



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

Natália Campos Mota

**O papel das normas de *jus cogens* na hierarquia  
proposta pelo constitucionalismo internacional**

Brasília  
Maio de 2013

**Natália Campos Mota**

**O papel das normas de *jus cogens* na hierarquia  
proposta pelo constitucionalismo internacional**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. George Rodrigo  
Bandeira Galindo

Brasília

Maio de 2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

NATÁLLIA CAMPOS MOTA

### **O papel das normas de *jus cogens* na hierarquia proposta pelo constitucionalismo internacional**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

---

George Rodrigo Bandeira Galindo, pós Doutor pela Universidade de Helsinki

**Professor Orientador**

---

Carolina Hernandes Grassi, mestre em Direito pela Universidade de Brasília

**Membro da banca examinadora**

---

Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

**Membro da banca examinadora**

Brasília - DF

Maio de 2013

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho pesa pelo seu valor simbólico. Este trabalho tem a força de seis anos e meio, quando fui presenteada com a descoberta de que tinha optado por um curso mágico. O Direito nasceu em mim para ser paixão, contínua e infindável. Despeço-me da graduação com agradecimentos e uma vontade de “quero mais”. Ainda nem comecei.

Agradeço a Deus pelas não merecidas obras que realiza em minha vida. Vitórias que sei que não me pertencem, mas recaem sobre mim como desafios. Evangelizar através de gestos de amor e caridade é uma missão, um desafio que tenho firme que me é colocado em todos os degraus que subo, em todas as etapas de minha vida, em todos os círculos que participo.

A minha mãe, eu agradeço por tudo – sem mais. Ela me deu minha vida, e me doou a vida dela. Desde criança tive a melhor pedagoga que poderia ter lutando pelo meu desenvolvimento, celebrando minhas pequenas conquistas. Até aqui, e até o fim, será obra sua, mãe. Você me ensinou que o mundo é grande, e que estudando eu o conheceria um pouquinho - agradeço por nunca ter podado minhas asas, por mais doído que isso possa ter sido em você (e em mim).

Àquele que sempre confiou em mim mais que eu mesma sempre pude fazê-lo. Palavras têm, por sua natureza, uma semântica limitada para traduzir tamanha motivação que você desperta em mim, pai. Vou sempre tentar ser melhor, por mim, mas também por você.

A Camilla e ao Pacellinho, minhas alegrias de todos os dias. O sorriso. A conexão inquebrantável com meu passado, a esperança de um futuro bom.

Agradeço ao Sérgio pelo companheirismo até aqui. Pela ambição compartilhada de fazer dar certo. Pelos ensinamentos mil que vieram e estão por vir. A FD/UnB foi uma etapa da nossa história.

Carol e Ana: os melhores frutos que o Direito me deu. Cito ainda nomes doces e cheios de força na minha formação: May, Sandra, Gabi, Ju e Cássio. Obrigada! Agradeço por terem feito a rotina ser mais prazerosa, por terem me ensinado o quão caloroso e verdadeiramente bom o direito pode ser.

Aos professores que passaram na minha vida, desde sempre e até aqui. Na figura do professor George agradeço a todos pela dedicação na belíssima missão. A mais nobre, na minha opinião. O conhecimento repassado por vocês foi essencial – posso não mudar o mundo, mas que pretendo melhorá-lo, isso sim, e graças a vocês.

## RESUMO

As normas de *jus cogens* são consideradas, por alguns, como fundamentais no ordenamento internacional. São fundamentais não porque é crença da comunidade internacional o seu viés transcendental, mas especialmente porque constituem a base valorativa já arraigada comum a todos os Estados. Historicamente, socialmente e mesmo religiosamente, são os valores aprendidos como necessários para a convivência pacífica entre todos e para o respeito à dignidade do ser humano, independentemente de fronteiras. O ponto de partida deveria ser um consenso (ora inviável), sob pena de invalidade do objeto. Este trabalho explicita a situação de que, nos dias hoje, estas normas estão enfraquecidas de conteúdo e cheias de poder retórico. Encaixadas no discurso progressista celebrador do constitucionalismo internacional, as normas cogentes se tornaram instrumentos utilizados para a legitimação de atos de exclusão e incremento de desigualdades sociais, econômicas e políticas. As nações hegemônicas se servem perigosamente da estrutura hierárquica trazida pelo constitucionalismo internacional para subversão do sistema de valores internacional outrora idealizado.

**PALAVRAS-CHAVE:** constitucionalismo internacional, *jus cogens*, hierarquia, sistema de valores internacionais, ordem internacional.

## ABSTRACT

*Jus cogens* rules are considered by many as being fundamental in the international legal order. They are important not because its transcendental bias is the belief of the international community, but especially because they form the basis of values already entrenched, common to all states. Historically, socially and even religiously, they are the values incorporated as necessary for a peaceful coexistence among all and to respect the dignity of the human being. The starting point should be a consensus (now impossible), otherwise the object would be null. This paper explicit the situation that, today, these standards are weakened and its content are full of rhetorical power. Seated in the progressive discourse that celebrates the international constitutionalism, these peremptory norms have become instruments used to legitimize acts of exclusion and to increase social, economical and political inequalities. The hegemonic nations dangerously serve themselves of the hierarchical structure brought by international constitutionalism to subvert the system of international values once idealized.

**KEY WORDS:** international constitutionalism, *jus cogens*, hierarchy, international system of values, international order.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>Capítulo 1: A teoria constitucionalista internacional</b> .....	<b>4</b>
1.1 O enfrentamento do constitucionalismo como uma reação do nosso tempo .....	4
1.2 Abordagens doutrinárias da teoria constitucionalista .....	5
1.2.1 Doutrinas materialistas.....	7
1.2.2 Doutrinas processualistas .....	14
<b>Capítulo 2: O papel das normas de <i>jus cogens</i></b> .....	<b>19</b>
2.1 O conceito de <i>jus cogens</i> .....	19
2.2 O descompasso do conceito frente à prática .....	23
<b>Capítulo 3: Problematização das normas cogentes e seu papel na constitucionalização do direito internacional</b> .....	<b>30</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>40</b>
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

O discurso constitucionalista no direito internacional e as lacunas apresentadas em uma análise superficial desta teoria trazem à tona, quando despidos de sua conceituação retórica e se deparados com questões da práxis internacional, problemáticas que devem ser enfrentadas. São exemplos a utilidade prática das supernormas, o alcance de sua aplicação e sobre que legitimidade elas nascem ou retificam-se.

Esta monografia visa ao questionamento acerca da concreta institucionalização de valores comunitários no contexto das constituições funcionais, regionais, domésticas e mesmo internacional, e sobre o papel das normas de *jus cogens* no panorama do constitucionalismo internacional, quando atualmente considerado.

Abusos de conceitos partilhados pela comunidade são unilateralmente protagonizados, sobretudo em suposta resposta aos constantes ataques terroristas no século que se inicia, escancarando uma comunidade internacional fragmentada, na qual ainda há lugar à hegemonia da vontade de um frente ao todo. Uma reavaliação do conceito de *jus cogens* reforçando um mínimo de convergência de valores é necessária, sob pena de tornarem-se vazias tais normas outrora formalizadas na Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, em 1969.

Ocorre que problemas têm sido expostos: criação, revogação, implementação prática, recepção do *jus cogens* na lei doméstica, e como adaptar o novo conceito destas normas peremptórias no contexto do século XXI - que não é o mesmo daquela Convenção. A indeterminação do conceito das supernormas e o risco de abuso ideológico podem transformar aquilo que foi criado como instrumento contra o poder do Estado, individualmente considerado, em instrumento para o seu poder – dando espaço à intervenção internacional ilegítima em searas onde a soberania estatal costumava proteger.

Há mais no direito internacional que cláusulas de tratados formais e regras consuetudinárias. Para alguns, o *jus cogens* se enquadra na formalização desse Direito, considerando sua base moral de valores intrínsecos. Todavia, esse sistema de valores pode se esterilizar caso uma busca urgente por respostas às suas gritantes falhas não for seriamente considerada.

A proposta da transcendência do conceito de constituição para o âmbito global possui muitos entusiastas, mas enfrenta, para sua aplicação, os desafios que pretendem ser explorados nesta pesquisa. Depois do fim da Guerra Fria, é certo que ocorreu um processo de constitucionalização do bloco oriental do mundo. Do mesmo modo, as discussões em torno



das ratificações à constitucionalização da União Europeia ajudaram a trazer à tona o discurso constitucionalista internacional.

Sob a perspectiva constitucionalista, falar de *jus cogens* é tratar dos valores do direito internacional em um contexto atual de culto ao constitucionalismo doméstico. Especialmente nos regimes ocidentais de hoje, a Constituição de uma nação é colocada como solução pronta e acabada dos complexos problemas jurídicos, políticos, sociais e econômicos da sociedade. Essa macro importância do documento constitucional pode ser ilusória. O *jus cogens*, traduzido como sistema de valores essencial desse contexto de constitucionalização do direito internacional, implica interpretações e questionamentos; se não são as normas cogentes, qual opção paralela tem o constitucionalismo internacional para garantir sua eficácia? Uma hermenêutica simplista (ou abusiva) das supernormas leva à legitimidade e hegemonia parciais, e ameaçam-nas de serem inócuas na realização dos valores de direitos humanos, ora resguardados.

Através do levantamento do material bibliográfico que tangencia o tema, pretendeu-se criar questionamentos sobre o direito internacional na aplicação concreta de sua proposta constitucional. Com uma análise do material já produzido na academia, especialmente estrangeira, foram investigadas as dificuldades do enquadramento das normas de *jus cogens* na ideia de constitucionalização internacional - para alguns considerada como solução encerradora de problemáticas, para outros, vazio retórico. As vantagens e limitações de encarar essas normas como substratos elementares de uma constituição internacional devem ser explicitadas.

Busca-se com a feitura do presente trabalho de monografia a evidenciação das limitações, no plano internacional, da proposta de um modelo de constituição internacional, sob o foco do *jus cogens*. A proposta constitucional, perseguidora de coesão da comunidade internacional, revestida de retórica progressista, torna-se falível no momento em que se fecha na abstração e não abre espaço às lacunas de aplicabilidade que são obstáculos ao modelo.

Investigar o desenvolvimento desta linha em seus sucessos e falhas, bem como o papel que os sujeitos internacionais têm na fundamentação do discurso constitucional são os fins primeiros do trabalho. Não há a intenção de desenvolver uma solução ao complexo debate, mas tão somente de explicitá-lo na academia.

Com esse objetivo em pauta, a monografia está organizada em três capítulos. O primeiro faz uma reflexão sobre o tratamento doutrinário dado à teoria constitucionalista, trazendo pontos consensuais sobre a natureza da proposta. O segundo capítulo aborda as normas de *jus cogens* e a problemática de sua absorção pelos estudiosos internacionalistas.

Por fim, o terceiro capítulo propõe a análise sobre o abuso da estrutura hierárquica do constitucionalismo internacional como ferramenta fomentadora de desigualdades e exclusão.

## CAPÍTULO 1: A TEORIA CONSTITUCIONALISTA INTERNACIONAL

### *1.1 O enfrentamento do constitucionalismo como uma reação do nosso tempo*

O constitucionalismo internacional é, antes de qualquer coisa, uma resposta de alguns estudiosos ao mundo como ele é. É uma proposta que se baseia naquilo que lhes é familiar e, que de certa maneira, logrou sucesso. O sistema das relações entre os sujeitos internacionais é um cenário de inquietude. As suas falhas são o objeto da proposta constitucional e o direito é o canal escolhido como adequado para expressar esta reação. A linguagem jurídica levada ao plano internacional ilustra o discurso da transposição imperfeita que é o constitucionalismo internacional.

A crença acadêmica de se utilizar do direito internacional para a sistematização dos interesses internacionais por meio de sua constitucionalização é uma reação. E, como tal, procurará se legitimar a todo custo. O problema é: quem procura incansavelmente por legitimar-se, acaba por tornar-se vulnerável (UREÑA, 2012, p.128).

Ocorre que, se é reação, qual a ação que o ensejou? Afirma UREÑA (2012, p. 129) ter sido essencialmente o fenômeno da fragmentação internacional. A constitucionalização visaria a limitar o abuso de poder global por meio da adoção de determinados valores, isto é, limitar a autoridade internacional com padrões legais preestabelecidos. A reação constitucionalista basear-se-ia, então, na premissa de que a incoerência criada pela fragmentação do direito internacional pode ser controlada se for possível encontrar uma suposta ordem constitucional de *status* mais alto que incorpore todos os regimes conflitantes. Bem como no direito interno, a constituição busca dar coerência e unidade a todo o sistema jurídico, e esta constituição global daria coerência ao regime jurídico internacional fragmentado.

Este esforço envolve ir além da diplomacia e das políticas – seja a que diz respeito à soberania no início do século XX, seja a política de diversificação funcional no início do século XXI. A leitura do sistema jurídico internacional deve ser feita através de uma hierarquia de regras e instituições que refletem escolhas de valores frequentemente expressados em fórmulas latinas, como *jus cogens* ou obrigações *erga omnes* (KOSKENNIEMI, 2007, p. 15). Assim como os operadores domésticos do Direito, a abstração de princípios gerais do direito internacional acontece para garantir a coerência do sistema jurídico.

