



OS FUNDAMENTOS DO *JUS COGENS* INTERNACIONAL

THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL JUS COGENS

Rodrigo Cerveira Cittadino

Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Submissão: 24/10/15.

Aprovação: 13/03/18.

Resumo

O artigo enfoca as teorias justificadoras do *jus cogens* internacional, especificamente as mais conhecidas internacional: a jusnaturalista, a juspositivista, a da ordem pública internacional e outras de aspecto sociológico. Não tencionamos propor solução para o problema maior de quais seriam os exatos contornos do direito cogente ou de seu processo nomogenético – isto é, a questão de *por que* uma norma ordinária de Direito Internacional seria alçada (ou mereceria ser alçada) à qualidade de norma peremptória. Contentamo-nos em expor as limitações de cada uma das fundamentações, com destaque para a juspositivista. A proposta por nós avançada é que essas diferentes óticas fundamentadoras muito teriam a ganhar se dialogassem entre si.

Palavras-chaves: *Jus cogens*. Normas peremptórias. Teoria do direito internacional.

Abstract

The article focuses on the justificatory theories about international *jus cogens*, specifically the most known: the naturalist theory, the legal positivist theory, the international public order theory and other theories with a sociological aspect. We do not intend to propose a solution to the biggest problem of what would be the exact contours of *jus cogens* or its nomogenetic process – that is, the question of why would an ordinary norm of International Law achieve (or why would it deserve to achieve) the quality of a peremptory norm. We content ourselves with exposing the limits of each one of these foundations, with emphasis on the legal positivist theory. The proposal we try to advance is that these different perspectives would have much to gain if they communicated with each other.

Keywords: *Jus cogens*. Peremptory norms. International law theory.

1 Introdução

Desde sua primeira aparição no Direito Internacional codificado, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante, Convenção de Viena), de 1969, a noção de *jus cogens* continua suscitando inúmeras e prolongadas controvérsias. É bem verdade que um dos principais efeitos dessas normas imperativas – referente à nulidade dos acordos internacionais que lhes sejam contrários¹ – não gera, a princípio, grande inquietação², contudo persiste o debate acerca da extensão das consequências do direito cogente a áreas não contempladas pelo diploma vienense, a saber: sua relação com o instituto das imunidades soberanas de um ente estatal em foro estrangeiro³; o regime da responsabilidade internacional de Estados e de Organizações Internacionais por atos ilícitos⁴; a seara dos crimes internacionais⁵; e, em última instância, sua incidência sobre todo e qualquer ato jurídico, inclusive os domésticos⁶.

Ora, à parte essas querelas que podem ser consideradas marginais, visto que orbitam *em torno* do conceito de *jus cogens*, em vez de lidar com seu cerne propriamente, é de ressaltar-se que o instituto foi acolhido por uma ampla maioria de Estados durante a Conferência de Viena de 1969⁷, ao que se seguiria a aprovação da respectiva Convenção. Não tardaria para que referências a normas peremptórias proliferassem na jurisprudência de tribunais internacionais, tanto judiciais quanto arbitrais, não obstante a postura cautelosa adotada pela Corte Internacional de Justiça – CIJ. Na doutrina, há quem critique a vagueza e a utilidade do direito

¹ Cf. art. 53 da Convenção de Viena de 1969: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

² Em contraposição, Ulf Linderfalk demonstra que, mesmo no que concerne à seara de conflitos normativos entre o *jus cogens* e um tratado internacional, dificuldades severas podem sobrevir, devido à variedade de antinomias possíveis e às múltiplas regras de interpretação aplicáveis em cada caso (LINDERFALK, Ulf. Normative Conflict and the Fuzziness of the International *Ius Cogens* Regime. **Heidelberg Journal of International Law**, v. 69, p. 961-977, 2009).

³ E.g., ESPÓSITO, Carlos. *Jus Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist. **Italian Yearbook of International Law**, v. 21, p. 1-15, 2012.

⁴ Cf. arts. 40 e 41 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais (UN. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. **United Nations Office of Legal Affairs**. Text reproduced as it appears in the annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001). Cf. arts. 41 e 42 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre a Responsabilidade Internacional de Organizações Internacionais (Id. Draft Articles on the responsibility of international organizations. **United Nations Office of Legal Affairs**. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session).

⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: *jus cogens* and *obligation erga omnes*. **Law and Contemporary Problems**, v. 59, n. 4, p. 63-74, autumn 1996.

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. **XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano** – 2008, Washington D.C., Secretaria General de la OEA, p. 3-29, 2009.

⁷ NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law. **Coalition for the International Criminal Court – Documents**, p. 8, March 2001.

cogente⁸, bem como há quem alerte para a possibilidade de que ele seja manipulado para fins políticos⁹, mas as vozes dissonantes são poucas se comparadas com a vasta literatura que entende a noção como uma realidade incontestada do Direito Internacional contemporâneo¹⁰. Sem embargo, se a existência do instituto não sofre contestação de monta, o mesmo não se aplica a seu conteúdo. A nebulosidade continua a permear não somente a metodologia destinada a identificar as normas peremptórias, ou a estabelecer critérios para sua seleção, mas também os fundamentos que informam o conceito – ou, no dizer de Matthew Saul¹¹, suas teorias justificadoras. O referido autor lamenta que, após mais de 40 anos desde a conclusão da Convenção de Viena, um efetivo progresso no delineamento do direito cogente não se tenha verificado, muito embora jurisprudência e doutrina sejam pródigas em tecer listas exemplificativas de normas que ostentariam caráter imperativo¹².

⁸ PETSCHKE, Markus. *Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order. **Penn State International Law Review**, v. 29, n. 2, p. 235, Fall 2010. D'AMATO, Anthony. It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! **Connecticut Journal of International Law**, v.6, n. 1, p. 1-6, Fall 1990. SCHWARZENBERGER, Georg. International *Jus Cogens*? **Texas Law Review**, v. 43, p. 455-467, 1964-1965.

⁹ DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 1, p. 43, 1991.

¹⁰ Ressalte-se, contudo, que cabe discutir se a existência do *jus cogens* pré-datava a Convenção de Viena, configurando, nessa hipótese, um instituto de direito costumeiro que o diploma vienense teria meramente codificado, ou se, alternativamente, esse tratado teria apenas contribuído para o surgimento de um costume que consubstanciava o direito cogente (WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public. Recueil de cours*, v. 237, 1992-VI. p. 274). O jusinternacionalista polonês Cezary Mik não oferece resposta definitiva para a questão, mas pondera que, se, por um lado, antes da Convenção, a doutrina e a prática interestatal não ignoravam a ideia de *jus cogens*, por outro, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, encarregada de elaborar o projeto do texto convencional, não se reportou, em seus Comentários ao art. 53 do diploma, a nenhum precedente acerca da matéria. Ademais, o mesmo autor remarca que, até a entrada em vigor da Convenção, em 1980, as cortes internacionais não se referiam expressamente ao *jus cogens*, o que sugeriria que só paulatinamente o conceito teria adquirido *status* costumeiro (MIK, Cezary. *Jus Cogens* in Contemporary International Law. **Polish Yearbook of International Law**, p. 31-32, 2013). Até o momento, o tratado foi ratificado por 114 Estados, de modo que, formalmente, sua universalidade não é plena. Ainda, importa anotar que países como Estados Unidos da América, França e Índia não são partes (UN. Vienna Convention on the Law of Treaties. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/>>. Acesso em: 12 out. 2015). Durante a Conferência de Viena, Estados como Bulgária, Iraque, Itália e Polônia afirmaram que a noção de *jus cogens* tal como incorporada na Convenção seria meramente declaratória de instituto já existente no direito positivo (Id. United Nations Conference on the Law of Treaties, Second session (Vienna, 09 April – 22 May 1969), Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. **United Nations Diplomatic Conferences**. p. 102, 103, 104 e 99, respectivamente. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/2nd_sess.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015). Em contrapartida, para a Comissão de Direito Internacional, a ideia de que haveria normas peremptórias seria relativamente recente, ou seja, tratar-se-ia de uma inovação, desprovida de correspondência no Direito Internacional pré-Convenção (Id. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, Vol. II, 1966. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf>. Acesso em: 17 out. 2015. p. 248).

