

Existe um *jus cogens* europeu?

Considerações a partir da proibição da pena de morte*

INÊS QUADROS**

1. Introdução

Falar de *jus cogens* no século XXI suscita possivelmente algumas reservas. Desde logo, o “ar do tempo”, polarizado e relativista, é avesso à proposição de regras universais e inderrogáveis. Por outro lado, a sua identificação parece constituir um exercício ocioso, pois, como já notava Brownlie, o «*jus cogens* é um veículo que raramente sai da garagem»: de facto, enquanto critério de validade de Tratados internacionais (justamente a sua dimensão mais reconhecida), ele é raramente invocado, pois não é habitual que os Estados celebrem tratados contrários ao *jus cogens* – o que, aliás, tanto pode ser prova da sua irrelevância como do seu extraordinário sucesso.

Em aparente contraciclo, em 2022 a Comissão de Direito Internacional aprovou o «Projeto de Conclusões sobre a identificação e as consequências jurídicas das normas imperativas de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)», que parece demonstrar a resiliência do *jus cogens* e a convicção de que ele ainda se reveste de alguma utilidade. Neste contexto, não parece desadequado que se regressasse ao tema e até que se estudem novas dimensões, designadamente – o que constitui objetivo desta reflexão –, testando a sua relevância no domínio regional.

* O texto que se publica corresponde à intervenção intitulada «Existe um *jus cogens* europeu?», apresentada em junho de 2024 no âmbito das *Católica Talks*, organizadas pelo *Católica Research Centre for the Future of Law*. Agradeço à Maria Isabel Tavares a generosidade de ter aceitado comentar a exposição, bem como as sugestões e críticas que então fez. As limitações do texto – que mantém o seu cunho exploratório e preliminar – são, naturalmente, minhas.

** Professora Auxiliar na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito (Escola de Lisboa), Investigadora do *Católica Research Centre for the Future of Law*. <https://orcid.org/0000-0002-3329-3976>

Duas razões sustentam adicionalmente este propósito. A primeira razão prende-se com um paradoxo: justamente neste tempo, tão avesso à identificação de regras comuns, é frequente a alusão retórica ao carácter superior de determinadas normas – ou meras pretensões – visando-se sugerir a prioridade de certos interesses sobre outros e forçar o seu reconhecimento¹. Ora, quando demasiadas normas são elevadas à condição de normas superiores, a sua imperatividade inevitavelmente decai, em face da necessidade de se estabelecerem ponderações e acomodações recíprocas. Parece ser conveniente usar alguma parcimónia, para o que poderá contribuir que se recorde e revise as características próprias das normas imperativas.

A outra razão que justifica regressar ao conceito de *jus cogens*, e a partir já de uma perspectiva regional, é a conveniência em verificar a existência da designada “especificidade europeia” no panorama internacional, que seria resultado de uma identidade ética comum e que se esteia, entre outras declinações, numa particular leitura da dignidade humana² que impregna a ação política dos Estados europeus e das suas instituições comuns. Importa saber se essa especificidade tem aptidão para contribuir para a emergência de normas imperativas ao nível regional.

Em suma, este estudo pretende responder à questão de saber se existem normas imperativas regionais, isto é, normas reconhecidas como de tal modo importantes por um grupo de Estados que não podem ser por eles contrariadas. A questão vai ser colocada concretamente ao nível europeu. O percurso passará pelas seguintes etapas: em primeiro lugar, demonstrar-se-á a plausibilidade da hipótese, através da referência a decisões jurisprudenciais em que se convocou a especificidade de determinadas regiões como forma de justificar a emergência, aí, de princípios imperativos. Em segundo lugar, já num esforço de problematização, serão identificadas as características tradicionalmente associadas ao *jus cogens* que

¹ KOLB (2021), p. 42. LIMA / MAROTTI (2022), p. 234, sugerem que é o caso do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que faz uma «utilização discursiva das regras de *jus cogens*». Também no campo dos direitos humanos, veja-se a título ilustrativo a discussão em redor da existência de um «direito fundamental ao comércio internacional» defendido por Ernst-Ulrich Petersman (v.g. in “Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields”, in T. Cottier, J. Pauwelyn e E. Bürgi (eds.), *Human Rights and International Trade*, OUP, 2005) e criticado por P. Alston, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petermann”. *European Journal of International Law*, 13, 4, 2002, pp. 815-844.

² MEDEIROS (2024), 207.

se parecem opor à possibilidade de um *jus cogens* regional. Em terceiro lugar, e olhando para o caso particular da Europa, e para o caso específico da proibição da pena de morte, propõe-se superar esses obstáculos afirmando a natureza imperativa desta norma neste continente.

2. A plausibilidade da hipótese, a partir de alguns casos

Atente-se nos seguintes casos:

- a) *Soering c. Reino Unido* (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 7 de julho de 1989³)

Em abril de 1986, Jens Soering, de nacionalidade alemã, foi detido por fraude no Reino Unido. As autoridades norte-americanas requereram a sua extradição, uma vez que era procurado nos Estados Unidos por suspeita de homicídio dos pais da sua companheira. A tal crime correspondia, segundo a lei do estado norte-americano competente, a pena de morte. As autoridades alemãs requereram igualmente a extradição pelos mesmos factos, atenta a nacionalidade do suspeito. O pedido das autoridades alemãs não foi aceite pelo Reino Unido, por se ter considerado que as provas por elas obtidas não eram suficientes para garantir o julgamento, havendo o risco de impunidade. Em alternativa, o Reino Unido respondeu ao pedido de extradição das autoridades norte-americanas informando que a pena de morte tinha sido abolida no Reino Unido e requerendo que, caso o indivíduo fosse condenado, tal pena não lhe fosse aplicada ou, caso o governo norte-americano não estivesse, em termos constitucionais, em condições de o garantir, que recomendasse às autoridades judiciárias que essa pena não fosse aplicada ou não fosse executada. Em resposta, o procurador responsável pelo caso nos Estados Unidos declarou que, na eventualidade de o arguido vir a ser considerado culpado, autorizaria que o Reino Unido fosse aceite como interveniente no processo, a fim de exprimir a sua posição relativamente à eventual aplicação da pena de morte. Em vista desta resposta, o Governo britânico autorizou a extradição.

Soering submeteu uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerando que a sua extradição violava o artigo 3.º da Convenção (proibição de tortura), por o sujeitar ao «fenómeno do corredor

³ *Soering c. Reino Unido*, Queixa n.º 14038/88, Acórdão de 7 de julho de 1989.

da morte», causador de graves danos psicológicos suscetíveis de corresponder a tortura; o artigo 6.º, n.º 3, c) (direito a um processo equitativo), porque a extradição o sujeitava a julgamento num Estado (da Virgínia) que não lhe conferia apoio judiciário para eventuais recursos; e o artigo 13.º (direito a um recurso efetivo), por violação, pelo Reino Unido, do direito a uma garantia efetiva em face da decisão de extradição⁴.

Por decisão de 7 de julho de 1989, o TEDH considerou que a entrega do indivíduo para julgamento nos Estados Unidos violaria o artigo 3.º da Convenção⁵, mas considerou inadmissíveis as queixas relativas aos artigos 6.º e 13.º.

Interessa, sobretudo, realçar a declaração de voto do juiz De Meyer pelo seu carácter particularmente expressivo: começou por considerar que o Tribunal deveria ter decidido o caso também à luz do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção, que consagra o direito à vida, já que a decisão de extradição era suscetível de sujeitar o arguido a pena de morte. Na verdade, considerou, «nenhum Estado requerido pode ter o direito de permitir que um Estado requerente faça o que o próprio Estado requerido não está autorizado a fazer»⁶. Mas haveria ainda um aspeto «mais fundamental», segundo o mesmo juiz: o facto de a pena de morte ser (excecionalmente) admitida no texto principal da Convenção (na segunda parte do n.º 1 do artigo 2.º) deveria ser interpretado à luz do momento histórico em que ela foi celebrada, no período pós-guerra e numa altura em que alguns Estados Parte ainda a mantinham em circunstâncias limitadas; ora, à data do caso *Soering*, a pena já tinha sido abolida por quase todos os Estados Parte na Convenção⁷, tendo vários deles ratificado o Protocolo Adicional n.º 6. Devia, portanto, considerar-se que a pena de morte não era consistente com «o estado atual da civilização europeia». Vale a pena citar De Meyer: «nenhum Estado Parte da Convenção pode, neste contexto, mesmo se ainda não ratificou o Protocolo n.º 6, proceder à extradição de uma pessoa se ela incorrer no risco de ser sujeita a pena de morte no Estado requisitante. Extraditar alguém em tais circunstâncias

⁴ Par. 76.

⁵ Par. 126.

⁶ Declaração de voto do juiz De Meyer.

