

## *JUS COGENS* AINDA ESSE DESCONHECIDO

Salem Hikmat Nasser \*

*JUS COGENS: STILL AN UNKNOWN SUBJECT*

### RESUMO

A EXISTÊNCIA DE UM *JUS COGENS*, CATEGORIA DE NORMAS IMPERATIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL, É CADA VEZ MAIS ACEITA, APESAR DE SER AINDA CERCADA DE INCERTEZAS. TENDO RECEBIDO UMA DEFINIÇÃO E UM REGIME JURÍDICO NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS, SEU CONCEITO, SEU CONTEÚDO E SEUS EFEITOS PERMANECEM INCERTOS. SEU ESTUDO E SUA COMPREENSÃO IMPÕEM A ANÁLISE DE SUA RELAÇÃO COM A IDÉIA DE UMA HIERARQUIA DE NORMAS NO DIREITO INTERNACIONAL E DOS ELEMENTOS DE PROXIMIDADE E DIFERENCIAÇÃO COM OUTRAS CATEGORIAS POLÊMICAS DA TEORIA INTERNACIONALISTA: O DIREITO INTERNACIONAL GERAL, AS OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES*, OS CRIMES INTERNACIONAIS. AS DÚVIDAS QUE DECORREM DESSE EXERCÍCIO DEVEM ORIENTAR A REFLEXÃO SOBRE O CONCEITO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO INTERNACIONAL.

### PALAVRAS-CHAVE

*JUS COGENS*, DIREITO INTERNACIONAL, HIERARQUIA DE NORMAS, NORMAS IMPERATIVAS, ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL, *ERGA OMNES*, CRIMES INTERNACIONAIS.

### ABSTRACT

THE EXISTENCE OF *JUS COGENS*, PEREMPTORY NORMS OF INTERNATIONAL LAW, IS WIDELY ACCEPTED TODAY EVEN THOUGH IT IS STILL A CATEGORY SURROUNDED BY UNCERTAINTIES. ALTHOUGH IT HAS RECEIVED A DEFINITION AND A LEGAL REGIME IN THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES ITS CONCEPT, ITS CONTENT AND ITS LEGAL EFFECTS REMAIN UNCERTAIN. THE STUDY OF *JUS COGENS* AND ITS UNDERSTANDING SHOW THE NEED FOR AN ANALYSIS OF IT RELATIONSHIP TO THE IDEA OF NORMATIVE HIERARCHY IN INTERNATIONAL LAW, AND TO THE ELEMENTS OF PROXIMITY AND DIFFERENTIATION WITH OTHER CATEGORIES: GENERAL INTERNATIONAL LAW, *ERGA OMNES* OBLIGATIONS, INTERNATIONAL CRIMES. THE DOUBTS THAT ARISE FROM THIS STUDY MUST UNDERLIE ALL REFLECTION ON THE CONCEPT AND ITS CONTRIBUTION TO INTERNATIONAL LAW.

### KEYWORDS

*JUS COGENS*, INTERNATIONAL LAW, NORMATIVE HIERARCHY, PEREMPTORY NORMS, *ORDRE PUBLIC* INTERNATIONAL, *ERGA OMNES*, INTERNATIONAL CRIMES.

O direito internacional, como todo direito, está inserido no mundo da vida. Sua existência só se explica, e justifica, pela função social que deve cumprir: regular as condutas dentro de uma sociedade dada. Ao estudar o direito internacional, ou o direito simplesmente, o jurista pode preferir, numa tentativa de preservar-lhe a pureza, isolá-lo das dinâmicas sociais que o influenciam e analisar sua estrutura e seu funcionamento a partir de uma perspectiva exclusivamente interna, enquanto sistema coerente. Alternativamente, pode o jurista privilegiar

uma visão do direito, de sua estrutura, funcionamento e transformação, conectados com as dinâmicas e as razões sociais.

Alguns temas atuais do direito internacional, que têm ocupado os internacionalistas, ao mesmo tempo em que desafiam a compreensão do funcionamento interno do direito internacional, revelam a influência que sobre ele exercem os movimentos que lhe são externos. Fundamentalmente, eles são a tradução de uma vontade de transformação e de *mise à jour* desse direito, a fim de vê-lo mais adequado à consecução de determinados fins.

A existência de um direito internacional geral, oponível a todos os Estados, independentemente de aceitação ou de participação no processo formador das normas, podendo inclusive, em alguns casos, impor-se aos Estados que sempre se colocaram em objeção a essas normas, é idéia que ganhou curso e é por muitos aceita de modo passivo.

Não só haveria normas oponíveis a todos os Estados, mas existiriam igualmente aquelas que criam para os Estados, alguns ou todos eles, obrigações que beneficiam todos os demais, enquanto comunidade ou um a um, titulares, portanto, comunidade internacional ou cada Estado individual, de direitos correspondentes àquelas obrigações *erga omnes*.

Algumas obrigações, ou normas, teriam tal importância que sua violação por um Estado configuraria muito mais do que um simples delito ou ilícito internacional, um verdadeiro crime de direito internacional. Ainda quando se dispensa o título de crime, mantém-se a idéia de que algumas violações são mais graves que outras e algumas obrigações mais essenciais que outras.

A idéia de que existam normas mais importantes e normas menos importantes remete, evidentemente, à possibilidade de uma estrutura normativa hierarquizada do direito internacional e, portanto, de uma ordem normativa em alguma medida verticalizada. Essa verticalidade sugere, ao menos para alguns, a existência atual ou potencial de uma constituição ou de um direito constitucional internacionais.

Ainda quando a idéia da hierarquia normativa do direito internacional não alcança tais extremos, parece ter vingado a idéia de que os Estados, produtores por excelência das normas jurídicas, internas bem como internacionais, não têm a liberdade de legislarem contrariamente a normas superiores ou a uma noção mais ou menos precisa de ordem jurídica internacional.

Todas essas noções – direito internacional geral, ou mesmo universal, obrigações *erga omnes*, crimes de direito internacional, ou graves violações de obrigações essenciais, uma constituição para a sociedade internacional, a ordem pública internacional e, de modo mais geral, a questão da hierarquia normativa – encontram-se de algum modo conectadas a um conceito central do direito internacional contemporâneo: o *jus cogens*.

