

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

**Editores responsáveis por essa edição:**

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

**Editora assistente:**

Virna de Barros Nunes Figueiredo

Editores convidados:

Fábia Fernandes Carvalho

George Galindo

João Roriz

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 20	n. 1	p. 1-251	abr	2023
--	----------	-------	------	----------	-----	------

# Duas ideias irreconciliáveis? Regionalismo e *Jus Cogens* no Direito Internacional\*

## Two irreconcilable ideas? Regionalism and *Jus Cogens* in International Law

Lucas Carlos Lima\*\*

Loris Marotti\*\*\*

### Resumo

A ideia de normas peremptórias de direito internacional perpassa o discurso jurídico internacionalista há, pelo menos, seis décadas. No entanto, sua matriz universalista se fragmentou em abordagens e compreensões regionais. Paralelamente, sistemas regionais passaram a reconhecer normas específicas como parte do *jus cogens* a nível regional, afastando o pressuposto de universalidade. Neste artigo, a regionalização do *jus cogens* é investigada com base nessas duas perspectivas, com fundamento na prática de codificação pela Comissão de Direito Internacional (CDI) e na prática estatal. Seu objetivo é compreender o entrelaçamento entre o conceito de regionalismo e o desenvolvimento de normas de *jus cogens* enquanto fontes de direito internacional. Além disso, as abordagens regionais sobre o *jus cogens* são analisadas mediante o uso da peremptoriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), sublinhando a tendência do tribunal à universalidade e algumas dificuldades apresentadas pela noção de *jus cogens* diante da função judicial da CtIDH. O estudo prova-se original diante da dupla-conceituação entre regionalismo e produção normativa de normas peremptórias: seja pelo diálogo interpretativo entre normas de *jus cogens* universais e órgãos regionais, como a Corte Interamericana; seja pelo papel ativo em relação à produção de supostas normas peremptórias regionais desses mesmos órgãos. Ao metodologicamente analisar os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre *jus cogens*, sustenta-se que, embora a ideia de universalidade esteja enraizada no próprio conceito de normas peremptórias, a interpretação da ideia de peremptoriedade é, essencialmente, matizada pelas necessidades locais — especialmente em relação ao Sistema Interamericano.

**Palavras-chave:** *jus cogens*; regionalismo; universalismo; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### Abstract

The idea of peremptory norms of international law has pervaded internationalist legal discourse for at least three decades. However, its universalist matrix has fragmented into regional approaches and understandings. In parallel, regional systems have come to recognize specific norms as part

\* Recebido em 09/12/2022  
Aprovado em 07/03/2023

\*\* Doutor em Direito Internacional pela Università degli studi di Macerata, com períodos de pesquisa na University de Cambridge e no Max Planck de Luxembourg. Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais UFMG/CNPq (styluscuriarum.org)  
Email: carloslimalucas@gmail.com

\*\*\* Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata. Professor na Università degli Studi di Napoli Federico II.  
Email: lorismarotti@gmail.com

of *jus cogens* at the regional level, apparently breaking with the assumption of universality. In this article, the regionalization of *jus cogens* is investigated from these two perspectives, grounded in the codification practice by the International Law Commission (ILC) and state practice. Its aim is to understand the intertwining between the concept of regionalism and the development of *jus cogens* norms as sources of international law. In addition, regional approaches on *jus cogens* are analyzed by examining the use of peremptoriness by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), highlighting the court's tendency towards universality and some difficulties presented by the notion of *jus cogens* in the face of the IACtHR's judicial function. The study proves to be original due to the double conceptualization between regionalism and normative production of peremptory norms: either by the interpretative dialogue between universal *jus cogens* norms and regional bodies, such as the Inter-American Court; or by the active role in the production of alleged regional peremptory norms of these same bodies. The paper concludes that although the idea of universality is deeply rooted in the very notion of peremptory norms, the interpretation of the idea of peremptoriness is essentially nuanced by local needs - especially in the Inter-American System.

**Keywords:** *jus cogens*; regionalism; universalism; Inter American Court of Human Rights.

## 1 Introdução

Nos últimos anos, testemunhou-se um interesse renovado relativo às normas peremptórias de Direito Internacional (*jus cogens*) no discurso jurídico internacionalista. Os trabalhos recentes da Comissão de Direito Internacional (CDI ou Comissão) sobre o tema,<sup>1</sup> fomentados pela relevância crescente de tais normas na jurisprudência de cortes internacionais e domésticas, estão renovando o debate sobre o escopo, a natureza e

o conteúdo das normas peremptórias.<sup>2</sup> Na contramão desse cenário, menos atenção vem sendo dirigida às relações possíveis entre o *jus cogens* e o regionalismo, bem como às implicações jurídicas e políticas as quais tais relações podem ter no plano internacional.

Não há dúvida de que, ao menos à primeira vista, a justaposição das duas ideias (regionalismo e peremptoriedade) deve parecer contraintuitiva no Direito Internacional. Se for considerada, como ponto de partida, a definição de normas peremptórias incluída no Art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), o qual se refere a normas “aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo como normas das quais nenhuma derrogação é permitida”, parece haver pouco espaço para qualquer perspectiva regional nesse contexto. O teor universalista que perpassa a ideia de *jus cogens* por muito tempo influenciou as elaborações judiciais e acadêmicas. Não está totalmente claro, todavia, se e por que falar de “*jus cogens* regional”, atualmente, é controverso na perspectiva dos Estados e da CDI, assim como a se as “abordagens regionais ao *jus cogens*” têm algum papel a respeito da definição das relações entre peremptoriedade e regionalismo no Direito Internacional. Tais conceitos — *jus cogens* regional e abordagens regionais ao *jus cogens* — expressam duas formas de se encarar as relações entre regionalismo e peremptoriedade. O *jus cogens* regional se refere à possibilidade de que uma norma peremptória tenha um caráter regional, de modo a se afastar do escopo universal normalmente atrelado à noção de *jus cogens*. Por outro lado, as abordagens regionais ao *jus cogens* dizem respeito à atitude adotada por atores regionais, e, particularmente, por cortes internacionais regionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), para a identificação de normas de *jus cogens* tal qual tradicionalmente concebidas.

Este artigo se volta a essas duas perspectivas regionais do *jus cogens* considerando a discussão sobre como as relações entre peremptoriedade e regionalismo são percebidas no debate corrente. Se as duas perspectivas

<sup>1</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens) (with commentaries)*: report of the International Law Commission: 71st session: General Assembly Official Records, Supp no. 10 (A/74/10), Chapter IV, para. 57.

<sup>Ver também:</sup> TLADI, Dire. The International Law Commission's Draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*): making wine from water or more water than wine. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 89, n. 2, p. 244-270, 2020.

<sup>2</sup> Ver, entre outros: GASTORN, Kennedy. Defining the imprecise contours of *Jus Cogens* in international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, 2017.

LINDERFALK, Ulf. *Understanding Jus Cogens in international law and international legal discourse*. Londres: Edgard Elgar, 2020.

<sup>DE</sup> WET, Erika. Entrenching international values through positive law: the (limited) effect of peremptory norms. *KFG Working Paper*, n. 25, 2019.

expressam diferentes maneiras de se considerar essas relações, este artigo visa, em última instância, demonstrar que ambas estão, de algum modo, interconectadas: o *jus cogens* regional deve se provar uma ferramenta útil para capturar e oferecer significado a certas abordagens regionais (e controversas) ao *jus cogens*.