⁷ Na data em que o TEDH proferiu o seu acórdão, havia ainda alguns Estados europeus nos quais a pena de morte não tinha sido definitivamente abolida (era o caso da Bélgica, Grécia e Países Baixos, para os países ultramarinos, para além de alguns países que faziam parte do bloco soviético e para os quais a abolição da pena de morte chegaria apenas como resultado do processo de adesão à UE).

seria repugnante para os padrões europeus de justiça e contrário à ordem pública europeia»⁸.

b) *Kadi*⁹ (Acórdão do TJUE, de 3 de setembro de 2008)

O litígio teve origem num conjunto de atos adotados pelo Conselho da União Europeia¹⁰ destinados a implementar resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 1999 e 2000¹¹, que impunham aos Estados a aplicação de medidas restritivas de carácter financeiro (v.g. congelamento de fundos) quanto a bens detidos por terroristas ou entidades com eles relacionadas. *Kadi* era um dos indivíduos inscritos na lista do comité de sanções das Nações Unidas, e por isso visado pelas medidas restritivas, e interpôs recurso de anulação dos atos europeus no, então, Tribunal de Primeira Instância, com fundamento na violação do direito a ser ouvido, do direito de propriedade e do direito à tutela jurisdicional efetiva. O TPI afirmou a sua competência, «excepcionalmente»¹², para apreciar a compatibilidade das resoluções do Conselho de Segurança com o *jus cogens*, designadamente, «normas imperativas que visam a proteção universal dos direitos do homem»¹³, uma amálgama ampla de direitos, entre os quais figurava a proibição de privação arbitrária da propriedade, não tendo, no entanto, considerado que existia violação dos direitos no caso concreto. Tendo a decisão sido objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, este anulou o acórdão do TPI: o Tribunal considerou que não dispunha de competência para fiscalizar a resolução do Conselho de Segurança, mas apenas para apreciar a validade do ato europeu que a implementara. Além disso, rejeitou a possibilidade de considerar o problema à luz dos princípios de *jus cogens*, tendo, ao invés, tomado como referência as «tradições constitucionais comuns aos

⁸ Declaração de voto do juiz De Meyer.

⁹ Processos C-402 e 415/05P, EU:C:2008:461.

¹⁰ Posição Comum 1999/727/PESC, de 15 de novembro de 1999, e Regulamento (CE) n.º 337/2000, de 14 de fevereiro de 2000; Posição Comum 2001/154/PESC, de 26 de fevereiro de 2001, e Regulamento (CE) n.º 467/2001, de 6 de março de 2001 (que revoga o Regulamento anterior); e Regulamento 881/2002, de 27 de maio.

¹¹ Resolução 1267 (1999), de 15 de outubro, e Resolução 1333 (2000), de 19 de dezembro de 2000, ambas do Conselho de Segurança da ONU.

¹² Acórdão do TPI de 21 de setembro de 2005, processo T-315/01. Par. 231.

¹³ Par. 231.

Estados-Membros»¹⁴. Esclareceu ainda que, embora seja verdade que o (atual) artigo 347.º do TFUE permite entraves ao mercado comum criados por um Estado-Membro através de medidas que se destinem a dar execução a compromissos internacionais assumidos em prol da manutenção da paz e segurança, essa possibilidade não deve ser interpretada «no sentido de que autoriz[a] uma derrogação aos princípios da liberdade, da democracia e do respeito dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais consagrados no artigo 6.º, n.º 1, TUE enquanto fundamento da União». Esses princípios «fazem parte dos próprios fundamentos do ordenamento jurídico comunitário», devendo, por isso, constituir critério substancial de apreciação da validade das medidas controvertidas.

c) *Roach c. Pinkerton* (Resolução da Comissão Interamericana dos Direitos do Homem, 1987¹⁵)

Roach e Pinkerton, ambos de nacionalidade norte-americana, foram julgados por crimes que cometeram quando ainda não tinham atingido a maioridade e condenados a pena de morte nos Estados Unidos. Dirigiram uma petição à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, por violação do direito à vida, consagrado no artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que no seu entender deveria ser interpretado à luz de uma regra consuetudinária que proibiria a aplicação de pena de morte a menores. A questão revelava-se complexa porquanto, embora os Estados Unidos sejam membros da Organização de Estados Americanos, nunca ratificaram a Convenção Americana dos Direitos Humanos, não estando, por conseguinte, vinculados à disposição, dali constante (artigo 4.º, n.º 5), que proíbe a pena de morte relativamente a crimes praticados por menores de 18 anos.

¹⁴ Ac. do TJUE (Grande Secção), de 3 de setembro de 2008, processos apensos C-402/05P e C-415/05 P. V. par. 283.

¹⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Proc. n.º 9647, Res. n.º 3/87, de 22 de setembro de 1987. O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos foi criado pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e não tem jurisdição obrigatória, decidindo litígios apenas em relação aos Estados que aceitaram a sua competência contenciosa. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos mantém competências que já tinha antes, em relação a Estados que não ratificaram a Convenção, incluindo o direito de receber petições a respeito de violações de direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (cfr. artigo 51.º do Regulamento da Comissão interamericana de Direitos Humanos, na versão aprovada em 8 de abril de 1980, em vigor à data da decisão em análise).

No seu relatório, a Comissão considerou que «os Estados membros da OEA reconhecem uma norma de *jus cogens* que proíbe a execução de crianças. Esta norma é aceite por todos os Estados do sistema interamericano, incluindo os Estados Unidos»¹⁶. A questão estaria apenas na (in)determinação do conceito de “menor”, dadas as divergências entre os Estados norte-americanos quanto à idade em que se atinge a maioria, e no facto de alguns dos Estados admitirem a entrega de menores a tribunais criminais para julgamento de adultos. Em todo o caso, a Comissão reconheceu a existência de uma norma emergente de *jus cogens* que proíbe a execução de menores¹⁷ e acabaria por considerar que, tendo em conta a diversidade de soluções legislativas nos vários Estados norte-americanos e a falta de um tratamento uniforme da matéria, tinha havido privação arbitrária do direito à vida¹⁸.

Volvidos alguns anos, em 2002, a Comissão teve oportunidade de se voltar a pronunciar sobre a matéria, tendo então concluído que a prática internacional entretanto ocorrida, as sucessivas convenções internacionais a respeito da abolição da pena de morte e a abolição progressiva pelos Estados, permitia concluir pela consolidação da norma de *jus cogens* que proíbe a execução de menores¹⁹.

d) *Bernard Anbataayela Mornah* (Decisão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 2022)

O Autor da ação, um membro de um partido político ganês, intentou uma ação no Tribunal Africano contra alguns dos Estados Parte da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, com fundamento em violação, por estes, do direito à autodeterminação do povo Saharaui como resultado do não reconhecimento de soberania, integridade territorial e independência do Sahara Ocidental. No seu entender, ao terem aceitado, em 2017, a readmissão de Marrocos como Estado-Membro da União Africana (sucessora da Organização da Unidade Africana, da qual o Estado tinha saído em 1984 em protesto contra a aceitação de uma delegação da Frente Polisário como representante do Sahara Ocidental, que

¹⁶ Par. 56.

¹⁷ Par. 60.

¹⁸ Pars. 62-63.

¹⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Proc. n.º 12.285, *Michael Domingues v. United States*, Report n.º 62/02, de 22 de outubro de 2002, par. 84-85.

dois anos antes havia sido admitido na mesma Organização), os Estados-réus tinham violado os princípios constantes da Carta e abandonado a prática estabelecida de recusar a admissão de potências coloniais como membros da União. O Sahara Ocidental e a República das Maurícias foram admitidos como intervenientes no processo.

Depois de reconhecer que os factos alegados pelo queixoso estavam firmemente ligados ao direito à autodeterminação e à pretensão do povo saharauí de «ser assistido na sua luta pela liberdade contra a ocupação estrangeira»²⁰, o Tribunal notou que o direito à autodeterminação, considerado *jus cogens*²¹ e constante do artigo 20.º da Carta Africana, ocupa um «lugar único» no continente africano²² e carrega um especial significado para o seu povo²³. Em consequência, comparando com disposições análogas do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, considerou que «a Carta oferece uma proteção mais ampla e mais forte ao direito à autodeterminação, refletindo mais uma vez a importância que os Estados africanos atribuem à autodeterminação»²⁴ e «entrelaça o direito à autodeterminação com o direito à existência dos povos, algo que denota uma total pretensão ou direito à sobrevivência enquanto povo»²⁵.

No caso concreto, o Tribunal acabaria por decidir que a circunstância de Marrocos ter sido aceite como membro da União Africana não constituía violação do direito à autodeterminação do povo saharauí por parte dos Estados-réu. Considerou, por um lado, que o mencionado artigo 20.º não impõe aos Estados uma lista de ações concretas a tomar em vista do seu cumprimento (entre as quais se incluía, como pretendia o queixoso, o esforço diplomático para impedir a adesão de Marrocos), e, por outro, que a aceitação da adesão devia ser imputada à Assembleia da União e não a cada um dos Estados-Membros isoladamente ²⁶.

