



# 2

## A POLÍTICA INTERNACIONAL E AS REGRAS DE *JUS COGENS*

JOSÉ BLANES SALA

Mestre e doutor em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo

O artigo trata do conceito *jus cogens* que vem sendo elaborado desde longa data e, ultimamente, merece o seu resgate, dada a importância crescente que tanto a melhor doutrina quanto a atividade das organizações internacionais intergovernamentais têm-lhe outorgado.

O referido conceito consiste num conjunto de normas que pretendem dar resposta aos valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade.

Daí o papel decisivo dos valores propostos pelo *jus cogens* na confecção de normas jurídicas aptas a regulamentar as mais diversas decisões de política internacional, seja impondo-lhes limites, seja, até mesmo, direcionando-as para determinados objetivos.

### Abstract

The current article deals with the concept of *jus cogens* which has been elaborated for a long time and lately deserves further consideration due to its growing importance given by international organizations as well as being considered the best doctrine.

It's about a series of rules elaborated in order to provide the international community answers to its primary public interests by requiring qualifying rules due to its level of obligation, with which comes the decisive role

proposed by the *jus cogens* for the creation of statutes that could control a variety of international political decisions by imposing limits or even changing them to certain objectives.

Na verdade, o título deste artigo pode muito bem ser enunciado de outra forma, bem mais direta, com a seguinte pergunta: existem regras impositivas, hoje, para a política internacional? Todavia, o autor considera importante mencionar a expressão *jus cogens* no título, pois se trata de um conceito que vem sendo elaborado desde longa data e, ultimamente, merece o seu resgate, dada a importância crescente que tanto a melhor doutrina quanto a atividade das organizações intergovernamentais têm-lhe outorgado.

Evidentemente, ao se perguntar sobre a existência de “regras” no âmbito da política internacional, está-se, de alguma forma, questionando a velha postura realista sobre as relações internacionais. Costuma ela ter em conta apenas os interesses dos Estados para a sua justificativa, admitindo a eventual existência de “regras” somente com base nos mencionados interesses, haja vista utilizar apenas os valores como meros instrumentos para a sua prevalência.

A postura realista, no âmbito das relações internacionais, encaixa-se muito bem na conhecida teoria dualista fundamentadora do Direito Internacional Público. Segundo esta corrente, o Direito Internacional e o Direito Interno são ordens jurídicas distintas e independentes umas das outras, representando as normas internacionais apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por governos na sua representação, sem que isso possa influir de forma automática na ordem jurídica interna estatal, se o todo pactuado não se incorporar seguindo o processo constitucionalmente previsto. Desta forma, o conceito de soberania, concretização do poder supremo do Estado, explica a esfera de Direito Internacional que, sempre de forma precária e mediante uma cessão voluntária do Estado, protege os interesses nacionais.

É precisamente no fundamento do Direito Internacional que se deve encontrar o lugar adequado, correspondente às idéias e aos valores na criação de regras para os principais destinos da política entre as nações. Efetivamente, foi, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial que a teoria monista, em contraposição à dualista, reapareceu com verdadeira força no cenário mundial. Sendo mais antiga e mais complexa do que a dualista, ela se apresenta com múltiplas ramificações. Não é o propósito desta palestra expor a teoria monista de forma completa, mas apenas uma síntese que permita a cada um compreender até que ponto ela permeia o atual cenário jurídico internacional e traz consigo um resgate das idéias e dos valores para as relações internacionais.

Para o monismo, o Direito Internacional e o Direito Interno formam, em conjunto, uma unidade jurídica, afastando a idéia de ordens jurídicas estanques, embora possam ser considerados ramos diferentes. Isto porque o fundamento do Direito, como um todo, encontra-se nos seus princípios gerais, enunciados de forma racional, com base nas idéias e, principalmente, em valores, como os da paz e da justiça. Desta forma, a soberania estatal fica relegada a um segundo plano, exigindo-se uma nova leitura do seu papel, não mais preponderantemente político, e sim, cada vez mais, subordinado às exigências da solidariedade, da ética e da responsabilidade.<sup>1</sup>

É neste sentido que a Carta das Nações Unidas, em 1945, direcionou a maior parte do seu conteúdo, criando um espaço político e jurídico internacional inteiramente novo, resolvido “(...) a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do Direito Internacional possam ser mantidos (...)”, conforme reza o seu preâmbulo.

