

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

GILMAR ANTONIO BEDIN

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

TERRIE R. GROTH

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin; Vladimir Oliveira da Silveira; Terrie R. Groth - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-434-1

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Direitos Humanos.
3. Proteção.
4. Direito Fundamental. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A história de afirmação e reconhecimento dos direitos humanos no âmbito internacional já possuem uma longa caminhada. Este processo teve início ainda na primeira metade do Século 20 (com a afirmação, entre outros fenômenos, do chamado Direito Humanitário) e tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, um sólido marco histórico e uma de suas referências legais mais significativas.

Este destaque dado à Declaração Universal de 1948 deve-se, por um lado, a sua relevância política e, por outro lado, a sua abrangência (estabelece direitos de natureza bastante diferentes). Em relação a sua abrangência, destaca-se o fato que o referido documento legal internacional envolve direitos civis, políticos, econômicos e sociais, e direitos culturais. Isto fica ainda mais evidente, em 1966, quando a própria ONU adota os dois pactos complementares para dar efetividade prática à Declaração de 1948: o Pacto Internacionais de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No que se refere a relevância política da Declaração de 1948, é importante destacar que ela representa uma ruptura simbólica do conceito de soberania. A Declaração afirma que independente de fronteiras e nacionalidade, as violações cometidas contra qualquer pessoa são sempre condenáveis e os direitos humanos não dependem da vontade dos Estados e de seus interesses.

Esta transformação simbólico-política é fundamental, pois passa impedir que os Estados possam alegar que suas práticas, que violam os direitos humanos é apenas um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio interno dos Estados, uma decorrência de sua autonomia e liberdade. Com isto, emerge a ideia de que os direitos humanos é um tema global e que os indivíduos não são meros expectadores, mas verdadeiros sujeitos do direito internacional.

É justamente este pressuposto político-jurídico o fenômeno que impulsionou a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o que permitiu o processo contínuo de constante atualização legislativa do tema (seja em seus aspectos gerais, como ocorreu com a

Declaração de Viena, de 1993, ou em relação a alguns aspectos específicos, como ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006). Este é também o fato que impulsionou a formação dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos.

Com esta trajetória, a proteção internacional dos direitos humanos se apresenta hoje como uma grande conquista. Neste sentido, percebe-se os avanços alcançados na proteção dos direitos humanos e no reconhecimento de sua crescente universalidade. Contudo, é ainda um trabalho incompleto. Por isso, é possível verificar que reiteradamente surgem novos desafios. Daí, portanto, a importância dada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) ao tema e seus desafios na atualidade.

Os artigos que fazem parte da presente publicação foram apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II, realizado no dia 20 de julho de 2017, em Brasília, durante XXVI Encontro Nacional do CONPEDI. As questões destacadas nos artigos apresentam aspectos teóricos e práticos da proteção internacional dos direitos humanos e permitem uma excelente percepção sobre o estágio atual do tema. Por isso, o conjunto dos textos são extremamente relevantes e merecem a atenção e a leitura cuidadosa de todos os interessados no tema dos direitos humanos.

Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira (PUC/SP)

Professor Doutor Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ/URI)

Professor Doutor Terrie Ralph Groth (UNB)

A AMPLIAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO DO “JUS COGENS” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO DAMIÃO XIMENES

THE EXTENSION OF THE LEGAL CONTENT OF "JUS COGENS" IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: DAMIÃO XIMENES CASE

Rafaela Teixeira Sena Neves ¹
Gabriela Borges Silva ²

Resumo

A partir da análise da primeira decisão condenatória prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, caso *Damião Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil* (2006), o presente trabalho visa analisar o elemento *jus cogens*, sua matriz e relevância no âmbito do Direito Internacional Público, tendo como referenciais a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade que propõe uma ampliação do seu conteúdo normativo, tendo em vista tratar-se de um parâmetro de responsabilização internacional dos estados.

Palavras-chave: *Jus cogens*, Corte interamericana de direitos humanos, Responsabilidade internacional, Caso *damião ximenes*

Abstract/Resumen/Résumé

Considering the IAHRC's decision that condemned Brasil in the Case of *Damião Ximenes Lopes*, this work seeks to analyse presence of the "*jus cogens*" norm, its concept and relevancy under the International Public Law, having as references the Inter-American Convention on Human Rights, the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 and the dissenting opinion of judge Antonio Augusto Cançado Trindade that offer an widening of its normative content by seeing it as a parameter that gives birth to state's international responsibility.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: *Jus cogens*, Inter-american human rights court, International responsibility, *Damião ximenes case*

¹ Doutoranda em Direito pela UFPA com missão de estudos na PUC Rio. Mestra em Direito pela UFPA. Professora e Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Advogada.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação da FGV DIREITO RIO. LLM em Direito Empresarial pela FGV DIREITO RIO. Advogada

1 INTRODUÇÃO

A busca pela compreensão da situação em que se encontra o Brasil na defesa dos direitos humanos, a partir do sistema interamericano, insta, antes de tudo, que seja considerado, para além do texto, o contexto histórico e as peculiaridades e características próprias regionais da América Latina.

