XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

NATALIA MASCARENHAS SIMÕES BENTES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: William Paiva Marques Júnior; Carla Noura Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-840-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

O campo da produção acadêmica na área do Direito passa por transformações de várias ordens, sobretudo, do ponto de vista dos temas da agenda de pesquisa e das suas abordagens. Como uma área marcadamente interdisciplinar, com um diálogo intenso com as Humanidades que fundamentam o Direito, tais como: a Sociologia, a Filosofia e a Teoria do Direito, a Antropologia Jurídica, a História do Direito, as Relações Internacionais, os Direitos Humanos, o campo da pesquisa jurídica no Direito Internacional dos Direitos Humanos, sofre o impacto da mudança da agenda e das abordagens. Dito isto, se ressalta que o contexto da sociedade internacional contemporânea não é mais o do Pós-Guerra. No período após 1945, diante das atrocidades operadas pelo Nazismo, se fazia necessário criar uma institucionalidade internacional capaz de levar a cabo um projeto de cooperação fundamentado na paz, na democracia e nos direitos humanos. Como resultado desse objetivo, emerge a Organização das Nações Unidas (ONU) que, em sua Carta de 1945, elege os direitos humanos e a paz como temas centrais da agenda da organização, com impactos na produção documental e normativa. Nesse cenário, em 1948, é a aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento-símbolo que sintetiza os anseios da nova era. Entretanto, na década de sessenta do século XX, são afirmados dois Pactos, o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, anunciando as especificidades de um cenário internacional marcado pela polarização entre os Estados Unidos da América e a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), polarização que traduz a característica fundamental das relações internacionais a partir da segunda metade do século XX, até a queda do Muro de Berlim (1989) e a desintegração da então URSS (1991), não obstante, nesse período, ter ocorrido uma produção normativa e documental profícua voltada ao reconhecimento e à afirmação dos direitos humanos. Após 1989, um novo contexto emerge com o fim da Guerra Fria, marcado pela assunção de uma nova agenda internacional com reflexos na pesquisa acadêmica. Com a realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos e a aprovação da Declaração e o Programa de Ação de Viena, em 1993, novas centralidades emergem. É necessário mais que o reconhecimento dos direitos humanos no plano normativo. O desafio consiste na concretização, na efetivação desses direitos e sua incorporação nas ordens jurídicas domésticas, nos projetos constitucionais dos Estados. O Programa de Ação vai eleger a educação em direitos humanos como uma tarefa fundamental da ONU, como também, a necessária relação entre direitos e deveres para a realização da condição de cidadania. Da DUDH (1948) a Viena (1993), avanços ocorrem na afirmação e

no reconhecimento dos direitos humanos como um projeto a pautar as relações internacionais. Entretanto, as polarizações, as novas relações de força conflitantes no cenário global resultam em novas ordens de desigualdades e novas temáticas de pesquisa reclamam abordagens interdisciplinares e perspectivas antes não utilizadas no Direito. Simultaneamente, exigem posturas acadêmicas mais comprometidas com o método científico. Nesse âmbito, os textos reunidos no GT DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS representam os novos rumos do avanço da pesquisa jurídica voltada às temáticas que articulam o local e o global. Os deslocamentos e as articulações em rede expressam as características fundamentais do tempo presente. Após trinta anos da queda do Muro de Berlim, outros muros e outras fronteiras são erguidos, muitas das vezes invisíveis fisicamente, mas tão presente nos imaginários guiando as relações internacionais contemporâneas. Os temas relativos aos refugiados, às migrações são alçados ao primeiro plano de visibilidade na pesquisa jurídica. Países e regiões localizados nas margens, na periferia do sistema global passam a ser objetos centrais de pesquisa. As relações entre Economia e Direito reclamam novas abordagens e domínio de estado da arte. Abordagens multiníveis dos direitos humanos e os institutos jurídicos que, antes, estavam nas margens, passam a ser objeto de concentração. Questões que fazem emergir desafios ao pesquisador contemporâneo que precisa adquirir competências teóricas e metodológicas para o movimentar dentro do campo. Os artigos deste GT, sem dúvida, incitam reflexões e uma problematização sobre o campo da pesquisa jurídica na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dirceu Pereira Siqueira - UniCesumar

Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB

Natália Mascarenhas Simões Bentes - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

APORTES CRÍTICOS SOBRE A AMPLIAÇÃO DO JUS COGENS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CRITICIZING THE INCREASE IN JUS COGENS BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Natalia Mascarenhas Simões Bentes [1]
Rafaela Teixeira Sena Neves [2]

Resumo

O objetivo deste trabalho científico é analisar a ampliação do conteúdo das normas jus cogens desenvolvida pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A justificativa dar-se-á pelo ineditismo do tribunal em expandir normas imperativas do direito internacional nas suas sentenças, quando originariamente são regras advindas do costume. O estudo realizou uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial nos últimos 40 anos, a fim de identificar as possibilidades e os limites de acrescentar o caráter jus cogente a novos direitos, e conclui que, o jus cogens pode ser ampliado desde que objetive a interpretação extensiva e benéfica do Princípio pró-homine.

Palavras-chave: Jus cogens, Corte interamericana de direitos humanos, Interpretação jurisprudencial, Princípio pró-homine

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to investigate the development increase of jus cogens in the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. Scholars have never been discussed the possibility to identify new jus cogens in international decisions, despite that, the Inter-American Court has been expanded this concept in its own judgments. This essay, adopting a theoretical and empirical approach from the judgments of the Inter-American Court for the last 40 years, it explores advantages and the limits of this judicial interpretation and it concluded that the Court just can do that for to protect and to extend the Pro-Homine Principle.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jus cogens, Inter-american court of human rights, Judicial interpretation, Pró-homine principle

---

[1] Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestra pela Universidade do Porto. Professora, Coordenadora Adjunta do Curso de Direito e da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Advogada.

[2] Doutoranda em Direito pela UFPA. Visiting scholar at Columbia University's Human Rights Institute and Global Legal Studies at Wisconsin University. Mestra em Direito pela UFPA. Professora e Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A análise dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos revela-se um dos campos mais férteis para a análise do caráter evolutivo do direito internacional dos Direitos Humanos, pois desenvolve interpretações judiciais a partir de parâmetros principiológicos que não se esgotam na mera transcrição literal dos Tratados Internacionais, mas em uma aplicação para além do texto, a qual, diante das nefastas violações, ouve a voz das vítimas por objetivar uma proteção *pró-homine* eficaz.

