

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO INTERNACIONAL II

LUIS RENATO VEDOVATO

TATIANA DE ALMEIDA FREITAS RODRIGUES CARDOSO SQUEFF

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Napolini - 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 - IMED – 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 – Goiás

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 (UFMS – 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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

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

Coordenadores: Luis Renato Vedovato; Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-713-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Internacional II, do XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Porto Alegre entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos).

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados para este Grupo de Trabalho dezoito (18) artigos, tendo sido apresentados quatorze (14) relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso teve como pano de fundo a temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”. A escolha pode ser tida como bastante adequada por conta do cenário global construído nessas primeiras décadas do Século XXI, com toda a sensível marca do progresso científico, novas maneiras de comunicação uma abundante inovação no mundo do direito, em especial, impondo uma série de novos desafios ao Direito, que tem que lidar constantemente com as questões atinentes à afirmação da cidadania e aos desafios para a construção e alcance do desenvolvimento sustentável.

Novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente neste Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da ciência do direito é que é possível desenvolver as bases para a concretização do direito internacional à luz das novas tecnologias, da comunicação e da inovação que estruturam a sociedade globalizada hodierna.

Ressalta-se a ementa do GT, com o seguinte conteúdo:

EMENTA:

DIREITO INTERNACIONAL II – Refletir sobre: Direito Internacional Público. Direito Internacional Privado. Direito Internacional do Comércio e Blocos Econômicos. Relações Internacionais e Direito. Aspectos Transnacionais e Transnormativos do Direito. Teoria do Direito Internacional. Cooperação Jurídica Internacional. América Latina entre a cooperação e a integração. Direito dos Tratados; aspectos da negociação e contração internacionais.

Direito Internacional Processual. O Direito Internacional entre a fragmentação e o pluralismo jurídico. Tribunais Internacionais e sua jurisdição. Sujeitos e novos atores do Direito Internacional. Aspectos sobre os princípios e fontes do Direito Internacional em suas mais variadas ramificações. Direito Internacional do Meio Ambiente. Direito Penal Internacional e sua construção jurisprudencial. Direito comunitário e da integração do Mercosul. Análise jurisprudencial dos tribunais superiores em matéria de Direito Internacional.

Os trabalhos apresentados se relacionam, de forma bastante direta, com a ementa apresentada, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida em dois blocos, sendo todos relativos ao Direito Internacional. O primeiro grupo tratou de temas variados e conexos às novas visões do Direito Internacional tradicional, particularmente no campo do Direito Econômico Internacional e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Já o segundo, trabalhou na mesma linha, em que pese trazerem uma reflexão mais crítica às regras e categorias hoje existentes no plano normativo internacional, inovando, por conseguinte, na indicação da forma em que os desafios cotidianos mundiais devem ser abordados, isto é, para além da dogmática jurídica elucubrada na modernidade, com vistas à oferecer outras respostas para cada situação debatida na contemporaneidade.

Para o primeiro bloco, numa análise específica de cada artigo, é possível fazer as seguintes considerações, a começar pelo primeiro apresentado que tem o título de OS FENÔMENOS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE: OS DESAFIOS DE EFICIENTE REGULAMENTAÇÃO AO DESEMPENHO DAS CORPORações TRANSNACIONAIS COMO ATORES NÃO ESTATAIS, apresentado por ISADORA E SÁ GIACHIN, tendo sido escrito em conjunto com ODETE MARIA DE OLIVEIRA, nele, buscou-se demonstrar que “as corporações transnacionais ostentam o papel de agentes não estatais impulsionados pelo advento da globalização e da transnacionalidade, os quais estão ocasionando inúmeras mudanças no cenário internacional e em seus mais diversos âmbitos”.

Em seguida, veio, com igual brilhantismo, o trabalho O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O NOVO CONTEXTO MUNDIAL: O PROTAGONISMO DAS CORPORações TRANSNACIONAIS E O PAPEL DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL NO ÂMBITO JURÍDICO, de Gabriela Wentz Vieira e Braulio Cavalcanti Ferreira, tendo sido apresentada pela primeira, que buscou expor “o fenômeno da globalização econômica e o seu impacto no âmbito jurídico,

especialmente em relação ao comércio internacional. Para tanto analisa-se o protagonismo das CTN's e os mecanismos criados para solução de disputas no Comércio Internacional, em especial a CCI. Por meio do método de abordagem dedutivo e do procedimento de análise bibliográfico, analisa-se num primeiro momento o fenômeno da globalização econômica e o novo contexto mundial, para então adentrar-se ao objeto específico do estudo: o protagonismo das corporações transnacionais e o papel da CCI no âmbito jurídico das relações de comércio”.

