

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS E JUS COGENS: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS RELATÓRIOS DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU

Ellen Rayssa Fernandes Noronha

Resumo

Em 2001, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU elaborou um capítulo sobre a violação de normas de *jus cogens* no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. Anos depois, a CDI decidiu produzir uma série de relatórios sobre normas de *jus cogens* que resultaram na alteração do conceito existente anteriormente. A partir disso, questiona-se quais modificações os novos relatórios, sobre *jus cogens*, trouxeram à matéria de responsabilidade internacional do estado por violações de normas imperativas do direito internacional geral. A presente pesquisa possui o objetivo de fazer uma análise comparada dos textos produzidos pela CDI, quando tratou de Responsabilidade Internacional do Estado e das Normas de *Jus Cogens*. Este trabalho utilizará as técnicas de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais para fazer o estudo dos institutos supracitados.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional dos Estados. *Jus Cogens*. Normas Imperativas do Direito Internacional Geral. Comissão de Direito Internacional.

STATE RESPONSABILITY IN INTERNATIONAL LAW AND JUS COGENS: A COMPARATIVE STUDY OF REPORTS OF THE UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Abstract

In 2001, the United Nations International Law Commission (ILC) drafted a resolution on the violation of *jus cogens* norms at the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Years later, the ILC decided to produce a series of reports on *jus cogens* norms that resulted in an alteration to the previously existing concept. Hence, it is questioned what changes the new reports on *jus cogens* brought to the matter of international state responsibility for violations of peremptory norms of general international law. This research aims to make a comparative analysis of the texts produced by the ILC when it dealt with International Responsibility of the State and *Jus Cogens*. This work will use the techniques of bibliographic, documentary and jurisprudential research to make the study of the above-mentioned institutes.

Key words: State Responsibility in International Law. *Jus Cogens*. Peremptory Norms of General International Law. International Law Commission.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade internacional tem sua atuação regida por normas e princípios do Direito Internacional, os quais possuem a finalidade de “alcançar as metas comuns da humanidade (...), a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais”¹.

A Organização das Nações Unidas (ONU), através de sua Carta², declara que possui o objetivo de “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”³. Para satisfazer este propósito, a Comissão de Direito Internacional (CDI) foi estabelecida em 1947, sendo esta composta por um corpo jurídico qualificado com a incumbência de elaborar “projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional, e codificar as regras do direito internacional nos campos onde já existe uma prática do Estado”⁴.

Nessa perspectiva, em 2001, a CDI elaborou o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos para pacificar a temática. No projeto, foi disposto um capítulo específico para a violação de normas imperativas do direito internacional geral (*jus cogens*).

Após 15 anos, a CDI decidiu adentrar na discussão sobre *jus cogens* e começou a produzir uma série de relatórios sobre o tema, em razão de ser um conceito que frequentemente é incompreendido⁵. Os textos produzidos ampliaram a concepção de normas de *jus cogens* formulada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Desta forma, surge a seguinte indagação: os novos relatórios sobre *jus cogens*, produzidos pela CDI, trouxeram modificações à matéria de responsabilidade internacional do estado por violações de normas cogentes? E se trouxe modificações, quais seriam?

Insta salientar que o propósito do presente trabalho é fazer um estudo comparado dos textos produzidos pela CDI quando tratou de Responsabilidade Internacional do Estado e mais recentemente, ao tratar das Normas de *Jus Cogens*.

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

² ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

³ Ibidem, Preâmbulo.

⁴ ONU. **A ONU e o Direito Internacional**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

⁵ KOLB, Robert. **Peremptory International Law - Jus Cogens**. s.l. Bloomsbury Publishing. 2015. p. 26.

Primeiramente, este trabalho fará o exame do instituto das normas de *jus cogens* através de um estudo de sua evolução desde a noção de normas que não podem ser negociadas até chegar ao conceito de normas imperativas do direito internacional geral adotado em 1969. Serão analisados também os principais casos julgados pelas Cortes Internacionais que reconheceram diversas normas de *jus cogens*.

Além disso, serão esmiuçadas as bases teóricas que se propuseram a explicar as normas não derogáveis e serão ponderados os requisitos para que uma norma seja reconhecida como imperativa trazidos pela Convenção de Viena e pela jurisprudência internacional.

Em um segundo plano, serão analisados os elementos da Responsabilidade Internacional do Estado. Será estudada a Responsabilidade do Estado por violação de normas cogentes e, em último lugar, será feito o cotejo dos institutos examinados anteriormente.

Para abordar a problemática deste trabalho, as técnicas utilizadas foram as das pesquisas bibliográfica, documental e jurisprudencial, pois será realizada uma análise jurídica dos textos produzidos pela CDI, além de decisões de Cortes Internacionais, Cartas e Tratados do Direito Internacional.

A hipótese a ser verificada é a de que houve alterações no instituto da responsabilidade internacional do estado em decorrência da elaboração dos recentes relatórios sobre normas imperativas do direito internacional.

A questão exposta é de grande importância, visto que, é cada vez mais recorrente a discussão sobre a natureza e os limites de aplicação das normas de *jus cogens* em casos que envolvem direitos humanos⁶. Ademais, é crescente o número de casos em que se discute os requisitos de incidência da Responsabilidade Internacional do Estado, mais especificamente seu critério de gravidade, nas violações de normas de *jus cogens*. Isto tem ocorrido em razão do conceito de normas cogentes estar caminhando progressivamente, em direção aos direitos e garantias individuais.

⁶ Ver **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. 24 de novembro de 2010. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019. E **Case Moghaddas v. Turkey**. Islamic Republic of Iran and Turkey. 15 February 2011. Application nº 46134/08. Council of Europe: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d5a969fd.html>> Acesso: 15 Nov. 2019.

2. *JUS COGENS*

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), durante a sexagésima sexta sessão (2014), decidiu colocar o tema “*Jus Cogens*” no seu programa de trabalho de longo prazo. A discussão do tema foi levantada devido à existência de um número significativo de Estados que constataram que, embora houvesse uma aceitação geral do conceito de *jus cogens*, “seu escopo e conteúdo permaneciam obscuros”⁷.

Desse modo, na sexagésima nona sessão (2016), a CDI apresentou o 1º Relatório sobre *Jus Cogens* feito por Dire Tladi, Relator Especial, com o propósito de identificar a conceituação e a natureza do instituto. Este relatório será tomado como base para a discussão deste capítulo devido a sua importante contribuição para pacificar o estudo no campo do direito internacional⁸.

2.1 Evolução do conceito de *jus cogens*

Segundo o Relatório da CDI, a noção original de regras de direito não derogáveis reside no direito romano clássico, a partir do termo “*jure cogente*” (*jus cogens*). O termo pode ser encontrado em um papiniano do Digesto de Justiniano que estipula o seguinte trecho: “*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*”⁹ (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Justinian’s Digest, 533, D. 39.25 Pr 1.29). Além disso o digesto possui alguns fragmentos que estabeleciam que “*Jus publicum privatorum pactis mutari não potest*”¹⁰. (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Justinian’s Digest, 533, D. II 14.38). Nesse caso, “*jus publicum*” eram regras em que não era permitido haver nenhuma derrogação, nem mesmo por acordo¹¹.

Influenciado por esta ideia inicial, o Codéx de Justiniano determinava que acordos contrários aos bons costumes não tinham força de lei: “*Pacta, quae contra leges*

⁷ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 5.

⁸ Ibidem, p. 3.

⁹ “Parece ser doado aquilo que é concedido sem que direito algum o obrigue” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Justinian’s Digest**, D. 39.25 Pr 1.29 (533).

¹⁰ “O direito público não pode ser mudado por acordos entre particulares” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Justinian’s Digest**, D. II 14.38 (533).

¹¹ International Law Commission, Op. cit., p. 9.

*constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*¹². (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Iustiniani Codex, 533, Libri Secundus, 2.3.6). Essa percepção desempenhou um papel fundamental no surgimento do *jus cogens*.

Um relatório de 1965, feito por autores como Eric Suy, assevera que o termo *jus cogens* somente poderia ser encontrado a partir do século XIX, porém a noção da existência de uma lei superior que não permite derrogação está presente em toda teoria e filosofia do direito¹³. Com base neste relatório o primeiro uso da expressão é dado a um movimento alemão do século XIX, dedicado ao estudo do Digesto de Justiniano, os Pandetistas¹⁴.

Em contraposição, o Relatório da CDI afirma que, bem antes do século XIX, escritores como Hugo Grotius, Emer de Vattel e Christian Wolff já apresentavam a percepção de que algumas regras do direito internacional se aplicam independentemente da vontade dos Estados¹⁵.

Esses intelectuais eram adeptos ao pensamento da existência de um direito natural, advindo da filosofia grega, que pressupunha a existência de um “corpo de leis” que era “fundamental e imutável e muitas vezes não escrito”¹⁶ (International Law Commission, 2016, p. 10 apud LLOYD, 1985, p. 106). Algumas passagens do livro de Grotius, “De Jure Belli Ac Pacis”, afirma-se que “a lei da natureza é tão inalterável que o próprio Deus não pode mudá-la”¹⁷. Ele também considerava a lei como “justa” e “universal”. Portanto, para os pensadores desta corrente, os tratados e o direito consuetudinário devem se espelhar na lei natural.