Neste sentido, de modo salutar, explica Flávia Piovesan que o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se insere em uma região bastante marcada pela exclusão e pela desigualdade social, problemas os quais se somam a democracias ainda não consolidadas. Ademais, os países que ratificam o sistema conglobam reminiscências ainda do legado dos regimes autoritários ditatoriais e demarcam uma cultura da violência e da impunidade, com baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição e respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Neste espaço, cabe à região latino-americana a devida estrutura autoritária e, por conseguinte, após a reestruturação, a consumação da política democrática, como uma forma de concretização e respeito ao mandamento previsto desde a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) para a qual a *“democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente”* (inciso I, item n. 8), de modo a reafirmar o compromisso assumido na elaboração da Carta das Nações Unidas (1945) de empreender ações coletivas e individuais, atribuindo a devida importância ao desenvolvimento de uma cooperação internacional efetiva, incluindo o respeito e a observância universais pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos.

A partir da transição política (justiça de transição), após a derrocada de ditaduras militares latino-americanas tais quais vistas nas experiências argentina, uruguaia, chilena e brasileira, na década de 80, por exemplo, a República Federativa do Brasil, exclusivo alvo deste estudo, após a instituição do regime democrático – inaugurado com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988 –, veio, em escala crescente, se empenhando na adoção de medidas em prol da incorporação de tratados internacionais voltados à proteção dos Direitos Humanos.

Neste particular, conforme lecionam Gomes e Mazzuoli, o Brasil se tornou signatário dos mais importantes tratados internacionais de Direitos Humanos, tanto na esfera da Organização das Nações Unidas (ONU), como na da Organização dos Estados Americanos (OEA), destacando-se, dentre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Civis

e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹, configurando-se este último documento (que será mais bem delineado no tópico seguinte), o instrumento de maior importância no sistema interamericano de direitos humanos.

Sendo assim, o estudo de caso visado neste trabalho científico possui o fito de analisar o elemento *jus cogens*, seu conceito, entendimento doutrinário e disposições legais, além da crítica realizada pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade a partir da ampliação do entendimento do domínio de *jus cogens* no Caso Damião Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil, cujo objeto investigativo foram as condições desumanas e degradantes da hospitalização da vítima, uma pessoa com deficiência mental; golpes e ataques a integridade pessoal perpetrados pelos funcionários da Casa de Repouso Guararapes, no Estado do Ceará, e, por assim, restou sem qualquer resposta por parte do Estado brasileiro (não andamento processual sem verificabilidade de autoria do delito), senão após demanda encaminhada à Corte Interamericana que responsabilizou o mesmo, após o édito condenatório².

¹ Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre Direitos Humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). (GOMES; MAZZUOLI, 2005: 3).

² Importante frisar, neste ponto, que o Brasil, a despeito de possuir poucas demandas perante a Corte Interamericana, ao contrário dos demais países americanos, obviamente que isto não enseja depreender que não haja grandes e graves violações de direitos humanos não reparadas no âmbito interno, tais quais, em muitos casos, em situações similares à morte de Damião, a propósito da atuação das agências penais de controle. Ainda assim, é importante lembrar que o mesmo já sofreu outras condenações importantes pela CIDH. Neste sentido, ver: *Caso Nogueira de Carvalho e Outro vs. Brasil. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de Novembro de 2006*; *Caso Escher e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de Julho de 2009*; *Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de Novembro de 2010*.

1 A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE TUTELA DE DIREITOS HUMANOS: ENTRE CONVENÇÃO, COMISSÃO E CORTE

Para que se possa adentrar no elemento *jus cogens* e, em seguida, o seu papel no Caso Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil, faz-se necessário o entendimento da funcionalidade e *modus operandi* da tríade sustentatória do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: (a) Convenção Americana de Direitos Humanos; (b) Comissão Americana de Direitos Humanos e, por fim, (c) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vejamos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ao que se constata, representa o instrumento de maior relevância no que se refere ao Sistema Interamericano de Tutela de Direitos Humanos. O referido documento foi proposto e assinado em San José, na Costa Rica (daí seu o nome), no ano de 1969, de modo que somente passou a vigorar em 1978³.

Inicialmente, cabe alertar que somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana e segundo a própria OEA, dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da OEA, 25 (vinte e cinco) Estados são hoje partes da Convenção Americana.

Didaticamente, a Convenção Americana estabelece um rol de direitos humanos os quais os Estados-membros que consignaram o pacto estão comprometidos internacionalmente a respeitar e zelar pelas garantias de cumprimento no âmbito interno de suas jurisdições e soberanias.

Relevante lembrar que a Comissão mantém poderes adicionais que não decorrem diretamente da Convenção, dentre eles, o de processar petições individuais no que se referir a casos de Estados não-signatários da mesma.

Neste contexto, a República Federativa do Brasil foi um dos Estados que mais tardiamente aderiram à Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992. Tendo reconhecido a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção – por intermédio do

³ Foi ratificada em setembro de 1997 por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998 –, desde que os fatos ocorram a partir da vigência da referida figura legal, de acordo, inclusive, com o que prescreve o art. 62⁴ do instrumento internacional.