Na sequência, de forma esmerada e com conteúdo relevante, foram apresentados artigos instigantes e muito bem desenvolvidos com os títulos assim elencados: **NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, de Natalia Mascarenhas Simões Bentes, que cuidou de analisar as normas jus cogens e as reflexões desenvolvidas sobre estas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; seguiu-se a apresentação do trabalho intitulado **DA MODERNA LEX MERCATORIA COMO UM COSTUME JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE SUBSUNÇÃO**, de Adriano Fábio Cordeiro Da Silva e Adelgício De Barros Correia Sobrinho, que refletiram sobre “a crescente relevância da moderna Lex Mercatoria como espécie dos Costumes Jurídicos e enquanto conjunto de normas que os Estados e atores do Comércio Internacional progressivamente adotam buscando regular, fomentar e disciplinar o uso das estruturas tecnológicas da Economia digital a exemplo das moedas virtuais, da uberização e do Blockchain”.

Também foi apresentado na sequência, por evidente pertinência, o trabalho **INTEGRAÇÃO NO COMBATE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA: POSSIBILIDADES E COMPARAÇÃO COM MODELO BRASILEIRO**, de Viviane Duarte Couto de Cristo, no qual se assume que a “corrupção é um mal enfrentado por todos os países”, nesse sentido, o “estudo objetiva a análise do sistema de combate à corrupção realizado na União Europeia através do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), numa abordagem comparativa com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), em funcionamento no Brasil desde 2003”.

Na sequência desse conjunto foi apresentado o trabalho intitulado **A PARTICIPAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA GLOBAL AMBIENTAL E SUAS FERRAMENTAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL. ÊNFASE NO ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO (OMC) E NO TRANSPACIFIC PARTNERSHIP**, de Rodrigo Luiz Zanethi e Francisco Campos da Costa, que discorreu sobre o “comércio internacional e o meio ambiente são temas que, aparentemente, são contraditórios e distantes.

Assim, eventuais embates entre meio ambiente e acordos internacionais econômicas e comerciais devem ser resolvidas, surgindo como meio de resolução de eventuais conflitos a utilização da governança global”.

Também foi apresentado texto com o título DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS SOB NOVA PERSPECTIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO: O ART. 26 DA CADH EM FACE DO CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU, de Milton Guilherme De Almeida Pfitscher, que fez a apresentação, e Valéria Ribas Do Nascimento, que exploraram de forma bastante interessante “regime jurídico dos direitos sociais, econômicos e culturais no sistema interamericano. Busca-se compreender de que forma a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Lagos del Campo vs. Peru é paradigmática na proteção de tais direitos”.

Como continuidade, foi apresentado o trabalho intitulado PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO SUPRANACIONAIS À CORRUPÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ORGANISMO EUROPEU DE LUTA ANTIFRAUDE, de Roberto Carvalho Veloso de Heron De Jesus Garcez Pinheiro, que fizeram a análise da “atuação supranacional do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) no âmbito da União Européia, através de revisão bibliográfica e estudo do direito comunitário. Discorre-se sobre a compreensão científica da corrupção a partir das teorias que a referenciam, apontando-se os instrumentos convencionais de prevenção e enfrentamento”.

O trabalho A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS: A EVOLUÇÃO DA TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA NOS SISTEMAS ONU E OEA, escrito por Igor Davi da Silva Boaventura, que fez a apresentação, e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro, trazendo reflexões sobre “a evolução dos direitos da criança no âmbito internacional e seu reconhecimento como sujeito de direitos”.

As apresentações foram brindadas com excelente debate e reflexões sobre elas, com efetiva participação de todos e de todas, além de falas dos coordenadores do grupo de trabalho Direito Internacional II. Dessa forma, foi destacado que os artigos olham para além da chamada ortodoxia do Direito, ressaltando a necessidade de discutir as bases do Direito Internacional moderno à luz da contemporaneidade e dos desafios trazidos por essa nova realidade, a qual impõe questionamentos ímpares para a sociedade internacional e que são merecedoras de novos olhares para uma possível reconstrução deste campo normativo.

Na segunda parte das apresentações, houve uma complementação das reflexões de direito internacional abordadas na primeira sessão, sendo trazidas reflexões sobre temas igualmente

pontuais, com profundidade equivalentes às encontradas na maioria dos casos desenvolvidos no cotidiano da pesquisa científica.