Com a expansão da adesão de pensadores aos conceitos de soberania e vontade do Estado, o direito natural, gradualmente, perdeu espaço como a teoria dominante no direito internacional. Hannikainen apontou que, mesmo com a ascensão do positivismo, alguns escritores no séc. XIX ainda eram influenciados pela teoria ao considerar que “havia

¹² “Acordos contrários às leis ou constituições, ou contrários à boa moral não têm força” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex**, Libri Secundus, 2.3.6.

¹³ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10.

¹⁴ Ibidem, p. 10

¹⁵ Ibid., p. 10.

¹⁶ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10. apud LLOYD, Dennis. **Introduction to Jurisprudence**. Londres: Sweet and Maxwell, 1985. p. 106.

¹⁷ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10. apud GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace in Three Books**. Paris: The Lawbook Exchange, 1652. Book 1, Chapter I, Session XVII.

regras de direito internacional que protegiam os interesses da comunidade internacional dos quais não era possível negociar”¹⁸. (International Law Commission, 2016, p.11, apud HANNIKAINEN, 1988, p. 45).

Alexidze também acrescenta que até os positivistas não-radicais não consentiram com a plena liberdade da vontade dos Estados ao fazer um tratado e anexar caráter imperativo a princípios básicos universalmente reconhecidos pelos Estados civilizados do direito internacional¹⁹.

No final do século XIX, Georg Jellinek escreveu que um tratado pode ser inválido se suas obrigações são impossíveis de realizar, e que a impossibilidade consiste em “impossibilidade física e moral”²⁰. Consequentemente, tratados imorais, como os tratados que permitem a escravidão, seriam inválidos pelo direito internacional.

Com o término da Primeira Guerra Mundial, foram firmados diversos tratados como o Pacto da Liga das Nações²¹, o qual difundiu a noção de regras não derogáveis, porém ainda não se pode entendê-las como *jus cogens*. Destaca-se o artigo 11 do Pacto ao declarar que “guerra ou ameaça de guerra [...] é uma questão de interesse comum para toda a Liga”. Também, o artigo 20 estabelecia que o Pacto revogava todas as obrigações incompatíveis com seus termos e que os membros “não entrariam em nenhum compromisso inconsistente” com os termos do Pacto. Deve-se enfatizar que, como se tratam de regras do tratado, sua aplicação se restringe as partes envolvidas, porém é uma ilustração importante da evolução na prática estatal da não-derrogabilidade, baseada nos valores centrais da comunidade internacional²².

No período entre guerras, Verdross, influenciado pelo direito natural, escreveu que “[n]enhuma ordem jurídica pode ... admitir tratados entre sujeitos jurídicos, que obviamente estão em contradição com a ética de uma certa comunidade”²³ (International Law Commission, 2016, p. 14, apud VERDROSS, 1937, p. 31).

¹⁸ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 11. apud HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law**. Helsinque: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988. p. 45.

¹⁹ International Law Commission. Op. cit., p. 11.

²⁰ Ibidem, p. 12.

²¹ **The Covenant of the League of Nations**, Paris, 29 April 1919, UN. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp > Acesso: 01 jun. 2019.

²² International Law Commission. Op. cit., p. 13.

²³ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 14. apud VERDROSS, Alfred. **Forbidden Treaties in International Law. The American Journal of International Law**, 1937. p. 31.

O mundo, ao experimentar os horrores da Segunda Guerra Mundial e a crueldade nazista, instigou os juristas a enfrentar essas atrocidades através de estudos sobre o conceito *de jus cogens*.

Nesse momento, a jurisprudência das cortes internacionais começou a discutir o instituto. A Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso de Oscar Chinn, fez referência ao *jus cogens* ao declarar um tratado inválido por ser incompatível com outra regra de direito internacional da Lei Geral de Berlim. O juiz Schücking teria afirmado que a criação do *jus cogens* seria possível no momento em que os Estados aceitassem determinadas regras de direito e se comprometessem a não alterá-las, qualquer ato contrário seria automaticamente nulo. Desse modo, introduz-se a ideia de não-derrogabilidade²⁴.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, deu-se um avanço mais significativo em relação ao *jus cogens* com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²⁵, (promulgada através do Decreto nº 7030/2009). Antes da aprovação da Convenção pela Comissão de Direito Internacional da ONU, foram realizados debates entre os Estados, e escritos alguns relatórios pela CDI.

Entre esses relatórios, o Primeiro Relatório do Sir. Hersch Lauterpacht²⁶ (quarto relatório sobre Direito dos Tratados) apresenta a ideia de invalidade de um tratado por incoerência com o direito internacional: “*A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice*”²⁷.

Sir. Lauterpacht justifica a assertiva, ao afirmar que a essência da ilegalidade de tais tratados está na violação de regras que adquiriram aparência de uma norma geralmente aceita e, assim, dos costumes do direito internacional. Ressalta-se que o teste da ilegalidade não está na incoerência com o direito internacional consuetudinário por si só, mas sim na inconsistência com princípios amplamente aceitos do direito internacional e até da política pública internacional²⁸.

²⁴ International Law Commission. Op. cit., p. 14.

²⁵ **Vienna Convention on the Law of Treaties 1969**, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>. Acesso: 02 jun. 2019.

²⁶ UN (1953), **Yearbook of the International Law Commission 1953**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 93.

²⁷ “Um tratado, ou qualquer das suas disposições, é nulo se o seu desempenho envolver um ato ilegal na esfera do direito internacional e se for declarado como tanto pela Corte Internacional de Justiça” (tradução nossa). UN (1953), **Yearbook of the International Law Commission 1953**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York p. 93.

²⁸ International Law Commission. Op. cit., p. 16.

Em seguida, Sir. Gerald Fitzmaurice em seu Terceiro Relatório²⁹ (oitavo relatório sobre o Direito dos Tratados) menciona pela primeira vez o termo “*jus cogens*”, ao propor que “*it is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of jus cogens*”³⁰.

Sir. Fitzmaurice, ao explicar a proposição acima, faz distinção entre regras obrigatórias (*jus cogens*) e regras que podem ser modificadas através de acordo (*jus dispositivum*). Em regra geral, os Estados podem acordar a alteração de regras normalmente aplicáveis em suas relações entre si, mas, quanto às regras de direito internacional que possuem caráter hierarquicamente superior e não podem ser declinadas, é que surge a problemática da invalidade de um tratado³¹.

Por fim, o Sir. Humphrey Waldock³², o último relator especial para o trabalho da Comissão sobre o Direito dos Tratados, propôs texto semelhante sobre a ilegalidade de um tratado por causa da inconsistência com as normas de *jus cogens*. Ele sustenta que “*a treaty is contrary to international law and void if its object or its execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of jus cogens*”³³. Ele esclarece que, o conceito de *jus cogens* é controverso, por não existir, em última análise, uma ordem pública internacional, noutras palavras é difícil sustentar que há regras das quais os Estados não podem, por vontade própria, acordar. Por isso, regras com o caráter de *jus cogens*, só podem ser a exceção.

Além disso, deve-se destacar que seu relatório também sugeriu um conceito de *jus cogens* como

(...) *a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law, and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law*³⁴.

²⁹ UN (1958), **Yearbook of the International Law Commission 1958**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 26.

³⁰ “É essencial para a validade de um tratado que ele esteja em conformidade ou não em discordância, ou que sua execução não deva envolver uma infração daqueles princípios e regras de direito internacional que são da natureza do *jus cogens*” (tradução nossa). UN (1958), **Yearbook of the International Law Commission 1958**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York p. 26.

³¹ International Law Commission. Op. cit., p. 16.

³² UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 52.

³³ “Um tratado é contrário ao direito internacional e nulo se o seu objeto ou a sua execução implicar a violação de uma regra geral ou princípio de direito internacional que tenha caráter de *jus cogens*” (tradução nossa). UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 52.

³⁴ “uma norma imperativa do direito internacional geral a partir da qual não é permitida qualquer derrogação, exceto com base em fundamento especificamente sancionado pelo direito internacional geral,

A visão da Comissão de que existem regras gerais de direito internacional das quais não se permitia qualquer derrogação foi, amplamente, aceita pelos Estados. Porém, alguns Estados expressaram reservas, como o Reino Unido e o Iraque que afirmaram que sua aplicação deve ser cautelosa e limitada³⁵. O único Estado que declarou sua desaprovação foi Luxemburgo, por acreditar que a disposição era suscetível de criar confusão³⁶.

Com o apoio da maioria dos Estados, a Comissão aprovou o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁷:

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Os Estados Unidos³⁸ e a França³⁹ expressaram preocupação com os critérios de identificação dessas regras para evitar o abuso de *jus cogens* por meio de invocação unilateral. Portanto, a Conferência de Viena adotou o artigo 66, subparágrafo (a), que permite a apreciação de uma controvérsia envolvendo a interpretação ou aplicação de uma provisão relacionada a *jus cogens* pela Corte Internacional de Justiça.