É complicado, na visão de KOSKENNIEMI (2007, p. 16), elencar quais são os valores que merecem estar no rol de regras cogentes. Para os órgãos de direitos humanos, tais direitos devem estar presentes como normas imperativas de *jus cogens*; para os organismos de meio ambiente, os valores que o protegem não podem ser esquecidos; assim será conforme a seção funcional de interesse dos atores internacionais. Os mais liberais entendem ser a liberalização do mercado uma norma essencial à eficiência da estrutura econômica global. Cada um considera as normas preciosas para o seu sistema como preceitos fundamentais. Entretanto, em um contexto de constitucionalização internacional, cabe a ponderação de quais princípios e regras gerais são coincidentes e basilares a todos os ramos. O constitucionalismo, como tradicionalmente arraigado para os países que o adotam como regime de organização do Estado, implica o entendimento de projeto compartilhado para a obtenção do bem comum.

Em 2003, um grupo de estudo foi formado pela Comissão de Direitos Internacionais das Nações Unidas para tecer considerações acerca do chamado problema da fragmentação. E, na conclusão de seus trabalhos, em 2006, seus componentes chegaram ao entendimento de que nenhum desses setores especializados em matérias funcionais estão fora do direito internacional geral. É como se este funcionasse como uma moldura dentro da qual aqueles regimes existem. O sistema jurídico internacional seria um todo, mesmo frente à diversificação por funções de seus ramos. Assim, não é prudente enfrentar a fragmentação como antônimo justo e certo à constitucionalização.

### ***1.2 Abordagens doutrinárias da teoria constitucionalista***

O termo constituição surgiu primeiramente referindo-se às constituições domésticas, as quais são o que conhecemos hoje devido ao movimento liberal no século XIX, cuja bandeira era a luta pela limitação da intervenção do Estado nos direitos privados e o estímulo à maior participação política dos cidadãos. As constituições, em regra, representam o complexo fundamental de normas que ditam a forma de governo do país, bem como sua organização e seu relacionamento com os cidadãos. Em alguns países, as constituições estaduais representam ainda um papel importante nesta organização, como é o caso das federações centrífugas, cujo famoso exemplo são os Estados Unidos. E, ainda, há a possibilidade de a constituição ser supranacional, como no caso da União Europeia.

Este último caso é inovador. Através do debate em torno da constitucionalização da União Europeia, a utilidade da transposição do modelo tomou seu lugar no sentido da criação de mais um mecanismo de controle (uma moldura) das decisões de um grupo de países. O

relativo sucesso do caso inspirou e inspira internacionalistas à ampliação do modelo para o plano global.

Também como reflexo de adaptação ao conceito original, no que tange à setorização internacional, os diferentes documentos fundantes de organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio ou Organização Mundial do Trabalho, podem ser interpretados como constituições em sentido estrito dos seus respectivos campos de atividade. O discurso constitucionalista leva em conta, nesse sentido, a concordância dos países membros das organizações com as limitações e objetivos de seu documento primeiro, o qual tem um papel de moldura legal, responsável por conferir autonomia àquela comunidade no que diz respeito àquele setor (comércio, direitos trabalhistas, saúde, etc.).

A palavra “constituição” pode ser entendida de maneiras distintas; diferenças também podem ser encontradas nas abordagens do constitucionalismo internacional, cuja teoria é dividida entre doutrinadores de, basicamente, duas frentes: os materialistas e os processualistas. O constitucionalismo substantivo ou material (aquele abordado por Bardo Fassbender e Erika de Wet, por exemplo) postula que há um conteúdo essencial para a ordem jurídica internacional, que serve como limite máximo para o poder global. Esse conteúdo pode ser um documento como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), a Carta das Nações Unidas ou mesmo um conjunto de princípios, explicitando uma crença no papel fundamental do direito internacional. Assim, uma constituição global não é apenas um mecanismo para controlar o poder, mas também um mecanismo para fundar uma espécie de comunidade política global - o que pode soar inspirado na experiência da União Europeia (UREÑA, 2012, p. 130).

O constitucionalismo processual, por sua vez, proposto por Jan Klabbers e outros estudiosos, considera a vertente anterior muito rigorosa para ser viável. Ademais, é perverso como, nas palavras de Klabbers, "a ideia de superar a política, através da insistência em aderir a certos valores fixados, está fadada ao fracasso, porque a própria referência a esses valores é, por si mesma, imensamente e intensamente política" KLABBERS (2004, p. 51 citado por UREÑA, 2012, p. 130)<sup>1</sup>. A resposta, então, seria uma versão moderada do constitucionalismo, que iria promover certas regras para o jogo, como uma forma de trazer de volta a política e o direito à governança global, sem definir previamente conteúdos, como na discussão

---

<sup>1</sup> Tradução livre. “*the idea of overcoming politics by insisting on adhering to certain fixed values is bound to fail, because reference to those values itself is immensely and intensely political*”.

<sup>2</sup> Para aprofundamento sobre o fenômeno constitucional sobre a Organização Mundial do Comércio ver: DUNOFF, 2004-2005.

<sup>3</sup> “*The first layer consists of ius cogens norms that by definition have erga omnes effect. The second layer consists of erga omnes norms that have evolved into customary norms, but not yet into ius cogens norms. In*

substantiva. Estas regras são obrigadas a serem processuais, na medida que definem os limites do processo político (UREÑA, 2012, p. 130).

### ***1.2.1 Doutrinas materialistas***

DE WET (2006) parte da visão de constitucionalismo internacional como crescente integrador da ordem jurídica internacional. Seria ele um sistema de regimes constitucionais - nacionais, regionais e funcionais - e de valores comuns que permitiram a efetivação de estruturas constitucionais. O controle político do processo de tomada de decisões sob a influência de atores internacionais (regionais ou funcionais) inspirariam a ideia de um sistema no qual as ordens constitucional e supraconstitucional são complementares.

A referência para a constitucionalização da ordem jurídica internacional, responsável por moldar a comunidade internacional e o seu sistema de valores, indica um processo de (re) organização e (re) distribuição de competências entre os sujeitos nela atuantes. -A construção de valores comuns, nesse contexto, estaria diretamente relacionada à atuação da comunidade internacional - cujo conceito mais difundido não se limita exclusivamente aos Estados. Organizações notáveis internacional e regionalmente com especificações funcionais, como a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Comércio<sup>2</sup> e a União Europeia, são também sujeitos dessa comunidade, complementando-se. DE WET (2006, p.55) afirma ainda serem os indivíduos membros da comunidade internacional, na medida em que eles possuem personalidade jurídica internacional, como por exemplo, no contexto dos sistemas globais e regionais para a proteção dos direitos humanos.

Por meio de uma relação de complementariedade entre os seus atores, a comunidade internacional origina um sistema de valores internacional. Este poderia ser um embrião à ordem constitucional: vários regimes funcionalmente setoriais conectados estrutural e substantivamente por uma comunidade internacional de valores.

Tal sistema internacional de valores diz respeito a normas de forte caráter ético, as quais foram integradas pelos Estados em normas de direito positivo e se organizaram, através da prática estatal, segundo uma estrutura hierárquica. A proposta de um sistema internacional de valores é fruto de uma leitura hierárquica do direito internacional.

O sistema hierárquico se manifesta, por exemplo, no caso especial das normas de direitos humanos, incluindo níveis de normas cogentes e de obrigações *erga omnes* dentro de

---

<sup>2</sup> Para aprofundamento sobre o fenômeno constitucional sobre a Organização Mundial do Comércio ver: DUNOFF, 2004-2005.

um subsistema específico. Os mecanismos de proteção e concretização dessas normas por intermédio da Carta das Nações ocorreu, especialmente, pelas atividades de órgãos da própria Organização das Nações Unidas (ONU). É quase unânime a posição de que a hierarquia das normas, que surgiu dentro da ordem jurídica internacional na forma de normas imperativas ou de *jus cogens*, diga respeito especialmente às normas de direitos humanos.

A decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* fomentou a autoridade do entendimento de que as normas de *jus cogens* têm efeitos *erga omnes*. Isto é, uma norma não sujeita a derrogação, devido à sua natureza, que irá ser aplicada em face de todos os membros da comunidade. Isso reforça a constatação de que o sistema internacional de valores se organiza em níveis hierárquicos. Importante salientar que, sob esse ângulo, tal sistema está em constante evolução, e compartilha da inteligência nacionalmente difundida de que os valores protegidos na constituição doméstica (mesmo as escritas) são mutáveis ao longo do tempo, em adaptação aos sistemas político e social<sup>3</sup>.

DE WET (2006) se utiliza do conceito de desenvolvimento sustentável para ilustrar a dinâmica do sistema, e, em especial, a maneira como a concretização de uma norma pode se beneficiar da ação de tribunais internacionais. Fruto do debate no fórum internacional conhecido como “Rio 92”, o desenvolvimento sustentável pretende-se norma de interesse coletivo e teria sua implementação catalisada pelo seu reconhecimento no Tribunal Internacional do Direito do Mar como norma costumeira de efeitos *erga omnes*, emergindo no sistema de valores internacionais.

Do mesmo modo, a liberalização do mercado é considerada possível norma a escalar o sistema e firmar-se como valor internacional. Para muitos, ela é condição para a realização plena dos direitos humanos. Mais popular ainda, o princípio da democracia é incorporado, pelos países ocidentais de maneira marcante, como requisito para o respeito aos direitos humanos. Ao mesmo tempo, no entanto, o regime autoritário permanece presente em grandes partes da África, Ásia e Oriente Médio. Logo, seria prematuro afirmar a existência da democracia como direito costumeiro internacional com efeito *erga omnes*.

A existência deste sistema de valores enseja o seguinte questionamento: a comunidade internacional teria estrutura capaz para reforçar a aplicação de tal sistema e para resolver potenciais conflitos entre os elementos hierarquicamente diferentes? A despeito da crescente

---

<sup>3</sup> “The first layer consists of *ius cogens* norms that by definition have *erga omnes* effect. The second layer consists of *erga omnes* norms that have evolved into customary norms, but not yet into *ius cogens* norms. In addition, there is a third layer of emerging *erga omnes* norms, ie norms whose customary and/or *erga omnes* character are still disputed, but which are gaining increased recognition in international law” (DE WET, 2006, p. 62).

importância das organizações não-governamentais e dos tribunais funcionais, a instituição considerada mais relevante para a ordem constitucional internacional é as Nações Unidas. É a sua Carta que inspira grande parte dos valores merecedores de proteção. Apesar de haver reconhecidas falhas na efetividade dos órgãos componentes do organismo, como a limitação decisória da Assembleia Geral (órgão representativo de todos os membros da ONU) em controle às ações ou omissões do Conselho de Segurança, seria possível dizer que a intervenção do Conselho de Segurança tende, na maioria das vezes, a dar suporte ao sistema internacional de valores, coibindo eventuais ameaças aos direitos humanos, em nome da paz e da segurança internacionais (DE WET, 2006, p. 64).

Conjuntamente à influência da ONU como órgão primeiro desta estrutura, há também a possibilidade de que a Corte Internacional de Justiça passe a realizar o papel de uma espécie de corte internacional constitucional, agindo para fiscalizar a legalidade das decisões do Conselho de Segurança em processos contenciosos entre Estados, ou através de pareceres cujas funções primordiais são sugerir interpretações a normas e o ajustamento de condutas dos sujeitos internacionais. Apesar deste caminho ainda ser complexo, o controle da Corte nas decisões vinculantes da ONU poderia contribuir para o fortalecimento do sistema (DE WET, 2006, p. 65).

Há quem defenda ser a Carta das Nações Unidas a própria constituição internacional formal. FASSBENDER (2009) aponta para tal consideração as características a seguir sintetizadas:

- i. a organização tem adesão praticamente universal, e possui soberania sobre toda a comunidade internacional, até mesmo em relação aos países não membros;
- ii. a Conferência de São Francisco, na qual foi construída a Carta, pode ser considerada um momento constitucional devido à quebra paradigmática ocorrida;
- iii. uma nova ordem mundial foi inaugurada em vista a um programa constitucional focado na proteção aos direitos humanos e na paz social;
- iv. em regra, nenhuma constituição doméstica nega os princípios enunciados na Carta;
- v. o próprio nome “carta” transparece o elevado grau instrumental jurídico pretendido pelos que a elaboraram. Hoje, a Carta ocupa posição única no direito internacional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A posição ímpar da Carta é reconhecida e reafirmada pela quase totalidade de organismos internacionais: “By way of example, I mention Article 102 of the Charter of the Organization of American States (OAS) of 1948: ‘None of the provisions of this Charter shall be construed as impairing the rights and obligations of the Member



- vi. os objetivos constitucionais da Carta estão previstos por meio de termos abertos como “Nós, os povos das nações unidas”;
- vii. a ONU é um fórum natural para debates acerca de mudanças e influências na vida global;
- viii. o Conselho de Segurança possui atribuições típicas do poder legislativo; o poder executivo central é exercido pelo Conselho de Segurança, em conjunto com a Assembleia Geral; e o poder judiciário poderia ser representado, ainda que de maneira insipiente, pela Corte Internacional de Justiça;
- ix. a carta prevê possibilidade de emenda ao seu texto, não de extinção.