Muita tinta já se usou, nos últimos 50 anos ou mais, para escrever sobre o *jus cogens*, tanto para atestar sua evidente existência quanto para negá-la como absurda

ou dirigir-lhe as críticas mais ácidas. Apesar disso, parece, seu mistério permanece inteiro, a merecer, portanto, talvez, alguma tinta mais.

É surpreendente o fato de que, ao cabo de uma pesquisa sobre *jus cogens*, tendo sido percorridos os manuais de direito internacional e os artigos doutrinários, as convenções internacionais e outros textos normativos, e as decisões judiciais e arbitrais, aquele que se pergunta “afinal de contas, o que é isso?” terá de satisfazer-se com uma única certeza, banal, mas amplamente insuficiente: *jus cogens* é um direito muito importante, ou melhor, *mais importante*.

Esse *mais importante* resulta de um entendimento de que, na tradução de *jus cogens* significando direito constringente ou direito imperativo (Salmon, 2001, p. 631-632), o termo *imperativo* não equivale a *obrigatório*, característica intrínseca às normas jurídicas, mas é uma obrigatoriedade mais elevada, mais constringente. O *mais importante* resulta também do fato de que as normas seriam imperativas em razão de seu conteúdo mais relevante, mais essencial.

Essa única certeza acerca do *jus cogens*, o seu *plus* de importância, é a característica singular que evidencia o problema do seu lugar relativo no direito internacional e da capacidade da teoria geral desse direito de explicar o fenômeno de modo satisfatório: a idéia de *jus cogens* introduz de modo inevitável algum tipo de hierarquia normativa numa ordem jurídica que até ali a dispensava.

É essa mesma característica que permite, talvez imponha mesmo, a conexão e a comparação com os demais fenômenos aludidos acima. Afinal, parece natural considerar que uma norma jurídica que se impõe a todos os Estados, independentemente de oposição destes (direito internacional geral), tem essa força porque é vista como mais importante do que aquelas que obrigam apenas os Estados que consentem ou não se opõem. Do mesmo modo, uma norma que obriga um Estado perante a comunidade internacional como um todo, ou perante cada Estado dessa comunidade individualmente (obrigações *erga omnes*), provavelmente tem esse efeito porque é mais importante do que outras que criam direitos apenas para alguns Estados. É também o fato de algumas normas serem consideradas mais importantes que justificaria, certamente, que sua violação fosse vista como crime internacional ou como uma violação mais grave do que outras, ensejando um regime diferenciado de responsabilidade internacional. Finalmente, é porque algumas normas são vistas como mais importantes que se considera que não podem ser derogadas pelos Estados.

Algumas questões ficam de pronto evidentes, podendo ser reduzidas, na sua essência, a uma só: todas as normas *mais importantes* de direito internacional são iguais, pertencem a uma mesma categoria e produzem os mesmos efeitos? Desdobrando essa questão central, pode-se perguntar: uma norma de *jus cogens* é sempre uma norma de direito internacional geral (universal) ou pode existir, por exemplo, *jus cogens* regional? Uma norma de direito internacional geral, que se impõe à comunidade dos Estados em seu conjunto, é sempre uma norma imperativa

de direito internacional, uma norma de *jus cogens*? Uma norma de *jus cogens* sempre tem efeitos *erga omnes*? Toda norma que produz efeitos *erga omnes* é necessariamente uma norma de *jus cogens*? Toda violação de uma norma de *jus cogens* constitui crime internacional, se admitida a existência de tal categoria, ou, ao menos uma violação mais grave do direito internacional? E toda violação mais grave de uma obrigação sob uma norma peremptória de direito internacional geral é sempre a violação de uma norma de *jus cogens*? Finalmente, se da definição mais usual de *jus cogens* resulta que suas normas não podem ser derogadas por convenções entre os Estados, pode-se afirmar, em contrapartida, que todas as normas inderrogáveis são de *jus cogens*?

### I *JUS COGENS*: EXISTÊNCIA, DEFINIÇÃO E CONTEÚDO

Em meio às incertezas, convém iniciar pelas evidências: i) o *jus cogens*, ainda que sua existência enquanto categoria normativa diferenciada seja controvertida, existe e impõe-se, no âmbito do estudo do direito internacional, como tema de discussão e polêmica inescapável; ii) admitido como uma realidade normativa por grande parte da doutrina, o *jus cogens* conhece ao menos uma definição convencional e um regime jurídico razoavelmente precisos; iii) o seu conceito permanece, no entanto, impreciso, assim como é incerto o seu conteúdo. Não há qualquer necessidade de insistir na importância do tema, sendo prova suficiente a longevidade e a abundância da sua discussão. Vale a pena, no entanto, lembrar os parâmetros que devem orientar qualquer estudo do *jus cogens*, encontrados na tensão entre a admissão deste como evidência ou como necessidade, sua definição e regime, e seu conceito e conteúdo.

A inclusão do *jus cogens* na Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969, adotada por uma grande maioria dos Estados, bem como sua anterior adoção pela Comissão de Direito Internacional por unanimidade, e sua razoável aceitação pela doutrina, atestam o seu pertencimento 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.

Na Convenção de Viena o *jus cogens* é tido por sinônimo de “norma(s) imperativa(s) de direito internacional geral” e essas normas são por sua vez definidas como aquelas “aceita(s) e reconhecida(s) pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma(s) da(s) qual(is) nenhuma derrogação é permitida e que só pode(m) ser modificada(s) por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (art. 53).

O regime jurídico estabelecido pela Convenção em relação a essas normas imperativas diz respeito à validade e permanência de tratados que conflitem com essas normas, assim o mesmo art. 53 diz que “é nulo um tratado que, no momento de sua

conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”, e o art. 64 estabelece que, “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

O regime diz respeito igualmente à solução de controvérsias referentes à aplicação ou interpretação dos arts. 53 e 54 ao estabelecer que qualquer parte “poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem”. O recurso à Corte fica, portanto, autorizado a qualquer das partes, à luz do art. 66, a, desde que tenham se passado 12 meses sem que estas tenham podido solucionar a disputa com recurso aos meios previstos pelo art. 33 da Carta das Nações Unidas (art. 65 (3), da convenção, combinado com o *caput* do art. 66).