Este artigo fundamenta-se em pesquisa de fontes primárias de organismos internacionais e em debates doutrinários para compreender o problema levantado e está organizado em duas partes. Na primeira parte, propõe-se uma análise da posição recente adotada pelos Estados e pela CDI sobre o tema do *jus cogens* regional. Assim como várias outras questões relativas à natureza jurídica do *jus cogens* e seus elementos essenciais, não há nenhuma visão globalmente aceita sobre a existência do *jus cogens* regional. Uma posição bastante firme foi, entretanto, adotada pelo Relator Especial da CDI sobre *jus cogens*. Para além de concluir que a noção de *jus cogens* regional não encontra suporte na prática dos Estados, o Relator identificou diversas dificuldades conceituais e práticas em relação ao conceito. A questão permanece aberta ao debate e sua compreensão está sujeita à “influência pervasiva” das abordagens idealista e positivista<sup>3</sup>. Em vez disso, neste artigo, afirma-se que o debate sobre *jus cogens* regional apresenta abordagens a respeito das formas como o regionalismo é, atualmente, percebido no direito internacional.

Na segunda parte, explora-se a segunda perspectiva regional ao *jus cogens* — as abordagens regionais ao *jus cogens* — tomando como paradigma a prática judicial da CtIDH. A Corte demonstrou, ao longo dos anos, particular ativismo ao tratar sobre o tema do *jus cogens*. A forma pela qual a CtIDH aborda a questão é ilustrativa, especialmente porque revela uma tensão entre o universalismo que, tradicionalmente, subjaz à ideia de *jus cogens* e o latente regionalismo o qual, também, emerge do corpo de prática judicial. O principal argumento desta seção não é demonstrar que a Corte está, de fato, identificando e aplicando o *jus cogens* regional. Ao contrário, o objetivo é demonstrar que a Corte está desenvolvendo uma prática a qual, dificilmente, se coaduna com a ideia de universalismo enquanto base à concepção tradicional de *jus cogens*. O recurso à noção de *jus cogens* regional, de-

fende-se, pode ajudar a compreender e conceituar essa prática controversa.

Um último esclarecimento metodológico parece necessário. Embora a temática de normas peremptórias possa ser analisada sob diversas lentes e empregando diferentes abordagens, como uma leitura colonial/decolonial,<sup>4</sup> o presente trabalho não pretende ocupar-se dessa questão. Por meio de uma análise dos documentos produzidos pela CDI, pelos Estados em seu anterior, e os instrumentos e decisões da Corte Interamericana, busca-se evidenciar como o problema toca a prática internacional bem como as reações doutrinárias sobre ela.

## 2 Os descontentamentos do jus cogens regional

### 2.1 A CDI...

A primeira perspectiva regional debruça-se sobre a ideia do *jus cogens* regional. É importante recordar que essa ideia foi avançada e discutida por vários internacionalistas ao longo dos anos. Basta recuperar que, de acordo com Gaja “nenhuma razão convincente jamais foi dada para anular a possibilidade da existência de normas peremptórias não universais ou “regionais”. Valores prevalentes em grupos regionais não necessariamente conflitam com os valores operando em um ambiente mais alargado. Podem existir normas as quais adquirem caráter peremptório tão somente em um contexto regional. [...] A Convenção de Viena parece usar um conceito injustificadamente restrito de norma peremptória”.<sup>5</sup> Para além de admitirem a possibilidade

<sup>4</sup> Nesse sentido ver, meramente a título exemplificativo, PAHUKA, Sundhya. *Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

<sup>5</sup> GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

Ver também: HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...].

Mais recentemente: FOIS, Paolo. Sui caratteri dello jus cogens regionale nel diritto dell'Unione europea. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 3, 2020.

Outras referências estão disponíveis no COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial

<sup>3</sup> LINDERFALK, Ulf. Understanding the *Jus Cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 46, 2015.

abstrata de um *jus cogens* regional, vários internacionalistas também se dedicaram a substanciar o conceito. Referência tem sido feita, por exemplo, a um “sistema europeu de direitos humanos peremptórios”<sup>6</sup>, a uma “ordem pública europeia”<sup>7</sup> e, em perspectiva histórica, a “normas de *jus cogens* entre países socialistas”<sup>8</sup>. Provavelmente, a mais famosa e mencionada referência ao *jus cogens* regional advém da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a qual, em 1987, afirmou que “entre os Estados membros da [Organização dos Estados Americanos] há uma norma de *jus cogens* reconhecida a qual proíbe a execução de crianças por Estados”.<sup>9</sup> A maior parte desses exemplos de *jus cogens* regional foram negligenciados por outros autores, e, mesmo pelo Relator Especial da CDI, como apresentando diversas dificuldades conceituais e, mais importante, como não sustentadas pela prática dos Estados.<sup>10</sup>

Como afirmado acima, este trabalho não visa engajar no debate sobre o fato de que o *jus cogens* regional é concebível prática e, teoricamente, tampouco se esta ou aquela norma regional obteve o status de *jus cogens*. O debate encontra-se aberto, e, mesmo admitindo a possi-

bilidade lógica do *jus cogens* regional, deve-se reconhecer que o conceito permanece “largamente não testada na prática e não alinhada com as aspirações universais de normas peremptórias”<sup>11</sup>. Na verdade, para além da ausência de prática, nosso foco está dirigido às razões pelas quais há uma desconfiança geral na atualidade sobre a possibilidade de um *jus cogens* regional na Comissão e na visão dos Estados.

Defende-se que tal ceticismo reflete a combinação de dois fatores: por um lado, as presunções universais que, geralmente, inspiram os trabalhos da Comissão, a qual é fomentada nesse caso pela narrativa universalista e tradicional das normas peremptórias; por outro lado, a atitude dos Estados ao rejeitar esse conceito. Essa atitude parece ter origem nas incertezas inerentes à formação e ao impacto das normas peremptórias de modo geral, e das normas peremptórias regionais em particular. Uma vez que os Estados são largamente os autores do Direito Internacional, alguns deles podem nutrir preocupações legais genuínas sobre uma categoria jurídica adicional que tornaria mais restrita a sua mobilidade normativa.

Partindo da atitude que geralmente emerge do trabalho da Comissão, vale recordar o que Crawford resumizou anos atrás ao descrever o “resoluto universalismo” da CDI:

o histórico da Comissão revela não somente uma ausência de referência a questões sobre o regionalismo, mas até mesmo uma tentativa deliberada de se esquivar de tais ideias. Se alguém pudesse escrever a História do desenvolvimento normativo no plano internacional em termos da tensão ou dialética entre universalismo e regionalismo, ponto é que a História da contribuição da Comissão a tais desenvolvimentos seria talvez tendenciosa, senão totalmente inexistente. Em conformidade com o seu Estatuto e o seu mandato, a Comissão trabalha completamente sob o pressuposto do universalismo<sup>12</sup>.

(A/CN.4/727). p. 21.

<sup>6</sup> PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

<sup>7</sup> KOLB, Robert. *Peremptory international law (Jus Cogens): a general inventory*. Oxford: Hart, 2015.

<sup>8</sup> referência ao conceito de “ordem pública europeia” pode ser encontrada na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Ver: CTEDH. *Caso Loizidou v. Turkey*: (objeções preliminares): decisão, 23 de março de 1995, Série A no. 310.

