

POSITIVIDADE DAS NORMAS DE *JUS COGENS* NO DIREITO INTERNACIONAL

POSITIVITY OF THE NORMS OF JUS COGENS IN THE INTERNATIONAL

João José Turri Brufatto¹

Resumo: Diante do crescimento da aplicação do *jus cogens* no cenário do direito internacional, fruto também de uma intensa globalizado e de valores cada vez mais comuns, faz-se importante o questionamento a respeito da natureza de direito dessas normas de *jus cogens*. A partir dos marcos teóricos relevantes para as temáticas da teoria do positivismo jurídico e do direito internacional no que toca ao *jus cogens*, procurou-se elucidar se o *jus cogens* pode possuir a natureza jurídica de direito positivo. Assim, em vista de uma série de características intrínsecas ao direito positivo, esclarecemos a expressão do ordenamento jurídico internacional, em cujo topo as normas de *jus cogens* podem ser posicionadas se admitidos os pressupostos teóricos relevantes.

Palavras-chave: direito internacional público; globalização; fontes do direito internacional; positivismo jurídico; *jus cogens*.

Abstract: In view of the growing application of *jus cogens* in the context of international law, which is also the fruit of an intense globalization and of increasingly common values, it is important to question the legal nature of these *jus cogens* norms. From the theoretical frameworks relevant to the themes of the theory of legal positivism and of international law with regard to *jus cogens*, it was tried to elucidate if *jus cogens* can have the legal nature of positive law. Thus, in view of a series of characteristics intrinsic to positive law, we clarify the expression of the international legal order, at the top of which *jus cogens* norms can be positioned if the relevant theoretical presuppositions are admitted.

Keywords: public international law; globalization; sources of international law; legal positivism; *jus cogens*.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1 TEORIA DA COATIVIDADE DO DIREITO – 2 TEORIA DA LEGISLAÇÃO COMO FONTE PREEMINENTE DO DIREITO – 3 TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO – 4 TEORIA DA COERÊNCIA E COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO – 5 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO MECANICISTA – 6 *JUS COGENS* ENQUANTO DIREITO

¹ Graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Pós-graduando da Pós-Graduação – *Lato Sensu* em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Aluno especial do mestrado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Email: jj_brufatto@outlook.com.

POSITIVO – 6.1 *JUS COGENS* – 6.2 DIREITO INTERNACIONAL POSITIVO – 6.3 TEORIA DE DIREITO DO POSITIVISMO JURÍDICO NAS NORMAS DE *JUS COGENS* – CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Num contexto em que necessidades prementes da sociedade internacional vêm à tona devido à globalização e à percepção de direito internacional, as normas de *jus cogens* se destacam de modo a implicar todos os atores internacionais, estando inclusos Estados e pessoas físicas numa visão aprofundada dos direitos humanos.

Para nossa explicação sobre a positividade para a presente pesquisa, resolvemos dividir o artigo em basicamente duas subseções. A primeira analisará a teoria do direito do positivismo jurídico, tese cujo sentido estrito nos guiou inicialmente para a elaboração da pesquisa. Em segundo lugar, devemos perquirir as normas de *jus cogens* enquanto direito positivo, a efetiva questão a ser respondida para nossa tese a respeito da positividade das normas de *jus cogens* no direito internacional.

Antes de qualquer elucidação, é importante ter em mente que nos pautaremos pelos ensinamentos de Norberto Bobbio e Hans Kelsen no que se refere ao estudo do direito positivo. Isso ocorre não por desconsiderarmos os esclarecimentos de outros autores, mas por consideramos aqueles dois escritores como precursores dos estudos da positividade do direito devido à abrangência e à didática que qualificam suas obras.

Mesmo Hart, em um de seus textos no qual dialoga com Dworkin, relata sobre a dificuldade em se discorrer completamente sobre o positivismo jurídico ante a não definição do cheio de significados “positivismo” (HART, 2016). De modo sumário sob esse aspecto, os positivistas mais antigos, como Bentham e Austin, focam na diferença entre aquilo que a lei é (ser) e aquilo que a lei deve ser (dever-ser); aqueles de segunda geração realçam as fontes sociais de direito, dando-as relevância central; e as teses dos terceiros positivistas estabelecem que os juízes aplicam as leis postas e criam novas leis em meio à conexão entre direito e moral (HART, 2016).

A positividade das chamadas “*peremptory norms*” pode ser explicitada a partir daquilo que BOBBIO denomina de teoria do direito que nos serve, num “juízo de verdade ou de falsidade” (1995).

Ademais, nossa pesquisa deve ser guiada em observância a dois outros parâmetros a respeito do direito positivo, de modo a excluir de nossos olhares possíveis aprofundamentos sobre a ideologia e o método do direito positivo. Isso, nas palavras de Bobbio, leva a exigência de que nos concentremos “no direito positivo enquanto uma teoria do direito, deixando apenas como questões tangentes aquelas relativas a um certo modo de abordar o estudo do direito e a uma certa ideologia do direito” (1995, p. 131/134).

Não nos interessa aqui abordar os aspectos do positivismo jurídico sobre sua metodologia ou sobre sua ideologia, eis que os desmembramentos dessa pesquisa devem nos levar a considerações de qual natureza do direito (BOBBIO, 1995, p. 15/23) é realçada no *jus cogens* internacional, tendo em vista futuras pesquisas sobre a aplicação dessas normas, enquanto direito positivo ou direito natural, ou mesmo mera retórica num realismo singelo.

Seis aspectos se demonstram essenciais no momento de investigar uma norma como direito positivo. São eles: coatividade; consensualidade; direito sub *specie legis*; comando; coerência e completude num sistema; e interpretação mecanicista (BOBBIO, 1995). Com isso, damos seguimento ao estudo demonstrando como chegamos a essa sucinta constatação dos seis aspectos mencionados.