Há, portanto, definição e regime jurídico, mas estes não garantem precisão ao conceito nem fornecem o conteúdo das normas imperativas de que se trata. Na medida em que a Convenção não pretende *criar o jus cogens* e o identifica e incorpora enquanto categoria de normas do direito internacional geral, que existem fora e independentemente da Convenção, não há tampouco garantias de que o regime jurídico ligado a essas normas restrinja-se ao efeito de fazer nulos os tratados que com elas conflitem. Pode haver outros efeitos do *jus cogens* que estejam fora do âmbito da Convenção.

O conceito resulta pouco claro, essencialmente porque os elementos da definição são incertos: o que são, afinal, normas de direito internacional geral? O que significa uma norma ser aceita e reconhecida? Quem é a comunidade dos Estados como um todo? Estas questões são objeto de diversos escritos sobre *jus cogens* e as dúvidas que suscitam não precisam ser ainda mais realçadas. A imprecisão do conceito se faz comprovada além do necessário, pela enorme dificuldade e pela resistência a se determinar os conteúdos do *jus cogens*: afinal, *quais* são as normas imperativas, inderrogáveis?

Nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nos escritos dos doutrinadores é possível encontrar exemplos de normas apresentadas como de *jus cogens*, entre elas algumas das mais comumente citadas são:<sup>1</sup> o princípio *pacta sunt servanda*;<sup>2</sup> a proibição do uso ou da ameaça do uso da força;<sup>3</sup> a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; o princípio da autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre os recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição da pirataria;<sup>4</sup> a proibição do genocídio<sup>5</sup> (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103) (Wouters e Verhoeven, 2005) (Lauterpacht, 1993, p. 439-441); a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade<sup>6</sup> e (Ago, 1971, p. 324); os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Admita-se, para fins de argumentação, que estas normas são de fato normas imperativas e inderrogáveis. A observação nos permite perceber que uma ao menos, *pacta sunt servanda*, é norma fundamental, logicamente necessária ao direito internacional,

pois permite a existência de uma de suas fontes que é o tratado internacional. Outras são normas que, se não são logicamente necessárias, são fundamentais porque dão ao direito internacional os seus contornos e suas características essenciais: a partir da norma que diz serem os Estados soberanos e iguais, passando pela determinação de que a soberania inclui aquela sobre os recursos naturais e pela previsão de que os povos têm o direito de autodeterminação e de se transformarem em Estados soberanos, chegando à norma que proscree o uso da força nas relações entre os Estados. Outras ainda são aquelas proibições de atos tidos como crimes que interessa à comunidade internacional inteira coibir: a pirataria, o comércio de seres humanos, o genocídio e os outros crimes contra a humanidade. Finalmente é possível identificar uma outra categoria de normas que se pretende alçar ao *status* de *jus cogens*: são aquelas (todas ou algumas, não se sabe ao certo) inseridas em regimes internacionais, como o do direito humanitário, dos direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Fica claro desde logo que essas normas diferentes têm uma coisa certa em comum: elas são todas  *muito importantes*. De resto, é possível intuir que elas possam indicar naturezas diversas para o *jus cogens*, que elas possam produzir efeitos diversos, e que possa haver conseqüências diversas conectadas à violação de umas e de outras.

As ligações anteriormente estabelecidas entre o *jus cogens* e a noção de hierarquia normativa no direito internacional, o direito internacional geral, as obrigações  *erga omnes*, os crimes internacionais dos Estados, devem ser observadas mais de perto e, na medida do possível, testadas à luz desses conteúdos propostos para o *jus cogens*.

## 2 HIERARQUIA DE NORMAS NO DIREITO INTERNACIONAL

Há vários modos de pensar a hierarquia no direito internacional.<sup>7</sup> Por exemplo, é possível avançar relações de superioridade e inferioridade entre o direito natural e o direito positivo, entre a justiça e o direito, entre a moral e o direito. No entanto, o que interessa fazer aqui é pensar a hierarquia enquanto hierarquia de normas, no interior do sistema normativo positivo. Assim, a indagação sobre a superioridade do *jus cogens*, ainda que a ligação deste com as idéias jusnaturalistas e com aquelas de justiça e moral seja forte, deve ocorrer olhando-se para o interior da ordem jurídica, uma vez que as normas imperativas são parte do direito positivo internacional.

### 2.1 HIERARQUIA DE NORMAS E HIERARQUIA DE FONTES

Quando se fala em hierarquia normativa pensa-se usualmente numa ordem escalonada de normas em que as fontes das mesmas, enquanto procedimentos de criação e revelação das normas jurídicas, encontram-se também em patamares de superioridade e inferioridade umas em relação às outras. A *Teoria pura do direito* de Kelsen (1984) oferece o exemplo clássico de uma ordem em que cada norma será válida se for produzida de acordo com as formalidades estabelecidas em normas superiores.

Essa estrutura piramidal, para Kelsen, se estende até o direito internacional em que as regras costumeiras se encontram em patamar superior aos tratados internacionais, uma vez que o fundamento de validade destes últimos seria encontrado na norma, costumeira, *pacta sunt servanda*. Os costumes internacionais, por sua vez, encontrariam seu fundamento de validade na norma fundamental pressuposta que comanda aos Estados a obediência às regras costumeiras (Kelsen, 1984).

Essa visão das fontes do direito internacional não é, no entanto, a que prepondera; tratados e costumes são vistos como meios de criação e surgimento das normas jurídicas que se encontram em um mesmo nível, tendo valor rigorosamente igual, podendo um costume derogar ou alterar um tratado ou um tratado derogar ou alterar um costume.<sup>8</sup>

Já se pôde notar que as normas tidas por normas de *jus cogens* não são criadas nem surgem mediante alguma fonte outra que aquelas que o direito internacional já conhece. Há controvérsias quanto a poderem essas normas ser de origem convencional ou costumeira apenas. Como quer que seja e qualquer que seja a origem, a consolidação do *status* de imperatividade depende daquilo que é constitutivo da fonte costumeira: a prática generalizada e a *opinio juris*. O que diferencia uma norma de *jus cogens* de uma outra norma de direito costumeiro de caráter geral não está em que a primeira foi *aceita e reconhecida pela comunidade dos Estados como um todo*, mas sim no fato de que ela teria sido aceita e reconhecida... *como norma da qual não se admite derrogação*.