E, assim, avançam os debates com os seguintes textos: REFLEXOS DO PODER DAS CORPORações TRANSNACIONAIS E O MONOPóLIO MIdIÁTICO, de Lucas Dalmora Bonissoni e Bettina Ferreira Goulart, destacando que “o poder das corporações transnacionais ou empresas multinacionais e os reflexos de seu poder nos Estados”, nesse sentido, tal poder seria “usado em prol dos detentores do capital, visando seus interesses e interferindo nas políticas de Estado, bem como nas relações internacionais”, sendo certo que a “liberdade de imprensa é necessária para que se tenha a pluralidade de ideias dentro de uma sociedade democrática, entretanto, quando ocorre monopólio midiático, esse mostra-se como o principal meio de obtenção do poder dessas corporações transnacionais”.

Ato contínuo, veio a apresentação do artigo O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A INFÂNCIA MIGRANTE NO DIREITO INTERNACIONAL, exposto por Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith e Karime Ferreira Mouta, que apresentou o trabalho e que visou analisar o aumento das “notícias de pessoas que atravessam fronteiras nacionais em busca de uma vida melhor ou fugindo de situações de extrema pobreza, perseguições, violações generalizadas de direitos humanos ou profundos conflitos em seus países”.

Também veio à apresentação no Grupo de Trabalho o artigo PESSOAS DO DIREITO INTERNACIONAL E ATORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: CRÍTICA AO ESTATOCENTRISMO, escrito e apresentado pelo Professor Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo, que demonstrou “o anacronismo de uma ótica “estatocêntrica” dos estudos do sujeito de Direito Internacional”. Nesse contexto, a “partir da noção de “atores” da disciplina de Teoria das Relações Internacionais, este texto busca mostrar o impacto que essas entidades não-estatais promovem no cenário internacional contemporâneo”.

Nessa mesma esteira, destaca-se a exposição do trabalho O ACESSO À JUSTIÇA EM FOROS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO INDIVÍDUO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, de Gabriel Moura Aguiar e Mayra Karla Correia Fagundes, que fez a apresentação do trabalho e buscou explicar o “locus standi na atual configuração do Direito Internacional em dois grandes foros internacionais: a Organização Mundial do Comércio, através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e a Corte Internacional de Justiça”.

Imediatamente na sequência, iniciou-se a apresentação do trabalho CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS, de Antonella Portillo Fiorini, que abordou “as vertigens do crime de desaparecimento forçado de pessoas, da necessidade de tipificação do mesmo ao direito interno brasileiro, considerando ser de maior importância para a devida implementação do Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil”.

Em finalização do bloco e do GT, foi apresentado o trabalho SUPERANDO A COLONIALIDADE DO SABER NO DIREITO INTERNACIONAL: O EXEMPLO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS, da Professora Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, que reflete, nas suas palavras, “a necessidade de reconhecer-se mais uma categoria de refugiados – a dos refugiados ambientais. Isso, pois, as mudanças climáticas fomentam o deslocamento crescente de indivíduos para além das fronteiras nacionais. Contudo, essas pessoas não se encaixam nas tradicionais formas de refúgio prescritas pelo Direito Internacional. Assim, defende-se que isso decorre de uma limitação existente no Direito Internacional de quem pode efetivamente ‘dizer o direito’ – isto é, sugerir/criar as regras jurídicas nesse plano, sendo essa uma expressão da ‘colonialidade do saber’ ainda existente, sendo o seu reconhecimento uma forma de “libertação” do Sul Global”.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições desses dois blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos. A grande amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo.

Posto isso, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas a partir das inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Coordenadores:

Profa. Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff – UFRGS

Prof. Dr. Luis Renato Vedovato – UNIMEP

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.

NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

IMPERATIVE STANDARDS OF INTERNATIONAL LAW IN THE CASES OF GENDER VIOLENCE IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Natalia Mascarenhas Simões Bentes ¹

Resumo

O objetivo deste estudo é analisar as normas jus cogens e as reflexões desenvolvidas sobre estas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Através de uma análise histórica é possível perceber as influências do Direito Natural e de autores como Francisco de Vitória e Francisco Suarez para a construção do caráter iuris cogenitis das normas de Direito Internacional. Essas normas atualmente têm sido usadas na fundamentação da violação de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como na configuração do estupro como crime contra a humanidade.

Palavras-chave: Direito internacional, Jus cogens, Crimes contra a humanidade, violência de gênero, Estupro

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to analyze jus cogens norms and the reflections developed on them by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Through a historical analysis it is possible to perceive the influences of the Natural Law and of authors like Francisco de Vitória and Francisco Suarez for the construction of the character iuris cogenitis of the norms of International Law. These norms have now been used to substantiate the violation of rights set forth in the American Convention on Human Rights, as well as in the configuration of rape as a crime against humanity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International right, Jus cogens, Crimes against humanity, gender violence, Rape

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará.