¹¹ SAUL, Matthew. Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges. **Asian Journal of International Law**, p. 1-29, May 2014.

¹² Também segue nesse sentido a frustração que Salem Hikmat Nasser deixa transparecer: “É surpreendente o fato de que, ao cabo de uma pesquisa sobre *jus cogens*, tendo sido percorridos os manuais de direito internacional e os artigos doutrinários, as convenções internacionais e outros textos normativos, e as decisões judiciais e arbitrais, aquele que se pergunta ‘afinal de contas, o que é isso?’ terá de satisfazer-se com uma única certeza,

O presente artigo enfocará as teorias justificadoras do *jus cogens*, especificamente as mais conhecidas: a jusnaturalista, a juspositivista, a da ordem pública internacional e outras de verniz sociológico. Não tencionamos propor solução para o problema maior de quais seriam os exatos contornos do direito cogente ou de seu processo nomogenético – *i.e.*, a questão de *por que* uma norma ordinária de Direito Internacional seria alçada (ou mereceria ser alçada) à qualidade de norma peremptória. Fato é que, fosse esse nosso objetivo, seria demasiado pretensioso, sem mencionar que qualquer resposta que oferecêssemos seria apenas mais uma em meio a tantas outras igualmente válidas. Por esse motivo, contentar-nos-emos em expor as limitações de cada uma das teorias justificadoras, com destaque para a juspositivista. Entendemos que, conquanto essa última fundamentação – a que entrevê o *jus cogens* como direito positivo, decorrente da vontade dos Estados e definido com base em procedimento similar ao de um costume qualificado – seja a mais convincente, porque encontra supedâneo na literalidade do art. 53 da Convenção de Viena, por si só ela não satisfaz. Como se trata de teoria puramente formalista, ela explica como o direito cogente deve emergir no plano internacional, mas não dá conta de preencher seu conteúdo. A proposta aqui avançada é que essas diferentes óticas fundamentadoras muito teriam a ganhar se dialogassem entre si. Se a teoria juspositivista fornece a moldura das normas imperativas, a pintura propriamente dita ficaria a cargo de teorias que tentam discernir os valores prevaletentes na ordem internacional contemporânea, ou que estabelecem critérios para semelhante pesquisa – a exemplo de perspectivas inspiradas no direito natural.

2 Os fundamentos do jus cogens: as diferentes figuras em separado

Acerca das teorias justificadoras do *jus cogens*, Matthew Saul enumera em sequência as constatações de três autores, e a conclusão que se pode extrair dessa construção textual é simultaneamente curiosa e reveladora:

Criddle and Fox-Decent write in 2009 that “[m]ost contemporary commentators continue to view *jus cogens* through the positivist prism of state consent”. Zemanek writes in 2011 that “[t]his public order explanation has attracted the widest following amongst scholars”. And O’Connell writes in 2012 that “[t]o explain the existence of the category and how the norms operate, most international lawyers turn to natural law theory.”¹³

banal, mas amplamente insuficiente: *jus cogens* é um direito muito importante, ou melhor, mais importante” (NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, v. 1, n° 2, p. 163, jun./dez. 2005).

¹³ SAUL, Matthew. Op. cit. p. 9.

A confusão inscrita na passagem acima é evidente: ora o juspositivismo, ora o jusnaturalismo, ora a tese da ordem pública internacional é tida como majoritária. Como é logicamente impossível que cada uma das perspectivas seja, a seu turno, predominante, no mínimo a exposição de Matthew Saul serve para indicar o grau de controvérsia que paira sobre o tema. Pensamos que, devido à incessante produção acadêmica a respeito, seria inviável elaborar uma compilação pretensamente exaustiva de todos os que defenderam uma ou outra posição¹⁴. Mais do que isso: se nessa investigação hipotética buscássemos considerar, além da doutrina, os pronunciamentos de representantes estatais e de juízes, seríamos forçados a enquadrá-los na vertente juspositivista ou na jusnaturalista, por exemplo, a despeito das inúmeras distorções que esse esforço classificatório acabaria por engendrar.

Seja como for, independentemente de existir ou não uma ótica majoritária, cada autor tende a filiar-se a certo número de pressupostos ao discorrer sobre o direito cogente, conforme os propósitos de sua análise, ou conforme suas preconcepções acerca do Direito Internacional. É bem verdade que, no curso desse processo, alguns debates têm sido recorrentes, a exemplo de quando, numa tese jusnaturalista, denunciam-se as deficiências de uma abordagem juspositivista, ou vice-versa. Compreendemos, todavia, que essa forma de interação entre os estudiosos do *jus cogens* pode estar perto da saturação. Para contornar essa aparência de estagnação, uma via promissora pode consistir no traçado de articulações entre perspectivas supostamente inconciliáveis.

Antes disso, cabe apresentarmos como algumas dessas teorias justificadoras têm sido trabalhadas pela doutrina. Para fins ilustrativos, citaremos jurisprudência e prática interestatal pertinentes, mesmo reconhecendo que, por vezes, é inapropriado interpretá-las como se corroborassem uma ou outra ótica fundamentadora do *jus cogens*.

2.1 A teoria jusnaturalista: o *jus cogens* como manifestação do direito natural

É sabido que, originalmente, a doutrina jusinternacionalista acerca do *jus cogens* foi desenvolvida sob forte influência de um ideário de direito natural. Os jusnaturalistas sempre lecionaram que os Estados não seriam totalmente livres no exercício de seu poder de convenção: todos estariam obrigados a respeitar determinados valores essenciais, não necessariamente jurídicos, mas inerentes à comunidade internacional¹⁵.

¹⁴ Tão cedo quanto em 1987, Haimbaugh tentou formular um catálogo da extensa literatura sobre o *jus cogens* produzida até então. O trabalho é intitulado *Jus Cogens: Root & Branch (An Inventory)* e é citado por Gordon A. Christenson (CHRISTENSON, Gordon A. *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*. **Virginia Journal of International Law**, v. 28, p. 585, 1988).

¹⁵ DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 44.

Rafael Nieto-Navia delinea breve histórico da ideia de direito natural, partindo da concepção dos estoicos de que haveria uma solidariedade universal permeando toda a humanidade, passando pela dualidade entre *jus naturale* e *jus arbitrarium* (ou *voluntarium*) compartilhada por pensadores ibéricos e protestantes do século XVII e, enfim, na centúria seguinte, culminando na proposta de Emer de Vattel de um direito das nações necessário, impassível de ser afastado pela vontade dos Estados¹⁶. De nossa parte, cremos que toda tentativa de elaborar a história de um conceito é arriscada e deve ser levada a cabo com extremo cuidado, porque, muito embora se possam identificar semelhanças entre, por exemplo, o direito natural tal como concebido por Vattel e o justo natural de Aristóteles ou de São Tomás de Aquino, eventuais comparações e paralelismos ficam prejudicados devido às insuperáveis diferenças contextuais e de visão de mundo entre os autores considerados. Provavelmente o caminho mais seguro é distanciarmo-nos o menos possível no tempo, remontando no máximo a juristas modernos que entreviram no *jus cogens* uma ética superior e vinculante, cerceadora do voluntarismo estatal e mais ou menos aparentada ao direito natural.