²⁰ Par. 285.

²¹ Par. 298.

²² Par. 289.

²³ Par. 290.

²⁴ Par. 295.

²⁵ Par. 295.

²⁶ Pars. 318-320.

e) Razão de ordem

Estes e outros exemplos atestam como as jurisdições internacionais reconhecem a especificidade dos sistemas que garantem, e que a imperatividade de certas normas – ou a sua interpretação – pode conhecer variações regionais. A somar aos exemplos descritos, não é difícil encontrar referências a uma especificidade europeia quando se abordam questões como o não reconhecimento do casamento poligâmico²⁷, a regulação em matéria de inteligência artificial²⁸ ou de proteção de dados²⁹, justificadas por uma consciência aguda da dignidade humana que difere de outras regiões. Estes últimos exemplos, ainda que não desemboquem sempre na afirmação de regras de *jus cogens*, dão conta, em todo o caso, da consciência de um *modo de viver europeu*, que as instituições comuns europeias reconhecem e que se traduz numa visão particular de direitos fundamentais, na ideia do Estado de Direito e nas exigências da democracia liberal. Este *modo de vida*, apurado a partir de uma história civilizacional comum, progressivamente vai-se cristalizando e impondo aos próprios Estados a partir dos mecanismos supranacionais de garantia, como sendo o TEDH ou o TJUE.

3. Os pretensos obstáculos à admissão de um *jus cogens* regional

A existência de normas imperativas regionais é controversa.

Diz-se³⁰ que não é suportada pela prática estadual e que encontra dificuldades conceptuais, pois a definição tradicional do conceito de *jus cogens* remete para características que tendem à sua universalidade. Algumas dessas objeções têm como base textos internacionais:

- a) O artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) determina a nulidade de um Tratado incompatível com

²⁷ V. o n.º 11 do Preâmbulo e o artigo 4.º, n.º 4.º, da Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. ZACCARONI (2024), p. 313.

²⁸ Quer ao nível da União Europeia, por meio da adoção do Regulamento sobre inteligência artificial, quer ao nível do Conselho da Europa, com a convenção-quadro do Conselho da Europa.

²⁹ Por meio da adoção de um Regulamento Geral da Proteção de Dados na União Europeia. V. a referência a uma especificidade europeia neste domínio, em SCHWARTZ e PEIFER (2017), pp. 121 e ss.

³⁰ ORAKHELSHVILI (2006), p 39; TOMUSCHAT (2015), p 28, e KOLB (1998), p. 99.

uma norma de *jus cogens*, sendo esta definida como uma «norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional no seu conjunto». É certo que se admite não ser necessário fazer prova do reconhecimento unânime dos Estados da comunidade internacional³¹; de todo o modo, a alusão à universalidade pretende indicar que se estará diante de normas que transcendem as diferenças e as fronteiras regionais³²;

b) O Projeto de Conclusões sobre normas imperativas de Direito Internacional (*jus cogens*), aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2022, refere-se às normas imperativas nos seguintes termos:

- i. na Conclusão 2 afirma-se que as normas imperativas refletem e protegem «valores fundamentais da comunidade internacional», tomando mais uma vez esta última como referência do âmbito subjetivo de aplicação da norma;
- ii. no mesmo lugar, diz-se que são normas «universalmente aplicáveis». No comentário a esta conclusão³³ esclarece-se que tal significa que são vinculativas para todos os sujeitos de Direito Internacional, obrigando Estados e Organizações Internacionais;
- iii. na Conclusão 3 afirma-se o carácter inderrogável das normas de *jus cogens*, não podendo ser contrariadas por outras normas, nem suscetíveis de compressão ou ponderação;
- iv. na Conclusão 4 declara-se que são normas de *direito internacional geral*. O comentário a esta conclusão esclarece que se trata de normas com um âmbito de aplicação geral que vinculam, com idêntica força, todos os membros da comunidade internacional³⁴;

³¹ RAGAZZI (1997), pp. 55-56.

³² Durante a fase de elaboração da Convenção de Viena foi amplamente discutida a possibilidade de o artigo 53.º fazer referência a normas imperativas regionais. A preocupação dos Estados que rejeitaram essa possibilidade, tal como os que se opunham em geral à própria referência a normas de *jus cogens* como critério de validade dos Tratados, estava sobretudo no receio de que a norma pudesse ser abusivamente invocada como motivo de não cumprimento de um tratado. ZOUAPET (2021), pp. 52-53. A discussão pode ser acompanhada nos trabalhos preparatórios, que estão disponíveis em <https://legal.un.org/ola/> (acedido em 13.12.2004).

³³ N.º 10.

³⁴ Comentário 9.

- v. na Conclusão 7 indica-se que, para a identificação das normas de *jus cogens*, relevam a aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional de Estados «no seu conjunto», reafirmando-se o teor do artigo 53.º da Convenção de Viena acima referido, e entendendo-se que, para o efeito, basta uma maioria larga e representativa dos Estados da comunidade internacional, que transcenda regiões, sistemas jurídicos e culturas³⁵;
 - vi. na Conclusão 17 reforça-se que estas normas contêm obrigações devidas à comunidade internacional no seu conjunto (*erga omnes*)³⁶. Tal significa que todos os Estados têm um interesse jurídico na observância da norma, detendo, mesmo que não sejam afetados pela sua violação, legitimidade para demandar em juízo o Estado que a violou. A título de exemplo recente, veja-se o caso do litígio pendente no TIJ entre a Nicarágua e a Alemanha, no qual a primeira reclama a responsabilidade da segunda pelo auxílio prestado a Israel no conflito em Gaza e, por conseguinte, pelo contributo para o genocídio que, no seu entender, aí se verifica³⁷. Não sendo parte no conflito, a Nicarágua fundamenta a sua legitimidade no carácter *erga omnes* das obrigações internacionais alegadamente violadas (proibição de genocídio e regras de direito humanitário). As normas imperativas regionais nunca poderiam ser oponíveis *erga omnes*.
- c) Por último, o reconhecimento de regras imperativas regionais contribuiria para acentuar o carácter fragmentado do Direito Internacional, que a doutrina do *jus cogens* visaria justamente contrariar ou atenuar.

Em suma, o conceito de normas imperativas, ou de normas de *jus cogens*, parece irremediavelmente associado à exigência da sua universalidade.

³⁵ Pars. 37-40 dos Comentários.

³⁶ GAJA (1981), pp. 280-281. Nem todas as obrigações *erga omnes* são imperativas, mas todas as normas imperativas são *erga omnes*.

³⁷ *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*.

4. A superação dos obstáculos e a viabilidade de um *jus cogens* no espaço europeu

Os obstáculos apontados não parecem, contudo, insuperáveis.

I. É importante, desde logo, recordar que a hipótese do *jus cogens* foi desenvolvida num contexto internacional muito diferente daquele que vivemos hoje. Embora a reflexão contemporânea sobre normas imperativas tenha sido introduzida pelo artigo 53.º da Convenção de Viena de 1969, a verdade é que desde os alvares da ciência do Direito Internacional se encontram referências a normas universais: a, designada, Escola Espanhola do Direito Internacional (séculos XV-XVI) associava-as ao direito natural, e Hugo Grócio, pelo menos numa primeira fase, vem depois debruçar-se sobre as suas características. Nem mesmo no apogeu do positivismo jurídico o conceito perdeu interesse³⁸.

Ora, há que reconhecer que a comunidade internacional na qual o conceito amadureceu, com poucos sujeitos e homogênea, era muito diferente da atual, e que, portanto, o termo “universal” assumia um significado bastante mais limitado. No tempo dos impérios europeus, o sistema internacional representava um número diminuto de Estados, culturalmente semelhantes. Por isso, num tal contexto, desenvolver-se a ideia de que as normas de *jus cogens* eram universais não surpreende; a universalidade era, nessa época e para quem se dedicava a estas questões, essencialmente europeia.

Mais importante, contudo, é que, perpassando os vários argumentos normativos acima referidos, vemos como, na esteira de G. Gaja, «não existem razões de fundo para recusar a existência de um *jus cogens* regional»³⁹:

- a) Desde logo, vale a pena recordar que da Convenção de Viena e do «Projeto de Conclusões da Comissão de Direito Internacional sobre *jus cogens*» não se pode inferir uma posição normativa quanto à (in)existência de *jus cogens* regional, mas apenas que a definição de *jus cogens* dali constante foi estabelecida apenas para os efeitos dos respetivos textos⁴⁰: a Convenção de Viena é um tra-

³⁸ V. uma descrição histórica do desenvolvimento do *jus cogens* em BAPTISTA (1997), pp. 25-104.