Ainda, instituições outras como o Tribunal Internacional do Direito do Mar e o Tribunal Penal Internacional também seriam responsáveis pela sustentação do sistema de valores internacional, mesmo estando restritas às disciplinas próprias de suas competências. Inúmeras vezes, normas específicas de uma especialização podem ter seu caráter *erga omnes* reconhecido – o desenvolvimento sustentável e as violações graves aos direitos humanos são exemplos relativamente recentes (DE WET, 2006, p.67).

Da mesma maneira, Estados individualmente considerados podem contribuir para o assentamento do sistema. DE WET (2006, p. 69) cita a situação prevista no artigo 48 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados (*Articles on state responsibility*), segundo o qual Estados estão aptos a exigir o cumprimento de obrigações *erga omnes*, quais sejam, atribuir a responsabilidade ao Estado infrator, determinando a cessão do ato ilícito, bem como reclamar reparação pelos danos ao beneficiário. Assim, um Estado individualmente estaria complementando de forma descentralizada a força do núcleo de valores. É uma maneira de demonstrar que o interesse jurídico em violações a obrigações *erga omnes* vai além dos Estados participantes do conflito.

---

*States under the Charter of the United Nations*. According to Article 1, paragraph c of the Statute of the Council of Europe of 1949, '[p]articipation in the Council of Europe shall not affect the collaboration of its members in the work of the United Nations ...'. Article XXI lit. c of the General Agreement on Tariffs and Trade of 1947 (GATT 1947) said that '[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter'. Article 7 of the North Atlantic Treaty (NATO Treaty) of 1949 provides that '[t]he Treaty does not effect, and shall not be interpreted as affecting, in any way the rights and obligations under the [UN] Charter ... , or the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security'. At the very end of its codification of the law of state responsibility, the International Law Commission made a general reservation in favor of the UN Charter: 'These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations'.<sup>453</sup> The definition of the crime of aggression envisaged in Article 5, paragraph 2 of the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998 'shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations'" (FASSBENDER, 2009, pp. 105-6).

Domesticamente, o rol de valores raros aos tribunais nacionais é sobremaneira importante para a concretização e eficácia deste núcleo de valores internacionais. Particularmente, quanto aos direitos humanos, os instrumentos internacionais e regionais dependem de como o direito doméstico confronta essas questões para que os valores fundamentais ao tema sejam trazidos à realidade. No Brasil, após a internalização do Pacto de San Jose da Costa Rica, os tratados de direitos humanos podem ser elevados a normas constitucionais, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Também, o artigo 109, §5º, prevê a possibilidade de deslocamento de competência para a Justiça Federal das hipóteses de graves violações de direitos humanos.

Um ponto a se atentar refere-se à legitimidade deste sistema internacional de valores na ordem jurídica nacional. Esse núcleo de valores internacionais representam os valores jurídicos defendidos nas ordens domésticas? Para muitos autores, a legitimidade daquele está intimamente ligada ao processo por meio do qual o respectivo sistema de valor surgiu e, em particular, à qualidade democrática desse processo.

Críticos apontam estar o sistema de valores se desenvolvendo sob a influência de instituições internacionais e de tribunais que seriam governados por um grupo de elite de agentes nacionais instruídos por seus respectivos secretariados internacionais. Como consequência, o sistema normativo decorrente dessa construção seria algo imposto e, portanto, ilegítimo, com características que ignoram qualquer forma de controle democrático ou prestação de contas (DE WET, 2006, p.72).

Por essa perspectiva, as Organizações Não Governamentais seriam elites que advogam por causas especiais não representativas dos interesses públicos gerais, motivo pelo qual a sua legitimidade poderia ser questionada. O impacto desta ilegitimidade é ainda mais palpável quando a norma internacional é aplicada diretamente na ordem jurídica interna, sem que haja o aval do parlamento nacional - especialmente quando um Estado-Membro está em minoria na organização internacional que produziu a decisão diretamente aplicada.

A falha nesses argumentos residiria na mitificação da governança democrática nacional como sendo um modelo para a governança internacional. Os argumentos parecem supor que existe um modelo nacional de governança democrática o qual poderia definir condições para a legitimidade da governança internacional. Ao fazer isso, eles ignoram o fato de não existir uma forma única atualizada de democracia liberal que poderia facilmente ser identificada como o modelo ideal de governança. Além disso, eles ignoram que a democracia não significa necessariamente legitimidade (DE WET, 2006, p. 72). Mesmo em democracias bem estabelecidas, a legitimidade do processo de tomada de decisão muitas vezes é minada

pela exclusão daqueles que não pertencem ao grupo que detém o poder, ainda que afetados diretamente pelas políticas. Essa marginalização, o fraco debate público e a reiterada falta de transparência do processo decisório não costumam condizer com o preceito das constituições domésticas que prevê a isonomia do povo como titular do processo político. Portanto, também nas democracias nacionais o processo legislativo de tomada de decisões é passível de dúvidas quanto a refletir realmente os desejos da maioria da população envolvida.

A aquisição de legitimidade internacional do sistema de valores ora em comento não é apenas uma questão de expandir o alcance da política, mas também diz respeito à qualidade da representação e participação. Provavelmente, em esfera internacional, devido a suas estruturas e seus sujeitos soberanos, a democracia jamais terá o mesmo significado que possui domesticamente. Então, seria imprudente afirmar que necessariamente o déficit de democracia internacional vai significar déficit de legitimidade do sistema internacional. Mas isso de maneira alguma pode justificar o abuso das instituições internacionais para a não consecução da finalidade pública para a qual é competente. Não se deve confundir a identidade dos valores jurídicos universais arraigados com o abuso que eles sofrem frequentemente.

Desconectar o pré-requisito democrático da legitimidade das tomadas de decisão em âmbito internacional não significa negar transparência e acessibilidade ao processo político e jurídico envolvido (DE WET, 2006, p. 74), e tampouco significa deixar de lado o problema da legitimação das tomadas de decisão na esfera internacional. Todavia, essa é uma questão extremamente profunda, inviável de ser pormenorizada no presente estudo. A influência ativa de Organizações Não Governamentais (ONGs) no processo e a abertura destas à participação pública são, por exemplo, meios alternativos de fazer refletir nas estruturas internacionais os reais interesses da sociedade civil.

É fato que a mudança do controle sobre a tomada de decisões do Estado nacional para os atores internacionais corrói cada vez mais o conceito exclusivo de uma constituição tradicional. E, com isso, as interpretações não ortodoxas do conceito ganham cenário. Em um contexto crescente de integração jurídica internacional, existe uma coexistência das ordens constitucionais nacionais, regionais e funcionais, as quais se complementam ou deveriam, em tese, complementar-se. Para DE WET (2006, p. 75), é essa relação de complementariedade, o conglomerado constitucional (*Verfassungskonglomerat*), o embrião da ordem constitucional internacional. Neste sistema, os indivíduos e os órgãos domésticos funcionam simultaneamente no seio das comunidades nacional e internacional e nestas ordens jurídicas.

Entretanto, não se deve ser ingênuo em ignorar que dessa coexistência também provavelmente decorrerão competição e conflito no que tange à atribuição de competências e jurisdição. Para a autora, essa consequência é oriunda do processo de (re)organização do controle político da tomada de decisão resultante de tais ordens jurídicas, o que é natural.

Essa dificuldade, todavia, não negou ou impediu o desenvolvimento da chamada ordem constitucional europeia concomitante à continuação das ordens constitucionais nacionais até então existentes. Nem mesmo se pode afirmar com prudência que as ordens nacionais perderam força, deixando de atuar com papel fundamental na aplicação dos valores da ordem constitucional europeia, bem como contribuindo para um controle sobre a ação excessiva dos órgãos regionais.

Nesse sentido, a questão da legitimidade da ordem constitucional internacional continua, pois, a ser um desafio. Sem maior legitimidade, esta ordem legal embrionária não será capaz de suportar as tendências anti-internacionais e hegemônicas do nosso tempo, ilustradas, por exemplo, pela resistência dos Estados Unidos ao Protocolo de Kyoto sobre as mudanças climáticas. Tal estratégia anti-internacional também se refletiu na doutrina do ex-presidente americano George W. Bush de ataque preventivo, não abrangido pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas. O ataque militar ao Iraque em 2003 não foi justificado nem por uma resolução do Conselho de Segurança, nem pela doutrina da legítima defesa concretizada no mencionado artigo da Carta das Nações Unidas<sup>5</sup>.

Há, portanto, um risco concreto de que esta delicada comunidade internacional aglutinada e guiada por um núcleo de valores fundamentais seja enfraquecida. Se isso vier a acontecer, somos obrigados a admitir a perda de controle sobre os processos políticos internacionais de tomada de decisão em uma era onde o retorno à exclusiva e autônoma tomada de decisão nacional é praticamente impossível.

Assim, na perspectiva do constitucionalismo materialista, os valores e a legitimidade de sua construção possuem relevância fundamental, de modo que eventuais ataques a esse arcabouço normativo poderia gerar risco de enfraquecimento da comunidade internacional e de sua ordem jurídica.

---

<sup>5</sup> É curioso que esta evolução anti-internacional emane especialmente do próprio país que já foi a força motriz na criação do quadro normativo e institucional que originou o desenvolvimento do sistema de valores internacional, em especial em 1945, por meio de uma contribuição ímpar para a estruturação das Nações Unidas. Para alguns, há um perigo global de que o comportamento unilateral dos Estados Unidos desde 2000 possa minar este sistema fomentador da ordem internacional, e, na verdade, todo o processo de desenvolvimento de uma comunidade internacional de Estados democráticos.

### ***1.2.2 Doutrinas processualistas***

“Fragmentação, verticalização e constitucionalização formam a santíssima trindade do debate de direito internacional neste começo de século XXI”, assim KLABBERS (2011, p.1) inicia seu trabalho. A especialização observada no cenário recente internacional, referida comumente como fragmentação do sistema, é deduzida de microssistemas aparentemente autônomos em razão de seus objetos de trabalho. Fragmentação pode inspirar constitucionalismo que, ao mesmo tempo, no entanto, pode assumir uma aparência de dominação<sup>6</sup>.

Muito parecido com o que ocorre domesticamente, os sistemas funcionais internacionais devem ser amarrados pelo direito constitucional. Isto é, eles possuem regulamentações específicas cuja função é conferir aplicabilidade aos objetivos perseguidos por seus órgãos, mas deve haver na constituição um arcabouço de princípios e normas gerais a serem observadas em todos os ramos. Esses vários segmentos do direito internacional estão crescentemente percebendo a redoma do constitucionalismo pairando sobre eles. Seria um corpo de regras gerais que não se presta à prática legal exatamente da mesma maneira que o direito contratual ou o direito tributário, mas que, no entanto, é vital para indicar a forma como os vários setores devem ficar juntos. Em citação à famosa metáfora de Oscar Schachter, as normas gerais de direito internacional fornecem as estradas entre as isoladas vilas do direito ambiental internacional, o direito penal internacional, o direito comercial internacional, etc (KLABBERS, 2011, p. 11).

Pela perspectiva processualista, a autoridade internacional não emana de maneira concentrada de um único centro de poder, nem mesmo apenas das figuras dos Estados, tendo em vista que uma variedade de fontes e instituições são responsáveis pela dinâmica de forças que rege o cenário internacional. Isso não é apenas uma expansão de atores internacionais, mas uma expansão de autoridades internacionais, competindo por poder político e jurídico. Os comandos também podem ser dados sob várias espécies de normas: jurídicas, morais, culturais ou mesmo internas das entidades. É o que o que KLABBERS (2011, p. 13) chama de “*normative pluralization*”.

Os processualistas atentam que a fragmentação do direito internacional anda de mãos dadas com um processo de verticalização, uma vez que o sistema não é mais exclusivamente composto de Estados independentes e soberanos, como o era em dias anteriores, que

---

<sup>6</sup> Será explicitado no Capítulo 3 do presente trabalho esse viés dominador e segregador que o constitucionalismo pode assumir.

interagem como se fossem bolas de bilhar. Em vez disso, outros atores vieram à tona, incluindo organizações internacionais, corporações multinacionais, movimentos de libertação nacional, ONGs internacionais, grupos minoritários e até mesmo (especialmente) os indivíduos - é fato que alguns destes trazem suas próprias ordens normativas internas para a mesa. Assim, a ênfase anterior sobre a soberania do Estado, resultando na imagem do direito internacional como ordem jurídica horizontal composta de iguais, está lentamente cedendo lugar a uma concepção de direito internacional mais verticalmente organizada. Os subsistemas responsáveis pela origem de medos (e esperanças) da fragmentação são, nessa concepção, regimes independentes funcionalmente sobre os quais está ocorrendo a superação do paradigma tradicional de soberania do Estado (KLABBERS, 2011, p.14).

