a cooperação entre soberanias para pôr fim, por meios lícitos, a qualquer violação grave de obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral; e, a premissa de que nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação criada por violação grave de obrigação decorrente de uma norma

³⁰⁷ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

imperativa de direito internacional geral, nem, tampouco, prestar ajuda ou assistência para manter essa situação.³¹¹

Por fim, a Comissão expõe uma lista não exaustiva das normas de *jus cogens* já referidas pelo órgão das Nações Unidas como detentoras de caráter *iuris cogentis*, quais sejam: a proibição de agressão; a proibição do genocídio; a proibição de crimes contra a humanidade; as regras básicas do Direito Internacional Humanitário; a proibição da discriminação racial e do apartheid; a proibição da escravidão; a proibição da tortura; e, o direito à autodeterminação.³¹²

1.9. Efeitos decorrentes da violação das normas de *jus cogens*

Efetivamente, todo ato soberano que constitua a violação de uma obrigação internacional - independentemente de sua natureza - significa a execução de um ato ilícito internacional; não obstante este pressuposto, há, ainda, casos em que o bem jurídico violado por tal ofensa é dotado de tamanha importância para a Comunidade Internacional que o mero desrespeito destas normas essenciais para a convivência internacional pacífica resulta em um regime de responsabilidade internacional mais austero que o habitual.³¹³

Como corolário direto do exposto *supra*, nota-se que a violação de tais obrigações - *erga omnes* - enseja não apenas na possibilidade de que um Estado distinto daquele prejudicado diretamente pelo ato ilícito internacional possa exigir a responsabilidade internacional por tal violação; como também, permite a adoção de medidas sancionatórias em desfavor da soberania autora do ato ilícito.³¹⁴

Em outros termos, a concepção estritamente bilateral da responsabilidade internacional perece ante a violação de normas imperativas de Direito Internacional geral; com efeito, toda a Comunidade Internacional possuirá legitimidade para exigir, efetivamente, a responsabilidade internacional pelo ato.

³¹¹ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

³¹² *Ibid.*

³¹³ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 881-882.

³¹⁴ *Ibid.*

Decerto, a responsabilidade por atos violadores de normas imperativas de Direito Internacional geral são mais severas. Diez de Velasco - em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas - elucida que a violação de tais normas resulta: na obrigação dos Estados em cooperar através de qualquer meio legal para que se faça cessar a situação; na obrigação de não reconhecimento de uma situação advinda deste ato ilícito; e na obrigação de abster-se de atos que ajudem a manter a situação.³¹⁵

Ademais, é fulcral perceber a distinção entre as violações referidas *supra* e outros tipos de violações. O primeiro critério de distinção, naturalmente, refere-se intimamente à norma internacional violada. Deve-se apurar se a transgressão ocorreu em desfavor de uma norma imperativa de Direito Internacional geral, ou seja, foi de encontro a normas substanciais aos valores humanos mais fundamentais.³¹⁶

O segundo critério de distinção refere-se a forma que o ato foi realizado e às consequências geradas por tal violação. Segundo o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a violação deve ser considerada “grave”. A despeito de sua subjetividade, Diez de Velasco afirma que o termo escolhido pela Comissão - “grave” - faz alusão ao caráter sistemático, flagrante ou manifesto da violação.³¹⁷

Para mais, no que toca a responsabilidade dos Estados, em consonância com a septuagésima sessão da Comissão de Direito Internacional Público das Nações Unidas, podemos traçar três corolários imediatos da violação de normas *jus cogens*: I) a inviabilidade de se beneficiar das excludentes de ilicitude; II) a impossibilidade de se reconhecer como lícita uma situação criada por violações deste gênero - bem como prestar auxílio ou assistência para manter essa situação; e III) a obrigação dos Estados em

³¹⁵ Faz-se oportuno mencionar que as regras de reparação do dano não estão sujeitas às limitações impostas aos atos ilícitos ordinários. Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, pp. 881-882.