Verdross afirma que, no projeto da Convenção, a Comissão de Direito Internacional decidiu não incluir exemplos de *jus cogens*, pois poderia provocar equívocos quanto à posição com outros possíveis casos, assim como, elaborar uma lista completa de hipóteses seria algo impossível⁴⁰.

e que só pode ser modificada ou anulada por uma norma subsequente de direito internacional geral". UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 39.

³⁵ UN (1966), **Yearbook of the International Law Commission 1966**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 22.

³⁶ *Ibid.*, p. 22.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso: 10 set. 2019.

³⁸ U.N. GAOR., 69th sess. 20th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.20 (28 October 2014). Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.20>>. Acesso: 05 Jun. 2019.

³⁹ U.N. GAOR., 69th sess. 22th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.22 (29 October 2014). Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.22>>. Acesso: 05 Jun. 2019.

⁴⁰ VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Journal of International Law**. 1966. p. 56.

Ademais, antes da adoção da Convenção de Viena, alguns estados invocaram a noção de normas imperativas para contestar tratados. Foi o caso, por exemplo, do Chipre que, em 1964, contestou a validade do Tratado de Garantia de 1960 entre Chipre, Reino Unido, Grécia e Turquia⁴¹. O conceito de *jus cogens* também foi invocado em decisões dos magistrados da Corte Internacional de Justiça. O Juiz Fernandez sustentou que várias normas cogentes podem prevalecer sobre regras especiais (*lex specialis*)⁴². O Juiz Tanaka também afirmou que a regra protetiva dos direitos humanos pertence ao *jus cogens*⁴³.

2.2 Principais casos sobre as normas de *jus cogens*

Após a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o número de decisões das cortes internacionais, aplicando o conceito de *jus cogens*, aumentou exponencialmente. Na Corte Internacional de Justiça, houve 11 referências explícitas ao instituto nas decisões, como, por exemplo, no caso das Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua⁴⁴ ao declarar que os Estados e a Comissão consideravam possuir o caráter de *jus cogens* à proibição do uso da força⁴⁵. Da mesma forma, a Corte no caso das Atividades Armadas no Território do Congo⁴⁶, identifica a proibição do genocídio como *jus cogens*⁴⁷.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmou que a proibição do crime de genocídio, além de ser considerada parte do direito consuetudinário internacional, é uma norma de *jus cogens*⁴⁸. Do mesmo modo, a Câmara de Apelações do Tribunal ao julgar o caso de Pauline Nyiramasuhuko⁴⁹ observou que a descrição do Conselho de Segurança,

⁴¹ International Law Commission. Op. cit., 22.

⁴² **Case Concerning Right of Passage over Indian Territories** (Portugal v. Índia) Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 6, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandez, at para. 29. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴³ **South West Africa Cases** (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁴ **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁵ International Law Commission. Op. cit., p. 26.

⁴⁶ **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo** (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, p. 6, para. 64. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁷ International Law Commission. Op. cit., p. 22.

⁴⁸ Ibid., p. 27.

⁴⁹ **Prosecutor v Nyiramasuhuko** (ICTR-98-42), Appeals Judgment, 14 December 2015, p. 739. Disponível em: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict98-42/appeals-chamber-judgements/en/151214-judgement.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2019.

na definição de crimes contra a humanidade, deveria respeitar as normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*)⁵⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso dos dominicanos e haitianos expulsos⁵¹, declarou que era *jus cogens* o princípio de proteção igual e efetiva da lei e da não discriminação⁵².

Os Estados também, ao se verem confrontados por *jus cogens* ou normas imperativas, em casos das cortes internacionais, não a contestam⁵³. Assim, pode-se perceber que o Direito internacional atesta a existência de que determinadas normas não são possíveis de derrogar, com exceção de outras com mesmo caráter⁵⁴.

2.3 Bases teóricas do caráter imperativo das normas de *jus cogens*

Como se percebe, durante a evolução do conceito de *jus cogens*, foram utilizadas diferentes abordagens para explicar sua natureza imperativa no campo do direito internacional. As teorias que dominaram o debate, na prática e na doutrina, foram as escolas de pensamento do direito natural e do positivismo⁵⁵.

Como primeira base teórica, surge a abordagem do direito natural. Para essa escola de pensamento, a noção de *jus cogens* parte da premissa de normas mais elevadas, que derivam da divindade, da razão ou de alguma outra fonte de moralidade e estão além do consentimento do Estado⁵⁶.

Ao escrever sobre o assunto, Verdross afirmou que essa corrente acreditava na existência de uma lei necessária na qual todos os Estados tinham a obrigação de observar, como também os países não poderiam alterar esta lei por acordo, visto que “a lei não

⁵⁰ International Law Commission. Op. cit., p. 27.

⁵¹ **Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic** (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgement of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 264. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_ing.pdf>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁵² International Law Commission. Op. cit., p. 28.

⁵³ **Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)**, Counsel to Belgium, Oral Proceedings, 13 March 2012(CR 2012/3). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120313-ORA-01-00-BI.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁵⁴ International Law Commission. Op. cit., p. 30.

⁵⁵ Ressalto a existência de outras teorias como a Teoria do Voluntarismo e a Teoria do Objetivismo, porém foram as teorias do direito natural e do positivismo que se sobressaíram. Aponto ainda que não é o objetivo deste trabalho realizar um estudo exaustivo das bases teóricas do *jus cogens*.

⁵⁶ Ibid., p. 30.

decorre da vontade presumida, expressa ou tácita dos Estados”.⁵⁷ Também o escritor A.W. Heffter sustentava que, para essa teoria, qualquer tratado seria considerado nulo, caso seu objeto fosse física ou moralmente impossível, assim como o objeto de um tratado que fosse contrário à ética mundial. Seria o caso, por exemplo, de um tratado que defendesse a escravidão.⁵⁸

Para Robert Kolb, o conceito de *jus cogens*, proveniente do direito natural limita a liberdade dos Estados soberanos de escolher o conteúdo de seus acordos e sua liberdade geral de atuação, isto é, restringe o alcance de consentimento e vontade no direito internacional. Essas normas vinculam todos os Estados (ou mesmo todos os sujeitos da lei) em virtude de seu valor moral intrínseco, o que as torna uma lei legalmente necessária.⁵⁹

Ele explica que elas não dependem da vontade dos Estados porque estes, ao aprovarem uma norma, fazem-na por meio do processo legislativo ordinário. O que não ocorre neste caso⁶⁰.

Porém esta teoria apresenta algumas fragilidades, a exemplo da questão de quem determina o conteúdo da lei natural. Mary-Ellen O’Connell destaca que a teoria depende muito da confiança subjetiva nas opiniões de acadêmicos e juízes⁶¹.

Também, Robert Kolb apresenta algumas críticas sobre a teoria⁶². A primeira delas tem relação com a maneira que tais normas se tornam parte da ordem legal internacional. Ele afirma que, como essas normas não são criadas através de um processo legislativo, seu conteúdo possui um critério fraco, pois as opiniões tendem a divergir. Ademais, os valores ocidentais não são absolutos, existem diferentes concepções ideológicas, no mundo, que também são relevantes. Bem como cada um de nós pode postular normas de justiça, sendo assim isso não significa que se tornarão parte do direito positivo⁶³.

Segundo Kolb, a teoria do direito natural também sofre de uma insuficiência técnica. Em seu livro, ele assegura que a lei natural se dirige ao legislador, com a finalidade de impor limites à criação e modificação da lei. Assim, sua base é o plano da

⁵⁷ VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Journal of International Law**. 1966. p. 56.

⁵⁸ Ibid., p. 56.

⁵⁹ KOLB, Robert. **Peremptory International Law - Jus Cogens**. Bloomsbury Publishing. 2015. p. 30.

⁶⁰ Ibid., p. 30.

⁶¹ International Law Commission. Op. cit., p. 31.

⁶² KOLB, Op. cit. 31.

⁶³ Ibid., p. 31.

criação e revogação das normas. Diversamente, o *jus cogens* se volta para questões de derrogação, a fim de manter um regime jurídico único para todos os sujeitos⁶⁴.

Além disso, ele sustenta que a teoria da lei natural leva a um equívoco quanto à substância do mecanismo do *jus cogens*⁶⁵. Isso porque, seu campo de atuação, seria muito restrito para ter valor prático, ou também inflado demais, ideologicamente, para ter ampla aceitação prática no campo internacional dos Estados. Por fim, o escritor afirma que a teoria da lei natural pode entrar em conflito com o artigo 53 da Convenção de Viena, em relação à questão de modificação⁶⁶. O artigo dispõe sobre a possibilidade de alteração das normas de *jus cogens*, característica esta que as aproxima, substancialmente, do direito positivo e as afasta do direito natural.

