

A DOCTRINA DO *PERSISTENT OBJECTOR* E A FORMAÇÃO DO DIREITO COSTUMEIRO INTERNACIONAL

Bruna Wagner Fritzen

Orientadora: Prof^a. Dra. Cláudia Lima Marques

Durante a formação de um direito costumeiro internacional, alguns países, devido às suas condutas em relação a uma prática que poderá vir a ser considerada costume, podem objetar-se a reconhecer o status de costume a esta prática. Com uma atitude de constante objeção, conforme a doutrina do *persistent objector*, estes Estados podem fazer com que o novo costume não se forme em relação a si. Apesar de sua perceptível importância para o direito internacional e para a formação do direito costumeiro, a atual doutrina deve ser questionada nos casos que envolvem direitos humanos.

O DIREITO COSTUMEIRO INTERNACIONAL

Para tratarmos da teoria do *persistent objector*, é importante que entendamos o que é, como se forma e quais os elementos característicos do direito costumeiro internacional, porque durante o seu processo de desenvolvimento que as objeções dos Estados devem começar a aparecer para que o costume não seja obrigatório a este Estado.

A instituição de um novo costume internacional é um momento importante nas relações internacionais. Significa que, a partir deste momento, uma determinada maneira de agir dos Estados é considerada de acordo ou contra o direito internacional, tornando-se uma fonte do direito internacional.

Há dois elementos necessários para a criação de um costume internacional: *opinio jûris*, que é a manifestação por meios consideráveis, como o pronunciamento de um órgão de um Estado, da convicção deste de que a norma deve ser respeitada como lei; e a consuetude (State practice), que é a prática substancialmente uniforme e constante dos Estados em geral.

A DOCTRINA DO PERSISTENT OBJECTOR

Quando uma norma se torna costume internacional, a doutrina tradicional do *persistent objector* diz que os Estados objetores não serão vinculados à nova lei, desde que provem que não concordam com ela e que sua atitude perante a norma tenha sido sempre considerada uma objeção consistente. A ideia desta doutrina é proteger o consentimento dos Estados e promover-lhes previsibilidade. Já que a existência do direito internacional depende do consentimento dos Estados soberanos para existir, sem o respeito a este consentimento nenhuma norma se transformaria em direito internacional. Além disso, para que o Estado confie no sistema, este não pode criar obrigações que o Estado jamais poderia prever. Sem a ideia do *persistent objector*, alguns Estados sofreriam a insegurança de talvez serem obrigados a agir da mesma forma, se a questão tornar-se matéria de direito costumeiro internacional.

No entanto, existem exceções, i. e., normas que não podem ser objetadas. Para ser qualificada como uma exceção, a norma precisa ser considerada *jus cogens* (norma imperativa). Como consequência, diante de uma alegação de violação de uma norma que tenha status de *jus cogens*, o Estado não poderá se valer, como base de argumentação, da ideia do *persistent objector*, pois não se permite sob nenhuma hipótese o descumprimento dessas normas.

CONFLITO ENTRE DIREITOS HUMANOS E A DOCTRINA DO PERSISTENT OBJECTOR

Apenas algumas normas de direitos humanos são consideradas *jus cogens*, enquanto as outras estão sob a extensão da doutrina do *persistent objector*. Por isso, muitas violações de leis de direitos humanos podem não criar responsabilidades através do argumento defensivo do princípio da doutrina do *persistent objector*. No caso *Domingues v. United States*, que aborda a pena de morte juvenil, a Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos estabelece uma posição coincidente com as ideias da doutrina do *persistent objector*: quanto aos direitos humanos, pode-se argumentar como forma de defesa a posição de *persistent objector*, desde que a norma em questão não seja ainda considerada *jus cogens*.

No entanto, os direitos humanos são conhecidos pela sua natureza universal, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual já previa em seu preâmbulo o ideal comum em "promover o respeito a esses direitos e liberdades" e em "assegurar o seu reconhecimento e sua observância universais e efetivos". Deste modo, permitir que o instituto do *persistent objector* seja usado como um argumento válido em casos envolvendo direitos humanos seria opor-se à própria natureza desses direitos. Por este motivo, a doutrina atual questiona seu uso nos casos referentes a direitos humanos. H. Lau, considerando os propósitos funcionais da doutrina, defende que ela não deveria ser aplicada nesses casos. Questiona-se aqui o papel do consentimento e da previsibilidade nos dias de hoje e a importância do princípio do consentimento original.

UM NOVO OLHAR...

H. Lau propõe uma reconceitualização da doutrina, segundo a qual, quando a norma está prestes a tornar-se um costume internacional, os Estados podem vir a ser considerados como *persistent objector*, porém eles não poderiam continuar agindo contra o direito costumeiro internacional para sempre. Como eles já consentiram em respeitar e desenvolver os direitos humanos - pelo menos na Declaração Universal de Direitos Humanos - a partir da primeira alegação de serem *persistent objector* eles não poderão mais objetar, sendo obrigados a respeitar essa norma de direito costumeiro internacional. A mudança trazida por essa nova versão é a de que a objeção persistente não será mais capaz de justificar a derrogação de um direito costumeiro internacional relativo a direitos humanos.

O que essa nova abordagem da doutrina propõe é que apenas nos casos em que a previsibilidade só pode ser garantida pela aplicação da doutrina do *persistent objector* que este instituto pode ser usado, ou seja: quando não há jurisprudência dando respaldo a uma matéria de direitos humanos, a doutrina deve ser aplicada. Essa revisão doutrinária vem para adequá-la aos novos tempos vividos pelo direito internacional, onde: o consentimento torna-se menos necessário para a criação de obrigação entre sujeitos internacionais; e a previsibilidade pode ser alcançada mais facilmente através do crescimento do número de decisões de cortes internacionais.

A doutrina tradicional é coerente, mas não satisfaz as necessidades atuais das normas de direitos humanos. Essa nova perspectiva nos mostra a importância de começar a encontrar um ponto de vista capaz de respeitar os direitos humanos sem, ao mesmo tempo, trair o consentimento dos Estados. Apenas quando nós atingirmos esse objetivo é que será possível ter a segurança jurídica de que os Estados precisam para aumentar sua confiança no direito internacional.



Sala XX dos Direitos Humanos e da Aliança de Civilizações da ONU, Genebra

Por Bruna Wagner Fritzen

BIBLIOGRAFIA DA PESQUISA:

- A. A. Cançado Trindade, *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do Novo Século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção*. Available online at: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado1.html>
- H. Lau, *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, Chicago Journal of International Law, University of Chicago, 2005.
- I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003.
- Inter-American Commission on Human Rights: Report No 62/02, Merits Case 12.285 (2002).
- J. A. Frowein, *Jus Cogens*, in: R. Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Volume III (2000), pp. 65-69.
- J. Kammerhofer, *Uncertainty In The Formal Sources Of International Law: Customary International Law and Some Of Its Problems*, European Journal of International Law, June, 2004.
- R. Bernhardt, *Customary International Law*, in: R. Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I (2000), pp. 898-905.
- V. Lowe, *International Law*, Oxford 2007.

GRUPO DE PESQUISA CNPq MERCOSUL E DIREITO DO CONSUMIDOR

DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

PROFA. DRA. CLÁUDIA LIMA MARQUES