DA PROIBIÇÃO DA TORTURA
AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL
BREVE VISÃO DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DA PROIBIÇÃO DA TORTURA
AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL
BREVE VISÃO DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

ANTÔNIO IVANIR GONÇALVES DE AZEVEDO
antonioivanir@gmail.com

Resumo

O mundo civilizado instrumentalizou os Estados com meios jurídicos rígidos, proibindo determinadas condutas consideradas crimes contra a humanidade, tais como a tortura, o genocídio e o tráfico de pessoas. Os conflitos gerados pelos sistemas adotados em cada Estado foi solucionado a partir dos Tratados e Convenções Internacionais, dos quais se destaca, a partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigo 53º), a imposição de princípios e normas obrigatórias a que se usou denominar ius cogens, sendo as mesmas inderrogáveis e peremptórias. Com base nisso, as omissões e leis dos Estados que praticaram crimes como a tortura foram tolhidos de permitir anistias ou impedir a investigação e punição dos culpados, não sendo aceitas reservas impeditivas de aplicação das regras cogentes (ratione temporis e outras). Casos notórios como o Caso Grego, o Caso Almonacid vs. Chile e Vladimir Herzog Vs. Brasil proclamaram a invalidade das leis internas que impediram o cumprimento das normas vigentes e obrigatórias, mesmo em relação a fatos anteriores às adesões dos Estados.

Palavras-Chave: Tortura. Proibição. Ius Cogens. Aplicação das normas cogentes de direito internacional. Jurisprudência.

Abstract

The civilized world has instrumentalized States with strict legal means, forbidding certain conducts considered crimes against humanity, such as torture, genocide and human trafficking. The conflicts generated by the systems adopted in each State were resolved based on the International Treaties and Conventions, of which, from the Vienna Convention on the Law of Treaties (article 53), stands out. The imposition of mandatory principles and norms on used to call “ius cogens”, the same being non-derogable and peremptory. Based on this, the omissions and laws of the States that committed crimes such as torture have been restricted from allowing amnesties or preventing the investigation and punishment of the guilty, and reservations that prevent the application of current rules “ratione temporis” and others are not accepted. Notorious cases such as the Greek Case, the Almonacid Vs. Chile and Vladimir Herzog Vs. Brazil proclaimed the invalidity of internal laws that prevented compliance with current and mandatory rules, even in relation to facts prior to the accessions of the States.

Key Words: Torture. Prohibition. Ius Cogens. The applicable rules of international law. Jurisprudence.

1. Introdução:

1.1. Situação do tema

A tortura é uma das práticas cruéis mais antigas do mundo e um dos mais degradantes crimes contra a humanidade e a dignidade da pessoa humana. Através de métodos brutais, o torturador tenta obter do torturado a *confissão* que o opressor quer ouvir do oprimido: um meio de submissão mediante intimidação[1].

A idade média[2] foi profícua em tais usos e abusos.

Mas, pensar-se que tal prática é coisa superada no tempo e na história revela-se ledo engano: é realidade tão atual e presente, como nos tempos da inquisição[3], sem dúvida um período marcante, como prática aprovada pelo Estado – atravessando os séculos e chegando à era atual pela via dos conflitos de civilização, tais como as duas grandes guerras, as guerras civis, a implantação de regimes totalitários e outras formas de conflito.

O *mundo civilizado* intentou meios para coibir tais abusos. Historicamente, a primeira iniciativa a respeito pode ser registrada pela Convenção de Genebra, de 1929[4], cujo objetivo foi definir o tratamento de prisioneiros de guerra, culminando com a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, concluída em 10/12/1984, aprovada pela Resolução 39/46 da Organização das Nações Unidas.

Entretanto, a esta última antecederam: (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos[5] (b) a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos[6]; (c) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura[7], e o Pacto de San José da Costa Rica[8].

A questão que imediatamente surge é: qual a razão para que os países ditos civilizados e instituições internacionais tenham dado tamanha importância ao tema, a ponto de estabelecer uma série de normas a cerca de sua proibição? O desafio a esta indagação estaria na fragilidade humana, ou na capacidade do homem de impor a seus semelhantes tratamentos degradantes, ou de impedir-se que a capacidade de desvio de comportamentos e princípios concebidos para garantia do respeito à vida e à cidadania sejam novamente despertados em espíritos iníquos e com habilidade de mobilizar multidões e Estados, e colocar a humanidade aos pés da indignidade e das atrocidades invocadas em nome de uma causa[9]?

Sendo uma questão de alta relevância para defesa da vida e da dignidade do ser humano, qual a força vinculante ou coercitiva dos tratados, convenções e acordos internacionais, diante de outros princípios, como a soberania das nações, a

[1] Ver, também, nota 9.
[2] Período que costuma ser situado entre o ano 476, com a queda do Império Romano, e o ano de 1.453, com o início da Era Moderna.
[3] A Inquisição não foi apenas **espanhola**, sem dúvida um dos registros mais marcantes: houveram outras, a iniciar-se pela bula "*Ad Abolendam*" (1184), do Papa Lúcio III, passando pelo Terceiro Concílio de Latrão (1179), pela codificação do Quarto Concílio de Latrão (1225) e avançando pelas bulas do Papa Gregório IX (1230). Mas, foi o Papa Inocêncio IV quem autorizou o uso da **tortura**, mediante a bula *Ad Extirpanda* (1252).
[4] Designada como a **terceira convenção de Genebra**, pois duas outras a precederam: 1864 e 1906, seguindo-se a quarta convenção, de 1949, que acresceu a proteção de civis em períodos de guerra. Embora se diga que a Convenção de 1929 tenha sido a primeira, estudiosos defendem que os primeiros instrumentos dessa luta a antecedem em muitos séculos, podendo se dizer que a Magna Carta já continha alguns elementos com tal objetivo, tal como coibir os abusos sem julgamento.
[5] Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948.
[6] Assinada em Roma, em 04 de novembro de 1950 e em vigor desde 03 de maio de 1953.
[7] Cartagena das Índias, Colômbia, em 09 de dezembro de 1985.
[8] Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.
[9] Cabe lembrar que a tortura não foi praticada pelo homem, ao longo do tempo, apenas para fins de obter confissões. Não raro, foi utilizada como forma de castigo ou, até mesmo, por sadismo. Algumas lideranças marcantes, e que são objeto de vários estudos, despertam tal interesse, como é o caso do discurso nazista que mobilizou a Alemanha nos anos '30.

autodeterminação dos povos e a independência política que emana das liberdades públicas e do chamado *estado democrático de direito*, entre outros?