<sup>9</sup> TUNKIN, Grigory. *Theory of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

<sup>10</sup> Ver também, HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICANA POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentada...], para outros exemplos.

<sup>11</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Roach and Pinkerton v. United States*: no. 9647: Resolução no. 3/87, 22 de setembro de 1987.

<sup>12</sup> O 4º relatório do rapporteur especial Tladi na CDI, referindo-se às dificuldades de estabelecimento (ou formação) de um *jus cogens* regional (com o problema da aplicabilidade da regra do objeto persistente), a questão da definição de “região”, a questão da ligação entre *jus cogens* regional a um regime de tratado regional existente, o caráter excepcional de *jus cogens* e as dificuldades relacionadas às consequências de *jus cogens* regionais. Ver mais recentemente: SANTOLARIA, Ruda. The treatment of peremptory norms of general international law (*Jus Cogens*) in the Inter-American Human Rights system. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021., criticando a ideia de um “*jus cogens* americano” ou “*jus cogens* africano”.

<sup>11</sup> COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

<sup>12</sup> Ver mais recentemente, sobre este debate: STURMA, Pavel. Is there any regional *Jus Cogens* in Europe? the case of the European Convention of Human Rights. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021., o qual conclui que a Convenção Europeia de Direitos Humanos como um todo “não é um exemplo de *jus cogens* regional”.

<sup>12</sup> CRAWFORD, James. Universalism and regionalism from the perspective of the work of the International Law Commission. In: UNITED NATIONS (org.). *International law on the eve of the twenty-first century*. Views from the International Law Commission. Nova York, 1997.

Essa atitude se manteve viva ao longo dos anos pela Comissão e parece ser suficientemente evidente que ela pode ser encontrada ainda mais nos trabalhos relacionados à categoria de normas as quais, desde seus primeiros reconhecimentos em codificações oficiais, foram consideradas como inerentemente universais pelos Estados e pela CDI propriamente.

De fato, a ideia de aspirações universais e aplicabilidade de normas peremptórias é claramente refletida nos trabalhos da CDI sobre normas peremptórias. O esboço de conclusão n.º 3, adotado em primeira leitura, prevê que “normas peremptórias de Direito Internacional geral (*jus cogens*) refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional, e são hierarquicamente superiores às demais regras de Direito Internacional e aplicáveis universalmente”<sup>13</sup>. Em comentário a essa conclusão, nota-se que a característica da aplicabilidade universal de normas peremptórias de Direito Internacional geral implica que tais normas não se aplicam a uma base regional ou bilateral<sup>14</sup>. Assim, a CDI parece ter fechado as portas para a possibilidade de um *jus cogens* regional, afirmando a ideia de que as normas de *jus cogens* são universalmente aplicáveis pela sua própria natureza. Essa ideia denota um forte atrelamento ao espírito do Art. 53 da CVDI, e goza de amplo suporte na prática, ainda que majoritariamente em referência a prática relativa a normas de caráter universal (como a proibição do genocídio ou da agressão). Em outras palavras, a CDI abstraiu dessa prática um elemento inerente de *jus cogens*, isto é, sua aplicabilidade universal. Em seu primeiro relatório, o Relator Especial, inclusive, afirmou que um *jus cogens* regional seria uma exceção ao “princípio geral da aplicação universal das normas de *jus cogens*”<sup>15</sup>.

Ao mesmo tempo, todavia, há alguma ambiguidade na abordagem da CDI sobre a questão da possibilidade de um *jus cogens* regional. Enquanto as passagens recém mencionadas demonstram uma posição um tanto radical sobre a não possibilidade de tal modalidade de normas peremptórias no Direito Internacional, outras passagens sugerem uma abordagem mais permissiva a qual parece, ao menos, reconhecer a possibilidade lógica de tais normas. No comentário ao *draft* de Conclusão n.º 1, dedicado ao escopo do trabalho, afirma-se que

“a frase ‘normas peremptórias de Direito Internacional geral (*jus cogens*)’ também serve para indicar que o tópico se preocupa apenas com as normas de Direito Internacional geral. Normas de *jus cogens* em sistemas jurídicos domésticos, por exemplo, não são parte deste tópico. De modo similar, normas de caráter puramente bilateral ou regional também estão excluídas do escopo deste tópico”<sup>16</sup>. No mesmo sentido, a possibilidade lógica de um *jus cogens* regional parece não ter sido negada, mas apenas excluída do escopo do trabalho<sup>17</sup>.

Deve se observar que, em passagem, uma abordagem similar, embora mais permissiva — a qual parece não excluir completamente a possibilidade de um *jus cogens* regional, mas simplesmente deixa esta categoria fora do escopo do trabalho —, também pode ser encontrada em um trabalho anterior da CDI. A referência remonta ao Guia de Prática sobre Reservas a Tratados, produzido pela Comissão em 2011, cujo Relator Especial, Alain Pellet, apoiou a ideia de um *jus cogens* regional em produções acadêmicas<sup>18</sup>. Em comentário ao Artigo 4.4.3 sobre a ausência de efeitos de uma reserva para a provisão de um tratado a qual reflete uma norma peremptória de Direito Internacional geral<sup>19</sup>, a referência às normas peremptórias as quais, nas palavras da CDI, “*ex hypothesi*, são aplicáveis a todos os Estados e organizações internacionais”, é acompanhada pela seguinte ressalva: “sujeitas à possível existência de normas peremptórias regionais, as quais a Comissão não abarcou”<sup>20</sup>.

Em última análise, parece que o “universalismo resoluto” da Comissão foi confirmado em seu recente trabalho sobre normas peremptórias, particularmente à luz da influência advinda do viés universalista da CVDI e da prática relacionada a normas de *jus cogens* de caráter universal. No entanto, para além da ausência de prática

<sup>13</sup> [Ênfase nossa].

<sup>14</sup> Comentário à conclusão n.º 3, para 15.

<sup>15</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladî*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). p. 68.

<sup>16</sup> Comentário à Draft conclusion 1, para. 7 [Ênfase nossa].

<sup>17</sup> Ao final do quarto relatório que trata da questão, o Relator Especial observou que “pode-se concluir que a noção de *jus cogens* regional não encontra apoio na prática dos Estados. Enquanto uma conclusão preliminar declarando explicitamente que o direito internacional não reconhece a noção de *jus cogens* regional é possível, o Relator Especial é de opinião que tal conclusão não é necessária, e uma explicação apropriada poderia ser incluída no comentário. Por esta razão, nenhuma conclusão preliminar é proposta em relação ao *jus cogens* regional”. (para 47).

<sup>18</sup> PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

<sup>19</sup> Comentário ao Artigo 4.4.3, para. 3

<sup>20</sup> YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 2011, v. II, part 3, UN Doc A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 3), 294.

significativa, a possibilidade lógica de um *jus cogens* regional parece não ter sido completamente afastada pela CDI. Trata-se, simplesmente, de algo que vai além dos pressupostos da Comissão, isto é, do universalismo das normas peremptórias e sua prática.

## 2.2 ...e Estados

Além da abordagem da Comissão, a qual sublinha o universalismo subjacente ao seu mandato, deve-se notar que, em seus trabalhos recentes sobre normas peremptórias, a Comissão encarou uma posição, ainda mais resolvida, da parte dos Estados no interior de seus trabalhos em relação ao conceito de *jus cogens* regional.