Por essas razões, discutir o sistema interamericano de Direitos Humanos (SIDH) exige muito mais que a simples leitura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); faz-se necessário utilizar dos diversos elementos normativos do direito internacional público e de todos os instrumentos que este campo tão vasto oferece a fim de se alcançar uma análise plural e aí sim, compreender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) reconhecem e fundamentam os princípios validados pela CADH.

O SIDH baseia-se na ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve se reduzir a soberania de um Estado. É por isso que em seu principal documento normativo, a CADH assinada na Costa Rica em 1969 e com vigência a partir de 1978, reconhece e assegura direitos civis e políticos como obrigações *erga omnes* aos países americanos, além de estabelecer um aparato de monitoramento dessas obrigações que é integrado pela CIDH e a CorteIDH.

No que tange a CIDH, a sua principal função é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América, por isso é considerada como um órgão conciliador, assessor, crítico e legitimador desta proteção. Tem suas competências advinda da CADH e da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que consistem em monitorar e avaliar o grau de cumprimento das obrigações internacionais pelos Estados-membros em matéria de direitos humanos no âmbito regional, bem como, receber as denúncias são recebidas e protocoladas perante o SIDH, tendo em vista que é somente pela CIDH que um caso pode chegar a ser julgado e condenado pela CorteIDH.

A CorteIDH, por sua vez, possui uma dupla competência: a primeira consiste na sua função contenciosa, ou seja, é o órgão julgador de violação de direitos humanos e que avalia sua própria competência em razão das partes, do objeto da denúncia e do tempo, responsabilizando internacionalmente aquele Estado que ratificou e reconheceu sua jurisdição; já a segunda consiste na sua função consultiva, sendo o único órgão competente para interpretar a CADH e emitir pareceres, as denominadas opiniões consultivas.

Sendo assim, o estudo visado neste trabalho científico possui o fito de analisar a construção jurisprudencial que a CorteIDH realizou ao longo dos seus 40 anos de exercício, a fim de ampliar a proteção pró-homine a partir da interpretação extensiva do conteúdo normativo do *jus cogens.* Uma atividade que por si só merece a atenção dos pesquisadores, tendo em vista que originariamente, as normas *jus cogens* tem sua fundação no costume internacional e não nas decisões dos tribunais internacionais.

Dessa forma, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, o artigo irá ser dividido didaticamente em três seções, a primeira discorrerá sobre a base e a formação tradicional das normas *jus cogens;* a segunda, que analisará a interpretação jurisprudencial da CorteIDH nos últimos 40 anos, sobre este instituto, destacando a argumentação utilizada para a inclusão de novos direitos com o caráter *jus cogente;* e por fim, a análise da argumentação do tribunal e da possibilidade de aplicação do caráter *jus cogente* em casos futuros.

2 O INSTITUTO DO *JUS COGENS*

No período de 1453 a 1648, Francisco de Vitoria, apesar de não afirmar de forma clara o caráter *iuris cogenitis* das normas de Direito Internacional, ele criou condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens* ao fazer relação ao Direito Natural que considera imutável, que goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e que possui natureza imperativa (BAPTISTA, 1997).

Domingo de Soto também defendeu a vigência de normas *iuris cogenitis* de Direito Internacional (positivo), a exemplo das normas que permitiam a escravização de não cristãos em resultado de guerra, do princípio *pacta sunt servanda* e do respeito pelos parlamentários do inimigo em tempo de guerra e as normas indispensáveis como a propriedade privada. Contudo, é mais comum neste período a defesa de um Direito Natural imperativo – tratado no capítulo anterior - do que um Direito Internacional positivo *iuris cogentes*. Os tratados devem respeitar o Direito Natural e não devem ser cumpridos quando forem contra o próprio direito das Gentes.

Na visão de Francisco Suarez há uma inderrogabilidade de parte do próprio Direito Internacional (positivo), seja pelo efeito indireto do direito Natural, seja por força dos interesses da Comunidade de Nações. Defendeu que o direito das gentes é sensivelmente humano e positivo, é lei intermediária entre o direito civil e o direito natural e não pode derrogar o direito natural e nem ser derrogado sem o consentimento geral. Declarou ser impossível uma alteração do Direito Internacional Costumeiro Geral ou uma criação de um regime contrário ao Direito

Costumeiro em alguns Estados, da vontade coletiva ou do Direito Natural. Portanto, defendeu a vigência do *ius cogens* positivo, mas de origem costumeira.

Alberico Gentili em *De Iure Belli* (1588-1589) faz relação entre o Direito Internacional e o Direito Natural e defende o caráter imodificável de ambos. Afirma que o Direito Natural-Internacional não pode ser anulado e nunca pode ser entendido para ser anulado, mesmo que a lei escrita estabeleça que o mesmo direito tenha sido rescindido, fato que apresenta relação com o caráter imperativo das normas de Direito Internacional (GENTILI, 1933).

A contribuição de Hugo Grotius foi no sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário que é mutável e o Direito das gentes primário relacionado com o Direito Natural, que goza de imodificabilidade, obrigatoriedade, exigibilidade externa e imperatividade, a exemplo do princípio da liberdade dos mares e do comércio, que não podem ser derrogados por meio de tratados bilaterais. Para ele o Direito Internacional é um direito positivo, direito voluntário, de origem humana e o direito natural, apesar de imodificável, constitui um ordenamento em regra imperfeito, cujo foro é mais da consciência do que da realidade jurídica. Ou seja, o direito natural impõe meras obrigações internas que não alteram a existência de direitos externos que são oponíveis, como o Direito das Gentes. Portanto, o autor afasta o Direito Natural como parâmetro jurídico para os Estados, porém não ignorou a existência de um direito das gentes primário, fundamentado no direito natural.