³¹⁶ Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 883.

³¹⁷ *Ibid.*

cooperar, através de qualquer meio legal, para pôr um fim na violação de normas peremptórias do direito internacional geral.³¹⁸

Quanto ao terceiro corolário, de maior pertinência para o nosso trabalho, adianta-se que por “qualquer meio legal” entende-se incluída a proteção diplomática como instrumento passível de utilização pelos Estados para pôr fim a um dano sofrido por um de seus nacionais em decorrência de violação de normas *jus cogens* realizada por outro Estado. Assim sendo, este segmento será analisado na seção seguinte para que possamos chegar às conclusões pertinentes.

Por fim, cabe mencionar que as causas de exoneração ou modificação da responsabilidade internacional - via de regra - não poderão ser arguidas ou aplicadas diante de uma violação de uma norma imperativa de Direito Internacional geral.³¹⁹

³¹⁸ United Nations General Assembly. (2018). Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*). p. 30.

³¹⁹ Díez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit...*, p. 885.

CAPÍTULO IV - Apreciação do Instituto da Proteção Diplomática em Face da Violação das Normas de *jus cogens*

Diante do arcabouço teórico apresentado, torna-se imperioso o ato de defrontação entre as concepções clássicas do Direito Internacional Público intrínsecas ao instituto da proteção diplomática e os preceitos pertencentes à concepção humanista e contemporânea do *jus gentium*; nomeadamente as normas *iuris cogentis* e os corolários de sua violação.

No que tange a proteção do indivíduo perante a violação de normas peremptórias de Direito Internacional geral, podemos facilmente identificar dois mecanismos eficazes para tal: a invocação da responsabilidade *erga omnes* - na forma de *actio popularis* internacional - e a proteção diplomática. Ambos baseiam-se numa injúria indireta e podem ser utilizados para a proteção do indivíduo.³²⁰

Quanto à proteção diplomática, pode-se afirmar que esta é historicamente utilizada como meio de reparação para uma vasta gama de violações internacionais; seja a violação do *standard minimum* de tratamento, como nas reivindicações de Neer e Roberts; ou na expropriação de propriedade, como no caso Nottebohm; ou mesmo na violação da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares, como no caso LaGrand.

Todavia, a despeito das infrutíferas tentativas do México e da Alemanha em receberem um julgamento declaratório da Corte Internacional de Justiça, não é possível afirmar que a proteção diplomática é um instituto de Direitos Humanos *pur sang*.³²¹

Isto não significa, entretanto, que este mecanismo de proteção não possa ser utilizado para a proteção de Direitos Humanos individuais, portanto, vejamos:

Após a análise dos conceitos desenvolvidos nos capítulos anteriores, deparamo-nos com um importante questionamento no que toca a proteção diplomática em face de uma violação de normas *jus cogens*: há um dever do Estado em endossar a reclamação de seu

³²⁰ Vermeer-Künzli, A. (2007). « A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga omnes » in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 3, pp. 553-581, Cambridge University Press, Cambridge.

³²¹ *Ibid.*

nacional nestes casos? Ou seja, estar-se-ia o Estado diante de uma relativização da discricionariedade inerente ao ato?

Como abordado anteriormente, as normas de *jus cogens* são universais, imperativas, inderrogáveis e comumente direcionadas à proteção dos Direitos Humanos;³²² estando sujeitas à cooperação internacional dos Estados quando violadas.