³⁹ GAJA (1981), p. 284.

⁴⁰ KOLB (1998), p. 99, e VIRALLY (1966), p. 14.

tado multilateral que essencialmente codifica Direito Internacional geral em matéria de celebração de tratados, para a qual as especificidades regionais não são relevantes; mesmo se se quiser afirmar, como Orakhelashvili⁴¹, com base nos trabalhos preparatórios, que se quis expressamente excluir o *jus cogens* regional, a verdade é que a Convenção de Viena não tem uma pretensão autoritativa a este respeito. Quanto às Conclusões sobre *jus cogens*, impõe-se que sejam lidas no âmbito da missão que as Nações Unidas confiam à Comissão de Direito Internacional que as elaborou, que vem a ser a da codificação e o desenvolvimento do Direito Internacional, no espírito universalista que atravessa a Carta das Nações Unidas⁴². Aliás, nos Comentários de que a Comissão de Direito Internacional faz acompanhar o texto do Projeto afirma-se que ele «[se] ocupa apenas de normas imperativas de direito internacional geral, e não das normas imperativas nos sistemas jurídicos internos, bilaterais ou regionais»⁴³, sobre os quais não se toma posição.

- b) Ainda no que toca à referência ao carácter universal das normas de *jus cogens*, é preciso notar que ela não obsta à existência de normas imperativas ao nível regional, contanto que a referência à universalidade respeite ao conteúdo material de tais normas. De facto, é possível conceber a existência de valores universalizáveis (isto é, suscetíveis de informar a comunidade internacional no seu conjunto), que se traduzem em normas cujo carácter imperativo foi reconhecido apenas por uma parte da comunidade internacional.
- c) Aliás, o processo de formação de uma norma imperativa é, como acontece com outras normas consuetudinárias, reconhecidamente lento. A imperatividade não tem de ser reconhecida por toda a comunidade internacional em simultâneo – e, geralmente, não é. Assim, é perfeitamente plausível que uma norma seja reconhecida como imperativa por alguns Estados antes de o ser para outros, e é também provável que a perceção dessa natureza passe, por contágio, entre Estados que partilhem uma mesma estrutura de pensamento jurídico.

⁴¹ ORAKHELASHVILI (2006), p. 39.

⁴² Cfr. o artigo 13.º da Carta das Nações Unidas e o artigo 1 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947. LIMA/MAROTTI (2022), p. 224.

⁴³ Comentário à Conclusão 1, par. 8.

Assim sendo, a questão não é tanto a de saber se a regra é suficientemente universal para que possa ser considerada imperativa, mas a de saber se o grupo de Estados que reconhece essa imperatividade tem suficiente homogeneidade para se poder apurar uma tendência para a cristalização da regra. De facto, uma norma imperativa ao nível regional não é mais do que uma norma que foi objeto de reconhecimento parcial numa região na qual, por virtude de uma certa afinidade histórica, cultural, política, social, os Estados se reconhecem vinculados pelos mesmos princípios – o que estará na base, aliás, do desenvolvimento de formas de cooperação mais estreita que ajudam ao desenvolvimento dessas regras. O reconhecimento ao nível regional tem maior significado enquanto prova da sedimentação da regra do que o seu reconhecimento por parte de um conjunto aleatório de Estados, geograficamente dispersos e sem qualquer relação entre si, situação em que a regra é mais permeável a oscilações e retrocessos.

- d) Também a natureza superior e inderrogável das normas de *jus cogens* não tem de ser incompatível com a formação de normas imperativas ao nível regional. De facto, a coerência da ordem jurídica exige que as normas de *jus cogens* não se contradigam e é também por isso que o elenco das normas de *jus cogens* é geralmente tão limitado⁴⁴, incluindo apenas o mínimo consensualmente inderrogável. O risco de colisão entre normas regionais e universais poderia gerar conflitos de vinculação para os Estados sujeitos a ambas as regras. O risco fica acautelado, porém, desde que se considere que normas regionais e universais partilham a mesma unidade de sentido.
- e) Por outro lado, o carácter *erga omnes* das normas de *jus cogens* pode ser reconhecido à escala regional, relativamente ao universo de Estados vinculados pela norma. Terão legitimidade para agir em defesa do interesse protegido pela norma apenas os Estados que a ela estão sujeitos.
- f) Por fim, a ideia de que no Direito Internacional *o consentimento é a regra* e a *imperatividade é excecional* também não constitui, em si, um obstáculo à existência de *jus cogens* regional, mais do

⁴⁴ V., por exemplo, o elenco constante de anexo ao Projeto de Conclusões da CDI sobre normas imperativas de Direito Internacional.

que o é em relação à norma de *jus cogens* universal. É preciso notar, a título preliminar, que no Estado atual do DIP o consentimento perdeu a centralidade que tinha no Direito Internacional Clássico, cujos sujeitos eram exclusivamente os Estados soberanos (e no entendimento particular que a soberania tinha nesse período) e que, em grande medida, a comunidade internacional se concebe hoje mais a partir da necessidade de proteção de interesses comuns⁴⁵. Resta, portanto, deste argumento a necessidade de que as normas imperativas se refiram a interesses essenciais para os Estados por elas abrangidos. Tem de haver prova inequívoca e razão de princípio suficientemente imperiosa para que se possa conceber a existência de uma regra imperativa regional que limita a vontade dos Estados, tal como, de resto, sucede com as regras imperativas que vinculam a comunidade internacional de Estados no seu conjunto.

II. Se, por um lado, os obstáculos habitualmente invocados não procedem, a verdade é que, por outro lado, existem argumentos que tornam plausível a existência de um *jus cogens* regional:

- a) A partilha de um espaço geográfico comum entre alguns povos, a sua história e cultura partilhadas, a inconstância das suas fronteiras e da configuração do poder sobre o território conduzem inevitavelmente ao desenvolvimento de regras comuns entre eles, que se tornam o seu *modo de viver*⁴⁶.
- b) De resto, a relevância da existência de afinidades regionais foi assumida pela própria Comissão de Direito Internacional, durante a elaboração do «Projeto de Conclusões». Ali se considerou, a propósito da questão de saber quando é que se poderia concluir que uma norma imperativa era reconhecida pela comunidade internacional de Estados «no seu conjunto» – e rejeitada a hipótese de ter de o ser por aceitação unânime –, que a avaliação deve ser qualitativa e não puramente quantitativa. Por outras palavras, devia levar-se em conta se a maioria de Estados que reconhece a norma seria suficientemente «representativa», isto é, atravessando

⁴⁵ RUFFERT (2005), p. 296.

⁴⁶ BAPTISTA (1997), pp. 390-392.

regiões, sistemas jurídicos e culturas⁴⁷. A Comissão reconhecia, implicitamente, a existência de uma homogeneidade regional que pode ter relevância jurídica na determinação do carácter universal da norma (para a Comissão de Direito Internacional tal relevância será apenas negativa, subentendendo-se que considera que, se o reconhecimento do carácter imperativo não incluir Estados de diferentes tradições regionais, não se poderá afirmar o seu carácter universal⁴⁸).

- c) Para uma determinada visão, que não toma a ordem internacional como um mero facto, mas como uma realidade normativa e que aspira a garantir a coexistência pacífica e justa dos sujeitos, a utilidade das regras de *jus cogens* (enquanto elemento formativo dessa ordem) seria diminuta se estivesse dependente de um reconhecimento generalizado. De facto, é difícil apurar a existência de um consenso mínimo, um denominador comum entre todos os Estados de comunidade internacional, que vá para além dos extremos da proibição da tortura, da escravatura e do genocídio. A afirmação de princípios imperativos regionais permitiria cristalizar o acordo dos Estados em determinados domínios e aprofundar o seu relacionamento.
- d) Como vimos dos casos descritos na introdução, alguns tribunais internacionais referem a existência de princípios de *jus cogens* com carácter regional, ou de princípios que, tendo natureza universal, são interpretados de modo particular nalgumas regiões. Regista-se também a alusão a outras normas imperativas ao nível regional, como sendo a chamada Doutrina Brezhnev, formulada em 1968 pelo então secretário-geral do Partido Comunista soviético homónimo, justificando a intervenção armada dos Estados soviéticos perante uma ameaça ao socialismo num dos Estado do bloco (o que, de resto, constituiu a primeira vez em que a questão da existência de um *jus cogens* regional se colocou); ou a proposta, em países islâmicos, de uma especificidade regional justificativa da interpretação de declarações de direitos humanos em conformidade com o Corão e o Sunnah⁴⁹. Estes dois últimos exemplos,

⁴⁷ Comentário à Conclusão 7, pars. 6-8.