Neste período - 1453 a 1648 – a prática internacional indicava que são normas de caráter *iuris cogenitis* as normas do Direito da Guerra, Direito do Mar, relacionado com a pirataria e liberdade dos mares. O Direito Canônico na *Respublica Christiana* limitava certas práticas entre os cristãos, como o recurso à guerra, a proibição da escravização dos prisioneiros de guerra ou de atos de violência contra não combatentes ou combatentes cristãos, a utilização de armas envenenadas ou envenenamento de água do inimigo, a inviolabilidade de parlamentários e proibição de recurso a determinadas táticas de guerra consideradas traiçoeiras. Trata-se de proibições de caráter humanitário, de forma que os beligerantes poderiam derrogar se dissesse respeito a terceiros. Normas costumeiras pouco sedimentadas, de natureza dispositiva que nesse período não tinham caráter de normas *jus cogens.* Contudo, segundo Eduardo Correia Baptista (BAPTISTA, 1997), a proibição de escravização de não combatentes de guerras entre cristãos era suficientemente sedimentada na consciência jurídica internacional e que qualquer acordo tácito ou expresso não poderia derrogar. Bem como quanto à proibição de agressões deliberadas e em larga escala contra não combatentes e o uso de armas envenenadas ou de venenos em geral teriam o caráter *iuris cogentis*.

E assim conclui:

> Assim, pensa-se poder conluir que, durante o período de 1453-1648, existem bases suficientes para se afirmar que vigoravam já determinadas normas *iuris cogentis* no Direito Internacional da Guerra entre Estados Cristãos, a saber: a proibição de escravizar não combatentes ou de desencadear ataques deliberados e em larga escala contra estes e a proibição de recorrer às armas envenenadas ou de envenenamento de águas potáveis.

No que se refere à pirataria, o século XVI fez surgir a convicção de que estes atos constituíam violação do direito Internacional e que todos os Estados tinham direito de combater e punir a pirataria, independente de esta ter concretamente sido cometida contra navios portadores de sua bandeira. Essa proibição se aplicava apenas em relação à pirataria contra cristãos, pois somente abrangeu a proibição contra não cristãos no princípio do século XVII. É possível entender que o regime da pirataria nesse período gozava de natureza *jus cogens* apenas em relação à proibição para os indivíduos e não para os Estados, pois estes poderiam autorizar a prática, não sendo considerados crimes internacionais e não mais sujeitos à jurisdição universal de Estados terceiros.

Nesse período a proibição de escravização de não combatentes cristãos e de agressões deliberadas e em larga escala em relação a estes, a proibição do recurso a armas envenenadas ou de envenenamento de fontes no Direito da Guerra entre Estados Cristãos e a proibição de pirataria dirigida exclusivamente aos indivíduos gozavam de natureza *jus cogens*.

No período de 1648 a 1919, o jusnaturalismo continua predominante em Samuel Pufendorf que entende que o Direito das Gentes se identifica com o Direito Natural, pois os costumes que se adaptam ao Direito Natural são os que são vinculatórios aos Estados (PUFENDORF). Contudo, o voluntarismo ganha força por Johann Wolfgang Textor, Christian Wolff, Emmer de Vattel entre outros, principalmente em razão do descrédito do Direito Natural, ainda que uma maioria defendesse a existência de limites jurídicos à autonomia dos Estados, sobretudo referentes aos princípios *iuris cogentis* de Direito Internacional. Para Machado Villela, o objeto dos tratados deve ser possível jurídica e moralmente, considerando nulos os tratados que consagrasssem o tráfico de escravos.

Entretanto, a prática jurídica dos Estados nesse período tem relevância para o Direito da Guerra, o Direito do Mar e o direito Humanitário da Paz, nomeadamente a proibição de escravidão e a repressão do tráfico de escravos por todos os Estados, a proibição de massacre de estrangeiros e a conversão forçada de minorias religiosas. Outro ponto relevante é a liberdade dos mares como um princípio *iuris cogentis,* norma que tutelava o espaço de interesse de todos os Estados.

Neste período, mantém-se a proibição individual da pirataria e, em razão da natureza comunitária, confirma-se a jurisdição universal de cada Estado na repressão à pirataria, sendo consideradas normas *jus cogens.* Contudo, o dever de repressão da pirataria em Alto Mar tratava-se ainda de norma *ius dispositivi*. Eduardo Correia Baptista conclui sobre o período de 1648-1919:

> De resto, julga-se que a prática internacional confirma estas posições doutrinárias no que diz respeito às normas estritamente humanitárias do Direito da Guerra, à proibição de apropriação em Alto-Mar, à proibição individual de pirataria, bem como à interdição de qualquer Estado a proteger e ao dever que lhes cabe de a reprimir, e as atividades que lhe estão conexionadas, no seu território. Também as confirma quanto às normas que impõe deveres aos Estados quanto à repressão do tráfico de escravos, de não explorarem ou incentivarem o trabalho escravo, bem como quanto à proibição de atentados generalizados contra a vida, integridade física e liberdade dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição, sejam estrangeiros, membros de minorias étnicas ou seus cidadãos em geral.

Na primeira metade do século XX, surge uma minoria que contesta a existência de normas *jus cogens,* ao afirmar a natureza dispositiva do direito internacional por força da igualdade e independência dos Estados e que só o princípio *pacta sunt servanda* seria inderrogável. Contudo, a maioria defende a existência de normas internacionais *jus cogens* e o Direito Natural é o parâmetro jurídico imperativo ou que existem princípios de Direito Internacional costumeiros ou normas convencionais dotadas de natureza *iuris cogenitis.*

No período após a Segunda Guerra Mundial, vislumbra-se o caráter *jus cogens* de normas humanitárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a exemplo da proibição de penas coletivas sobre civis, de bombardeios deliberados sobre estes, confisco de bens essenciais para sobrevivência da população civil em território ocupado, deportações forçadas, trabalho forçado, violação da integridade física de prisioneiros de guerra, recusa de condições mínimas de higiene, alimentação e de instalação, violação da liberdade de consciência, em especial as normas da Convenção de Genebra de 1929 relativas a feridos e doentes, bem como a Convenção sobre Prisioneiros de Guerra, que posteriormente foi desenvolvida pelas quatro Convenções de Genebra de 1949.

A proibição da escravidão, a proteção das minorias, a proibição de deportação de populações civis estabelecidas na Carta do Tribunal Internacional de Justiça como crime contra a humanidade, confirmam o caráter de normas *jus cogens.* A vigência de normas *jus cogens* trouxe limites imperativos à Ordem Pública e tornava inválidas as disposições dos atos jurídicos que violassem o já estabelecido no Direito Internacional Costumeiro (BARBOSA, 2002). Portanto, inicialmente fundamentado no direito natural questionava-se a possibilidade de

codificação das normas *jus cogens*, mas que posteriormente integrou os primeiros relatórios da Comissão Internacional da ONU a partir de 1949, culminando na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, e posteriormente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986.