1 TEORA DA COATIVIDADE DO DIREITO

Em primeiro lugar, pode-se iniciar o estudo da característica coativa do direito positivo com a seguinte premissa: “o jus positivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a **teoria da coatividade do direito**” (BOBBIO, 1995, p. 132, grifo nosso). À teoria da coatividade do direito são agregadas a consensualidade e a generalidade (elementos que nos ajudam a entender esse caráter coercitivo) devido a considerações de legitimidade e eficácia das normas jurídicas.

Desde o fenômeno do surgimento dos Estados modernos observado no nascedouro da Idade Moderna pela obra de Maquiavel, em suas duas principais obras quais sejam Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio (2007) e O Príncipe (2008), a pessoa jurídica internacional Estado vem se conduzindo pelo poder absoluto (ou quase absoluto, se adotarmos um posicionamento mais crítico).

Nesse ínterim, a Paz de Westphalia, considerada como moldura marco do surgimento dos Estados modernos (BEÇAK, 2013), pode ser vista como o encerramento da Guerra dos 30 anos (1618-1648), a partir da qual “aparecerão, com as conformações que com alterações de pequena monta conservar-se-ão até a Época Napoleônica e o subsequente Concerto Europeu,

os Estados Modernos” (BEÇAK, 2013, p. 346). Não se trata, portanto, da configuração do “momento de criação destas ‘novas’ entidades – muito ao contrário – alguns Estados já aparecem plenamente configurados muito antes” (BEÇAK, 2013, p. 346).

É válido pontuar que talvez estejamos hoje na mesma posição privilegiada de Maquiavel em seu tempo, pois podemos observar, em primeira mão, o surgimento de uma nova estrutura de organização social internacional contemporaneamente, quando expusermos as teorias ventiladas por WALLENSTEIN (2001) e BULL (2002) em suas obras. Crítico ao modelo de Westphalia, CANÇADO TRINDADE costuma pontuar que as novas necessidades globais levaram o antigo modelo westfaliano ao seu esgotamento nas suas decisões na Corte Interamericana de Direitos Humanos (2003).

Ora, ante essas considerações a respeito do Estado modernamente concebido, é clara a implicação direta entre a coação e quem irá dar concretude a ela, afinal a pergunta sobre quem (ou qual) autoridade é uma constante em textos do gênero². No mesmo sentido, Bobbio observa sobre a concepção coercitiva do direito que

“esta, firmando-se no elemento da vis coactiva (como diziam os escolásticos), implicitamente nos remete à organização social que possua tal força de modo eminente e exclusivo, o Estado; logo, definir o direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado. A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do direito.” (BOBBIO, 1995, p. 147).

De maneira diametralmente oposta à teoria clássica (BOBBIO, 1995), “a coação define, assim, o mundo do direito e adquire existência pelo Estado. Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissolúvelmente ligados” (BOBBIO, 1995, p. 153). Dá-se, com isso, a coroação do monopólio do uso da força³ pelo Estado, afirmando sua vontade através do direito.

Não precisamos nos aventurar pelas inúmeras leituras a respeito dos elementos essenciais para a existência desses Estados⁴, passando pelos contratualistas e demais filósofos clássicos (HOBBS, 1988; MAQUIAVEL, 2007; MAQUIAVEL, 2008; MONTESQUIEU, 1996). Assim, “segundo a moderna formulação da teoria da coação, o direito é, por conseguinte,

² Desse modo, “*deux problemes meritent d’être abordés à cet égard: d’une part, quelle est l’autorité chargée de définir et d’identifier les règles fondamentales (I) et, d’autre part, comment cette identification est-elle réalisée (II)*” (TAVERNIER, 2006, p. 2). “*Dois problemas merecem ser abordados a este respeito: por um lado, qual autoridade é responsável por definir e identificar as regras básicas (I) e, por outro lado, como essa identificação é realizada (II)*” (Tradução livre).

³ Como princípio dos estudos da figura estatal monopolizadora do uso da força está Weber: “em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território - a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado - reivindica o monopólio do uso legítimo da força física” (WEBER, 2004, p. 56).

⁴ Com o intuito de mera observação, podemos relembrar as ideias por de trás de Dalmo de Abreu Dallari (2012) soberania, povo e território; e o norte do Tratado de Montevideu na América.

um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 157).

Quando nos questionamos a respeito da coação enquanto essência do direito positivo e consideramos as normas de direito em específico, a exemplo das normas de *jus cogens*, não podemos deixar de lado as circunstâncias de exercício da coação, eis que toda subsunção do fato avaliado como jurídico à norma se concentrará no Estado no exercício jurisdicional. Complementando, “o direito surge quando cessa este exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem as modalidades de exercício da força, com referência a quatro pontos fundamentais: quem, quando, como, quanto: (...)” (BOBBIO, 1995, p. 158). Nas palavras de Hans Kelsen, isso bem se mostra:

“uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto.” (KELSEN, 1999, p. 23).

Continuando nossas inquirições, ao trabalhar com o consenso, percebe-se quão delicado e político é este tema, eis que traz consigo uma carga valorativa e histórica a respeito da sua efetivação na realidade. Bobbio demonstra as bases históricas do positivismo jurídico que nasceu do impulso histórico à legislação, expressando duas “ideias-matrizes” (1995), as quais manifestam a realidade efetiva e “ativa” do consenso para a teoria juspositivista: a) “(...) como ordenamento racional de uma sociedade; tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho e arbítrio) (...)” (1995, p. 120); e b) “(...) o dar prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade, (...) assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem (...)” (1995, p. 120).

Quanto ao elemento da vontade, devemos ressaltar que, embora tenha recebido grande destaque no passado, hoje está colocado em meio a diversos outros fatores de igual valor (a exemplo da coerção e de campos tortuosos como política e economia). Assim, pode-se vislumbrar certa mitigação desse princípio constituinte do direito internacional a vista de que

“this reflects the influence of the majority in creating new norms of international law and the acceptance by other states of such new rules. It attempts to put into focus the change of emphasis that is beginning to take place from exclusive concentration upon the nation-state to a consideration of the developing forms of international co-

operation where such concepts as consent and sanction are inadequate to explain what is happening”⁵. (SHAW, 2008, p. 11).