Assim sendo, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas já demonstrava preocupação com a questão desde o seu primeiro relatório sobre a proteção diplomática. Dispõe o órgão no projeto do artigo 4º que nos casos em que a lesão resultar de grave violação de uma norma de *jus cogens* atribuível a outro Estado e salvo a ressalva referente aos casos em que o indivíduo lesado possa apresentar uma queixa perante um tribunal internacional competente, o Estado de sua nacionalidade teria o dever legal de exercer proteção diplomática em nome de seu nacional mediante solicitação deste.³²³

Neste sentido, se avaliarmos a assunção por parte dos Estados de obrigações relativas aos Direitos Humanos e a consequente e substancial modificação da situação jurídica do indivíduo perante o Direito Internacional;³²⁴ bem como, a obrigação dos Estados em cooperar através de qualquer meio legal para pôr fim na violação de normas peremptórias do Direito Internacional geral; parece lógica a fundamentação de que diante da violação de uma norma *iuris cogentis*, os Estados deveriam empregar todas as medidas legais - inclusive a proteção diplomática - sob o intento de findar o ato ilícito e compensar o dano sofrido pelo indivíduo.

Com efeito, esta teoria jurídica significaria o afastamento da discricionariedade decisória pertencente ao Estado quando defrontar-se com um dano causado a um de seus nacionais em decorrência da violação de uma norma de *jus cogens*.

³²² Brito, W. (2014) *Direito Internacional ... op cit.*, p. 197. | Bianchi, A. (2008). « Human Rights and ... », *op cit.*, pp. 491-508.

³²³ “Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another State.” Document A/CN.4/506 and Add. 1. p. 223. | Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho ... op cit.*, p. 293.

³²⁴ Almeida, F. (2003). *Direito Internacional... op cit.*, p. 329.

O argumento representa bem o *dictum* de que - sob o contexto contemporâneo - os Estados são amplamente entendidos como instrumentos a serviço de seu povo e não o contrário;³²⁵ especialmente quando analisado paralelamente com os últimos desenvolvimentos e reformulações do instituto da proteção diplomática (*vide*: a expansão de seu escopo *ratione materiae* ao ponto de incluir os Direitos Humanos Internacionais; o entendimento da CIJ de que há a possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de um não-nacional nos casos em que envolvam a proteção de Direitos Humanos;³²⁶ e, ainda, os recentes desenvolvimentos da comissão no sentido de que o Estado pode assumir a reclamação de apátridas e refugiados).³²⁷

No que diz respeito à prática jurídica interna dos Estados, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha confirmou em decisão judicial a obrigação constitucional das autoridades alemãs em fornecer a proteção diplomática em favor de seus nacionais quando alguns pré-requisitos forem atendidos; de semelhante modo, a Suprema Corte de Israel decidiu em 1952 que o Estado tem o dever de proteger seus nacionais em território inimigo.³²⁸

Ainda neste seguimento, o Reino Unido não reconhece a proteção diplomática como um direito dos indivíduos, todavia, como afirma Amerasinghe, os cidadãos britânicos têm ao menos “expectativa legítima” de que esta será exercida em seu favor.³²⁹

Em contrapartida, como dispõem Caflisch, Bravo, Malenovsky e Ridruejo; a Suíça, Itália, Chéquia e Espanha, seguem o entendimento costumeiro - de acordo com seus

³²⁵ Annan, K. (2001) In: The Responsibility to Protect: supplementary volume on the report of international commission on intervention and state sovereignty. p.11. The international Development Research Centre.

³²⁶ Corte Internacional de Justiça. (1970). Bélgica V. Espanha. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

³²⁷ Flauss aponta que cada vez mais a doutrina vem abordando a questão da nacionalidade sob uma ótica *pro victima*. Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento ... », *op cit.* pp. 29-61.

³²⁸ Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection...* *op cit.* p. 83.