Também é neste contexto que o Direito Internacional será capaz de criar instrumentos jurídicos, a fim de que surjam novos atores nas relações internacionais, com o reconhecimento das suas capacidades e respectivas personalidades.<sup>2</sup>

Se bem é verdade que a própria Carta, em nome do equilíbrio de forças para a manutenção da paz mundial, teve que ceder no que tange à criação de um artifício – até certo ponto contraditório do ponto de vista legal – de desigualdade explícita

<sup>1</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria monista, podem ser consultadas as obras de Gerson Britto de Mello Bóson (*Direito Internacional Público*), onde se divide a teoria em três tipos de teses: jusnaturalista, logicista e historicista; bem como a obra de Celso D. de Albuquerque Mello (*Curso de Direito Internacional Público*), a qual estabelece a linha divisória entre o monismo com primazia do Direito Interno e o monismo com primazia do Direito Internacional. Entre os monistas de maior destaque do século XX, encontram-se os seguintes juristas: Alfred Verdross, Georges Scelle, Hans Kelsen, Mirkin Guéztévitch e Leon Duguit.

<sup>2</sup> “No século XX, a sociedade internacional tem sofrido uma profunda transformação. A universalização do mundo jurídico internacional, iniciada no século XIX, chega ao seu termo. O domínio reservado dos Estados tem diminuído. O homem volta a ter direitos e deveres perante a ordem internacional. As organizações internacionais entram no campo jurídico como um dos principais e mais atuantes sujeitos de direito”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 331. “Hoje, é certo que outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes, porque habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas. A era das organizações internacionais trouxe à mente dos cultores dessa disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, num determinado sistema jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades”. REZEK, João Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 145.

entre as referidas nações, com a aceitação do poder de veto dos membros permanentes no Conselho de Segurança, resolvendo, assim, naquela conjuntura de pós-guerra, um impasse quase insolúvel, o fato é que, hodiernamente, decorridos mais de 60 anos da existência da Organização das Nações Unidas, é inegável a solidez do edifício jurídico que apresenta o Direito Internacional, devendo-se prestar cada vez mais atenção aos seus verdadeiros fundamentos.

Embora a teoria dualista ainda continue a ser defendida por alguns juristas, e adotada como prática pela maioria dos governos dos Estados americanos, já resulta patente a sua inadequação para explicar a contento o fenômeno do Direito Internacional nos dias de hoje.

Resta evidente aos olhos de qualquer observador que, se são necessárias regras para o bom andamento da política internacional, estas não podem ficar ao sabor dos interesses representados pelas diferentes soberanias estatais, mas deverão obedecer a uma série de idéias e valores previamente estabelecidos, adotando uma característica de mínima universalidade. Eis o papel fundamental que desempenha o Direito. É natural que, se internamente o Estado tenha procurado, com o tempo, submeter as diretrizes políticas à racionalidade jurídica, a fim de evitar os abusos de poder e permitir a participação do cidadão nas suas decisões, também proceda de forma semelhante a comunidade internacional, na medida em que os seus laços vão se estreitando mais e mais na quotidianidade das relações internacionais, sobretudo quando os bens que estão em jogo, muitas vezes, pertencem ao patrimônio comum da humanidade, como o são o meio ambiente e a dignidade da pessoa.

Como muito bem apontou o Professor Guido Soares, “o impulso decisivo para a retomada histórica da discussão de existirem princípios superiores à plena autonomia da vontade dos Estados foi, sem dúvida, obra da Comissão de Direito Internacional da ONU, particularmente responsável pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969”<sup>3</sup>. Nos arts. 53 e 63 da referida Convenção, faz-se referência ao *jus cogens*<sup>4</sup> como “uma norma imperativa de direito internacional geral” e como

<sup>3</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 131.