Como trabalho pioneiro nesse sentido, costuma citar-se um artigo publicado em 1937 por Alfred von Verdross, conhecido representante da escola do direito natural¹⁷. Nesse opúsculo, intitulado *Forbidden Treaties in International Law*, o autor propugna a existência de princípios compulsórios de Direito Internacional que impediriam os Estados de firmarem tratados *contra bonos mores*. Tais limites não seriam positivados, estariam presentes nas ordens jurídicas de todas as nações civilizadas e, no plano extraestatal, derivariam da ética da própria comunidade internacional¹⁸. Esboçam-se parâmetros para uma moralidade universal mínima e frisa-se que,

¹⁶ NIETO-NAVIA, Rafael. Op. cit. p. 3-4. Na doutrina jusinternacionalista dos séculos XVII e XVIII, predomina uma ótica decorrente do pensamento aristotélico e tomista acerca da natural sociabilidade do homem. Disso advém, com frequência, a ideia de que toda comunidade política necessita de um sistema jurídico completo, com duas partes: um direito natural universal, que é consequência necessária da razão e da predisposição social inscrita na natureza humana; e um direito criado e, portanto, positivo, instituído não por uma necessidade inarredável e sim voluntariamente, para a utilidade social, encontrando seu fundamento naquele primeiro. A essa corrente pertencem não só os autores da escola ibérica, com destaque para Francisco Suárez, mas também os protestantes, como Hugo Grotius. Já no século XVIII, são dualistas no sentido aristotélico-tomista autores como Jean Jacques Burlamaqui, Christian Wolff, Emer de Vattel e Georges Frédéric Martens. A atribuição ao direito natural de uma das partes do Direito Internacional aparece também no século XIX, entre autores de língua alemã, como Klüber, ou inglesa, como Manning, Phillimore, Travers-Twiss e Ferguson, ou italiana, como Fiore, ou, ainda, francesa, como Bonfils, Fauchille, Hauterfeuille e outros (AGO, Roberto. *Science Juridique et Droit International*. **Recueil des cours**, v. 90, 1956. p. 11-17). Em artigo de 1966, Verdross também cita Christian Wolff e Emer de Vattel, bem como A. W. Heffter como precursores da noção de *jus cogens*, considerado uma manifestação do direito natural (VERDROSS, Alfred von. *Jus dispositivum and jus cogens in international law*. **The American Journal of International Law**, v. 60, p. 56, 1966).

¹⁷ Cezary Mik enumera escritos ainda mais antigos, na nota de rodapé n. 16 (MIK, Cezary. Op. cit. p. 31).

¹⁸ VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties"*. **The American Journal of International Law**, v. 31, n. 4, p. 572-573, Oct. 1937. Segundo o autor, um dos permissivos para a incidência do *jus cogens* no plano internacional seria a aceitação

se um acordo violá-la, será cominado de nulidade¹⁹. Na jurisprudência do período, soem destacar a opinião dissidente do juiz Schücking no caso *Oscar Chinn*, entre o Reino Unido e a Bélgica, sentenciado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1934, enunciando que “[t]he Court would never, for instance, apply a convention the terms of which were contrary to public morality”²⁰.

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas iniciou os preparativos para o desenvolvimento de uma convenção sobre o direito dos tratados em sua primeira sessão, em 1949. Já se cogitava incluir um dispositivo prevendo a ilegalidade do objeto de um tratado que conflitasse com as normas peremptórias da comunidade internacional. Para enfrentar a questão, quatro Relatores Especiais foram apontados: James Brierly, Sir Hersch Lauterpacht, Sir Gerald Fitzmaurice e Sir Humphrey Waldock. A posição desse último – que integrava o *jus cogens* dentro do direito positivo – foi a que veio a prevalecer no projeto de artigos submetido à Assembleia Geral em 1966²¹, mas é de ressaltar-se que Lauterpacht, *e.g.*, décadas antes, já esposava o entendimento de que certos acordos internacionais seriam imorais, adotando em sua argumentação uma terminologia similar à de Verdross²². Ademais, durante a primeira sessão da Conferência de Viena, em 1968, alguns representantes estatais assinalaram que as normas imperativas de Direito Internacional teriam origem no conceito de *jus naturale*²³. O delegado

dos princípios gerais de direito como fonte do Direito Internacional, à luz do art. 38 (3) do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, então em vigor (*loc. cit.*).

¹⁹ Verdross salienta que, com prudência, pode ser considerado imoral qualquer tratado que previna um Estado de cumprir suas principais atribuições, como a manutenção da ordem e do direito, a defesa contra agressões externas, a promoção do bem-estar de seus cidadãos domesticamente e a proteção de nacionais no exterior (*ibid.*, p. 574 *et seq.*).

²⁰ PCIJ. **The Oscar Chinn Case (United Kingdom v. Belgium)**, Judgment of December 12th, 1934, Separate Opinion of M. Schücking. p. 150.

²¹ ZEMANEK, Karl. Vienna Convention on the Law of Treaties. **Audiovisual Library of International Law**. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

²² Afirmava que era “difficile d’imaginer comment le droit international pourrait ne pas tenir compte d’un principe général de droit inévitable, tel que celui suivant lequel le droit ne doit pas devenir un instrument d’immoralité” (*apud* WEIL, Prosper. *Op. cit.* p. 265). Lauterpacht chegava até a endossar a criação de um órgão internacional especificamente responsável por decidir sobre a moralidade do objeto de cada tratado: “Le principe général de droit annulant les traités immoraux est un correctif nécessaire s’il est appliqué par un organisme impartial. Il peut devenir un véritable abus et la négation même du droit s’il est mis en œuvre unilatéralement par des gouvernements qu’appuient des auteurs soucieux de trouver dans le droit un voile décent aux violations cyniques du droit” (*apud* *ibid.*, p. 272). Ao longo das discussões travadas na Comissão de Direito Internacional, foram invocadas outras definições do *jus cogens* que podem ser interpretadas como jusnaturalistas: regras existentes no interesse da comunidade internacional, normas “found necessary to international life and deeply rooted in the international conscience”, “the minimum of rules of conduct necessary to make orderly international relations possible” e um instituto que “expressed higher social needs” (*apud* VERDROSS, Alfred von. *Jus dispositivum...* p. 57-58).

²³ Reproduza-se, *e.g.*, o pronunciamento do representante do México: “In international law, the earliest writers, including the great Spanish forerunners and Grotius, had been deeply imbued with the principles of the then prevailing natural law. They had therefore postulated the existence of principles that were derived from reason, principles which were of absolute and permanent validity and from which human compacts could not derogate. Without attempting to formulate a strict definition suitable for inclusion in a treaty, he would suggest that the

da República Federal da Alemanha asseverou que o acolhimento da noção de *jus cogens* exigiria um reexame da doutrina positivista²⁴.

Após a aprovação da Convenção de Viena, mesmo que seu art. 53 houvesse consagrado, para uns, a “positivação do direito natural”²⁵, as teorias jusnaturalistas sobre o *jus cogens* não desapareceram²⁶. Ainda quando o projeto de artigos estava sendo apreciado pela Assembleia Geral, confrontaram-se, em debate que pode ser tido como inaugural, Georg Schwarzenberger, ferrenho opositor do direito cogente, e novamente Alfred von Verdross. Consoante o primeiro, o Direito Internacional ainda não teria adquirido o nível de institucionalização necessário para que se possa falar em normas imperativas; a falta de uma autoridade centralizada apta a criar o direito e de meios adequados de sanção às violações consignaria um obstáculo intransponível para a aparição do *jus cogens*; mesmo o surgimento da ONU teria gestado regras meramente *consensuais* de “política pública internacional”, todas elas inoponíveis a terceiros não contratantes²⁷. Por sua vez, Verdross defende a existência de normas peremptórias no Direito Internacional, e o critério para sua identificação residiria em seu destinatário: elas não se prestariam a satisfazer às demandas de Estados individuais e sim ao interesse superior de toda a humanidade²⁸; para o autor, entre os princípios gerais de direito,

rules of *jus cogens* were those rules which derived from principles that the legal conscience of mankind deemed absolutely essential to coexistence in the international community at a given stage of its historical development” (UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session (Vienna, 26 March – 24 May 1968), Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. **United Nations Diplomatic Conferences**. p. 294. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015). Acrescentem-se as manifestações dos representantes do Ceilão (ibid., p. 319), da Costa do Marfim (p. 320), do Equador (p. 320), da Itália (p. 311), do Líbano (p. 297), de Mônaco (p. 324), da Nigéria (p. 298) e do Uruguai (p. 303).

²⁴ *Apud* DE VISSCHER, Charles. Positivisme et *jus cogens*. **Revue Générale de Droit International Public**, LXXV, p. 6, 1971.