³²⁹ *Ibid.* p. 84

respectivos ordenamentos internos - de que a proteção diplomática é um direito discricionário do Estado.³³⁰

Isto posto, elucida a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que a despeito da possibilidade de utilizar-se o instituto da proteção diplomática como instrumento para promover a proteção internacional dos Direitos Humanos, não é possível descrever a proteção diplomática como um direito humano individual.³³¹

Sob auspícios semelhantes aos da Comissão, Diez de Velasco também afirma que a proteção diplomática resta intrinsecamente relacionada à proteção dos Direitos Humanos; no entanto, atende a critérios relacionados à conveniência e oportunidade de acordo com os interesses soberanos do Estado.³³² Esta posição também é consubstanciada por dois instrumentos de Direitos Humanos que abordam o direito dos estrangeiros: a Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem, e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.³³³

Ao que parece, predomina o entendimento de que mesmo perante as tendências da proteção humanitária, a proteção diplomática resta estabelecida como um direito do Estado em detrimento de ser um direito de seus nacionais. Com efeito, em virtude da constante humanização do Direito Internacional Público e o consequente perecimento das

³³⁰ Cafilisch, L. (2003). « La pratique Suisse de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 73-86, Editions Nemesis, Bruxelas. | Bravo, R. (2003). « La pratique italienne de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 87-91, Editions Nemesis, Bruxelas. | Malenovsky, J. (2003). « La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 93-107, Editions Nemesis, Bruxelas. | Ridruejo, J. (2003). « La pratique diplomatique espagnole de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 109-113, Editions Nemesis, Bruxelas.

³³¹ Todavia é inegável que o instituto da proteção diplomática reflete um notável instrumento de defesa do direito das pessoas coletivas e singulares, especialmente por permitir o acesso a determinados mecanismos internacionais apenas acessíveis aos Estados - como a Corte Internacional de Justiça. Document A/CN.4/506 and Add. 1. p. 223. | Ferrão, M. (2008). « A proteção... » *op cit.* pp. 341-395. | Warbrick, C. (2002). « Diplomatic representations and ... » *op cit.* pp. 723-733.

³³² Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho... op cit.*, p. 926.

³³³ Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection... op cit.* p. 81. |

concepções clássicas; o instituto da proteção diplomática como prerrogativa do Estado apresenta-se evadido de caráter anacrônico ante o Direito Internacional contemporâneo.

Ademais, insta elucidar o argumento de que os instrumentos convencionais relativos à proteção dos Direitos Humanos silenciam a respeito da obrigação de se utilizar a proteção diplomática para tal fim.³³⁴

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em sua posição mais recente acerca da matéria, reconheceu que algumas soberanias têm o dever de proteger seus nacionais no estrangeiro de acordo com seus ordenamentos internos. Contudo, refuta que estas normas nacionais são insuficientes para estabelecer uma prática consistente; bem como, não são consideradas um dever obrigatório nos termos do Direito Internacional Público.

Logo, por não ficar constatada uma “prática geral aceita como direito” determinada pela *opinio juris*; não resta configurada uma norma costumeira do Direito das Gentes.³³⁵

Isto posto, cabe salientar que Comissão de Direito Internacional - na sua qualidade de órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas - tem como incumbência proceder à codificação e ao desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Quanto ao seu segundo encargo, a Comissão intenta indicar trajetórias para a evolução do Direito Internacional, tratando-se, portanto, de verdadeira operação *de jure condendo*.

Neste sentido, o artigo 19º do sexto relatório acerca da proteção diplomática³³⁶ destaca-se por trazer recomendações aos Estados no sentido de que devem considerar a possibilidade de exercer a proteção diplomática quando houver um dano significativo a seus cidadãos, e levar em conta, sempre que possível, o ponto de vista da pessoa ferida em relação à proteção em si e à reparação a ser buscada.³³⁷

³³⁴ Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento... », *op cit.* pp. 29-61.

³³⁵ Rezek, F. (2018). *Direito internacional público... op cit.* pp. 156-158.

³³⁶ CDI. (2006). Yearbook of the International Law Commission. art 19. p. 53. Vol II, part two.

³³⁷ Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection... op cit.* p. 87.