Já a Teoria do Direito Positivo se baseia na ideia do livre-arbítrio dos Estados e é apenas através do consentimento que o direito internacional é feito⁶⁷. Portanto os Estados não podem ser limitados por regras às quais não consentiram. Sob uma abordagem positivista do *jus cogens*, as normas só podem alcançar o status de *jus cogens* uma vez consentido, de alguma forma, pelos Estados⁶⁸.

No entanto, isso parece incompatível com a ideia de normas das quais a vontade dos Estados não pode derogar⁶⁹. Assim, é difícil entender se os Estados têm, ou não, o livre arbítrio para fazer qualquer regra, porque algumas regras não podem ser derogadas pelo consentimento.

2.4 Principais elementos das normas de *jus cogens*

O artigo 53 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados⁷⁰, estabelece as características principais das normas imperativas do direito internacional geral. Assim, de acordo com o artigo, primeiramente, uma norma de *jus cogens* é aquela em que não se permite qualquer derrogação. Em segundo lugar, é uma norma do direito internacional geral. Em terceiro e último lugar, uma norma de *jus cogens* é aquela que é “aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, da qual nenhuma

⁶⁴ Ibid., p. 31.

⁶⁵ Ibid., p. 32.

⁶⁶ Ibid., p. 32.

⁶⁷ International Law Commission. Op. cit., p. 32.

⁶⁸ Ibid., p. 32.

⁶⁹ UN (1966), Yearbook of the International Law Commission 1966, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 187.

⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009.

derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.⁷¹.

Além dos elementos descritos, existem outros que a doutrina e a prática internacional consideram como características das normas de *jus cogens*. Preliminarmente, as normas de *jus cogens* são aplicáveis universalmente⁷². Estas normas também são superiores a outras normas do direito internacional⁷³. Além disso, as normas de *jus cogens* servem para proteger os valores fundamentais da comunidade internacional, o que tem sido frequentemente descrito como ordem internacional pública⁷⁴.

Como visto anteriormente, as normas de *jus cogens* são normas excepcionais que limitam a liberdade dos Estados de firmar acordos. A razão para não se permitir a derrogação decorre de sua imperatividade. Assim, é pressuposto do instituto a existência de regras que são obrigatórias para todos da comunidade internacional⁷⁵.

Sua aplicação universal possui algumas implicações. Primeiro, não cabe falar da teoria do objeto persistente (“*persistent objector*”) no campo de estudos do *jus cogens*⁷⁶, visto que sua aplicação ocorre no direito consuetudinário. Destaca-se que se considera objeto persistente aquele Estado que diversas vezes fez oposição a uma norma de direito internacional consuetudinário desde seu surgimento e se considera não obrigado a observá-la⁷⁷. Em segundo lugar, não é possível a existência de *jus cogens* regional⁷⁸, pois seria uma exceção ao princípio geral de aplicação universal das normas *jus cogens*⁷⁹.

Desse modo, a CDI conclui a partir da elaboração de duas *Draft Conclusions* (esboço de conclusões) sobre *jus cogens*. A primeira delas trata sobre a modificação, derrogação e revogação de regras do direito internacional:

1. Rules of international law may be modified, derogated from or abrogated by agreement of States to which the rule is applicable unless such modification, derogation or abrogation is prohibited by the rule in question (jus dispositivum). The modification, derogation and abrogation can take place through treaty, customary international law or other agreement.

⁷¹ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009.

⁷² Ibid., p. 38.

⁷³ Ibid., p. 38.

⁷⁴ Ibid., p. 38.

⁷⁵ Ibid., p. 39.

⁷⁶ Ibid., p. 42.

⁷⁷ GREEN, James A. **The Persistent Objector Rule in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

⁷⁸ O *jus cogens* regional foi analisado pela CDI no Quarto Relatório sobre *Jus Cogens*.

⁷⁹ International Law Commission. Op. cit., p. 43.

2. *An exception to the rule set forth in paragraph 1 is peremptory norms of general international law, which may only be modified, derogated from or abrogated by rules having the same character*⁸⁰.

Essa *Draft Conclusion* estipula que as normas de direito internacional podem ser modificadas, derrogadas e revogadas mediante acordo dos Estados, porém não são passíveis de modificação, derrogação e revogação caso sejam proibidas pela regra em questão. As normas de *jus cogens* são uma exceção, pois somente podem ser modificadas, derrogadas e revogadas por regras de mesmo caráter⁸¹.

A última *Draft Conclusion* trata sobre a natureza geral das normas de *jus cogens*:

1. *Peremptory norms of international law (jus cogens) are those norms of general international law accepted and recognized by the international community of States as a whole as those from which no modification, derogation or abrogation is permitted.*

2. *Norms of jus cogens protect the fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other norms of international law and are universally applicable*⁸².

Os parágrafos estabelecem que normas cogentes são normas de direito internacional geral aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo como aquelas das quais nenhuma modificação, derrogação ou revogação é permitida. Além disso, foram indicadas como características de tais normas a proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional, serem hierarquicamente superiores a outras normas do direito internacional e, também, são universalmente aplicáveis⁸³.

3. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

A Comissão de Direito Internacional da ONU, na quinquagésima terceira sessão (2001), aprovou a adoção do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos⁸⁴. O projeto realizou a codificação de 59 artigos, os

⁸⁰ Ibid., p. 45.

⁸¹ Ibid., p. 45.

⁸² Ibid., p. 45.

⁸³ Ibid., p. 45.

⁸⁴ UN (2008), “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”, in **Yearbook of the International Law Commission 2001**, Vol. II, Part 2, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

quais estabelecem regras básicas e condições gerais do direito internacional para a Estado ser considerado responsável por atos ou omissões ilícitas, além de suas consequências jurídicas.

Com a finalidade de realizar um estudo mais específico sobre o instituto, este capítulo terá por base o Relatório com comentários do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos do ano de 2001.

3.1 Conceituação do instituto da Responsabilidade Internacional dos Estados

Inicialmente a CDI, para racionalizar o estudo, em seu artigo 1º, estipula que “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional desse Estado”⁸⁵. Essa violação poderia consistir em um ou mais atos ou omissões praticados pelo Estado.

Com base nessa premissa, a Corte Permanente de Justiça Internacional, ao julgar o caso “Fosfato de Marrocos” afirmou que a responsabilidade é estabelecida de forma imediata, entre os Estados envolvidos, quando um comete um ato, internacionalmente, ilícito contra outro⁸⁶.

O ato internacionalmente ilícito, ao gerar a responsabilidade internacional, dá origem a uma série de novas relações jurídicas que variam de acordo com as circunstâncias do caso, no entanto, não estão limitadas à reparação ou “sanção”⁸⁷.

As relações jurídicas formadas irão envolver o Estado infrator e o Estado lesado, mas também há possibilidade de se estender a outros Estados ou sujeitos do direito internacional e até a comunidade internacional em casos de obrigações *erga omnes*.

Os requisitos necessários, para estabelecer a existência de um ato internacionalmente ilegal do Estado, estão definidos no artigo 2º. Para que a responsabilidade se vincule ao ato do Estado, a conduta, em questão, deve ser: imputável ao Estado de acordo com o direito internacional e deve “constituir uma violação de uma obrigação legal internacional em vigor, para esse Estado naquele momento”⁸⁸.

“Para que uma conduta seja caracterizada como um ato ilícito, deve primeiro ser imputável ao Estado”⁸⁹. Assim, deve-se ressaltar que o Estado é um ente fictício e não

⁸⁵ Ibid., p. 32.

⁸⁶ **Case Phosphates in Morocco**, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10, at p. 28.

⁸⁷ UN (2008), Op. cit., p. 32.

⁸⁸ Ibidem, p. 34.

⁸⁹ Ibid., p. 35.

pode agir por si mesmo, portanto, um “ato de Estado” deve envolver alguma ação ou omissão de seus agentes e representantes⁹⁰.

No direito internacional, a ideia de violação de uma obrigação se relaciona com a noção de uma conduta contrária aos direitos de terceiros e até de outros sujeitos do direito internacional, já que as obrigações podem ser multilaterais⁹¹.

Ademais, a caracterização de um ato, como internacionalmente ilícito, independe de ser encarado como legal pela lei interna do Estado em questão, conforme estipulado pelo artigo 3º. Um ato somente será internacionalmente ilícito caso constitua uma violação de uma obrigação internacional, mesmo que não viole uma provisão da lei do próprio Estado⁹².

Um Estado não pode, então, alegando que sua conduta está em conformidade com as disposições de seu direito interno, escapar à caracterização dessa conduta como ilícita pelo direito internacional⁹³. É o direito internacional que determina o escopo e os limites de qualquer referência ao direito interno.

Avançando a análise para o Capítulo II do Projeto de Artigos, a CDI determinou as circunstâncias em que o ato ou omissão deve ser imputável ao Estado pelo Direito Internacional. Em regra geral, a única conduta atribuída ao Estado em âmbito internacional é a de seus órgãos de governo ou de outros que agiram sob a direção, instigação ou controle desses órgãos, ou seja, agentes do Estado⁹⁴.