<sup>4</sup> Para um aprofundamento nesta matéria, cabe citar diversas obras de autores importantes: GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, III, p. 279, 1981; DE VISSCHER, Charles. *Positivism et jus cogens*. *Revue Générale de Droit International Public*, LXXV: 5-11, 1971; ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, III: 71-217, 1981; VIRALLY, Michael. *Réflexions sur le jus cogens*. *Annuaire Français de Droit International*, XII: 5-29, 1966. Entre as publicações nacionais, tem-se: RODAS, João Grandino. *Jus cogens em Direito Internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXIX, fasc. II, 1974, e o ensaio, escrito em 2000, para o programa de formação de quadros para o Cebrap, por Samuel Rodrigues Barbosa: “*Jus cogens* como aporia. O crepúsculo do Direito Internacional clássico”.

“uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”, a ponto de declarar que, “se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Pode-se distinguir, no âmbito do Direito Internacional Público, entre as normas de direito dispositivo (*jus dispositivum*), a maior parte delas, e as normas de direito imperativo (*jus cogens*), em número bem reduzido. As primeiras são definidas com base no acordo realizado entre dois ou mais Estados, os quais podem excluir a sua aplicação ou modificar seu conteúdo, enquanto que as segundas não admitem a exclusão ou a modificação do seu conteúdo e declaram nulo qualquer ato contrário ao mesmo. As primeiras buscam satisfazer os interesses individuais e comuns dos Estados, enquanto que as segundas pretendem dar resposta aos valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade, o qual pressupõe um nível hierárquico superior das mesmas diante das restantes.

No texto das atas das sessões que precederam a assinatura da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, constam alguns exemplos de tratados que atestariam a força derogatória do *jus cogens*: tratados que legitimassem o emprego da força, contrários aos dispositivos da Carta da ONU, tratados que organizassem o tráfico de escravos, ou que legitimassem a pirataria ou o genocídio, tratados que violassem normas de proteção aos direitos humanos. Na verdade, a maior parte dos autores que se debruçaram sobre este tema entende que a tarefa de explicitar quais valores constituem o *jus cogens* deverá ser atribuída às outras fontes do Direito Internacional, como a jurisprudência ou a doutrina internacional<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Neste sentido, o famoso Caso Barcelona Traction permitiu que a jurisprudência internacional, protagonizada pela Corte Internacional de Justiça, em 1970, se manifestasse, ainda que de modo incidental, sobre a questão do *jus cogens* mediante um importante *obiter dictum* (afirmação do tribunal que não foi relevante para a solução da questão em si), que se transcreve: “Uma distinção deve ser estabelecida entre as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto e aquelas que nascem em face de um outro Estado, no quadro da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que estes direitos sejam protegidos; as obrigações de que se trata são obrigações *erga omnes* (...), tais como a declaração de ilegalidade (*mise hors la loi*) de atos de agressão e de genocídio (...) e [a obrigação de respeito] aos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, neles incluída a proteção contra a prática da escravidão e a discriminação racial”. Para uma análise mais detalhada da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça nesta matéria, v. FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens*: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Unesp, 2002.

De qualquer forma, novamente com grande acerto, o Professor Guido Soares<sup>6</sup> na tentativa de assinalar um melhor detalhamento das regras de *jus cogens*, lembrou que, no Projeto sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, proposto pela mesma Comissão de Direito Internacional da ONU, o qual se encontra ainda sob exame dos Estados-membros, à espera da convocação de uma conferência diplomática *ad hoc* para subscrever-se um futuro tratado com suas normas, em seu art. 19, § 3º, enumeram-se alguns casos que poderiam ser considerados condutas ilícitas dos Estados e, portanto, lançar alguma luz sobre os conteúdos de normas de *jus cogens*:

- a) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz ou da segurança internacionais, como a que proíbe a agressão; b) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito à livre determinação dos povos, como a que proíbe o estabelecimento ou a manutenção, pela força, de uma dominação colonial; c) uma violação grave e em grande escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o *apartheid*; e d) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e a proteção do meio ambiente humano, como as que proíbem a contaminação maciça da atmosfera ou dos mares.

