

ISTEISSI AIRES GARCIA SOMENZARI

AS NORMAS DE *JUS COGENS* SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Dissertação apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná, como parte das exigências para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tatyana Scheila
Friedrich

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

ISTEISSI AIRES GARCIA SOMENZARI

AS NORMAS DE *JUS COGENS* SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tatyana Scheila Friedrich

Setor de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Privado

Prof. Prof^a. Rosicler dos Santos

Professora Convidada

Curitiba, 04 de novembro de 2008.

Aos meus pais, que sempre me apoiaram e dedicaram suas vidas a mim e meus irmãos.
À minha irmã e ao meu irmão, por todos os momentos que compartilhamos.

RESUMO

O trabalho desenvolvido no sistema interamericano de direitos humanos é de grande relevância não apenas para a região, mas para toda a comunidade internacional. A sentença proferida na Corte Interamericana, por exemplo, repercute no sistema europeu, da mesma forma que as sentenças e pareceres daqueles órgãos surtem efeitos e são utilizados aqui.

Estes órgãos são os principais responsáveis pela consolidação das normas de *jus cogens*, que vem ocorrendo progressivamente. Isso porque as normas internacionais, para integrarem o domínio do *jus cogens*, necessitam do reconhecimento da comunidade internacional como um todo, o que é mais facilmente visto por meio de documentos originais

dos órgãos criados por tratados multilaterais, os quais abrem espaço para a manifestação da vontade de um maior número de Estados.

Assim, embora os direitos humanos sejam constantemente ameaçados, a tendência é a consolidação e a ampliação do conteúdo do *jus cogens*, devendo-se buscar o reconhecimento desses direitos como normas imperativas e sua proteção efetiva, para além do mero discurso político.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. O <i>Jus Cogens</i> no Direito Internacional Público	9
2.1 Breves notas sobre a evolução histórica	9
2.2 A fundamentação da teoria do jus cogens e os direitos humanos	12
2.3 Critérios para a definição de uma norma de jus cogens	18
2.4 As dificuldades na definição do conteúdo e aplicação da teoria	19
3. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	24
3.1 As origens do sistema interamericano	26
3.2 O pacto de San José da Costa Rica	28
3.3 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	30
3.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos	32
4. Normas Reconhecidas como <i>Jus Cogens</i> pela Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	35
4.1 Desaparecimento forçado de pessoas – Caso Blake vs. Guatemala	35
4.2 Princípio da Igualdade e da não discriminação - Caso Yatama vs. Nicarágua	39
4.3 Direito à vida –Villagrán Morales e outros vs. Guatemala	43
4.4 Proibição da prática de tortura – Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala	46
4.5 Direito ao acesso à justiça - Caso Almonacid Arelano e outros vs. Chile	50
4.6 A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, México – princípio da igualdade perante a lei e da não-discriminação	54
5. Considerações Finais	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1. Introdução

As dificuldades enfrentadas pelo Direito Internacional Público são, em grande parte, conseqüência da falta de uma estrutura institucionalizada da sociedade internacional.

O 'Direito do consenso', como também é conhecido, permite que o Estado avalie livremente os objetivos das obrigações que deseja assumir, em condições de igualdade com outros Estados. Cada um, dentro de sua soberania, escolhe as normas de direito internacional com a qual deseja se comprometer. Os acordos também são firmados sob essa ótica, do voluntarismo, na qual nenhum Estado soberano pode, pelo menos em teoria, obrigar outro Estado soberano a se comprometer com determinada questão.

Assim, a simples existência da norma não implicará, por si só, sua aplicação no caso específico, a menos que o Estado assim deseje. Como conseqüência desse raciocínio, pode-se afirmar que não há hierarquia de normas de direito internacional.

Se por um lado pode-se dizer que haveria uma maior efetividade de regras criadas pelo consenso dos próprios destinatários dessas regras, o fato de os Estados, soberanos e independentes, serem os 'legisladores' e destinatários das normas faz com que o sistema seja fortemente influenciado por questões políticas, em que os Estados buscam medir sua força perante a comunidade internacional, muitas vezes infringindo regras criadas por eles mesmos.