Finalmente, se os acordos, tratados e convenções internacionais têm força vinculante para adentrar os sistemas internos, como uma prática do direito internacional público, qual a necessidade de tantas invectivas, como o ribombar dos tambores na selva, os sinais de fumaça, e os bits a percorrerem o ciberespaço, a enviar mensagens para todas as direções[10]?

A isso se tratou de criar uma via de estabilidade através de cláusulas peremptórias, ou pétreas, e obrigatórias, a que usou chamar *ius cogens*, singularizada na via dos tratados e, através deles, importadas para os sistemas internos. É disso que trataremos aqui, secundados pelo estudo de alguma jurisprudência que os haja enfrentado.

1.2. Proibição e tratados

A) Da definição de tortura

Ainda que se afigure inconcebível que o Estado, ou quem detenha a força em seu nome, possa decretar ou permitir a tortura de um cidadão, esta constou claramente da bula papal *Ad Extirpanda*, incluindo a moderna prática da *delação*, não como atenuante, mas como obrigação[11]-[12], enquanto métodos e instrumentos[13] brutais foram aperfeiçoados ao longo do tempo.

Os atos que a caracterizam podem ser enumerados como: a) um ato intencional; b) que cause severos danos físicos ou mentais e c) praticados com determinado fim ou propósito[14].

Ao longo do tempo, as Cortes Especializadas identificaram numerosos métodos de os praticar: 1) tortura física (choque elétrico, cadeira de dragão, palmatória, afogamento, telefone, sessão de caratê ou corredor polonês, uso de produtos químicos [soro da verdade, temperar com éter e injeção de éter], sufocamento, enforcamento, crucificação, furar poço de petróleo, colocar de pé sobre duas latas abertas, geladeira, pau-de-arara, utilização de animais, coroa de cristo, churrasquinho e outras; 2) tortura psicológica (tortura físico-psíquicas, ameaças à vítima, ou ameaça a familiares e amigos (à vítima, ou a terceiros e humilhação, incluindo familiares, mulheres grávidas e filhos e crianças)[15].

---

[10] Anastásio Ovejero Bernal explica o fenômeno com a tese da memória social ou coletiva: a capacidade de sermos levados a esquecer os grandes desastres, que "... *provienen de la tremenda contradicción que existe entre la fragilidad y distorsión de nuestros recuerdos, por una parte, y la enorme confianza que tenemos en ellos, por otra" (in* "Fundamentos de Psicología Jurídica e Investigación criminal", p. 83).

[11] Lex 25 - § 26: Além disto, a Autoridade ou Dirigente seja obrigado a *forçar* todos hereges, os que tiver capturado, a *confessar seus erros expressamente*, assim como verdadeiramente ladrões, e homicidas de almas, e surrupiadores dos sacramentos de Deus e da Fé Cristã, e *a acusar outros hereges*, *os que conhecem*, e os crentes e os receptadores, e os defensores deles, assim como *são forçados* os surrupiadores e os ladrões das coisas temporais, *a acusar seus cúmplices, e a confessar* os malefícios que fizeram, até o limite da *diminuição de membro e perigo de morte* (obs.: tradução do latim. A tradução espanhola substitui "forçar" por "torturar").

[12] Apesar da origem, hoje se identifica a inquisição e o "Tribunal do Santo Ofício" como uma instituição eclesiástica de caráter **judicial**; acredita-se que esse poder só separou do Estado com a adoção de cartas laicas, em que a Igreja deixou de integrar os poderes instituídos.

13

https://www.google.com/search?rlz=1C5CHFA_enPT802PT802&sxsrf=ALeKk014XqzIQCwStpuhsBVhJiCJXJsutA:1592046340504&source=univ&tbm=isch&q=museu+da+tortura+portugal&sa=X&ved=2ahUKEwi5v93k0v7pAhWNERQKHe-sDfwQsAR6BAgKEAE&biw=1280&bih=766 (Museu da Tortura de Portugal – site acessado em 13/06/2020).

[14] Extraído da "Sentencia de 11 de mayo de 2007" da Corte Interamericana de Derechos Humanos, no caso "Bueno Alves Vs. Argentina" (parágrafo 79).

[15] Extraído da "Sentença de 15 de março de 2018" da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Herzog e Outros Vs. Brasil", parágrafo 240.

A Convenção Contra a Tortura e Tratamentos Degradantes, a seu turno, definiu-a, para fins daquele Texto[16]:

> "1 - Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados".

Há, porém, uma distinção entre *tortura* e *tratamento degradante*, sendo que a primeira tem um sentido amplo (gênero), que pode conter a segunda (espécie), embora toda tortura configure tratamento desumano e degradante[17].

B) Da proibição da tortura:

A *liberdade* sempre foi o maior desafio do humanismo, desde o Código de Hamurabi, passando pela Lei de Talião e do direito de punir (*princeps legibus solutus est*), até os dias atuais: quatro dos cinco continentes passaram por períodos de guerra e revolução e cinco se envolveram na (segunda) *guerra para terminar todas as guerras*. Até aí, já havia tentativas de criar-se um regimento humanista, como se vê da **Declaração da Virgínia**[18], que após resultou na Declaração de Independência dos Estados Unidos, com forte influência das filosofias de Rosseau e Montesquiu[19], e, após a tomada da Bastilha, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[20]-[21]. Depois da Segunda Grande Guerra, a Carta das Nações Unidas[22] é seguida pela Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA[23] e, depois, pela criação do Conselho da Europa[24], destacando-se de todas elas a necessidade de proteção dos direitos humanos, e de várias outras[25], tais como: (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (b) a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos; (c) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o Pacto de San José da Costa Rica[26].