Salienta-se, ainda, que, conquanto elemento atualmente relevante, a vontade requer atenção de seus estudiosos há muito tempo, eis que, uma vez manifestada, a exteriorização da vontade não é retratável com a mesma facilidade (HELPER, 2012). Mais do que isso, diante de outros fatores incluindo a manifestação de terceiros Estados, é quase como se a vontade anterior criasse vida contrariando até novos desígnios daquele Estado (SHAW, 2008, p. 30).

2 TEORIA DA LEGISLAÇÃO COMO FONTE PREEMINENTE DO DIREITO

Em segundo lugar, identificada a realidade do direito enquanto ordem normativa do Estado, torna-se clara a seguinte constatação de Bobbio sobre a produção dessas normas: “na parte histórica consideramos o positivismo jurídico deste ponto de vista e vimos como este havia firmado a **teoria da legislação como fonte preeminente do direito**, isto é, como este considera o direito sub *specie legis* (...)” (1995, p. 132, grifo nosso).

Dessa maneira, há a consolidação das leis, em detrimento de outras fontes do direito, ao mesmo tempo em que se consolidam os Estados modernos. Isso ocorre, por causa de diversos fatores, mas principalmente, pois os Estados, com a ascensão das repúblicas como forma de governo, passam a se guiar pelo respeito às leis como forma de garantia da igualdade⁶ (MONTESQUIEU, 1996). Bobbio nos resume essa passagem histórica, relatando que

“para expormos a concepção juspositivista, passemos agora a examinar como no processo de formação histórica do Estado moderno a lei prevalece sobre todas as outras fontes do direito, vale dizer, como se tornou a única fonte de qualificação. Este processo pode ser estudado de dois pontos de vista bem distintos (e que nem sempre se ajustam perfeitamente): o ponto de vista da história da doutrina jurídica relativamente a tais fontes e o ponto de vista da história efetiva das próprias fontes (isto é, da história destas fontes como institutos positivos).” (1995, p. 166).

3 TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO

Em terceiro lugar, “o positivismo jurídico considera a norma como um **comando**, formulando a **teoria imperativa do direito** (...)” (BOBBIO, 1995, p. 132, grifo nosso). Esse

⁵ “Isso reflete a influência da maioria na criação de novas normas do direito internacional e a aceitação por outros estados de tais novas regras. Isso tenta por em foco a mudança de ênfase que está começando a ocorrer da concentração exclusiva sobre o Estado-nação para uma consideração das formas em desenvolvimento de cooperação internacional onde conceitos como consentimento e sanção são inadequados para explicar o que está acontecendo” (Tradução livre).

⁶ Não podemos nos esquecer de que as repúblicas, para Montesquieu, são regime cuja essência jaz o “amor a igualdade” (MONTESQUIEU, 1996).

terceiro ponto nos conduz inegavelmente à autoridade que pode ou deve imprimir o comando normativo.

Em decorrência também de tudo que foi exposto anteriormente, como a coerção e a hierarquia, tendo esta destaque no ordenamento jurídico completo e coerente explicitado a seguir,

“a teoria imperativista da norma jurídica está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito (isto é, com a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como a única expressão do poder normativo do Estado): basta, realmente, abandonarmos a perspectiva legalista-estatal para que esta teoria não exista mais.” (BOBBIO, 1995, p. 181).

Kelsen, esmiuçando as implicações dos comandos das normas jurídicas, ensina-nos que dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar (...) (KELSEN, 1999, p. 4).

Em outras palavras, a tese levantada aqui se centraliza na figura da autoridade competente de prescrever, julgar e garantir a aplicação das normas jurídicas (jurisdiction to adjudicate, to prescribe and to enforce (GALLANT, 2003)).

4 TEORIA DA COERÊNCIA E COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em quarto lugar, “o positivismo jurídico sustenta a **teoria da coerência e completude do ordenamento jurídico**” (BOBBIO, 1995, p. 132, grifo nosso). Tema estudado com muita dedicação em outra das obras de Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico), o ordenamento jurídico apresenta em suas bases a completude, a coerência e a unidade (1999). Em síntese, nota-se que consideramos particularmente importante a teoria do ordenamento jurídico para efeito da caracterização do positivismo jurídico, porque através dela chega-se ao coração desta corrente jurídica. (BOBBIO, 1995, p. 197).

É importante salientar, ainda, que essa mesma tese é possível de ser encontrada ao longo da obra de Kelsen da Teoria Pura do Direito, sendo que esses traços são mais claros quando ele trata da ordem jurídica em observação a sua validade e a sua eficácia (KELSEN, 1999).

5 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO MECANICISTA

Em quinto lugar,

*“o positivismo jurídico sustenta a **teoria da interpretação mecanicista**, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou*

criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)". (BOBBIO, 1995, p. 133, grifo nosso).

É inegável também a diferença entre a norma a ser aplicada pelo juízo e a norma geral legislada, vez que aquela não é “um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma - uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como ‘lei’” (KELSEN, 1999, p. 13), sendo aquela visão inicial passível de complementação teórica⁷.

Adentrando no difícil campo das considerações dos limites da atividade da jurisprudência e, até mesmo, da moderna Separação dos Poderes montesquiana, Bobbio nos ensina que “deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas”. (1995, p. 212).

Nesse ínterim, o principal debate se dá perante a constatação de uma realidade de desigualdades pueris e injustas em que, se não prescrito formalmente na norma, seria demandada a possibilidade do Poder Judiciário buscar uma solução diferente em prejuízo (ou devido à omissão) do Poder Legislativo. Posto isso,

“O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.” (BOBBIO, 1995, p. 221).

Por fim, tangente ao exposto até aqui, pode-se citar elementos contingentes do direito positivo para a verificação retratada do *jus cogens*. Como elementos contingentes do direito positivo, podemos ressaltar: 1) particularidade; 2) mutabilidade; 3) origem na vontade do povo; 4) público através da promulgação; 5) normatização sem juízo de valor; 6) estabelecimento daquilo que é útil; características estas que o diferem do direito natural (BOBBIO, 1995, p. 23/34).