A pretensão superioridade das normas de *jus cogens* não está ligada, portanto, ao seu modo de produção, mas sim ao seu conteúdo e aos valores expressos por esse conteúdo. É verdade que o próprio Kelsen reconhece que, numa certa medida, deve haver correspondência substancial, e não só formal, entre a norma inferior e a superior, não podendo o conteúdo daquela contrariar o que comanda a última (Kelsen, 1953) e ele também reconhece a existência de normas de *jus cogens*, normas costumeiras imperativas que se contrapõem àquelas outras, também costumeiras, mas de direito dispositivo. De todo modo, o *mais importante* caracterizador das normas de *jus cogens* está ligado à sua substância, à sua materialidade. Isso é confirmado pelo teste dos exemplos de normas citados acima: de origem convencional ou costumeira, todas elas surgem das fontes conhecidas de direito internacional e não há procedimento específico e diverso para a sua produção.

Estabelecido o fato de que normas de *jus cogens* pretendem ser superiores e que essa superioridade é fundada em critérios materiais, resta perquirir acerca da natureza dessa superioridade.

## 2.2 HIERARQUIA E CONFLITO DE NORMAS

Toda ordem jurídica contém normas ou princípios cuja função é resolver possíveis antinomias, conflitos entre normas. As mais conhecidas estabelecem a relação entre

normas gerais e especiais, norma posterior e norma anterior. Em direito internacional, além de serem esses dois critérios aplicados, pensa-se que os tratados internacionais possam ter uma precedência de aplicação sobre os costumes por fornecerem maior certeza quanto ao direito aplicável.<sup>9</sup>

Esses são, no entanto, critérios formais e, ainda que se queira ler a superioridade das normas de *jus cogens* em relação às demais normas do direito internacional como instrumento de solução de antinomias, estar-se-ia falando de critério fundado no valor do conteúdo da norma, independentemente de qualquer critério formal; anterior ou posterior, geral ou especial, qualquer norma veria sua aplicação afastada caso conflitasse com uma norma imperativa, dotada de conteúdo superior.

Estabelecer hierarquias e diretrizes para solução de antinomias não é, no entanto, tarefa fácil. A Comissão de Direito Internacional estabeleceu um grupo de estudos voltado à “Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades que Emergem da Diversificação e Expansão do Direito Internacional”. Esse grupo decidiu que deveria estudar *jus cogens, erga omnes*, e o art. 103 da Carta da ONU<sup>10</sup> enquanto regras de conflito, sem estabelecer hierarquias gerais ou absolutas, e orientando o estudo para a prática. Essa decisão se deve ao reconhecimento de que uma “discussão abertamente teórica sobre esse tópico levantaria questões que são complexas e controversas” (CDI, 2004, p. 302-303).

### 2.3 HIERARQUIA E CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

A idéia de um direito constitucional internacional ou internacional constitucional, no sentido de uma verdadeira constituição para a comunidade dos Estados, é, no mínimo, controversa. A sociedade internacional tem muitas características que se revelam contraditórias com a idéia de um direito constitucional: sendo uma sociedade composta por Estados, é, por isso mesmo, uma sociedade horizontal, desprovida de poder formalmente centralizado, em que não há delegação de soberania dos elementos da sociedade para um governo nem para um poder constituinte. O direito dessa sociedade corresponde a essas características sendo direito que se dirige a sujeitos iguais entre si, produtores eles mesmos de suas normas, pela vontade ou pelo costume.

Há, no entanto, quem identifique e defenda o surgimento de um constitucionalismo de direito internacional (Ferrajoli, 2002, p. 53 e ss) de que seriam a primeira materialização a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Tanto a afirmação desse constitucionalismo quanto a escolha dos instrumentos parecem altamente discutíveis. Uma e outra coisa, no entanto, oferecem algum material para reflexão.

Se pensada a constituição, em sentido material, como aquela em que se encontram as grandes linhas da organização de uma certa sociedade e de sua ordem jurídica, ao lado da enunciação dos grandes valores que vigem e a orientam, é possível



entender a lógica por trás da escolha desses dois grandes instrumentos. Ela permanece, ainda assim, uma escolha artificial e parcial.

É possível também estabelecer o paralelo entre normas de *jus cogens* e constituição em sentido material, primeiro pelo fato de que ambas pretendem congregiar 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. Em poucas palavras, mesmo não havendo constituição formal nem hierarquia de fontes, dentre as normas da ordem internacional, algumas iriam adquirindo caráter constitucional pela sua importância para a manutenção da ordem ou pelos valores que advogam.

A possível aproximação entre *jus cogens* e constitucionalismo internacional não parece, portanto, absurda, mas, por aproximar o desconhecido do incerto, não aporta maiores esclarecimentos sobre os conceitos, os efeitos e os regimes ligados a um e a outro.

#### 2.4 HIERARQUIA E ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Ordem pública é um conceito mais ou menos fluido que remete a uma idéia de ordem política, social e jurídica de dada comunidade, em geral de um Estado. Assim, a ordem pública, expressa também em normas jurídicas, mas não restrita a elas, estabelece os limites dentro dos quais os sujeitos de direito podem exercer a sua liberdade de contratar, da autonomia da vontade. Ela também deverá ser observada e protegida quando do reconhecimento de atos de autoridades estrangeiras, sentenças estrangeiras, laudos arbitrais e outros. Finalmente, quando um juiz for chamado a aplicar uma lei estrangeira, essa aplicação poderá ser afastada se o seu resultado for visto como ofensivo à ordem pública.

Mais uma vez, transferir um conceito típico dos direitos nacionais para uma sociedade tão diferente, e tão heterogênea, como a internacional, e tentar identificar nesta um cor de valores comuns não é tarefa fácil. Mas, por outro lado, já que se trata de conceito fluido e incerto, tampouco parece necessariamente impossível.

