

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE PARMÊNIDES EM CONTRAPOSIÇÃO A TRANSITORIEDADE DO DIREITO POSITIVO

THE ACTUALITY OF PARMÊNIDES THOUGHT IN CONTRAST TO THE TRANSIENSE OF POSITIVE LAW

PRISCILA ROMERO SANTOS
TALITA ALVARENGA FLAUSINO

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar como tema a filosofia de Parmênides, que deu ensejo à teoria jusnaturalista da supremacia do Direito Natural sobre o Direito Positivo. Concatenando essa teoria com a complexa questão das normas *jus cogens*, procura-se comprovar a imperfeição do Direito positivado. Tendo o ponto de partida na investigação do universo de tais normas imperativas de Direito Internacional, que são reflexo máximo da pretensão da eficácia estável do Direito Positivo, e também, através da exposição de seu significado, contexto, aplicação e, principalmente, dos efeitos da previsão do procedimento de derrogação.

Palavras-chave: Parmênides, *jus cogens*, Direito Natural, Direito Positivo.

ABSTRACT: This article aims to address the theme of Parmenides' philosophy that gave rise to the jusnaturalist theory about the supremacy of natural law over the positive law. Joining this theory with the complex issue of *jus cogens* norms, is searched to prove the imperfection of positive law. Taking as basis the investigation about a sum of these International Law mandatory rules, which reflects the maximum claim of the effective stability of positive law, and also, through the explanation of its meaning, its context, application and, especially, the effects of the derogation process' prevision.

Key-words: Parmenides, *jus cogens*, Natural Law, Positive Law.

I. Contextualizando: Parmênides de Eléia

Os dados biográficos disponíveis acerca do filósofo pré-socrático Parmênides são escassos. Sabe-se que nasceu em Eléia, na Itália, sendo desconhecida a data exata de seu nascimento. Provavelmente, nasceu por volta de 500 a.C.

A visão, que nos foi transmitida desde a Antiguidade, sobre o pensamento do filósofo Eleata é a de uma teoria abstrata e apartada da realidade, sendo obscura e inconsistente. Todavia, é irrefutável o seu diálogo com a realidade em que vivia. Vale ponderar que ele se expressava por meio da oralidade empregando a épica e, além disso, interagiu recorrentemente com as doutrinas pitagóricas. De qualquer forma, certo é que o pensamento de Parmênides serviu de substrato para seus contemporâneos e para os que lhe sucederam. Na cátedra de Alberto Bernabé, vejamos:

(...) los filósofos que lo siguieron no tuvieron más remedio que partir de sus formulaciones e intentar resolver sus aporías, por lo que la especulación posterior habría de orientarse por caminos muy diferentes de los que se habrían tomado anteriormente.¹

No tocante a sua obra, seria ela formada exclusivamente pelo poema “Da natureza” (ou “Sobre a natureza”). O referido texto foi escrito em hexâmetros e com vocabulário rebuscado, semelhante ao utilizado por Homero e Hesíodo. A escolha da poesia e o emprego da métrica, ou seja, a opção pela épica, tornou-o alvo de críticas contundentes quanto a uma obscuridade e uma tendência mitológica. A esse respeito, Giorgio Colli dispõe que “*poder-se-ia desconfiar, inclusive, que a caracterização do eleata – frieza, abstração esvaída em sangue, negação da vida, tautologia do conhecimento – contradiz precisamente a verdade*”².

Aristóteles, ao tratar das teorias filosóficas que seguiam a mesma vertente de Parmênides, “*os chama de imobilistas e não-físicos; imobilistas, porque são partidários da imobilidade; e não-físicos, porque a natureza é princípio de movimen-*

1 “Os filósofos que o seguiram não tiveram outro remédio, senão partirem de suas formulações e tentarem resolver suas aporias, em razão de que a especulação posterior tinha que se orientar por caminhos muito diferentes dos que se haviam tomado anteriormente”. (Tradução livre).

2 Nietzsche, Friedrich. *Nachwort*. In: *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe*. Edição organizada por Giorgio Colli e Mazzino Montinari. Berlim/ Nova York, Walter de Gruyter, 1999, vol. 1, p. 917. Citado por Fernando Moraes de Barros na introdução de “A Filosofia na era trágica dos gregos”.

to, que eles negam, afirmando que nada se move”³. De fato, com Parmênides se inicia a metafísica, que não se confunde com o não-físico.

Sobretudo, ainda nas lições de Bernabé, “*la realidad es que Parmênides utiliza la forma literaria tradicional de la épica como la más adecuada a su concepción del mundo*”⁴. Parmênides foi contemporâneo de uma época transitória e dificilmente poderia se desvincular por completo do contexto em que estava inserido. Afinal, o contexto influi diretamente na formação da visão de mundo de cada indivíduo.