Além disso, essa teoria do voluntarismo, clássica para o Direito Internacional, foi suficiente numa comunidade internacional formada apenas por Estados. Ou seja, poderia ser completamente aceita, sem maiores questionamentos, quando apenas os Estados eram reconhecidos como sujeitos de direito internacional, pois todos eram soberanos e podiam negociar em igualdade de condições.

No entanto, as relações internacionais tem se expandido e, hoje, também os indivíduos e as organizações internacionais são sujeitos de direitos, podendo contrair obrigações e, principalmente, podendo buscar a garantia e a proteção de seus direitos internacionalmente. Assim, conforme aponta CARRILLO, o crescimento do papel do indivíduo, bem como a multiplicação das organizações internacionais e a emergência do conceito de uma "comunidade internacional" fizeram surgir um Direito Internacional de cooperação, em oposição ao Direito Internacional clássico, em que havia apenas uma coexistência de Estados soberanos, cada um com seu

ordenamento interno.¹ De acordo com o mesmo autor, hoje há um equilíbrio entre a coexistência e a cooperação, que contribuem para a formação de uma comunidade internacional.

Para essa nova dinâmica internacional, as regras baseadas apenas no voluntarismo muitas vezes são insuficientes para proteger todos os sujeitos de direito de forma efetiva. O avanço da interdependência dos Estados implica em uma subordinação de suas vontades individuais em nome de um bem comum, sugerido por eles.

É nesse contexto que surge a explicação para o surgimento de normas imperativas, pois o banimento da força, a promoção da auto-determinação dos povos e o reconhecimento dos direitos humanos tornam-se fundamentais para a manutenção da coesão dessa sociedade.

Embora a maior parte das regras esteja subordinada a vontade dos Estados, podendo ser aceitas ou não com base apenas na discricionariedade, há normas sobre as quais o Estado não tem poder. Em relação a essas regras, não se admite derrogação. Elas só podem ser 'emendadas' por norma de Direito Internacional geral da mesma natureza, pois protegem direitos que dizem respeito a toda a comunidade internacional.

Essas normas, conhecidas por *jus cogens*, serão objeto de estudo do presente trabalho, assim como o trabalho desenvolvido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a consolidação de sua teoria e para a expansão e definição de seu conteúdo.

Dessa forma, optou-se por dedicar o primeiro capítulo a um breve relato sobre a evolução do conceito de *jus cogens* e sua crescente aceitação na comunidade internacional, abrangendo as teorias utilizadas para sua fundamentação e os principais problemas encontrados na sua aplicação.

No segundo capítulo, de maneira bastante simplificada, fala-se do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, sua evolução e importância para a comunidade internacional. A intenção não é explicar detalhadamente como um caso se processa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas apenas dar as linhas gerais do

¹ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Reflections on the Existence of Norms in International Law*. Documento eletrônico disponível em: <http://www.ejil.org/journal/vol8/no4/art3.pdf>. Acesso em: 26/07/2008.

funcionamento desses órgãos, e qual o reflexo que suas decisões e pareceres têm perante a comunidade internacional.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado a um estudo mais específico das normas elevadas a categoria de *jus cogens* nas Américas, buscando-se enfatizar os valores preservados por elas e a fundamentalidade da proteção dos Direitos Humanos, como forma de impedir que a discricionariedade dos Estados viole direitos fundamentais dos indivíduos.

2. O *Jus Cogens* no Direito Internacional Público

2.1 Breves notas sobre a evolução histórica

Embora possa se afirmar que o *jus cogens*, no sentido atual do termo, só foi positivado recentemente, com a Convenção de Viena de 1969, a noção de *jus cogens* como norma universal e comum a todos os Estados não é recente. Os estóicos, em IV d.C., desenvolveram uma teoria do direito que deveria ser aplicada internacionalmente, pela qual valores universais seriam aplicados a todos os Estados, sem distinção de nacionalidade ou raça.²

Teólogos espanhóis do século XVI também afirmavam que certos princípios eram direito natural necessário. Nesse mesmo sentido, Grotius, considerado um dos fundadores do Direito Internacional, afirmava que “os princípios do Direito Natural eram tão imutáveis que nem Deus poderia modificá-los”.³

Mesmo Bodin, com sua teoria da soberania absoluta, afirmava que essa teoria não significa que a autoridade estatal poderia ser ilimitada e autoritária. Ele reconheceu que a soberania está subordinada ao ‘poder de Deus’ ou ao ‘direito natural’.⁴

Assim, o significado da noção de *jus cogens* vai, com o passar do tempo, assumindo um caráter de norma moral, responsável por reger as atitudes dos indivíduos e ligada a vontade de Deus.