⁷ Podemos inserir críticas do realismo jurídico contemporâneo que, na sua versão idiossincrática, busca estudar a realidade do direito através de perspectivas de fora do direito, como a partir dos campos da psicologia e da neurociência (CESTARI; NOJIRI, 2015).

6 *JUS COGENS* ENQUANTO DIREITO POSITIVO

Para adentrar apropriadamente nas considerações sobre a potencial natureza positiva das normas de *jus coens*, faz-se necessária a exploração do tema do *jus cogens*. Ante os nossos objetivos e nossa metodologia, não se deve esgotar a temática, sendo o conceito de *jus cogens* relevante somente na medida em que nos viabiliza a leitura das normas de *jus cogens* sob a análise do juspositivismo.

Depois dessas considerações, exploramos superficialmente a disciplina das fontes do direito internacional para investigar o direito internacional positivo que ganha relevância no trabalho graças à investigação da natureza de direito retratada nas normas de *jus cogens*.

6.1 *JUS COGENS*

Começamos nossa exposição a respeito das normas de *jus cogens* a partir do tratado formalizador delas no direito internacional, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Seu artigo 53, de título Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), prescreve que “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”.

A partir do prescrito em tal dispositivo, tenta-se definir, mesmo que imperfeitamente, os contornos das normas de *jus cogens*. São claros de se ver no dispositivo uma norma de direito internacional geral, uma norma irrevogável, e uma norma que necessita do reconhecimento da comunidade de Estados como um todo (GASTORN, 2017).

Ante essas considerações, não há como deixar de lado características já expostas em outros trabalhos no sentido de polemizar tais normas com as figuras da ordem pública (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 24), da sociedade de Estados (BULL, (2002, p. 19), da

hierarquização das normas⁸, do consenso⁹ e da imperatividade¹⁰.

Resume bem nossa forma de conceber as normas de *jus cogens* o pensamento de Thomas Kleinlein:

*“according to the special rapporteur, the following features are generally accepted as forming important elements of jus cogens: first, a norm of jus cogens is one from which no derogation is permitted; second, it is a norm of general international law; third, a norm of jus cogens is one that is accepted and recognized by the international community of states as a whole, from which no derogation is permitted; fourth, peremptory norms are universally applicable; fifth, they are superior to other norms of international law and, finally, jus cogens norms serve to protect fundamental values of the international community”*¹¹ (2017, p. 297).

É evidente, nesse primeiro olhar, que o *jus cogens* poderá estar relacionado com a fonte do direito de costume internacional. Entretanto, acreditamos que uma análise mais minuciosa sobre seus fundamentos poderá levar a uma clara distinção entre as fontes de direito do costume e do *jus cogens*, por mais que seja defensável argumentar que o costume internacional pode ser uma espécie da sobrestada norma (MAZZUOLI, 2013).

O costume se caracteriza por uma prática geral (art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), enquanto o *jus cogens* por um direito geral, o que nos leva a considerar distintamente seus âmbitos de incidência. Essencialmente o costume demandará dilações para afirmar que o Estado tenha se expressado, por meio da sua prática, em certos direitos ou deveres em relação a Estados individualmente determinados (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 113/115).

⁸ Pontuamos para isso um autor que, conquanto um pouco mais conservador, é expressivo ao constatar que a não hierarquização da sociedade internacional ocorre em meio a inexistência de Poderes executivo, legislativo e judiciário, “mas existem as funções correspondentes a estes. Justamente, aponta Celso D.A. Mello, fazendo paralelo entre o Direito Internacional e a moderna antropologia: as funções são mais importantes que as estruturas” (CASELLA, 2006, p. 460).

⁹ Exploremos a noção de “cerceamento da liberdade pactual dos sujeitos” de Liziero para a qual “apesar de todas as diferenças entre esta noção se comparado ao direito interno, como o fato de os indivíduos não terem a faculdade não se submeter a uma Corte, diferentemente dos Estados, há algo em comum entre estas duas esferas: o cerceamento da liberdade pactual dos sujeitos. Em nome de uma ‘ordem pública’ internacional, não devem os Estados ter como objeto de atos internacionais algo que ofenda esta ordem” (2015, p. 6).

¹⁰ É relevante a nossa pesquisa entender a intensidade com que se limita a vontade (precisamente a restrição dessa liberdade caracteriza a imperatividade) e, conseqüentemente, a soberania dos Estados, na medida em que aquilo que se observa é, em última instância, a velha regra de soberania estatal se autolimitando espontaneamente. Nesse sentido: “some recent scholars rely on the Vienna Conventions on the Law of Treaties to argue to the contrary that norms of jus cogens do not fundamentally differ from other international rules in their origin; they emerge only from state consent, being identified ‘by the international community of states as a whole’ as peremptory norms” (SHELTON, 2015, p. 23). “Alguns estudiosos recentes se baseiam nas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados para argumentar que as normas do jus cogens não diferem fundamentalmente de outras regras internacionais em sua origem; eles emergem apenas do consentimento do estado, sendo identificados “pela comunidade internacional de estados como um todo” como normas peremptórias” (Tradução livre).

¹¹ “De acordo com o relator especial, as seguintes características são geralmente aceitas como formando elementos importantes do jus cogens: primeiro, uma norma de jus cogens é aquela da qual nenhuma derrogação é permitida; segundo, é uma norma do direito internacional geral; terceiro, uma norma de jus cogens é aquela que é aceita e reconhecida pela comunidade internacional de estados como um todo, da qual nenhuma derrogação é permitida; quarto, normas peremptórias são universalmente aplicáveis; quinto, elas são superiores a outras normas do direito internacional e, finalmente, as normas jus cogens servem para proteger valores fundamentais da comunidade internacional” (Tradução livre).

Por sua vez em relação às normas de *jus cogens*, apesar da prática do Estado ser relevante, ela não excluiu outros fatores que determinam o caráter imperativo das normas dessas normas, como os interesses da comunidade de Estados (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 117) e a prática dos Estados coletivamente determinada.