1 INTRODUÇÃO

Um dos institutos mais importantes do Direito Internacional Público são as normas imperativas, também chamadas de normas *jus cogens*. Estas normas surgiram a partir das concepções do Direito Natural e encontram sua fonte primordial nos costumes jurídicos. Atualmente, representam os anseios da comunidade internacional e estão presente diversos documentos internacionais, estando inclusive inseridas na fundamentação de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). A CorteIDH vem desenvolvendo reflexões importantes sobre o caráter *iuris cogenitis* das normas, e a importância destas para garantir a não-violação de direitos humanos. Contudo, antes de abordarmos atuação da referida Corte, é necessário tratarmos da construção histórica dos *jus cogens* e no que consistem essas normas.

2 NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL

2.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CARÁTER *IURIS COGENITIS* DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DO DIREITO NATURAL

A construção histórica do caráter *iuris cogenitis* da normas de Direito Internacional possui influências diretas de autores como Francisco de Vitória e Francisco Suarez, os quais construíram as primeiras noções de normas *jus cogens* a partir dos fundamentos de Direito Natural.

No período de 1453 a 1648, Francisco de Vitória, apesar de não afirmar de forma expressa o caráter *iuris cogenitis* das normas de Direito Internacional, criou condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens*, ao fazer relação com o Direito Natural, o qual segundo o autor é imutável, goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e 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 proíbem a escravização de não cristãos em resultado de guerra, do princípio *pacta sunt servanda*, 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 do que um Direito Internacional positivo *iuris cogentes*. Os tratados deveriam respeitar o Direito Natural e não deveriam ser cumpridos quando fossem contrários ao próprio direito das Gentes.

Na visão de Francisco Suárez 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. O autor defende que o direito das gentes é sensivelmente

humano e positivo, lei intermediária entre o direito civil e o direito natural, que não pode derogar o direito natural e nem ser derogado sem o consentimento geral. Declarou ainda 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 (SUÁREZ, 1994).

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).

Por sua vez, Hugo Grotius (GROTIUS *apud* BAPTISTA, 1997) contribuiu no sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário, 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 derogados por meio de tratados bilaterais. Para o autor, o Direito Internacional é um direito positivo e 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 ignora a existência de um Direito das gentes primário, fundamentado no Direito Natural.

Neste período, entre 1453 e 1648, a prática internacional indicava que são normas de caráter *iuris cogenitis* as normas do Direito da Guerra e Direito do Mar, este último relacionado com as práticas de pirataria e a 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 portanto de proibições de caráter humanitário, de forma que os beligerantes poderiam derogar 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 Corrêa Baptista, 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. Assim como, a 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 cogentes* (BAPTISTA, 1997).

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, independentemente de esta ter sido cometida contra navios portadores de sua bandeira. Inicialmente essa proibição se aplicava apenas em relação à pirataria contra cristãos, pois somente abrangeu a proibição contra não-cristãos no início do século XVII. 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 considerado então considerado como crime internacional.

Nesse período, a proibição de escravização de não combatentes cristãos e de agressões deliberadas e em larga escala contra 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*.

Já no período de 1648 a 1919, o jusnaturalismo continua predominante. Samuel Pufendorf entende que o Direito das Gentes se identifica com o Direito Natural, pois os costumes que se adaptam ao Direito Natural são os de caráter vinculatorio aos Estados (PUFENDORF, 2014). Contudo, o voluntarismo ganha força a partir de autores como 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.

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, notadamente a proibição de escravidão, 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 dispositivum*.

Sobre esse período, Eduardo Corrêa Baptista conclui (BAPTISTA, 1997, p. 182):

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 conexas, 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*, a exemplo do autor Karl Strupp (STRUPP, 1930) que reafirma em princípio 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 persiste na defesa de existência de normas internacionais *jus cogens* ou de 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.

Há decisões de tribunais, a exemplo do Tribunal Especial de Cassação Holandês que em 1949 decidiu sobre o caráter *jus cogens* das normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Tribunal Polaco do Círculo de Varsóvia que em 1959 considera *jus cogens* a Convenção de Haia de 1907.

Por serem inicialmente fundamentadas no Direito Natural questionava-se a possibilidade de codificação das normas *jus cogens*, mas logo estas normas passaram diversos documentos internacionais.

Por exemplo, a proibição da escravidão, a proteção das minorias, a proibição de deportação de populações civis foram estabelecidas na Carta do Tribunal Internacional de Justiça como crime contra a humanidade, confirmam o caráter de normas *jus cogens*.

Normas *jus cogens* também integraram 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 na 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 um 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.