Nos debates inflacionados pela Convenção de Viena de 1969, o *jus cogens* tornou-se um dos indicadores de outro modelo baseado numa comunidade internacional de interesses comuns, superando o modelo bilateral de Wesfália, estando intimamente relacionado à implementação dos Direitos Humanos, em especial à questão de crimes ambientais e à responsabilidade dos Estados e dos indivíduos.

Passamos então a analisar alguns aspectos dogmáticos do termo *jus cogens* para sustentar a responsabilidade internacional penal a todos os indivíduos. J*us cogens* é uma palavra latina que significa direito obrigatório, norma maior e inderrogável. Segundo Jolowicz, o termo foi introduzido pela doutrina alemã, mas para Reuter a origem está no Direito Romano por meio do *common law* (MELLO, 2000).

Paul Guggenheim (GUGGENHEIM*,* p.128*)* indica que a expressão *jus cogens* definida por Windcsheid estabelece que sejam regras de direito excludentes de toda atitude arbitrária das pessoas privadas, impõem-se mesmo que as partes queiram excluí-las. Trata-se de um "Direito Natural evolutivo" (BAPTISTA, 1997). São normas imperativas, fato que implica em certa restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional. Vale ressaltar a importância da teoria do *jus cogens* para a ordem na comunidade internacional e como elemento dos crimes internacionais no atual Direito Internacional Penal.

Ou seja, pertencer ao *jus cogens* não significa ser tal norma considerada como obrigatória, pois todas as normas internacionais o são: significa que, além de obrigatória, os Estados não podem derrogá-la149, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate150. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional.

Após anos de discussão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece (1969):

> Artigo 53
>
> Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados

> como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Verdross (VERDROSS, 1927) inclui como fonte das normas *jus cogens* tanto os costumes como os princípios de direito internacional público. Afirmou que existem tratados maculados de vício de consentimento – *anfechbtare Verträge* - que poderiam ser contestados pelos Estados Parte e os tratados que feriam, dentre outros requisitos relacionados ao objeto, as normas imperativas de Direito Internacional. Estes seriam nulos – *nichtige Verträge* - pois as normas imperativas seriam de duas ordens: por natureza costumeira e as decorrentes dos princípios gerais de Direito Internacional asseguradoras dos bons costumes. Vedross explicita também que há certa dificuldade em estabelecer uma ética internacional a toda comunidade, pois existem diferentes concepções de moral.

Ocorre que princípios gerais de Direito Internacional asseguradores de bons costumes se fundamentam no Direito consuetudinário, elevados posteriormente ao caráter de normas *jus cogens.* Nessa linha, Samuel Barbosa entende que "o *jus cogens* é regra imperativa, o que lhe garante primazia no caso de inconsistência com o tratado. Vale distinguir que imperatividade não é sinônimo de obrigatoriedade. Todas as normas internacionais são obrigatórias, a imperatividade é uma propriedade suplementar que, vale insistir, garante que uma norma internacional imperativa (*jus cogens*) não seja derrogada senão por outra norma imperativa posterior*" (*BARBOSA, 2002).

Há o entendimento, com base no artigo 53 da Convenção de Viena, de que as normas *jus cogens* são uma nova fonte de direito internacional ligada ao novo papel da Comunidade Internacional. Contudo, o *jus cogens* não necessita de fonte autônoma para sua criação, pois se trata de formação consuetudinária, ou seja, o costume é fonte originária do direito e é fonte de normas *jus cogens.* Primeiro porque não são aplicáveis aos costumes as regras de revogação, suspensão, vigência e invalidade dos tratados, e a obrigatoriedade do Costume encontra-se sujeita a determinadas figuras decorrentes da Responsabilidade Internacional igualmente aplicáveis ao *jus cogens.* Ademais, uma norma costumeira vincula todos os Estados da Comunidade, independentemente de cada um destes ter participado na sua formação ou de ter dado o seu consentimento em relação a esta (BAPTISTA, 1997).

Integram o *jus cogens* a proibição da escravatura e do genocídio e que tem como fonte o costume. Bem como os crimes contra a humanidade, atos que impeçam a liberdade em alto-mar, a manutenção da ordem Pública, os direitos humanos e a proibição do recurso à força e da intervenção armada. Sobre a posição hierárquica das normas *jus cogens* dentre as fontes de

Direito Internacional Público, até o início do século XX entendia-se que os costumes e os tratados eram as únicas fontes do Direito Internacional e que possuíam a mesma força jurídica. Porém, principalmente com a consolidação do conceito de normas de caráter *jus cogens,* esta ideia ficou superada. Dito de outra forma, o entendimento de que o Direito Internacional formaria um "bloco normativo único" e que inexistiria hierarquia entre suas fontes não pode mais ser compreendido dessa maneira.

Os tratados dependem das normas costumeiras, pois é uma dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. É o costume que regula o seu modo de formação, existe verdadeira superioridade hierárquica do Costume sobre os tratados. As normas *jus cogens* só vêm confirmar essa hierarquia. O tratado é uma mera fonte derivada e subordinada que vai buscar o seu fundamento na norma costumeira. O costume é a única fonte originária da Ordem Jurídica Internacional.

Parece-nos razoável a compreensão de que determinadas normas e princípios, independente de sua origem (costumes ou princípios), têm natureza imperativa (*jus cogens*) justamente pelo fato de serem imprescindíveis à proteção dos interesses mais relevantes da comunidade internacional. Mesmo os críticos do *jus cogens* não conseguem ignorar a sua presença irradiante, assim, a norma ou princípio dessa natureza só pode ser revogada por outra norma ou princípio de mesma natureza. Nesse diapasão, não é pelo fato de que a norma seja *jus cogens* que ela terá natureza absoluta e perene. Afinal, tais normas também possuem natureza "evolutiva" e dinâmica, o que possibilita determinadas mudanças e alterações de acordo com as necessidades e ânsias dos membros da comunidade internacional.

O desenvolvimento do conceito de normas *jus cogens* levou à defesa da existência de uma "ordem pública internacional" já mencionada nos projetos apresentados à CDI. Tal ordem é constituída por normas dispositivas de livre negociação e imperativas que se impõem sobre todas as vontades. As últimas são as normas *jus cogens*, que, pela sua natureza e conteúdo, devem ser consideradas como fundamentais e como mais importantes em relação às demais normas.