Com a I Guerra Mundial começou um reconhecimento mais formal, inclusive com o surgimento de instrumentos de proteção e jurisprudência reconhecendo as normas peremptórias. Em 1934 o Juiz Schucking, da ‘Permanent Court of International Justice’, antecessora da atual ‘International Court of Justice’ utilizou o termo *jus cogens* expressamente, ao se referir ao art. 20 da Convenção da Liga das Nações. Afirma o juiz que:

² NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. Disponível em: [HTTP:// www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf](http://www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf); Acesso em: 20/07/2008.

³ Grotius, Hugo. *Do Direito de Guerra e da Paz*. Volume I. e *Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625), 1, Ch. I, X, 5.

⁴ NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. Disponível em: [HTTP:// www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf](http://www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf); Acesso em: 20/07/2008.

I think that the case in which a convention has to be regarded as automatically null and void is not an entirely isolated in international law. The Covenant of the League of Nations, as a whole, and more particularly its Article 20, in which the Members undertake not to enter into obligations or understandings *inter se* inconsistent with its provisions, would possess little value unless treaties concluded in violation of that undertaking were to be regarded as absolutely null and void, that is to say, as being automatically void. And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even today, to create a *jus cogens*, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void.⁵

Após, a teoria do *jus cogens* no direito dos tratados foi discutida em 1949, durante a primeira sessão das discussões que resultariam na Convenção de Viena. No entanto, somente após a segunda metade do século XX o conceito de norma peremptória foi aceito expressamente, com a inserção do conceito de *jus cogens* no art. 53 da Convenção.

Esse desenvolvimento se deve ao fato de que, no Direito Internacional Público, marcado notadamente pelo consenso de países, surgiu a necessidade de criar normas imperativas, que não pudessem ser objeto de negociação, em razão do alto conteúdo valorativo.

Essas normas cogentes possuem um conteúdo considerado essencial para toda a comunidade internacional, que justificaria seu prevailecimento sobre outras normas de direito internacional quando em conflito. Essas normas também não são suscetíveis de derrogação, a menos que seja por outra norma, também considerada *jus cogens*.

Para Jorge MIRANDA, o desenvolvimento da doutrina do *jus cogens* foi influenciado pela nova consciência em relação aos direitos das pessoas, que reconheceu a superioridade de certos direitos que visem a assegurar a dignidade da pessoa humana, independente das vontades dos Estados. Além disso, as novas exigências de paz e de segurança coletiva, bem como uma crise da soberania estatal contribuíram para que a teoria fosse desenvolvida e cada vez mais reconhecida pela comunidade internacional.

Como foi dito acima, o desenvolvimento mais intenso se deu ao longo da segunda metade do século passado, quando a humanidade se deparou com os

⁵ Opinião separada do juiz M. Schücking, no caso Oscar Chinn. PCIJ, série AB, no. 63, 1934. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_63/06_Oscar_Chinn_Opinion_Schucking.pdf>. Acesso em: 29/09/2008.

riscos de uma guerra nuclear, após a II Guerra Mundial, pois tal fato demonstrou que o Direito Internacional, baseado apenas na vontade dos Estados, era insuficiente e perigoso para a sobrevivência de toda a sociedade.

Tratados temáticos foram sendo celebrados no intuito de proteger determinados interesses comuns a toda a comunidade internacional. Na África, por exemplo, a atenção estava voltada para a questão do *apartheid*, que ainda na década de 60 reproduzia a injustiça e a discriminação entre os povos, remanescentes do regime de colonial.