⁴⁸ ZOUAPET (2021), p. 67.

⁴⁹ GOZZI (2019), pp. 221-266. V. os artigos 24 e 25 da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islão, de 1990.

contudo, não parecem satisfazer as condições de que depende a afirmação do seu carácter imperativo – no primeiro caso porque é inconciliável com a regra universal que proíbe o uso da força, no segundo porque se demonstra dificilmente universalizável.

III. Em concreto, encontra-se, no continente europeu, um caldo de princípios partilhados, com suficiente densidade para gerarem regras comuns que constituem traço essencial da sua identidade.

«Em termos estruturais, aquilo que une uma comunidade e a diferença das outras é uma “relativa homogeneidade”»⁵⁰. Pese embora as várias diferenças entre os povos europeus, as particularidades das várias regiões e as distintas configurações políticas, a afinidade entre os Estados europeus permite a identificação da Europa como um bloco internacional. Essa homogeneidade parte das possibilidades abertas pela partilha de um espaço comum, mas não se identifica apenas pela geografia, já que se trata de um continente cujos limites geográficos são imprecisos a leste, na sua junção ao continente asiático. Em todo o caso, a alta densidade populacional num território relativamente exíguo contribuiu para o estabelecimento de estreitas relações entre os povos que sucessivamente habitaram a região, e o desenvolvimento de um *modo de viver* comum numa altura em que as fronteiras nacionais não tinham ainda estabilidade. A afinidade entre os povos europeus decorre de uma cultura construída durante séculos, a partir da influência de diferentes povos e de um património espiritual comum, assente numa «dualidade primordial (...): a herança dupla de Atenas e Jerusalém»⁵¹, ou, para outro Autor, «a herança da Grécia, de Roma, do Cristianismo – quais bases do “espírito europeu”»⁵².

Esta identidade foi referida e cultivada como fator de unidade europeia desde o pensamento político medieval, através da referência a uma *Respublica Christiana*, da constituição do Sacro-Império Romano-Germânico e, mais tarde, do Concerto Europeu saído do Congresso de Viena, de 1815. E foi essa mesma consciência de uma identidade partilhada, que possibilitou a criação de formas de cooperação estreita entre os Estados europeus ao longo do século XX, traduzidas nos sistemas do Conselho da Europa (em particular, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos)

⁵⁰ MEDEIROS (2024), p. 176.

⁵¹ STEINER (2005), p. 36. V. pp. 26-44. WEILER (2003), pp. 27-30.

⁵² ROCHA (2017), p. 213.

e da União Europeia. Estes sistemas regionais assumem uma origem e um propósito ético⁵³ tomando determinadas regras como informantes dos respetivos sistemas e com carácter superior⁵⁴, chegando mesmo a falar-se de uma identidade constitucional europeia⁵⁵. A expressão sugere não apenas a existência de valores comuns, mas o reconhecimento do seu carácter estruturante nas sociedades. As instituições supranacionais comuns assumem a tarefa de garantir essas regras, como se tem visto recentemente a partir da reação diante da crise do Estado de Direito em alguns países da União.

Ao longo do século xx, esta identidade foi assumida e aprofundada em diversos documentos europeus. Os Chefes de Estado e de Governo reunidos em Copenhaga, em 1973, assinaram uma Declaração sobre a Identidade Europeia, visando a afirmação da identidade europeia e a responsabilidade das Comunidades no plano internacional (propósito que viria a ser retomado no Preâmbulo do Tratado de Maastricht). A Declaração reconhecia «a variedade de culturas no âmbito de uma mesma civilização europeia, o apego a valores e princípios comuns, a convergência nas conceções de vida, a consciência de possuir em comum interesses específicos e determinação em participar na construção de uma Europa unida»⁵⁶.

Diversos Autores aludem a um modo de vida europeu, que congrega os valores da democracia liberal e do respeito pelos direitos fundamentais como instrumentos fundacionais da ordem europeia. Entre nós, Francisco Lucas Pires recordava que «ambos determinam a nossa ação segundo normas, de modo não arbitrário, decidida em liberdade, mas de acordo com critérios e valores comuns de civilização e cultura»⁵⁷. O mesmo Autor acrescentava: «Direito, democracia, justiça e liberdade

⁵³ No Preâmbulo do Tratado da União Europeia pode ler-se que os Estados se «inspira[m] no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito», e que a sua política externa visa, designadamente, «fortalece[r] (...) a identidade europeia e a sua independência, em ordem a promover a paz, a segurança e o progresso na Europa e no mundo».

⁵⁴ LIMA/MAROTTI (2022), p. 231.

⁵⁵ MANTILLA DE LOS RÍOS (2022), secção III. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 2022, *Hungria c. Parlamento Europeu e Conselho*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, par. 127.

⁵⁶ *Document on the European Identity published by the Nine Foreign Ministers*, 14 December 1973, Copenhagen, n.º 3.

⁵⁷ PIRES (1994), p. 39.

tornaram-se assim função deste valor ao mesmo tempo supremo e uno da “dignidade humana” e projeções ideais da essência da cultura europeia»⁵⁸, tal como as ideias de «“medida”, “proporção” e “adequação”, um comedimento de uma racionalidade que imbui, de resto, mais intimamente toda a sua lógica jurídica»⁵⁹. Também Kolb reconhece que «existe hoje, na Europa, no que respeita ao princípio democrático, aos direitos humanos ou outras matérias, uma visão de ordem pública, e por isso de direito imperativo, mais ampla que no direito internacional»⁶⁰.

Enfim, encontramos uma projeção destes princípios nos Preâmbulos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Afirma-se no primeiro:

«Os Governos signatários (...) reafirma[m] o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem.»

Na Carta de Direitos Fundamentais, descrevendo direitos em torno dos seis núcleos da «constelação axiológica da identidade europeia» – dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça⁶¹ – afirma-se que:

«[o]s povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito.»

⁵⁸ PIRES (1994), p. 39.

⁵⁹ PIRES (1994), p. 40.

⁶⁰ KOLB (1998), p. 102.

⁶¹ ROCHA (2017), p. 215.

Esta especificidade europeia é frequentemente traduzida na ideia de *ordem pública europeia*⁶², que se refere a um conjunto de normas que constituem uma ordem valorativa comum na qual assenta a vida em sociedade. Caso paradigmático neste domínio é, por exemplo, o não reconhecimento de casamentos poligâmicos, que constitui prática habitual dos Estados europeus e marca presença em legislação da União: no artigo 4.º, n.º 4, da Diretiva relativa ao reagrupamento familiar⁶³, afirma-se que «[e]m caso de casamento polígamo, se o requerente do reagrupamento já tiver um cônjuge que com ele viva no território de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa não autorizará o reagrupamento familiar de outro cônjuge». Note-se que, na ponderação entre as exigências da vida familiar e a ordem pública europeia, a decisão é tomada em favor desta última, dizendo-se expressamente no Preâmbulo que «o direito ao reagrupamento familiar deverá ser exercido na necessária observância dos valores e princípios reconhecidos pelos Estados-Membros, designadamente dos direitos das mulheres e das crianças, observância que justifica a eventualidade de poderem ser tomadas medidas restritivas em oposição a pedidos de reagrupamento familiar de agregados familiares polígamos»⁶⁴.

A jurisprudência do TEDH (desde logo no acórdão *Soering*, acima mencionado) frequentemente alude à Convenção como um instrumento da «ordem pública europeia»⁶⁵, sem, contudo, especificar quais as normas que integram ou caracterizam essa mesma ordem pública. Por isso, é muitas vezes acusado de utilizar a expressão como um recurso retórico, sem lhe atribuir substância⁶⁶. Afirma-se, criticamente, que o Tribunal

⁶² Os princípios de *jus cogens* são considerados princípios de ordem pública internacional, isto é, interesses da comunidade internacional no seu conjunto que prevalecem sobre interesses conflituantes de Estados individuais ou grupos de Estados [ORAKHELASHVILI (2006), pp. 10, 67]. V. as referências nesse sentido feitas no acórdão no caso *Kadi*, T-315/01, acima referido, n.º 226.

⁶³ Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. V. KINSCH (2014), p. 153; STYBNAROVA (2020), pp. 2-3.

⁶⁴ N.º 11 do Preâmbulo.

⁶⁵ V., por exemplo, o acórdão de 23 de março de 1995, *Loizidou c. Turquia* (objeções preliminares), Queixa n.º 15318/89, pars. 37, 75 e 93; o acórdão de 30 de junho de 2005 no caso *Bosphorus c. Irlanda* (Grande Câmara), Queixa n.º 45036/98, par. 156; e, mais recentemente, no acórdão de 21 de janeiro de 2021 (Grande Câmara), no caso *Geórgia c. Rússia (II)*, Queixa n.º 38263/08, par. 141: «a Convenção é um instrumento constitucional da ordem pública europeia».