Os desafios, como adiante será examinado, vieram com os tratados e convenções específicas trazendo a expressa proibição da tortura. Durante a Segunda Grande Guerra, estava em vigor a Convenção de Genebra (1929), cujas normas sobre o tratamento de prisioneiros de guerra foram extensamente desrespeitadas[27].

---

[16] Nações Unidas, Res. 39/46, Artigo 1º, n. 1.
[17] Reidy, Aisling: "The prohibition of torture", in "Human rights handbooks", n. 6, p. 11).
[18] Em 12/06/1776.
[19] MAIA NETO, Cândido Furtado. *Promotor de Justiça e Direitos Humanos*, p. 27. Essa influência, aliás, se deve a Thomas Jefferson, que viveu na França durante longo período, desempenhando o papel de Embaixador, antes de retornar aos Estados Unidos e ser eleito seu 3º presidente.
[20] Aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa.
[21] Observa Cândido Furtado Maia Neto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tem caráter de Tratado, embora seja aceita como um valor universal (op. Cit., p. 28). Somente em 1948 foi aprovada pela ONU.
[22] Carta da ONU: 26/06/1945, com vigência internacional desde 24/10/1945.
[23] Bogotá, 1948.
[24] Em 1949, firmada por 21 países.
[25] Histórico completo em MAIA NETO, Cândido Furtado. Idem, p. 29-31: **Regras Mínimas para tratamento de reclusos** (ONU, Res. 633-CI); Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU, Ass. Geral, 17/12/1979, Res. 34/169) e Projeto de Princípios para Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (aprovada em 09/12/1988, ONU, Res. 43/173).
[26] Vide notas 5 a 8 infra.
[27] Observa-se, aliás, que o Estatuto do Tribunal de Nuremberg (responsável por julgar os crimes praticados durante o nazismo), trouxe uma primeira versão dos crimes de lesa-humanidade, referindo suas características gerais, mas de modo extremamente vago, como observam Carmen Letícia da Maia Pereira e Flavia Cristina Piovesan, em seu estudo "*A contribuição do caso Grego para o Direito*

Na Convenção Europeia (1950), consta do artigo 3º que "*ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes"*. Seu grande desafio foi o *Caso Grego*[28], que remonta ao ano de 1967, quando um golpe militar instaurou uma ditadura na Grécia[29]. Com as queixas de violação aos direitos humanos apresentadas à Comissão Europeia, a Grécia invocou a reserva do artigo 15[30], justificativa, aliás, rejeitada, findando-se por reconhecer a violação ao artigo 3º (941 documentos; 213 queixas de tortura e oitiva de 58 testemunhas em Estrasburgo e Atenas), concluindo que o Governo não adotou qualquer atitude para impedir e interromper as práticas ou punir os torturadores[31].

A importância do *Caso Grego* refletiu não apenas no conceito internacional de Tortura, mas na forma de os tratar perante os Tribunais, daí resultando na adoção da Resolução 3.452 da ONU, classificando a tortura como um tratamento *cruel, desumano e degradante*, vindo a inspirar a Convenção de 1984[32]-[33], de modo a possibilitar a atuação internacional na fiscalização dos crimes de tortura.

A questão invocada a partir da leitura do artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Tratamentos Degradantes apontam a linha de justificativas comumente invocadas para a prática ou defesa dos atos: a) meios de obtenção de provas para apurar crimes, obtendo a confissão do arguido para incriminar outros e intimidar demais suspeitos; b) punição por supostos crimes (geralmente sem julgamento e com total exclusão do direito de defesa e do acesso ao juiz natural); c) atuação particular de agentes do Estado, motivados por vingança, desafetos, ódio, inveja ou sadismo[34].

Nessa mesma linha, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985), estabeleceu que os Estados Partes se obrigam a prevenir e a punir a tortura (artigo 1º), vindo, a seguir, a defini-la no Artigo 2º[35]:

> "Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica".

A questão que se extrai, entretanto, é: a) como obrigar os países signatários dos tratados a cumprir os mandamentos e b) impedir-lhes as escusas decorrentes de eventuais reservas que hajam apresentado, ou, ainda, c) invocar a vigência das regras para efeitos de seus sistemas internos (considerando-se a data da assinatura ou adesão, ratificação e depósito).

Internacional", p. 6.

[28] O Estatuto do Conselho da Europa (05/05/1949) incluiu a Grécia em 1950.

[29] É objeto de crítica o fato de que a ditadura grega foi consequência da guerra-fria entre Estados Unidos e União Soviética: o golpe militar deu-se logo após a saída americana daquele País, e durou entre 1967 a 1974, conhecida como o "Regime dos Coronéis", que literalmente aboliu a democracia na terra onde foi criada.

[30] Artigo 15 da CEDH: "Derrogação em caso de necessidade", identificando o caso de guerra como uma das hipóteses.

[31] A Comissão investigou os locais objeto de denúncia, localizando 8 câmaras de tortura em Atenas e Pireus, 28 em Thessaloniki, 14 em Creta e 9 em outras cidades.

[32] Vide nota 16. Também Reidy, Aisling, op. Cit., p. 1 (Definition).

[33] Vide acima, Artigo 1º da Convenção – Definição de tortura.

[34] Relatório da ONG Conectas – citado por Carmen Letícia Maia Pereira – p. 55. A indicação do endereço eletrônico do relatório não está mais disponível.

[35] Vide, igualmente, o artigo 5º do Pacto de San José da Costa Rica: *1 - Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2 - Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*

C) Princípio da obrigatoriedade – Ius cogens:

Há, de fato, uma polêmica instaurada em torno da adoção de normas de direito internacional e sua introdução nos sistemas internos, início de vigência e obrigatoriedade, tendo em vista que são, em sua maioria, enunciados de princípios[36], os quais precisam ser adaptados a cada modelo. No princípio, era o direito de conquista que levava o estatuto dos vencedores aos vencidos e assim os submetia a regimes extraterritoriais. Mas, nesse tempo – como é o caso do sistema Romano – ainda não se conhecia um sistema de direito internacional público, como hoje é reconhecido: o direito romano era voltado ao privado e à sua natureza contratualista, cuja dicotomia estava entre o *ius strictun* e o *ius dispositivum*[37]-[38].