Nesse sentido, um grande e importante passo foi dado pela Carta das Nações Unidas, de 1945, que estabeleceu no art. 2º o dever de todos os Estados, mesmo aqueles não membros da Organização, agir de acordo com os princípios da Carta para fazer o que for necessário à manutenção da paz e segurança internacionais.

A partir desse marco, vários tribunais internacionais passaram a reconhecer as normas imperativas. O Tribunal de Nuremberg reconheceu em um de seus acórdãos, a nulidade de um tratado entre o Governo alemão e o Governo francês que obrigava os prisioneiros de guerra a trabalhar nas fábricas de armamento alemãs.⁶ Também as Convenções de Genebra, revistas em 1949, previram que uma eventual denúncia, caso as partes estivessem em conflito, seria nula no que concerne às obrigações relacionadas aos Direitos das Gentes.

No entanto, a positivação expressa das normas imperativas ocorreu apenas em 1969, com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, que depois foi repetida com a Convenção de Viena de 1989, sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou Organizações Internacionais. Aquela Convenção, cujo texto é repetido no documento de 1989, prevê, no artigo 53, que a norma imperativa é uma norma *“aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza.”*

Embora a denominação de normas imperativas não seja inteiramente correta, pois, a princípio, todas as regras jurídicas sejam cogentes, o termo *jus cogens* é usado em oposição a *jus dispositivum*, o que, nas palavras de MIRANDA,

⁶ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. Lisboa: Principia, 2006, p. 124.

se pretende inculcar é que são regras que estão para além das vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e actos contrários.⁷

Esse sistema também pressupõe a existência de normas hierarquicamente superiores no Direito Internacional Público, o que se torna difícil de reconhecer diante da comunidade internacional, pois não há um órgão legislativo, além de suas normas terem por base a vontade dos sujeitos, ou seja, o *jus cogens* seria uma afronta à idéia basilar do Direito Internacional Público: o consentimento.

Além disso, apesar da referência expressa ao *jus cogens*, o artigo apenas traz características comuns a essas normas, sem apresentar um rol de dispositivos considerados *jus cogens*, seja exemplificativo ou exaustivo, e nem ao menos traz critérios que permitam a identificação dessas normas.

2.2 A fundamentação da teoria do *jus cogens* e os direitos humanos

Como assevera André de Carvalho Ramos, as tradicionais críticas *jusnaturalistas* ao voluntarismo defendiam, resumidamente, que no Direito Internacional o limite à vontade dos Estados estava nas regras de Direito Natural.

Verdross⁸ foi o primeiro jurista a buscar uma fundamentação diversa do Direito Natural para o *jus cogens*. Afirmava que as normas imperativas não podiam ser derogadas porque contêm valores fundamentais à sociedade internacional, que visam a satisfazer os interesses da comunidade como um todo, e não de determinados Estados. Assim, o fundamento seria “a sobrevivência da comunidade internacional”, não mais o Direito Natural.

Esse entendimento foi ratificado pela Corte Internacional de Justiça, que em 1951 reconheceu que “a existência de normas internacionais que não atendiam a interesse particular de um Estado, mas sim a um interesse *comum* de toda a

⁷ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. Lisboa: Principia, 2006, p. 123.

⁸ VERDROSS, Alfred. “*Jus Dispositivum e Jus Cogens in International Law*”, 60 *American Journal of International Law* (1966), pp. 55-63. Apud: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 167.

humanidade”⁹, em parecer consultivo relacionado às normas de direitos humanos da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.¹⁰

Embora RAIGÓN afirme que não se pode negar o ‘parentesco’ entre as normas de *jus cogens* e o direito natural, o mesmo autor afirma que não há coincidência entre os conceitos, pelo menos não da forma como o *jus cogens* foi positivado pela Convenção de Viena, pois se admite a derrogação de uma norma imperativa por outra de mesmo valor, enquanto o direito natural, ao menos no sentido clássico, não admite qualquer tipo de derrogação.¹¹

Também Tatyana Scheila Friedrich, ao tratar da relação entre direito natural e *jus cogens*, aponta semelhanças entre os conceitos, mas destaca uma diferença básica: a mutabilidade do *jus cogens*. Em suas palavras:

Não há dúvida que *jus cogens* e direito natural apresentam elementos conformes. Ambos evidenciam um conjunto de normas impositivas que servem como modelo normativo e que não admitem incompatibilidade, formando um sistema universal. As próprias limitações dos dois direitos também parecem comuns: da mesma forma que há inúmeras dificuldades para codificar o direito natural, haja vista que, com o crescente número de direitos fundamentais, sua enumeração nunca é exauriente, a sistematização das normas de *jus cogens* também se mostra complicada, pois seu conceito é abstrato e seu conteúdo nunca chegou a ser definitivamente estabelecido.