Assim, é razoável afirmar que caso as recomendações apresentadas no referido artigo sejam adotadas de maneira geral pela comunidade internacional de maneira conjunta à uma *opinio juris*, estar-se-ia diante da emergência de um Costume Internacional que pode vir a ser recomendado e apontado pela Comissão como progressivo desenvolvimento do Direito Internacional.³³⁸

³³⁸ Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection... op cit.* p. 89.

CONCLUSÕES

Examinado minuciosamente o instituto da proteção diplomática; suas condições de aplicabilidade e suas exceções perante o cenário contemporâneo do Direito Internacional Público - este decerto cada vez mais voltado à condição cêntrica do ser humano -, torna-se possível compreender que o instituto em questão refere-se visceralmente à proteção em favor de um nacional (seja indivíduo ou empresa); que frente a um dano causado por um Estado estrangeiro, solicita o auxílio de sua pátria a título da discrepância de poderes existente entre este e aquele.

As condições para sua aplicabilidade, ou, melhor dizendo, os pré-requisitos para o endosso da reclamação não são absolutos; em sede de doutrina e jurisprudência, há certa relativização quanto à possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de terceiros nos casos em que envolvam a proteção de Direitos Humanos da vítima - com efeito este entendimento resta consubstanciado pela decisão da CIJ no célebre caso *Barcelona Traction* -; às situações advindas do *pacta sunt servanda* - como as decorrentes do processo de integração comunitária da Europa e, por conseguinte, a concepção daquilo que se entende como "cidadão da União Europeia"; e, quanto à necessidade de se esgotar os recursos internos nos casos em que estes sejam inexistentes ou ineficazes. Com efeito, os cenários demonstrados referem-se a claras relativizações dos critérios de aplicabilidade da proteção diplomática frente à humanização do Direito Internacional Público.

Verdadeiramente, o Estado ao endossar a reclamação de seu nacional torna-se *dominus litis* da demanda, podendo proceder à solução da questão como entender apropriado e agindo mediante critérios discricionários no que toca a assunção da reclamação.

Para chegar-se às conclusões pertinentes acerca desta discricionariedade em face da violação das normas peremptórias de Direito Internacional geral tornou-se imperiosa a análise pormenorizada das supraditas normas para que, em seguida, fossem contrapostos o instituto da proteção diplomática em sua concepção clássica e a figura das normas *iuris cogentis*.

As normas de *jus cogens* possuem força jurídica própria; impõem efeitos *erga omnes*; estão para além da aquiescência dos Estados; e gozam de inderrogabilidade; senão, pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Seu desenvolvimento e consolidação restam intrinsecamente relacionados ao processo de humanização do Direito Internacional Público, ou seja, a concepção cêntrica do indivíduo perante o cenário Internacional.

Quanto à possibilidade de se afastar a discricionariedade dos Estados para decidir acerca da concessão da proteção diplomática; o entendimento majoritário, consubstanciado pelo posicionamento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, é de que o instituto permanece um direito dos Estados a ser exercido mediante conveniência e oportunidade; o que denota um ponto de ruptura com a constante humanização do Direito Internacional Público. Efetivamente, o instituto da proteção diplomática, apesar de ser utilizado como instrumento para a proteção internacional dos direitos humanos, não resta caracterizado como um direito humano individual.