A tentação de reconhecer a existência de uma ordem pública internacional e sua identificação com o *jus cogens* é grande quando se considera justamente o regime deste último na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, afinal de contas, cuida-se ali da limitação da autonomia dos Estados para tratarem entre si.

Algumas normas, as do *jus cogens*, poderiam ser vistas como de ordem pública porque inderrogáveis pela vontade de Estados contratantes, mas a esta noção de ordem pública internacional faltariam maior clareza e definição, assim como permaneceria aberta a indagações a identificação do *jus cogens* com essa noção na medida em que este possa ser um conceito e ter efeitos que ultrapassam potencialmente o que prevê a Convenção.

\* \* \*

Como se pode ver, a noção de hierarquia normativa no direito internacional pode ser encarada de variadas perspectivas, todas desembocando em interessantes incertezas que deixam perplexos os mais tarimbados internacionalistas.

### 3 *JUS COGENS* E DIREITO INTERNACIONAL GERAL

Há uma tendência a encontrar na literatura do direito internacional o uso como sinônimo das expressões direito costumeiro internacional e direito internacional geral. A significação deste segundo, no entanto, pode se estender para muito além dessa sinonímia. Normas de direito internacional geral são sempre costumeiras, ainda que tenham sido incluídas em textos convencionais quando já faziam parte do costume, ou mesmo antes de serem reconhecidas como tal. Deve-se, portanto, manter a distinção entre tratados, que obrigam as partes e as normas costumeiras, gerais, que podem estar incluídas nos tratados.

A expressão direito internacional geral pode, no entanto, significar mais do que direito costumeiro; pode, por exemplo, querer designar um direito geral contraposto àquele, que também pode ser de origem costumeira, de vigência regional. Pode igualmente referir a um direito internacional universal, ou seja, que obriga todos os Estados, independentemente da postura que tenham tido estes com relação às suas normas, tenham eles participado ou não da sua formação. Esse direito universal pode, no entanto, conhecer a mesma contingência que atinge as normas costumeiras em geral, materializada na figura do objeto persistente, aquele Estado que desde o início não reconhece a norma e afirma não estar sujeito a ela. Se, no entanto, se dá um salto um pouco maior e se considera que normas desse direito internacional geral obrigarão todos os Estados, tenham eles participado da sua formação ou se oposto a ela firmemente, ter-se-á um direito que não permite aos Estados se furtarem nem lhes permite que o afastem ou derroguem, é um direito imperativo nesse sentido. Reencontra-se aí a definição mesma de *jus cogens* dada pela Convenção de Viena: normas de direito internacional geral das quais não cabe derrogação.

O *jus cogens*, com todas as suas interrogações, é, portanto, uma categoria, a das normas imperativas, dentro do conjunto de normas do direito internacional geral, categoria também objeto de disputas doutrinárias.<sup>11</sup>

### 4 *JUS COGENS* E OBRIGAÇÕES ERGA OMNES

Diferentemente do direito internacional geral universal, que cria obrigações *omnium*, as obrigações *erga omnes* do direito internacional seriam aquelas que criam

para toda a comunidade dos Estados, ou para cada um destes individualmente, direitos. Assim, violada uma dessas obrigações, a comunidade ou qualquer Estado teria interesse jurídico na reparação. Como o *jus cogens*, a categoria de obrigações *erga omnes* impôs-se na literatura do direito internacional e é altamente controversa. Diferentemente daquele, no entanto, a jurisprudência internacional, especialmente a da Corte Internacional de Justiça, tem feito repetidas menções ao conceito, ainda que sujeita a muitas críticas.

A primeira e sempre mencionada passagem é aquela da sentença *Barcelona Traction* em que a Corte reconhece a existência de obrigações estabelecidas perante a comunidade dos Estados como um todo e em que se definem as obrigações *erga omnes* como aquelas em que, “tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que esses direitos sejam protegidos” (CIJ, 1972, para. 32). Essa primeira aplicação já vem acompanhada de algumas dificuldades. A menção às obrigações *erga omnes* é feita em *obiter dictum* e não no dispositivo. E só podia ser assim, pois essencialmente a decisão nega à Bélgica a prerrogativa de estender sobre seus nacionais a proteção diplomática, quando o prejuízo foi causado a uma empresa canadense cujos sócios eram belgas.

A Corte pretendeu apenas traçar uma comparação entre a situação apresentada a ela e situações diversas, em que um interesse jurídico existiria para qualquer Estado, e dá exemplos de obrigações com efeitos *erga omnes*.<sup>12</sup> Ainda nesse caso, no entanto, a Corte parece cair em contradição quando afirma que “os instrumentos que concernem os direitos humanos não reconhecem qualidade aos Estados para proteger vítimas de violações desses direitos independentemente de sua nacionalidade” (para. 47). Essa contradição só não será uma se o interesse jurídico de que é titular cada Estado não implicar capacidade de ação.

Outras decisões da Corte mencionam as obrigações *erga omnes* (CIJ, 2004; 1997; 1996b; 1995; 1971; 1975).<sup>13</sup> Vale a pena dedicar alguma atenção à aplicação do conceito que faz a própria Corte no parecer consultivo sobre a construção de um muro em territórios palestinos ocupados (CIJ, 2004). Nessa decisão, a Corte reconhece o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação do povo palestino, violado pelo Estado de Israel, e dos princípios do direito humanitário, igualmente violados (CIJ, 2004, para. 155 e 177). Além de ter recebido fortes críticas,<sup>14</sup> essa aplicação parece demandar um comentário a respeito do conceito de *erga omnes*. A expressão *erga omnes* pode ser traduzida como *frente a todos, diante de todos*. O conceito central que se vem trabalhando aqui é o de *obrigações erga omnes*, ou seja, obrigações a que correspondem direitos de que são titulares todos os demais Estados. É possível falar igualmente em *direitos erga omnes*, direitos que comandam a observância por todos os demais Estados de determinadas obrigações correspondentes.

Percebe-se certa confusão entre os dois conceitos na jurisprudência da Corte e isso fica claro neste último parecer. Neste caso, ainda que seja facilmente admissível que o direito de autodeterminação dos povos e o direito humanitário envolvam direitos que todos os Estados têm um interesse jurídico em proteger (*Barcelona Traction*), apesar disso não significa que qualquer Estado poderia demandar diretamente Israel quando a vítima dos danos era o povo palestino, as conseqüências que a Corte tira do caráter *erga omnes* são outras. Ela afirma, na verdade, as obrigações que outros Estados teriam de não reconhecer efeitos àqueles atos ilegais nem permitirem que eles se perpetuem.