O dualismo apresentado por Parmênides entre realidade e aparência – que não significa dissociação completa – influenciou o pensamento de Platão e de Kant. É possível mesmo estabelecer um paralelo entre a viagem do jovem poeta e o mito platônico da caverna, na medida em que ocorre o desvelamento do filósofo através do conhecimento da Verdade.

Neste poema, que se trata do primeiro poema filosófico, Parmênides aborda a busca pela Verdade, narrando a viagem de um jovem ao encontro da deusa inominada que lhe desvela a realidade. O filósofo de Eléia estabelece a distinção entre o que “é” e o que “não-é”. De forma a expor que é possível alcançar o conceito de “ser” por meio do raciocínio e que o “não-ser” é incognoscível e dele nada se pode especular.

A sua teoria nega o mundo sensorial. Para Parmênides, a nossa percepção de movimento, pluralidade e de mudança é ilusória. Afinal, o que “é” não nasce e nem perece. O “ser” é total, não carecendo nem mesmo de limites, pois, caso não os possuísse, isto implicaria uma lacuna.

Ademais, ao homem não se dá o conhecimento total. Este seria o conhecimento filosófico e abrangeria a unidade, compreendendo a opinião, tal como se infere do trecho do poema filosófico inicial: “*é preciso que de tudo te instruas, do âmagô inabalável da verdade bem redonda, e de opiniões de mortais, em que não há fé verdadeira*”.

Portanto, nada mais coerente do que expor a imperfeição inerente ao direito positivo. Afinal, este se vincula a determinado tempo e lugar, possuindo como característica a dinamicidade e a necessidade de se amoldar às mutações sociais. Deste modo, resta evidente que o direito positivado é fruto do mundo dos sentidos.

3 Platão, Teeteto, 181 a (DK 28 A 26). SOUZA, JOSÉ CAVALCANTE DE (Coord.). Parmênides de Eléia. In: _____. *Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Coleção “Os pensadores”. p. 137-192.

4 “A realidade é que Parmênides utiliza a forma literária tradicional da épica como a mais adequada a sua concepção de mundo”. (Tradução livre).

No caso específico do ordenamento jurídico grego, insta salientar que

O direito grego não era sistemático, mas tendente ao prático. Os gregos foram hábeis em renovar suas instituições segundo ordenavam as circunstâncias. O espírito jurídico grego era facilmente adaptável, assim o seu direito, mesmo o direito codificado, que se expandia pelas colônias.⁵

A abordagem do problema jurídico no poema de Parmênides não é infundada. Dentre os poucos dados biográficos com os quais contamos, sabe-se também que ele governou e atuou com destaque na elaboração legislativa de sua cidade.

Apesar de a teoria de Parmênides constituir-se em um pensamento distante da atualidade, ainda conserva a relevância de seu estudo. Vale ressaltar que o embate entre as teorias ondulatórias e corpusculares traz, constantemente, à baila os seus ensinamentos. Posto que, ao negar a existência do tempo e afirmar a ordem cíclica de todas as coisas, se serve aos préstimos das formulações físicas que também refutam o evolucionismo temporal.

Neste trabalho objetivamos expor a debilidade do direito positivado através dos ensinamentos parmenídicos, sendo o Direito Positivo aqui representado pelas normas de *jus cogens*, em razão de estas serem a expressão de sua pretensa excelência, sendo suas normas superiores e possuindo uma natureza peculiar, conforme será exposto adiante.

2. A relação entre Díke e Themis no poema de Parmênides

É lá que estão as portas aos caminhos de Noite e Dia,
e as sustenta à parte uma verga e uma soleira de pedra,
e elas etéreas enchem-se de grandes batentes;
destes Justiça de muitas penas tem chaves alternantes.
A esta, falando-lhe as jovens com brandas palavras,
persuadiram habilmente a que a tranca aferroada
depressa remove-se das portas; (...)

O desenvolvimento de teorias sobre a justiça e sobre a temática jurídica é um traço marcante da cultura grega que considera que o homem,

5 FORTES, Betty Y. B. Borges. Literatura e Direito na tragédia grega. In: SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi (Org.). Encontros entre Direito e Literatura: pensar a arte. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 19 - 36.

por excelência, é um animal político. Segundo os ensinamentos de Betty Fortes, “o conceito de Direito entre os gregos parecia apresentar-se como uma crença em que os deuses regiam o destino humano, por isso o Direito era um dom dos deuses, uma lei eterna, divina”.