Ademais, em se tratando de perspectivas futuras do instituto e frente às recomendações contidas no artigo 19º do Sexto Relatório sobre a Proteção Diplomática da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas - ou seja, as recomendações feitas aos Estados no sentido de que devem considerar a possibilidade de exercer a proteção diplomática quando houver um dano significativo a seus cidadãos, e levar em conta, sempre que possível, o ponto de vista da pessoa ferida em relação à proteção em si e à reparação a ser buscada -, seria plausível afirmar que, caso sejam adotadas de maneira geral pela comunidade internacional juntamente à *opinio juris*, estar-se-ia diante da emergência de um costume internacional, que pode vir a ser recomendado e apontado pela comissão como progressivo desenvolvimento do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.
- Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito Internacional Público*, 20a edição, Editora Saraiva, São Paulo.
- Allan, J. (2001). « The jus cogens Nature of non-refoulement » in *International Journal of Refugee Law* 13(4), Oxford.
- Almeida, F. (2003). *Direito Internacional Público*, 2a. Edição, Coimbra Editora, Coimbra.
- Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford.
- Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito Internacional Público*, 4a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- Baptista, E. (1998). *Direito Internacional Público Vol. I*, Alameda da Universidade, Lisboa.
- Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em Direito Internacional*, Editora Lex, Lisboa.
- Bassiouni, M. (1996). « International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes" » in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, Durham.
- Bernhardt, R. (2014). *Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, North-Holland Publishing Company.
- Bianchi, A. (2008). « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » in *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3.
- Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*, Penguin Books.
- Bravo, R. (2003). « La pratique italienne de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.
- Brito, W. (2014). *Direito Internacional Público*, 2a Edição, Coimbra Editora. Coimbra.

- Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford University Press, Oxford.
- Carreau, D. (1994). *Droit International*, Éditions A, Pedone, Paris.
- Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5a Ed., Editorial Tecnos, Madrid
- Charlesworth, H. e Chinkin, C. (1993). « The Gender of Jus Cogens » in *Human Rights Quarterly Vol. 15, No. 1*, The John Hopkins University Press.
- Combacau, J. e Sur, S. (1997). *Droit International Public*, 3 ed. Editions Montchrestien, Paris.
- Condorelli, L. (2003). « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.
- Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public*, 7a Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- Decaux, E. (1997). *Droit International Public*, Éditions Dalloz, Paris.
- Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18a ed, Editorial Tecnos, Madrid.
- Dupuy, P. (1998) *Droit International Public*, 4a Ed, Éditions Dalloz, Paris.
- Ferrão, M. (2008). « A protecção diplomática - contributo para a compreensão do seu regime jurídico » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol XLIX - N. 01 e 02*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Fiorati, J. (2002). *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*, Unesp, Franca.
- Fiori, P. (1894). *Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo primero*, 2a edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid.
- Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.
- Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional Público*, 3a edição, Editora Almedina.

Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em Direito Internacional » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol LXIX, fasc. II, São Paulo.

Green, J. (2011). « Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force » in *the Michigan Journal of International Law*, vol 32, issue 2, Michigan Law School Repository, Ann Arbor.

Hanhimaki, J. (2008). *The United Nations: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford.

Hannikainen, L. (1988). *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki.

Hasmath, R. (2012). « The Utility of Regional Peremptory Norms in International Affairs », Paper Presented at American Political Science Association Annual Meeting, New Orleans.

Heft, T. (1989). *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Zurich.

Hocheplid, J, (1965). *La protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, Editions A. Pedone, Paris.

Kelsen, H. (1952). *Principles of International Law*, Rinehart and Company, New York.

Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic Protection » in *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 20, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

Malenovsky, J. (2003). « La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.

Mazzeschi, R. (2009). « Impact on the Law of Diplomatic Protection » in Kamminga e Schenin (ed.) *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford.

Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, 2a edição, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

Mazzuoli, V. (2016). *The Law of Treaties*, Editora Forense, Rio de Janeiro.

Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional Público*, 2a Ed, Editorial Trotta, Madrid.