Importante destacar que não é necessária a oposição da fragmentação à verticalização. Em tese, a fragmentação pulveriza o poder entre atores e subsistemas funcionais. A verticalização pressupõe que esses novos sujeitos internacionais são responsáveis pela desuniformidade do novo cenário, o mote é o fato de a horizontalidade não existir mais porque os Estados não são mais virtualmente vistos como iguais. O poder, hoje, é titularizado e influenciado por diferentes instituições, que contribuem diferentemente na sua dinâmica.

A fragmentação, a pluralização e a verticalização provocam a resposta constitucionalista. Na verdade, a própria noção de verticalização pretere uma forma de hierarquia, com algumas instituições estando superiores a outras. É o que ocorre no plano nacional, no qual há legislações especiais de *status* mais alto que outras, como as leis complementares e ordinárias frente a resoluções ou circulares. É para esta linguagem que parece estar caminhando também o direito internacional: para o modelo constitucionalista.

Como KOSKENNIEMI (2007, pp. 24-5 citado por KLABBERS, 2011, p. 14) escrevera, o que aparenta ser fragmentação de uma perspectiva pode parecer mais como unidade de um outro ponto de vista. A fim de que a resposta seja eficaz, a fragmentação pressupõe a existência do direito internacional geral e a verticalização pressupõe a forma hierárquica própria dos sistemas constitucionais. Logo, para manter as unidades fragmentadas juntas, algo de mais elevado *status* deve ser invocado, e isso é exatamente o processo de constitucionalização, o qual se pretende capaz de criar uma ordem, prevenindo o caos (KLABBERS, 2011, p. 15).

A fragmentação eliminaria, desta maneira, riscos que lhe são atribuídos, como a desordem internacional, através desse elo de normas imperativas. O conteúdo de quais seriam as matérias tratadas por essas normas é um ponto de tensão na doutrina. Muitos dizem, em um nível substantivo, que os direitos humanos fundamentais seriam o mais especial componente

(proibição à tortura e ao genocídio, por exemplo). Uma perspectiva mais utilitária poderia propor que o mundo seria muito melhor se o livre comércio fosse uma dessas normas de dimensões constitucionais. Em um nível mais formal, para KLABBERS (2011, p. 16), muitos invocaram noções como as normas de *jus cogens* para cumprir tal papel. Ou reclamam à Carta das Nações Unidas a prevalência sobre quaisquer outros tratados.

A constitucionalização, de toda forma, é uma resposta aos fenômenos de globalização, fragmentação, pluralização e verticalização. Promete a unidade a fim de garantir a manutenção de uma ordem global centralizadora ou, ao menos, estabilizadora do temor de desordem internacional. Ordem através da autoridade (aqui, descentralizada) proveniente da estrutura hierárquica típica do constitucionalismo.

KLABBERS (2011) defende que a constitucionalização sem a interferência da política é incapaz de decidir a favor do comércio ou do meio ambiente, dos direitos humanos ou segurança, das normas de *jus cogens* ou qualquer outra coisa. Ainda, o argumento da constitucionalização é frequentemente suficiente para remover questões do processo político ordinário. Mas a política é mecanismo útil e viabilizador dos ideias constitucionais.

A exemplo do processo de constitucionalização europeia, o sentimento de um constitucionalismo multinivelado (KLABBERS, 2011, p. 22) deve ser internalizado como uma distribuição de poderes que nitidamente separe um nível do outro. Como ocorre na coexistência das constituições estaduais e da Constituição Federal no Brasil: um indivíduo residente em Curitiba-PR está submetido à esfera normativa municipal da cidade, às leis e à Constituição estaduais e às leis e Constituição federais cumulativamente, sem hierarquia entre os entes federados.

A constituição é o instrumento jurídico através do qual o povo de certo território concorda em criar instituições munidas de autoridade pública (PERNICE, 2002, p. 515 citado por KLABBERS, 2011, p. 22). Nesse sentido, um constitucionalismo multinivelado seria bem próximo a uma governança multinivelada. E são as normas componentes do nível internacional desse sistema constitucional que são objeto do presente estudo.

KLABBERS (2004, p. 37) aponta desconfortáveis paradoxos presentes na tendente constitucionalização das organizações internacionais. Enquanto os juristas ocupam-se do debate de sutilezas formalistas acerca do constitucionalismo, mudanças políticas impopulares podem tomar lugar. Outro exemplo problemático é a possibilidade de conflito (material e formal) das constituições nacionais com o projeto internacional, vez que, como protagonizou a Corte Constitucional Alemã na ocasião da elaboração do sistema jurídico da União Europeia, é delicado para as ordens jurídicas internas a aceitação de um sistema

supranacional. Por mais vantajoso para a coletividade que este aparente ser, o receio de ter a soberania jurídica nacional desprotegida ronda as cortes constitucionais.

A ideia de constitucionalização infere especialmente a noção de estabelecer limites às atividades das organizações internacionais, e fixas padrões (ainda que mínimos) de comportamentos. Alojando em uma moldura a interação entre os sujeitos internacionais também guarda um desafio, na medida em que, para KLABBERS (2004, p. 51) elencar os valores e regras valorosos a serem preservados atualmente e pelas futuras gerações implica também dificultar a estas próximas gerações a possibilidade de acomodar esse núcleo aos seus desejos e circunstâncias. Com a finalidade ilustrativa, o autor cita o fato de hoje poucos ainda defendem a ideia de serem os assentos permanentes no Conselho de Segurança da ONU uma solução justa, contudo, a maioria bem compreende a utilidade desta medida em 1945. O empasse foi que na época de sua instituição, os assentos permanentes foram protegidos por um duro processo de emenda, o qual dificulta a adaptação do mecanismo para os dias de hoje.

KLABBERS (2004, p. 53) afirma que assumir a existência de um controle significa desistir desse controle. Reagir à fragmentação através do constitucionalismo irá levar a uma fragmentação mais profunda, pois os vários regimes e organizações competidores estarão firmemente presos aos limites constitucionais (em uma batalha uns contra os outros). A ajuda à humanidade fruto do constitucionalismo presumiria por sua natureza um espaço apolítico, e livre de ideologias, um “reino além da política onde o povo não iria mais discordar entre si” (2004, p. 54). Esse lugar, entretanto, não existe. E a noção de ultrapassar a política insistindo em aderir a valores certos e fixos é convidativa a falhar, já que a referência e escolhas a esses valores é imensamente política.

O autor propõe uma visão menos ambiciosa de constitucionalismo (KLABBERS, 2004, p. 55) a fim de tentar escapar de seus graves paradoxos. Seria mais como uma abordagem limitada de governo global sob um viés constitucionalista. Nessa proposta admitir-se-ia a política como sendo inevitável à vida internacional. A política pode ser algo bom, um mecanismo para assumir e lidar com as diferenças e as opções à manutenção da harmonia e paz no mundo. Essa abertura que a política proporciona ao debate permitiria a garantia procedimental de que a minoria não será sempre engolida pela maioria, ou esta será sabotada por qualquer minoria privilegiada. O consenso não é mais bem aceito como a melhor opção. Ele é uma opção excludente.

De acordo com este entendimento, seria aceita uma forma independente de controle, como algum tipo de mecanismo de revisão judicial incorporada pelas organizações internacionais. Ainda, para KLABBERS (2004, p. 57) a linguagem do direito deve ser



evitada, dando lugar à linguagem inclusiva da política. O maior erro do constitucionalismo seria, pois, a categorização muito rígida das regras e de seus atores em torno da pedra a qual seria um documento constitucional, que, se levado às últimas consequências pode levar a um projeto de imperialismo sob a bandeira da constitucionalização. Ao contrário deste corpo constitucional, um meio para outros fins, a condução política das discussões internacionais é por si mesmo um fim.

Observe-se que as duas abordagens ora ilustradas, a materialista e a processualista, são importantes para a análise a ser feita no presente trabalho. A substância da proposta constitucionalista abarca também as normas cogentes, mas também o procedimento exigido, a hierarquização, tende a contribuir para as lacunas no discurso a serem explicitadas. Não se pretende fazer uma opção ou trabalhar sobre apenas de um viés, já que os dois têm o escopo comum de utilizar-se do constitucionalismo como ferramenta para uma hierarquização normativa internacional.

## CAPÍTULO 2: O PAPEL DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

### 2.1 O conceito de *jus cogens*

O poder estatal de acordar tratados internacionais outrora tido como absoluto e intransponível mostrou sua limitação ao longo da História contemporânea. O professor VERDROSS (1966, p. 56), considerado um dos pais das normas de *jus cogens*, cita o entendimento de Charles Rousseau, o qual já reconhecia que, no direito internacional da época, a ordem pública era praticamente inexistente, devido à estrutura individualista preponderante, sendo esse o entendimento que se tinha quando se formaram os Estados nacionais.

No entanto, alguns internacionalistas, em meados do século passado, começaram, timidamente, a rejeitar a ideia da validade de tratados *contra bonos mores* (contra a ética coletiva) e contrários àquilo que julgavam como sendo a ordem pública da comunidade internacional, passando a considerá-los nulos. Neste contexto, as escolas de direito natural, em geral, passaram a admitir a noção de normas as quais todos os Estados devem observar, não podendo alterá-las via acordos.

O renomado internacionalista VERDROSS (1966, p. 61) sustenta que a sociedade internacional não organizada, anterior à Organização das Nações Unidas, já admitia certas fronteiras à liberdade dos Estados em realizar tratados, uma vez que deveriam respeitar os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas, dentre eles os direitos consuetudinários e os que proíbem contratos *contra bonos mores*.

Em um segundo momento, o princípio de que há normas no direito internacional geral com o caráter de *jus cogens* foi reconhecido após a segunda guerra mundial, como reflete o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ora transcrito:

#### Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

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 (BRASIL, 2009).

Após os desastres humanitários de consequências universais vivenciados à época, os homens e mulheres testemunharam a evidência de que haveria um mínimo de interesses convergentes entre as nações, e sobre estes deveria existir um instrumento forte de proteção internacional, que tornasse ilegítima qualquer ação que pretendesse negá-los.

Apesar da dificuldade em indicar critérios de reconhecimento que diferenciasssem as normas de *jus cogens* das outras normas de direito internacional geral, as regras de *jus cogens* foram recebidas como sendo necessárias para a vivência internacional, havendo um progressivo enraizamento daquelas na rotina jurídica dos internacionalistas e das academias, especialmente no que tange à necessidade de proteção deste círculo de normas.

Elas se propunham a atuar em favor do interesse da comunidade internacional, compondo o que seria uma mínima ordem pública internacional. Deveriam representar os direitos coletivos, sobrepondo o individualismo que antes levava os atores a litígios fundados em seus interesses egoísticos. Nesse sentido, as regras de *jus cogens* foram pensadas para constituir o mínimo de regras comuns, não apenas necessárias para que coordenadas relações internacionais sejam possíveis, mas também como partilha de valores humanos por todos aqueles que gozam desta condição, a fim de implementar um ordem pública internacional. Elas deveriam sintetizar as necessidades sociais mais preciosas internacionalmente.

Nesse diapasão, soberania, hoje, não pode mais significar liberdade ilimitada de ação dos Estados na esfera internacional. Isso seria incompatível com a própria ideia de uma ordem jurídica internacional. Pelo contrário, a noção descreve o *status* jurídico que a comunidade internacional atribui aos seus principais membros em um determinado ponto no tempo. “[S]overeignty of the States, as subjects of international law, is the legal authority of the States under the authority of international law” (KELSEN, 1944, pp. 207-8 citado por FASSBENDER, 2009, p. 111). Em outras palavras, a soberania seria um termo coletivo (uma espécie de guarda-chuva), denotando os direitos e deveres conferidos pelo direito internacional (ou, para ser mais preciso, pela constituição da comunidade internacional) a um Estado, em determinado momento. Esses direitos e deveres constituem a soberania, não decorrem dela. Soberania é o *status* jurídico de um estado independente, tal como definido (e não só protegido) pelo direito internacional. Assim, a soberania não é nem natural, nem estática. Em um processo que tem colocado cada vez mais restrições à liberdade de ação dos

estados, sua substância mudou e deverá mudar ainda mais no futuro (FASSBENDER, 2009, p.111).

É, todavia, compreensível o fato de ter a previsão das normas peremptórias na Convenção de Viena de Direito dos tratados causado desconfiança em um primeiro momento. Esta previsão foi um dos principais freios de vários países em ratificar a Convenção. A discussão acerca do conceito de normas peremptórias é abordada em GAJA (1981), quando revisita os diferentes tipos de obrigações no campo do direito internacional.