2.2 DEFINIÇÃO DE NORMAS *JUS COGENS*

Jus 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, 1967) indica que a expressão *jus cogens* definida por Windscheid 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 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 derogá-la, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate. 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 (1969) no seu 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.

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. Ademais, uma norma costumeira vincula todos os Estados da comunidade internacional, 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, do genocídio, 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. Não há mais o entendimento de que o Direito Internacional formaria um “bloco normativo único” e que inexistiria hierarquia entre suas fontes.

Os tratados dependem das normas costumeiras, pois é em uma dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. É o costume que regula o seu modo de formação, existindo 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, independentemente 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. 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”, a qual é constituída por normas dispositivas de livre negociação e imperativas que se impõem sobre todas as vontades. Dentre essas normas, estão 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. E apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou normas *jus dispositivum*, essas normas não fazem parte do *jus cogens*, pois somente fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública.

Francisco Vitoria (VITORIA, 1995) esclarece que quando os Estados pactuam sobre matérias de grande importância para a Comunidade Internacional, não há apenas pacto, mas lei que vincula todos os Estados – independentemente de participação. Nesse sentido, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros (PEREIRA; 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. 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.

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. Destaca o autor que a doutrina sobre *jus cogens* se divide em maximalistas, para os quais todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos é *jus cogens*; a doutrina intermediária que compreende como *jus cogens* apenas o núcleo essencial dos Direitos Humanos e a doutrina minimalista para a qual somente as normas de Direitos Humanos cuja violação configuram 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.

As normas *jus cogens* podem ser sintetizadas 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.

Hoje, há portanto o 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 de existirem divergência sobre um conceito e sobre sua individualização.

A maior influência dessas normas está na proteção e promoção dos Direitos Humanos que ultrapassam as percepções de soberania e integridade territorial. Um meio de garantir os valores mais essenciais para a Comunidade Internacional, é reconhecer 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, ou 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 escravagismo é crime contra humanidade, sendo a sua proibição confirmada pela Declaração Americana de Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de Direitos Cíveis 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. Por fim, as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos são de natureza costumeira que tutelam diretamente seres humanos, portanto, são normas *jus cogens*.

2.3 JUS COGENS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A ampliação do conteúdo normativo do *jus cogens* na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos 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.

A primeira vez em que a CorteIDH começou a deliberar sobre *jus cogens* foi na Opinião Consultiva nº 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).

Em sede contenciosa, a discussão acerca do conteúdo do *jus cogens* se iniciou no caso *Blake vs. Guatemala (1999)*, que trata do desaparecimento forçado de dois norte-americanos na Guatemala, e da negativa do Estado em prosseguir com as investigações. O juiz Cançado

Trindade, em seu voto separado, desenvolveu o entendimento 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.

Em 2003, ainda em sede de voto separado, no caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala* (CorteIDH, 2003), 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.

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-Paquiyaury Vs. Peru* de 2004, que trata da execução extrajudicial de dois irmãos peruanos, sendo este entendimento reproduzido no mesmo ano, no caso *Tibi vs. Equador* (CorteIDH, 2004), que se refere a prisão arbitrária e à tortura sofrida por um cidadão francês no Peru.

No ano seguinte, novamente em voto separado, na sentença do caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago* (CorteIDH, 2005), que trata de um caso de tortura e prisão arbitrária, além da violação à integridade pessoal, liberdade e garantia judicial, Cançado Trindade destacou 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*.

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 nº 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).

Dessa forma, não haveria um limite ao conteúdo a ser abrangido pelo *jus cogens*, pelo contrário, o seu conteúdo tende a ser expandido, 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).

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, notadamente no seu voto separado do caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (CorteIDH, 2003), 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 entende pelo caráter indissociável dos artigos 8 e 25 da CADH, a saber:

A indissociabilidade que sustento entre os artigos 8 e 25 da Convenção Americana implica a caracterizar como sendo de domínio dos *jus cogens* o acesso à justiça, entendido como a plena realização da mesma, ou seja, como sendo de domínio do *jus cogens* a intangibilidade de todas as garantias judiciais, no sentido dos artigos 8 e 25 analisados conjuntamente. Não pode haver dúvidas de que as garantias fundamentais, comuns ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional Humanitário tem uma vocação universal ao aplicar-se em todas e quaisquer circunstâncias, constituem um direito imperativo (pertencente ao *jus cogens*), e acarretam obrigações *erga omnes* de proteção (CorteIDH, 2003, Caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, par. 64)¹.

Sua visão foi reafirmada em uma opinião separada no caso *Baldeón García vs. Peru* (CorteIDH, 2006), no qual reforçou a necessidade de ampliação do *jus cogens* ao direito de

¹ Tradução de: La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario⁵³, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarream obligaciones *erga omnes* de protección.

acesso à justiça, por resultar em obrigação *erga omnes*. 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.