⁶⁶ DZEHTSIAROU (2022), p. 62 e ss.

ficciona uma «identidade constitucional abstrata para um continente inteiro»⁶⁷.

É verdade que os princípios referidos – dignidade, igualdade, liberdade, democracia – têm um elevado grau de abstração, carecendo de densidade suficiente para poderem ser considerados inderrogáveis e assumindo concretizações diferentes nos vários Estados. Por exemplo, o reconhecimento da dignidade humana, ou de direitos como o da tutela judicial efetiva, é compatível com soluções legislativas diversas a respeito dos limites máximos das penas de prisão. Mas é inegável que, num fenómeno que é bidirecional, a partilha de valores comuns facilita o diálogo entre os Estados e a criação de instituições comuns; e que estas, por sua vez, vão contribuindo para o desenvolvimento de princípios e tornando mais fina a sua interpretação. Não é de estranhar, pois, que como resultado de ponderações sucessivas se torne possível a identificação de regras absolutas imperativas.

5. A *opinio juris* quanto ao carácter imperativo de proibição da pena de morte

Porque a análise não se pode fazer de modo abstrato, tomaremos novamente o caso da proibição da pena de morte, já estabelecida na quase totalidade do continente europeu e com progressiva, embora lenta, expansão por vários outros Estados. Esta é a candidata «mais viável»⁶⁸ a uma norma imperativa europeia.

Conhece-se o movimento de abolição da pena de morte, que se verifica ao nível internacional desde o século XIX. A sua história está também inscrita nas convenções internacionais que, a partir da segunda metade do século XX, estabelecem, com graus de vinculação variados, a proibição da pena. É o caso do Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que se destina à abolição da pena de morte. Do mesmo modo, os estatutos de tribunais penais internacionais (v.g. TPI⁶⁹, Estatutos dos TP para a ex-Jugoslávia⁷⁰, Ruanda⁷¹ e Serra Leoa⁷²) excluem a possibilidade de aplicação da pena de morte,

⁶⁷ GREER e WILLIAMS (2009), p. 465.

⁶⁸ ABDOLLAHI e BEHZADI (2020), p. 54.

⁶⁹ Artigo 77.º.

⁷⁰ Artigo 24.º.

⁷¹ Artigo 23.º.

⁷² Artigo 19.º.

mesmo em caso de condenação de crimes graves como o de genocídio. Ao nível global, o movimento fez também caminho nas Nações Unidas, cuja Assembleia Geral aprovou uma resolução na qual se insta os Estados a limitar o recurso à pena, através da fixação de regras mínimas de proteção de pessoas sujeitas a pena de morte, como sendo a limitação da sua aplicação em crimes graves dos quais resulte a privação da vida ou outras consequências graves; a sua não aplicação em crimes não violentos ou crimes políticos, bem como a não aplicação a menores de 18 anos, mulheres grávidas ou pessoas com demência; a exigência de prova inequívoca, julgamento imparcial e garantias de defesa e recurso; ou a necessidade de optar pelo meio de aplicação da pena letal que gere o menor sofrimento possível. É igualmente sugerida a aplicação de moratórias, com vista à sua futura abolição⁷³.

Apesar deste movimento, o fundamento da proibição internacional continua a ser meramente convencional, sendo consensual que não existe *opinio iuris* quanto ao carácter perentório da norma ao nível universal; permanecem cerca de oitenta Estados cujos sistemas jurídicos admitem a pena de morte.

No plano europeu, o Protocolo n.º 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotado em 1983, estabeleceu a proibição da pena para crimes comuns, mantendo-se a possibilidade de aplicação em tempo de guerra; e seria o Protocolo n.º 13 da mesma Convenção, em 2000, a estabelecer a proibição definitiva da pena de morte em qualquer circunstância. Os Estados europeus foram progressivamente abolindo a pena de morte, começando pela sua prática e depois excluindo-a da sua legislação (para crimes civis e só depois para crimes militares). Em muitos dos Estados de Leste foi abolida já durante este século XXI, para cumprir os critérios de adesão à UE, já que a Carta dos Direitos Fundamentais prevê a sua proibição no artigo 2.º. De resto, a União assume, como parte da sua identidade à escala internacional, a afirmação dos direitos humanos, na qual se inclui a promoção da abolição da pena de morte ao nível global⁷⁴. Atualmente, na Europa, só a Bielorrússia aplica ainda a pena de morte (tendo até sido recentemente alargada para punir crimes de alta traição por funcionários do Estado); na Rússia, a pena

⁷³ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 15 de dezembro de 2022, 77.ª sessão, A/RES/77/222.

⁷⁴ V., por exemplo, a Declaração do Conselho sobre a Pena de Morte, de 8 de julho 2020.

mantém-se prevista na legislação, mas, desde 1996, vigora uma moratória que impede a sua aplicação.

Ocorre, portanto, que a proibição da pena de morte adquiriu reconhecimento significativo na Europa, quer ao nível dos Estados, quer ao nível das instituições comuns, para se afirmar como regra e que existe *opinio iuris* a favor do seu carácter imperativo.

6. Regime das regras imperativas regionais

As regras imperativas ao nível regional não são essencialmente distintas das que o são ao nível universal, pois partilham da mesma natureza, não obstante a *opinio juris* sobre a imperatividade da norma regional existir apenas nos Estados que integram a região, limitando naturalmente o seu âmbito espacial. Importa, no entanto, esclarecer alguns pontos.

a) A universalidade dos interesses que protegem

As regras imperativas regionais protegem valores que, não sendo universais, são universalizáveis. Esta característica é essencial para garantir a coerência do sistema e dela decorre a necessária dependência e não contrariedade das normas regionais em relação às normas imperativas universais⁷⁵. De facto, as regras imperativas regionais podem constituir um aprofundamento, mas não um retrocesso, em relação às regras imperativas de cariz universal. Daí a impossibilidade de qualificar como *jus cogens* a chamada doutrina *Brezhnev*, porque ela contrariava a regra (imperativa) da proibição de agressão.

Aliás, o reconhecimento da imperatividade de determinada norma ao nível regional pode preceder o seu reconhecimento universal, integrando o *léxico* do direito internacional geral⁷⁶. A proibição da pena de morte, que já se cristalizou na Europa, está em expansão no plano internacional. Nalgumas regiões, são afirmadas refrações da regra, por exemplo, a proibição da aplicação da pena a menores⁷⁷. É sugestivo que mesmo quem afirma a essencialidade do critério da universalidade na determinação de regras de *jus cogens* reconheça o papel que as ordens jurídicas regionais

⁷⁵ VIRALLY (1966), p. 14.

⁷⁶ PELLET (2006), p. 89; HASMATH (2012), p. 11.

⁷⁷ LIMA/MAROTH (2022), p. 229.

têm no desenvolvimento dessas regras⁷⁸. O campo dos direitos humanos, crescentemente universalizado, parece ser especialmente favorável a esta evolução, devendo entender-se que as normas imperativas regionais podem ser úteis no desenvolvimento e aprofundamento de normas universais⁷⁹.

Referindo-se a interesses coletivos, as regras imperativas regionais são também regras *erga omnes*, ainda que apenas quanto aos Estados integrantes na região e vinculados pela norma⁸⁰.

b) A inderrogabilidade

A natureza inderrogável das normas de *jus cogens* constitui, para muitos, o maior obstáculo ao reconhecimento de regras imperativas ao nível regional⁸¹. A circunstância de serem imperativas apenas para alguns Estados, e não para todos, expõe-nas ao risco de contrariedade com outras normas internacionais. É preciso, contudo, delimitar esse risco.

Desde logo, as normas regionais de carácter imperativo prevalecem sobre normas constantes de convenções internacionais celebradas entre Estados integrantes da região, com consequências idênticas às previstas no artigo 53.º da Convenção de Viena. Prevalecem igualmente sobre normas consuetudinárias com o mesmo âmbito geográfico, devendo considerar-se que as práticas contrárias constituem violação da norma imperativa e não uma simples pretensão de não serem abrangidas por ela (como sucederia em relação ao objeto persistente de uma norma costumeira sem carácter imperativo⁸²).

A questão torna-se mais complexa quando se analisa a relação entre a norma imperativa regional e as convenções celebradas entre Estados sujeitos a ela e outros Estados (ou, numa situação equivalente, entre a norma imperativa regional e normas consuetudinárias de carácter geral). Neste caso, a norma universal contrária à regra (regional) de *jus cogens* não é inválida, pois não é logicamente possível que o seja para uma das partes (o Estado abrangido pela norma regional) e que seja válida para

⁷⁸ ZOUAPET (2021), pp. 62-63.

⁷⁹ BAPTISTA (1997), p. 390.

⁸⁰ MIK (2013), p. 54, RAGAZZI (1997), pp. 194-199.