A maioria das normas de direito internacional impõem obrigações quando existem situações específicas, envolvendo interesses específicos de Estados. Segundo SCHWARZENBERGER (1964-1965, p. 463), nestes casos, o Estado deve ter, legalmente, interesse suficiente no caso para se tornar parte. Há outras obrigações que se impõem independentemente de situações específicas ou interesses diretos dos Estados, como tratados multilaterais envolvendo direitos humanos – instrumentos universais cuja violação atinge todos os Estados-partes. São obrigações de um Estado (na verdade, obrigações de todos os atores internacionais) perante a comunidade internacional como um todo. Devido à importância do bem tutelado, todos os Estados têm interesse legal em sua proteção - são bens jurídicos, em regra, indisponíveis. Seriam, pois, estas obrigações *erga omnes*. A Corte Internacional de Justiça já mencionou que são *erga omnes* “*rules concerning the basic rights of the human person*”<sup>7</sup>, ou seja, normas concernentes aos direitos básicos da pessoa humana.

As normas que impõem essas obrigações universais são aquelas que podem ser acolhidas para a construção do conceito das normas peremptórias de *jus cogens*. As normas peremptórias, no artigo 53 da Convenção de Viena, pretendem remover a ameaça de violação das obrigações por elas previstas, por meio da invalidação de qualquer tratado que, se implementado, ocasionaria a violação. São chamadas de peremptórias porque nenhuma derrogação é permitida e qualquer tratado com elas conflitante é nulo.

A ideia transmitida é a de que, independentemente da atitude tomada pelas partes de um tratado conflitante com uma norma peremptória, ele é considerado nulo e não produz efeito legal. De acordo com a Convenção, uma norma peremptória necessariamente opera em atenção a todos os Estados, isso porque há o pressuposto que ela foi aceita e reconhecida como peremptória pela comunidade internacional. Houve um consenso inicial. Ela pode ser modificada apenas por norma de direito internacional geral subsequente, a qual tenha o mesmo conteúdo. Nesse caso, a norma peremptória passaria por uma mudança substancial de

---

<sup>7</sup> Relatório ICJ, 1970, p. 33.

sentido que efetivamente a transformasse em uma nova norma, enquanto nenhuma derrogação continuaria sendo permitida. Em uma crítica à limitação do vocábulo “peremptório” na Convenção, GAJA (1981, p. 284) inclusive menciona a possibilidade de uma norma ter caráter peremptório apenas em um âmbito regional, limitado, devido à similitude dos valores compartilhados em regiões singulares.

O autor (GAJA, 1981, pp. 285-286) aponta outras críticas ao conceito de normas peremptórias acolhido pela Convenção, como sua lacuna no tratamento de atos unilaterais, ao restringir-se aos tratados; e ao silenciar quanto à impossibilidade de reservas dos Estados quando o acordo tratar sobre normas de *jus cogens*.

As duas características fundamentais de uma constituição são que ela regula questões basilares de importância relevante para a comunidade e que ela prevalece sobre normas ordinárias. Ocorre que, se isso é verdade, as normas peremptórias internacionais – *jus cogens* – satisfazem ambos os quesitos: elas se referem aos interesses da comunidade internacional como um todo e prevalecem sobre as normas comuns internacionais (ORAKHELASHVILI, 2009, p. 1-2).

Assim, sendo ou não as normas de *jus cogens* parte de uma constituição da sociedade internacional, é certo que elas executam (ou deveriam executar) essa função, além de desempenharem o papel de poder de polícia pública, visando a garantir a ordem pública internacional. Sua aplicação ganha força quando é invocada preferencialmente às demais normas ordinárias internacionais nos tribunais nacionais e internacionais.

A relevância do *jus cogens*, no contexto do constitucionalismo internacional, está como um elemento da hierarquia normativa e de governo dos conflitos normativos. Também destaca-se o potencial das normas de *jus cogens* como um conjunto de regras mais elevado atuando como norma constitucional no ordenamento jurídico internacional. Limita a capacidade dos Estados de contratarem e invalida cláusulas com elas conflitantes

É sabido não haver constituição escrita no âmbito internacional, ou nada com autoridade formal para tanto. Contudo, materialmente, há de se levar em conta que há sim elementos constituintes da ordem jurídica internacional. Em análise às funções das normas de *jus cogens* no cenário jurídico internacional, pode-se, mesmo que indiretamente, identificar a performance esperada do papel de uma constituição, se ela existisse.

Teorias podem ser boas, mas são melhores quando estão relacionadas a posições jurídicas pertinentes e assim contribuem para o desenvolvimento do sistema jurídico internacional. Objeções doutrinárias ao conceito e ceticismo atingem o *jus cogens* desde o aperfeiçoamento de sua ideia pela Comissão de Direito Internacional da ONU na década de

1950 (ORAKHELASHVILI, 2009, p. 2). Há quem negue a relevância do instituto, mas estes opositores são refutados pela crucial importância das normas cogentes até então explicitadas. Por outro lado, no que tange a avaliação e reavaliação da adequação doutrinária e fundamentos doutrinários do *jus cogens*, uma análise mais minuciosa é necessária.

Têm as normas peremptórias de *jus cogens* o intuito original de trazer segurança jurídica na limitação de ações específicas, a fim de garantir que estas jamais sejam consideradas legítimas, independentemente do contexto ou do ator internacional que as pratique. Foram criadas com o propósito de serem remédios judiciais, mesmo que no início houvesse certa delicadeza no uso de seu conceito, a fim de não dificultar a ratificação da própria Convenção por mais Estados e garantir a aceitação da jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Sua efetividade sempre foi um desafio. O perigo era que o instrumento teórico ora criado vivenciasse uma prática na qual os Estados conjuntamente considerados, através de ações concretas, não estivessem preparados para dar efetividade, por meio de seu aparato operacional, ao preenchimento das etapas que invalidariam os acordos ou normas contraditórios aos princípios de *jus cogens*.

## ***2.2 O descompasso do conceito frente à prática***

Sob um juízo criado não para satisfazer as necessidades de Estados individualmente considerados, mas interesses maiores da comunidade internacional como um todo, as normas de *jus cogens* são comumente entendidas como normas absolutas e irrenunciáveis pelos Estados. Observe-se que não é o intuito das normas de *jus cogens* pressionar a existência de um contraponto entre o Estado e a comunidade internacional, e sim velar para que a última seja resguardada em seus princípios, mesmo frente à hegemonia privilegiada de poucos atores internacionais.

Reduzir a operabilidade das normas peremptórias já foi uma estratégia das superpotências à época de sua criação (GAJA, 1981, p. 285). Isso demonstra a fragilidade do conceito e a possibilidade de manipulação. Desde o início, e até hoje, uma armadura que fortifique tais normas seria útil para alcançar uma uniformidade quanto à sua interpretação e à eficácia de sua força impositiva.

O pano de fundo, a natureza e os efeitos do *jus cogens* foram resumidos pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY, 1998, § 153):

Enquanto a natureza *erga omnes* mencionada faz parte da área de aplicação internacional (*lato sensu*), outra característica importante do princípio de proibição da tortura se relaciona à hierarquia das normas na ordem normativa internacional. Devido à importância dos valores que ela [a proibição da tortura] protege, este princípio **evoluiu** para tornar-se uma norma peremptória ou *jus cogens*, ou seja, uma norma que goza de uma posição mais elevada na hierarquia internacional que o direito dos tratados e até que as regras costumeiras “ordinárias”. A consequência mais visível dessa classificação mais elevada é que o princípio em comento não pode ser derogado pelos Estados através de tratados internacionais ou de costumes locais ou especiais ou mesmo regras consuetudinárias gerais não dotadas da mesma força normativa<sup>8</sup> (*grifo inexistente no original*).

Quanto ao seu conteúdo, não há documento oficial que elenque ou individualize tais normas. A doutrina se empenha em uma classificação, a qual é essencialmente abstrata (e deveria ser assim, pela própria natureza das regras de *jus cogens*)<sup>9</sup>. Além de direitos criados sob o propósito humanitário, os acordos sobre o uso da força também costumam ser considerados integrantes do rol de *jus cogens*. De acordo com a Carta das Nações Unidas, os Estados membros devem evitar o uso da força senão para autodefesa individual ou coletiva, e devem assentar suas relações internacionais em um cenário de paz. Essas normas existem claramente em interesse comum da humanidade.

Mesmo mais recentemente, em decisão a qual ainda provoca muita resistência no Brasil, no caso Gomes Lund, uma extensão material do conceito de *jus cogens* foi trazida na própria sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, transferindo para o rol de violação dos direitos mais caros à humanidade aquelas crimes considerados lesa-humanidade, como os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura que teriam sido perpetrados sistematicamente pelo Estado brasileiro na repressão à Guerrilha do Araguaia: “[a] prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos

---

<sup>8</sup> Tradução livre. “While the *erga omnes* nature just mentioned appertains to the area of international enforcement (*lato sensu*), the other major feature of the principle proscribing torture relates to the hierarchy of rules in the international normative order. Because of the importance of the values it [the prohibition of torture] protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force”.

<sup>9</sup> The most frequently cited examples of *jus cogens* norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination. Also other rules may have a *jus cogens* character inasmuch as they are accepted and recognized by the international community of States as a whole as norms from which no derogation is permitted. (ILC, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, §33).

princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*” (CIDH, 2010, p. 40).

De acordo com o posicionamento da sentença, a hierarquia superior dos direitos ora defendidos pela Corte justificaria o questionamento de validade de normas internas (mesmo normas constitucionais brasileiras) que contrariassem a proteção casuística. A observância obrigatória dos países à guarda de direitos e proibições de *jus cogens* não é fruto de atos de ratificação de convenções e tratados, mas é compulsório, na medida em que decorre do costume internacional. Deste modo, as legislações nacionais devem seguir e apoiar tais regras, e, por conseguinte, facilitar a punição das violações consideradas lesa-humanidade, independentemente da ratificação dos instrumentos supranacionais – no ordenamento brasileiro, este contra-papel caberia à Lei de Anistia. Em voto fundamentado, o juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas expõe na sentença em comento (CIDH, 2010, p. 3):

Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

6. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, **a Convenção equivale a uma Constituição supranacional** atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar<sup>10</sup> (*grifo inexistente no original*).

O referido trecho pede a reflexão sobre o posicionamento de cada microssistema ter, em suas normas internas, uma hierarquia a ser respeitada. Nesse sentido, a Convenção outrora mencionada seria uma constituição internacional no que tange aos direitos humanos. A racionalização desse entendimento infere que, deste modo, haveria dezenas de constituições funcionais a serem unidas por um sistema de valores gerais de direito internacional.

É interessante apreciar também essa postura da Corte no sentido da compulsoriedade das suas decisões de direitos humanos no momento em que a Venezuela, apresentando acusações à Corte e também à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, efetivou, em 10 de setembro de 2012, denúncia à Convenção Americana de Direitos Humanos, abrindo o

---

<sup>10</sup> Voto Fundamentado do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010. p. 1-9.



período de transição de um ano antes da efetiva saída do país. Esse fato levanta a inquietação sobre como tais organismos pretendem fazer valer as normas imperativas de direito internacional geral sobre um país que denunciou a Convenção.

Além de questões relacionadas a países que não aderem ou denunciam tratados que tratam de normas consideradas como *jus cogens*, percebe-se que, na prática, muitos dos valores ditos universais estão ainda descobertos. Há abertura a transgressões, como no caso norte-americano de uso da força desautorizadamente<sup>11</sup> além das hipóteses previstas pela Carta das Nações Unidas, em ocasião à guerra no Iraque. Todos, incluindo o Conselho de Segurança, seus membros permanentes, e mesmo países que tentam se isolar no sistema internacional, estão vinculados a respeitar as regras de *jus cogens* (ideia de uma unidade fundamental cuja base são valores comuns compartilhados)<sup>12</sup>. A limitação ao uso da força, o princípio da não intervenção externa a não ser nos casos expressamente previstos e a proibição à tortura são exemplos de regras comumente interpretadas como cogentes que já foram sabidamente desrespeitadas por flexibilizações de seus conteúdos frente a casos concretos. Estes atos são de legitimidade questionável e trazem insegurança ao conceito de *jus cogens*.

Ainda que se pontue o caráter de excepcionalidade de tais atitudes violadoras, deve-se compreender que, assim como no âmbito interno, por mais impositivo que seja um ordenamento jurídico, há quem vá lançar-se a manipulá-lo. Não se propõe aqui um conformismo, mas uma percepção verossímil da realidade. É certo que nenhuma norma tem cem por cento da eficácia que se pretende em sua criação. Há sempre exceções e quem vá tentar fugir da regra, e, por isso, existe o instituto da sanção. Contudo, a previsibilidade e aplicabilidade desta sanção é um problema conhecido do direito internacional que ilustra uma grande limitação das normas cogentes. Sem dúvidas, a acusação de falta de efetividade é um problema ímpar no direito internacional, bem como as possibilidades sancionatórias para a responsabilização internacional dos Estados em casos de atos ilícitos.

Sendo comprovada a prática de tortura - algo nada incomum na realidade policial das fronteiras brasileiras, por exemplo - a resposta satisfatória não virá no plano da nulidade normativa da regra violadora (como outrora enunciado pela Convenção de Viena), afinal, não

---

<sup>11</sup> Na sentença no caso Nicarágua, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) confirmou claramente as normas de *jus cogens* como uma doutrina aceita no direito internacional. A CIJ baseou a proibição do uso da força como sendo “...a conspicuous example of a rule of international law having the character of *jus cogens*” (CIJ, 1986, p. 90).