É a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos que foi criada a Corte Interamericana, definindo suas atribuições e procedimentos tanto para a Corte quanto para a Comissão. Esta última possui sua sede em Washington D.C. e foi criada pela OEA em 1959 e, em forma conjunta com a Corte Interamericana, instalada em 1979, configurando-se como uma instituição de extrema relevância no Sistema Interamericano. Conforme relata Flávia Piovesan, a propósito da Convenção:

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão: fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anual à assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos⁵.

Explica Flávia Piovesan que também é da competência da Comissão examinar as petições encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidades não-governamentais, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção por Estado que dela seja parte. Importante saber, o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar petições individuais, não sendo necessário a elaboração de qualquer declaração expressa e específica para este fim.

Na forma do art. 46⁶ da Convenção, a Comissão está encarregada de decidir sobre a admissibilidade das petições encaminhadas a ela, tendo como consideração os requisitos

⁴ Art. 62. 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.34.

⁶ Art. 46.1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º ou 45º seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e, d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

expostos neste dispositivo. Havendo juízo de admissibilidade, a Comissão solicita informações ao Governo denunciado. Após o recebimento do relatório sobre as acusações, o Estado possui o prazo de até 03 (três) meses para conferir cumprimento às recomendações (resolução do caso entre as partes, por exemplo), em caso de efetivo descumprimento violador de direitos humanos, ou, então, até mesmo ser submetido à Corte Interamericana⁷.

Sendo assim, no prazo de 3 (três) meses o caso poderá ser encaminhado ao órgão jurisdicional do sistema regional interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – localizada em San José, na Costa Rica –, podendo tão apenas fazer o encaminhamento (espécie de “denúncia”) a Comissão Interamericana e os Estados-partes, na forma do art. 61.1⁸, da Convenção Americana. GORENSTEIN (2002:95), esclarece sobre a Corte:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema por excelência. Enquanto os membros da Comissão são chamados de Comissários, os membros da Corte detêm o título de juízes; enquanto a Comissão elabora um relatório final com “recomendações”, a Corte emite uma sentença “definitiva e inapelável”, nas palavras da Convenção Americana. As sentenças da Corte são, ainda, obrigatórias, não podendo os Estados recusar-se a cumpri-las.

Sobre o Brasil, embora tenha o mesmo ratificado a Convenção Interamericana em 1992, e, portanto, automaticamente tenha se sujeitado ao monitoramento pela Comissão Interamericana, o documento relativo à Corte só foi depositado apenas em dezembro de 1998. Importa, neste aspecto, esclarecer que a aceitação da função contenciosa da Corte depende de expressa manifestação em documento depositado por escrito à OEA, ao contrário do reconhecimento da competência da Comissão para conhecer de demandas individuais, a qual decorre a partir da ratificação da Convenção, sem maiores formalidades.

E, por fim, cabe destacar a explicação de GORENSTEIN (2002: 96-97) ainda sobre a Corte:

Além da função jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também produz os chamados Pareceres Consultivos (*Opiniones Consultivas*). Esses são frutos da função hermenêutica do

⁷ Quanto a este ponto, explica PIOVESAN (2000: 40) que “se, ao longo deste prazo, o caso não for solucionado pelas partes e nem mesmo for submetido à Corte, a Comissão, por maioria absoluta de votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusões sobre o caso. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo, dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competem para remediar foram adotadas pelo Estado e se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades”.

⁸ Art. 61.1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

órgão. Nestes Pareceres a Corte Interamericana faz pública e obrigatória a sua interpretação concernente a dispositivos previstos nos tratados de direitos humanos, definindo o sentido e o alcance das normas em questão; também se pronuncia sobre a compatibilidade de leis nacionais com os tratados internacionais. A leitura dos Pareceres Consultivos permite utilizar, quando da apresentação internacional de um caso, conceitos que foram estabelecidos pela própria Corte na busca de um resultado semelhante.

Neste sentido com matriz didática, a partir das noções básicas dos principais mecanismos de operação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – com delineamentos básicos da Convenção, Comissão e Corte –, cabe a seguir verificar as elementares definitórias do *jus cogens*, para que, então, se possa relacioná-lo com o Caso Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil, buscando compreender, por fim, as intersecções de tal conceito no cotejo entre ordenamento internacional e interno.

2 O ELEMENTO *JUS COGENS*: MATRIZ E RELEVÂNCIA(S)

O termo *jus cogens*, enquanto categoria normativa reconhecida na esfera do Direito Internacional encontra guarida na Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 53 que assim dispõe:

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Entende-se através deste artigo que uma norma cogente se refere a uma norma que proteja os interesses fundamentais, comuns a toda a comunidade internacional. Logo, não é facultado ao Estado, como autoridade internacional, o direito de violar estas normas e sequer o direito de aquiescer com violações por parte de outros Estados.

Em razão desse caráter peremptório de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) todo tratado que entre em conflito com esta é nulo se a norma já existe no momento da conclusão do tratado, ou torna-se nulo e cessa a sua vigência se esta norma é superveniente, segundo os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena.