E é nesse ponto que reside, para nós, precisamente a função do *jus cogens* no ordenamento jurídico internacional no momento da aplicação de suas normas. Essa função do *jus cogens*, nos termos vislumbrados, consiste na tentativa dos Estados relevantes em nutrir esforços para garantir a máxima eficácia dos direitos humanos¹², não apequenando as discussões, numa corte de direitos humanos, ao se limitar a questões triviais ou sem relevância, como se um Estado realmente manifestou sua *opinio iures* ou se dada declaração ou conduta pode ser vista como indícios da prática geral: basta identificar a vontade dos Estados relevantes como um todo¹³.

As consequências normativas das normas de *jus cogens* estão expressas no art. 71 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no qual se lê que um tratado nulo pelo conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral gera a obrigação internacional de “eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa”; ou de manter direitos e obrigações “na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa”.

Esse conflito, ao que parece, não se resume somente à nulidade de normas, mas também à ilicitude de condutas, isto é “it seems that anything that can have the prospective effect in a way of modifying, amending or influencin the rights and entitlements of the actors protected by Peremptory Norms is subjected to the invaling impact of *jus cogens*”¹⁴ (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 210).

Isto posto, deduz-se a verticialização do ordenamento jurídico cuja hierarquia se exprime pelas normas de *jus cogens* com efeitos revogadores. Assim, vê-se uma transformação

¹² Em outras palavras, “não é o aspecto formal da norma geral de direito internacional que dá a ela a natureza de *jus cogens*, mas sim a natureza particular do objeto que ela trata” (FRANCISCO, 2009, p. 7).

¹³ Sem dúvida, a expressão “como um todo” se trata de um conceito impreciso (NASSER, 2005), notando-se que “parece válido afirmar, numa visão conciliadora, que a manifestação da maioria é suficiente para satisfazer a idéia original dos legisladores, embora seja de se ponderar que tal maioria deve tocar a generalidade, ou seja, abranger a universalidade. Isso significa que *jus cogens* deve exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que esta não esteja representada em sua plenitude” (FRIEDRICH, 2004, p. 34).

¹⁴ “Parece que qualquer coisa que possa ter o efeito prospectivo de modo a modificar, emendar ou influenciar os direitos e pretensões dos atores protegidos pelas Normas Imperativas é submetida ao impacto de invalidação do *jus cogens*” (Tradução livre).

do ordenamento jurídico horizontal para um ordenamento jurídico vertical, manifestando alguma forma de jurisdição universal (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 290).

Suscintamente, pode-se elencar três variedades de normas que substancialmente guardam o caráter de *jus cogens*: “first, rules protecting ‘the foundations of law, peace and humanity’ as in prohibitions of genocide, slavery, or the use of force; second, rules of peaceful cooperation, as in protections for fundamental common interests such as the freedom of the seas; and third, rules protecting ‘human dignity, personal and racial equality, life and personal freedom’¹⁵ (CHRISTENSON, 1987, p. 616).

Como *jus cogens* que, a priori, não entraria no “direito positivo substantivo” (HANASHIRO, 2001, p. 30), pode-se mencionar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (HANASHIRO, 2001), a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta das Nações Unidas (JANIS, 1987-1988).

Rodas destaca o caráter revolucionário desse tipo de norma, sendo que, apesar do ganho de reconhecimento por autores do campo, é adotada como exceção (1974).

Em suas discussões sobre o tema, Albuquerque de Mello relata ser o Direito Internacional Público estável, em vista da carência de Poderes de fato, e as normas de *jus cogens* servem para a satisfação dos interesses comuns, aparecendo para atenuar o protagonismo das grandes potências mundiais (2004).

Jutta Brunnée descreve as normas de *jus cogens* como uma ambição normativa que, na tentativa de acabar com a impunidade, falharam, pois os juízes da Corte Internacional de Justiça não se convenceram dos efeitos legais arguidos pelos promotores dos casos (2010, p. 454/455).

Já Garcia as põe como “uma realidade jurídica com fortes influxos axiológicos” (2016, p. 7).

Enfim, Alfred Verdross discorre sobre a desvantagem sobre a jurisdição compulsória do *jus cogens* devido à possibilidade do desvirtuamento político na sua aplicação (1966, p. 62).

Para nós a relevância da teoria do *jus cogens* se encontra na expressividade com que essas normas de *jus cogens* podem ser encontradas nos julgados analisados. Em outras palavras, aquilo que se procura com essas linhas a respeito dessa matéria de direito é o esclarecimento do fenômeno da sua incidência, além, é claro, das propriedades dessas normas a serem observadas nesses julgados.

¹⁵ “Primeiro, regras que protegem ‘os fundamentos da lei, da paz e da humanidade’, como nas proibições de genocídio, escravidão ou uso da força; segundo, regras de cooperação pacífica, como na proteção de interesses comuns fundamentais, como a liberdade dos mares; e terceiro, regras que protegem a ‘dignidade humana, a igualdade pessoal e racial, a vida e a liberdade pessoal’ (Tradução livre).

6.2 DIREITO INTERNACIONAL POSITIVO

Para esse trabalho, consideramos como fontes do direito internacional público os “modos de formação ou manifestação desse direito, ou os modos de sua realização, e dos quais dimanam os direitos e as obrigações das pessoas internacionais” (ACCIOLY, 2009, p. 62). Comumente se aceita que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz o rol de fontes do direito internacional contemporaneamente (FORCESE, 2016), quais sejam tratados, costume, princípios gerais de direito, decisões judiciais, doutrina e equidade.

Não entrando aqui nas ressalvas que caracterizam cada tipo de fonte, especialmente aquelas ligadas às decisões judiciais, à doutrina e à equidade, nota-se que os tratados e costumes internacionais são fontes formais ou positivas do direito internacional, enquanto que os princípios gerais do direito são fontes reais que fornecem elementos para a interpretação das fontes formais e são reconhecidas pelos direitos internos positivos (ACCIOLY, 2009, p. 63).