<sup>12</sup> “[...] what matters is that, CFI suggested that there is some legal space hovering over all political activities, containing some untouchable norms which themselves originate in the hearts and minds not of selfish states, but of humanity itself” (KLABBERS, 2011, p. 2)

há regra no Brasil que legitime a tortura (o que não impede que ela aconteça). As violações de uma norma imperativa necessitam adentrar na responsabilidade internacional, apesar da dificuldade de reparação dos danos nos casos concretos.

Em um projeto responsável pela elaboração de artigos sobre a responsabilidade internacional dos estados por atos internacionalmente ilícitos, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas preconizou, em 2001, as normas gerais abaixo descritas (UNILC, 2001, p. 10):

*PART TWO*

*CHAPTER III*

*SERIOUS BREACHES OF OBLIGATIONS UNDER PEREMPTORY NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW*

*Article 40*

*Application of this chapter*

*1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.*

*2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.*

*Article 41*

*Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter*

*1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.*

*3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.*

A questão não é, pois, descartar as normas de *jus cogens* por seu abuso ou por haver situações em que elas são ignoradas, mas como impor os valores internacionais de forma que o mínimo de exceções seja permitido, tornando-os elementos culturais intrínsecos à comunidade internacional. Algo mais eficaz que o direito posto e a jurisprudência internacional que hoje pretendem vincular.

Ocorre que, no contexto social atual, há um desencantamento com o que pretendia ser o direito cogente, e tal fato merece especial atenção. O fracasso da aplicabilidade dessas normas, apontado por muitos autores, é fruto, em grande parte, da subjetividade de seu uso, muitas vezes manipulado em decisões e funcionando como elemento legitimador de uma posição já preestabelecida. Elemento legitimador vazio, pois. Todavia, não se pode negar que

os objetos os quais as normas de *jus cogens* pretendiam defender eram nobres e necessários de serem protegidos e garantidos. Não podem, assim, ser deixados de lado como se fossem regras ordinárias.

O estabelecimento de uma ordem jurídica garantidora de uma coexistência racional e moral entre os sujeitos pode ser entendido como o objetivo primeiro do Direito. Os atores internacionais não podem ficar suscetíveis à desordem ensejada por conflitos de sistemas normativos, onde cada um considera seus deveres e direitos de acordo com seu exclusivo julgamento. O que impede dois Estados de acordarem sobre a escravização de determinada etnia que lhes é comum em seus territórios? Valores humanos de abrangência transnacional devem ser salvaguardados independentemente de como isso acontecerá. O modelo então criado decepcionou quando, através de uma aplicação limitada, mostrou-se deficiente e com vícios que levaram ao mau uso do conceito.

O otimismo dos contemporâneos à Convenção deu lugar à descrença. Ficava evidenciado, como bem explicita D'AMATO (1990, p. 1), que o poder central das normas de *jus cogens* é meramente retórico, até mesmo porque tais normas seriam desprovidas de conteúdo ou então alteradas de acordo com o interesse do interlocutor. Alguns consideram, inclusive, todo o corpo de direitos humanos como *jus cogens*, tamanho o subjetivismo do critério de identificação. A falta de clareza na definição e critérios do conceito por quem dele se utilizou ao longo desses anos fez com que as normas as quais deveriam ser bases ímpares do futuro constitucionalismo internacional fossem banalizadas e fracassassem em seu propósito.

Desencantar pressupõe o fim de um paradigma, o reconhecimento de suas falhas. Como advertiu KUHN (1998), o período de crise paradigmática é também revelador da ascensão de outro modelo, que pretenda solucionar as lacunas outrora evidenciadas. O momento, pois, é de crise. A ineficácia da aplicação esvaziadora do conceito de *jus cogens* revela a fragilidade do modelo como ele hoje é apresentado. Ocorre que esse novo paradigma ascensor, como alternativa ao *jus cogens* divorciado da ideia atual de fundamento basilar de um constitucionalismo internacional, precisa ser bem refletido para não sofrer da mesma doença anterior: a falta de eficácia na práxis internacional.

D'AMATO (1990, pp. 4 - 5) afirma que apenas conseguiria realizar a aplicação de *jus cogens* em cláusulas fora de senso e inimagináveis – como se dois Estados fossem formalizar via tratado seu desejo de aniquilar um a população do outro; sendo, neste caso, a cláusula nula em sua criação (obviamente) devido a afronta à norma cogente. Ademais, são levantados alguns questionamentos a respeito do funcionamento do *jus cogens*, tais como: se depois de

abrigada em seu caráter de *jus cogens* não há algum tipo de criptonita capaz de enfraquecer tal supernorma senão outra com o mesmo conteúdo e poder, conforme enuncia a Convenção de Viena, como então a substituta emergiria se está em contradição a primeira ora vigente (que não pode ser derogada)? Qual o limite das supernomas? Elas esbarram em alguma fronteira na relação princípios vs. normas, ou são absolutas em sua superioridade perante as demais?

O novo paradigma, no entanto, pode tentar ser construído dando uma nova roupagem ao conceito de *jus cogens*, mesmo que este seja atualmente considerado fracassado por muitos. Tal esforço é necessário porque as normas cogentes podem ser importante ferramenta para propiciar coerência ao sistema de direito internacional (a qual é constantemente atrelada a ideia de unidade), tendo em vista a desafiadora realidade de fragmentação dos microsistemas internacionais contemporâneos quase-autônomos. O objetivo pelo qual o *jus cogens* foi criado é valoroso. Provavelmente, o conceito não foi criado para ser status de super poder, mas como tentativa de proteger o sistema de ameaças e abusos de direito.

### **CAPÍTULO 3: PROBLEMATIZAÇÃO DAS NORMAS COGENTES E SEU PAPEL NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL**

Provavelmente o foco de alguns internacionalistas ao pensarem em *jus cogens* não é exatamente o fim por ele pretendido, mas o procedimento através do qual se protegerá os objetos tutelados. Se a coerência da comunidade internacional for entendida como um ponto de unidade global, no qual todos falem a mesma língua, priorizando os mesmos valores, e que uma lógica hierárquica deve sintetizá-los como norma fundamental, então o sinônimo de unidade é aquele trazido pela teoria constitucionalista. Cada vez mais o discurso de uma Constituição global é tido como progressista, e como melhor meio para a obtenção da coabitação pacífica de interesses e síntese dos valores compartilhados internacionalmente. É bastante compreensível que, em meio à sacralização do constitucionalismo vigente atualmente, essa seja a bandeira levantada como solução inadiável e inevitável ao direito internacional. Observe-se, por coincidência ou não, que essa é uma ideia especialmente ocidental.

O constitucionalismo é fruto do progresso. Consequência de uma supervalorização da necessidade de segurança e racionalidade, o progresso, como é entendido comumente, alcançou também o constitucionalismo. Os entusiastas desse posicionamento partem de uma interpretação do direito internacional segundo um contexto no qual este era percebido como direito primitivo, confuso, que carecia de estruturação. E é a partir do direito internacional em posição de carência de organização que o constitucionalismo surge como solução.

Intrínseco à sua própria natureza, o progresso é hoje internalizado como consequência quase que inevitável de uma leitura linear do tempo (GALINDO, 2010, p. 137). O progresso permite o controle do tempo e a sua previsão, sendo preponderante considerá-lo, porque é o progresso um dos principais fatores ditadores de poder.

Seus defensores, em geral, levantam uma bandeira de constitucionalismo como sendo processo, e, como tal, processo contínuo. Juridicamente, o argumento constitucional levado à seara internacional tem angariado cada vez mais apaixonados, e se apropriado de força normativa nas academias de Direito. É como se, até aqui, o direito internacional tivesse evoluído, acumulando lições passadas, para alcançar o constitucionalismo internacional como o é hoje, com suas lutas e ideais - as quais só hoje teríamos maturidade históricas para apreciar. É algo subjetivamente melhor<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> WERNER (2007, p. 330 citado por GALINDO, 2010, p. 139): "*While international constitutionalism thus aims to uphold the distinction between "law as it is" and "law as it ought to be", it also tries to make sense of*

Para muitos internacionalistas, a estrutura constitucionalista do direito internacional já é o que existe no presente (por mais abstrato que isso seja, vez que a maioria consente não haver um instrumento formal como Constituição Internacional): é um processo em movimento (GALINDO, 2010, p. 150). E, se não o é concretamente, é um futuro predeterminado do qual não se pode fugir. A fé progressista centrada no futuro está fortemente presente no constitucionalismo internacional. E o progresso funciona como instrumento legitimador deste discurso e de um cenário normativo que tende a ignorar os abusos de direitos e gritantes desigualdades que têm solo fértil na expressão "o progresso que chegou" com o paradigma constitucionalista.

O problema é que a ferramenta do progresso como discurso pode, por vezes, funcionar como arma de reprodução da exclusão no argumento constitucional. Se faz notório que, em busca de valores comuns e princípios compartilhados universalmente, diversas vezes fica encoberta a pergunta: quem os compartilha? Não identificar esses sujeitos, ou fazê-lo de maneira incauta significa encobrir uma realidade de desigualdades gritantes existentes no planeta. São desigualdades concretas de guerra, pobreza e fome que não recebem a devida atenção dos constitucionalistas - muito ocupados em achar o consenso, em solucionar a tensão pela busca de ordem e justiça através das normas de *jus cogens*<sup>14</sup>. Ensina GALINDO (2010, p. 153):

O problema é assumir que o constitucionalismo é uma aquisição moral da humanidade através do tempo, um "pressuposto ético elevado", sem prestar atenção ao fato de que diferentes projetos podem governar o direito internacional. A ideia de aquisição moral é proposta pela construção de uma dicotomia sobre o que é bom e o que é ruim para o mundo, sem ver que a realidade é, de fato, cinza<sup>15</sup>.

Os pensadores que compartilham a ideia de Constituição como processo, e movimento a ser alcançado com o progresso do direito internacional, veem a fragmentação do direito

---

*developments in international law from a clear normative preference: the furtherance of legal unity, international integration and fundamental human rights, an anti-nationalistic understanding of sovereignty, a relaxation of the requirement of state consent and the regulation of political power through legal institutions".*

<sup>14</sup> "Progress becomes, thus, an essential tool for the creation and maintenance of a dichotomy between right and wrong, good and evil – civilised and uncivilised nations, we could add – where no middle grounds were allowed" (GALINDO, 2010, p. 144).

<sup>15</sup> Tradução livre. "The problem is assuming that constitutionalism is a moral acquisition of humanity through time, a 'presupposed ethical high ground', without paying attention to the fact that different projects can govern international law. The idea of moral acquisition is proposed by building a dichotomy about what is good and what is bad for the world, without seeing that reality is, in fact, grey".

internacional em instituições e regras específicas como uma ameaça à coerência de unidade por eles tida como essencial. A bandeira de um mesmo discurso para todo o globo fica frágil diante do caminho da fragmentação, que mais facilmente trará à superfície o lado considerado feio do mundo, outrora engolido pelo discurso homogeneizador. Nesse sentido, entusiastas do TWAIL (*Third Worlds Approaches to International Law*) são apoiadores ferrenhos da fragmentação.

O constitucionalismo como um projeto de reconstrução do direito internacional é também uma reação à incerteza gerada, por um lado, pela fragmentação aparente do direito internacional, e por outro, pela multiplicidade de valores internos que precisam ser abarcados por esse direito. No que tange à fragmentação, sistemas de normas aparentemente autônomos estão sendo harmonizados através de técnicas interpretativas, pelas quais conflitos hermenêuticos devem ser solucionados por hierarquia normativa, dando especial destaque àquelas normas de *jus cogens* (ILC, 2006, §30 e ss).

Exemplo desses complexos de normas relativamente autônomos são os direitos humanos, o direito internacional ambiental e o direito econômico. O direito internacional econômico, por exemplo, o qual tem uma instituição de adjudicação própria (a Organização Mundial do Comércio), se organiza através de um ordenamento base, o Tratado de Marrakesh, e possui uma finalidade própria, a abertura dos mercados. Como ramo considerado autônomo, possui um sentido interpretativo próprio e grupo de acadêmicos específico, de tal forma que possui aparência de autonomia quase que total, bastando-se a si mesmo em um sistema quase fechado (UREÑA, 2010, p. 18).

Postergar a análise das crises atuais e concretas que existem no mundo seria uma escolha cruel. O constitucionalismo não pode acabar como instrumento fomentador da exclusão, onde generalidades como "comunidade internacional" ganham força e ignoram que uma grande parte desse total não forma o consenso idealístico para o futuro, já que a realidade que os cerca é presente e árdua. Se for aceito que estes marginalizados ficarão fora do sistema, serão institucionalizadas as desigualdades

São maioria os países que, por mais que tenham regimes constitucionais, não lograram sucesso em findar suas desigualdades internas, não obstante o sistema adotado. Isto é, o constitucionalismo em pouquíssimas sociedades significou a superação das injustiças sociais. Ter esperanças que isso aconteça em âmbito internacional é ou hipocrisia cega, ou opção daqueles que têm tempo para esperar os efeitos benéficos longínquos que esse sistema pode chegar a trazer - o que não é o caso dos bilhões de vilipendiados que habitam o mundo.