De acordo com a Convenção de Viena de 1969 e de 1986, o *jus cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional, apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou as normas *jus dispositivi,* mas que não fazem parte do *jus cogens,* pois somente fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública. Com base na análise histórica e filosófica que influenciaram a Convenção de Viena de 1969, Robledo (ROBLEDO, 1981) que o *jus cogens* possui fundamentação jusnaturalista:

> O *ius cogens* internacional é configurado e prefigurado, em seus traços essenciais, no texto profético de Francisco Vitoria." E segue: "de Vitoria à Vattel na sua maioria pelo menos, o direito natural assume função que corresponde na atualidade ao ius cogens e poderíamos até dizer que este substitui aquele com vantagens. Com efeito, existe entre o *ius cogens e o ius naturale* um estreito parentesco, aquele que lhes confere o fato de serem normas superiores, no mais alto da escala hierárquica, também pelo fato de serem todas as duas não derrogáveis pela existência de convenção particular que lhes fosse contrária.

Por sua vez, Francisco Vitoria (VITORIA, 1928) esclarece que quando os Estados pactuam sobre matérias de grande importância para a Comunidade Internacional – que assim compreende tais normas –, não há apenas pacto, mas lei que vincula todos os Estados – independentemente de participação.

Nesse sentido, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros (PEREIRA, e QUADROS;;, 1997) explicitam que o *jus cogens* representa ao mesmo tempo um fator de crise no voluntarismo e um reforço à fundamentação do Direito Internacional no direito Natural, acolhida pela Convenção de Viena de 1969. As fontes de direito positivo se encontram hierarquicamente inferiores à ordem superior de valores da própria natureza humana. O direito natural se funda em quatro premissas essenciais: existe uma natureza constante e imutável, a natureza contém em si uma ordem normativa que lhe é estruturante, o homem pode conhecer essa ordem normativa contida na natureza e o direito positivo, como ordem normativa criada pelo homem para regular sua convivência em sociedade e retira seu fundamento de validade dessa ordem normativa natural que lhe serve como paradigma.

Portanto, defende-se que o Direito Internacional Público foi universalizado e socializado, não podendo mais servir apenas aos interesses de alguns Estados. Devem ser aceitas as normas *jus cogens* por exigências naturais, morais, econômicas e sociais, bem como para garantir a coexistência pacífica, a cooperação no cenário internacional e salvaguardar valores de importância fundamental da humanidade.

No dizer de Carrillo Salcedo, no contexto atual somente os *jus cogens* podem conceder as respostas a uma exigência de justiça e assegurar a plena realização da noção jurídica de Comunidade Internacional. Entretanto, autores não associados ao Jusnaturalismo como Pallieri, Quadri e Tunkin também defendem a existência dessas normas imperativas de direito internacional que contribuem para a tutela de interesses fundamentais em nível internacional, por formarem um *standart* moral da comunidade internacional, por servirem à solução de problemas mundiais e por expressarem os valores que são fundamentos da Comunidade Internacional (BRITO, 2008).

A partir do momento em que são determinados normas e princípios reconhecidos como de natureza *jus cogens*, surgem algumas correntes doutrinárias que buscam sistematizar e classificar tais normas e princípios. Verdross exemplifica algumas normas dessa categoria, como a proibição de tráfico de escravos, do genocídio e do uso ou da ameaça do uso da força; cooperação internacional, inviolabilidade dos Tratados (VERDROSS, 1982).

Jónatas Machado (MACHADO, 2013) amplia sua conceituação, pois afirma que os direitos humanos em suas dimensões essenciais devem ser vistos como *jus cogens* dotado de validade planetária. Entende que a tese ocidentalista sustenta para além do *jus cogens* universal, pois ainda existem alguns princípios fundamentais como liberdade religiosa, igualdade entre homens e mulheres que são vinculativos para as comunidades ocidentais, diferentemente das comunidades de outras culturas. Sintetiza que a doutrina sobre o *jus cogens* se devide em maximalistas, para os quais todo o direito internacional dos direitos humanos é *jus cogens;* a doutrina intermediária para qual só compreende o núcleo essencial dos direitos humanos e a doutrina minimalista para as quais somente as normas de direitos humanos cuja violação configura crime internacional constituem *jus cogens.* Defende uma posição intermediária sobre *jus cogens* e que quanto mais alargada for a base de produção ou reconhecimento de uma norma internacional, e mais fundamental for o interesse protegido por essa norma, mais elevado deve ser o seu grau de vinculatividade, a menos que razões substantivas poderosas apontem em sentido contrário.

Podemos sintetizar normas *jus cogens* em: (a) normas imperativas relativas aos direitos soberanos dos Estados e dos Povos (igualdade, integridade, etc); (b) normas imperativas relativas à Manutenção da Paz e da Segurança (Igualdade soberana dos Estados, Independência dos Estados, Princípio da Não Ingerência nos assuntos internos, proibição de ameaça e uso de força, cooperação, coexistência pacífica etc.); (c) normas imperativas relativas aos Direitos dos Homens (Princípio do Respeito Universal e Efetivo dos Direitos dos Homens e das Liberdades fundamentais, Autodeterminação dos povos, proibição de genocídio, tráfico de escravos etc.) e, por fim, (d) normas imperativas relativas ao Uso de Espaço Terrestre e ultraterrestre pertencente à comunidade internacional (BAPTISTA,1997).

Portanto, são normas que se caracterizam pelo fato de serem gerais e universais, em virtude de serem "aceitas e reconhecidas pela comunidade Internacional dos Estados como um todo". Para a caracterização dessa generalidade, a doutrina majoritária entende não ser necessária a aceitação por todos os membros da comunidade internacional, mas sim de sua maioria. Importante ressaltar que, caso haja conflito entre normas gerais Ius Cogens Universais e normas Ius Cogens regionais (reconhecidas pela Organização dos Estados Americanos, ou

Estados Africanos ou Europeus), há entendimento de que prevalecerá a que melhor estiver em benefício da humanidade.