A fim de designar as especificações relativas à Justiça, esta era concebida em diversos âmbitos de pertinência. Podemos falar que o jusnaturalismo surge incipientemente com os filósofos originários. Nesta primeira fase, o jusnaturalismo assume uma denotação cosmológica e se liga a conceitos metafísicos.⁶

Dentre as diferentes acepções de Justiça, era recorrente o emprego da dicotomia dialética entre *Dike* e *Themis*. Ainda de acordo com Betty Fortes,

o conceito de “Themis” abarcava a vontade dos deuses, através da natureza. *Dike* abrangia a norma jurídica. O direito distinguia “Themis” como um direito quase familiar, consuetudinário, que se distinguia do direito interfamiliar, fundado sobre arbitragens, decisões judiciais, a “Dike”. (...) Os juízos e as decisões eram a manifestação da vontade dos deuses, interpretadas pelos themistas.

Deste modo, *Dike* desempenharia uma função mediadora entre o ser humano e o ser que é divino, além de atuar como mantenedora da diferenciação unificadora entre ser e seres. Ao passo que, *Themis* seria aquela norma eterna que só poderia ser conhecida pelo homem através da razão, qual seja, a lei divina. Isto decorre do fato de o homem já possuir dentro de si o elemento divino. Entretanto, essa potencialidade não exprime uma relação de causalidade. Ela pode vir a se desenvolver caso se utilize o método de pesquisa adequado. A busca pelo conhecimento deve se pautar pelo primado da racionalidade sobre a sensibilidade. O discurso acerca das opiniões é “não-verdadeiro”, mas serve ao aprendizado humano e não implica em um discurso falso.

No tocante à relação existente entre *Dike* e *Themis*, Marcelo Pimenta Marques dispõe que

A justiça humana são sentenças proferidas dentro de contextos de conflito que só podem ser arbitrados por referência à *Thémis* divina. *Thémis* é inserida na ordem da vida dos homens através das sentenças justas proferidas pelos reis. *Thémis* estabelece e *dike* mostra o que está estabelecido no cosmos e que deve ser estabelecido entre os homens. Este entrelaçamento é tal que as duas ordenações cósmica e humana não se distinguem.

6 MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, pp.26-35.

Pelo fato de concatenar *Dike* e *Themis* em seu poema, Parmênides “articula uma lei que ultrapassa o humano e uma norma que se inscreve no seu íntimo.”⁷

Parmênides afirma que há equivalência entre o ser e o pensar e que essa igualdade conduziria ao conhecimento. Porém, esta equiparação pode gerar dúvidas que nos levem a questionar a consistência do argumento. Giovanni Casertano esclarece esse ponto de encontro ao dispor que

Se o reino da verdade coincide com o reino do ser, isto é, da realidade, o reino do não ser, isto é, do não real, deveria ser aquele da falsidade: portanto, se dizer a verdade significa dizer coisas que são, dizer a falsidade deveria significar dizer coisas que não são. O problema é que essas equações não são nunca afirmadas explicitamente por Parmênides, mesmo se, no que diz respeito à primeira, ela pode ser deduzida bastante legitimamente, como vimos. Aquilo que, ao contrário, é explicitamente negado é precisamente que se possa pensar e dizer aquilo que não é. Os primeiros dois versos de B7, que são justamente aqueles citados por Platão no *Sofista*, 28 dizem que “nunca se poderá impor pela força isto, que existem as coisas que não existem. Mas tu afasta o pensamento dessa via de investigação”.

Lado outro, Parmênides acredita que haja uma distinção entre um mundo dos conceitos e o mundo sensorial. O Direito Positivo seria apenas uma sombra da essência, constituída pelo Direito Natural. Tal positividade seria caracterizada pela mutabilidade e pela imperfeição. O jusnaturalismo seria um padrão superior, intuído pela razão e não poderia ser alcançado pela experiência. Na verdade, a realidade seria imóvel em si mesma e a mobilidade percebida pelo homem seria meramente sensorial. Sendo assim, o direito positivo estaria fadado à transitoriedade.

Ao referendar o ingresso de Parmênides e o conseqüente encontro com a deusa, *Dike* assume um caráter que transcende seu âmbito e, assim, adquire um novo significado. *Dike* atua como juíza do destino do filósofo e delibera acerca da argumentação persuasiva das filhas do Sol. Consentindo com o pedido, essa figura do pensamento grego impõe uma sentença que leva o interpelado a uma instância circunstancial superior. Parmênides é autorizado, de pleno direito, a se desvencilhar do mundo das aparências e a ter contato com a Verdade. Plano este que foge aos auspícios de *Dike* e se conforma aos de *Themis*. Confirmando esse entendimento, Marcelo Pimenta Marques aduz que

7 MARQUES, Marcelo Pimenta. A presença de Dike em Parmênides. *Kléos: Revista de Filosofia Antiga*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 17-31, julho 1997.