Deste modo, não se julga que seja infrutífero o constitucionalismo internacional, mas

sim que este precisa armar-se de ferramentas capazes de fomentar o diálogo entre as diferenças - acreditar no consenso é camuflar os diferentes.

As normas de *jus cogens* são importante exemplo. Elas são consideradas por muitos como um conjunto de regras indiscutíveis: a síntese da evolução da legislação internacional. Mas provavelmente elas encobriram o sofrimento dos marginalizados por detrás de seus princípios. Desde o Congresso de Viena, na verdade, legalizou-se a hierarquia no campo internacional.

Não é que os fins justifiquem os meios, mas é fundamental lembrar-se daqueles, e a eles se apegar. É importante uma alternativa que exhiba a utilidade do *jus cogens* fora de seu valor retórico e da sua “força de ponto de exclamação às normas” (D’AMATO, 1990, p. 6). Se o direito internacional existe para salvaguardar universalmente um mínimo de arcabouço garantidor da paz internacional e da dignidade do ser humano, é a isto que os estudiosos devem se prender. Esses fins, se cumpridos em si, estariam moralmente de acordo com o ansiado pelos atores internacionais.

Entretanto, por óbvio, para atingir-se a razão da criação do *jus cogens* e do *jus dispositivum*<sup>16</sup> em âmbito internacional, um método procedimental para a garantia desses direitos precisaria ser adotado. Os direitos podem existir em si, como nuvens teóricas, mas trazê-los à prática cotidiana exige um meio eficaz. Ao falar em *jus cogens*, fala-se primeiramente de uma questão de escolhas morais, de um mínimo moral congruente. A limitação do “mínimo” está na sua própria natureza de seleção daquilo que é comum e essencial a todos.

O problema, logo, não estando no fim pretendido pelo *jus cogens*, ainda nobre, e ora frustrado em seu alcance, acaba por abrir um cenário de questionamento do procedimento então adotado para a sua implantação. Afinal, o objeto do *jus cogens* é válido, e merece proteção. O ser humano deve ser tutelado em sua condição humana, bem como os valores a ele caríssimos.

Em situações de desastres naturais, como o ocorrido em 2010 no Haiti, não haveria obrigação legal alguma de Estados terceiros em relação àquela população que o direito internacional devesse dar conta? Na ameaça de pandemia pelo vírus H1N1, o direito internacional não se ocuparia de uma regulação global? Por que não pode a proibição do uso da força abranger o uso da força econômica que arrebatou países com dívidas astronômicas?

---

<sup>16</sup> Entende-se como *jus dispositivum* o direito nascido do acordo de vontade pactuado entre partes, como ocorre em um tratado, por exemplo – a maioria das normas de direito internacional são desta categoria, isto é, necessitam de ratificação para terem vigência. Elas podem ser revogadas a partir da iniciativa privada das partes.



Por que não há direito à restituição para os descendentes de escravos? Por que um número crescente de homens e mulheres morrem diariamente em sua luta pela autodeterminação? São incontáveis as situações em que o direito internacional parece não ter sido feito para o mundo em que se vive, e isso se torna frustrante. A impressão é que o grau em que nos envolvemos em dar regras um alto grau de abstração, a fim de permitir-lhes uma posição privilegiada na hierarquia das normas do sistema jurídico internacional é o grau em que nos esquecemos o que nos levou a criar essa regra (GALINDO, 2010, p. 161).

Como conseguiríamos, pois, garantir tais valores? Deve-se eficazmente assegurar que a dignidade de homens ou mulheres, independentemente de onde estejam, seja vista como direito inato e sob proteção. Domesticamente, as constituições se pretendem consumidoras dos direitos fundamentais e garantidoras de uma sociedade mais justa, e enfrentam enormes dificuldades de aplicação dos ideais enunciados devido a supercomplexas instituições e desacordos políticos locais. Tornam-se, várias vezes, textos abstratos do dever ser, viciados na prática social do disposto. Internacionalizar o modelo é, indubitavelmente, um desafio, que poderá se frustrar em uma Constituição meramente simbólica e formal.

Deve existir a consciência de que a hierarquia das normas de *jus cogens* no contexto da teoria constitucionalista pode colaborar para opressão, uma vez que tentam sintetizar o que todos querem, excluindo desse total a crise do chamado Terceiro Mundo. Em um contexto no qual se respeita uma pluralidade de vozes, quase nada deve ser fixo, nem mesmo o que é compartilhado pela comunidade mundial. Haveria, pois, pegando emprestado os termos do Professor Marcelo Neves, os cidadãos “superintegrados” e os “subintegrados” no sistema legalista global. Observando-se que os subintegrados não conseguem sequer desfrutar equitativamente de seus direitos, mesmo que formalmente sejam sujeitos de direitos (GALINDO, 2010, p. 163). Estes são submetidos a uma rede sistêmica de consenso acordada pelos países centrais, que ditam as regras, as quais, aos "outros", apenas resta consentir. Afinal, não há voz para essa gigante minoria no discurso internacional<sup>17</sup>.

Tomando-se a estrutura social internacional sob uma perspectiva constitucionalista, são cidadãos desse sistema jurídico aqueles sujeitos de direitos e obrigações perante a ordem global. O *jus cogens* entretanto, ao passo que protegem uns, contribui para a marginalização de outros não-cidadãos: os subintegrados.

Um equilíbrio entre ordem e justiça é ponto conflituoso. Na seara internacional, sempre pendeu-se mais à tentativa da manutenção da ordem global. Isto é compreensível

---

<sup>17</sup> NEVES (2005, citado por GALINDO, 2010, p. 163).

diante das guerras mundiais e locais devastadoras ocorridas nos dois últimos séculos. O temor de catástrofes globais de destruição pela guerra originou um discurso, encabeçado pelas Nações Unidas, e renovado pela luta antiterrorista norte-americana. Nesse sentido, há tendência a esquecer que a (in)justiça é, na realidade, a motivadora dos sofrimentos paulatinos e concretos da realidade internacional, como a pobreza, falta de infraestrutura de saúde e fome.

A igualdade é um pressuposto de qualquer regime constitucionalista que visa a assentar-se. Há a impressão que muito do constitucionalismo internacional não confere a devida atenção à busca pela igualdade na esfera internacional. Nas palavras do professor GALINDO (2010, p. 167):

O problema com o constitucionalismo é que, muitas vezes, ele supõe que a tensão entre ordem e justiça pode ser resolvida por um conjunto de princípios substanciais, como *jus cogens*, a Carta das Nações Unidas, valores comuns, ou uma arquitetura institucional pré-definida. Como uma narrativa de progresso, devido à impossibilidade de saber como o futuro será, incontáveis esforços são realizados para planejá-lo de toda forma possível através da fixação de normas e instituições. No entanto, a tensão entre ordem e justiça está muito mais latente do que nunca, e as perspectivas para resolvê-la são muito distantes. Considerando que os males à ordem aumentam exponencialmente (por exemplo, o combate às drogas, ao terrorismo, ao crime organizado transnacional), o mesmo ocorre com os males à justiça (por exemplo, a redução das taxas de pobreza, aquecimento global, e a inclusão de segmentos marginalizados da sociedade)<sup>18</sup>.

Em uma primeira reflexão a respeito das normas de *jus cogens*, o que vem a mente é a sua moldura protetora, o seu caráter peremptório, que, de certo modo, as leva para o topo da pirâmide kelseniana, como normas fundamentais. Ou seja, o projeto de *jus cogens* quase que instantaneamente é associado à ideia de normas abrigadas em uma superioridade hierárquica. Tratados, jurisprudências de tribunais internacionais ou acordos multilaterais não podem contradizê-las ou revogá-las (VERDROSS, 1937, p. 573), elas se pretendem acima do ordenamento internacional comum, e, considerando que foram criadas como agregadoras de

---

<sup>18</sup> Tradução livre. "*The problem with constitutionalism is that it often assumes that the tension between order and justice can be solved by a set of substantial principles, like jus cogens, the Charter of the United Nations, common values, or a pre-defined institutional architecture. As a narrative of progress, due to the impossibility of knowing what the future will be, uncountable efforts are made to plan it in every way possible by fixing norms and institutions. However, the tension between order and justice is much more latent than ever and the prospects for solving it are far distant. Whereas the plights for order increase exponentially (e.g., the combat on drugs, on terrorism, on transnational organised crimes), the same occurs with plights of justice (e.g., reduction of poverty rates, global warming, and the inclusion of marginalised segments of the society)*".

interesses comuns da comunidade internacional, podem ser entendidas como mínimo comum superior dos ordenamentos domésticos, ou supernormas.

O constitucionalismo democrático foi, sem dúvidas, uma ideologia vitoriosa, filha do século XX, que conferiu força normativa às Constituições. A reconstrução da teoria constitucional ante à globalização não necessariamente deve ser pensada como a mera transposição do modelo à comunidade internacional, mas sim como uma cooperação dos Estados constitucionais e demais atores em busca do modelo ideal internacionalmente (ou o mais perto disso possível) não só em sua forma, mas em sua materialidade e efetividade.

Para os constitucionalistas, o que haveria ocorrido teria sido o alargamento do cume da pirâmide de Kelsen, agora formado por uma rede de matérias constitucionais (princípios) comuns aos Estados membros da comunidade internacional. Esse alargamento, em forma de trapézio, identificaria as normas de *jus cogens* em sua aresta menor e superior, como espaço mínimo de congruência e super poder normativo (CANOTILHO, 2003, p. 695).

Contudo, deve-se cuidar para não pecar no excesso de formalismos e fórmulas teóricas esvaziadas. Talvez se tenha atingido o “*clash of authority*”, no qual o poder mágico da força hierárquica explicada por sua própria natureza de superioridade não esteja reforçando, mas esvaziando a legitimidade do conceito de *jus cogens*.

Sem dúvidas, em uma avaliação das normas de *jus cogens* como supernormas, é fácil cair no caminho mais natural, um reflexo da organização política dos países mantenedores das decisões internacionais no plano internacional: o constitucionalismo internacional. A exortação à transposição desse modelo de Constituição tem se mostrado instrumento da universalização do ideal democrático, de normas hierarquicamente organizadas, mas que evidenciam difícil implementação prática.

Estas relações de inferioridade e superioridade entre unidades e níveis do discurso legal são explicadas em KOSKENNIEMI (1997, p. 566) como uma razão legal, em uma forma hierarquizada de razão. Algumas vezes, o caráter hierárquico do Direito é elaborado como aspecto essencial em si mesmo<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> “Law’s hierarchical character is by no means, however, only a naturalist credo. It is shared equally by its two main contestants, formalism and the social concept of law. The best-known example of the former is, of course, Hans Kelsen’s Pure Theory of Law. For Kelsen, what is specific to legal norms is that they enjoy a ‘validity’ (in contrast to moral goodness or social effectiveness), which they receive by delegation from norms assumed to exist (or to be valid) at hierarchically higher levels. These latter norms, again, receive their validity in a similar way from norms at even higher levels...and so on until we reach the basic norm whose validity can no longer be derived from normative delegation, but is a transcendental (or perhaps cultural) presupposition that must be made in order for what we know of the validity of other legal norms to be true” (KOSKENNIEMI, 1997. 566 e 567).

O discurso hierárquico é uma ferramenta de controle, não se constituindo um princípio do pensamento racional tão somente, pois é também uma forma de organização social, de modo que esqueletos das comunidades são construídos sobre esta estrutura. O problema aqui é a peculiaridade do cenário internacional. Não havendo crença na justiça a priori do sistema internacional, e não existindo razão concreta para temer a inconveniência de uma sanção, os Estados supõem que o desvio será normalmente aceito por seus pares, se forem estes informados de justificação convincente que levou a isso. Nesse caso, o desvio simplesmente promulga uma exceção razoável à regra (KOSKENNIEMI, 1997. 575).

A hierarquia é falha na sua tentativa de abarcar uma pluralidade de sistemas jurídicos, os quais são, algumas vezes, dissonantes. Sendo os princípios jurídicos iguais em sua superioridade hierárquica, um leque interpretativo é aberto quando estes estão em conflito, de acordo com o caso concreto em questão. Aquela reflete o relacionamento entre os níveis normativos na busca da construção de um ente único. A superioridade do *jus cogens* como normas fundamentais oponíveis *erga omnes* é, deste modo, a derivação de um credo na moral naturalista. Estas normas hierarquicamente superiores são embasamento de validade de normas menores, mas em si não são válidas por uma delegação normativa (não há um conjunto superior para o qual recorrer), e sim por razões culturais ou transcendentais.

Os princípios internacionais assumem, de maneira quase incontroversa, um papel de superioridade em relação às normas comuns de direito internacional. Isso porque estas regulam e coordenam situações específicas, ao passo que aqueles expressam valores mais importantes e raros. Mas talvez mereça dúvida a assertiva que as normas comuns devem sucumbir perante os princípios no âmbito internacional. Elas são mais claras em sua aplicação e interpretação que os princípios gerais. É preciso uma maneira de garantir o império dos princípios fundamentais, sem esbarrar nos limites desta superestrutura hierárquica<sup>20</sup>.