Há consenso mínimo de que existem normas imperativas no Direito Internacional, principalmente referentes a valores essenciais à comunidade internacional. A doutrina internacional e diversos documentos seguem nesse sentido, apesar da divergência sobre um conceito e sobre sua individualização. A maior influência dessas normas está na proteção e promoção dos Direitos Humanos que ultraprassa as percepções de soberania e integridade territorial. O núcleo axiológico da sociedade atual, independentemente de Estados, vem sendo expresso por meio da consolidação dos Direitos Humanos. Isto é, se existem meios mais eficientes de proteção desse núcleo, existe um meio de garantir os valores mais essenciais para a Comunidade Internacional.

Ora, um dos melhores meios para isso é o reconhecimento de que existem normas imperativas que não dependem de uma manifestação dos Estados e que são vinculantes. Logo, não é facultado ao Estado, enquanto autoridade internacional, o direito de violar normas imperativas nem sequer possui direito de aquiescer com violações por parte de outrem (RODAS, 1974).

As normas internacionais costumeiras dos Direitos Humanos ou do Direito Humanitário de Conflitos Armados, que são *jus cogens,* tendo uma função de garantia, não prejudicam outras normas de tratados ou atos jurídicos unilaterais que consagram outros direitos mais extensos dos mesmos direitos ou normas que tutelem de forma mais alargada valores humanitários. Portanto, não são contrários ao *jus cogens* os direitos fundamentais consagrados em tratados ou normas internas que, embora aparentemente desviem da norma *jus cogens,* façam-no de forma mais favorável aos indivíduos.

Incluem como normas de origem consuetudinária *jus cogens:* a proibição da escravidão, prevista na Carta do Tribunal Internacional de Nurembergue, afirmando que a redução ao esclavagismo é crime contra humanidade, sendo a sua proibição confirmada pela Declaração Americana de Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de Direitos Civis e Políticos e Carta Africana. A proibição de genocídio e a sua posterior reafirmação como crime internacional individual nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Bem como a proibição de tortura e penas cruéis, proibição de prisão arbitrária indefinida, garantias processuais penais mínimas e a proibição de retroatividade do Direito penal desfavorável. As

disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos são de natureza costumeira que tutelam diretamente seres humanos, portanto, são normas *jus cogens*.

3 O DESENVOLVIMENTO DO *JUS COGENS* NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O artigo 13º da Carta das Nações Unidas confere à Assembleia Geral fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação. O artigo 15º do Estatuto da Comissão de Direito Internacional define que a codificação visa à conversão das normas costumeiras num corpo de normas escritas, precisas e agrupadas de forma sistemática e o desenvolvimento progressivo é a consagração de regras novas a partir do direito existente ou em vias de formação (FERREIRA DE ALMEIDA, 2012).

A codificação é uma formulação e sistematização mais precisa de regras de Direito Internacional em áreas onde exista extensa prática dos Estados, precedentes e doutrina, ou seja, é uma operação de conversão de regras existentes num corpo de regras escritas sistematicamente agrupadas. A codificação tem efeito declaratório pela codificação simples ou reafirmação de uma regra já existente do direito costumeiro; um efeito cristalizador, que confere validade a uma regra de direito costumeiro em formação. O desenvolvimento progressivo é a preparação de convenções sobre assuntos que não tenham ainda sido reguladas, ou seja, é uma operação de afirmação de regras novas. O efeito do desenvolvimento progressivo implica a formação de uma nova regra jurídica e pode ter como consequência a transformação paulatina dessa regra em direito costumeiro (KOWAALSKI, 2012).

Dessa forma, o desenvolvimento progressivo do direito internacional reflete na ampliação do conteúdo normativo do *jus cogens* na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que se deu de forma gradual. A CorteIDH, à época, presidida pelo ex-juiz Cançado Trindade, iniciou um movimento de expansão do caráter *jus cogente* de algumas normas por entender que este instituto supre a necessidade de uma verticalização mínima da ordem jurídica internacional (CANÇADO TRINDADE, 2005, p.08).

A primeira vez em que a CorteIDH começou a deliberar sobre o *jus cogens* foi na Opinião Consultiva n° 16 de 1999 - *Direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Neste parecer, a CorteIDH abriu um precedente para que as normas convencionais e *jus cogens* fossem interpretadas de forma a estender sua aplicação à novas situações, além de ser pioneira na construção de um novo *jus*

gentium, não mais focado nos Estados, mas sim na satisfação das necessidades da humanidade (CORTEIDH, 1999, OC-16/199, p.17).

Em sede contenciosa, a discussão acerca do conteúdo do *jus cogens* se iniciou no caso *Blake vs. Guatemala* (1999), em um voto separado do juiz Cançado Trindade. Em linhas gerais, este caso se refere ao desaparecimento forçado de dois norte-americanos na Guatemala, e na negativa do estado em prosseguir com as investigações.

Neste voto, houve o entendimento de que a Convenção de Viena, que alega que os tratados humanitários não existem para o mero benefício dos Estados, têm natureza especial, incorporando obrigações de proteção de caráter absoluto. Dessa forma, a proibição ao crime de desaparecimento forçado é uma obrigação de caráter *erga omnes* e integraria o domínio do *jus cogens* por ser um crime que se prolonga pelo tempo, atentando contra a humanidade, não admitindo derrogações a fortiori e nem reservas, isto é, integra um imperativo de uma consciência jurídica universal, logo, deve-se continuar a promover o desenvolvimento das normas imperativas e das correspondentes obrigações erga omnes de proteção do ser humano em quaisquer circunstâncias, por constituir uma forma a aperfeiçoar a proteção internacional do ser humano (CORTEIDH, 1999, Caso Blake vs. Guatemala, par. 40).

Em 2003, ainda em sede de voto separado, no caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, que se refere a violação da integridade pessoal, liberdade, honra e dignidade pelo sequestro e tortura praticados contra a vítima guatemalteca. Cançado Trindade argumentou acerca da necessidade de se debater a expansão do conteúdo abrangido pelo caráter *jus cogens,* e que esse reconhecimento decorreria da suprema fonte material do direito internacional, isto é, a construção de uma consciência jurídica universal entre os países (CORTEIDH, 2003, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, par. 08).