²⁵ “[Si] le *jus cogens* ne doit pas être confondu avec le droit naturel, il le contient cependant ... les impératifs du droit naturel ont été ratifiés et consacrés par le droit positif sans perdre pour autant leur valeur de règles fondamentales répondant à une exigence de la conscience universelle. On peut même affirmer que cette intégration progressive du droit naturel dans le droit positif est hautement souhaitable.” (DUPUY, *apud* ibid., p. 10)

²⁶ “[Attempts] to provide a theoretical basis for the concept of an international *jus cogens* by resorting to some kind of positivist constructions either proved inadequate or failed to assert themselves (as was the case of the theory of an “international public policy”). It is therefore no wonder that the *jus cogens* provisions in the Convention were met as a revival of natural law concepts, although natural law affiliations were being ardently denied by an overwhelming majority of supporters of the conventional concept of international *jus cogens*.” (SZTUCKI, *apud* CHRISTENSON, Gordon A. Op. cit. p. 606).

²⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. Op. cit. p. 455-467.

²⁸ O parecer consultivo referente às *Reservas à Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio*, emitido pela Corte Internacional de Justiça em 1951, é geralmente considerado ilustrativo do entendimento de que certas normas internacionais não teriam seu alcance circunscrito aos Estados partes, visto que se endereçariam a toda a humanidade: “its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the Contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the convention... The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties,

haveria um que proibiria a celebração de pactos *contra bonos mores*, “because no juridical order can recognize the validity of contracts obviously in contradiction to the fundamental ethics of a certain society or community”²⁹.

Similarmente, Charles de Visscher distingue a norma consuetudinária, construída sobre a prática interestatal, da norma imperativa, que procede diretamente de um juízo de valor moral ou social³⁰. Mark W. Janis também compreende que a essência do *jus cogens* se situa na tradição do direito natural³¹, em exposição tachada de subjetivista por Mary Ellen Turpel e Phillipe Sands, que atentam, ademais, para a ausência de uma teoria substantiva sobre a moralidade internacional no trabalho de Janis³²; para eles, as normas imperativas decorreriam do consentimento dos Estados e imporiam uma revisão da ideia de soberania, uma vez que a liberdade estatal de contratar não mais seria irrestrita³³. Contemporaneamente, não é impossível entrever ecos do jusnaturalismo na tese de Antônio Augusto Cançado Trindade acerca de um “novo *jus gentium* de nossos dias”, proveniente menos da vontade dos Estados e mais da *opinio juris communis* de todos os sujeitos de Direito Internacional, que consignaria a consciência da comunidade internacional³⁴. Admitimos que essa associação com o direito natural é imperfeita, porque evoca menos a acepção aristotélico-tomista do *jus naturale* – *i.e.*, um juízo de conformidade com a “natureza das coisas”, guiado pela razão humana e voltado para a manutenção da ordem cósmica – e mais uma simples preocupação em instilar valores éticos e humanizantes no Direito Internacional, esforço intelectual que mais se aproxima do jusnaturalismo de Verdross.

the foundation and measure of its provisions.” (ICJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, Advisory Opinion of 28 May 1951. p. 12). Há quem leia a passagem transcrita como contendo uma menção implícita à noção de *jus cogens*: v., *e.g.*, NIETO-NAVIA, Rafael. Op. cit. p. 6.

²⁹ VERDROSS, Alfred von. *Jus dispositivum...* p. 58 e 61.

³⁰ DE VISSCHER, Charles. Op. cit. p. 9.

³¹ JANIS, Mark W. The Nature of *Jus Cogens*. **Connecticut Journal of International Law**, vol. 3, p. 361, 1988. “Functionally, a rule of *jus cogens* is, by its nature and utility, a rule so fundamental to the international community of states as a whole that the rule constitutes a basis for the community's legal system. (...) *Jus cogens* therefore functions like a natural law that is so fundamental that states, at least for the time being, cannot avoid its force.” (ibid., p. 362)

³² TURPEL, Mary Ellen; SANDS, Phillipe. *Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions*. **Connecticut Journal of International Law**, vol. 3, p. 365 e 367, 1988. “Professor Janis has not presented a convincing argument for the proposition that peremptory norms derive their validity from something other than the consent of states. In fact he takes us on a doctrinal journey on which we encounter a bewildering variety of possible sources and terminologies: custom, international public policy, a form of super-custom, general international law, fundamental legal rules, a traditional form of natural law and international constitutional law.” (ibid., p. 368)

³³ Ibid., p. 369.

³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit. p. 6.

É curioso que, num dos casos mais recentes em que a CIJ empregou o conceito de *jus cogens*, *Questões Relativas à Obrigação de Processar ou de Extraditar*, apreciado em 2012, a decisão aparenta assumir um viés positivista ao assentar as normas imperativas no direito internacional costumeiro³⁵, ao passo que, em opinião dissidente, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade as identifica com “general principles of law enshrining common and superior values shared by the international community as a whole”³⁶. Percebe-se, portanto, que o dissenso sobre a fundamentação do direito cogente por vezes se evidencia num mesmo precedente judicial³⁷.

As teorias jusnaturalistas apresentam os problemas típicos de toda enunciação de valores pretensamente universais: risco de subjetivismo ou de parcialidade³⁸, ou virtual impossibilidade de fixar um denominador comum que abranja a variedade moral e axiológica verificada ao redor do mundo. No extremo oposto, há o perigo de que a tese formulada não vá muito além de postular uma retórica humanizante, sendo, no fundo, tão vazia de conteúdo quanto as perspectivas juspositivistas. Outrossim, mesmo que se possa pensar numa abordagem jusnaturalista que atribua ao *jus cogens* efeito preventivo ou negativo, sem enumerar quais valores ele resguarda, mas sim estabelecendo um raciocínio de que tratados “contrários à razoabilidade” ou “que choquem a consciência da humanidade” são nulos, incorrer-se-ia na

³⁵ “99. In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*).

“That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948; the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” (ICJ. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)**, Judgment of 20 July 2012. p. 457)

³⁶ Id. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)**, Separate opinion of Judge Cançado Trindade. p. 139-140.

³⁷ Essa ambivalência também pode ser discernida numa das primeiras decisões que procuraram enumerar critérios para as normas peremptórias, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha em 1965: “The quality of such peremptory norms may be attributed only to such legal rules as are firmly rooted in the legal conviction of the community of nations and are indispensable to the existence of the law of nations as an international legal order, and the observance of which can be required by all members of the international community” (*apud* CHRISTENSON, Gordon A. Op. cit. p. 592). Cuida-se de uma tríade de requisitos: o primeiro refere-se à “convicção jurídica da comunidade das nações”, o que remete à ideia de *opinio juris*, elemento subjetivo do direito consuetudinário; o segundo consiste na demonstração da indispensabilidade da regra para a existência do sistema jurídico internacional, o que exigiria perquirir quais seriam suas características essenciais – ou, em outros termos, o que seria “natural” nesse domínio; e o terceiro é a habilitação a qualquer Estado para reclamar o cumprimento da norma, porque ela seria devida à comunidade internacional como um todo (*ibid.*, p. 592-593). Vê-se, por conseguinte, que juspositivismo, jusnaturalismo e mesmo teorias sociológicas imiscuem-se para fundamentar o direito cogente.

³⁸ Como afirmou o representante do Reino Unido durante a Conferência de Viena: “what might be *jus cogens* for one state would not necessarily be *jus cogens* for another” (UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 305).

crítica de Anthony D’Amato, de que óbvios ululantes de ilegalidade – como a vedação a acordos que, por exemplo, chancelem um genocídio – prescindiriam do instituto das normas peremptórias para não vir a lume³⁹.

Sem embargo, é inegável que teorias fundadas no direito natural podem oferecer alguma orientação para a seleção de quais normas internacionais merecem compor o *jus cogens*, porque, se existem aqueles temas que claramente devem frequentar o *jus dispositivum*, de livre manipulação pela autonomia da vontade estatal, figuram aqueles outros que, quase que intuitivamente, devem ser alçados ao patamar de direito cogente.