A história revela, por isso mesmo, que uma construção teórica do direito internacional público só ganhou vulto no Século XV, com a Escola Espanhola, sendo que essa construção tinha por finalidade diferenciá-lo do direito natural e do direito interno[39].

Na lição de JORGE MIRANDA, dentre os princípios do direito internacional geral, está *"aquele que a doutrina tem chamado princípios de* ***ius cogens*** *(à letra, Direito cogente, imperativo, vinculativo)*"[40].

Porém, a questão tem suscitado debates: assim como a doutrina o encara com ceticismo, face às dificuldades de sua definição, delimitação e efetividade, uma outra corrente destaca sua relevância em face à hierarquia das normas[41].

Existem, também, críticas aos seus efeitos e a referência à sua natureza como uma *caixa de pandora*[42], em que são questionados seus limites e a possibilidade de sua interpretação resultar em puro arbítrio.

Entretanto, o desenvolvimento cultural teria que, obviamente, dar uma solução a essa questão, de modo a obliterar a resistência ao cumprimento das normas aceitas pelos princípios de direito internacional como *impositivas*. Isso foi possível através da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[43], que definiu um regime claro sobre a aplicação e obrigatoriedade, destacando-se:

> Artigo 53.º
>
> Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens)
>
> 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 aceite e reconhecida pela

[36] A respeito dos **princípios**, observa Jorge Miranda: "... não se colocam além ou acima do Direito" e "fazem parte do complexo ordenamental". A seguir, observa que, sendo mais gerais que as regras, e por isso dotados de menor intensidade e densidade, são, entretanto, fontes do direito (Curso de Direito Internacional Público, p. 123-124).
[37] *Ius strictum*: a lei deve ser interpretada no seu absoluto rigorismo (Justiniano). *Ius dispositivum*: direito dispositivo – que admite a total autonomia privada. Diversamente, o IUS COGENS é direito absoluto, que não depende da vontade das partes interessadas e tem aplicação obrigatória.
[38] GARCIA, Emerson (2016). Revista Eletrônica de Direito do Estado, p. 3.
[39] Há que se ressalvar que não só a Escola Espanhola: também a Escola Portuguesa de Direito Internacional. A expansão da ideia decorre das grandes navegações e a problemática das relações com os povos das terras descobertas. Essa questão chamou atenção do dominicano Francisco de Vitoria, que ensinava teologia na Universidade de Salamanca em 1526. O momento em que ocorreu merece destaque, pois corresponde à passagem da era medieval para a Europa moderna, com uma nova concepção europeia de estados.
[40] MIRANDA, Jorge. Curso cit., p. 124.
[41] Destaca-se a obra de Hugo Grócio, que deu grande relevo à efetividade do *ius cogens* na história do Direito Internacional (pesquisa histórica).
[42] LINDERFALK, Ulf. *The effect of* Jus Cogens Norms: *Whoever opened pandora's box, did you ever think about de consequences?* (2008). The European Journal of International Law, v. 18, n. 5, p. 856.
[43] Viena, 23 de maio de 1969. Pela Resolução 67/2003, a Assembleia da República Portuguesa aprovou a adesão à referida Convenção.

> 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.

Diga-se, entretanto, que a imposição não foi inovatória, pois já se encontravam em vários documentos relevantes: a) na Carta das Nações Unidas, obrigando os Estados-Membros a adotarem seus princípios e estatuindo que, em caso de conflito entre convenções entre Estados e a Carta, prevaleceria esta (artigo 103, n. 1); b) acórdão do Tribunal de Nuremberg, declarando nulo o acordo entre o Governo alemão e o Governo francês de Vichy em que os prisioneiros franceses eram obrigados a trabalhar em fábricas de armamentos[44]; c) Convenção de Genebra (1929) revista em 1949, sobre reservas em caso de conflito armado, quanto aos direitos humanos; d) tratados que estabeleceram a inderrogabilidade de certos direitos fundamentais não suscetíveis de suspensão ou reserva em caso de conflito (Convenção Europeia, artigo 15; artigo 4º do Pacto de Direitos Civis e Políticos; artigo 27 da Convenção Interamericana); e) acórdãos e pareceres do Tribunal Internacional de Justiça desde 1951: com de reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1951), de *Barcelona Traction* (1970), e do caso da Nicaragua (1986)[45].

O ponto de conflito, todavia, reside no *direito às reservas* que cada Estado signatário pode adotar, impossibilitando, pois, a aplicação do tratado em seu território. Essa questão foi tratada no Artigo 19º da Convenção, segundo a qual o Estado poderia formular reservas, excetuando-se: a) reserva proibida pelo tratado; b) o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em causa; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a) e b), a reserva seja incompatível com o objeto e o fim do tratado.

Nesse sentido, pois, tem-se a inadmissibilidade de reservas relativas às *normas imperativas* ou inderrogáveis (*ius cogens*), dentre as quais estão as regras estabelecidas em tratados quanto à proibição da tortura, do genocídio, da escravidão, entre outras, uma vez que integra o Direito Internacional geral (ou comum).

Por aí se extrai, algumas características, tais como: a) nulidade do tratado incompatível com norma imperativa de Direito Internacional geral (art. 53, 1ª parte) quando da sua conclusão; b) se algum tratado sobrevier, estabelecendo uma norma imperativa de Direito Internacional geral, as normas existentes serão consideradas nulas (art. 64); c) as partes se sujeitam a várias obrigações quanto a um tratado nulo: i) eliminar seus efeitos e ii) adequar suas relações na conformidade com as normas imperativas (art. 71, n. 1); iii) libertar as partes de seu cumprimento; iv) não afetará direitos e obrigações, desde que estas sejam compatíveis com as normas peremptórias (art. 71, n. 2).

Logo, uma disposição cogente é: a) de eficácia *erga omnes* b) efeitos *ex tunc*; c) é evolutivo, na medida em que pode ser enriquecido pela superveniência de novas normas e d) é hierarquicamente superior a outras normas do Direito Internacional.