As consequências ocasionadas pela nulidade de um tratado considerado incompatível com uma norma de *jus cogens* estão dispostas no artigo 71 da Convenção:

1 - Quando um tratado seja nulo, nos termos do artigo 53.º, as Partes devem:

- a) Eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base numa disposição incompatível com a norma imperativa de direito internacional geral;
- b) Tornar as suas relações mútuas conformes à norma imperativa de direito internacional geral.

2 - Quando um tratado se torne nulo e cesse a sua vigência, nos termos do artigo 64.º, a cessação da vigência do tratado:
a) Isenta as Partes da obrigação de continuarem a cumprir o tratado;
b) Não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das Partes criados pelo cumprimento do tratado, antes da cessação da sua vigência; todavia, esses direitos, obrigações ou situações não podem manter-se no futuro, salvo na medida em que a sua manutenção não for em si mesma incompatível com a nova norma imperativa de direito internacional geral.

O reconhecimento pela Convenção de Viena da existência dessas normas como superioridade normativa com relação às demais fontes do direito internacional público foi essencial para superar o velho paradigma imposto pelo *jus dispositivum*, que via na vontade dos Estados o único fundamento para a validade das normas internacionais e ceder lugar a tendência em considerar como obrigatórias certas normas internacionais não emanadas necessariamente da manifestação dos Estados. Esta pretensa superioridade normativa do *jus cogens*, contudo, não está ligada às fontes que a geram, e sim ao seu conteúdo e aos valores expressos por esse conteúdo.

Além disso, estas normas introduziram um limite à autonomia de vontade dos Estados para concluir tratados, que antes era praticamente inexistente, com fins de assegurar a ordem pública. Com isso se torna mais difícil aos Estados privilegiar interesses próprios em detrimento de interesses comuns de toda a comunidade dos Estados.

Assim, 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-la⁹, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate¹⁰. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional.

A ressalva que se faz é quanto à falta de precisão da Convenção de Viena ao tratar do assunto, visto que não explicou de maneira cristalina o conteúdo jurídico e a

⁹ “Por derrogação entende-se a conclusão de um tratado afastando a aplicação de uma norma imperativa de Direito Internacional Geral”. OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰ 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, p. 124-135.

abrangência das normas imperativas, deixando à doutrina a discussão sobre esses pormenores tão importantes.

2.1 RECONHECIMENTO E ACEITAÇÃO DE UMA NORMA *JUS COGENS*

Levando em consideração o que foi dito a pouco, as normas de caráter peremptório não podem ser comparadas com as normas internacionais de maneira geral, pois além de não poderem ser derogadas, estas seguem um consenso de aceitação e de reconhecimento diferenciado das outras, justificado pela a sua importância de resguardar valores essenciais à comunidade internacional.

Uma norma imperativa de *jus cogens* exige a anuência e reconhecimento do seu caráter pela comunidade internacional como um todo. Somente assim um Estado aceita a imperatividade da norma, porque existem garantias de consenso mínimo para sua caracterização, o que preservaria os interesses de cada Estado¹¹.

Antes de tudo, a primeira observação a ser feita diz respeito aos sujeitos descritos como “comunidade internacional”. Consideram-se como representantes da comunidade internacional os Estados que abarcam os países representativos das grandes correntes sociais, econômicas, políticas e geográficas do planeta. Esses Estados possuem o papel de determinar o caráter peremptório das normas, são eles os únicos sujeitos legitimados para tanto. Portanto, isto desqualifica qualquer outro sujeito de direito internacional, pelo menos formalmente, de participar da aceitação e reconhecimento do caráter peremptório dessas normas.

Discute-se ainda no plano teórico a possibilidade de envolver a Organização das Nações Unidas e outras organizações internacionais como sujeitos legitimados no processo de reconhecimento da qualidade de norma imperativa. Seriam definidas quais as normas imperativas de direitos humanos através da manifestação da Assembleia Geral no caso da ONU, onde todo Estado é representado.

Com relação ao que diz respeito à primeira etapa do processo de aceitação da qualidade de uma norma peremptória por toda a comunidade internacional, pode-se afirmar que, normalmente estas derivam de um costume internacional geral ou comum, como as normas protetoras dos próprios fundamentos da ordem internacional.

¹¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2º ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

Como já foi visto anteriormente, é necessário um consenso distinto para a consagração de uma norma imperativa. Então para que seja conferida a determinada norma a imperatividade almejada, os sujeitos da comunidade internacional – ou seja, os representantes dos Estados – devem entrar em acordo em maioria qualitativa e quantitativa, se reconhecem ou não o caráter cogente da norma. No sentido de que, nesta maioria encontrem-se representantes significativos dos diversos sistemas políticos e sociais existentes na comunidade internacional¹², de modo a conciliar todos os interesses de todos os sistemas político-econômicos e culturais.