A imputabilidade do ato ilícito para fins de responsabilidade internacional do Estado é tratada no artigo 4º. Dispõe-se que “a conduta de um órgão do Estado deve ser atribuível a este Estado”⁹⁵. Assim, de acordo com o princípio da unidade do Estado, estão compreendidas “todas as entidades individuais ou coletivas que compõem a organização do Estado e agem em seu nome”⁹⁶. Nesse momento, não importa a posição do órgão na organização do Estado ou se está inserido na estrutura do governo central ou de uma unidade territorial deste Estado⁹⁷.

O artigo também ressalta a relevância do direito interno na determinação do status de um órgão do Estado. A lei de um Estado pode caracterizar uma entidade como um

⁹⁰ Ibid., p. 35.

⁹¹ Ibid., p. 35.

⁹² Ibid., p. 36.

⁹³ Ibid., p. 36.

⁹⁴ Ibid., p. 38.

⁹⁵ Ibid., p. 40.

⁹⁶ Ibid., p. 40.

⁹⁷ Ibid., p. 40.

órgão, porém não poderá evitar sua responsabilidade na hipótese em que o Estado nega o status de órgão do ente, mas, na realidade, este age como se aquele fosse⁹⁸.

O artigo 5º trata de outros órgãos que estão autorizados a exercer autoridade governamental. É o caso das entidades paraestatais, que exercem elementos de autoridade governamental no lugar de órgãos do Estado, e das ex-empresas estatais que foram privatizadas, mas preservam algumas funções públicas ou regulatórias⁹⁹.

Este artigo também abrange empresas públicas, entidades semipúblicas, diversos tipos de órgãos públicos e, em alguns casos, empresas privadas, desde que, a entidade seja habilitada pela lei interna a exercer funções de caráter público exercidas comumente pelo Estado¹⁰⁰.

O direito internacional justifica a atribuição da conduta de entidades paraestatais ao Estado ao afirmar que foi o próprio direito interno que concedeu à entidade o exercício de elementos da autoridade governamental. Então caso seja um ato do Estado, para fins de responsabilidade internacional, a conduta da entidade deve se distinguir das outras atividades privadas ou comerciais que a entidade realiza¹⁰¹.

O artigo 6º aborda uma situação específica em que um órgão de um Estado é posto à disposição de outro Estado, com a finalidade do órgão atuar temporariamente em seu benefício e sob sua autoridade. Portanto o órgão ao atuar transitoriamente para os fins de e em nome de outro Estado, a sua conduta é atribuída apenas a este último Estado. Deve existir um vínculo funcional entre o órgão em questão e a estrutura ou autoridade do Estado receptor¹⁰².

Para o artigo ser aplicado, deve-se atender dois critérios: o órgão em questão deve ter status de órgão do Estado remetente; e sua atuação deve envolver o exercício de elementos da autoridade governamental do Estado receptor¹⁰³.

O artigo 7º retrata a questão de atos não autorizados ou *ultra vires* de órgãos ou entidades do Estado. Estabeleceu-se que o Estado responde pelo ato de um órgão estatal ou de entidade autorizada a desempenhar funções relacionadas à autoridade governamental que atue oficialmente em seu nome, ainda que o ente tenha praticado ato contrário ou que exceda aos limites que lhe foram impostos¹⁰⁴.

⁹⁸ Ibid., p. 42.

⁹⁹ Ibid., p. 42.

¹⁰⁰ Ibid., p. 43.

¹⁰¹ Ibid., p. 43.

¹⁰² Ibid., p. 43.

¹⁰³ Ibid., p. 43.

¹⁰⁴ Ibid., p. 45.

Como regra geral, a conduta de pessoas ou entidades privadas não é imputável ao Estado nos termos do direito internacional. Mas podem surgir situações em que tal conduta seja atribuível ao Estado, visto que existe uma relação específica entre a pessoa ou entidade envolvida na conduta e o Estado¹⁰⁵.

O artigo 8º exemplifica uma destas circunstâncias. A jurisprudência internacional é amplamente favorável à atribuição ao Estado de conduta de fato autorizado por ele¹⁰⁶. Assim, é irrelevante, nesse caso, tratar de modo diferente a atuação de indivíduos particulares se esta conduta envolver uma “atividade governamental”. Desse modo, na hipótese de uma pessoa ou grupo de pessoas estiver agindo, sob as instruções ou sob a direção ou controle de um Estado, sua conduta será considerada um ato de Estado¹⁰⁷.

O artigo 9º trata do caso excepcional de conduta no exercício de elementos da autoridade governamental por um indivíduo ou um grupo agindo sem a presença de autoridades oficiais e sem nenhuma condição autoritária para fazê-lo. Em razão de sua excepcionalidade, essa hipótese somente ocorre durante revoluções, conflitos armados ou ocupação estrangeira, onde as autoridades regulares se dissolvem, estão se desintegrando, foram suprimidas ou, não estão atuando. Também é possível aplicar este artigo em casos na qual a autoridade está sendo progressivamente restaurada, como por exemplo no período posterior a uma ocupação estrangeira¹⁰⁸.

Assim sendo, existem três condições para que a conduta seja imputável ao Estado com base neste artigo: primeiro, a conduta deve estar ligada à prática de elementos de autoridade governamental; em segundo lugar, a conduta deve ser realizada na “ausência ou na inadimplência” das autoridades e, por último, a situação deve exigir o exercício dos elementos de autoridade¹⁰⁹.

No tocante à primeira condição, o indivíduo ou o grupo atuante deve, por iniciativa própria, desempenhar as funções governamentais. Nesse momento, pressupõe-se a vigência de um governo e de máquinas estatais, tomadas por irregularidades ou cuja

¹⁰⁵ Ibid., p. 45.

¹⁰⁶ Ver **Case Zafiro 1925**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf>. Case **Stephens 1927**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf>. **Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VIII/84-101.pdf>.

¹⁰⁷ UN (2008), Op. cit., p. 47.

¹⁰⁸ Ibid., p. 49.

¹⁰⁹ Ibid., p. 49.

atuação é auxiliada em alguns casos. É possível a sua ocorrência, por exemplo, em certa parte do Estado que está fora de controle¹¹⁰.

Em relação à segunda condição, a frase “na ausência ou inadimplência de” abarca as situações de colapso das funções estatais e os casos em que as autoridades oficiais não estão desempenhando suas funções devidamente. Pode-se citar o caso em que o Estado para, parcialmente, de funcionar ou perde o controle sobre uma localidade¹¹¹.

A terceira e última condição pressupõe que as circunstâncias demandem o exercício de função estatal por particulares¹¹².

O Artigo 10 aborda o caso de responsabilização do Estado em razão da conduta de um movimento insurrecional ou de outro que, futuramente, torne-se o novo Governo ou consiga instituir um novo Estado¹¹³.

Na hipótese em que o Estado consegue acabar, com êxito, a revolta, entende-se que o Estado não será responsabilizado, pois não tinha controle sobre as estruturas e a organização do movimento insurrecional ou de outro movimento. Contudo este não será o caso, se o movimento for bem-sucedido e conseguir implantar um novo governo ou um novo Estado em parte do território. Nessas circunstâncias excepcionais, o artigo prevê a responsabilização do movimento insurrecional. Isso porque houve continuidade entre o movimento insurrecional e o governo atual¹¹⁴.

O 1º parágrafo do artigo 10 trata da situação em que o movimento prospera e instala novas estruturas ao Estado. O parágrafo seguinte aborda o caso em que as estruturas do antigo governo são assumidas pelo movimento revolucionário, como nas hipóteses de “secessão ou descolonização em parte do território, anteriormente, sujeito à soberania ou administração do Estado predecessor”¹¹⁵. E o parágrafo 3º trata do caso excepcional em que o Estado respondeu, de forma indevida, à conduta do movimento, ao adotar “medidas de vigilância, prevenção ou punição”¹¹⁶.

O artigo 11, em contrapartida, prevê a responsabilização do Estado de conduta que não era ou pode não ter sido atribuído a ele, no entanto, posteriormente, foi reconhecido e adotado pelo Estado como seu¹¹⁷.

¹¹⁰ Ibid., p. 49.

¹¹¹ Ibid., p. 49.

¹¹² Ibid., p. 49.

¹¹³ Ibid., p. 50.

¹¹⁴ Ibid., p. 50.

¹¹⁵ Ibid., p. 51.

¹¹⁶ Ibid., p. 51.

¹¹⁷ Ibid., p. 51.

Na maioria dos casos, uma conduta tomada por uma entidade privada não pode ser atribuída a um Estado. No entanto, o artigo 11 prevê que o Estado tem a possibilidade de reconhecer e adotar como sua uma conduta que, em um primeiro momento, não era sua. Além disso, o Estado somente pode reconhecer e adotar parte da conduta em questão e o ato de reconhecimento e adoção deve ser “claro e inequívoco”¹¹⁸.

O capítulo 3º trata sobre a violação de uma obrigação internacional. O artigo 12 afirma que “há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato desse Estado não está em conformidade com o que é exigido por essa obrigação, independentemente de sua origem ou caráter”¹¹⁹.