Esses aspectos legam aos pontos sensíveis, que é a adoção dos tratados no sistema interno: quando se dão os efeitos? Nesse aspecto, surgiram, como se verá, inúmeras questiúnculas a serem solucionadas pelas Cortes Especializadas, porque comumente invocados pelos Estados para eximir-se dos efeitos das normas imperativas.

---

[44] Caso Krupp – foi o 10º dos 12 julgamentos promovidos pelos Estados Unidos contra os membros do nazismo; Alfried Krupp foi condenado a 12 anos de prisão. Foram 13 acusados, ao todo, e somente Karl Pfrirsch foi absolvido.

[45] As hipóteses, nessa ordem, estão listadas por JORGE MIRANDA, in "Curso..." cit., p. 126).

Entretanto, é pelos tratados, em geral, que os acordos internacionais entram para o sistema nacional, alguns com efeitos imediatos[46], outros sujeitando-se a aprovação legislativa.

1.3. Os desafios do ius cogens face à jurisprudência

A) Aspectos introdutórios - aplicação do ius cogens:

É de se dar grande destaque ao esforço internacional para situar as normas imperativas dentre as inderrogáveis e peremptórias. Os dois casos adiante analisados, ambos apreciados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), são prova cabal da extensa resistência dos Estados que aplicaram a tortura a partir de ações estatais ou através de seus agentes, para eximir-se das sanções ou punir os seus agentes.

Por isso mesmo, necessário que, desde logo, sejam relacionados os critérios estipulados para definir e classificar as normas cogentes.

Esses critérios podem ser assim resumidos[47]:

a) Trata-se de norma reconhecida e aceita pela comunidade internacional;
b) Tem a característica primordial da inderrogabilidade e não pode ser modificada por nenhuma norma de direito internacional geral sobre a questão;
c) Reflete uma proteção aos valores fundamentais da comunidade internacional;
d) Para identificá-la, é necessário observar os seguintes critérios: (i) que é uma norma de direito internacional geral e, (ii) que é aceita e reconhecida pela comunidade internacional como apta a derrogar quaisquer outras que disponham em sentido diverso.

O requisito para "aceitação e reconhecimento" de uma norma peremptória é distinto dos requisitos para reconhecimento de outras normas de direito internacional geral. Para a primeira, deve haver evidências de que se trata de uma norma aceita e reconhecida como uma norma que não admite derrogação ou contrariedade, embora possa ser modificada por uma norma subsequente de mesma qualidade. Essa aceitação deve ocorrer mediante uma grande maioria dos Estados, mas não necessariamente pela totalidade deles.

Essa admissão pode vir por muitos meios: declarações públicas em nome dos Estados; publicações oficiais, correspondência diplomática, atos legislativos e administrativos, decisões dos tribunais nacionais, disposições em tratados e resoluções adotadas por organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais[48].

A seguir, tem-se que as decisões dos tribunais nacionais e dos tribunais internacionais, em especial da Corte Internacional de Justiça, são meios subsidiários para identificar uma norma cogente, das normas de direito internacional geral[49].

---

[46] Destaca-se que, no caso brasileiro, a Constituição Federal prevê a eficácia imediata dos tratados e convenções sobre direitos humanos; os demais, devem ser objeto de ratificação legislativa (vide art. 4º, II e art. 5º, III). A República Portuguesa, por sua vez, prevê, em seu Artigo 16º, n. 2, a observação da interpretação conforme entre seus dispositivos relativamente aos direitos fundamentais e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Tratado da União Europeia, em seu Artigo "F", nº 2, determina a observância das garantias estabelecidas no Tratado de Roma (Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

[47] ONU, Assembleia Geral, "International law Commission", Seventy-first Session, Genebra, 2019.

[48] ONU, "Peremptory norms of general international law (ius cogens) – Text of the draft conclusions and draft annex proivionally adopted by the Drafting Committee on first readind – International Law Commssion, 71ª Session – Draft conclusion n. 8.

[49] Aspectos destacados nas sentenças da CorteIDH nos casos Almonacid Arellano e Herzog, entre outros.

Esse desafio, como visto do Caso Grego, pôs em teste a aplicação do *ius cogens* em relação a muitos conflitos.

Os países da América do Sul – com destaque para Uruguai, Argentina, Chile, Brasil, Bolívia e Peru[50] – foram proficientes em nascedouro de questões a desafiarem as Cortes Internacionais em face às normas protetivas internacionais[51].

B) Da jurisprudência Internacional:

Com efeito, um período turbulento atingiu as Repúblicas Sul-americanas, deixando rastros de sangue e arranhões profundos nas "democracias" dos países íbero-americanos, cujos números são deveras marcantes[52]. E, em todos eles, os países apresentaram defesa que ia desde a incompetência temporal da Corte Americana de Direitos Humanos, como a intocabilidade dos personagens e beneficiados com anistias legais (no sentido de que foram impostas por leis nacionais).

1) O Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile:

Um dos casos emblemáticos foi a execução extrajudicial do Sr. *Luis Alfredo Almonacid Arellano*, ocorrida em 16 de setembro de 1973, durante o regime militar chileno, comandado por Augusto Pinochet Ugarte. Tratava-se de um professor de ensino básico e militante do partido comunista chileno, em um período considerado farto em repressões massivas contra os opositores do regime, e que foi preso e baleado diante da família à saída de sua casa, vindo a falecer no dia seguinte. O sistema judicial chileno foi totalmente omisso em investigar e promover acusação dos agentes do Estado causadores da morte do cidadão chileno. Em 1978, o Chile concedeu anistia a todas as pessoas envolvidas em fatos delituosos entre os anos de 1973 a 1978[53].

Em 15 de setembro de 1998, a família protocolou representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por violação aos direitos reconhecidos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, apontando-se o descumprimento ao art. 2º da mesma (proibição da tortura).

O Chile é signatário da Convenção desde 21 de agosto de 1990, tendo reconhecido a competência da Corte IDH na mesma data, fazendo, porém, reserva a que esse reconhecimento seria apenas quanto a fatores posteriores, nos termos do art. 62. Portanto, tendo o caso ocorrido em 1973 não seria de sua competência ante a *reserva* apresentada.