Apenas no julgamento do caso *Goiburú e Outros v. Paraguai* (CorteIDH, 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 internacional², sendo o referido entendimento reiterado na sentença do caso *La Cantuta vs. Perú* (CorteIDH, 2006). Neste caso, em voto separado, o juiz Cançado Trindade expressou a importância dessa expansão do conteúdo material do *jus cogens*:

Durante anos insisti, neste Tribunal, na necessidade do reconhecimento e identificação do *jus cogens*, e elaborei, em numerosos Pareceres Individuais (no exercício das funções, tanto contenciosas como consultivas, do Tribunal), a construção doutrinal da expansão do conteúdo material do *jus cogens* e das obrigações correspondentes *erga omnes* de proteção, em suas dimensões tanto 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). Dessa maneira, a própria noção de “vítima” sob a Convenção Americana evoluiu e se expandiu; houve um alargamento de ambos os parâmetros da proteção devido àqueles justiciáveis, bem como o círculo de pessoas protegidas (CorteIDH, *La Cantuta vs. Perú* 2006, par. 59-60) (tradução nossa)³”.

No caso *Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru* (CorteIDH, 2006), o juiz afirma que o acesso à justiça é uma exigência do *jus cogens*. No caso do plano internacional, o acesso à justiça tem servido para sanar violações massivas de Direitos Humanos. No plano do direito interno, não se requer somente o direito de petição e de acesso a justiça formalmente mas também a própria realização da justiça material.

O juiz advoga a favor de um novo *jus gentium*, o Direito Internacional para a Humanidade. A CorteIDH foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento do *jus cogens*, e o juiz destaca a importância da coerência do sistema jurídico internacional, onde as disposições de direito interno devem estar alinhadas com os princípios gerais do Direito Internacional e os

³ Tradução de: During years I have insisted, within this Court, on the necessity of the recognition and the identification of *jus cogens*, and have elaborated, in numerous Individual Opinions (in the exercise of the functions, both contentious and advisory, of the Tribunal), the doctrinal construction of the expansion of the material content of *jus cogens* and of the corresponding obligations *erga omnes* of protection, in their dimensions both horizontal (*vis-à-vis* the international community as a whole) as well as vertical (encompassing the relations of the individual with the public power as well as with non-State entities and other individuals). In this way, the very notion of “victim” under the American Convention has evolved and expanded; there has been an enlargement of both the parameters of the protection due to those justiciable, as well as the circle of protected persons

objetivos que justificam os tratados e convenções. Tais princípios são 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.

2.4 VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO SISTEMA INTERAMERICANO: Estupro como tortura é crime contra humanidade.

Os crimes contra a humanidade integram o rol de normas *jus cogens*, assim como a proibição da escravatura, do genocídio, do recurso à força e da intervenção armada.

De acordo com o Estatuto do Tribunal de Nuremberg os crimes contra a humanidade são definidos como o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão ou a deportação, assim como qualquer ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos que constituíssem ou não uma violação de direito interno dos países nos quais foram cometidos. Esses atos são cometidos como consequência ou em relação à qualquer crime considerado de competência do Tribunal.

Muitos autores acreditam que essa caracterização representa o legado mais importante de Nuremberg, pois, a “humanidade” referenciada nestes crimes abrange a somatória de muitos e variados indivíduos, portanto remete ao pensamento de pluralidade, levando a entender que esse crime não é apenas cometido contra grupos distintos, mas sim contra o ser humano, que possui direitos por simplesmente por ser humano, não possuindo apenas os direitos dados pelo Estado.

O crime contra a humanidade também é previsto no artigo 7º do Estatuto de Roma, trata-se de crime grave, como assassinato, tortura, estupro ou outro ato desumano, quando cometido como parte de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. É essa conexão com ataque generalizado ou sistemático que torna esses crimes uma preocupação não só para os Estados, mas para a comunidade internacional como um todo.

Os elementos dos crimes contra a humanidade estão relacionados com condutas inadmissíveis em geral, reconhecidas pelos principais sistemas jurídicos do mundo e também se referem a um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. São perpetrados em contexto de ataque amplo, ou seja, envolvendo certo número de pessoas ou acontecido sobre amplo território ou envolvendo planejamento e organização (SUNGA; CHOUKR, 2000).

Exige-se que o autor tenha o conhecimento de todas as características do ataque ou os detalhes precisos do plano ou política do Estado ou organização, ou seja, o dispositivo traz

ideias de uma preparação para os atos e que atos isolados e individuais não ficam sob o efeito dessa incriminação e sim sob a justiça nacional. Também não se exige que estes façam parte de um ataque militar (ROOBINSON; BAZELAIRE; CRETIN, 2004).