2.2 A teoria juspositivista: o *jus cogens* como um costume qualificado

Para muitos, a posição que afinal veio a ser consagrada na literalidade do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi a juspositivista. Com efeito, a única definição que o texto ousa articular para o *jus cogens* é uma que remete à concepção do costume internacional: “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”. Segundo Sir Humphrey Waldock, cujo relatório acabou orientando o projeto de artigos da Convenção, a Comissão de Direito Internacional da ONU “based its approach to the question of *jus cogens* on positive law much more than on natural law”⁴⁰. Conforme Gennady M. Danilenko, é certo que os “interesses da comunidade internacional” ou “valores morais” não podem ser encarados como parte do direito, muito menos como parte de um direito *superior*, sem alguma forma de aprovação, na linha dos processos nomogenéticos usualmente reconhecidos⁴¹.

Vale remarcar que, em seus Comentários ao Projeto de Artigos da Convenção, a Comissão de Direito Internacional da ONU, conquanto tenha sugerido exemplos de regras de direito cogente, ponderou que seria melhor deixar o exato conteúdo dessas normas ser delineado pela prática estatal e pela jurisprudência internacional⁴², dando a entender que um raciocínio

³⁹ “I am arguing that when a putative treaty provision becomes so senseless that it is unimaginable that states would actually include it in a treaty (other examples being an agreement to exchange slaves or the right to torture each other's diplomats), then *jus cogens* theory snaps into action to make sure that such senselessness, should it occur, would have no legal effect.” (D’AMATO, Anthony. Op. cit. p. 4)

⁴⁰ UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 327.

⁴¹ DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 46. No mesmo sentido manifestou-se o representante do Brasil durante a Conferência de Viena: “international law was by definition formed by states, and no noble aspirations or sentiments, love of progress or anxiety for the well-being of the peoples of the world could be embodied in international instruments without the collective assent of the international community” (UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 317). Para Prosper Weil: “Alors que le droit naturel de naguère était conçu comme extérieur et supérieur au droit positif, le *jus cogens* d’aujourd’hui fait partie intégrante du système, puisque c’est le droit international lui-même qui définit certaines normes de rang supérieur auxquelles la volonté des Etats ne peut déroger” (WEIL, Prosper. Op. cit. p. 266-267).

⁴² UN. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. p. 248.

típico do direito costumeiro se aplicaria ao *jus cogens*. Simultaneamente, todavia, asseverou-se que os Estados não seriam completamente livres para, mediante sua vontade, designar qualquer regra de Direito Internacional como pertencente ao *jus cogens*, porque essa espécie normativa abrangeria matérias específicas apenas: “It is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of *jus cogens*”⁴³. As teorias juspositivistas, formalistas como são, não conseguem levar em consideração o fato de que as normas imperativas ostentariam um conteúdo singular intrínseco, que as distinguiria como aptas a adquirir superioridade hierárquica mesmo antes de os Estados, com seu consentimento, reconhecerem-nas como tais⁴⁴.

De toda maneira, o processo de formação do direito cogente tem sido largamente associado ao de um costume qualificado. Com efeito, é possível interpretar que todas as fontes de Direito Internacional inscritas no art. 38 do Estatuto da CIJ – tratados, costume e princípios gerais – dependeriam, em alguma medida, do assentimento dos Estados, e o *jus cogens* não se distanciaria desse voluntarismo⁴⁵. É verdade que ultimamente essa visão tem sido relativizada, com o acolhimento do conceito de *obligatio erga omnes*⁴⁶ e de outras obrigações que seriam impostas à comunidade internacional contra a vontade de seus membros⁴⁷. Não obstante, repisemos que as palavras do art. 53 da Convenção de Viena, aludindo a um “Direito Internacional geral” aceito e reconhecido pela comunidade internacional como um todo, não deixa muita margem para que um elemento de consensualismo seja desconsiderado. Mais do que isso: aponte-se que, em nenhum momento, a Comissão de Direito Internacional da ONU

⁴³ Loc. cit.

⁴⁴ Em contrário, Merlin M. Magallona: “This clarification [*i.e.*, a clarificação fornecida pela Comissão de Direito Internacional] does not suggest a departure from the consensual nature of *jus cogens* norms. The ‘particular nature of the subject-matter’ which determines the *jus cogens* character of general norms does not refer to some jusnaturalistic factors outside the consensual regime of States; instead, this is to be interpreted as indicating the level of importance or special relevance by which the States regard the function of a particular norm of general international law, *vis-a-vis* the maintenance of an international legal order as a system of ‘interconditionality of wills’ of its members, based on necessity” (MAGALLONA, Merlin M. The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties. **Philippine Law Journal**, v. 51, p. 527-528, 1976).

⁴⁵ DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 47.

⁴⁶ “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

“34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character” (ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**. Second Phase, 1970. p. 32)

⁴⁷ TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. **Recueil des cours**, v. 241, 1958-II.

sugeriu que o *jus cogens* poderia emergir por meio de processo nomogênico especial⁴⁸; pelo contrário: em seus Comentários ao Projeto de Artigos, o órgão destacou apenas o direito convencional como o mais provável veículo para a modificação de uma regra imperativa⁴⁹, ao que se aduziriam outras fontes tradicionais, como o direito costumeiro e os princípios gerais⁵⁰. Por fim, saliente-se que, durante a Conferência de Viena, foi esclarecido que a fórmula “aceita e reconhecida”, empregada no então art. 50 do Projeto de Artigos (posteriormente art. 53 da versão final da Convenção), servia expressamente para fazer eco dos termos usados no art. 38 do Estatuto da CIJ⁵¹.

Segundo esse raciocínio, dois requisitos seriam necessários para o surgimento de uma regra de *jus cogens*: obter aceitação e reconhecimento da comunidade internacional como um todo, de sorte a consignar Direito Internacional; e ser investida de caráter peremptório, como norma “da qual nenhuma derrogação é permitida”⁵². Ora, na prática, o que se está dizendo é que uma regra será de direito cogente se o consenso dos membros da comunidade internacional designá-la como sendo de direito cogente: trata-se de lógica circular, como observa Prosper Weil⁵³. Seguindo essa linha, houve quem chegasse ao extremo de sustentar que, se basta a simples vontade dos Estados para fazer nascer uma norma imperativa, então cabe cogitar de um *jus cogens* regional⁵⁴, ou mesmo *inter partes*⁵⁵. A realidade é que uma leitura superficial do art. 53 da Convenção de Viena desautoriza ambas as propostas, pois a regra cogente há de ser de Direito Internacional *geral*⁵⁶. O que resta explicar é como essa generalidade deve ser expressada, ou, em outros termos, quais os integrantes da “comunidade internacional como um todo”. M. K. Yasseen, presidente do comitê responsável pela redação do Projeto de Artigos, sublinha que o trecho “como um todo” não implica universalidade: é suficiente o consentimento de uma

⁴⁸ DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 49.

⁴⁹ UN. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. p. 248.

⁵⁰ NIETO-NAVIA, Rafael. Op. cit. p. 11-12.

⁵¹ UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 471.

⁵² DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 55. MIK, Cezary. Op. cit. p. 37. No mesmo sentido, Jordan Paust: “As one form of custom, *jus cogens* norms have, of course, at least the full power and authority of any customary norm, and when identifying or clarifying a norm of *jus cogens* one should consider the degree and intensity of general acceptance or patterns of expectation and how intensely held or demanded a particular norm is within the community. Yet *jus cogens* norms have an extra feature – unlike custom in general, it must be generally expected that such norms are peremptory” (PAUST, Jordan. The reality of *jus cogens*. **Connecticut Journal of International Law**, v. 81, p. 83-84, 1991-1992).

⁵³ WEIL, Prosper. Op. cit. p. 269.

⁵⁴ MIK, Cezary. Op. cit. p. 38-39.

⁵⁵ É a posição de Georg Schwarzenberger, citado em NIETO-NAVIA, Rafael. Op. cit. p. 10.