Tal defesa (incompetência *ratione temporis*), porém, foi rejeitada, sob o fundamento de que *declaração* firmada pelo Chile constitui uma limitação temporal, porém não uma *reserva*:

> 43. De acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Corte, debe entenderse que la "declaración" realizada por Chile constituye una

[50] A respeito do caso Barrios Altos Vs. Peru, ver artigo de Jorge Barrientos-Parra, que inclui em seus comentários também o caso Almonacid Arellano Vs. Chile, adiante tratado.
[51] A este respeito, interessante a leitura do caso 12.285, Michael Domingues Vs. Estados Unidos, de 22 de utubro de 2002 – Comissão Internamericana de Direitos Humanos, Relat. N. 62/02.
[52] Alguns dados conhecidos: 1) Argentina: mais de 30.000 pessoas mortas ou desaparecidas, com práticas bárbaras de tortura e métodos inovadores para se desfazer de corpos, tais como colocá-los em aeronaves e jogá-los no mar, em águas profundas e internacionais; 2) Uruguai: uma pessoa em cada 500 habitantes foi preso ou torturado – sendo famoso o caso dos uruguaios Liliam Celiberti e Gomercindo dias, sequestrados pela polícia uruguaia em Porto Alegre, no Brasil, com a conivência das autoridades brasileiras na chamada *Operación Condor*, e também um dos maiores fracassos, diante da reação internacional; 3) o ex-Presidente da Bolívia, Juan José Torres, foi preso e assassinado na Argentina dirigida por Jorge Rafael Videla. O caso brasileiro não foi tão massivo quanto as ditaduras argentinas e uruguaias.
[53] Decreto-Ley n. 2.191, redigido por Monica Madariaga, ministra da Justiça da ditadura militar chilena, e aprovada pela Junta Militar que governava o País, presidida por Pinochet.

> limitación temporal al reconocimiento de la competencia de este Tribunal, y no una "reserva".
>
> 48. Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia. (…)
>
> 49. En vista de ello, la Corte considera que es competente para pronunciarse sobre los hechos señalados por la Comisión y los representantes referentes al otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil, y a la aplicación de la Ley de Amnistía en el presente caso por parte de las autoridades judiciales militares, puesto que ocurrieron con posterioridad al 21 de agosto de 1990. (…) .
>
> 50. En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer esse hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. (…)

A decisão é uma clara proclamação do reconhecimento do *ius cogens*, na medida em que concluiu que o Decreto Ley n. 2.191 está em desconformidade com o artigo 2º da Convenção:

> 117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (….)
>
> 145. Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

Por consequência, a Corte decidiu estabelecer obrigações relativas a reparações, a adequar a aplicação da lei da anistia e dar continuidade a investigações para punir os responsáveis pela execução do cidadão, publicar a sentença (par. 164), decretando que a referida lei é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos.

2) Caso Vladimir Herzog Vs. Brasil:

No Brasil, a exemplo de outros, a ditadura durou largo período (1964-1985), implantada após um golpe de Estado que depôs o Presidente João Goulart[54].

Resultado desse período, o caso Vladimir Herzog ganhou notoriedade internacional. Tratava-se de um jornalista da TV Cultura, em São Paulo, que foi

[54] João Goulart foi o 24º Presidente do Brasil, tendo assumido em 1961, após a renúncia de Jânio Quadros, do qual era Vice-Presidente. Foi deposto pelo golpe militar de 31 de março de 1964.

procurado no local de trabalho pelos agentes do DOI/CODI (polícia política) e intimado a acompanhá-los à sede do órgão para prestar esclarecimentos. Com a intervenção da direção da estação de TV, foi negociado permitir ao mesmo comparecer espontaneamente no dia seguinte, para tal finalidade. Ele se apresentou na sede do DOI/CODI no sábado, dia 25 de outubro de 1975 e, ao chegar, foi imediatamente detido, interrogado e torturado. Ao final desse dia, o Comando do II Exército divulgou na imprensa uma nota, comunicando que o Sr. Herzog se enforcara em sua cela, com uso de um pano.

No ano seguinte, Clarice, Ivo e André Herzog deram início a um litígio em face à União, para declarar a responsabilidade desta pela prisão arbitrária, tortura e morte do familiar, sobrevindo sentença em 27 de outubro de 1978 em que o Poder Judiciário Federal declarou a morte por causas *não-naturais* e condenou o Estado à indenização; tal sentença foi confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos e se tornou definitiva em 27 de setembro de 1995.

Em abril de 1992, o Ministério Público solicitou abertura de inquérito contra o policial responsável pelo interrogatório, conhecido como *Capitão Ramiro*; entretanto, a investigação foi arquivada em razão de Habeas Corpus impetrado pelo arguido (acusado), com fundamento na Lei de Anistia[55]. Em 1995, foi promulgada a Lei 4.140, em que o Estado reconhecia responsabilidade pelos atos do período do Governo Militar, entre outros, pelos "assassinatos de opositores políticos" no período entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, criando a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos[56], cujos trabalhos encerraram em 2007, com o livro "Direito à Memória e à Verdade", onde apontou que Vladimir Herzog havia sido torturado e assassinado enquanto preso no DOI-CODI. A Comissão solicitou que o Ministério Público apurasse os abusos cometidos. Mas, quanto ao caso Herzog, foi arquivado em 09 de janeiro de 2009, ao argumento da *coisa julgada material* e inexistência de previsão legal do tipo penal de crimes contra a humanidade na legislação nacional. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei da Anistia era compatível com a Constituição de 1988, com efeito vinculante a todos os órgãos da Administração Pública e do judiciário.

Diferentemente da defesa do Estado Chileno no caso Almonacid Arellano, todavia, em que se alegava a impossibilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos examinar casos passados anteriormente à adesão do País à respectiva Convenção, havia, no caso brasileiro, o reconhecimento do Estado quanto aos crimes praticados naquele período (Lei 4.195/1995), além do pronunciamento do Poder Judiciário Federal, que já condenara a União anteriormente.