Os pronunciamentos dos Estados refletem uma posição bastante radical sobre a impossibilidade de um *jus cogens* regional. A título de exemplo, de acordo com a Grécia, a ideia de um *jus cogens* regional “é contrária à própria noção de *jus cogens*, a qual é por definição universal”. Para o Reino Unido, o conceito de *jus cogens* regional “comprometeria a integridade das normas de *jus cogens* universalmente aplicáveis”. Para a África do Sul, cogitar um conceito como o de *jus cogens* regional teria “um efeito desastroso na natureza suprema e universal do *jus cogens*.”<sup>21</sup> Em essência, os Estados — virtualmente todos eles, de acordo com a CDI<sup>22</sup> — demonstraram ceticismo, senão hostilidade, ao conceito de *jus cogens* regional. O reconhecimento de tal conceito, na percepção dos Estados, se daria em detrimento da integridade de um conceito universal de *jus cogens*.

Seria interessante investigar as razões relacionadas à hostilidade dos Estados em direção a esse conceito. Não é fácil encontrar as razões jurídicas e políticas implícitas a esse posicionamento tão resoluto. O que provoca a oposição dos Estados é a própria ideia de um *jus cogens* regional. Partindo de uma perspectiva axiológica, a negação poderia, inclusive, soar estranha, uma vez que não parece haver nada de errado com a possibilidade de que normas peremptórias insurjam apenas em contextos regionais, de modo a proteger valores fundamentais a contextos particulares. Afinal, recuperando mais uma vez as palavras de Gaja: “valores prevalentes em grupos regionais não necessariamente conflitam com os

valores operando em um ambiente mais alargado”<sup>23</sup>. De maneira geral, similarmente à narrativa com frequência empregada pelo regionalismo, ainda que possa ser considerado em contraste ao *jus cogens* universal, já que não parece responder à ideia de igualdade formal entre os Estados, o *jus cogens* pode, no entanto, fomentar “a igualdade substantiva” entre os Estados por meio do encorajamento do que veio a ser definido como “uma abordagem pluralista marcada pela diversidade e pelo respeito às diferenças”.<sup>24</sup>

Então, por qual motivo os Estados não apreciam a ideia de um *jus cogens* regional? Um olhar mais detido sugere que, na perspectiva dos Estados, deve haver razões plausíveis para se reagir contra a ideia de um *jus cogens* regional, ou, ao menos, deixá-la para especulações acadêmicas e não para o trabalho de um órgão como a CDI. A pouca afeição dos Estados pelo conceito de *jus cogens* regional pode ser explicada especialmente pelas incertezas em relação ao papel do consentimento e sobre o processo de identificação das normas de *jus cogens* de modo geral. Essas normas são percebidas como excepcionais, e o processo, para sua identificação, é particularmente demandante.

Isso acontece porque o *jus cogens* tem a capacidade de produzir obrigações aos Estados na ausência de seu consentimento. A regra do objetor persistente não se aplica às normas peremptórias de Direito Internacional geral.<sup>25</sup> Conforme, também, reconhecido pela CDI, a razão pela qual as normas de *jus cogens* tornam-se obrigatórias sem o consentimento pode ser encontrada no fato de que elas são fundamentais para a comunidade

<sup>21</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladé*. Rapporteur Especial (A/CN.4/727). p. 22.

<sup>22</sup> Ver Comentário à Draft conclusion 3, para 15, nota de rodapé 736.

<sup>23</sup> GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

<sup>24</sup> HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...]. Como o autor observa, “a existência de *jus cogens* regionais através da promoção de divisões regionais e variações no direito internacional é uma afronta a nossas sensibilidades e intuições gerais”. Mesmo assim, em uma comunidade internacional contemporânea na qual os Estados-nação são caracterizados por uma heterogeneidade sem precedentes, são exigidas normas de *jus cogens* regionais em situações limitadas; na esperança de promover igualdade substantiva e tratamento diferenciado, apesar de perpetuar uma maior desigualdade soberana. Negar a um grupo regional de estados-nação seu pensamento jurídico coletivo — encarnado como um *jus cogens* regional apenas convida à manutenção de perspectivas privilegiadas. Isto, também, deve ser uma afronta a nossas sensibilidades e intuições”.

<sup>25</sup> Ver Draft conclusion 14.

internacional, universal por natureza<sup>26</sup>. Isso pode soar como um *petitio principii*, mas, pela perspectiva dos Estados, o universalismo surge como uma válvula de segurança, de modo que apenas quando valores fundamentais universais estão em risco haveria a possibilidade de se cristalizar uma norma de *jus cogens*. De outro modo, os Estados querem reter a sua liberdade para possivelmente objetar ao costume, seja ele universal ou regional. Portanto, é compreensível que os Estados percebam a ideia de um *jus cogens* regional como algo que poderia, súbita e excessivamente, constranger seus espaços soberanos. Senão como expressão de valores universais, o *jus cogens* poderia escapar do que os Estados consideram como uma garantia contra uma constrição a sua soberania. De modo geral, para além da capacidade do *jus cogens* de gerar obrigações à revelia do consentimento, seu processo de formação permanece um tanto misterioso e menos submetido ao “controle” dos Estados se comparado à formação do costume<sup>27</sup>. Em adição, os efeitos do *jus cogens* podem ser sentidos muito além do direito dos tratados, produzindo consequências, também, em termos de responsabilidade dos Estados.<sup>28</sup>

Um fator adicional que pode ter dirigido os Estados a excluirmos radicalmente a possibilidade de um *jus cogens* regional está relacionado às incertezas do impacto normativo “externo” dessa categoria. Já foi mencionado que “a passagem ao nível regional pode ser a porta de entrada para um reconhecimento mais amplo”<sup>29</sup>. De fato, se for considerada a prática muito limitada e controversa no campo do *jus cogens* regional, pode-se notar a tendência em direção à universalização de tais normas. Este é o caso da já mencionada regra a qual proíbe as execuções juvenis, declarada “universalizada” pelo mesmo sistema regional após alguns anos da declaração de seu status como norma peremptória<sup>30</sup>. Os

fatores articulados a essa força alegadamente expansiva não são claros, e não se pode excluir que Estados “fora da região” possam temer essa tendência, a qual pode fazê-los sujeitos a normas peremptórias cujas origens são estranhas a estes.

### 3 Abordagens regionais ao *Jus Cogens*

#### 3.1 O uso da peremptoriedade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

A desconfiança geral corrente quanto à possibilidade de um *jus cogens* regional na CDI e na visão dos Estados encontra ressonância na prática da CtIDH, um dos órgãos mais ativos no recurso a essa categoria de normas. Como reconheceu o Relator Especial

enquanto a Corte e a Comissão Interamericanas e tem sido mais abertas a reconhecer normas de *jus cogens*, tais normas [...] não foram reconhecidas como *jus cogens* regional. Assim, o sistema Interamericano de Direitos Humanos não provê suporte para a noção de *jus cogens* regional.<sup>31</sup>

Entretanto, pode-se conjecturar se as razões as quais levaram a CDI a abraçar o “resoluto universalismo”<sup>32</sup> são as mesmas as quais guiam os órgãos americanos, ou se a CtIDH preferiu aderir ao aspecto universalista de peremptoriedade por outras razões de política judicial.

De início, duas querelas podem ser levantadas em relação à afirmação do Relator Especial sobre a CtIDH. Em primeiro lugar, embora seja verdade que o sistema tem sido aberto a reconhecer certas normas como peremptórias, pode-se lançar dúvidas se as regras reconhecidas como *jus cogens* pela Corte são universalmente aceitas como tais. A Corte pode muito bem reconhecer uma norma de *jus cogens* — como, por exemplo, o prin-

<sup>26</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727). paras. 28.