⁸¹ ORAKHELASHVILI (2006), p. 39, sugere que a consideração de normas de *jus cogens* regional introduziria o caos no sistema jurídico internacional.

⁸² Conclusão 14, n.º 3.

outra (o Estado Parte não pertencente a essa região)⁸³. O exemplo não é meramente académico, e surge no início deste estudo ilustrado pelo caso *Söering*, no qual se suscitou a questão da incompatibilidade entre uma convenção de extradição vigente entre o Reino Unido e os Estados Unidos e a regra que proíbe a pena de morte e cuja natureza imperativa foi suscitada ao longo do processo. Poderia também ser equacionada a compatibilidade entre a proibição da pena de morte e a regra consuetudinária *aut dedere aut judicare* («ou extraditar ou julgar»). Nestes casos surge verdadeiramente um conflito de vinculação para o Estado abrangido pela norma, colocado, de um lado, entre a necessidade de observância da regra imperativa e, de outro, do princípio *pacta sunt servanda*, regra para a essencial estabilidade das relações internacionais.

Kolb, que entende o *jus cogens* como uma técnica jurídica ligada exclusivamente ao carácter inderrogável de certas normas pelos Estados por elas abrangidos, não vislumbra qualquer dificuldade na situação descrita, considerando que «é (...) perfeitamente compatível com um estatuto de *jus cogens* regional ou particular inibir determinados atos jurídicos no interior do sistema, mas, ao mesmo tempo, ceder a outras normas nas relações externas»⁸⁴. Não nos parece, contudo, que esta posição seja sustentável, à luz da pretensão do *jus cogens* e do que significa afirmar que as suas regras são imperativas. Ela ignora o facto de que o reconhecimento de normas como essenciais para determinado grupo de Estados os leva frequentemente a moldar o seu comportamento internacional à luz dos mesmos princípios. De facto, a *opinio juris* quanto ao carácter cogente de tais regras decorre do reconhecimento da sua essencialidade para os Estados a ela vinculados, a qual não varia consoante o Estado ao qual a norma se opõe. Se a mesma norma for, para um Estado, imperativa nas suas relações com alguns Estados e derogável nas relações com outro Estado, estará comprometida a própria coerência dos sistemas jurídicos internos.

É por isso, de resto, que os Estados abolicionistas procuram limitar a extradição para países onde a pena de morte é aplicável. Nalguns Estados europeus, como Portugal, a mera possibilidade de aplicação da pena de morte no Estado requisitante impede a extradição, não sendo possível sequer requerer a prestação de garantias de que a pena não será aplicada⁸⁵.

⁸³ ORAKHELASHIVILI (2006), p. 39.

⁸⁴ KOLB (2015), p. 99.

⁸⁵ Cfr. artigo 33.º, n.º 6, da Constituição portuguesa.

Também é vulgar que, na negociação de convenções de extradição, seja proposta a introdução de cláusulas que prevejam a recusa de extradição nos casos em que seja possível a aplicação da pena de morte pelo Estado requisitante, ou o compromisso, pelos Estados onde ela se mantém, de que não aplicarão a indivíduos extraditados por Estados abolicionistas⁸⁶. A União Europeia tem instado os seus Estados-Membros a procederem deste modo nos tratados bilaterais de extradição que celebram com Estados terceiros, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece, no seu artigo 19.º, n.º 2, que «[n]inguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes». Nestas circunstâncias, restará ao Estado vinculado pela norma imperativa assumir a obrigação de julgar, através da atribuição da competência aos seus tribunais. O artigo 5.º, n.º 1, alíneas *c*) e *f*) do Código Penal português ilustra esta opção, ao estabelecer justamente a aplicabilidade da lei portuguesa em relação a crimes praticados fora do território e quanto aos quais não possa haver extradição⁸⁷.

Na ausência de garantias prévias acordadas entre o Estado requisitante e o Estado onde o indivíduo se encontra, restará ao último o não cumprimento do pedido de extradição. Em 1990, o Supremo Tribunal dos Países Baixos analisou o pedido de extradição de um militar norte-americano requerido pelos Estados Unidos para julgamento de um crime de homicídio. A «Convenção entre os Estados Partes no Tratado do Atlântico Norte relativa ao Estatuto das suas Forças» (1951) previa a entrega incondicional de arguidos nestas circunstâncias [artigo VII, n.º 5, al. *a*)], mas o Supremo Tribunal considerou que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o seu Protocolo Adicional n.º 6 prevaleciam sobre aquele acordo, pelo que a extradição não poderia ser aceite a não ser que fossem prestadas garantias por parte do Estado requerente.

É interessante verificar como, no quadro da vinculação internacional dos Estados europeus e da União nas áreas cobertas pelo ordenamento europeu, se reconhece uma certa «excepcionalidade europeia», uma tolerância internacional diante do reconhecimento da essencialidade de

⁸⁶ Por exemplo, a Declaração constante da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2007, aquando da aprovação do Instrumento conforme o n.º 2 do artigo 2.º do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre Extradicação, assinado em Washington em 25 de junho de 2003 (*Diário da República*, 1.ª série, 10 de setembro de 2007).

⁸⁷ XAVIER (1997), pp. 75-76.

determinados valores para os Estados-Membros e a União. No conhecido acórdão *Alemanha c. Conselho* (“*bananas*”), de 1998⁸⁸, o Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de anular a decisão de celebração de um acordo internacional concluído pela Comunidade, depois de se ter verificado que o mesmo violava o princípio geral de não discriminação, pedra angular do Direito da União. Ainda que não tivesse havido aí alusão a normas imperativas *qua tale*, não deixa de se registar a tendência europeia para a salvaguarda dos seus valores no contexto internacional, e a exigência de cumprimento das obrigações europeias antes das internacionais.

Parece, portanto, que restará ao Estado sujeito à regra imperativa regional o não cumprimento da convenção contrária àquela, e isto não obstante a situação não estar prevista na Convenção de Viena como justificativa da denúncia unilateral dos Tratados⁸⁹: de facto, tal desvinculação configura, *prima facie*, um ilícito internacional. Será então necessário encontrar no Direito Internacional causa de justificação da inobservância da norma convencional ou consuetudinária contrária à regra regional imperativa, sem a qual o Estado poderá incorrer em responsabilidade por violação do Tratado.

Não se encontra resposta para este problema nos instrumentos internacionais que aludem a regras de *jus cogens* – a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Conclusões provisórias da Comissão de Direito Internacional sobre *jus cogens* e o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional –, porquanto, como vimos, eles se referem apenas a normas imperativas universais, nas quais o problema não se coloca. Julgamos que a resposta pode ser encontrada na figura da força maior, enquanto causa de exclusão de ilicitude, reconhecida pelo Direito Internacional e mencionada nos Artigos Provisórios relativos à Responsabilidade Internacional. Dispõe o artigo 23.º desse texto:

«*Força maior*

I. A ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional daquele Estado será excluída se o ato se der em razão de força maior; entendida como a ocorrência de uma força irresistível ou de um acontecimento imprevisível, além do

⁸⁸ Acórdão de 10 de março de 1998, *Alemanha c. Conselho*, C-122/95, EU:C:1998:94.

⁸⁹ Cfr. o artigo 42.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

controle do Estado, tornando materialmente impossível, nesta circunstância, a realização da obrigação.»

c) Garantia

As normas imperativas ao nível regional beneficiam de uma garantia mais intensa que as normas universais, já que as instituições regionais tendem a ser mais eficazes e coesas do que as de cariz universal, quer no controlo de comportamentos contrários às regras, quer na execução das decisões. Na Europa, a existência de dois tribunais que, embora com tarefas distintas, assumem ambos o compromisso de velar pelo respeito pelos direitos humanos contribui para o fortalecimento das regras associadas ao tratamento dos indivíduos, permitindo o seu desenvolvimento em áreas diversas, como sendo a detenção de refugiados ou a execução de mandados de detenção.

Contudo, como atrás vimos, no estado atual do Direito Internacional, não é pela garantia a que estão sujeitas que as regras imperativas se distinguem das demais. Os tribunais internacionais não dispõem de jurisdição obrigatória, nem mesmo para julgar violações de regras de *jus cogens*. Assim, para além da pressão diplomática, não existe forma de fazer cumprir a proibição da pena de morte pelos poucos Estados europeus nos quais ela ainda se aplica.

7. Conclusão

Diferentemente do que sucede com os ordenamentos internos, estruturados e amadurecidos, o Direito Internacional está ainda em formação e é um sistema primitivo nos modos de formação normativa e na garantia, predominando as formas de autotutela. Por essa razão, grande parte dos conflitos que surgem prendem-se com a indefinição sobre a própria existência da norma.