As decisões judiciais, advindas das jurisprudências internacionais, se não modos de formação do direito internacional pelo menos constituem, pelos precedentes, “(...) uma espécie de costume internacional, digno de respeito” (ACCIOLY, 2009, p. 73).

Nesse ínterim, é notável ressaltar que, na enumeração do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não há um prévio estabelecimento de uma ordem hierárquica entre as citadas fontes segundo testemunhos da época (ACCIOLY, 2009, p. 76).

Para finalizar o capítulo, é importante ter em mente que o *jus cogens* internacional e suas normas poderiam ser direito positivo. Sua manifestação, devido às características do direito sub *specie legis* e do consenso¹⁶, seriam mais fáceis de serem verificadas em tratados e costumes internacionais, as fontes formais por excelência do direito internacional, e analogicamente nos princípios gerais de direito, as fontes decorrentes dos direitos positivos domésticos, como a seguir será demonstrado.

¹⁶ Faz-se menção direta aqui ao processo de formação do direito internacional contemporâneo de Cançado Trindade, no qual se passa do consentimento para o consenso e se dá destaque à *opinio juris* e a consciência jurídica universal como fontes materiais do direito internacional (TRINDADE, 2006).

6.3 TEORIA DE DIREITO DO POSITIVISMO JURÍDICO NAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Ao encontro de nossas finalidades da pesquisa, demonstraremos, amparados pela Teoria do Direito do Positivismo Jurídico, constatações sobre a visão das normas de *jus cogens* como direito positivo.

Ora, já relatamos que para isso precisamos averiguar na aplicação das normas de *jus cogens* coatividade; consensualidade; direito sub *specie legis*; comando; coerência e completude; e interpretação mecanicista (BOBBIO, 1995), além dos elementos contingentes também expostos a fim de facilitar a localização dessa natureza.

Com isso, tendo a doutrina positivista sido contrária ao uso de métodos arbitrários de hermenêutica jurídica de leis não escritas pelos órgãos judicantes, inicialmente se admite com facilidade o *jus cogens* advindo de tratados, mas com eficácia restrita às partes (NEYLON; PARKER, 1988-1989).

Isso se flexibiliza mais atualmente devido ao fortalecimento de políticas internacionais voltadas a áreas sensíveis¹⁷, como direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. É válido notar que seus reflexos mais profundos estão justamente na positivação de normas jurídicas como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta da ONU, Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura e Convenção Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, Protocolo Adicional à Convenção em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, entre outros tratados.

Nesse sentido, a ordem superior do direito natural foi positivada através de tratados e de costume internacionais, sendo consequência direta do direito internacional moderno (NEYLON; PARKER, 1988-1989, p. 423). Com rigor conclusivo, Nasser releva essas características ao tratar do pertencimento do *jus cogens* ao direito positivo internacional:

“Esse pertencimento é incontestado quando se trata de *jus cogens* nos termos postos pela Convenção de Viena, pois, afinal de contas, está inserido num tratado que obriga as partes. Quando se pensa o *jus cogens* em termos mais amplos, seu pertencimento ao direito positivo é discutível, mas por muitos aceito.” (NASSER, 2005, p. 164).

Em outras palavras, é patente o consenso nessa seara, eis que a própria soberania estatal (em foco, soberanias estatais “como um todo”) demonstram interesse em tutelar os ramos de direito das normas de *jus cogens*. Isso ocorre em vista de que a anarquia de Estados, em relação

¹⁷ Na mesma proporção de complexidade das normas de *jus cogens*, entender o consenso por de trás dessas políticas não é uma tarefa simples, principalmente se levantarmos a hipótese de que poderia estar se tratando de um reconhecimento implícito e presumido, tal como levantado por Garcia (2016, p. 4).

a séculos passados, vem ficando mais turva de se caracterizar, vez que, “com a intensificação das relações interestatais, o sistema jurídico internacional tem se tornado cada vez menos anárquico, isso porque na balança entre a coexistência e a cooperação, o peso relativo a este último tem sido cada vez maior” (FRANCISCO, 2009, p. 3).

Inevitável é a solução encontrada por Linderfalk para o caso de um país que expressamente se postava contra a categorização de uma norma ao status de *jus cogens* e, após tal elevação, vê-se obrigado a segui-la (2015). Isso ocorre, dentre outros motivos já vistos, pela revisão da ideia de consentimento no direito internacional em um contexto de autolimitação de soberanias pela comunidade de Estados “como um todo” (LINDERFALK, 2015, p. 22).

Assim, por concordarem com o processo de formação de tais normas, por toda sorte de fonte de direito advinda legitimamente da soberania (como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a carta da ONU e a Convenção Americana de Direitos Humanos), não se necessitaria de um novo consentimento para se constatar uma obrigação internacional dos Estados que concordaram com o “relevant law-creating processes” (LINDERFALK, 2015, p. 14). Esse relevante processo de criação de direito tem como resultado normas de *jus cogens* em vista do comando previsto nas normas que instituem o referido processo, respondendo uma das perguntas propostas por Linderfalk.

Ao que parece o pensamento teórico da nova pegada doutrinária de rever o consenso, considerando-o numa ótica majoritária, revela-se na corrente da chamada teorias solidarista ou grociana. Nessas teorias,

“sua marca distintiva é, de um lado, evitar os princípios do direito natural, argumentando que as verdadeiras fontes do direito devem ser encontradas na prática dos estados, enquanto, de outro, sustentam que o direito internacional válido deriva também das regras em relação às quais o conjunto da sociedade internacional alcançou solidariedade ou consenso, ainda que alguns estados não lhes tenham dado o seu assentimento.” (BULL, 2002, p. 199).

Nesse mesmo tópico, podemos retomar a ideia de direito sub *specie legis*, na medida em que a principal e histórica “competência” no direito internacional para criar normas se verifica nos Estados, estando o *jus cogens* amplamente ratificado¹⁸ por eles.