No entanto, uma diferença básica é perceptível. Enquanto o direito natural é imutável, o *jus cogens* pode ser modificado por norma de direito internacional geral da mesma natureza, conforme previsto na CVDT (Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados).¹²

Além disso, em que pese a inexistência de um rol taxativo das normas de *jus cogens*, pois não há um tratado que enumere as normas imperativas, o reconhecimento de certas normas como superiores se dá em razão da valoração que elas têm perante a comunidade internacional, sendo o costume internacional uma das fontes que consolida esse reconhecimento.

Entretanto, para alguns autores a imperatividade dessas normas vão de encontro ao fundamento do Direito Internacional, qual seja, o consentimento. Porém,

⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

¹⁰ Parecer da Corte Internacional de Justiça. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. May, 28th, 1951. Documento disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acesso em 28/09/2008.

¹¹ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 23.

¹² FRIEDRICH, Tatyana S. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 175 e 176.

a aceitação e o reconhecimento de normas imperativas têm seu fundamento no fato de proteger os direitos mais essenciais à manutenção da comunidade internacional, à sobrevivência do próprio homem, em última instância, que deixa de ficar vulnerável às políticas estatais que muitas vezes viola seus direitos.

Essa aceitação e reconhecimento, para alguns autores, poderiam ser apenas regional. Contudo, a maior parte da doutrina defende que o *jus cogens* tem que ser aceito por toda a comunidade internacional. MIRANDA, por exemplo, não admite *jus cogens* regional.¹³

Afirma-se que a universalidade das regras de *jus cogens* está sedimentada no artigo 53 da Convenção de Viena, que refere-se ao *jus cogens* como norma 'aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo'.

Convém observar o sentido e alcance do termo universalidade. Para RAMOS, a universalidade, aplicada aos direitos humanos, deve ser compreendida sob três planos. O primeiro refere-se à titularidade e importa dizer que os direitos humanos são universais porque seus titulares são universais. O segundo plano, temporal, reconhece que os homens possuem direitos humanos em qualquer época da história. Por fim, afirma que há o plano cultural, pois os direitos humanos permeiam todas as culturas humanas.¹⁴

No mesmo sentido, RAIGÓN afirma que, a princípio, a redação da Convenção de Viena impediria as discussões a respeito de *jus cogens* regional. O autor sustenta que:

Outra de las características de ese concepto, ya adelantada anteriormente, es la de la universalidad de la regla de *ius cogens*: se trata de normas de Derecho internacional general que son aceptadas y reconocidas como imperativas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es decir, de normas que no tienen limite geográfico para su aplicación.

Esta universalidad de la regla imperativa de Derecho internacional, AL menos tal y como es formulada por la Convención de Viena de 1969, impediría, prima facie, hablar de la existencia de un *jus cogens* regional, es decir, de ciertas normas reconocidas como esenciales por un grupo de Estados respecto de la comunidad particular que conforman.¹⁵

¹³ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. Lisboa: Principia, 2006, p. 127.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179.

¹⁵ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 36-37.

No entanto, o autor faz a distinção entre o momento da formação do *jus cogens* e sua aceitação. Se por um lado o artigo 53 da Convenção afirma que a aceitação do *jus cogens* deve ser “geral-universal”, nada impede que, no plano regional, por extensão da via consuetudinal, certos princípios se convertam em normas de direito universalmente válidas. Assim, o conceito de ‘*jus cogens* regional’ se aproximaria mais ao conceito de ordem pública do Direito interno.