No contexto da ação prática, dentro dos parâmetros culturais da sociedade grega arcaica, *dike* é fala normativa, palavra que prescreve este ou aquele curso para a ação, a propósito de uma ação particular vivida como conflito. Em Parmênides *dike* é transposta para o contexto de busca de saber e, apesar de envolver os mesmos elementos de *dike* no contexto da vida prática ela acaba por adquirir um novo sentido.

Considerando que Parmênides opera a transmutação de *Dike*, Marcelo Pimenta pondera que isso se dá através do deferimento da referida busca parmenídica pela verdade, vejamos:

Ao fazer com que o desejo que o faz percorrer este caminho seja prescrito e aceito por *dike*, Parmênides propõe o discurso do filósofo como *dikaios* e assim estabelece um diálogo crítico com a ordem tradicionalmente aceita, que acaba por levar à sua transformação. *Dike* é transformada na medida em que é convocada a referendar o caminho do filósofo que se distancia dos outros caminhos humanos. O novo caminho aparece como verdadeiro e justo, por oposição aos caminhos tradicionais, os dos mortais não-justos.

Finalmente, à título de resumidamente retomar o papel desempenhado por *Dike* no primeiro poema filosófico, recorreremos mais uma vez à cátedra de Marcelo Pimenta:

A convivência, própria do registro mítico, entre oposição e complementariedade permite que *dike* seja, a um só “tempo”: potência cósmica reguladora das portas que se abrem aos caminhos de noite e dia; mandatária do percurso e limite justo do desejo do jovem em busca de conhecimento; ordenação interna que estrutura o seu discurso para que, sendo justo, ele seja verdadeiro; potência amarradora que mantém o ser em limites que descartam nascer e morrer.

3. A pretensão excelência do Direito Positivo: jus cogens

Ao *Jus cogens* pertencem normas imperativas de Direito Internacional Público que criam direitos e obrigações a todos os Estados, não podendo ser derogadas mediante acordo por se tratarem de normas absolutas⁸. Representam assim, normas de direito cogente, dotadas de peremptoriedade. Sua posição de superioridade em relação às demais normas do direito dá-se, sobretudo, pelo objeto de sua proteção. Essas normas res-

8 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Truyol y Serra. Madri: Ed. Aguilar, 1963, p. 81.

guardam conquistas surgidas a partir da superação de grandes traumas da humanidade e protegem os interesses coletivos essenciais da comunidade internacional a fim de garantir a convivência e a solidariedade.

Não há um rol taxativo, ou ao menos exemplificativo dessas normas superiores, o que dificulta sobremaneira sua identificação e provoca debates entre juristas de todo o mundo.

Algumas normas são citadas em trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nas obras de doutrinadores como exemplificações das normas de *jus cogens*. Essas reuniriam historicamente o reconhecimento, a importância e a imprescindibilidade próprios de tal categoria, assumindo a identidade de normas imperativas de Direito Internacional.

Passemos à pontuação das normas comumente citadas como dotadas de tal imperatividade e inderrogabilidade.

O princípio *Pacta Sunt Servanda* que se estabelece como alicerce aos pactos, tratados e diversos compromissos internacionais, garantindo seu respeito e efetividade, e, assim, as conquistas estabelecidas nas relações internacionais ao longo do processo de evolução histórica.

O princípio do uso ou da ameaça do uso da força, bem como, a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados.

A proibição da tortura, do tráfico de seres humanos, de crimes contra humanidade (Ago, 1971, p. 324), do genocídio (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103; Wouters e Verhoeven, 2005; Lauterpacht, 1993, p. 439-441), e o respeito à autodeterminação dos povos,⁹ seriam também exemplos de normas *jus cogens*, cujo respeito seria imprescindível para evitar trágicas experiências passadas de violação da dignidade humana.

Segundo Virally, sobreditas normas garantem a proteção dos Estados mais fracos ante aos mais fortes.¹⁰

Verdross afirma que a peculiaridade dessas normas consiste no fato de que elas não existem para satisfazer interesses individuais dos Es-

9 O tema do direito à livre determinação dos povos é objeto de uma bibliografia muito vasta. Entre os diversos estudos dedicados do tema, vale destacar as reflexões que, a esse respeito, tem exposto Héctor Gros Espiell, sobre tudo em sua obra *Estudios sobre Derechos Humanos* - Ed. jurídica Venezolana, Caracas, 1985. Em especial, merecem destaque as páginas dedicadas ao Direito à Livre Determinação dos Povos e aos Direitos Humanos e Não-Discriminação como Normas Imperativas de Direito Internacional, com Especial Referência aos Efeitos de sua Denegação sobre a Legitimidade dos Estados que Violam ou Desconhecem essas Normas Imperativas.