Quanto à coatividade junto a um sistema coerente, uno e completo, percebe-se um prognóstico daquilo que alguns autores veem classificando num novo modelo internacional de

¹⁸ Nesse mesmo sentido, temos que “the final version of Article 53 VCLT was adopted by a majority of 87 votes in favour, with 8 votes against, and 12 abstentions. René-Jean Dupuy, at the time a member of the Holy See’s delegation to the Vienna Conference, noted that the inclusion of Article 53 in the VCLT sanctioned the ‘positivization’ of natural law” (SLENTON, 2015, p. 33). “A versão final do artigo 53 do VCLT foi adotada por uma maioria de 87 votos a favor, com 8 votos contra, 59 e 12 abstenções. René-Jean Dupuy, na época membro da delegação da Santa Sé na Conferência de Viena, observou que a inclusão do artigo 53 no VCLT sancionou a ‘positivação’ da lei natural” (Tradução nossa).

sociedade internacional, como aquelas ilustradas em Bull (2002) e Wallenstein (2001)¹⁹. Indo mais longe, a hierarquia de normas (crucial à eficácia das normas de *jus cogens*) se sedimentaria numa visão de uma não escrita constituição²⁰ e, conseqüentemente, num direito constitucional internacional (NASSER, 2005).

Nesse ínterim, vale notar que as normas de *jus cogens* vêm com uma finalidade juspositivista, ou seja, funcionam para cumprir certos requisitos de um ordenamento jurídico positivo. Com isso, queremos dizer que a positivação de normas superiores em relação a outras inferiores cumpre o propósito positivista de unidade, coerência e completude no sistema internacional legal justamente por o hierarquizar de modo mais sólido (LINDERFALK, 2015, p. 25/27).

Seu caráter de *peremptory norms*, desse modo, caracteriza uma obrigatoriedade mais elevada (NASSER, 2005), dentro daquela lógica vertical²¹. Em outros termos, estamos diante de normas positivas por se inserem num sistema hierarquizado e normativo positivo com força imperativa (de comando, questionável só no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico) para fazer parte do direito positivo internacional (NASSER, 2005, p. 166).

Quanto à interpretação mecanicista, cabe mostrar os impactos que as normas de *jus cogens* causam nas decisões dos casos internacionais. A partir disso, temos um ponto que foi e será objeto de meditação ao longo da inquirição dos casos de qualquer sistema de direitos humanos, eis que será complexo afirmar qual a posição dos juízes a respeito dessa matéria devido à incidência de outro ramo teórico (aqui ramificado) a hermenêutica.

Retomando a questão da Separação de Poderes e do princípio da soberania dos Estados, é salutar a preocupação a respeito da interpretação mecanicista. Em outras palavras, tentar-se-

¹⁹ Para Bull, é instigante pontuar que o novo modelo do centralismo global (criticado pelo autor, ao o denominar de Modelo Salvacionista Radical) só seria possível se a distribuição de riqueza, de recursos e de poder na sociedade internacional fosse mais igualitária, pois só assim se poderia crer num processo consensual (2002, p. 341). Já para Wallenstein, uma das formas sociais para o sistema-mundo mais plausíveis (a maior probabilidade pode ser constatada considerando as críticas dele às outras possibilidades) é uma espécie de neofeudalismo, no qual “soberanias, autarquias e hierarquias poderão encontrar um termo de compatibilidade mantendo (...)” (WALLERSTEIN, 2001, p. 142).

²⁰ É abrangente o seguinte deslinde das ideias de Nasser: “é possível também estabelecer o paralelo entre normas de *jus cogens* e constituição em sentido material, primeiro pelo fato de que ambas pretendem congregar as normas mais importantes do ordenamento jurídico e, em seguida, pelo fato de que, entre as normas propostas como constitutivas do *jus cogens*, há aquelas que nos dão as grandes características do sistema e aquelas que são a afirmação de valores que pretendem vigorar na sociedade como um todo” (NASSER, 2005, p. 169).

²¹ Invocando Kelsen, Spaller e Valadares afirmam que “embora todo o estudo da norma *jus cogens*, não se pode classificar com extrema precisão quais são as normas exatas de *jus cogens*, mas pode-se concluir que estas normas estão, de acordo com a teoria de Hans Kelsen, no topo da pirâmide normativa do direito internacional, ou seja, estão acima da norma mais soberana do Estado” (SPALLER; VALADARES, 2017, p. 19). Disso decorre a visão de uma sociedade internacional mais organizada ou globalizada devido aos interesses e valores comuns (SHELTON, 2015, p. 29).

ia ver se os juízes não estariam extrapolando sua jurisdição e, portanto, sua razão de dizer o direito.

Porém, uma forma de enfrentar essas dificuldades e permitir uma análise da aplicação das normas de *jus cogens* em decisões seria 1) demonstrar com exatidão a origem normativa da norma aplicada, 2) verificar se existem outras fontes de direito internacional no mesmo sentido, 3) relacionar sua existência com o consentimento estatal (SHELTON, 2015); e 4) observar se há hierarquização do ordenamento jurídico internacional.

Como última nota, é sempre relevante para nós relembrar uma das questões não pacíficas, mas que nos rende conclusões ao tratar do positivismo jurídico na seara do *jus cogens*: a conexão entre moral e direito. A moral estudada aqui não é utilizada como condição de validade das normas jurídica dentro do ordenamento jurídico internacional, pois interessa-nos aqui estudar as normas positivadas, tais como, em definição, as normas de *jus cogens*.

Ocorre que, a injustiça de uma norma não é *de per se* motivo para a invalidação das normas. A moral é, pois, recurso material dessas normas (KLEINLEIN, 2017), corroborando uma ordem internacional com um ordenamento jurídico positivado²².

Orakhelashvili expressa um embate de sentidos ao afirmar que, tendo como plano de fundo o tradicional consenso positivistas, o *jus cogens* não é necessariamente uma retomada do clássico direito natural, devendo-se então buscar o caráter e efeitos de normas de ordem pública (2006, p. 38).