⁵⁶ “This conclusion is not undermined by the fact that regional organs (*e.g.* courts of regional organizations) rule on regional peremptory norms or that some regional norms are recognized as *jus cogens*. Although regional organs may recognize various norms as *jus cogens*, their decisions are not decisive but only constitute an invitation to enter into international judicial dialogue. Confirmation of peremptory norms by general or other regional organs may lead to the recognition of real *jus cogens*.” (MIK, Cezary. Op. cit. p. 39)

grande maioria de Estados, prevenindo-se que uma nação individual, por meio de sua recalitrância, vete o aparecimento de uma norma de *jus cogens*⁵⁷. A consequência é que, se o direito cogente pode ser definido como um costume qualificado, sua constituição não seria obstruída pela teoria do objetor persistente⁵⁸. Ademais, frise-se que, para a Comissão de Direito Internacional, apenas o consenso interestatal contribuiria para a formação das normas peremptórias, excluindo-se a participação das Organizações Internacionais nesse processo⁵⁹. Hoje, no entanto, essa afirmação pode ser (e tem sido) contestada, na medida em que a *opinio juris* exigida para conferir obrigatoriedade a uma regra internacional decorreria de manifestações de múltiplos sujeitos de Direito Internacional⁶⁰. Sem embargo, caso ainda se atribua relevância particular à vontade estatal, Gennady M. Danilenko recorda que vale tomar como referência o critério adotado pela CIJ no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*, *i.e.*, é preciso considerar a participação daqueles Estados cujos interesses sejam especialmente afetados pela norma⁶¹.

Na jurisprudência, pode-se exemplificar a conexão entre o *jus cogens* e o costume internacional no caso *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua*, ocasião em que a CIJ sugeriu que evidências em suporte de uma regra imperativa poderiam ter

⁵⁷ “There was no question of requiring a rule to be accepted and recognized as peremptory by all states. It would be enough if a very large majority did so; that would mean that, if one state in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that state was supported by a very small number of states, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected.” (UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 472)

⁵⁸ MIK, Cezary. Op. cit. p. 39. Gennady M. Danilenko narra que esse ponto gerou significativa controvérsia ao longo da Conferência de Viena. De qualquer modo, mesmo que os Estados objetores não consigam impedir a gestação de uma norma imperativa, é possível defender que essa regra, uma vez em vigor, não lhes seria oponível (DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 53-55). Em contrário, Christian Tomuschat adverte que o requisito da “aceitação geral” só é satisfeito quando todos os principais grupos de Estados, mediante a própria prática, mostrarem que determinado padrão de conduta reflete uma balança de interesses equitativa. Por essa lógica, um Estado recalitrante pode ser obrigado a conformar-se ao costume, não por ditame político e sim por questão de direito (TOMUSCHAT, Christian. Op. cit. p. 290-291).

⁵⁹ “[Because] the most important rules of international law are involved [...], in the present state of international law, it is States that are called upon to establish or recognize peremptory norms.” (UN. Draft articles on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, Vol. II, Part Two, 1982. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_2_1982.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015)

⁶⁰ “General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the *opinio juris communis* of all the subjects of International Law (States, international organizations, human beings, and humankind as a whole). Above the will stands the conscience.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit. p. 6)

⁶¹ DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 56. ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969. p. 43-44. A propósito, cite-se a opinião de Prosper Weil: “‘Les composantes essentielles’ de la communauté internationale, avait expliqué la Commission du droit international — en clair: les Etats représentatifs des trois blocs du temps de la guerre froide. Mais aujourd’hui, qu’en est-il?” (WEIL, Prosper. Op. cit. p. 270).

relevância para o exame de validade de uma norma costumeira de Direito Internacional geral⁶². Um segundo precedente interessante é da lavra da Comissão Interamericana de Direito Humanos: em março de 1987, o órgão decidiu que os Estados Unidos da América (EUA) haviam violado o direito à vida, estabelecido na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao permitir a execução, na Carolina do Sul e no Texas, de dois adolescentes condenados à sanção capital. A Comissão determinou especificamente que, no sistema interamericano, existia uma norma de *jus cogens* proibindo a aplicação da pena de morte contra menores e que os EUA não podiam afastar sua incidência pela prática da objeção persistente. Asseverou-se que os Estados do continente americano, incluindo os EUA, haviam *aceitado* a regra, apesar de verificar-se dissenso a respeito da idade mínima a partir da qual os jovens poderiam responder como se adultos fossem perante cortes criminais⁶³⁻⁶⁴.

Talvez a crítica mais contundente que se possa dirigir à abordagem juspositivista do direito cogente é que, se ele se presta justamente a cercear o voluntarismo estatal em matéria de celebração de tratados – ou ao menos esse era o propósito original do instituto –, causa certa perplexidade que sua emergência provenha desse mesmo voluntarismo estatal pura e simplesmente. Mais do que isso: vale lembrar que a regra peremptória é a que inadmite derrogação e que, conforme o art. 53 da Convenção de Viena, “só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”, o que significa que, se o consenso dos Estados foi o responsável por delimitar a autonomia da vontade de todos, aceitando e reconhecendo uma regra de *jus cogens*, é igualmente esse consenso que bastará para desvinculá-los da imperatividade do direito cogente⁶⁵. Ao que parece, por esse raciocínio, a peremptoriedade da norma peremptória resta comprometida. Outro problema do emprego de critérios positivistas para a identificação do *jus cogens* correlaciona-se à frequente dificuldade de provar-se a existência de qualquer costume internacional, geral ou não: como se deve

⁶² “A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, para. 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by state representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law.” Em seguida a Corte reportou-se ao entendimento da Comissão de Direito Internacional de que a vedação ao uso da força no plano internacional teria “caráter de *jus cogens*.” (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986. p. 100-101)

⁶³ IACHR. **Resolution No. 3/87, Case 9647 (United States), James Terry Roach and Jay Pinkerton**. September 22, 1987.

⁶⁴ Gennady M. Danilenko estuda dois casos em que um grupo de Estados buscou afirmar o caráter cogente de certas normas internacionais: o princípio do patrimônio comum da humanidade aplicado ao regime dos fundos marinhos, no Direito Internacional do Mar; e o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, invocado durante as negociações da Conferência de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívidas do Estado (DANILENKO, Gennady M. Op. cit. p. 56 *et seq.*).

⁶⁵ Cezary Mik tece ponderações bastante elucidativas sobre a modificação de uma norma de *jus cogens* por outra ulterior de mesma natureza (MIK, Cezary. Op. cit. p. 41-42).

proceder para apurar satisfatoriamente a prática interestatal e a presença de *opinio juris*? A situação criada por uma regra imperativa é ainda mais complicada, já que normalmente seu conteúdo consistirá numa abstenção – por exemplo, a não celebração de um tratado prevendo o ato interdito⁶⁶.

Mesmo assim, seria insensato ignorar as teorias juspositivistas, visto que são elas que melhor refletem o espírito do art. 53 da Convenção de Viena.

2.3 A teoria da ordem pública internacional

A nosso ver, a teoria da ordem pública internacional pode ser repartida em duas vertentes. A primeira funda-se numa analogia extraída do conceito de ordem pública do ordenamento doméstico dos Estados, comumente invocada na seara do Direito Internacional Privado. É a visão esposada, *e.g.*, por Lauterpacht, McNair e Mosler⁶⁷ e, durante a Conferência de Viena, foi enunciada por diversos Estados⁶⁸. A segunda acepção, que será aprofundada no próximo subitem, empresta um verniz sociológico à perspectiva, ao lidar com a ideia de interesses ou de valores fundamentais da comunidade internacional⁶⁹.

Apesar de sua popularidade, a teoria que interpreta o *jus cogens* como manifestação de uma ordem pública internacional tem sido severamente criticada. É que, como se pode perceber mediante uma análise superficial, trata-se de uma analogia imperfeita. No âmbito interno, as normas de ordem pública tencionam impedir a realização de certos atos e negócios privados, e para tanto atua uma autoridade centralizada, apta a emitir sanções⁷⁰. No plano

⁶⁶ SAUL, Matthew. Op. cit. p. 6-7. Igualmente, para Alain Pellet, a contribuição da prática internacional para o *jus cogens* é diminuta, pois em geral as normas peremptórias são negativas, enunciam um não fazer, pelo que a prova de sua existência é diabólica (PELLET, Alain. Conclusions. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). **The fundamental rules of the international legal order**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006. p. 420).

⁶⁷ CHRISTENSON, Gordon A. Op. cit. p. 598.