10 Virally in: FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, pag 87

tados, mas os mais altos interesses de toda a comunidade internacional.¹¹

Na opinião consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da condição jurídica e dos direitos dos trabalhadores imigrantes ilegais, Cançado Trindade reafirmou a importância das normas de *jus cogens*:

O surgimento e consagração das normas de *jus cogens* evocam as noções de ordem pública internacional e de uma hierarquia de normas jurídicas, assim como, a prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*; o *jus cogens* se apresenta como expressão jurídica da própria comunidade internacional como um todo, a qual, enfim, toma consciência de si mesma, e dos princípios e valores fundamentais que a guiam.¹² (Tradução livre do autor)

Dada essa posição e a natureza peculiar dessas normas que se situam entre o costume e as normas convencionais, bem como, do seu objeto enquanto “os valores mais caros a comunidade internacional”, defendeu-se, durante algum tempo, o pertencimento dessas ao Direito Natural. Baseada, sobretudo, na interpretação de Grotius, Wolf, Vattel e pelos filósofos hispânicos do século XVI que, influenciados pela teoria estoica do “*Universal State*”, postulavam a existência de um *jus naturale necessarium*, ou seja, de princípios universais que não poderiam ser modificados.

Contudo, apesar dessa influência jusnaturalista em seu nascedouro, o conceito de *jus cogens* pode ser reinterpretado segundo as concepções contemporâneas sobre as fontes do direito, ressaltando o papel dos princípios no ordenamento jurídico. Conforme Dworkin, por exemplo, o ordenamento jurídico não é formado apenas por regras enunciadas por autoridades competentes. Ao lado destas, o autor ressalta a existência de princípios que radicam, em última instância, na melhor interpretação das práticas sociais que compõem o direito e não em fatos sociais ou convenções como, em sua opinião, faz crer o positivismo. Essa visão difere

11 “the criterion for these rules consist in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community”. (A. Verdors. *Jus Dispositivum and jus cogens in International Law*. 60 AJIL (1996), pg 58.)

12 “... la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían”. (TAVARES, Rodrigo de Souza. O *jus cogens* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e Algumas Reflexões sobre a Teoria do Direito. Revista Eletrônica Unigrandrio. SSN: 1984-7920. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr>>. Acesso em 15 de Setembro de 2010).

também do jusnaturalismo clássico, pois não remete o direito a um ordenamento superior e objetivo, mas a uma interpretação construtiva das práticas sociais, vistas então sob sua melhor luz.¹³

Nas palavras de Miguel Reale:

(...) o sentido da expressão Direito Positivo, como sendo o Direito que, em algum momento histórico, entrou em vigor, teve ou continua tendo eficácia. A positividade do Direito pode ser vista como uma relação entre vigência e eficácia. (...) A Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual.¹⁴

Dessa forma, as normas de *jus cogens* são positivas enquanto parte da ordem internacional, com vigência reconhecida pela comunidade e, cuja violação gera responsabilização internacional.

Ademais, apesar da não haver consenso sobre quais seriam as normas pertencentes a essa categoria, o reconhecimento da existência dessas, assim como, a tentativa de formulação de um rol exemplificativo, aparece, frequentemente, nas últimas décadas, em diversos documentos internacionais como tratados, decisões de cortes e na doutrina.

Na Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral da ONU, por exemplo, tratou-se da questão da autodeterminação dos povos, enquanto norma imperativa e inderrogável de Direito Internacional.

No entanto, o reconhecimento definitivo dessas normas ocorreu após a superação do positivismo e do domínio absoluto da vontade dos Estados.

A Escola Positivista Voluntarista, da qual adeptos Sztuck, Nisot, Charles Rousseau, Schwarzenberger, Morelli e Paul Reuter, defendia a inexistência das normas imperativas do Direito Internacional.¹⁵ Charles Rousseau e George Schwarzenberger argumentam, em suas obras, que o *jus cogens* não se identifica com as normas de Ordem Pública Interna, ou seja, aquelas normas do direito interno que garantem a organização jurídica, estatal e social e que não podem ser revogadas. Alicerçando essa afirmação na idéia de que a inexistência de tribunais com jurisdição obrigatória para aplicar as normas de *jus cogens*, ou seja, o não reconhecimento

13 TAVARES, Rodrigo de Souza. O Jus Cogens na Corte Interamericana de Direitos Humanos e Algumas Reflexões sobre a Teoria do Direito. Revista Eletrônica Unigrandio.

14 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

15 FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, pag 93.

de uma Ordem Pública Internacional, impossibilitaria a existência de normas internacionais dotadas de inderrogabilidade.¹⁶

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 no seu artigo 53 reconhece a existência dessas normas e as define, não utilizando, entretanto, o termo *jus cogens*, a fim de evitar conotações jusnaturalistas.¹⁷

“(…) uma norma peremptória de direito internacional geral é aquela aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como uma norma cuja nenhuma derrogação é permitida e que pode ser modificada somente por norma subsequente dotada do mesmo caráter”.¹⁸ (Tradução livre do autor)

Comprovado o reconhecimento dessas normas e seu pertencimento ao Direito Positivo,¹⁹ deve-se passar a uma análise mais profunda de suas principais características elementares: a imperatividade e inderrogabilidade.