Como visto, autodeterminação e direito humanitário são igualmente citados como exemplos, possíveis, de normas de *jus cogens*. Qual será, então, a relação entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes*?

Parece consensual entre os que admitem a existência de ambas categorias, é claro, que todas as normas de *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*, mas que nem todas as obrigações desta última categoria pertencem ao *jus cogens* (Pellet, 1999, p. 429). A relação entre ambas as categorias poderia ser vista como uma de círculos concêntricos em que o conjunto das normas de *jus cogens* estaria inserido num outro maior de obrigações *erga omnes* (Abi-Saab, 1999, p. 348). Pellet oferece um exemplo: o direito de passagem em estreitos ou canais internacionais, que todos os Estados têm, não constitui uma norma de *jus cogens*.

Percebe-se assim que não basta que a proteção de um direito seja do interesse da comunidade internacional como um todo para se elevar ao *status* de *jus cogens*. É preciso que haja, mais uma vez, um *plus* de importância substancial, material.

## 5 *JUS COGENS* E CRIMES INTERNACIONAIS

Um Estado que descumpra normas de direito internacional, prejudicando assim outro Estado ou outros Estados, fica obrigado a reparar o dano. Assim pode ser resumido o regime da responsabilidade internacional por atos ilícitos.<sup>15</sup> A Comissão de Direito Internacional tem estudado o tema e tentado codificar o seu regime desde meados dos anos 70. Desde o início, esse esforço de codificação teve de enfrentar, já que a própria Comissão tinha incorporado a idéia de normas mais fundamentais e menos fundamentais, por exemplo, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a tarefa de diferenciação entre violações de normas fundamentais e de outras normas de direito internacional.

Num primeiro projeto de artigos sobre responsabilidade internacional (CDI, 1976, art. 19),<sup>16</sup> essa diferenciação foi incluída e foram criadas duas categorias de violações: os delitos e os crimes internacionais. Essa categorização foi e é ainda objeto de constante controvérsia que se refere, entre outros: à aproximação que os termos operam com as categorias dos direitos internos e que não poderiam ser

transferidos para o direito internacional; à polêmica sobre se pode ou não um Estado cometer um crime; e à diferenciação entre regimes da responsabilidade referente a um delito e a um crime.

Para o primeiro ponto, a resposta mais comum é de que a responsabilidade internacional não é civil nem penal, ela é simplesmente internacional, mas, ainda assim, permanece a dúvida quanto ao caráter apropriado do uso dos termos delitos e crimes.

Quanto a saber se um Estado pode cometer um crime, a idéia tinha e tem seus entusiastas (Pellet, 1999; Abi-Saab, 1999) e seus críticos (Weil, 1982). Para Pellet, o crime internacional que pode cometer um Estado é sinônimo de violação de normas de *jus cogens* que podem ser atribuídas ao Estado. Assim, chame-se crime ou outra coisa há uma categoria diferenciada de violação de direito internacional, aquela que diz respeito a normas imperativas.

A controvérsia resultou que, em 2001, a Comissão do Direito Internacional adotasse um novo projeto de artigos sobre responsabilidade internacional (CDI, 2001) em que os termos crimes e delitos tinham sido eliminados e em que se fala de “graves violações de obrigações que emanam de normas imperativas de direito internacional”,<sup>17</sup> em outras palavras, graves violações de normas de *jus cogens*.

Perceba-se que, se a nova expressão traduz o que antes se entendia por crime internacional, este não se constitui de *qualquer* violação de uma norma de *jus cogens*, mas apenas das violações *graves*. Isso já era defendido em outras palavras, por exemplo, por Abi-Saab quando adotava a idéia de que *jus cogens* era um conjunto, menor, inserido naquele, maior, de obrigações *erga omnes*, e que o conjunto de crimes internacionais era um conjunto menor ainda, inserido naquele de normas de *jus cogens* (Abi-Saab, 1999, p. 348).

Aceita a diferenciação entre tipos de violações do direito internacional, ela ainda necessita, para fazer algum sentido, de que para cada categoria de ato ilícito haja um regime da responsabilidade diferente. Em alguma medida esse duplo regime existe, por exemplo, nas graves violações de normas imperativas, nenhuma excludente de ilicitude é admitida (CDI, 2001, art. 26). Mas as conseqüências específicas previstas no art. 41 do projeto – obrigação de cooperação para resolução pacífica e obrigação de não-reconhecimento das situações ilegais resultantes da violação de normas imperativas – são, no mínimo, insuficientes para estabelecer diferenças substanciais de regime.

É preciso lembrar que as regras a que se faz referência acima estão incluídas em projetos de artigos que fazem parte de um esforço de codificação e de desenvolvimento progressivo do direito internacional empreendido pela Comissão de Direito Internacional. Ao longo de três décadas de trabalho, ainda não se conseguiu desembocar numa convenção que pudesse ser levada aos Estados para adoção. Isto é sinal de quanto o tema é polêmico e de que, ao final, trata-se de um direito em gestação, incerto, ainda que dotado de elementos já maduros.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura de uma exposição de dúvidas deve ser tão frustrante para o leitor quanto é frustrante a exposição para quem escreve, mas a frustração e a dúvida constituem o único ponto de partida legítimo quando se trata de *jus cogens*.

Olhando o direito internacional enquanto sistema normativo que se quer coerente, *jus cogens* e companhia representam desafios de monta. Olhando o mesmo direito na sua ligação com as suas circunstâncias e com o contexto social, é mais compreensível a aceitação quase generalizada, à exceção de Asterix, a França, diria Pellet (1999, p. 428), da idéia de *jus cogens*: por um lado, incorporar o discurso de normas e valores fundamentais fica facilitado quando o recurso ao *jus cogens* no funcionamento real do direito internacional é praticamente inexistente ou, como diria ainda Pellet, quando o carro raramente deixa a garagem; por outro lado, a aceitação de conceito incerto com conteúdo incerto, mas portador dos valores fundamentais da sociedade, permite a uns a tentativa de fazer mais fortes suas demandas de justiça e a outros a tentativa de travestir de justiça os seus interesses.