- Miranda, J. (2012). *Curso de Direito Internacional Público*, 5a edição, Editora Príncípa.,Cascais.
- Monaco, R. (1971). *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino.
- Moura Ramos, R. (2019). *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, 2 ed. Editora Gestlegal, Coimbra.
- Nasser, S. (2005). « *Jus cogens*: ainda esse desconhecido » in *Revista DireitoGV*, v.1, n.2, São Paulo.
- Parker, K. (1989). « Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights » in *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, UC Hastings Scholarship Repository.
- Paulus, A. (2005). « *jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal » in *Nordic Journal of International Law*, vol 74.
- Pergantis, V. (2006). « Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection? » in *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*,
- Portela, P. (2017). *Direito Internacional Público e Privado*, 9a edição, Editora Juspodvm, Salvador.
- Remón Q. (2010) « Ius cogens em el Sistema Interamericano: Su relación com el debido processo » in *Revista de Derecho*, no34, pp. 42-78, Universidad del Norte.
- Rezek, F. (2018). *Direito internacional público: curso elementar*, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo.
- Riduejo, J. (2009). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13a edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- Riduejo, J. (2003). « La pratique diplomatique espagnole de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique - mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.
- Rousseau. C. (1953). *Droit International Public*, Recueil Sirey, Paris.
- Ruzié, D. (1997). *Droit International Public*, 13a Ed. Éditions Dalloz, Paris.
- Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens? » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

- Shaw, M. (2008). *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sudre, F. (2019). *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14a edition, Presses Universitaires de France, Humensis
- Suy, E. (1967). « The concept of jus cogens in Public International Law » in *The concept of jus cogens - Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.
- Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, Springer-Verlag, Austria.
- Trindade, A. (1984). *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, Editora Universidade de Brasilia, Brasilia.
- Trindade, A. (1986). « A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas » in *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, Brasilia.
- Trindade, A. (2006). *A humanização do Direito Internacional*, Editora Del Rey, Belo Horizonte
- Trindade, A. (2011). *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- Ventura, M. (2015). « The Prevention of Genocide as a *Jus Cogens* Norm? A Formula for Lawful Humanitarian Intervention » in Charles C. Jalloh and Olufemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- Verdross, A. (1957). *Derecho Internacional Público*, 2a edición, Aguilar, Madrid.
- Verdross, A. (1938). « Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux » in *Extrait de la Revue Générale de Droit International Public*, Editions A Pedone, Paris.
- Verhoeven, S. (2019). « Constitutionalism in International Law: a Kantian perspective » in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol XCV, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- Vermeer-Künzli, A. (2007). « A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga omnes » in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

Viegas, V. (1999). « *Jus cogens* e o tema da nulidade dos tratados » in *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n. 144, Brasília.

Warbrick, C. (2002). « Diplomatic representations and diplomatic protection » in *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 51, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

Whiteman, M. (1977). « *Jus cogens* in international law, with a projected list » in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2, Athens.

Wright, Q. (1917). « Conflicts Between International Law and Treaties » in *The American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

Zenovic, P. (2012). « Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty », in *RGSL Research Papers* no. 6, Riga Graduate School of Law, Letônia.

REFERÊNCIAS DE LEGISLAÇÃO, TRATADOS E CONVENÇÕES

1936 - Resolução Sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas e Refugiados;

1945 - Carta das Nações Unidas;

1945 - Estatuto da Corte Internacional de Justiça;

1949 - Advisory opinion. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations;

1950 - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais;

1958 - Constitution de la République française;

1969 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

1969 - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados;

1986 - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais;

1998 - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional;

2000 - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

1970 - *Affaire de La Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*;

1970 - *Bélgica V. Espanha*;

1971 - *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, (separate opinion of judge Ammoun);

1986 - *Nicaragua V. United States of America*;

2004 - *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian territory Advisory Opinion*, I.C.J. (Separate Opinion of Judge Elaraby).

DOCUMENTOS E DECLARAÇÕES

1949 - *Recueil des sentences arbitrales Vol II*;

2001 - *The Responsibility to Protect: supplementary volume on the report of international commission on intervention and state sovereignty*;

2005 - Annan, K. *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, (A/59/2005);

2006 - *Yearbook of the International Law Commission, Vol II, part two*.

2018 - *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*;

- Document A/CN.4/506 and Add. 1;

- Document A/CN.4/L.936;

- Document A/CN.4/546;

- Document A/71/10.