⁶⁸ Alemanha (UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 318), Colômbia (p. 301), Grécia (p. 295), Líbano (p. 297), Mônaco (p. 324), Nigéria (p. 298), Suécia (p. 323) e Tchecoslováquia (p. 318).

⁶⁹ “The logic of the municipal-law analogy may lend support to ‘the existence of an international public order overriding state sovereignty’, implying that international *jus cogens* could acquire validity as legal norms independent of the consent of the individual members of the international community. From the municipal-law concept of *ordre public* it is a short step to transforming the ‘interest of the community’ into a ‘common will’ that stands above the wills of the individual States and creates norms binding upon them.” (MAGALLONA, Merlin M. Op. cit. p. 522)

⁷⁰ “A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais.

“No seu primeiro nível a ordem pública funciona no plano do direito interno para garantir o império de determinadas regras jurídicas, impedindo que sua observância seja derogada pela vontade das partes. São, dentre outras, as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional e a outros institutos civis e comerciais, que constituem, de certa forma, a publicização do direito privado.” (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 394 e 406)

extraestatal, as regras que, comparativamente, integrariam a ordem pública internacional limitariam a autonomia da vontade de Estados soberanos, que interagem num sistema de autoridade descentralizada⁷¹. Ademais, mesmo que se possa pensar num legislador universal – ou, então, na comunidade internacional como um todo se portando dessa maneira –, para que uma norma de direito cogente possa ser assemelhada à noção de ordem pública, não basta que seja reconhecida como potencialmente derogatória. É preciso que, da expectativa, se passe à efetividade, e esse requisito introduz um elemento empírico – para além do critério puramente conceitual ou ético – na qualificação de uma regra como imperativa⁷². Por fim, atente-se que essa perspectiva tende a ser estritamente justificadora: conquanto a analogia com o direito interno sirva para racionalizar e para legitimar o instituto do *jus cogens* internacional, ela não oferece, por si só, nenhuma explicação para o surgimento das normas peremptórias, tampouco, necessariamente, apresenta um elenco de quais valores merecem ser dotados de imperatividade.

2.4 Teorias sociológicas

As teorias sociológicas partem de um estudo da evolução dos atributos da sociedade internacional. Defende-se que, com a intensificação das relações internacionais – notadamente, do intercâmbio interestatal e da mobilidade transnacional de indivíduos –, a sociabilidade global teria atingido, num primeiro momento, o nível sinalagmático, ou seja, teriam surgido obrigações mútuas positivas entre os sujeitos de Direito Internacional e mesmo certos tipos de cooperação. Nesse estágio, contudo, o sistema internacional ainda ostentaria a feição de uma sociedade, *i.e.*, de um grupo de indivíduos que encaram a interação social de maneira instrumental, procurando alcançar somente objetivos autointeressados. Com o tempo, todavia, os Estados teriam passado a considerar a existência de interesses coletivos, comunitários, a serem protegidos por todos em conjunto – como, por exemplo, os chamados bens públicos. Hoje reconhecidos, esses valores comuns indivisíveis – paz, humanidade, meio ambiente, entre outros – sinalizariam que, correntemente, se pode falar numa comunidade internacional⁷³.

⁷¹ CHRISTENSON, Gordon A. Op. cit. p. 599-600. “Use of peremptory norms to prevent private persons from contracting out of them by defecting from the public order system occurs within particular political communities. Use of peremptory norms against sovereign States wishing to derogate from them by sovereign acts alters the concept's meaning. Applying the municipal public order analogy to the states system prompts a notion of States as individuals...” (Loc. cit.)

⁷² Ibid., p. 600-601.

⁷³ VILLALPANDO, Santiago. The legal dimension of the international community: how community interests are protected in international law. **European Journal of International Law**, v. 21, p. 390-392, 2010.

Na Conferência de Viena, a conexão entre o *jus cogens* e o fenômeno acima descrito foi confirmado pelos pronunciamentos de uma miríade de delegações, como a brasileira, que conceituou uma norma peremptória como:

a rule in which no individual interest of two or more States was involved and which was concerned with the overall interests of the international community. The individual and reciprocal rights and duties of contracting parties were subject to the supreme and unanimously recognized interests of the international community⁷⁴.

Na doutrina, Christian Tomuschat pode ser compreendido como um importante representante dessa posição. Segundo sua concepção, o fundamento da soberania estatal residiria numa constituição da comunidade internacional⁷⁵⁻⁷⁶. Para ele, o *jus cogens* é construído a partir do fundo de valores comuns a todas as nações. Estabelecê-los é mais um processo declaratório do que constitutivo: certas deduções das bases constitucionais da comunidade internacional proveriam regras vinculantes que dispensariam corroboração adicional pela prática, porém seria necessário sustentar que os sujeitos de Direito Internacional sempre observariam essas premissas axiomáticas⁷⁷. A superioridade do direito cogente jazeria, destarte, em seu conteúdo, que refletiria princípios essenciais à paz e à justiça mundiais⁷⁸. O autor arrola alguns exemplos de regras oriundas das fundações constitucionais da comunidade internacional: não uso da força, princípios de direito ambiental, vedação ao emprego de armas

⁷⁴ UN. United Nations Conference on the Law of Treaties, First session... p. 317. Também podem ser lidas nesse sentido as manifestações da Costa do Marfim (p. 321), do Equador (p. 320), dos EUA (p. 295), das Filipinas (p. 322-323), da Finlândia (p. 295), da França (p. 309), da Hungria (p. 311), do Iraque (p. 296), do Japão (p. 318), do Líbano (p. 297), de Madagascar (p. 301), da Malásia (p. 326), do Mali (p. 327), do México (p. 294), da Noruega (p. 324), da Nova Zelândia (p. 312), do Quênia (p. 296), da Romênia (p. 312), da Suécia (p. 306-307), da Suíça (p. 324), do Uruguai (p. 303) e da Zâmbia (p. 322).

⁷⁵ TOMUSCHAT, Christian. Op. cit. p. 211. Para ele, a constituição da comunidade internacional muito se assemelharia ao modelo britânico. O sistema normativo instaurado pela ONU visaria em alguma medida a tornar-se uma *common law* para todos os Estados, ao estabelecer mecanismos para a manutenção da paz e da segurança internacionais, embora ainda se assente numa distinção entre membros e não membros, que obsta uma universalidade completa. Essa leitura constitucional somente pode ser apreendida mediante uma análise histórica (ibid., p. 218-219).

⁷⁶ Christian Tomuschat examina se a ideia de comunidade internacional é instituto jurídico ou simples retórica política. Não basta que a expressão apareça num instrumento de direito positivo, como a Convenção de Viena de 1969. Para o autor, pode-se sustentar que a escola do direito natural teria acolhido um precedente dessa noção, mas, hodiernamente, a abordagem teria perdido credibilidade. A conclusão do jusinternacionalista é que o conceito de comunidade internacional derivaria da transposição, para a ordem jurídica internacional, do entendimento de que todas as instituições de governo extraem sua autoridade do povo, recordando-se que, atualmente, o princípio democrático se tornou padrão de legitimidade para todas as entidades políticas. Nesse sentido, a comunidade internacional teria sido estabelecida – como produto humano que é – por Estados agindo coletivamente. Nesse papel, os Estados são garantidores dos seres humanos (ibid., p. 232-236).

⁷⁷ Ibid., p. 306-307.

⁷⁸ Ibid., p. 222-223.

nucleares, o Direito Internacional Humanitário, condenação dos crimes contra a humanidade, entre outros⁷⁹.

As críticas que podem ser feitas às teorias sociológicas são similares às endereçadas à ótica jusnaturalista, exposta no subitem 2.1. Cuida-se das acusações de subjetivismo e de parcialidade, já conhecidas, pelo que descabe aprofundá-las novamente.