O debate entre universalismo e regionalismo é bastante extenso e complexo. Apesar de importante, não será analisado com a profundidade necessária no presente trabalho. No entanto, é preciso ter em mente, primeiramente, que ambos os discursos podem dar fundamentação a violações de direitos humanos, pois assim como o discurso do universalismo pode camuflar uma ingerência estrangeira, principalmente ocidental sobre a cultura do oriente, a relativização cultural dos direitos humanos abre um amplo espaço para a discricionariedade da política estatal, que pode ser manipulada e ensejar muitas violações humanitárias.

Além disso, deve-se observar que o discurso de proteção aos direitos humanos muitas vezes fica muito aquém de uma efetiva proteção, limitando-se apenas a um discurso de cunho político e econômico, que, de acordo com interesses geopolíticos, pode camuflar graves violações ou mesmo dar-lhes grande visibilidade.

Ainda, ao contrário do que pode parecer, afirmar que os direitos humanos são universais não significa dizer que não se deve prestar atenção aos regionalismos e às diferentes culturas. Em voto conjunto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, os juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli afirmam que

La atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘relativismo’ cultural.¹⁶

¹⁶ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade y M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, parágrafo 14.

Busca-se, contudo, um diálogo entre universalismo e relativismo, partindo do reconhecimento de que cada cultura é insuficiente em si mesma e que já valores universais, aceitos e reconhecidos por qualquer religião. Dessa forma, embora alguns costumes sejam aceitos, em razão dos costumes, por determinada crença, agridem a dignidade da pessoa humana.

Boaventura de Souza Santos¹⁷ defende uma concepção emancipatória dos direitos humanos e, para isso, estabelece cinco premissas que possibilitariam um diálogo intercultural, a fim de fundamentar uma concepção ‘mestiça’ dos direitos humanos.

A primeira é a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Afirma que Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto.

Como segunda premissa, afirma que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, embora nem todas a concebem em termos de direitos humanos. Na terceira premissa afirma a incompletude de todas as culturas, o que provém da própria existência de uma pluralidade de culturas. Consequentemente, estabelece como quarta premissa, que cada cultura tem sua própria concepção de dignidade humana, podendo ser uma mais amplas que outras.

A quinta premissa, por fim, é que as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Segundo o autor, o primeiro “opera através de hierarquias entre unidades homogêneas (a hierarquia de estratos socio-económicos; a hierarquia cidadão/estrangeiro)”, enquanto o princípio da diferença “opera através da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas (a hierarquia entre etnias ou raças, entre sexos, entre religiões, entre orientações sexuais)”. Contudo, afirma ainda que “estes dois princípios não se sobrepõem necessariamente e, por esse motivo, nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais”.

Partindo de uma visão religiosa, Fiona de Londras busca a fundamentação do *jus cogens* no conceito de religiosidade. Afirma que a doutrina do *jus cogens* é uma

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 29/09/2008.

doutrina instintiva, moral, algo que ‘parece correto’ e, por isso, tão vulnerável a críticas.

O fato de buscar sempre o respeito pela dignidade humana o aproximaria da religião, já que as diferentes religiões têm um consenso: o respeito pela dignidade humana, embora afirme que o fundamento direto da religião está na noção de ‘sagrado’, enquanto o *jus cogens* busca sua fundamentação na noção de dignidade.

Dessa forma, sustenta a autora que há uma intersecção entre *jus cogens* e religião e que ao reconhecê-la, será mais fácil que as diferentes culturas aceitem as normas imperativas e as respeitem. Em suas palavras,

Not every right is contained within the classification of *jus cogens* norms, as we have already seen. However those which are seen as peremptory norms share a common characteristic – they reside on the intersection between the vast majority of moral codes. As we have already considered moral codes are either expressly or impliedly influenced by religious traditions, therefore the intersection of moral codes can also be said – or at least argued – to also be an intersection between religious codes.

(...)

If states were to accept that *jus cogens* norms represent the absolute moral rules as identified by their religious commonality then all states that wanted to act morally – regardless of their religious or other identities – would comply with those norms in relation to their own people and in relation to citizens of the other states.¹⁸

Essas questões a respeito do fundamento do *jus cogens* em muito interferem para seu reconhecimento e utilização em pareceres e sentenças, pois influenciam a maneira como a comunidade internacional olhará para o tema. Se por um lado, ao estabelecer a conexão entre *jus cogens* e *jus naturalismo* pode enfraquecer o conceito, talvez a ‘intersecção’ com religião possa dar o embasamento para que a noção seja mais aceita por diferentes Estados.