As normas de *jus cogens* do direito internacional geral obrigam 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 afastamento ou derrogação, é um direito imperativo nesse sentido. Vedada, assim, está a hipótese de um Estado se constituir em objeto persistente de uma norma de *jus cogens*, ou seja, não há possibilidade de estabelecer-se um posicionamento constantemente contrário a norma, firmado pelo Estado e passível de ser alegado pelo mesmo em casos de responsabilização.

As normas pertencentes a esse “direito cogente” geram obrigações *erga omnes*, ou seja, obrigações que são oponíveis a todos. A universalidade dessas normas, no entanto, não implica que elas devam ser reconhecidas por todos os Estados, bastando que sejam aceitas de modo geral.²⁰

16 ROUSSEAU, Charles; SCHWARZENBERGER, George. *In: FIORATI, Jete Jane. Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, p. 93.

17 FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, p. 85-86.

18 “(...) a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

19 NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*.

20 FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002.

Nesse contexto, as normas imperativas novamente encontram tratamento especial. A responsabilidade gerada pelas mesmas estende-se mais que qualquer outra, uma vez que ultrapassa a dimensão da bilateralidade, caracterizando-se como agravação comunitária (interesse de todos). O caráter *erga omnes* das normas de *jus cogens* revela seu caráter geral, ou seja, a obrigação por elas geradas perante todos os Estados.²¹

Ainda que nem todas as obrigações *erga omnes* provenham dessas normas peremptórias, todas as normas imperativas dessa categoria geram tal modo de obrigação. A relação entre ambas poderia ser vista como a de círculos concêntricos, em que o conjunto das normas de *jus cogens* estaria inserido em outro maior de obrigações *erga omnes* (Abi-Saab, 1999, p. 348).²² Ou seja, embora países não signatários não possam, em algumas situações, ser demandados diretamente pela violação, há uma obrigação dos outros Estados de não reconhecerem efeitos àqueles atos ilegais, nem permitirem que se perpetuem. O que ocorre muitas vezes a partir de Resoluções do Conselho de Segurança.²³

Rozakins, indo ainda mais longe, afirma não ser necessário a aceitação expressa da norma de *jus cogens*. A não oposição ao reconhecimento de uma norma cogente já configura o reconhecimento da mesma. “Essas normas restringem a produção normativa dos Estados e outros atores internacionais, assim como a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais Arbitrais”.²⁴

O próprio princípio do *pacta sunt servanda*, no qual se funda o Direito Internacional, é superado pelo reconhecimento das normas internacionais inderrogáveis.

As demais normas de Direito Internacional são, defendem alguns doutrinadores, em princípio, sempre normas dispositivas (*Jus Dispositivum*),

21 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).

22 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). 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*.

23 No caso por exemplo, as Resoluções do Conselho da Segurança 418(1977) e 569(1985) proibindo ajuda ou assistência ao regime do apartheid na África do Sul.

24 FIORATI, Jete Jane, *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, pag 88

podendo ser derogadas por meio de acordos entre Estados, desde que não haja prejuízo de terceiros. O que diferencia, por exemplo, uma norma de *jus cogens* de outra norma de direito costumeiro de caráter geral não está na aceitação e no reconhecimento da primeira pela comunidade dos Estados como um todo, mas no fato de que ela teria sido aceita e reconhecida como norma da qual não se admite derrogação, o que nos leva a segunda característica e ao debate estabelecido nesse artigo.

A inderrogabilidade é característica inerente a essas normas, reflexo de seu valor enquanto protetoras dos interesses essenciais da comunidade, de expressões máximas do poder normativo do Direito Positivo. Sendo essencial à manutenção de seu status superior e imperatividade. Qualquer outra norma que entre em conflito com essa é derogada.

No texto das atas das sessões que precederam a assinatura da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, constam alguns exemplos de tratados que atestariam essa força derogatória: tratados que legitimassem o emprego da força, contrários aos dispositivos da Carta da ONU, tratados que organizassem o tráfico de escravos, ou que legitimassem a pirataria ou o genocídio, tratados que violassem normas de proteção aos direitos humanos.

A respeito desse conflito, no que concerne aos tratados, os artigos 64 e 71 da Convenção de Viena de 1969 dispõem:

Art. 64:

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.

Art. 71:

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

- a) eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral;
- b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

Essa inderrogabilidade não se apresenta, contudo, de forma absoluta, mas relativa. As *jus cogens* são inderrogáveis por outras supervenientes pertencentes a mesma categoria.