A construção de um conjunto realmente comum de valores fundamentais da comunidade internacional e da sua tradução no sistema normativo, de modo coerente e funcional, não se faz em pouco tempo nem se faz sem esforço. Enquanto transcorre o processo dessa construção, o direito e suas categorias, junto ao seu funcionamento, parecem estar em convulsão.

Em meio à convulsão, a aceitação acrítica do *jus cogens*, do direito internacional geral, das obrigações *erga omnes*, dos crimes internacionais pode fazer avançar as idéias por trás dos conceitos, mas não serve à sua compreensão. O uso retórico dos conceitos abre as portas ao avanço de valores legítimos tanto quanto as abre para o seu uso indevido, interessado. O único caminho para a edificação de uma justiça internacional apoiada num sistema jurídico eficiente passa, começa de fato, pelo tratamento competente das dúvidas aqui anunciadas.

: ARTIGO CONVIDADO

### NOTAS

\* Professor de Direito Global da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). O autor agradece a inestimável contribuição da pesquisadora Evorah Lusci Costa Cardoso, na pesquisa e na leitura crítica, e guarda para si a responsabilidade pelas imperfeições.

1 O pertencimento de cada uma dessas normas à categoria de *jus cogens* não faz necessariamente a unanimidade. O conteúdo da categoria continua, portanto, incerto.

2 Carreau (2004, p. 81), por exemplo, considera que o princípio *pacta sunt servanda*, ainda que fundamental, pertence ao âmbito do direito dos tratados e não constitui norma imperativa de direito internacional geral. O mesmo ocorreria com o princípio da boa-fé, uma vez que não se poderia imaginar um direito dos tratados baseado na má-fé.

3 CIJ (1986, p. 100-101); CDI (1966, p. 247, para. 1, art. 50). Vale a pena transcrever a opinião do Juiz Elaraby (2004, 3.1) e a leitura que faz da aplicação do princípio pela própria Corte: “The prohibition of the use of force, as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, is no doubt the most important principle that emerged in the twentieth century. It is universally recognized as a *jus cogens* principle, a peremptory norm from which no derogation is permitted. The Court recalls in paragraph 87, the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (resolution 2625 (XXV)), which provides an agreed interpretation of Article 2 (4). The Declaration “emphasized that ‘No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal’” (Advisory Opinion, para. 87). “The general principle that an illegal act cannot produce legal rights *ex injuria jus non oritur* is well recognized in international law” (Elaraby, 2004, 3.1).

4 *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10.12.1982, art. 101: “Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos: a) todo ato ilícito de violência ou de detenção ou todo ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra: i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos; ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado; b) todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata; c) toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b)”. Decreto 1.530, de 22.06.1995.

5 O crime de genocídio encontra-se definido na *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, art. 2.º: “Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) Assassinato de membros do grupo. b) Dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo. c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial. d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo. e) Transferência forçada de menores do grupo para outro”. Decreto 30.822, de 06.05.1952.

6 A categoria de crimes contra a humanidade surge com o Tribunal de Nuremberg e se encontra hoje codificada pelo Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (Decreto 4.388, de 25.09.2002). Os crimes assim qualificados são: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (art. 5.º).

7 Para uma leitura crítica da hierarquia no direito internacional, nos âmbitos do controle dos comportamentos, da exegese do direito e da filosofia do direito, ver Koskeniemi (1997).

8 É claro que há hierarquia de fontes entre os tratados constitutivos das organizações internacionais, fontes primárias, e a produção normativa dos órgãos destas, fontes secundárias, mas trata-se de situação diversa daquela de que se trata aqui.

9 Isso explicaria a menção do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça aos tratados antes de mencionar os costumes. Ver também Sur (1997b), para quem não há hierarquia em direito internacional, mas apenas precedência de aplicação.

10 *Carta das Nações Unidas*, art. 103: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

11 Tendo sido reconhecida na sentença Plataforma Continental do Mar do Norte (CIJ, 1969) é alvo de críticas áspersas de internacionalistas voluntaristas como Weil (1982, p. 44-45).

12 Exemplos, tais como obrigações resultantes de atos de agressão, genocídio, violação de princípios e regras básicos de direitos humanos, como a proteção contra a escravidão e discriminação racial (CIJ, 1970, para. 34).

13 Além das decisões da Corte, também foram apresentadas opiniões individuais sobre obrigações *erga omnes*, tais como as dos juizes Elaraby, Al-Khasawneh, Kooijmans, Higgins, Koroma (2004); Kreca (1999); Weeramantry (1997); Oda (1996).

14 Incluídas aí as opiniões individuais dos juízes Kooijmans e Higgins. Vale a pena a transcrição de alguns trechos desta última: “(para. 37). I have voted in favour of subparagraph (3) (D) of the *dispositif* but, unlike the Court, I do not think that the specified consequence of the identified violations of international law have anything to do with the concept of *erga omnes* (cf. paras. 154-159 of this Opinion). The Court’s celebrated dictum in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, (Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33)* is frequently invoked for more than it can bear. Regrettably, this is now done also in this Opinion, at paragraph 155. (para. 38). That an illegal situation is not to be recognized or assisted by third parties is self-evident, requiring no invocation of the uncertain concept of ‘*erga omnes*’ (para. 39). Finally, the invocation (para. 157) of ‘the *erga omnes*’ nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less” (Higgins, 2004, para. 37, 38 e 39).

15 Não é necessário fazer aqui referência à responsabilidade internacional por atos lícitos.

16 “Article 19 – An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognised as a crime by that community as a whole constitutes an international crime” (CDI, 1976).

17 “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 fulfill the obligation” (CDI, 2001).