Contudo, o que todos pretendem é o reconhecimento da noção de *jus cogens*, sua afirmação no cenário internacional e ampliação do seu conteúdo material, de modo a proteger cada vez mais a dignidade humana.

No momento atual, algumas normas já foram consagradas internacionalmente como pertencentes ao domínio do *jus cogens*. Outras ainda buscam sua afirmação progressiva, por meio de votos dissidentes ou separados em cortes internacionais. Nesse aspecto, importante também o trabalho da doutrina. Para RAIGÓN, por

¹⁸ LONDRAS, Fiona de. *The religiosity of Jus Cogens: A moral case for compliance?* In: Rehman J. & Breau S. (Eds.), *Religion and Human Rights Law: A Critical Examination of Islamic Law and Practices*, (2007, The Hague; Martinus Nijhoff), p. 247-280. Documento Eletrônico Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1126589; acesso em: 20/08/2008.

exemplo, as normas de *jus cogens* se referem principalmente à manutenção da paz e da segurança internacional; a existência e a igualdade dos Estados e dos direitos de auto-determinação dos povos; e aos direitos fundamentais do ser humano.¹⁹

2.3 Critérios para a definição de uma norma de *jus cogens*

Para que uma norma de direito internacional seja elevada à categoria de *jus cogens* é preciso que preencha os critérios apontados no art. 53, da Convenção de Viena. O juiz NIETO-NAVIA²⁰ identifica três requisitos, quais sejam: que a norma seja uma norma de direito internacional geral; que a norma seja aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo; e que seja uma norma cuja derrogação não seja permitida e que só possa ser modificada por uma subsequente norma de direito internacional geral, de mesmo caráter.

Em relação ao primeiro requisito, o autor afirma que norma de direito internacional geral é aquela aceita pela maioria, senão por todos os Estados. No entanto, nem todas as normas de direito internacional geral são *jus cogens*. O *jus cogens* existe não para satisfazer os interesses individuais de um Estado, mais os mais altos interesses de toda a comunidade internacional.

Com relação a aceitação e reconhecimento, estes podem ser expressos ou tácitos. De acordo com o mesmo autor, isso não significa que a norma deva ser aceita por todos os Estados. Também significa que apenas alguns sujeitos de direito internacional, agindo isoladamente ou em conjunto, não podem criar normas de *jus cogens* e impor sua interpretação para os outros Estados, nem mesmo vetar a decisão tomada pela maioria dos Estados.

Ele ainda identifica fontes do direito internacional que poderão originar normas de *jus cogens*, como os tratados gerais; costume internacional, já que uma grande parte do direito internacional ainda permanece como costume, sem positivação; e os princípios gerais do direito.

¹⁹ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p 64.

²⁰ NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. Disponível em: [HTTP:// www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf](http://www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf); Acesso em: 20/07/2008.

Em relação ao terceiro critério, o autor admite que as normas de *jus cogens* são mais facilmente ilustradas que definidas. Nesse sentido, NIETO-NAVIA aponta algumas linhas gerais que servem de base para a identificação dessas normas, como o princípio da boa-fé no direito internacional; normas necessárias a estabilidade da ordem jurídica internacional, como o *pacta sunt servanda*; normas com objetivos humanitários e princípios de direitos humanos; normas que interessem a comunidade internacional como um todo, como as aspirações trazidas pelo preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

2.4 As dificuldades na definição do conteúdo e aplicação da teoria

As maiores dificuldades apontadas pelos teóricos de direito internacional na aplicação da teoria do *jus cogens* estão na ausência de tipificação dessas normas, ou mesmo de qualquer critério que aponte para uma maneira de identificá-las e no fato de que, para alguns, a imperatividade é incompatível ao Direito Internacional Público, classicamente fundado na vontade dos Estados e na busca do consenso.