Mas, a defesa brasileira, neste caso, baseou-se nas seguintes teses: a) impossibilidade de indiciamento e da aplicação da figura de crimes contra a humanidade relativamente a fatos ocorridos em 1975; b) aplicação da Lei da Anistia (julgada constitucional pela Suprema Corte brasileira); c) prescrição do crime; d) aplicação do princípio *non bis in idem* e e) coisa julgada (tendo em vista o habeas corpus que livrada o suspeito de responder pelo processo).

[55] Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, sancionada pelo Presidente João Figueiredo (o último governante militar do País), cujo art. 1º dispunha: "*É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos* (...)". A essa lei, sobreveio outras: a) Lei 9.140/1995, sobre a responsabilidade estatal quanto a crimes contra opositores políticos; b) Lei 10.559/2002, denominada "Estatuto do Anistiado Político", prevista no art. 8º do ADCT da Constituição de 1988.

[56] Essa não foi a única Comissão criada para investigar crimes dos períodos ditatoriais no Brasil. A Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, criou a "Comissão da Verdade", para apurar as graves violações aos direitos humanos no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988. Essa Comissão solicitou a retificação da *causa mortis* na certidão de óbito de Vladimir Herzog.

Há que se salientar, de fato, que, assim como o Código Penal (1942), a Constituição brasileira prescrevia a regra *nulla poena, nullum crimen sine legis* e havia, de fato, uma regra específica quanto à aplicação da prescrição (*rectius*, decadência) anteriormente à denúncia (pelo cálculo do tempo decorrido entre o fato e a acusação formal).

A defesa, porém, não obteve suporte da Corte: a) à época dos fatos (25 de outubro de 1975), a proibição da tortura e dos crimes contra a humanidade já haviam alcançado *status* de normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*), tal como definido pelo menos desde 1945; b) a imprescritibilidade dos crimes era uma norma consuetudinária já aceita e estabelecida pela maioria dos Estados, sendo, pois, vinculante para o Estado Brasileiro, a par da sua legislação interna contrária; c) pelo fato de se tratar de norma imperativa, impunha ao Brasil o dever de investigar, julgar e punir os responsáveis pela conduta, uma vez que a impunidade constituía ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional. Com relação à limitação temporal da Corte, registrou que o Brasil reconhecera a competência contenciosa desta desde 10 de dezembro de 1998. E assim, seguindo a jurisprudência assentada no caso *Almonacid Arellano*, considerou que: i) a lei da anistia não poderia prevalecer em face às normas imperativas de direito internacional; ii) quanto à coisa julgada (sentença extintiva da ação penal decorrente de habeas corpus), não teria sido uma decisão adotada com as garantias legais, além de afrontar as mesmas normas imperativas, carecendo de efeitos jurídicos[57] e, iii) em matéria de prescrição, reconheceu que as leis que a estabeleciam seriam incompatíveis com a aceitação internacional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, atribuindo-lhe, pois, mais uma vez, a garantia assegurada nos tratados e convenções quanto à supremacia destas regras em face ao direito interno que as contrariou.

Alguns trechos relevantes da Sentença:

> 169. Em vista dos argumentos expostos, o Estado insistiu em que: a) não era juridicamente exigível das autoridades nacionais critério diferente do adoptado em 1993 quanto às investigações; b) o questionamento do critério doméstico com base em jurisprudência internacional posterior não considerou limites formais aplicáveis ao devido processo legal (como a coisa julgada material); c) a observância de normas processuais de hierarquia inferior, quanto ao que se possa considerar normas de *jus cogens* ou graves violações dos direitos humanos, não difere materialmente da observância no âmbito doméstico dos limites formais da atuação do juiz (prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal mais severa); e d) o conteúdo normativo do que se possa considerar norma de *jus cogens* ou graves violações de direitos humanos não deve se confundir com a ausência de limites para a responsabilidade internacional do Estado. Em virtude de todas essas questões, o Estado brasileiro entende que não pode ser responsabilizado pela suposta denegação de justiça no presente caso.
>
> (...)
>
> 211. A Comissão Interamericana considerou que a morte e tortura do senhor Herzog constituiu uma grave violação de direitos humanos. Os representantes das supostas vítimas consideraram que se tratou de um crime contra a humanidade. Tanto para a Comissão como para os representantes, as consequências de uma ou outra figura seria a mesma: a obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pelos fatos, sem recorrer a obstáculos processuais que poderiam chegar a protegê-los da

[57] Note-se que, neste particular, a Corte criou um interessante precedente de *relativização da coisa julgada*, excluindo a sua garantia. Mas o fundamento é aceitável, uma vez que se tratou de decisão proferida em sede de Habeas Corpus embasada na lei da anistia, ela própria em afronta ao *ius cogens*.

> ação da justiça. O Estado, por sua vez, não se referiu a uma ou outra qualificação, mas se opôs aos efeitos jurídicos alegados pela Comissão e pelos representantes no caso concreto.
>
> 212. Na sentença do *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, relacionado ao homicídio do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano, em 16 de setembro de 1973, a Corte Interamericana salientou que "há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de jus cogens e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral".
>
> 242. A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 supra). Também de acordo com o afirmado na sentença do *Caso Almonacid Arellano*, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o status de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (par. 212 supra).

Essa sentença positivou no direito brasileiro alguns aspectos relevantes, em relação a alguns princípios de Direito Internacional geral, e que levaram à mudança na legislação interna, tais como:

a) A imprescritibilidade dos denominados *crimes hediondos*, em que incluídos os crimes contra a humanidade;
b) Impossibilidade de conceder anistia aos causadores dos danos;
c) Dever de indenizar a pessoa ou familiares;
d) Dever de persecução penal e
e) Possibilidade de relativização da coisa julgada material.

Ressalta-se, pois, que a derrogação de normas e atos em decorrência da aplicação das normas consignadas como *ius cogens* atingiu, por igual, as decisões já consolidadas nos tribunais, inclusive decisão com eficácia *erga omnes*, como é o caso da declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia brasileira, pela Suprema Corte.

C) Os precedentes da jurisprudência na matéria:

A partir do estudo das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos dois casos precedentes, e no citado *Caso Grego*, produziu-se um relato exaustivo da criação jurisprudencial em torno da formação do *ius cogens*, das suas características e dos seus efeitos.