A discussão das regras de *jus cogens* não é nova, remontando-se, principalmente, ao trabalho de um dos criadores do Direito Internacional, o espanhol Francisco de Vitória, ao discutir, nas suas *De Indis e De Jure Belli Relectiones*, os direitos dos indígenas e a ilicitude do direito de conquista em pleno século XVI, logo após a descoberta do Novo Mundo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>7</sup> “En 1539, en sus ‘Relectiones de Indis recenter inventis’ impartidas en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitória reformulaba los títulos de legitimación de la conquista de América por parte de los españoles, sentando las bases del moderno Derecho Internacional y, al mismo tiempo, de la posterior doctrina de los derechos naturales. Estos títulos de legitimación se encuentran en el ‘ius communicationis ac societatis’, que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como ‘communitas orbis’ hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y en una larga serie de otros derechos naturales que él formulaba como sus corolarios”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Barcelona: Editorial Trotta, 1999, p. 118. Ver também: CASELLA, Paulo Borba. Presença de Francisco de Vitória. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume 80, p. 355-369, 1985; RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos*. São Paulo: Editora Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2004.

Também apareceu com freqüência na argumentação de Hugo Grotius, no século XVII, que é considerado o pai do Direito Internacional Público pelo caráter mais sistematizador da sua obra<sup>8</sup>. Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à “razão de Estado”, a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito<sup>9</sup>.

No entanto, a aplicação e o aprofundamento das normas de *jus cogens* se impõem de forma especial nos dias de hoje. Segundo diversos autores, trata-se de normas que vão emprestar legitimidade e validade a todas as outras normas de Direito Internacional, funcionando como um verdadeiro controle da legalidade supranacional<sup>10</sup>. Para outros, estariam mais perto do que se conhece como o núcleo duro das normas constitucionais internas ou as conhecidas “clausulas pétreas”, transportadas ao plano mundial<sup>11</sup>.

Seja como for, é inegável o papel decisivo dos valores propostos pelo *jus cogens* na confecção de normas jurídicas aptas a regulamentar as mais diversas decisões de política internacional, quer impondo-lhes limites, quer, até mesmo, direcionando-as para determinados objetivos.

<sup>8</sup> Principalmente na sua obra *De Jure Belli ac Pacis*, publicada em 1625.

<sup>9</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 12. Sobre a obra de Hugo Grotius, recomenda-se ler o estudo clássico de LAUTERPACHT, Hersh. *The Grotian Tradition in International Law*, 23 *British Yearbook of International Law* (1946), p. 1-53.

<sup>10</sup> BAPTISTA, Eduardo C. *Jus Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Editora Almedina, 1997. QUADRI, Rolando. *Le fondement du caractère obligatoire du Droit International*. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1952.

<sup>11</sup> “Gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial. Los valores incorporados a ella – la prohibición de la guerra y los derechos de los hombres y los pueblos –, al no ser ya externos al ordenamiento y al haberse convertido en normas jurídicas supraordenadas a todas las demás, no son formas de deslegitimización ideológica sino fuentes de deslegitimización jurídica. La validez de las normas, por consiguiente, no es ya –según la tesis que partiendo desde Hobbes había llegado, a través de Bentham y Austin, hasta Kelsen y Bobbio– un atributo puramente formal dependiente tan solo de sus formas de producción. Ha pasado a ser al mismo tiempo un elemento sustantivo que condiciona los contenidos de las decisiones, que resultarán inválidas en aquellos casos en que entren en conflicto con los nuevos principios positivos de Derecho Internacional”. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 156. Ver também: MIRKINE-GUETZÉVITCH. *Droit Constitutionnel International*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933; SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASELLA, Paulo Borba. Presença de Francisco de Vitória. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 80, São Paulo, 1985.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE VISSCHER, Charles. Positivisme et jus cogens. *Revue Générale de Droit International Public*, LXXV, 1971.

GAJA, Giorgio. Jus cogens beyond the Vienna Convention. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Barcelona: Editorial Trotta, 1999.

FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002.

LAUTERPACHT, Hersch. The grotian tradition in international law. *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

REZEK, João Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBLEDO, Antonio Gómez. Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III, 1981.

RODAS, João Grandino. *Jus cogens em Direito Internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXIX, fasc. II, São Paulo, 1974.

RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos*. São Paulo: Editora Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

VIRALLY, Michael. Réflexions sur le jus cogens. *Annuaire Français de Droit International*, XII, 1966.