Uma norma de *jus cogens* superveniente derroga norma de *jus cogens* anterior diante do estabelecimento de conflito entre elas. Questão sobre a qual dispõe o supracitado artigo 53 da Convenção de Viena de 1969.

Assim, 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 que o afastem ou derroguem, mas que é passível de derrogação perante o surgimento de nova norma da mesma categoria.

O surgimento de uma nova realidade na comunidade internacional que resulte em novas necessidades essenciais poderá desencadear o processo. A derrogação se dará a partir da formação, da necessidade, do consenso e do reconhecimento de determinada nova prática como objeto do *jus cogens*.

4. A imperfeição do Direito Positivo mediante a possibilidade de derrogação das normas de *jus cogens*

Relacionar o tema das controversas normas de *jus cogens* ao filósofo imobilista pode parecer, em um primeiro momento, ambicioso, mas encontra sentido quando refletimos sobre a natureza peculiar dessas normas, sobre sua posição de superioridade no Direito Positivo e sobre seu papel de representante da máxima pretensão de eficácia, poder normativo e estabilidade desse Direito. Sobretudo, quando em contraponto com suas características de pretensa infalibilidade e estabilidade nos deparamos com a possibilidade de sua derrogação. Apresentando-se talvez como um “referendo” à teoria jusnaturalista de imperfeição do Direito Positivo e da absoluta superioridade do Direito Natural.

O Jusnaturalismo é a teoria que fundamenta, explica e defende a existência do Direito Natural, apresentado como superior ao Direito Positivo, servindo-lhe de critério inspirador e de norma valorativa.²⁵ Embora, o Direito Natural tenha, ao longo dos tempos, recebido significados plurais é unívoca a classificação de seu conteúdo como uma ordem de princípios externos, absolutos e imutáveis.²⁶

Diante do exposto, podemos dizer que a teoria desenvolvida por Parmênides integrou essa corrente jusnaturalista ao dispor sobre dualidade entre o mundo dos conceitos e o mundo sensorial. Precisamente no que concerne ao jurídico e ao problema da Justiça, o filósofo de Eléia aderiu à concepção que lhe foi contemporânea acerca da distinção entre *Dike* e *Themis*. Apregoou que *Dike* seria uma expressão prática relativa à lei humana e deveria se orientar pelos ensinamentos de *Themis*, que constitui-

25 PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Jusnaturalismo y Positivismo Jurídico en la Italia Moderna, 1971, p. 33.

26 Idem, p. 37

ria a lei divina fundamentada pela ordem cósmica. Conforme o disposto por Marcelo Pimenta Marques, “em Parmênides, Díke impõe ao ser a não-geração e o não-perecimento. A complexidade do papel da justiça é maior na medida em que o cósmico é visado enquanto ser, que por sua vez se manifesta no dizer humano (8, 34-36).”

Pelo fato de atribuir ao direito transcendente o caráter de perfeição e de essencialidade, o eleata confere ao direito positivado uma conotação inferior, estando esse fadado à mutabilidade inerente ao contexto circunstancial de cada substrato societário analisado.

Ao transportarmos essas concepções para uma análise do Direito Positivo vigente, de forma generalizada, podemos deliberar sobre a rigidez e a perpetuação que o mesmo objetiva.

A positivação jurídica almeja estabelecer uma segurança para os jurisdicionados quanto às diretivas de conduta, as sanções previstas aos que infringirem a norma e as garantias salvaguardadas a cada indivíduo. Todavia, a realidade perceptível ao homem é intrinsecamente dinâmica, de forma que os anseios sociais se modificam conforme a noção de tempo e de espaço. Assim, para legislar o homem se apóia nos sentidos e na experiência, moldando a lei às mutações estabelecidas.

Sendo as normas de *jus cogens* a tentativa mais expressa de se alcançar a excelência do Direito Positivo, e apesar de conterem em sua constituição os princípios, que aproximam de *Themis* por serem um consenso da humanidade em questões de relevado valor ético, elas ainda são maculadas pela sua pertença ao mundo das aparências e, portanto, se modificam constantemente.

A normativa estatuída pelo *jus cogens* deriva da tentativa de se estabelecer um sistema de diretivas que sejam observadas universalmente e constituam um substrato genérico de proteção aos valores mais eminentes ao homem, os quais seriam estáticos, pois valeriam para toda a humanidade, independentemente da época observada. Ao passo que o Direito Natural se caracterizaria por traduzir um conteúdo divino, perene e completo.