Por sua vez, a CorteIDH somente veio a corroborar o entendimento construído nestes votos e considerar que a proibição da tortura fazia parte do *jus cogens*, no julgamento do caso dos Irmãos *Gómez-Paquiyauri Vs. Peru* de 2004, que trata da execução extrajudicial de dois irmãos peruanos, (CORTEIDH, 2004, Caso dos Irmãos Gómez-Paquiyauri Vs. Peru, par. 111 e 112), sendo este entendimento reproduzido no mesmo ano, no caso Tibi vs. Equador*,* que se refere a prisão arbitrária e à tortura sofrida por um cidadão francês no Peru (CORTEIDH, 2004, Caso Tibi Vs. Equador, par.143).

No ano seguinte, novamente em voto separado, na sentença do caso *Caesar vs. Trinidade e Tobago,* que trata de um caso de tortura e prisão arbitrária, além da violação à integridade pessoal, liberdade e garantia judicial. Neste voto, Cançado Trindade destaca o reconhecimento oficial da CorteIDH em ampliar o conteúdo normativo das normas imperativas

do direito internacional, e o quanto esse processo de identificação do conteúdo material do *jus cogens* é um movimento que precisa se expandir, dada a importância disto para uma gradual construção de um novo *jus gentium* (CORTEIDH, 2005, Caso Caesar Vs. Trinidade e Tobago, par.155).

Contemporaneamente a discussão dessas sentenças, o México solicitou à CorteIDH a sua interpretação acerca do direito à integridade pessoal e do dever de garantia dos Estados partes da OEA, mesmo em casos de imigração não registrada e documentada pelos estados. Esta solicitação resultou na histórica Opinião Consultiva n° 18/03, sobre *a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. A CorteIDH reconheceu o caráter fundamental dos princípios da igualdade e da não-discriminação como parte do *jus cogens* internacional, estando os Estados obrigados a respeitar e garantir os Direitos Humanos, sem qualquer distinção.

Nesta ocasião, a CorteIDH também abordou a necessidade de se discutir a evolução do entendimento do *jus cogens* para além dos direitos dos tratados, tendo em vista sua ampliação alcançar o direito internacional geral, todos os atos jurídicos, manifestando-se como um direito decorrente da responsabilidade internacional dos estados, incidindo em última instância, nos próprios fundamentos da ordem jurídica internacional (CORTEIDH, 2003, OC-18/03, par.99).

Dessa forma, não haveria um limite ao conteúdo a ser abrangido pelo *jus cogens,* pelo contrário, o seu conteúdo tende a ser abrangido, pois proporciona a consagração das obrigações *erga omnes* como uma legítima proteção aos Direitos Humanos que, uma vez consolidadas, contribuem de forma significativa contra as violações desses direitos (CORTEIDH, 2003, OC-18/03, par.120).

Após o reconhecimento do caráter *jus cogens* aos princípios da igualdade e da não-discriminação, Cançado Trindade passou a chamar atenção para a necessidade de se estender o conteúdo do *jus cogens* ao direito de acesso à justiça em seu voto separado, no caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia,* que se refere a responsabilidade internacional do estado pelo desaparecimento forçado, execução extrajudicial de um grupo de pessoas por parte de um grupo paramilitar, assim como a falta de investigação dos responsáveis por esses fatos.

Neste voto, Cançado Trindade entendeu que a indissociabilidade dos artigos 8 e 25 levava a caracterizar o acesso à justiça como sendo do domínio de *jus cogens,* pois não pode haver dúvidas de que as garantias fundamentais tem uma vocação universal ao aplicar-se em todas e quaisquer circunstâncias constituem direito peremptório (pertencente ao jus cogens), e implicam obrigações erga omnes de proteção (CORTEIDH, 2003, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, par. 64).

Essa visão foi reafirmada em uma opinião separada no caso *Baldeón García vs. Peru*, no qual reforçou a necessidade de ampliação do *jus cogens* ao direito de acesso à justiça, por resultar em obrigação *erga omnes* quando os Estados que a violem. Nesta oportunidade, entendeu o magistrado que o acesso à justiça material é um direito imperativo, logo, as obrigações estatais de prevenção, investigação e sanção são obrigações de resultado, e não de meio, como a CorteIDH afirmou ao longo da sentença (CORTEIDH, 2006, Baldeón García vs. Peru).

Apenas no julgamento do caso *Goiburú e Outros v. Paraguai* (2006), a CorteIDH aderiu ao posicionamento do Juiz, estendendo o escopo material do *jus cogens* ao incluir o acesso à justiça aos níveis doméstico e internacional, sendo o referido entendimento reiterado na sentença do caso *La Cantuta vs. Perú*. Nessa ocasião, Cançado Trindade, expressou a importância dessa expansão do conteúdo material do *jus cogens* para reagir à violações de Direitos humanos e impor sanções aos Estados. Além disso, argumenta que a construção doutrinal da expansão do conteúdo material do *jus cogens* e das obrigações correspondentes *erga omnes* de proteção, dar-se-á de por via horizontal, vis-à-vis a comunidade internacional como um todo, como vertical, englobando as relações do indivíduo com o poder público, bem como com entidades não estatais e outros indivíduos. Assim, a própria noção de "vítima" sob a CADH evoluiu e se expandiu, com uma ampliação tanto dos parâmetros da proteção devidos aos justiciáveis, quanto do círculo de pessoas protegidas (CORTEIDH, 2006, La Cantuta vs. Perú, voto separado do Juiz Cançado Trindade).

No mesmo ano, no caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, a CorteIDH entendeu que a responsabilização internacional pode ocorrer também por atos realizados por particulares, pois a proteção do ser humano tem caráter *erga omnes*. Assim, além da obrigação de respeitar, o Estado tem a obrigação positiva de adotar todas as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos até mesmo nas relações inter-individuais, pois as obrigações convencionais de proteção à pessoa humana têm caráter *erga omnes.*

Esse mesmo posicionamento é replicado na Opinião Consultiva de nº18, na qual a CorteIDH corretamente entendeu que os direitos protegidos pela Convenção Americana devem ser respeitados tanto nas relações entre os indivíduos e o poder público quanto nas relações inter-individuais. A normativa convencional de proteção tem, então, efeitos em relação a terceiros (particulares), configurando assim o *caráter erga omnes* das obrigações de proteção.