Portanto, fica claro que o *jus cogens* internacional propriamente não pode ser classificado como direito natural sob esses pressupostos, apesar de que é com dificuldade enquadrado como direito positivo devido a série de considerações típicas do jusnaturalismo, como a frequente incidência da moral na teoria do direito. Para nós, parece haver sim algum tipo de mistura, ou, para não nos referirmos a uma teoria mista, um fluxo comum na teoria do *jus cogens* que une o formalismo imperativo juspositivista com a elevação dos valores jusnaturalista.

²² Podemos observar também uma crítica ao juspositivismo por negar, de certo modo, que o direito internacional dependa de moral ou outros méritos, pois se acaba estudando normas de cunho moral ou político, eis que “‘jus cogens’ has a buzz-word functionality.” (LINDERFALK, 2015, p. 32). “‘Jus cogens’ tem uma funcionalidade de significado misto” (Tradução livre).

CONCLUSÃO

Ante os pressupostos teóricos elencados, conclui-se pela possibilidade de elencar normas de *jus cogens* como direito positivo internacional. Fundamentações da aplicação dessas normas podem contar com as características essenciais do direito positivo, quais sejam coatividade; consensualidade; direito sub *specie legis* (diretamente da vontade estatal); comando; coerência e completude num sistema; e interpretação mecanicista.

Acontece que esse artigo teórico nada mais é que apenas um lado do fenômeno do *jus cogens* no direito internacional, sendo o outro lado a práxis internacional. Essa prática internacional detém, nos modelos das cortes internacionais de direitos humanos, potencialidades latentes de aplicação e desenvolvimentos das normas de *jus cogens*.

Assim, além de nossas constatações que levaram à resposta afirmativa da hipótese sobre normas de *jus cogens* enquanto direito positivo no ordenamento jurídico internacional, essa artigo deve servir como um estímulo a futuras pesquisas da comunidade acadêmica. Esse é um estímulo importante, justificado a fim de que se investigue a aplicação do *jus cogens*, diante da pesquisa realizada, nos diversos âmbitos da práxis internacional, principalmente onde surjam as problemáticas mais sensíveis aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 1956.

BEÇAK, Rubens. **A Soberania, o Estado e sua Conceituação**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 343-351, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste CJ Santos. v. 10. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRUNNÉE, Jutta. The Prohibition on Torture: **Driving Jus cogens Home?** American Society of International Law, v. 104, p. 454-457, 2010.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 1, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 101, p. 433-466, 2006.

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sergio. **Interpretações Históricas e Teóricas do Realismo Jurídico**. LEMOS JUNIOR, Eloy P.; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Lorena de Melo (Coord.). Teorias da decisão e realismo jurídico. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CHRISTENSON, Gordon A. **Jus cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society**. Virginia Journal of International Law, Charlottesville, v. 28, 585-648, 1987-1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. New York: Oxford University Press, 2011.

FORCESE, Craig. **Public International Law**. Video lectures "flipped" course, Introduction to Public International Law, at the Faculty of Law, University of Ottawa, Canada. 2016. Disponível em: <<https://vimeo.com/groups/publicinternationallaw>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

FRANCISCO, Natalie Villas Boas. **Responsabilidade Internacional dos Estados pela Violação de Normas Imperativas de Direito Internacional Geral**. Salvador: Trabalho de Conclusão de Curso apresentado do Centro Universitário Jorge Amado. 2009.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus cogens**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

GALLANT, Kenneth S. **Jurisdiction to adjudicate and Jurisdiction to prescribe in International Criminal Courts**. Villanova Law Review, v. 48, 2003. p. 763-842.

GASTORN, Kennedy. **Defining the Imprecise Contours of Jus cogens in International Law**. Chinese Journal of International Law, v. 16, p. 643-662, 2017.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: EdUSP, 2001

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The New Challenge to Legal Positivism**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 36, n. 3, p. 459-475, 2016.

HELPER, Laurence R. **Terminating treaties**. Oup Uncorrected Proof – First Proof, 2012.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

JANIS, Mark W. **The Nature of Jus cogens**. Connecticut Journal of International Law, v. 3. 1988. p. 359-363.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLEINLEIN, Thomas. ***Jus cogens* Re-examined: Value Formalism in International Law**. The European Journal of International Law, v. 28, n. 1, 2017.

LINDERFALK, Ulf. **Understanding the *Jus cogens* debate: The pervasive influence of legal positivism and legal idealism**. Final Draft Version, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O príncipe**: comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional público**. ed. 15. v. 2 rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NASSER, Salem Hikmat. ***Jus cogens* ainda Esse Desconhecido**. Revista de Direito GV. v. 1, n. 2, p. 161-178, jun-dez, 2005.

NEYLON, Lyn Beth; PARKER, Karen. ***Jus cogens*: Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 411**, v. 12, 1988-1989.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. New York: Oxford University Press, 2006.

RODAS, João Grandino. ***Jus cogens* em direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1974.

SHELTON, Dinah. **Sherlock Holmes and the Mystery of *Jus cogens***. Netherlands Yearbook of International Law, Amsterdam. 2015.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge University Press: New York, 2008.

SPALLER, Amanda Viega; VALADARES, Ana Cristina Zadra. ***Jus cogens*: sua aplicação no direito internacional e as consequências para o direito interno**. Revista Dom Acadêmico, Curitiba, v.2, n.1, p. 10-12, jan/jun. 2017.

TAVERNIER, Paul. **L'identification des regles fondamentales, un probleme resolu?** In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (Ed.). The Fundamental Rules of the International Legal Order: "*Jus cogens*" and "Obligations" erga Omnes. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006.

TRINDADE, **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VERDROSS, Alfred. **Jus Dispositivum and Jus cogens in International Law**. The American Journal of International Law, v. 60, n. 1, p. 55-63, 1966.

WALLENSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Tradução de Renato Aguiar; revisão de tradução César Benjamin e Immanuel Wallerstein. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

Recebido em: abril de 2019

Aprovado em: junho de 2019

João José Turri Brufatto: jj_brufatto@outlook.com