Verifica-se que essa norma, dita representativa dos valores essenciais para a comunidade internacional, não depende da unanimidade entre os Estados, inexistindo um poder de veto de um único Estado. Alguns autores argumentam que essa impossibilidade de oposição de um Estado a uma norma de *jus cogens* acarretaria o risco de ser gerado um Direito Internacional comandado por Estados fortes, sobrepujando os interesses dos Estados médios e pequenos e negando o pluralismo inerente a uma sociedade de Estados¹³.

Discordamos desse posicionamento, pois mesmo sendo considerado um risco, acreditamos que é um risco necessário para a comunidade internacional, visto que se trata da proteção de valores essenciais.

Mas afinal, que normas são consideradas como peremptórias?

Foram introduzidos alguns exemplos pelos relatores especiais da Comissão de Direito Internacional, os mais citados são: o princípio *pacta sunt servanda*; a proibição do uso ou da ameaça do uso da força; a proibição de atos que infrinjam a soberania e igualdade dos Estados; o princípio da autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição da pirataria; a proibição do genocídio (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103) (Wouters e Verhoeven, 2005) (Lauterpacht, 1993, p. 439-441); a proibição de atos qualificados como crimes contra a humanidade e (Ago, 1971, p.324); os princípios do direito

¹² “A comunidade internacional dos Estados como um todo obviamente não significa que a unanimidade seja exigida, porque normas imperativas podem vincular Estados contra a sua vontade. É usualmente reconhecido que uma larga maioria de Estados pode aceitar uma regra como imperativa. Essa maioria deve conter Estados de todos os sistemas políticos e sociais” (trad. do autor). HOOGH, André de. *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996, p.187-188.

¹³ REMIRO-BROTOS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 66.

humanitário, os princípios fundamentais de direitos humanos e do direito do meio ambiente.

Diante da expectativa de uma lista contendo todas as normas *jus cogens*, a Comissão optou por não elencar todos os exemplos e deixar que a jurisprudência dos tribunais internacionais e dos estados determine quais normas são peremptórias, alegando que uma lista acabaria restringindo as normas *jus cogens* e que, ademais, levaria muito tempo para finalizá-la.

O essencial não é saber propriamente que normas são imperativas e sim o caráter substancial dessas normas, que objetiva resguardar os valores essenciais da sociedade.

3 DAMIÃO XIMENES LOPES VS BRASIL: RESUMO FÁTICO

A demanda de número 12.237, encaminhada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1º de outubro de 2004, resultou na primeira condenação internacional do Brasil por violação de direitos humanos, isto é, no caso - paradigmático - Damião Ximenes Lopes versus Brasil, sentenciado em 04 de julho de 2006.

O caso versa sobre as condições desumanas e degradantes da hospitalização de Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guarapes, onde fora internado pela mãe, Albertina Ximenes, em outubro de 1999, a fim de tratamento psiquiátrico. Nessa época, esta casa era a única clínica psiquiátrica na região de Sobral, interior do Ceará, nordeste do Brasil.

No dia 04 de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, aos 30 (trinta) anos, foi encontrado por sua mãe, agonizando e em situações críticas de debilidade física. A senhora Albertina Ximenes pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, presente no local, por acreditar que seu filho iria morrer devido às condições em que este se encontrava. Entretanto, o médico não atendeu aos seus pedidos ocasionando na morte de Damião Ximenes Lopes no mesmo dia¹⁴.

A causa da morte identificada pelo corpo médico foi de “morte natural, parada cardiorrespiratória”¹⁵, sendo que o cadáver da vítima apresentava marcas de tortura,

¹⁴ CIDH. Caso Damião Ximenes Lopes versus República Federativa do Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. P 13.

¹⁵ Idem

punhos dilacerados, roxos, mãos perfuradas, com evidentes sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada.

Diante da incompatibilidade entre o laudo médico e os hematomas presentes no corpo da vítima, o corpo de Damião Ximenes Lopes foi levado, pela sua família, para Fortaleza a fim de que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”.

Inconformados com ambos os laudos médicos, apresentaram uma denúncia na Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral, a qual não demonstrou interesse na demanda, sendo o processo criminal iniciado tardiamente, apresentando falhas em todo o trâmite processual que implicaram diretamente na execução da lide, bem como no cerceamento de defesa como não arrolamento de testemunhas, a não participação dos envolvidos como réu.

Fomentando assim, um sentimento de impunidade diante da família da vítima e de parte da população de Sobral, tendo em vista que a prática de violência contra os pacientes da Casa de Repouso Guarapes era comum e sem qualquer tipo de repreensão por parte do Estado.

Ademais, a irmã da vítima, a senhora Irene Ximenes Lopes de Miranda procurou a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania para que houvesse a adoção de medidas tanto administrativas, quanto disciplinar, para o Conselho de Medicina, a Prefeitura de Sobral, através da Secretaria Municipal de Saúde, para a Secretaria de Saúde do Estado, como também para as autoridades policiais e judiciais. Porém, nada houve.

Tais fatos geraram prejuízos significativos à família da vítima, que foram perseguidos pelas autoridades públicas para que desistissem da demanda, adquiriram depressão clinicamente diagnosticada além de outras doenças graves, perderam a motivação para trabalhar e viver, e o mais grave, passados aproximadamente 05 (cinco) anos da instauração do processo criminal, não obtiveram qualquer resposta por parte da justiça ou evolução da lide. O caso continuava impune.