O último caso em que a CorteIDH ampliou o conteúdo normativo do *jus cogens* foi no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006), em que o tribunal compreendeu o auto-anistia como uma violação às normas *jus cogens,* pois o caráter cogente vai mais além do que o direito

contido nos tratados, estendendo-se à responsabilidade internacional dos Estados e a todo corpo iuris do Direito Internacional contemporâneo, pois este deve ser entendido como um sistema coerente, no qual as disposições de direito interno devem estar alinhadas com os princípios gerais do Direito Internacional e os objetivos que justificam os tratados e convenções, pois estes, assim como as normas de cartáter *jus cogens* são a razão da institucionalização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que busca o bem comum de todos os seres humanos e não de uma coletividade abstrata, a realização da justiça, o primado do direito sobre a força e a preservação da paz. Nesse mesmo sentido o caso *Contreras e outros Vs. El Salvador*. (2011).

A CorteIDH considera que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o dever correlato de investigar, sancionando os responsáveis alcançaram o caráter de *jus cogens,* interpretação que retirou também da leitura do preâmbulo da CADH e dada a gravidade especial desses crimes e a natureza dos direitos lesados. Assim, a CorteIDH continuou com essa mesma interpretação nos casos *Chitay Nech Vs. Guatemala* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia* (2010); *Gomes Lund Vs. Brasil* (2010); *Torres Millacura Vs. Argentina* (2011); *González Medina Vs. República Dominicana* (2012); *Massacres de Río Negro Vs. Guatemala* (2012); *Gudiel Álvarez Vs. Guatemala* (2012); *García e familiares Vs. Guatemala* (2012).

Por fim, nos casos *Gelman Vs. Uruguay* (2011) e *García e familiares Vs. Guatemala* (2012), a CorteIDH considerou que, uma vez que a proibição do desaparecimento forçado é uma norma com o caráter de *jus cogens*, a obrigação correlata de investigar, e em seu caso julgar e punir os responsáveis, adquire particular intensidade e importância em vista da gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos lesionados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos possibilitou a mudança da visão tradicional do direito internacional, pois passou a humanizar conceitos que rotineiramente eram discutidos sobre a ótica comercial. Assim, as normas *jus cogens* que são imperativas e implicam na restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submete-os aos ditames da ordem pública internacional, em especial à responsabilização internacional do Estado pela proteção dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a concepção de *jus cogens* é imprescindível para a ordem na comunidade internacional, bem como para o SIDH, pois se os tratados representam a codificação das normas

costumeiras, é numa dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. Logo, é o costume que regula o seu modo de formação e exige verdadeira superioridade hierárquica do costume sobre os tratados, e as normas *jus cogens* só vêm confirmar essa hierarquia. Dessa forma, embora tradicionalmente o conteúdo das normas *jus cogens* seja identificado a partir do costume internacional, a proteção pró-persona admite que ampliemos esse conteúdo a partir da jurisprudência dos tribunais internacionais.

Assim, a ampliação do conteúdo das normas *jus cogens,* apesar der sido realizado unicamente pela CorteIDH, representando uma inovação jurídica não vista nos outros tribunais internacionais, se justifica pela necessidade de atualização de conceitos tão hermeticamente fechados. O movimento universal em prol dos direitos humanos não admite retrocessos, sendo inconcebível a ideia de que a humanidade possa voltar a vivenciar os horrores das guerras e de atos impostos unilateralmente pelos Estados. Por isso, a consciência jurídica universal é vista com o acesso livre do indivíduo à jurisdição internacional, com fundamento nas normas internacionais de direitos humanos, em especial, nas normas *jus cogens***.**

Nesse sentido, o desenvolvimento progressivo deste instituto realizado pela CorteIDH permite um maior alcance da normatividade internacional. Esse desenvolvimento é um fator de progresso em muitos aspectos. Ao colocar a ênfase na consciência jurídica universal, que ajuda a garantir a primazia da ética sobre a aridez da lei positivada, ou seja, primazia da moral, dos valores, do direito internacional não é senão um artifício sem alma que é a mensagem essencial de novas teorias.

Portanto é necessário a concessão de uma solidariedade e de uma maior substância moral no alcance da normatividade internacional para a ampliação do conteúdo normativo do *jus cogens*, trabalho que vem sendo realizado pela CorteIDH e que merece cada vez mais destaque, especialmente nesse momento em que a sociedade internacional precisa mais do que nunca de uma ordem normativa capaz de assegurar a coexistência pacífica, a cooperação na diversidade, o tratamento igualitário entre as entidades soberanas, mas sobretudo, o estabelecimento de mecanismos de responsabilização, nos casos de violações de direitos humanos, quando as jurisdições nacionais forem falhas ou omissas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional.* Editora Lex, Lisboa, 1997.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens:* e a dogmática do direito internacional no crespúsculo do jus publicum europeaum. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus cogens:* the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. Organization of American States, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Opinião Consultiva número 16 de 1999*. San José, 1999.

_____, Baldeón García vs. Peru. San José, 2006.

_____, Caso Blake vs. Guatemala. San José, 1999.

_____, Caso Caesar Vs. Trinidade e Tobago. San José, 2005.

_____, Caso Tibi Vs. Equador. San José, 2004.

_____, La Cantuta vs. Perú. San José, 2006.

_____, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. San José, 2003.

_____, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. San José, 2003.

_____; Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Número 6. San José, 2015.

DAMROSCH, Lori; HENKIN, Louis; MURPHY, Sean; SMIT, Hans. *International Law Cases and Materials.* Fifh Ed. 2018.

DUNOFF, Jeffrey; RATNER, Steve; WIPPMAN, David. *International Law Norms, Actors, Process:* A Problem-Oriented Approach. Fourth Ed. 2019

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012.

GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III, in the Classic of International Law*. n. 16, vol. II, Oxford/Londres, 1933.

GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*. 2º ed. 1967.

KOWAALSKI, Mateus. *A Ordem Pública Universal como o fim da História?* Universalização e dilemas da codificação e desenvolvimento do direito internacional. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII,Tomo II, Coimbra, 2012

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional:* do paradigma clássico ao pós – 11 de setembro. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª ed. 2013.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público***.** Coimbra: Almedina, 3ª ed. 1997.

PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes le Plus Importans de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, Tome 1, par le Baron de Pufendorf, trad. Du Latin par Jean Barbeyrac, Source gálica.bnf.fr. Blibliothéque Nacionale de France.

RODAS, João Grandino. Jus Cogens em Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, Universidade de São Paulo, v. LXIX, faz. II, 1974.

VERDROSS, Alfred. *Derecho International Publico*, Ed. Aguilar: Madrid, 1982.