Outro aspecto importante do artigo 7º do Estatuto de Roma é a exclusão de qualquer exigência de que haja conflito armado. Os crimes contra a humanidade podem ser punidos se realizados em guerra ou em tempo de paz (ROOBINSON; SUNGA; MIRANDA, 2005).

Também não exige que os crimes contra a humanidade sejam cometidos por motivos discriminatórios, afirmando que a discriminação seria necessária para a perseguição, mas não para outros crimes contra a humanidade, e que a inclusão de tal exigência poderia inadvertidamente excluir crimes graves. Importante mencionar que o elemento intencional dos crimes contra a humanidade é necessário.

No caso de assassinato, deve-se demonstrar a intenção homicida, nos casos de extermínio deve ter a finalidade de causar a destruição de uma parte da população, no caso de gravidez forçada, deve ter por objetivo a modificação da composição étnica de uma população; no caso de perseguição, deve estar ligado à identidade do grupo ou da coletividade em questão; o desaparecimento forçado deve ser realizado com a intenção de privar as vítimas da proteção da lei. Os crimes contra a humanidade são mais amplos que o genocídio, considerados categoria particular e com elemento intencional bem mais específico.

O último gênero “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física” foi alvo de controvérsias entre delegações que consideravam o conceito impreciso e inapropriado para um instrumento internacional, porém, o elemento ratifica a ideia de um rol não exaustivo de atos que serão analisados pelo Ministério Público do Tribunal Penal Internacional com base no caso concreto.

Como já exposto anteriormente, a CorteIDH, influenciada diretamente pela argumentação construída pelo Juiz Cançado Trindade, vem ao longo dos anos contribuindo significativamente para o desenvolvimento do *jus cogens*. Ao realizar o julgamento dos casos citados no tópico 2, o Tribunal desenvolveu reflexões importantes sobre as normas *jus cogens*, notadamente a importância destas para a Ordem Jurídica Internacional e a necessidade de gradativamente estende-las seu conteúdo.

Nos últimos anos, a CorteIDH também tem atuado em casos que envolvem violência de gênero, a qual pode ser definida como a violência dirigida contra uma mulher pelo simples fato dela ser mulher ou que a afeta de maneira desproporcional, abarcando tanto a prática como a

simples ameaça de atos que produzem sofrimento físico, psíquico ou sexual, incluindo a coação ou outras formas de privação de liberdade.

Em todos os casos de violência de gênero julgados pela CorteIDH (*Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, de 2006; *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, de 2009; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, de 2010; *Fernández Ortega y otros Vs. México*, de 2012; *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, também de 2012; *Veliz Franco y otros Vs. Guatemala e Espinoza Gonzáles Vs. México*, ambos de 2014; *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, de 2015; e o caso *V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua*) verificou-se a violação ao direito à integridade pessoal, previsto no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que essa violação ocorre, na maioria das vezes, a partir da prática da violência sexual.

A CorteIDH considera que a violência sexual se configura como ações de natureza sexual que são cometidas contra uma pessoa sem seu consentimento, e que compreendem a) a invasão física do corpo humano; b) atos que não produzam penetração; c) ou incluam algum contato físico. A violência sexual constitui a forma mais paradigmática de violência contra mulheres cujas consequências transcendem a pessoa da vítima⁴, pois os interesses jurídicos envolvidos nesses crimes envolvem transgressões da dignidade, intimidade, liberdade sexual⁵.

Nos casos *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, *Rosendo Cantú y outra vs. México*, *Fernández Ortega y otros Vs. México*, *Espinoza Gonzáles Vs. México*, *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, *V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua*, a CorteIDH estabeleceu que a violência sexual pode ser considerada como ato de tortura, uma vez que possui propósito de intimidar, degradar, humilhar, punir ou controlar a mulher que sofre esse tipo de violência.

Além de ser considerada como tortura pela CorteIDH, o estupro também pode ser considerada como crime contra a humanidade. O próprio Estatuto de Roma, em seu art. 7.1, alínea G, já prevê que a agressão sexual ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável é crime contra a humanidade desde que cometido no contexto de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil.

Em regra, dizia-se que atos isolados e individuais não poderiam ser caracterizados como crimes contra a humanidade, uma vez que estes necessitam estar inseridos no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. No entanto, a CorteIDH, no

⁴ CtIDH, *Fernandez Ortega y otros Vs. México*, No. 215, §119; *Rosendo Cantú y outra Vs. México*, Sentença de 25 de novembro de 2010, No. 216, §109.