Desse modo, a essência de uma violação de uma obrigação internacional por um Estado é “não estar em conformidade com o exigido por essa obrigação”. Convém ressaltar que é possível haver a violação mesmo que o ato do Estado seja apenas parcialmente contrário a uma obrigação internacional¹²⁰.

A conduta proibida por uma obrigação internacional pode envolver um ato ou omissão, ou a sua combinação; assim como pode também compreender a aprovação de legislação, uma decisão judicial, ações administrativas, ou outras ações específicas em um determinado caso, ou mesmo uma ameaça de tal ação, independentemente da ameaça ter sido realizada ou não¹²¹.

O artigo pode ser aplicado a todas as obrigações internacionais dos Estados, independentemente de sua origem. As obrigações internacionais podem ser contraídas por uma regra consuetudinária de direito internacional, por um tratado, por um princípio geral aplicável dentro da ordem jurídica internacional e, também, por um ato unilateral¹²².

No direito internacional, não se faz distinção entre o regime de responsabilidade pela violação de um tratado e a violação de alguma outra regra, ou seja, a responsabilidade *ex contractu* ou *ex delicto*. Em relação à origem da obrigação violada, somente existe um único regime geral de Responsabilidade do Estado. Além disso, não existe distinção entre responsabilidade “civil” e “criminal”, como é comum haver nos sistemas jurídicos internos¹²³.

¹¹⁸ Ibid., p. 51.

¹¹⁹ Ibid., p. 54.

¹²⁰ Ibid., p. 54.

¹²¹ Ibid., p. 55.

¹²² Ibid., p. 56.

¹²³ Ibid., p. 56.

A violação, praticada por um Estado de uma obrigação internacional, constitui um ato internacionalmente ilícito, independentemente do objeto ou conteúdo da obrigação violada¹²⁴.

O artigo 13 positiva o princípio de que a violação necessita ocorrer, quando o Estado está vinculado à obrigação para haver responsabilidade. Isso constitui uma garantia contra a aplicação retroativa do direito internacional em matéria de responsabilidade do Estado¹²⁵.

O regime de responsabilidade do Estado pode ser mais rigoroso a depender da seriedade do ato. Porém, mesmo quando uma nova norma imperativa do direito internacional geral surge, conforme contemplado no artigo 64 da Convenção de Viena de 1969, isso não implica hipótese retroativa de responsabilidade¹²⁶.

A responsabilidade internacional, ao ser gerada em razão de um ato internacionalmente ilícito, não será afetada com o fim da obrigação, seja como resultado do término do tratado que foi violado ou de uma mudança no direito internacional¹²⁷.

O artigo 14 faz a distinção entre violações que não se estendem no tempo e a continuação de atos ilícitos. Isto é, uma violação que já foi concluída e uma que continua¹²⁸.

O 1º parágrafo do artigo estipula que um ato concluído ocorre “no momento em que o ato é realizado”, mesmo que seus efeitos ou consequências possam continuar. Diversamente, o 2º parágrafo estabelece que um ato ilícito contínuo ocorre em todo o período durante o qual o ato continua e permanece em desacordo com a obrigação internacional, na condição de que o Estado continue vinculado pela obrigação internacional nesse período. Constituem exemplos de atos ilícitos contínuos: a manutenção de disposições legislativas em desacordo com as obrigações de um tratado que o Estado aderiu; a “detenção ilegal de um funcionário estrangeiro ou a ocupação ilegal das instalações da embaixada; a ocupação ilegal de parte do território de outro Estado”¹²⁹; e posicionar as forças armadas em outro Estado sem haver autorização.

O 3º parágrafo aborda a violação de obrigações para impedir a ocorrência de um determinado evento. Estas são obrigações de prevenção e geralmente exigem que os

¹²⁴ Ibid., p. 56.

¹²⁵ Ibid., p. 57.

¹²⁶ Ibid., p. 58.

¹²⁷ Ibid., p. 58.

¹²⁸ Ibid., p. 59.

¹²⁹ Ibid., p. 60.

Estados tomem todas as medidas razoáveis ou necessárias para impedir que um determinado evento ocorra, mas sem garantir acontecimento do evento¹³⁰.

O artigo 15 trata da noção de ato ilícito composto. As violações contínuas derivam de atos compostos e se estendem no tempo, desde a primeira das ações, ou omissões, na série de atos realizados. São exemplos as obrigações relativas ao genocídio, *apartheid* ou crimes contra a humanidade, atos sistemáticos de discriminação racial, atos sistemáticos de discriminação proibidos por um acordo comercial entre outros. Deve-se ressaltar que alguns dos atos ilícitos mais graves do direito internacional foram atos de caráter composto¹³¹.

O 1º parágrafo deste artigo define o momento da ocorrência do ato composto como o período em que a última ação ou omissão se sucede, somada as outras ações ou omissões, é suficiente para configurar o ato ilícito. Já o 2º parágrafo trata da extensão no tempo de um ato composto. Após a ocorrência de um número suficiente de ações ou omissões, produzindo o resultado do ato composto como tal, considera-se a data da violação o dia do primeiro dos atos realizados¹³².

3.2 Regime de Responsabilidade acerca das normas cogentes estabelecido pelo Projeto de Artigos

O Capítulo III da Parte 2 do Projeto de Artigos se destina a estabelecer as consequências de violações que envolvem obrigações sob normas imperativas do direito internacional geral e de violações graves.

Com a evolução do estudo sobre as normas de *jus cogens*, percebeu-se que, para fins de responsabilidade do Estado, certas obrigações são devidas à comunidade internacional como um todo e que, em razão da “importância dos direitos envolvidos”, todos os Estados têm interesse legal em sua proteção¹³³.

Como anteriormente exposto, a Convenção de Viena reconheceu o caráter dessas normas e, assim, foram geradas implicações para as regras referentes à responsabilidade internacional.

¹³⁰ Ibid., p. 62.

¹³¹ Ibid., p. 62.

¹³² Ibid., p. 63.

¹³³ Ibid., p. 111.

Porém, mesmo com seu reconhecimento, a comunidade internacional não criou mecanismos para a responsabilização dos Estados na seara penal por violações dessas normas. A razão disso encontra fundamento no que foi declarado, em 1946, pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ao afirmar que como os ilícitos no direito internacional são cometidos por indivíduos, eles são os que devem ser punidos, não entidades abstratas¹³⁴. De acordo com o artigo 34 da Convenção, a função de indenização é essencialmente compensatória¹³⁵.

O artigo 40 do Projeto de Artigos prevê o alcance das violações abrangidas pelo capítulo. Estabeleceu-se dois critérios para distinguir “violações graves” de “obrigações sob normas imperativas do direito internacional geral” de outros tipos de violações. O primeiro diz respeito ao caráter da obrigação violada, que deve derivar de uma norma imperativa do direito internacional geral. O segundo qualifica a intensidade da violação, que deve ser de natureza grave. O capítulo III aplica-se apenas às violações de direito internacional que preenchem ambos os critérios¹³⁶.

O primeiro critério refere-se ao caráter da obrigação violada. Para dar origem à aplicação deste capítulo, uma violação deve dizer respeito a uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral. O conceito de norma imperativa, utilizado para o estudo sobre a responsabilidade internacional, tem, por base, o artigo 53 da Convenção de Viena. Nos comentários da Comissão ao art. 53, foram elencados exemplos de proibições como a proibição do uso da força (*prohibition of aggression*) assim como proibição contra a escravidão e o tráfico de escravos, genocídio, discriminação racial e *apartheid*. Essas práticas foram proibidas em tratados e convenções internacionais amplamente ratificados, que não admitem exceção¹³⁷.

O artigo 40 também explicita outra limitação, a violação deve ser "séria". O parágrafo 2º define “violação “séria” como sendo “uma falha grave ou sistemática por parte do Estado responsável em cumprir a obrigação” em questão. A palavra “séria” significa que uma certa ordem de magnitude da violação é necessária para não banalizar a violação¹³⁸.

Para ser considerada sistemática, uma violação teria que ser realizada de maneira organizada e deliberada. Por outro lado, o termo "grave" refere-se à intensidade da

¹³⁴ Ibid., p. 111.

¹³⁵ Ibid., p. 111.

¹³⁶ Ibid., p. 112.

¹³⁷ Ibid., p. 112.

¹³⁸ Ibid., p. 113.

violação ou a seus efeitos; denota violações de natureza flagrante, que representam um ataque direto aos valores protegidos pela regra. Os termos não são, obviamente, mutuamente exclusivos; violações graves geralmente serão tanto sistemáticas e graves. Fatores que podem estabelecer a seriedade de uma violação incluiria a intenção de violar a norma; o escopo e o número de violações individuais; e a gravidade de suas consequências para as vítimas. Também é preciso ter em mente que algumas das normas imperativas em questão, principalmente as proibições de agressão e genocídio, por sua própria natureza, exigem uma violação intencional em larga escala¹³⁹.