No caso das regras imperativas, cuja formação transcende os textos que as recebem, apurar a sua existência envolve um trabalho exaustivo de demonstração da prática e da *opinio juris*, frequentemente pouco documentadas. Falar de *jus cogens* é arriscar embrenhar-se nesta busca, pois as regras que o integram são geralmente muito silenciosas: por serem genericamente aceites, são habitualmente cumpridas e não contrariadas por convenções internacionais. Por outro lado, a existência de tratados

contendo regras de *jus cogens* pouco prova quanto à sua existência, pois pretender assentar normas imperativas no acordo entre os Estados seria um contrassenso.

No que toca à existência de *jus cogens* regional, acrescem algumas dificuldades.

Desde logo, a dificuldade em determinar o âmbito geográfico de aplicação das normas imperativas regionais, sobretudo num continente, como é o caso da Europa, de limites indefinidos. Onde termina a Europa? A Rússia e a Turquia fazem ainda parte dela, de um ponto de vista geográfico e cultural?

Uma objeção frequentemente apontada ao reconhecimento de regras regionais esteia-se no unilateralismo na determinação das regras candidatas. Receia-se que a ordem jurídica internacional, originariamente plural e multicultural, seja apropriada por uma determinada visão de justiça e valores, a partir da expansão de uma visão puramente regional⁹⁰. Referências ao eurocentrismo, ao imperialismo jurídico, ou ao ativismo em relação a determinadas concepções da vida, são variantes deste argumento.

A verdade é que as regras de *jus cogens* em relação às quais parece existir consenso internacional – as que surgem plasmadas nas Conclusões da Comissão de Direito Internacional – são coerentes entre si, transparecendo interesses que derivam da dignidade da pessoa humana – a proibição da escravatura e da tortura, a proibição de discriminação racial e *apartheid*, do genocídio e de crimes contra a humanidade, e as regras básicas de direito humanitário – ou da subsistência da comunidade internacional – a proibição de agressão. A inderrogabilidade destas normas supõe o seu carácter absoluto, que, logicamente, só é preservado se existir uma coerência intrínseca e se as normas não forem conflituantes entre si. A admitir-se a existências de regras imperativas regionais, não poderá deixar de se exigir que elas se conformem com regras imperativas de cariz universal.

Em terceiro lugar, a inderrogabilidade, sendo indispensável, torna difícil a identificação de regras imperativas, para além do exemplo da proibição da pena de morte. Alguns pilares consensuais na Europa – como o princípio da igualdade entre homens e mulheres – dificilmente terão aptidão, por ora, para integrar a lista, dada a sua abertura e a permeabilidade a operações de ponderação. Em contrapartida, algumas garantias penais poderiam parecer ser candidatas viáveis a regras de *jus*

⁹⁰ ZOUAPET (2021), p. 63.

cogens, como a regra *nullum crimen*. A seu favor milita a circunstância de a Convenção Europeia o considerar um direito inderrogável, a par da proibição da tortura e da escravatura⁹¹. Este estudo não se referiu à existência de normas imperativas noutras regiões, mas seria interessante refletir sobre, por exemplo, a possibilidade de serem consideradas imperativas regras ligadas à proteção ambiental⁹² em latitudes nas quais a ligação ao ambiente constitui traço identitário.

Por fim, é verdade que a discussão sobre o *jus cogens* se situa no plano sobretudo analítico – existe?, o que o fundamenta? – e que é discutível a sua utilidade prática. A centralidade do *jus cogens* reside no facto de ele constituir um repositório de regras em relação às quais existe consenso numa dada comunidade, e assim se ir formando, aos poucos, o tecido normativo da comunidade internacional. Esse tecido compõe-se do mínimo ético que a ordem jurídica tem de aceitar, sob pena de se caracterizar, deixando de ser *ordem* e deixando de ser *justa*. Esse mínimo ético que se traduz na dignidade da pessoa e na convivência pacífica imposta pela coexistência dos Estados da comunidade internacional.

Bibliografia

- ABDOLLAHI M. e BEHZADI K., “Regional *Jus Cogens*: Conceptual Difficulties and Practical Challenges”. *The Iranian Review for UN Studies (IRUNS)*, 3, 2, 2020, pp. 33-74.
- BAPTISTA E. C., *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997.
- DZEHTSIAROU K., *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- GAJA, G., “Jus Cogens Beyond the Vienna Convention”, *172 Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, pp. 279-289.
- GOZZI, G., *Rights and Civilizations: A History and Philosophy of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- GREER, S. e WILLIAMS, A., “Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?”. *European Law Journal*, 15, 4, 2009, pp. 462-481.
- HASMATH, R., “The Utility of Regional Peremptory Norms in International Affairs”, Paper Presented at American Political Science Association Annual Meeting (New Orleans, USA), August 30-September 2, 2012.

⁹¹ Artigo 15.º, n.º 2, da CEDH.

⁹² MARMOLEJO CERVANTES/ROEBEN/SOLÍS (2022), pp. 361 e ss.; KULAGA (2022), p. 3.

- KINSCH, P., “Les contours d’un ordre public européen: l’apport de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Vers un statut européen de la famille*, H. Fulchiron e C. Bidaud-Garon (eds.), Dalloz, Paris, 2014, pp. 147-158.
- KOLB, R., “The formal source of *ius cogens* in public international law”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 53, 1998, pp. 69-105.
- KOLB, R., *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Bloomsbury, London, 2015
- KOLB, R., “Peremptory Norms as a Legal Technique Rather than Substantive Super-Norms”, in D. Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law*, D. Tladi, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 21-43.
- KULAGA, L., “Prohibition of massive and serious pollution of marine environment as a *jus cogens*. Identification, legal bases and consequences in view of the recent work of the International Law Commission”. *Marine Policy*, 144, 2022, pp. 1-6.
- LIMA, L. C. e MAROTTI, L., “An Unlikely Duo? Regionalism and *Jus Cogens* in International Law”. *Goettingen Journal of International Law*, 12, 1, 2022, pp. 219-239.
- MANTILLA DE LOS RÍOS, P. C., “La identidad constitucional de la Unión Europea: una categoría jurídica en construcción”. *Estudios de Deusto – Revista de Derecho Público*, 70, 2, 2022. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2649/3195> (accedido em 14.12.2024).
- MARMOLEJO CERVANTES, M. A., ROEBEN, V. e SOLÍS, L. R., “Global Climate Change Action as a *Jus Cogens* Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence”. *Environmental Policy and Law*, 52, 2022, pp. 359-373.
- MEDEIROS, R., *Constituição e Identidade Nacional na Era dos Populismos*, Almedina, Coimbra, 2024.
- MIK, C., “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”. *Polish Yearbook of International Law*, XXXIII, 2013, pp. 27-93.
- ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, OUP, Oxford, 2006.
- PELLET, A., “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*, 17, 2006, pp. 83-90.
- PIRES F. L., *O que é a Europa*, Difusão Cultural, Lisboa, 1994.
- RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, OUP, Oxford, 1997.
- ROCHA, A. E., “Identidade Europeia”, in *Enciclopédia da União Europeia*, Ana Paula Brandão et al. (coord.), Petrony Editora, Lisboa, 2017, pp. 212-215.
- RUFFERT, M., “Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, C. Tomuschat e J.-M. Thouvenin (eds.), Brill | Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 295-310.
- SCHWARTZ, P. M. e PEIFER, K.-N., “Transatlantic Data Privacy Law”. *The Georgetown Law Journal*, 106, 1, 2017, pp. 115-179.
- STEINER, G., *A Ideia de Europa*, Gradiva, Lisboa, 2005.

- STYBNAROVA, N., “Teleology behind the Prohibition of Recognition of Polygamous Marriages under the EU Family Reunification Directive: a Critique of Rule Effectiveness”. *Journal of Muslim Minority Affairs*, 40, 1, 2020, pp. 104-116.
- TOMUSCHAT, C., “The Security Council and *Jus Cogens*”, in *The Present and Future of Jus Cogens*, E. Cannizzaro (ed.), Sapienza University Editrice, Roma, 2015, pp. 7-97.
- VIRALLY, M., “Réflexions sur le ‘jus cogens’”, in *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, pp. 5-29.
- WEILER, J. H. H., *Uma Europa Cristã*, Principia, Cascais, 2003.
- XAVIER, L. B., “Âmbito espacial de aplicação da lei penal portuguesa”. *Direito e Justiça*, 11, 1, 1997, pp. 49-100.
- ZACCARONI, G., “Polygamous Marriages and Reunification of Families on the Move Under EU Law: An Overview”, in *Children in Migration and International Family Law*, S. Arnold e B. Heiderhoff (eds.), Springer, Heidelberg, 2024, pp. 313-323.
- ZOUAPET, A. K., “To be or not to be imperative: *Jus Cogens* between universal vocation and regional claims”. *QIL* 86, 2021, pp. 47-70.