Diante disso, a senhora Irene Ximenes Lopes de Miranda procurou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentando todas as alegações de fato e a demanda processual lenta e imparcial, bem como a conduta de diversos agentes públicos a fim de desmotivar o acesso à justiça, bem como dificultar o andamento processual para que este

fosse apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, objetivando a instauração de um processo internacional de Direitos Humanos.

O estado brasileiro teve três oportunidades¹⁶ para prestar informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a acusação de omissão estatal pela morte de Damião Ximenes Lopes nas dependências da mencionada clínica psiquiátrica.

Nisso, conforme o Relatório nº 38/02 emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 09 de outubro de 2002, o Brasil “não apresentou nenhuma resposta aos fatos alegados pela peticionária e tampouco questionou a admissibilidade da petição”.

Como ressaltado anteriormente, tais fatos originaram a demanda de número 12.237 à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando início, *a posteriori*, ao caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil.

Em suas exceções preliminares, o Brasil alegou não ter ocorrido o esgotamento dos recursos internos correspondendo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos aos artigos 46.1 e 46.2. No entanto, a Corte rejeitou a preliminar, por não ter sido interposta ante a Comissão, ou seja, em razão do Princípio do Stoppel, o Brasil teve precluso seu direito de adotar uma medida contraditória ao que expressa ou implicitamente admitiu anteriormente, resultado essa nova adoção em prejuízo a outra parte. Quanto ao mérito, foram analisadas violações estatais referentes aos artigos 4, 5, 8 e 25 do Pacto de San José da Costa Rica.

Além disso, houve uma espécie de *qualificação* da responsabilidade internacional, pois Damião Ximenes Lopes estava internado numa instituição psiquiátrica privada, mas com atendimento pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e essa delegação de serviços públicos para entidades privadas não diminui o dever do Estado quanto aos mesmos.

Diante disso, Corte considerou o estado brasileiro diretamente responsável pela conduta dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes, usando como parâmetro de interpretação a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência Mental - ratificada pelo Brasil desde 2001 – e documentos da Organização Mundial de Saúde e Organização Panamericana de Saúde.

No que tange a violação aos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal), o estado brasileiro reconheceu a omissão estatal e sua responsabilidade

¹⁶ Idem

¹⁶ Relatório nº 38/02 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

internacional contra a vítima e todos os fatos relacionados à morte dele e aos maus tratos sofridos antes da morte. Tal reconhecimento deu-se pela carência de resultados positivos na propositura de políticas públicas de reforma dos serviços de saúde mental que propiciassem procedimentos eficazes de credenciamento e fiscalização nas instituições privadas de saúde.

Tais artigos – 4 e 5 da Convenção - levam em consideração a situação de vulnerabilidade da vítima para direitos específicos, a saber, o direito ao respeito à dignidade e à autonomia das pessoas portadoras de deficiência mental e direito a um atendimento médico eficaz.

Além disso, por essa característica intrínseca, trazem consigo outros requisitos que devem ser analisados, tais quais: a) a autonomia – tomar suas próprias decisões – deve haver comprovação da necessidade das medidas sem seu consentimento; b) finalidade do tratamento de saúde mental, ou seja, bem-estar do paciente com os meios menos restritivos à sua liberdade; sujeição ou contenção no tratamento que consiste na designação de qualquer ação que restrinja a tomada de decisões ou a liberdade de locomoção por parte do paciente, que somente é válida em último recurso, ou seja, quando estritamente necessária para a proteção do próprio paciente, ou do pessoal médico e terceiros, e realizada apenas por pessoal qualificado para tal, apenas pelo tempo em que persistirem os motivos que a justificam; c) deveres do estado quais sejam: cuidar (posição de garantidor em relação a todas as pessoas que estejam sob sua guarda ou cuidado), regular e fiscalizar (todas as instituições que realizem serviços de saúde, inclusive atendimento particular) e investigar violações de direitos humanos.

Ademais, no que concerne ao artigo 5 foi encontrado o *Iura cognit curia*, conquanto nas alegações finais, os representantes da vítima alegaram violações do artigo 5 em face dos familiares da vítima (mãe, pai, irmão e uma irmã de Damião Ximenes Lopes), em decorrência do sofrimento vivenciado com a situação ocorrida.

Quanto aos artigos 8 e 25, houve uma análise dúplice a respeito da investigação policial e as diligências relacionadas com a morte e ao processo penal e sua não observância do prazo razoável. Quanto a investigação policial além de ter sido realizada tardiamente, o primeiro exame realizado no cadáver da vítima foi considerado inadequado por não haver a determinação da necropsia por parte médica, sendo esta concretizada em outubro de 1999, que além de não ter cumprido com as diretrizes internacionais para investigações forenses somente foi realizada mediante encaminhamento próprio da família da vítima.