Viu-se, com efeito, que matérias, tais como: a) momento da adesão a convenção ou tratado, ou, mesmo, a aceitação da jurisdição do Tribunal; b) segurança

jurídica encoberta pelas leis de prescrição e coisa julgada material; c) aceitação das normas cogentes a partir do que já fora adotado em outros tratados ou em decisões de cortes internacionais, vieram a consagrar a forma como se realiza o Direito Internacional, sob o aspecto das normas imperativas aceitas e reconhecidas.

Nesse tema, portanto, verifica-se que não há possibilidade de *reservas* por parte dos Estados, e que o prolongamento ou subsistência de uma situação pendente de persecução penal, por parte de um Estado, torna inviável aceitar-se a limitação temporal em razão da adesão ou da própria criação de um Tribunal para julgamento de tais crimes, e a aptidão de suas sentenças para derrogar tanto os sistemas internos, quanto a decisão dos próprios tribunais nacionais que hajam proclamado acórdãos contrários a essas normas.

O reconhecimento da competência da Corte, como um ato unilateral do Estado, não está sujeito às *reservas*, e, aceitando-se que o curso de um processo pode produzir o reconhecimento de independentes violações de denegação de justiça, podem ser alcançados pela Corte[58].

A precedência de lei interna para sancionar determinados crimes, por outro lado, no caso da tortura e assassinato, teve por referência o Artigo 6-c do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, que foi anexado ao respectivo Acordo[59], e, da mesma maneira, o Estatuto de Tokio[60] (artigo 5-c), representando, pois, precedentes que importaram no reconhecimento internacional da norma e, por conseguinte, seu caráter peremptório.

Para os casos de tortura e assassinato massivo, o precedente é do Tribunal Penal para a Ex-Iuguslávia, no caso *Prosecutor Vs. Dusko Tadic*[61], ficando assentado que os delitos podem ser cometidos em tempos de guerra ou de paz, e que o autor pode ser um individuo (agente), ou vários.

O dever de adequar a legislação interna, por sua vez, tanto decorre da aceitação majoritária das normas de Direito Internacional, como da regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nos dois precedentes assinalados e analisados, essa disposição já se achava em vigor quando ocorreram os fatos e quando foram criadas as leis destinadas a beneficiar os executores.

A imprescritibilidade de tais crimes, como reconhecido no parágrafo 152 do Caso Almonacid Arellano, decorre Convenção adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 2391 (XXIII), de 26 de setembro de 1968, e em vigor desde 11 de novembro de 1970. Portanto, produziu efeitos para os casos analisados, embora não observadas pelas leis internas:

> 153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

Essa sentença da Corte IDH cita, por sua vez, uma variedade importante de decisões da própria Corte em torno da questão, bem como aponta os fundamentos pelos quais os precedentes das práticas adotadas desde 1929 e 1945 importaram

[58] Exemplo: Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador – Sentencia de 1 de março de 2005.
[59] Assinado em Londres, em 08 de agosto de 1945.
[60] Adotado em 19 de janeiro de 1946.
[61] Sentença Almonacid Arellano, parágrafo 96.

no reconhecimento majoritário relativo à natureza das normas aplicadas para condenação dos Estados envolvidos.

O mesmo se aplica ao precedente Vladimir Herzog Vs. Brasil.

2. Conclusão:

Do estudo ora desenvolvido, foi possível estabelecer que as normas eclipsadas à categoria de *ius cogens* não decorrem, necessariamente, de um direito escrito, mas, e também, a partir dos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional geral, das práticas dos tribunais internacionais e do momento em que as proclamaram, a gerar efeitos *erga omnes*, quando submetidas à apreciação de Cortes Especializadas.

Contudo, pensa-se que uma das suas maiores características seja o efeito derrogatório, sem o qual não seria possível adentrar nos sistemas nacionais e estabelecer a obrigação de corrigi-los e adequá-los ao que é geralmente aceito.

BIBLIOGRAFIA

1. **Assembleia Geral das Nações Unidas** (2019). Conclusões da 71ª Sessão do "International Law Commission" – Genebra: 29 de abril – 7 de junho e 8 de julho – 9 de agosto de 2019 (GE. 19-08546).
2. **BARRIENTOS-PARRA**, Jorge. *O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com conivência estatal* (2011). Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 192, pp. 31-42.
3. **FERNANDES**, Jean Marcel. *Direito Internacional Humanitário: pilares teóricos* (2006) – do livro A Promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor.
4. **GARCIA**, Emerson (2016). *Jus Cogens e proteção inernacional dos direitos humanos*. Direito do Estado – n. 204, revista eletrônica acessada via internet em 20/05/2020 in: www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-garcia/jus-cogens-e-protecao-internacional-dos-direitos-humanos.
5. **LINDERFALK**, Ulf (2008). *The effect of* Jus Cogens Norms: *Whoever opened pandora's box, did you ever think about de consequences?* (2008). The European Journal of International Law, v. 18, n. 5, pp. 853-871.
6. **MAIA NETO**, Cândido Furtado (2012). *Promotor de Justiça e Direitos Humanos – Doutrina e Prática*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, pp. 23-38.
7. **MAIA PEREIRA**, Carmen Letícia e **PIOVESAN**, Flavia Cristina. *A Tortura em Foco – A contribuição do Caso Grego para o Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí – Revista de Direitos Humanos e Democracia, n. 8, jul-dez/2016, pp. 38-58.
8. **MIRANDA**, Jorge (2016). 6ª Ed. *Curso de Direito Internacional Público*. Parede: Princípia, pp. 124-132.
9. **OVEJERO BERNAL**, Anastasio (2009). *Fundamentos de Psicología Jurídica e Investigación Criminal*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, pp. 75-83.
10. **REIDY**, Aisling. *The Prohibition of torture – A guide to de implementation of Article 3 of de European Convencion on Human Rights*. Human rights Handbooks, n. 6.
11. **SCOBBIE**, Iain (2002). *The Invocation of Responsibility for de Breach of 'Obligations under Peremptoru Norms of General International Law'.* The European Journal of International Law, v. 13, n. 5, pp. 1201-1220