O artigo 41 estabelece as consequências particulares de violações do tipo e gravidade referidas no artigo 40. O parágrafo 1 estipula que os Estados têm o dever positivo de cooperar para pôr fim às violações graves no sentido do artigo 40. A cooperação deverá ser feita por meios legais e sua obrigação se aplica aos Estados, independentemente de serem, ou não, individualmente afetados pela violação grave¹⁴⁰. Desse modo, os Estados devem atuar em um esforço conjunto e coordenado para combater essas violações.

O parágrafo 2 dispõe que os Estados têm um dever de abstenção, o qual compreende duas obrigações. A primeira seria a de não reconhecer como situações legais as criadas por violações graves definidas no artigo 40 e, a segunda, a de não prestar auxílio ou assistência na manutenção dessa situação¹⁴¹.

A primeira obrigação diz respeito à obrigação de não reconhecimento coletivo pela comunidade internacional da legalidade de situações resultantes de violações graves descritas pelo artigo 40. A obrigação se aplica a "situações" criadas por essas violações, como, por exemplo, tentativas de aquisição de soberania sobre território por meio da negação do direito de autodeterminação dos povos¹⁴².

Não se refere, assim, apenas ao reconhecimento formal dessas situações, mas também proíbe atos que implicariam nesse reconhecimento. Estado nenhum pode reconhecer a situação criada pela violação grave como lícita. Isto se aplica a todos os Estados, incluindo o Estado responsável¹⁴³.

A segunda obrigação, contida no parágrafo 2, proíbe os Estados de prestar auxílio ou assistência para manter a situação criada por uma violação grave no sentido do artigo

¹³⁹ Ibid., p. 113.

¹⁴⁰ Ibid., p. 114.

¹⁴¹ Ibid., p. 114.

¹⁴² Ibid., p. 114.

¹⁴³ Ibid., p. 114.

40. Isso vai além das disposições que tratam de auxílio ou assistência no cometimento de um ato internacionalmente ilícito, abrangido pelo artigo 16. Trata da conduta “posterior ao fato”, que auxilia o Estado responsável a manter uma situação “oponível a todos os Estados no sentido de barrar *erga omnes* a legalidade de uma situação mantida em violação do direito internacional”¹⁴⁴.

O parágrafo 3 deixa claro que uma violação grave, no sentido do artigo 40, implica em consequências legais estipuladas para todas as violações nos capítulos I e II da Parte II. Consequentemente, uma violação grave, no sentido do artigo 40, gera uma obrigação, em nome do Estado responsável, de cessar o ato ilícito, de continuar o cumprimento e, se apropriado, de dar garantias da não repetição. Da mesma forma, implica o dever de reparar em conformidade com as regras estabelecidas no capítulo II desta parte.¹⁴⁵

Por fim, o parágrafo 3 também permite que o direito internacional reconheça consequências jurídicas adicionais, decorrentes da prática de uma violação grave no sentido do artigo 40¹⁴⁶.

3.3 Análise comparativa

Tal como foi analisado, o relatório de responsabilidade internacional dos estados, em matéria de *jus cogens*, é guiado pelo conceito presente no art. 53 da Convenção de Viena, em que os efeitos legais das normas de *jus cogens* se baseiam em “invalidade” e “derrogação” de tratados. Além disso, estipulou-se que as normas imperativas do direito internacional geral estabelecem obrigações *erga omnes*, isto é, a violação destas normas diz respeito a todos os Estados.

Em razão dessas normas envolverem o interesse da comunidade internacional, o regime de responsabilidade criado possui uma natureza mais rigorosa quando comparado à violação de outras normas do direito internacional. Então, para o regime ser aplicado, não basta haver a violação de uma norma de *jus cogens*, também é necessário que a violação seja grave.

Portanto se estabeleceu que os Estados têm o dever de cooperar para pôr fim às violações e de não reconhecer, como legais, as situações criadas por violações das normas cogentes, assim como auxiliar na manutenção dessa situação.

¹⁴⁴ Ibid., p. 115.

¹⁴⁵ Ibid., p. 115.

¹⁴⁶ Ibid., p. 115.

A CDI, ao discutir o tema *jus cogens*, elaborou um conceito que positivou novas características à concepção apresentada pela Convenção de Viena. Foram acrescentadas a proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional, sua superioridade hierárquica e aplicabilidade universal.

Ademais, percebe-se que a Convenção não permitia a derrogação de normas de *jus cogens*, somente permitiu que estas pudessem ser modificadas. Isso foi alterado pela CDI com o 1º relatório sobre *jus cogens* em que foi deixado claro a possibilidade de revogação, derrogação e modificação das normas imperativas do direito internacional por outras de mesmo caráter.

Quanto ao estudo do regime de responsabilidade, no caso das normas de *jus cogens*, a CDI, somente com o seu 3º Relatório, iniciou o debate ao apresentar algumas considerações em relação aos seus efeitos jurídicos¹⁴⁷.

Com efeito, o relatório reafirmou que um tratado se torna nulo ao entrar em conflito com uma norma de *jus cogens*¹⁴⁸. Estipulou-se ainda que, em regra, o tratado ao estar em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral é invalidado em sua totalidade¹⁴⁹.

Além disso, definiu-se que o julgamento de controvérsias envolvendo tratados e normas de *jus cogens* deverá ser feito pela Corte Internacional de Justiça, a menos que seja escolhido a arbitragem¹⁵⁰. Também se reafirma o dever dos Estados de exercer jurisdição sobre os crimes proibidos pelas normas de *jus cogens*¹⁵¹.

O relatório também afirma que uma regra consuetudinária de direito internacional deixa de existir caso surja uma norma de *jus cogens* em discordância¹⁵². Definiu-se que atos unilaterais, em conflito com uma norma imperativa do direito internacional, são inválidos¹⁵³.

Outro ponto abordado pelo 3º relatório é que nenhuma circunstância pode ser antecipada para impedir a ilegalidade de um ato que não esteja em conformidade com uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral¹⁵⁴.

¹⁴⁷ International Law Commission, **Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 70th Sess, UN Doc A/CN.4/714 (2018).

¹⁴⁸ Ibidem, p. 65. Draft Conclusion 10.

¹⁴⁹ Ibid., p. 66. Draft Conclusion 11.

¹⁵⁰ Ibid., p. 67. Draft Conclusion 14.

¹⁵¹ Ibid., p. 68. Draft Conclusion 22.

¹⁵² Ibid., p. 67. Draft Conclusion 15.

¹⁵³ Ibid., p. 67. Draft Conclusion 16.

¹⁵⁴ Ibid., p. 68. Draft Conclusion 19.

Outrossim, este relatório inova ao assegurar que a imunidade *ratione materiae* daqueles que ocupam uma posição oficial não será aplicada na hipótese em que ocorra uma violação de norma de *jus cogens*, e assim deverão responder criminalmente. Todavia, o relatório sobre responsabilidade internacional dos estados quanto a esta matéria não aborda a responsabilidade criminal de condutas individuais.

Nesse sentido, ao analisar os pontos abordados neste trabalho, surgem algumas indagações como, que tipo de implicações essas novas concepções apresentadas pelo relatório sobre *jus cogens*, feito pela CDI, poderia trazer para a matéria de responsabilidade internacional dos estados?

De acordo com o que foi exposto, sabe-se que a responsabilidade internacional dos Estados é gerada a partir da violação de uma norma de *jus cogens*. Entretanto, uma vez que houve alteração na definição da norma cogente, a discussão, para identificar os requisitos que caracterizam a responsabilidade, está em aberto. Com isso, a violação da norma de *jus cogens* é encarada de forma diferente em decorrência da norma estar mais complexa.

Acrescenta-se que a CDI ao ampliar a concepção da norma de *jus cogens* tornou possível pensar em novas hipóteses de excludentes da responsabilidade internacional¹⁵⁵.

Sabe-se que é da natureza da norma de *jus cogens* ter seu reconhecimento pela comunidade internacional e isto pode ocorrer a partir de uma decisão da Corte Internacional de Justiça ou de outra organização internacional. No entanto, caso isso não aconteça, a violação praticada pelo Estado poderia ser mitigada? Deve-se reconhecer que não se trata de uma norma cogente para permitir que o Estado obtenha uma defesa diferente em função disso?

Atualmente, com a alteração da definição de norma de *jus cogens*, o Estado tem que elaborar alegações mais complexas para apresentar sua defesa em casos de configuração de responsabilidade. Os Estados também devem atentar que, mesmo existindo uma lista exemplificativa das normas imperativas¹⁵⁶, é possível o reconhecimento de outras novas a qualquer momento por organizações internacionais.

Um ponto diverso ao explicitado e favorável ao interesse dos Estados seria que existe uma variedade maior de argumentos a serem utilizados nas defesas, pois a

¹⁵⁵ Destaco que, de acordo com o art. 26 do Projeto de Artigos, não seria cabível falar de excludentes de responsabilidade para obrigações decorrentes de normas imperativas do direito internacional geral.

¹⁵⁶ International Law Commission. **Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 71th Sess, UN Doc. A/CN.4/727 (2019).

responsabilidade agora decorre de violações graves. Ou seja, o reconhecimento da responsabilidade internacional, por violação de normas de *jus cogens*, tornou-se ainda mais limitado nos casos práticos.