3 Uma proposta de conciliação entre as teorias justificadoras

Como visto, todas as perspectivas abordadas têm suas deficiências. Tomando-se como referência especificamente o jusnaturalismo e o juspositivismo, reitera-se que, se o primeiro fornece alguma indicação da materialidade das normas de *jus cogens*, quando, por exemplo, enuncia um rol de princípios que fazem jus a uma tutela especial, peca ao desconsiderar que o consenso interestatal, à luz do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, deve desempenhar um papel no acolhimento desses valores, sem o que eles não se revestiriam de juridicidade; o segundo – a ótica juspositivista – é exclusivamente formalista e, no limite, propõe que é direito cogente o que a vontade dos Estados define como direito cogente. Conforme apontamos no subitem 2.2, a própria Comissão de Direito Internacional da ONU esclareceu que não basta o mero consentimento estatal para delimitar as regras imperativas, pois o que as distingue é a “particular nature of the subject-matter”⁸⁰. Ora, uma vez que forma e matéria hão de combinar-se para gerar o *jus cogens*, não seria impensável tentarmos promover uma conciliação entre as perspectivas jusnaturalistas e as juspositivistas.

“Le positivisme juridique ne nie nullement l’existence d’une doctrine de droit naturel [...], surtout lorsqu’il s’agit de s’élever contre des atteintes à la dignité humaine, qui ne sont pas suffisamment réprimées par le droit positif”, adverte Paul Guggenheim⁸¹. Paralelamente, para Alfred von Verdross, a vontade comum dos Estados, base nomogenética do direito positivo, dependeria da existência de uma regra superior que lhe conferisse juridicidade⁸². Com efeito, juspositivismo e jusnaturalismo não precisam ser encarados como mutuamente excludentes. No que concerne ao *jus cogens*, uma abordagem fundada no direito natural poderia prestar-se a direcionar a seleção de quais normas, por seu conteúdo, estariam habilitadas a adquirir

⁷⁹ Ibid., p. 293-303.

⁸⁰ UN. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. p. 248.

⁸¹ GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **Recueil des cours**, v. 80, 1952-I. p. 32.

⁸² Eis que se retoma uma tese já formulada por Hugo Grotius e por seus sucessores de que a *pacta sunt servanda* seria uma norma de direito natural (VERDROSS, Alfred von. Le fondement du droit international. **Recueil des cours**, v. 16, 1927-I. p. 276-277). Hans Kelsen, professor de Verdross, desenvolveu esse pensamento. Para ele, não é a declaração de vontade que cria o direito; ela é somente a condição de aplicação de uma norma jurídica. Toda vontade jurídica presume uma norma jurídica, prevendo que a declaração de vontade de certos sujeitos produz consequências jurídicas. Por conseguinte, é o direito que regula a própria criação (ibid., p. 278-279).

imperatividade, ao passo que, complementarmente, uma tese juspositivista poderia explicar como esse processo de cogência ocorreria. O problema que remanesce é: como superar, de um lado, as dificuldades da corrente que caracteriza as regras imperativas como um costume internacional fortalecido – a saber, a nebulosidade inerente à apreensão da prática interestatal e da respectiva *opinio juris* – e, de outro, as acusações de subjetivismo e de parcialidade que soem dirigir à vertente jusnaturalista?

Quanto ao primeiro conjunto de empecilhos, é válido acrescentar as ponderações de Giorgio Gaja de que simples pronunciamentos de um Estado não devem ser tratados como prova suficiente do *status* cogente de uma norma, visto que não é certo que, numa situação concreta, o referido governo procederia da mesma maneira. Para o autor, questões adicionais deveriam ser respondidas: que tipo de terminologia endossaria a concessão do caráter de *jus cogens* a uma regra internacional? Que significado deveria ser atribuído, por exemplo, à votação de uma resolução na Assembleia Geral das Nações Unidas, para fins de comprovação de um costume internacional? Que peso deveria ser conferido aos comentários tecidos pelas delegações estatais nos debates precedentes à aprovação dessa resolução? Quão significativo é o lapso de tempo em que uma posição particular é mantida⁸³? Em face de tantos questionamentos, Antonio Cassese, quando atuou como Presidente do Tribunal Especial para o Líbano, formulou a seguinte proposta para a constatação da imperatividade de uma norma (*in casu*, o princípio de acesso à justiça): argumentou que, como se tem verificado uma flexibilização nos critérios conformadores do direito consuetudinário nas áreas do Direito Internacional Humanitário e dos direitos humanos, o requisito da prática interestatal também deveria ser relaxado na formação do *status* peremptório, com maior ênfase recaindo sobre a *opinio juris*, passível de ser apurada em “declarações internacionais, tratados e manifestações”⁸⁴. É óbvio que essa resposta não é plenamente conclusiva, mas ao menos consigna um possível caminho a ser trilhado.

De outra parte, Alfred von Verdross tenta replicar à crítica de que seria inviável cogitar de um direito natural, devido à inexistência de uma moralidade universal e absoluta. Segundo o autor, o conteúdo do sentimento de justiça é variável, decerto, todavia a justiça em si pode ser encarada como um valor objetivo, porque não é o homem que a cria; ele meramente a constata. Os princípios da justiça ocupam uma esfera ideal, cabendo distingui-los de todo sentimento subjetivo acerca desse valor. Para conhecermos todas as regras da justiça, seria preciso analisar

⁸³ SAUL, Matthew. Op. cit. p. 18.

⁸⁴ Ibid., p. 28-29.

a plenitude da atividade humana. Não sendo isso possível, como cada homem só apreende uma parte desse objeto, o sentimento de justiça de cada um é parcial, sem mencionar que a pluralidade de sistemas morais impede que alguns indivíduos possam, em detrimento de outros, clamar conhecer a verdadeira justiça. Não obstante, os estudos da escola fenomenológica teriam superado essa aparente contradição entre a existência de uma ética objetiva e a convivência de múltiplos sistemas morais. O argumento é que cada um desses sistemas abrange só *uma parte* das ideias éticas objetivas, de modo que a comunicação possibilitaria construir um quadro mais completo. Simultaneamente, também existiriam princípios compartilhados por todas as civilizações, como a máxima da *pacta sunt servanda*⁸⁵. É verdade que esse raciocínio não permite enumerar quais seriam os valores comuns da comunidade internacional contemporânea, mas serve para defender a ideia de que haveria um substrato mínimo de moralidade universal. Nesse passo, é conveniente atentarmos para a concepção de Martti Koskenniemi, em sua resenha do livro *Human rights and humanitarian norms as customary law*, de Theodor Meron: para ele, certas normas não escritas teriam tamanha importância que deveriam ser juridicamente aceitas com base na intuição, em lugar de exigir a observância de um método científico rigoroso; se uma metodologia excessivamente complexa – como a da nomogênese do costume internacional – fosse aplicada, haveria o risco de que algumas regras vitais acabassem sendo ignoradas⁸⁶. Essa abordagem intuitiva poderia contribuir para a identificação do *jus cogens*, mesmo porque muitas de suas normas postulam uma abstenção. Desse modo, é de pensar-se que a ausência de prática interestatal acerca de determinados princípios fundamentais – por exemplo, a proscrição dos crimes contra a humanidade – não deveria impedir – pelo contrário, deveria demonstrar – sua imperatividade. Afinal, conforme salienta Prosper Weil, talvez a verdadeira utilidade do direito cogente resida em sua capacidade dissuasória, vale dizer, sua eficácia restaria comprovada exatamente por não se mostrar necessário invocar seus efeitos peremptórios⁸⁷.

4 Conclusão

Todas as teorias justificadoras do *jus cogens* detêm lacunas e deficiências e, apesar de partilharem dessa coincidência quanto a sua imperfeição, por longo tempo têm-se engajado em debates infrutíferos e inconclusivos. O presente artigo não teve a pretensão de resolver o dilema

⁸⁵ VERDROSS, Alfred von. Le fondement... p. 284.

⁸⁶ KOSKENNIEMI, Martti. The pull of mainstream. *Michigan Law Review*, v. 88, p. 1946-1962, 1990.

⁸⁷ WEIL, Prosper. Op. cit. p. 278.

maior acerca da fundamentação das normas peremptórias, embora estejamos tentados a – depois do que expusemos no item 3 – sustentar que elas seriam em parte direito natural e em parte direito positivo. De toda sorte, o que intentamos foi tão somente apresentar alguns apontamentos que favorecessem a construção de uma possível ponte entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, visando a contornar certas dificuldades que o conceito de direito cogente continua a suscitar.