<sup>27</sup> SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. The sources of Human Rights law: custom, Jus Cogens, and general principles. *Australian Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, 1992.

<sup>28</sup> Ver, de modo geral: COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

<sup>29</sup> PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006. p. 89.

<sup>30</sup> Ver: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727). para 39. Citan-

do Michael Domingues v. United States, Caso No. 12.285, Mérito, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 22 de outubro de 2002, para. 85 (“a Comissão está satisfeita, com base nas informações que lhe foram apresentadas, que esta regra foi reconhecida como sendo de natureza suficientemente indelével para constituir agora uma norma de jus cogens, um desenvolvimento antecipado pela Comissão em sua decisão no caso Roach e Pinkerton”).

<sup>31</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727). para 40.

<sup>32</sup> Ver supra note 11.



cípio de “*non refoulement* indireto”<sup>33</sup> — o qual, ainda, não se trata de um consenso na comunidade internacional. A Corte, também, pode identificar, interpretar e aplicar uma bem estabelecida norma de *ius cogens*, enquanto promove uma interpretação distinta dessa regra. Uma leitura possível de tais abordagens poderia ser a de que a Corte está, na verdade, tratando de diferentes regras, talvez de caráter regional. Nenhuma orientação sobre essas questões altamente teóricas podem ser encontradas nos trabalhos da CDI. O Relator Especial parece evitá-las, seja não examinando a prática da CtIDH, seja insistindo na ausência de referências ao *ius cogens* regional pela Corte.

Essas questões conduzem a um segundo problema: é possível se basear, exclusivamente, na inexistência de declaração de normas regionais de *ius cogens* por um certo grupo de Estados ou um dado órgão judicial para atestar a existência ou não de tais normas? Se o critério final para determinar a existência de um *ius cogens* regional é a aberta admissão pela Corte de que a norma por ela aplicada tem a natureza de *ius cogens* regional, a categoria está destinada à inexistência. Nessa toada, a busca do Relator Especial por exemplos de prática regional está fadada ao fracasso.

A relação entre regionalismo<sup>34</sup> e peremptoriedade é particularmente controversa se vista pelas lentes da prática judicial da CtIDH. Como veremos adiante, a Corte abraça um universalismo resolutivo e, por diferentes razões, nomina como *ius cogens* uma determinada regra a qual precisa, na sua visão, ganhar particular impor-

tância no interior do sistema. Na contramão, o Relator Especial e a CDI se mostram satisfeitos com o fato de que o Sistema Interamericano não cria dificuldades ao seu projeto universalista sobre *ius cogens*, e se filiam ao silêncio da Corte sobre normas peremptórias regionais. Contudo, a dificuldade última para reconciliar o que se encontra entre essas duas posições é algo que o projeto da CDI parece somente postergar: a frágil harmonia entre peremptoriedade, regionalismo e universalismo, a qual se encontra sob permanente tensão. A consistência do projeto universalista da CDI sobre *ius cogens* resta sobre o fato de que os Estados não são afeitos a reconhecer o *ius cogens* regional, e nem mesmo as cortes internacionais querem fazer uso dele. Entretanto, a tensão entre esses três conceitos tem o potencial de macular qualquer projeto jurídico coerente. Algumas rugas já podem ser percebidas na face da Corte de São José.

Por um lado, a abordagem universalista adotada pela CDI associa, apenas, as normas de *ius cogens* com regras que necessariamente transmitem os valores da comunidade internacional como um todo. Qualquer ameaça à universalidade de tais valores minaria sua peremptoriedade. Assim, a solução óbvia é descartar qualquer tipo de excepcionalidade (expressa aqui pelo regionalismo) e enfatizar a exigência de universalidade das regras peremptórias. No outro extremo do espectro, entretanto, existem órgãos regionais que, por argumentos históricos, por necessidades especiais ou outras razões, aspiram a dar a certas regras um caráter superior. Tais regras, ainda, não possuem o alcance universal, mas a necessidade de dar-lhes peremptoriedade permanece. Em suma, há uma demanda dos órgãos regionais para utilizar a peremptoriedade em sua prática. Por consequência, a peremptoriedade não se torna, apenas, uma exigência do projeto universalista, mas uma ferramenta para as aspirações regionais.

Em toda a sua jurisprudência, a CtIDH já reconheceu, pelo menos, oito regras diferentes como *ius cogens*.<sup>35</sup> No entanto, em raras ocasiões, esses reconhecimentos foram acompanhados de efeitos específicos. No caso *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, a Corte considerou que um tratado “seria nulo e sem efeito porque contradiz

<sup>33</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21. para. 225. e, CtIDH. *Opinião Consultiva: the institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection*, OC-25/18, of 30 de maio de 2018, IACtHR Series A no. 25 [OC-25/18]. para. 181.

<sup>34</sup> A questão do regionalismo no continente americano voltou a ganhar atenção em tempos recentes. Veja, a este respeito: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Direito Internacional Costumeiro Regional* (em especial no contexto americano). In: COMITÉ JURÍDICO AMERICANO; DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (ed.). *Curso de Derecho Internacional XLVI 2019*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020. v. 1. p. 13-27.

<sup>LIMA</sup>, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco (ed.). *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*. Milão: [s. n.], 2019.

<sup>35</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States*, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 100.

as normas do *jus cogens superveniens*.<sup>36</sup> Esta foi a única ocasião em que a Corte estipulou efeitos específicos de acordo com o artigo 64 da Convenção de Viena. Na maioria dos casos, a declaração do caráter peremptório de uma regra teve efeito puramente retórico, com o objetivo de reforçar a importância da norma no contexto específico em que ela foi aplicada. O recurso à declaração foi utilizado, especialmente, para reforçar o dever de respeitar as obrigações internacionais quando estas correm o risco de entrar em conflito com as obrigações domésticas. Alternativamente, o recurso ao caráter peremptório de uma regra pela CtIDH serve para afirmar o caráter hierarquicamente superior desta em relação às ordens jurídicas domésticas.

Por exemplo, no caso *Yatama v. Nicarágua*, a CtIDH observou que

no estágio atual da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação adentrou o reino do *jus cogens* (...) Consequentemente, os Estados são obrigados a não introduzir legislações discriminatórias em seu Direito, a revogar legislações de natureza discriminatória, a combater práticas dessa natureza e a estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e garantam a igualdade efetiva perante a lei de cada indivíduo.<sup>37</sup>

É difícil entender por que essas obrigações derivam da peremptoriedade da regra e não da necessidade de respeitar as obrigações internacionais. Exemplos no mesmo sentido abundam na jurisprudência da Corte.<sup>38</sup> Assim, o recurso às regras peremptórias parece reiterar a primazia da ordem interamericana sobre as ordens jurídicas nacionais, oferecendo uma ferramenta adicional à primeira com o objetivo de promover o seu cumprimento pela segunda.

<sup>36</sup> CTIDH. *Caso Aloeboetoe et al. v. Suriname*: reparações e custas: decisão de 10 de setembro de 1993, IACtHR Série C no. 15. para. 57.

<sup>37</sup> CTIDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 23 de junho de 2005, IACtHR Série C no. 127. paras 184 e 185.