Quanto à segunda análise, sobre a não duração razoável do tempo processual, a Corte considerou que não houve adequação da situação as exceções à duração razoável do processo, pois tal caso não era um assunto complexo, a atividade processual dos familiares da vítima foi adequada e a demora do processo se deve unicamente à conduta das autoridades judiciais, sendo *irrazoável* estar pendente há 06 (seis) anos, sem sentença de 1ª instância e a espera de uma decisão interlocutória por parte do juiz.

Quanto às reparações, no que tange ao dano material, o Brasil foi condenado a pagar U\$10.00,00 (dez mil dólares) para a irmã de Damião Ximenes Lopes, por esta ter abandonado o emprego em virtude do impacto psicológico sofrido; e a pagar U\$1.500,00 (um mil e quinhentos dólares) para a mãe da vítima para cobrir os gastos funerários e os gastos com o traslado do corpo para a necropsia.

A título de dano imaterial, para Damião Ximenes Lopes, o Estado foi condenado a pagar U\$50.00,00 (cinquenta mil dólares), a serem distribuídos na proporção de 80% para a mãe e irmã da vítima, e 20% para o pai e o irmão. Para Albertina Ximenes, o Estado foi condenado a pagar U\$30.00,00 (trinta mil dólares); para o pai da vítima, U\$10.00,00 (dez mil dólares); para a irmã, U\$ 25.00,00 (vinte e cinco mil dólares); e para o irmão gêmeo de Damião, U\$10.00,00 (dez mil dólares).

Quanto a outras formas de reparação, ou medidas de satisfação e garantias de não repetição, a República Federativa do Brasil foi condenada a investigar de forma séria e efetiva os fatos que geraram as violações no presente caso, a publicar parte da sentença relativa aos fatos provados e aos seus pontos resolutivos no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, a continuar a desenvolver programas de capacitação para todos os profissionais envolvidos com a assistência de saúde mental, com ênfase nas normas internacionais relacionadas a isso.

4 INTERCECÇÕES DO “JUS COGENS” NO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 04 de julho de 2006, na Costa Rica, teve como Presidente, Sergio García Ramírez, Vice-Presidente, Alirio Abreu Burelli e como juízes: Antônio Augusto Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles e Diego García-Sayán.

Em seu voto dissidente, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade além de tratar sobre a relevância da matéria, a responsabilização internacional do Estado demandado, o direito ao acesso à justiça, a indissociabilidade dos artigos 8 e 25 da Convenção e a aplicação direta da Convenção no direito interno, comentou sobre a necessidade de ampliação do conteúdo material do *jus cogens*¹⁷.

Cançado Trindade entende que o conteúdo material do *jus cogens* não deve ser limitado, mas deve ser estendido para que alcance o seu objetivo principal que é a proteção *pró-homine*, logo, é possível identificar regras de *jus cogens* no direito de acesso à justiça *lato sensu*, ou seja, nos artigos 8 e 25 da CADH, pois o acesso a justiça eficaz é aquele que atende os todos os critérios estabelecidos por esses dois artigos, logo ambos devem ser analisados como indissociáveis pois devem ser compreendidos como garantias do devido processo legal. Esse entendimento também é corroborado pelo juiz em seu voto separado no caso do Massacre de Pueblo Bello,

A indissociabilidade entre os artigos 8 e 25 da Convenção Americana [...] me leva a entender como sendo do domínio do *jus cogens* o acesso à justiça entendido como a sua *plena realização*, ou seja, como sendo do domínio do *jus cogens* a intangibilidade de todas as garantias judiciais no sentido da análise conjunta dos artigos 8 e 25. Não pode haver dúvida de que as garantias fundamentais, comuns ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional Humanitário possuem uma aplicação universal em todas e quaisquer circunstâncias, constituindo-se um direito imperativo (pertencentes ao *jus cogens*), e implicando em obrigações *erga omnes* de proteção¹⁸ (Tradução Livre).

Ao propor a interpretação extensiva dos artigos 8 e 25 da CADH como sendo regras de *jus cogens*, Cançado Trindade também propõe a necessidade de uma ampliação do conteúdo normativo do próprio *jus cogens*, e isto configura-se como um instrumento de proteção dos direitos humanos, pois a própria evolução da sociedade e a evolução dos conflitos ocasiona na criação de novas obrigações *erga omnes*.

¹⁷ CIDH. **Caso Damião Ximenes Lopes versus República Federativa do Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. p.104.

¹⁸ CIDH. *Caso de La Massacre de Pueblo Bello versus Colombia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. P.167. Do Original: “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 em 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 Humanitario¹⁸³, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección”.

Ou seja, as violações de direitos humanos advertem a necessidade do desenvolvimento e evolução jurisprudencial das proibições de *jus cogens*, pois

O *jus cogens* internacional vai mais além que o direito dos tratados, estendendo-se para o direito da responsabilidade internacional do Estado e a todo o *corpus juris* do Direito Internacional Contemporâneo, e abarcando, em última instância, a todo ato jurídico¹⁹. (Tradução Livre)

Nesse sentido, o *jus cogens* deve ser entendido como um conceito de conteúdo material, cuja definição deve ser estendida para além do texto, pois a sua força vinculante gera obrigações tanto no âmbito da atuação estatal, como na própria adequação do ordenamento jurídico nacional, pois conforme o ensinamento de Flávia Piovesan “é como se o Direito Internacional Fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)”²⁰.