Quanto à parte acusatória ou vítima também existe novos argumentos. Com o passar dos anos, tornou-se, cada vez mais comum, o reconhecimento de normas imperativas ligadas aos direitos individuais. Um exemplo disso é a proibição de não retorno ou princípio do *non-refoulement*, decorrente do direito dos refugiados e reconhecida como norma de *jus cogens*.

Porém surgem outros questionamentos como, no caso que um Estado que viola o princípio do *non-refoulement*, ao não proteger os refugiados, em que medida poderá haver a sua responsabilização? Somente haverá a responsabilização quando a violação for grave ou se deve pensar também em mecanismos de responsabilização para atos menos graves? Além disso, existe a incerteza da importância do requisito relacionado à gravidade das violações para configurar a responsabilidade internacional dos estados.

4. CONCLUSÃO

Conforme exposto, o presente artigo realizou a análise das normas de *jus cogens* a partir do 1º Relatório sobre *jus cogens*, feito pela Comissão de Direito Internacional da ONU.

Segundo o estudo feito pela CDI, verifica-se que a noção de normas não derogáveis está presente desde o Direito Romano com o Digesto de Justiniano. No decorrer da evolução do conceito de *jus cogens*, é possível perceber que os juristas se utilizaram de diferentes teorias para explicar sua natureza imperativa.

A primeira delas foi a do direito natural que enxergava essas normas como regras mais elevadas, derivadas de uma divindade e, assim, não dependia da vontade dos Estados para existir. Como resultado disso, os Estados tinham sua liberdade de negociar e criar leis restringida.

A outra teoria era a do direito positivo que é baseada na ideia de livre-arbítrio dos Estados. Para esta teoria, só era possível existir as normas de *jus cogens*, caso os Estados consentissem com ela de alguma forma. No entanto, isso vai de encontro à noção de normas das quais a vontade dos Estados não pode derogar.

Contudo o maior avanço dado a definição de normas cogentes veio com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, após a Segunda Guerra

Mundial. O artigo 53 da Convenção estabeleceu que as normas de *jus cogens* são aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como normas cuja derrogação não é permitida e que só podem ser modificadas por outra nova norma de direito internacional geral de mesma natureza.

Além dos elementos descritos pelo artigo 53, a CDI conseguiu identificar outras características das normas de *jus cogens*. Elas resguardam os valores fundamentais da comunidade internacional, são hierarquicamente superiores a outras normas e podem ser universalmente aplicáveis. Além disso, essas normas somente podem ser modificadas, derogadas e revogadas por regras de mesmo caráter.

Ademais, efetuou-se a análise do instituto da Responsabilidade Internacional do Estado com base no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos elaborado também pela CDI.

Com o Projeto de Artigos, disciplinou-se que o Estado é responsabilizado ao cometer um ato internacionalmente ilícito. Este ato poderá constituir não somente uma relação jurídica entre o Estado infrator e o Estado lesado, mas também é possível o envolvimento de toda a comunidade internacional.

Para gerar a responsabilidade, o ato ilícito deve ser imputável ao Estado de acordo com o direito internacional e deve constituir uma violação de uma obrigação que estava em vigor para esse Estado. O ato não deixa de ser internacionalmente ilícito se o Estado legalizá-lo através de sua lei interna, pois o direito internacional não é limitado pelo direito interno.

A conduta atribuída ao Estado, em regra geral, deverá ser a de seus órgãos de governo ou de agentes do Estado. E se entende, por violação de uma obrigação internacional, o ato de um Estado que não é compatível com o que é exigido por essa obrigação, independentemente de sua origem ou caráter.

O Projeto de Artigos também aborda a Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Normas de *Jus Cogens*. Determina-se que para o Estado ser responsabilizado nesta matéria a infração deve dizer respeito a uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral e deve ser séria¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Ressalto que esta é uma situação específica do Capítulo III da 2ª Parte do Projeto de Artigos. Para outras situações que possam envolver as normas de *jus cogens*, mas que não são abarcadas pelo capítulo citado, os artigos 42 e 48 do Projeto de Artigos disciplinam o regime de responsabilização.

Além disso, os Estados possuem os deveres de cooperar para pôr fim às violações graves, não reconhecer como situações legais as criadas por violações graves e de não prestar auxílio ou assistência na manutenção dessa situação.

Logo, ao realizar um estudo comparativo dos textos da CDI, pode-se concluir que a alteração do entendimento sobre normas imperativas do direito internacional interferiu significativamente ao se pensar na matéria de responsabilidade, o que confirma a hipótese que guiou a elaboração do presente trabalho.

Isso porque foram acrescentadas novas características ao conceito de normas de *jus cogens*. E desse modo, os requisitos para aplicação da responsabilidade internacional dos estados por violação das normas cogentes, conseqüentemente, foram afetados.

Este artigo possui o propósito de realizar um exercício comparativo entre os Relatórios sobre *Jus Cogens* e o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos e, assim, antecipar o que a CDI irá elaborar sobre as violações de normas de *jus cogens*, diante dessas inovações.

A luz do que foi examinado, percebe-se que a CDI trouxe mais complexidade ao estudo desta temática, ao influir sobre a expansão dos requisitos da definição de *jus cogens* e, por conseguinte, das hipóteses de configuração de responsabilidade relativas à gravidade da violação.

Esses são temas que irão provocar a prática do direito internacional, ou seja, os tribunais internacionais, e a pesquisa acadêmica, pois será necessário repensar o critério da gravidade assim como os elementos caracterizadores das normas de *jus cogens*.

5. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXIDZE, Levan. *Legal nature of jus cogens in contemporary international law*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International. s.l., 1981-III, Tomo 172.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. DF, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>.

Acesso em: 10 set. 2019.

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v. India) Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgment of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_ing.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14_phosphates.htm> Acesso em: 02 jun. 2019.

Case Moghaddas v. Turkey. Islamic Republic of Iran and Turkey. 15 February 2011. Application nº 46134/08. Council of Europe: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d5a969fd.html>> Acesso: 15 Nov. 2019.

Case Stephens. Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States (1927). VOLUMEIV pp. 265-268. USA-Mexico Arbitration Tribunal. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

Case Zafiro. D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case) (1925). Vol. VI pp. 160-165. American and British Claims Arbitration Tribunal. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. 24 de novembro de 2010. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

CONKLIN, William. *The Peremptory Norms of the International Community*. European Journal of International Law, 2012.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*. Yale Journal of International Law, s.l. Vol. 34, 2009. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1277393>>. Accessed: 25 jun. 2019.

GREEN, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

International Law Commission, *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.4/693>> Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 70th Sess, UN Doc A/CN.4/714 (2018). Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.4/714>> Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. *Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 71th Sess, UN Doc. A/CN.4/727 (2019). Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.4/727>> Acesso em: 01 nov. 2019.

KOLB, Robert. *Peremptory International Law - Jus Cogens*. s.l. Bloomsbury Publishing. 2015.

Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (*Sabotage Cases*) (1930). USA-Germany Arbitration Tribunal. Vol. VIII pp. 84-101. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VIII/84-101.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. Disponível em:

<<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>.

Acesso em: 14 nov. 2019.

ONU. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. *A ONU e o Direito Internacional*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

Prosecutor v Nyiramasuhuko (ICTR-98-42), Appeals Judgement, 14 December 2015. Disponível em: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-42/appeals-chamber-judgements/en/151214-judgement.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2019.

Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Counsel to Belgium, Oral Proceedings, 13 March 2012(CR 2012/3). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120313-ORA-01-00-BI.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SUY, Erik. *The Concept of jus cogens in Public International Law*. Carnegie Endowment for International Peace, Geneva, 1967.

The Covenant of the League of Nations, Paris, 29 April 1919, UN, Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp> Acesso em: 01 jun. 2019.

UBC. *Law - Legal Citation Guide*. Disponível em: <<https://guides.library.ubc.ca/legalcitation/intlaw>>. Acesso: 11 Nov. 2019.

U. N. (2008), “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”, in Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part 2, Yearbook of the

International Law Commission, UN, New York. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

U. N. (1953), *Yearbook of the International Law Commission 1953*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. (1963), *Yearbook of the International Law Commission 1963*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. (1966), *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. GAOR., 69th sess. 20th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.20 (28 October 2014), Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.20>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

U.N. GAOR., 69th sess. 22th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.22 (29 October 2014), Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.22>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

UN. *How should I cite a United Nations document?*. Disponível em: <<http://ask.un.org/faq/14438>>. Acesso: 11 Nov. 2019.

United Nations Editorial Manual Online. Disponível em: <[http://www.dgacm.org/editorialmanual/ed-guidelines/footnotes/footnotes_chap_10.htm](http://www.dgacm.org/editorialmanual/editorialmanual/ed-guidelines/footnotes/footnotes_chap_10.htm)>. Acesso: 10 Nov. 2019.

VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law. *The American Journal of International Law*. s.l., 1937.

VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. The American Journal of International Law. s.l., 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.