Contrariando as expectativas quanto ao sucesso desse sistema humano e humanitário, foi preciso que se estabelecesse um mecanismo de derrogação desses imperativos. O que se deveu à experiência empírica de que mesmo os mais enaltecidos valores humanos sofrem alterações, de acordo com e em ritmo inestipulável. Do mesmo modo, esse mecanismo demonstra certa cautela prudente já que seria perigoso a submissão da humanidade a um conjunto de normas, feitas pelo homem e destinadas ao

próprio homem, que valeriam para sempre e que nunca poderiam deixar de existir. Afinal, a deturpação hermenêutica é sempre uma ferramenta latente aos serviços do autoritarismo.

Tomando em conta o raciocínio desenvolvido acima, concluímos que a debilidade é inerente ao Direito Positivo, que sendo produto direto das atividades humanas não poderia escapar ao caráter transitório impresso na forma com a qual o ser humano apreende o mundo. Mesmo a expressão excelente da normativa positivada está fadada ao dinamicismo sensorial.

5. Conclusão

Como já tratado, pouco restou da obra de Parmênides, basicamente sobreviveu o poema “Da natureza”. Contudo, o limitado arcabouço disponível não diminui a importância de suas idéias e a influência dessas na construção do pensamento ocidental. Dada essa importância, torna-se tão interessante, quanto relevante levantar debates sobre questões modernas fundamentadas em seu pensamento.

A superioridade do Direito Natural sobre o Direito positivo, enquanto eterno, imutável e absoluto é o objeto da corrente jusnaturalista e encontra fundamento no pensamento de filósofos pré-socráticos como Parmênides.

A teoria de Parmênides sobre o mundo falso, aparente e contingencial dos sentidos e da criação humana, que pode ser superado no caminho em busca da verdade, assim como, aquela sobre a justiça e a razão, torna-se sustentáculo para a defesa da imperfeição do Direito Positivo. Essa alegada imperfeição, ganha confirmação, num segundo momento, na medida em que se constata perene a característica contingencial da ordem positiva.

A questão das normas das normas imperativas do direito internacional, pertencentes ao *jus cogens* surge, como definitivo referendo à teoria, uma vez que, fruto da produção humana e do mundo aparente, fazem parte do Direito Positivo. Mesmo que guardem sua mais alta pretensão de estabilidade e infalibilidade, mostram-se passíveis de derrogação. Afinal, mostram-se submetidas à contingência do mundo sensível, às transformações da sociedade e não atingem a essência pura da justiça e da verdade, embora sejam talvez o mais próximo se tenha conseguido chegar do representado pela relação de *Themis* e *Dike*.

Referências bibliográficas

- BERNABÉ, Alberto. Introducción. In: BERNABÉ, Alberto. *Fragmentos Presocráticos de Tales a Demócrito*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 11- 41. (Clásicos de Grecia y Roma).
- BERNABÉ, Alberto. Parmênides de Elea. In: BERNABÉ, Alberto. *Fragmentos Presocráticos de Tales a Demócrito*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 143- 163. (Clásicos de Grecia y Roma).
- CASERTANO, Giovanni. A cidade, o verdadeiro e o falso em Parmênides. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 48, n. 116, p. 307-327, julho 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v48n116/a0348116.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2011.
- FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens*: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Unesp, 2002, pag 88.
- FORTES, Betty Y. B. Borges. Literatura e Direito na tragédia grega. In: SÖHN-GEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi (Org.). *Encontros entre Direito e Literatura: pensar a arte*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 19 - 36.
- KELSEN, Hans. *Théorie générale du droit international public*. Académie de droit international. Recueil des Cours, v. 84, p. 1- 204, 1953.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.26-35.
- MARQUES, Marcelo Pimenta. A presença de Díke em Parmênides. *Kléos: Revista de Filosofia Antiga*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 17- 31, julho 1997. Disponível em: <<http://www.pragma.kit.net/kleos/K1/K1-MarceloMarques.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2011.
- NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A filosofia na era trágica dos gregos*. Tradução de Fernando de Moraes Barros. 1. ed. São Paulo: Hedra, 2008.
- PEREIRA, Thiago Rodrigues. *O Direito e sua moralidade tardia*. Rio de Janeiro, outubro 2008. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume24/Vol24_9.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2011.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROUSSEAU, Charles; SCHWARZENBERGER, George. In: FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, pag

SOUZA, JOSÉ CAVALCANTE DE (Coord.). Parmênides de Eléia. In: _____. *Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Coleção “Os pensadores”. p. 137- 192.

TAVARES, Rodrigo de Souza. O Jus Cogens na Corte Interamericana de Direitos Humanos e Algumas Reflexões sobre a Teoria do Direito. *Revista Eletrônica Unigrandrio*. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr>>. Acesso em 15 de Setembro de 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Jurídica de Chile, 2001.

VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. 60 AJIL (1996), pg 58.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Truyol y Serra. Madri: Ed. Aguilar, 1963, p. 81.

VIRALLY, Michel. In: FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002, p. 87.