<sup>Ver</sup>, sobre isso: DUARTE, Mônica; LIMA, Fernanda da Silva. O princípio da igualdade e não discriminação como norma *jus cogens* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 15, p. 151-180, 2017.

<sup>38</sup> Ver, por exemplo: ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jurisprudencia de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et le *jus cogens* (2013 - février 2016). In: CRAWFORD, James et al. (ed.). *The International Legal Order: current needs and possible responses: essays in honour of Djamchid Momtaz*. Haia: Brill, 2017.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial del *Jus Cogens* (1993-2012). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 1, p. 357-375, 2012.

Uma segunda particularidade das regras de *jus cogens* na jurisprudência da CtIDH diz respeito a seu método de verificação. Não raramente, a Corte adotou uma abordagem abrangente com várias normas, deduzindo o caráter peremptório apenas a partir de outras normas as quais possuem o mesmo caráter, uma abordagem que poderia ser descrita como “efeito cascata”. Esse exercício acabou ampliando o número de normas com tal efeito. Isto ocorreu com a declaração de *non-refoulement* e a proibição de desaparecimentos forçados como regras de *jus cogens*. Em essência, a lógica da Corte seria que “como [o *non-refoulement*] é uma obrigação derivada da proibição da tortura, o princípio de *non-refoulement* nessa área é absoluto e também se torna uma norma peremptória do direito internacional consuetudinário; em outras palavras, do *jus cogens*”<sup>39</sup>.

### 3.2 A tendência à universalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana usa as normas de *jus cogens* para fins específicos e é particularmente propensa a elevar certas normas (ou regras a elas relacionadas) à peremptoriedade. O particularismo da Corte parece afastar-se do que seria uma abordagem “tradicional” do *jus cogens*, ou, pelo menos, da abordagem adotada pelo Relator Especial da CDI, que coloca ênfase em sua dimensão universal. Isto parece ir contra a ideia de que a prática da CtIDH descarta, completamente, a hipótese de um *jus cogens* regional.

Há, pelo menos, duas razões de política judicial que se pode esboçar para explicar por que a Corte Interamericana é tão propensa a identificar as regras de *jus cogens*. A primeira tem relação com sua missão e a percepção de seu papel como guardião e promotora dos direitos humanos no continente americano.<sup>40</sup> Assim, o reconhe-

<sup>39</sup> CTIDH. *Opinião Consultiva: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21. para. 225.

<sup>Quanto</sup> aos desaparecimentos forçados, a referência é: CTIDH. *Osoario Rivera and family members v. Peru*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de novembro de 2013, IACHR, Série C no. 274. para. 112.

<sup>40</sup> Há uma rica literatura a este respeito, mas, em geral, ver: HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the ambassador of universalism. *Hors-série Revue Québécoise de Droit International*, p. 57-97, 2011.

LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 585-604,

cimento de uma regra hierarquicamente superior, na lógica da Corte, serviria para garantir maior proteção às vítimas de graves violações dos direitos humanos. A segunda razão pela qual a Corte recorre ao argumento da peremptoriedade parece estar relacionada com a resistência geral ao direito internacional e à própria Corte no continente americano. Os juízes e agentes públicos nacionais não estão particularmente abertos a ordens jurídicas externas e a literatura recente tem apontado casos de resistência à Corte.<sup>41</sup> Assim, o tribunal reage refinando o discurso jurídico e recorrendo à peremptoriedade da regra em questão. Isto pode ser verificado, a título de ilustração, quando a Corte decidiu declarar não apenas que a proibição de crimes contra a humanidade era uma regra de *jus cogens*, mas também as “obrigações associadas de processar, investigar e punir tais crimes”.<sup>42</sup> Nesses casos, e dada a resistência antecedente da legislação nacional devido às leis de anistia, a ferramenta que a Corte parece utilizar para aumentar a efetividade de sua decisão é ampliar o escopo da regra de *jus cogens*. Em outras palavras, a Corte recorre à peremptoriedade em nome de uma necessidade regional, que pode ser descrita como uma situação factual ou jurídica particular aos membros da Convenção Americana que leva a Corte a adotar uma estratégia jurídica específica. Como mostrado acima, a Corte sentiu a necessidade de “promover” certas categorias de regras não reconhecidas universalmente como *jus cogens*, a fim de aumentar sua eficácia em relação às ordens jurídicas internas. Seja para reforçar seu papel de protetora dos direitos humanos, seja para aumentar o respeito e a eficácia de suas decisões nas ordens jurídicas internas, o uso discursivo das regras do *jus cogens* é uma realidade na jurisprudência da Corte Interamericana e se baseia em uma dinâmica regional — não universal — destinada a aumentar a eficácia da Convenção Americana.

Em um pronunciamento recente, a Corte encontrou uma oportunidade para elaborar e esclarecer algumas questões sobre sua abordagem quanto a estas regras. Na Opinião Consultiva 26 de 2020, solicitada pela Colômbia, a Corte foi convocada a expressar sua visão sobre as obrigações dos Estados que se retiraram da Convenção Americana e da Carta da OEA. Entre as obrigações remanescentes, a Corte foi categórica ao apontar que “algumas obrigações estipuladas pela Convenção Americana coincidem com aquelas referentes às normas consuetudinárias do direito internacional”.<sup>43</sup> O mesmo se aplica “aos princípios gerais do direito e às normas do *jus cogens*”. Em uma ode ao universalismo, a Corte fez uma declaração particularmente alinhada com os pontos de vista do Relator Especial e da CDI quando declarou que

o *jus cogens* é apresentado como a expressão legal da comunidade internacional como um todo, baseada em valores universais e superiores, que incorporam padrões básicos que garantem valores humanos essenciais ou fundamentais relacionados à vida, dignidade humana, paz e segurança.<sup>44</sup>

Essas duas passagens parecem revelar uma certa atitude ambígua da CtIDH. Embora reafirmando que as regras do *jus cogens* expressam valores da comunidade geral como um todo, no fim do dia, a Corte se coloca como guardião de um tratado regional, cujas obrigações tão somente “coincidem” com as normas do *jus cogens*. A Corte não o reconhece expressamente, mas parece justificar sua abordagem expansiva diante do *jus cogens* justamente por ser a intérprete da Convenção. O que é interessante notar, no entanto, é que a Corte tem a última palavra para determinar quais situações podem exigir a declaração de uma determinada regra como possuindo um caráter peremptório. A Corte define (1) quando uma regra atingiu tal caráter; (2) os métodos específicos para identificar as regras de *jus cogens* no continente americano (incluindo a abordagem acima mencionada baseada no “efeito em cascata”) e; (3) define quais situações são particularmente importantes para

2010.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: the key technique for interpreting regional human rights treaties. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018.

<sup>41</sup> CONTESE, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 1, 2019.

HUNEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court’s Struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011.

<sup>42</sup> Ver, por exemplo: CtIDH. *Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de setembro de 2006, Série C no. 154. e, CtIDH. *Caso Herzog et al. v. Brazil*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 15 de março de 2018, Série C no. 353.

<sup>43</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 100.

<sup>44</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 105.

recorrer a essas normas. Assim, dentro do sistema, é a Corte que tem a última palavra sobre normas peremptórias, e parece ser conveniente que a ela adira a um discurso universalista, o qual serve para legitimar seu papel exclusivo de identificador e intérprete das regras de *jus cogens*.