“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” (CDI, 2001).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999.
- AGO, Roberto. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 134, 1971.
- ALLAND, Denis. Countermeasures of general interest. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p. 1221-1239, 2002.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum*. 2002. 216 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Accountability for international crime and serious violations of fundamental human rights: international crimes: *jus cogens* and obligation *erga omnes*. *Law & Contemporary Problems*, v. 59, p. 63-74, 1996.
- BEDJAOUI. Declaração. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996 I.C.J. Reports 1996.
- CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. *The American Society of International Law*, v. 97, p. 741-781, 2003.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 8. ed. Paris: Pedone, 2004. 688 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997.
- CARTY, Anthony. Critical international law: recent trends in the theory of international law. *European Journal of International Law*, v. 2, p. 67-96, 1991.
- CDI. Draft Articles on the Law of Treaties. *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, 1966.
- . Draft Articles on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, 1976.
- . *Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, adotado pela Comissão de Direito Internacional em sua 53.<sup>a</sup> sessão, 2001.
- . *Report on the work of its fifty-sixth session*. General Assembly, Official Records, Fifty-ninth Session, Supplement n. 10 (A/59/10), 2004.
- CHRISTOPHER, Darcie L. *Jus cogens*, reparation agreements, and holocaust slave labor litigation. *Law and Policy in International Business*, v. 31, p. 1227-1253, 2000.



- CIJ. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Reports 1951.
- . *North Sea Continental Shelf*. Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- . *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970.
- . *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.
- . *Western Sahara*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975.
- . *Military and Paramilitary Activities, (Nicaragua/United States of America)*, Merits. J. 27.6.1986, I.C.J. Reports 1986.
- . *East Timor (Portugal v. Australia)*. Judgment, I.C.J. Reports 1995.
- . *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996 I.C.J. Reports 1996a.
- . *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996b.
- . *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Counter Claims, Order of 17 December 1997. I.C.J. Reports 1997.
- . *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. 9 July 2004.
- COMBACAU, J.; SUR, S. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 1997.
- CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts: completion of the second reading. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, p. 963-991, 2001.
- DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international Public*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2002. 1510 p.
- DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. *European Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 42-65, 1991.
- ELARABY. opinião individual. *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 jul. 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 110 p.
- GAJA, Giorgio. Should all references to international crimes disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 2, p. 365-370, 1999.
- GIFFORD, James S. *Jus Cogens and Fourteenth Amendment Privileges or Immunities: a framework of substantive, fundamental human rights in a constitutional safe-harbor*. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 16, p. 481-542, 1999.
- HOROWITZ, Jodi. *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the metropolis and others ex parte pinhochet: universal jurisdiction and sovereign immunity for jus cogens violations*. *Fordham International Law Journal*, v. 23, p. 489-527, 1999.
- INTERNATIONAL Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *Caso Zoran Kupre[ki]*, et al. Julgamento 14 jan. 2000.
- . *Caso Anto Furundija*. Julgamento 10 dez. 1998.
- KELSEN, Hans. *Théorie générale du droit international public*. *Académie de droit international. Recueil des Cours*, v. 84, p. 1-204, 1953.
- . *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- KOJI, Teraya. Emerging Hierarchy in International Human Rights Law and Beyond: from the perspective of non-derogable rights. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, p. 917-941, 2001.
- KORKEAKIVI, Antti. Consequences of "Higher" International Law: evaluating crimes of State and *erga omnes*. *Journal of International Legal Studies*, v. 2, p. 81-117, 1996.
- KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: a sketch. *European Journal of international Law*, v. 8, n. 4, p. 566-582, 1997.
- KRECA. *Opinião dissidente*. Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 2 June 1999. (CIJ, 1999)
- LAUTERPACHT. *Opinião individual*. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*. Order of 13 September 1993, (CIJ, 1993).
- MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio de crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34; Edesp, 2004. 254 p.
- ODA. Declaração. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, (CIJ, 1996)
- PEGNA, Olivia Lopes. Counter-claims and obligations *erga omnes* before the International Court of Justice. *European Journal of international Law*, v. 9, p. 724-736, 1998.
- PELLET, Alain. Can a State commit a crime? Definitely yes!. *European Journal of International Law*, v. 10, p. 425-434, 1999.

- RUBIN, Alfred P. Universal jurisdiction: myths, realities, and prospects: *actio popularis*, *jus cogens* and offenses *erga omnes*? *New England Law Review*, v. 35, p. 265-280, 2001.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruylant: Bruxelles, 2001. 1198 p.
- SAWYER, Geoffrey. The death penalty is dead wrong: *jus cogens* norms and the evolving standard of decency. *Penn State International Law Review*, v. 22, p. 459-481, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. 437 p.
- SPINEDI, Marina. From one codification to another: bilateralism and multilateralism in the genesis of the codification of the law of treaties and Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, v. 13, p. 1099-1125, 2002.
- STEPHENS, Pamela J. A categorical approach to human rights claims: *jus cogens* as a limitation on enforcement? *Wisconsin International Law Journal*, v. 22, p. 245-272, 2004.
- SUR, Serge. The State between fragmentation and globalization. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 3, p. 421-434, 1997a.
- ; COMBACAU, J. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1997b.
- UHLMANN, Eva M. Kornicker. State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms. *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 11, p. 101-135, 1998.
- WEERAMANTRY. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 8 de Julho de 1996. (CIJ, 1996)
- . Opinião individual. *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997, (CIJ, 1997)
- WEILER, J.H.H.; PAULUS, Andreas L. The structure of change in International Law or is there a hierarchy of norms in International Law?. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 4, p. 545-565, 1997.
- WEIL, Prosper. Vers une normativité relative em droit international? *Revue générale de droit international public*, p. 5-47, 1982.
- . Vers une normativité relative em droit international? In: ———. () *Écrits de droit international*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. 423 p.
- WEISBURD, A. Mark. The emptiness of the concept of *jus cogens*, as illustrated by the war in Bosnia-Herzegovina. *Michigan Journal of International Law*, v. 17, p. 1-51, 1995.
- WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, v. 15, p. 97-121, 2004.
- WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. The prohibition of genocide as a norm of *jus cogens* and its implications for the enforcement of the Law of Genocide. *Institute for International Law, Working Paper n. 69*, p. 1-16, 2005.
- WYLER, Erick. From "State Crime" to responsibility for "Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law". *European Journal of International Law*, v. 13, p. 1147-1160, 2002.

*Salem Hikmat Nasser*

PROFESSOR DE DIREITO GLOBAL DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO, DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (DIREITO-GV)