Insta salientar que, ainda nessa sentença do dia 04 de julho de 2006, a Corte IDH firmou entendimento que o direito à integridade pessoal consagrado na CADH também recai no conteúdo do *jus cogens*, pois “(...) tem por finalidade principal a proibição imperativa da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, não admitindo, pois a suspensão em circunstância alguma”²¹.

Portanto, a análise do voto separado de Cançado Trindade faz-se mister pela sua proposta de ampliação do conteúdo normativo e material das regras de *jus cogens*, diante da sua matriz controvertida e o do seu caráter abstrato, tendo em vista que é função do direito acompanhar a evolução da sociedade, ou seja, tal função também recai para as normas imperativas de direito internacional, quais sejam, as normas *jus cogens* por constituírem como instrumento da proteção dos direitos humanos no âmbito nacional e internacional.

¹⁹ Original: “el *jus cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, em última instância, a todo acto jurídico. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La ampliación del contenido material del ius cogens*. Organización dos Estados Americanos. Pg 3.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Editora Saraiva, 12ª edição, 2011, p. 106.

²¹ AGUIAR, Ana Laura Becker e GODOY, Gabriel Gualano. *Corte Interamericana de Derechos Humanos e a ampliação do conteúdo material do conceito normativo de jus cogens*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 8, Volume 8, Número 8, 2008, p.30.

5 CONCLUSÃO

O objetivo a que este trabalho se propôs foi o de analisar o elemento *jus cogens*, enquanto categoria normativa reconhecida na esfera do Direito Internacional, ainda que de matriz controvertida, que pode ser compreendido como um núcleo de normas jurídicas e condicionam a validade e eficácia de todas as demais que a contradizerem, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir da análise do voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade e sua crítica e defesa da ampliação do domínio do *jus cogens* diante do caso em análise.

Com esta meta-trabalho, após metodologicamente dimensionar este trabalho a partir de tópicos elucidativos sobre (1) o contexto em que se insere o Estado brasileiro na defesa interamericana dos direitos humanos, (2) uma suma teórico-procedimental sobre o mister da Corte e Convenção Interamericana de Direitos Humanos a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, (3) a análise do *jus cogens* como seu conceito e disposições legais internacionais, (4) os fatos do caso em estudo (5) analisar a defesa de ampliação do entendimento do domínio de *jus cogens* proferida por Cançado Trindade e concluir (6) pela necessidade de ampliação do conteúdo normativo do *jus cogens* como instrumento da materialização da proteção dos direitos humanos, afim de que não se admita nenhum ato jurídico contraditório a este princípio.

O âmago desta pesquisa científica se encontra(ou), portanto, no olhar de importância que se deve dar à tentativa, cada vez maior, de efetivar os direitos humanos e, sendo assim, entender que a legislação pátria – com a abertura constitucional e com a pactuação de tratados internacionais (neste caso, os que regem a América Latina) – a quando da não resolução dos casos e tutela efetiva do cidadão a partir das disposições do ordenamento brasileiro, é interdependente dos tratados internacionais, sobretudo os ratificados pelo Brasil, e, neste caso, senão a Convenção Interamericana e, submissão punitiva, a partir da Convenção, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo ser compatíveis com as regras de *jus cogens*, por conglobarem princípios, costumes e normas de grande relevância para os entes em âmbito internacional.

Em suma, concluímos que os Estados, por força do *jus cogens*, devem ter seus poderes limitados como forma de garantia da tutela da humanidade dos homens, pois, o *jus cogens* é um conceito de direito material que representa um dos instrumentos de defesa das arbitrariedades estatal e da regra da maioria, logo suscita a obrigação *erga omnes*,

necessariamente, devendo ser um imperativo de proteção dos direitos humanos em face aqueles que vierem a violá-los.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ana Laura Becker e GODOY, Gabriel Gualano. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e a ampliação do conteúdo material do conceito normativo de jus cogens**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 8, Volume 8, Número 8, 2008. Disponível em: www.ibdh.org.br/ibdh/Revistas/revista_do_IBDH_numero_08.pdf. Acesso em: 11/nov/2013.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2º ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

CIDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Damião Ximenes Lopes vs. República Federativa do Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

_____, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso del la Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia**. Sentencia de 31 de janeiro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2ª ed. atual. e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Direitos Humanos/ACNUR, 2004.

_____, Antônio Augusto. **La ampliación del contenido material del ius cogens**. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf. Acesso em: 11/11/2013.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 1ª ed. Lisboa: Coimbra, 2008.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, jul, 2005. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/artigos/>.

GORENSTEIN, Fabiana. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. In LIMA JR., Jayme Benvenuto. Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Loyola, 2002.

HOOGH, André de. **Obligations Erga Omnes and Internacional Crimes**. The Heague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996, p.187-188.

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos**. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 12ª edição, 2011.

REMIRO-BROTONS, Antonio. **Derecho Internacional Público**. Principios Fundamentales. Madrid: Tecnos, 1982.

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