Logo, ir além deste quadro teórico deve ser uma possibilidade a ser vislumbrada. O constitucionalismo internacional, utilizando-se da superestrutura hierárquica procedimental, é elevado como uma teoria progressista, mas não é aberto a perceber as frestas no seu próprio discurso. A inevitabilidade histórica não é argumento de força, ao contrário. O eventual contrato social na esfera internacional é complexo. Discursos alternativos devem ser capazes de renovar o *jus cogens* e perseverar na ideia de que ele não está fadado ao fracasso.

---

<sup>20</sup> “Conceptions that view law in terms of ideas (rules, principles, justice) always seem too remote from reality, while conceptions of law as process, fact, behaviour tend to legitimize whatever actually takes place. Whichever track one chooses, the further one advances it, the more vulnerable it becomes to criticism from its opposite; the more the lower levels of hierarchy seem needed to support the higher ones – until the highest ones become completely dependent on the lowest” (KOSKENNIEMI, 1997, p. 578).

Não é o caso aqui de apelar cegamente à arbitragem e mediação no plano internacional, já que questões urgentíssimas como os direitos humanitários e de guerra não devem ser passíveis exclusivamente de conciliação. Entretanto, reforçar um sistema internacional de direitos humanos, por exemplo, é fundamental. A judicialização do direito internacional é importante, mas a força que a hierarquia pretende impor no seu discurso controlador deve ser efetivamente praticada pelo maquinário político, não meramente conjecturada. E não sob uma perspectiva de desapontamento, mas fundada no otimismo sobre o qual a ideia de *jus cogens* foi criada, deve-se conseguir fazê-la valer. Meios persuasivos que introduzam a cultura global mais apegada aos valores tutelados pelas normas de *jus cogens*, como a proteção da dignidade humana, são almejados.

Uma política internacional de autoridade positiva, persuasiva e mais duradoura deve espalhar os valores raros à comunidade internacional, de modo a conciliar o *jus cogens* ao contexto atual de fragmentação. Deve-se abrir para a ideia de que talvez o contexto atual não tenda à unidade, mas à fragmentação, como se pode inferir dos microsistemas ora em atuação. A proteção aos direitos humanos é um campo da fragmentação e foi por meio desta fórmula que ganhou forças. O desafio é, em um cenário de instituições descentralizadas e deixando de lado o apego ao discurso binário, falar de valores comuns e revestir a hierarquia vazia atual de outra roupagem.

Uma outra finalidade do *jus cogens* pode ser encontrada na fragmentação crescente dos regimes internacionais. Ao apelar a valores comuns, o *jus cogens* pode contribuir para manter os subsistemas internacionais dentro de uma esfera comum mínima. Pode, assim, proporcionar a cola valorativa necessária para a inevitável diferenciação funcional de regimes internacionais de governança, também pode fornecer guias para o direito doméstico apontando para a base mínima de regras internacionais, mesmo para Estados-Nação soberanos (PAULUS, 2005. p. 332)<sup>21</sup>.

Há, pois, uma crise latente devido a tal fechamento, onde valores fundamentais estão descobertos. Fora da base do constitucionalismo e desapegando-se da tendência de apelar à unidade internacional como solução, deve-se lembrar que o ponto em si não é atingir a unidade ou o constitucionalismo internacional, mas materialmente atingir a coerência do sistema internacional, objetivando também a proteção das normas cogentes.

---

<sup>21</sup> Tradução livre. "(...)Another purpose of *jus cogens* can be found in the increasing fragmentation of international regimes. By appealing to common values, *jus cogens* may contribute to hold the international subsystems within a minimal communal sphere. It may thus provide the necessary value glue to the inevitable functional differentiation of international governance regimes, It may also provide guideposts for domestic law by pointing to the bare minimum of international ground rules even for sovereign nation States".

Persistindo sob a forma normativa ou não, o *jus cogens* deve abandonar sua roupagem de instrumento meramente teórico, mal utilizado, manipulado, ou mesmo ignorado, argumento de fortalecimento quando convém, embasado em uma força cega superior. A dicotomia superior/inferior (utilizada não só no Direito, mas como forma de controle social e político) deve ser instrumentalizada substancialmente, e o meio para isto não pode ser um instrumento vazio. A hierarquização das normas é tida como único norte do pensamento racional e da organização social – mas isso está sendo feito do jeito certo? O procedimento é necessário, talvez o problema esteja no atual interpretar das normas de *jus cogens* como base constitucional internacional.

Não necessariamente a anarquia aqui seja o contraposto da hierarquia. E tampouco a solução deverá ser um contraposto. A persuasão desses valores para um posterior consenso (o qual, se olharmos mais detalhadamente, só existe sob certo grau de abstração) inclusivo deve ser levada em conta nessa nova proposta de aplicação. O consenso de *jus cogens*, quando criado, não conseguiu ser mantido no atual contexto social hegemônico. É preciso, portanto, que as sociedades nacionais sejam peças-chave na interiorização de tais valores, sendo priorizada a efetividade na prática social dessa nova alternativa que dará eficácia à proteção dos interesses coletivos, os quais transcendem os interesses dos Estados individualmente considerados. As normas de *jus cogens* devem fazer parte da esfera de responsabilidade de cada Estado.

A dicotomia entre princípios superiores e normas comuns inferiores é problemática. A pergunta é: quais outros elementos podem ser trazidos ao debate normativo internacional? O que não pode continuar é a reprodução de uma dominação cega aos apelos de justiça equitativa da maioria.

## CONCLUSÃO

A indeterminação do conceito das normas cogentes e o risco de abuso ideológico transformaram aquilo que foi criado como instrumento contra o poder do Estado, individualmente considerado, em instrumento para a manipulação desse poder, permitindo a intervenção em searas em que a soberania estatal protegeria e a abertura de exceções arriscando a regra. É quando se deve questionar a função estabilizadora da ordem pública dessas normas de alta hierarquia pelo balanceamento de valores, bem como o papel das cortes nacionais e dos organismos internacionais como agentes corroborantes do (des)crédito daquelas normas.

As tendências globais de desregulação, de quase onipresença da economia de mercado, de necessidade de proteção inadiável aos direitos humanos e expansão do regime democrático refletem o reconhecimento da liberdade individual e de confiança do Estado de Direito como promotores da autodeterminação dos povos e bem estar social. Mas surge, então, a pergunta de como atingir uma ordem internacional pacífica baseada no contexto liberal. O constitucionalismo propõe uma tentativa de entendimento entre esses fatores.

É característica da constitucionalização internacional que ela ocorra paulatinamente, isto é, aos poucos, por meio de decisões tomadas por atores em posição de autoridade internacional para tanto. Ela não é viável como uma constituição formalmente imposta de cima para baixo. Ao contrário, o mundo vivencia hoje um processo espontâneo de constitucionalização, que tende a resultar em uma sem fim colcha de retalhos – constituição material, não formal. Identificada em seu conteúdo, não em sua forma.

Acontece que esse discurso constitucional encontrou limites quando esqueceu-se de focar a atenção nas diferenças peculiares dos atores internacionais. O presente trabalho partiu do famoso pressuposto de que os desiguais devem ser sim tratados diferentemente, no limite de suas desigualdades. Atribuir um mesmo remédio jurídico a entes que não compartilham do mesmo nível de proteção e estrutura para encarar seus problemas internos e externos é ineficaz. Metaforicamente, o faminto não usufruirá de um direito a ele garantido de entrar no cinema de graça. Ter o que comer é sua prioridade.

Não é a intenção do presente trabalho de monografia propor solução ao impasse explicitado, mas, como anteriormente posto na introdução deste texto, trazer à tona o debate doutrinário. Como essa política internacional se estruturará ainda não se sabe. Talvez, ao modelo europeu, em ocasião à crise grega, se buscará medidas típicas assistencialistas de um Estado de bem-estar social de empréstimos voluptuosos a fim de apaziguar o problema.

De todo modo, seria importante que o sistema internacional voltasse seus olhos, atenção e recursos à disparidade gigantesca que grita por ajuda. Claro que é ingênuo esperar de Estados isoladamente uma solidariedade de tal sorte. Mas, se a comunidade internacional se mobilizasse através de políticas públicas internacionais para tanto, talvez, um dia, possa-se falar que o constitucionalismo internacional logrou sucesso e que as normas cogentes protegem a todos.

Não há constitucionalismo se não houver esta igualdade mínima dos direitos cogentes com respeito às diversidades e fragmentações que atualmente caracterizam o sistema internacional.-. Não se trata de propaganda à democracia, mas de estímulo à efetivação de um mínimo existencial. Como esta política estrutural de proteção aos direitos fundamentais se desenvolveria e sobre que bases é um próximo passo a ser pensado.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa Jurídica. Teoria e Prática da monografia para os cursos de direito**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE WET, Erika. **The International Constitutional Order**. International and Comparative Law Quarterly. London. Vol. 55, No 1, 2006, p. 51-76.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito Dos Tratados**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em 15 de outubro de 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 693-708.

CIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2012.

CIJ – CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment**, I.C.J. Reports, 1970. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2013.

CIJ – CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**. I.C.J. Reports (separate opinion of President Nagendra Singh), 1986. p. 90. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

D’AMATO, Anthony. **It’s a bird, it’s a plane, it’s Jus Cogens**. Connecticut Journal of International Law. Vol. 6. 1990.

DUNOFF, Jeffrey L. **Why Constitutionalism now? Text, Context and the Historical Contingency of Ideas**. Journal of International Law & International Relations. Vol. 1. (2004-2005). Disponível em: <[http://www.jilir.org/docs/vol1no1-2/JILIR%201\(1-2\)%20Dunoff](http://www.jilir.org/docs/vol1no1-2/JILIR%201(1-2)%20Dunoff)>.

Why%20Constitutionalism%20Now.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2013.

FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Legal Aspects of International Organization. Vol 51, 2009.

GAJA, Giorgio. **Jus cogens beyond the Vienna Convention**. The Hague Academy of International Law. 172 Recueil Des Cours, 1981, p. 279- 301.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Constitutionalism Forever**. Finnish Yearbook of International Law, Vol. 21, 2010. p. 137-170.

ICTY - INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Anto Furundžija, case N° IT-95-17/I-T**, Judgment (Dec. 10, 1998). 1998. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/40276a8a4.html>>. Acesso em 20 de abril de 2013.

KELSEN, Hans. **The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization**. 53 Yale Law Journal. 207, 208 (1944).

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**: tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira – 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KLABBERS, Jan. **Constitutionalism Lite**. International Organizations Law Review. Vol. 1, 2004, p. 31-58.

KLABBERS, Jan. **Setting the Scene**. In: KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, and ULFSTEIN, Geir. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford. University Press, 2011, p. 1-44.

KOSKENNIEMI, Martti. **Hierarchy in international law: A Sketch**. European Journal of International Law. Firenze. Vol.8. N° 3, 1997, p. 566-582.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics**. The Modern Law Review. Vol. 70, N° 1, 2007, p. 1 -19.

NEVES, Marcelo. **Between Under-Integration and Over-Integration: Not Taking Citizenship Seriously**, in Jessé Souza and Valter Sinder (eds), *Imagining Brazil* (Lexington Books: Lanham, 2005) 61-90.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System**. S Muller & M Frishman (eds.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*. Hague Academic Press, 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1286926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1286926)>. Acesso em 10 de fevereiro de 2013.

PAULUS, Andreas. **Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal**. *Nordic Journal of International Law*. Lund. Vol. 74. Nº 2, 2005, p. 297-334.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in the European Union**. *European Law Review*. 2002. Vol. 27. P. 511-529, em 515.

SCHWARZENBERGER, Georg. **International Jus Cogens?** *43 Texas Law Review*. 1964-1965, p. 455-478.

UNILC - UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**. Report of the 58<sup>th</sup> session of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi. 2006. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>>. Acesso em 10 de abril de 2013.

UNILC - UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**. 2006. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm)>. Acesso em 27 de fevereiro de 2013.

UNILC - UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. 2001. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2012.

URUEÑA, René. **Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global**. *Revista de Derecho Público* 24. Facultad de Drecho, Universidad de los Andes, 2010. Disponível em: <[http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub82.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub82.pdf)>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

URUEÑA, René. **No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law**. The Erik Castrén Institute Monographs on International Law and Human Rights. Vol. 15, 2012.

VERDROSS, Alfred. **Forbidden Treaties in International Law**. The American Journal of International Law. Vol. 31, 1937, p. 571-577.

VERDROSS, Alfred. **Jus dispositivum and Jus cogens in international law**. The American Journal of International Law. Vol. 60, 1966, p. 55-63.

WERNER, Wouter. **The Never-Ending Closure: Constitutionalism and International Law**, in Nicholas Tsagourias (ed) Transnational Constitutionalism: International and European Models (Cambridge University Press, 2007) 329-367 at 330