⁵ OEA. Inter -American Commission of Women. Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará, 2016, §39.

caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* (2006), afirmou que o cometimento de um único ato ilícito dentro de um contexto de ato generalizado ou sistemático contra uma população civil é suficiente para que tal ato seja qualificado como crime contra a humanidade.

A partir dessa nova concepção, é possível caracterizar o estupro como crime contra a humanidade, tendo em vista, que o estupro, nos casos analisados pela CorteIDH, além de ser considerado como uma forma de tortura, estão inseridos dentro de um contexto sistemático e muitas vezes generalizado de violência contra a mulher. Esse contexto consiste não apenas em graves e reiteradas violação dos direitos das mulheres, mas também uma ofensa à sociedade em geral, pois representa e estimula a manutenção de relações historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Logo, o casos onde há estupro, dentro desses parâmetros, poderia também ser encaminhado ao Tribunal Penal Internacional para abertura de investigação de crime contra a humanidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da construção histórica baseada no Direito Natural, as normas *jus cogens* representam um papel importante na Ordem Jurídica Internacional, pois consistem em normas imperativas, de interesse da comunidade internacional, não podendo ser violadas ou derogadas pelos Estados ou pelos indivíduos, a não ser por outros normas de mesmo quilate. Superou-se o entendimento de que o conteúdo das normas *jus cogens* estaria engessado. Na verdade, o que verifica-se, inclusive a partir do posicionamento do Juiz Cançado Trindade na CorteIDH, é cada vez mais vários direitos passam a integrar essa categoria.

Além dessa expansão do conteúdo, houve também novas reflexões, notadamente sobre os crimes contra a humanidade, que integram o conjunto de normas *jus cogens*, A CorteIDH apresenta uma nova perspectiva ao afirmar que um único ato pode ser considerado como crime contra a humanidade. Nesse contexto, em casos violência de gênero, onde o estupro é visto como tortura, e com base no art. 7.1.g do Estatuto de Roma, surge a possibilidade de um único caso de estupro seja considerado como crime contra a humanidade, uma vez que este, normalmente, está inserido em contextos sistemáticos ou generalizados de violência contra a mulher. Nesses casos, além de haver competência sobre a responsabilidade internacional do Estado, que agiu ou anuiu para essa violação, caberia também o encaminhamento do caso ao Tribunal Penal Internacional, o qual se manifestará sobre a responsabilidade dos indivíduos que cometeram os atos.

REFERÊNCIAS

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

CORTEIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154.

_____. **Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239.

_____. **Caso Baldeón García vs. Peru**. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº147.

_____. **Caso Blake vs. Guatemala**. Sentença de 24 de janeiro de 1999. Série C Nº 36.

_____. **Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago**. Sentença de 11 de março de 2005. Série C Nº123.

_____. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru**. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160.

_____. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160.

_____. **Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú**. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289.

_____. **Caso Fernández Ortega y otros Vs. México**. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215.

_____. **Caso Goiburú e outros vs. Paraguai**. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C Nº 153.

_____. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205.

_____. **Caso Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru**. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110.

- _____. **Caso La Cantuta vs. Peru.** Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162.
- _____. **Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala.** Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 13.
- _____. **Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia.** Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140.
- _____. **Caso Rosendo Cantú y outra Vs. México.** Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216.
- _____. **Caso Tibi vs. Equador.** Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº144.
- _____. **Caso V.R.P, V.P.C y otros Vs. Nicarágua.** Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 350.
- _____. **Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala.** Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C Nº 307.
- _____. **Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala.** Sentença de 19 de maio de 2014. Série C Nº 277.
- _____. **Opinião Consultiva nº 16/99 sobre o direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal OC- 16/99 de 1 de outubro de 1999.** Série A Nº 16.
- _____. **Opinião Consultiva nº 18/03 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados.** OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº18
- 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.
- MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós – 11 de setembro.** Coimbra: Coimbra Editora. 4ª ed. 2013.

MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

Opinião Consultiva nº 16 de 1999 - Direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal

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. Bibliothèque Nationale 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. XIX, faz. II, 1974.

ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 61-64. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro De Nuremberg a Haia**. Edição Manole: São Paulo, 2004.

ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 62. SUNGA, Lyal S., ob. cit, p. 203; MIRANDA, João Irineu de Resende. **O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

STRUPP, Karl. **Éléments Du Droit International Public Universei, Européen Et Américan**. 2ª ed. 1930.

SUÁREZ, Francisco. **Selections from three Works**. Vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1994.

SUNGA, Lyal. **A competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal** : arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma in Tribunal Penal Internacional org. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

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