Outra explicação possível para a adesão resoluta ao universalismo pela CtIDH é que, ao recorrer ao universalismo, a Corte reforça sua própria jurisprudência sobre a identificação e interpretação de *jus cogens*. Ao abraçar a ideia de *jus cogens* como regras gerais representando valores universais e, ao mesmo tempo, sendo uma das cortes permanentes mais profícuas na identificação dessas regras, a consequência inevitável do raciocínio da Corte é reforçar suas próprias conclusões anteriores sobre *jus cogens* - algo presente no parágrafo 106 da Opinião 26/20.<sup>45</sup> Em outras palavras, a Corte abraça a ideia de que certas regras possuem “valores universais e superiores”, mas se coloca como um dos intérpretes autênticos desses valores. Isto não ocorre sem dificuldades.

### 3.3 Dificuldades no uso do Jus Cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Não é fácil conciliar a retórica universalista da Corte sobre *jus cogens* e sua prática efetiva, a qual enfatiza elementos regionais ou sua autoridade regional. Uma tentativa de reconciliação pode criar, pelo menos, dois problemas sobre os quais cabe investigação. O primeiro é a potencial não correspondência entre o projeto universalista do *jus cogens* e as decisões da CIDH sobre *jus cogens*. O segundo diz respeito à relação entre as regras regionais e universais de *jus cogens*.

O primeiro problema é particularmente bem ilustrado em uma recente Opinião Consultiva (OC-26/20) da Corte Interamericana. Nesse caso, a Corte oferece uma lista de oito regras *jus cogens* reconhecidas em sua jurisprudência.<sup>46</sup> Se comparadas à lista não exaustiva de

normas peremptórias de direito internacional geral preparada pelo Relator Especial da CDI, algumas questões chamam a atenção. A primeira é o fato de que a lista da CtIDH é muito mais inclusiva do que a lista da CDI. Isto não é surpreendente, dadas as razões acima mencionadas. Além disso, mesmo quando ambas apresentam regras semelhantes, o conteúdo das regras da lista da CtIDH tende a ser um pouco mais expansivo, como a “proibição da escravidão e qualquer outra prática similar” ou a “proibição de crimes contra a humanidade e a obrigação associada de processar, investigar e punir esses crimes”.

Curiosamente, o Relator Especial trata como “candidatas a *jus cogens*” pelo menos duas regras que a CtIDH reconhece como *jus cogens*: a regra de *non-refoulement*, e a proibição aos desaparecimentos forçados. Entende-se que a lista da CtIDH é exemplar e que o

relatório (e quaisquer possíveis conclusões e comentários adotados pela Comissão) pode servir de impulso para gerar mais evidências de aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados como um todo do caráter peremptório de normas adicionais.<sup>47</sup>

Entretanto, essa declaração e o projeto da CDI em geral não resolve o obstáculo no qual uma das “candidatas” foi tratada por um tribunal regional dentro de um regime convencional específico como tendo caráter peremptório. Os Estados partes desse tratado poderiam ter começado a tratá-lo de acordo.

A questão aqui não é dizer que essas “candidatas” são necessariamente regras regionais de *jus cogens* ou que nosso esforço visa compreender seu real *status* jurídico. Poderia-se, inclusive, perceber a diferença de opinião entre a CtIDH e a CDI como uma divergência de opinião entre progressistas e conservadores a nível global, em vez de uma disputa entre o nível universal e o nível regional. Não obstante, apenas argumenta-se que a cate-

---

cia às sentenças e opiniões consultivas nas quais o reconhecimento ocorreu; Princípio da igualdade e proibição de discriminação; Proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física quanto psicológica; Proibição de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante; Proibição de desaparecimento forçado de pessoas; Proibição de escravidão e outras práticas similares; Princípio de *non-refoulement* (não-repulsão), incluindo não rejeição nas fronteiras e repulsão indireta; Proibição de cometer ou tolerar violações graves, massivas ou sistemáticas dos direitos humanos, incluindo execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e tortura; e Proibição de crimes contra a humanidade e a obrigação associada de processar, investigar e punir esses crimes.

<sup>47</sup> Referência da citação.

<sup>45</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 106-107.

<sup>46</sup> CtIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21. para. 106. A Corte reconhece as seguintes regras, fazendo referên-

goria legal das regras de *jus cogens* regional foi descartada do projeto da CDI muito precocemente e poderia ter recebido mais atenção da Comissão. Além disso, como uma categoria jurídica, o *jus cogens* regional poderia, pelo menos, servir como um meio-termo acomodador, o qual abrigaria regras que apresentam algumas características de *jus cogens*, mas que ainda não se consolidaram como tal.

Fica-se com a impressão de que tanto a CDI quanto a CtIDH estão apontando em direções diferentes, enquanto ambas defendem um universalismo resolutivo. As ansiedades dos Estados e da CDI sobre possíveis fraturas no projeto, ao admitir *jus cogens* regionais, são mais teóricas do que práticas. Entretanto, embora não se possa excluir que o reconhecimento de *jus cogens* regionais possa se mostrar coerente e harmonioso com um projeto universalista de *jus cogens*, a Corte Interamericana não considera essa hipótese. Uma possível razão para esse fato parece estar na mesma lógica pela qual a CtIDH recorre à peremptoriedade: a retórica do *jus cogens* universalista ressoa melhor juntamente ao público interno o qual ela precisa convencer e no qual ela deve fazer-se mais bem respeitada. De fato, talvez a Corte fizesse bem em seguir o caminho do universalismo, pois isso poderia contribuir para dar maior peso a suas decisões em termos da formação do *jus cogens* universal. No entanto, essa ausência de recurso ao *jus cogens* regional poder ser percebida como uma oportunidade perdida para a Corte, que poderia ter suas normas alocadas em uma categoria mais apropriada do que a de “candidatas” a *jus cogens*.

A segunda questão que a prática da CtIDH pode oferecer se volta à relação potencial entre as regras regionais e universais de *jus cogens*. Uma das resistências em aceitar regras regionais peremptórias é o conflito potencial com suas contrapartes universais.<sup>48</sup> A questão gira em torno de qual delas deve prevalecer em caso de conflito. Para o bem de nossos propósitos nessa seção, supõe-se, hipoteticamente, que a identificação de regras de *jus cogens* na OC 26/20 da CtIDH corresponde ao *jus cogens* regional: elas formam-se com base em valores compartilhados por todos os Estados partes da Convenção Americana de Direitos Humanos; foram devidamente identificadas pelo órgão judicial e têm par-

ticularidades que não correspondem ao consenso geral identificado no projeto do Relator Especial da CDI em seu Quarto Relatório. Mesmo com essa suposição, a jurisprudência relacionada a essas oito regras é reveladora. Nenhum conflito é evidenciado. As particularidades regionais parecem detalhar as regras já existentes em nível universal, à luz das necessidades locais. Dito de outra forma, as regras regionais não prejudicam as regras peremptórias universais; pelo contrário, parecem enriquecê-las. A ausência de aparente conflito revela uma lógica crucial por trás do regionalismo: a liberdade de certos Estados de diferentes regiões para proteger valores específicos e usar a peremptoriedade como um instrumento de proteção de tais valores. Além disso, a ausência de conflito insinua outra dimensão potencial da categoria jurídica do *jus cogens* regional: o fato de que este pode constituir uma etapa intermediária para a formação do *jus cogens* universal.<sup>49</sup>

## 4 Considerações finais

O debate sobre as regras regionais peremptórias mostra que a ideia de universalidade está profundamente enraizada na própria noção de normas peremptórias, tal como são entendidas pelos Estados e pela CDI. Nos trabalhos recentes da Comissão, seguindo a posição radical dos Estados a esse respeito, essa ideia tem sido ainda mais acentuada. Esses trabalhos acrescentaram à visão comum que a universalidade é uma característica inerente ao *jus cogens*. Isto sugere que, mesmo assumindo sua possibilidade lógica, o *jus cogens* regional, talvez, se enquadrasse em uma categoria normativa diferente das normas peremptórias do Direito Internacional e que, na perspectiva da CDI e dos Estados, não deveria ser considerada quando se trata de avaliar o conceito de peremptoriedade no direito internacional. Portanto, a história até agora confirma a impressão de que, pelo menos na percepção dos Estados e da CDI, o regionalismo e a peremptoriedade no direito internacional permanecem aparentemente incompatíveis quando se trata da primeira perspectiva regional que analisamos, a do *jus cogens* regional.

<sup>48</sup> Este caso não é desconhecido na produção acadêmica. Veja a este respeito: GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.

<sup>49</sup> PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.

Por outro lado, a análise da segunda perspectiva — a das abordagens regionais do *jus cogens* — coloca em questão a “incompatibilidade de princípios” entre peremptoriedade e regionalismo. É verdade que também o sistema interamericano defende uma noção universalista de peremptoriedade a qual, aparentemente, deixa pouco espaço para regras regionais. No entanto, a abordagem da Corte ao *jus cogens* é essencialmente motivada pelas necessidades locais.

O paradoxo é exatamente este: mesmo que o *jus cogens* regional possa ser logicamente concebível e potencialmente útil, por diferentes razões, a Corte parece não ter interesse em desenvolvê-lo. Como demonstrado, a Corte declara o caráter de *jus cogens* de uma série de regras, mas o faz em um contexto específico e para propósitos específicos. Talvez esses dois elementos (contexto e propósito) pudessem ser melhor ponderados no momento de identificar se os “valores universais e superiores” são os da comunidade internacional como um todo ou da comunidade dos Estados americanos.

Essas duas perspectivas regionais sobre *jus cogens* revelam, em última análise, que, não obstante a desconfiança geral dos Estados e da CDI em relação à ideia de *jus cogens* regional, as abordagens regionais de *jus cogens* podem colocar em xeque uma compreensão uniforme dessas normas e podem abrir o caminho para compreender adequadamente o significado da ideia de *jus cogens* regional no direito internacional.

## Referências

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial del *Jus Cogens* (1993-2012). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 1, p. 357-375, 2012.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La jurisprudencia de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et le *jus cogens* (2013 - février 2016). In: CRAWFORD, James et al. (ed.). *The International Legal Order: current needs and possible responses: essays in honour of Djamchid Momtaz*. Haia: Brill, 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: the key technique for interpreting

regional human rights treaties. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens) (with commentaries)*: report of the International Law Commission: 71st session: General Assembly Official Records, Supp no. 10 (A/74/10), Chapter IV.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Quarto Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens) por Dire Tladi*: Rapporteur Especial (A/CN.4/727).

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Roach and Pinkerton v. United States*: no. 9647: Resolução no. 3/87, 22 de setembro de 1987.

CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 1, 2019.

COSTELLOE, Daniel. *Legal consequences of peremptory norms in international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

CRAWFORD, James. Universalism and regionalism from the perspective of the work of the International Law Commission. In: UNITED NATIONS (org.). *International law on the eve of the twenty-first century*. Views from the International Law Commission. Nova York, 1997.

CTEDH. *Caso Loizidou v. Turkey*: (objeções preliminares): decisão, 23 de março de 1995, Série A no. 310.

CTIDH. *Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de setembro de 2006, Série C no. 154.

CTIDH. *Caso Aloeboetoe et al. v. Suriname*: reparações e custas: decisão de 10 de setembro de 1993, IACtHR Série C no. 15.

CTIDH. *Caso Herzog et al. v. Brazil*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 15 de março de 2018, Série C no. 353.

CTIDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 23 de junho de 2005, IACtHR Série C no. 127.

CTIDH. *Opinião Consultiva*: rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of

- international protection, OC-21, 19 de agosto de 2014, IACtHR Series A no. 21.
- CTIDH. *Opinião Consultiva*: the institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection, OC-25/18, of 30 de maio de 2018, IACtHR Series A no. 25 [OC-25/18].
- CTIDH. *Opinião Consultiva*: the obligations in matters of Human Rights of a state that has denounced the American Convention on Human Rights and the charter of the Organization of American States, OC-26, 9 de novembro de 2020, IACtHR Série A no. 21.
- CTIDH. *Osorio Rivera and family members v. Peru*: objeções preliminares, mérito, reparações e custas: decisão de 26 de novembro de 2013, IACHR, Série C no. 274.
- DE WET, Erika. Entrenching international values through positive law: the (limited) effect of peremptory norms. *KFG Working Paper*, n. 25, 2019.
- DUARTE, Mônica; LIMA, Fernanda da Silva. O princípio da igualdade e não discriminação como norma *jus cogens* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 15, p. 151-180, 2017.
- FOIS, Paolo. Sui caratteri dello *jus cogens* regionale nel diritto dell'Unione europea. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 3, 2020.
- GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Haia: Recueil des Cours, 1981.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direito Internacional Costumeiro Regional (em especial no contexto americano). In: COMITÉ JURÍDICO AMERICANO; DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (ed.). *Curso de Derecho Internacional XLVI 2019*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020.
- GASTORN, Kennedy. Defining the imprecise contours of *Jus Cogens* in international law. *Chinese Journal of International Law*, v. 16, n. 4, 2017.
- HASMATH, Reza. The utility of regional peremptory norms in international affairs. In: REUNIÃO ANNUAL DA AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 2012, Nova Orleans, Estados Unidos. [Paper apresentado...].
- HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the ambassador of universalism. *Hors-série Revue Québécoise de Droit International*, p. 57-97, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's Struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011.
- KOLB, Robert. *Peremptory international law (Jus Cogens): a general inventory*. Oxford: Hart, 2015.
- LIMA, Lucas Carlos. Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee. In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; SALERNO, Francesco (ed.). *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*. Milão: [s. n.], 2019.
- LINDERFALK, Ulf. *Understanding Jus Cogens in international law and international legal discourse*. Londres: Edgard Elgar, 2020.
- LINDERFALK, Ulf. Understanding the *Jus Cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 46, 2015.
- LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 585-604, 2010.
- PELLET, Alain. Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *Jus Cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, 2006.
- SANTOLARIA, Ruda. The treatment of peremptory norms of general international law (*Jus Cogens*) in the Inter-American Human Rights system. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021.
- SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. The sources of Human Rights law: custom, *Jus Cogens*, and general principles. *Australian Yearbook of International Law*, v. 12, n. 1, 1992.
- STURMA, Pavel. Is there any regional *Jus Cogens* in Europe? the case of the European Convention of Human Rights. In: TLADI, Dire (ed.). *Peremptory norms of general international law (Jus Cogens): disquisitions and disputations*. Haia: Brill, 2021.

---

TLADI, Dire. The International Law Commission's Draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*): making wine from water or more water than wine. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 89, n. 2, p. 244-270, 2020.

TUNKIN, Grigory. *Theory of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 2011, v. II, part 3, UN Doc A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 3), 294.