Francisco REZEK compartilha esse entendimento. Para ele,

a teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil à idéia de consentimento como base necessária do direito internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas – geradas por voto majoritário ou consenso de assembleias, ou deduzidas em cenário ainda menos representativo do interesse geral – frustrem a liberdade convencional dos países não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses, de arriscar parte expressiva dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação.²¹

No entanto, para FRIEDRICH, afirmações como estas “normalmente se originam de autores adeptos de um positivismo jurídico restrito e de uma concepção voluntarista do direito que não admite limitação à vontade estatal, que deve ser absoluta”.²²

O direito não é estático e o *jus cogens* está inserido dentro das mudanças no cenário internacional. Portanto, não se pode pretender a centralização das decisões

²¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

²² FRIEDRICH, Tatyana S. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

na figura do Estado, pois o que surge a vontade da comunidade internacional, que relativiza o consentimento do Estado sem, no entanto, anulá-lo.

Com relação à ausência de identificação das normas pertencentes a categoria de *jus cogens*, esta questão foi objeto de discussão durante as negociações que resultaram na sua positivação. Cogitou-se, inclusive, a possibilidade de exemplificar quais seriam as normas de *jus cogens*. No entanto, a Convenção foi omissa quanto a isso, pois julgou que a melhor saída seria estipular apenas os termos gerais de direito internacional que o tratado seria nulo se contrário a uma norma de *jus cogens* e deixar para a prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais internacionais a definição do conteúdo normativo.²³

Para a Comissão, a enumeração das normas de *jus cogens* poderia excluir de apreciação casos não mencionados e vir de encontro ao caráter mutável das normas de *jus cogens*. No entanto, SALCEDO afirma que a verdadeira razão para essa omissão foi a inexistência de consenso a respeito da definição de normas de *jus cogens*.²⁴

De qualquer forma, com ou sem a enumeração das normas de *jus cogens*, o artigo é passível de críticas. Um dos delegados da França, M. Hubert, apontou alguns problemas que a codificação do conceito de *jus cogens* poderia trazer. Para ele, além de o artigo não determinar quais normas seriam *jus cogens*, a imprecisão do artigo poderia significar uma permanente disputa sobre sua interpretação, ou que sua interpretação dependesse da vontade da maioria dos Estados e que estes, teriam o ‘poder’ de criar fontes de Direito Internacional, sem sujeição a qualquer tipo de controle e com falta de responsabilidade.²⁵

No mesmo sentido, ensina RAIGÓN que “dejar que la identificación, definición y aplicación de las normas de *jus cogens* dependam de los intereses estatales en

²³ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 42.

²⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos: 1976, p.264. Apud: RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 43.

²⁵ NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. Disponível em: [HTTP:// www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf](http://www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf); Acesso em: 20/07/2008.

conflicto significaría, sencillamente, la destrucción del concepto mismo de normas imperativas de Derecho internacional general".²⁶

É por essa razão que as cortes internacionais, ou mesmo órgãos internacionais consultivos, vem prestando um importante serviço a toda a comunidade internacional, no sentido de identificar certas normas como *jus cogens* e delimitar o alcance de dispositivos e tratados. Esses órgãos são criados através de tratados internacionais multilaterais e refletem a vontade de um conjunto de Estados.

Além disso, nenhum dos argumentos utilizados para criticar a noção de *jus cogens* pode ser aceito como desculpa para impedir o desenvolvimento dessas normas, pois elas são fundamentais para a proteção e promoção de direitos humanos e humanitários no atual contexto internacional.

As críticas podem ser reunidas, basicamente, sob três argumentos: a) a dificuldade em identificar as regras; b) os riscos que trazem para a estabilidade dos contratos, uma vez que poderiam ser alegadas como fundamento para o descumprimento de uma cláusula contratual; c) conteúdo incompatível com o sistema internacional.²⁷

Como já foi afirmado acima, nenhum desses argumentos justifica a não aceitação da teoria do *jus cogens*. Além disso, a incompatibilidade, em tese, com o sistema internacional remete àquele sistema clássico, de coexistência entre os Estados, que não mais persiste atualmente.

Com relação ao conteúdo das normas, é interessante observar que, embora não haja um rol taxativo, o reconhecimento das normas de *jus cogens* ocorre, principalmente, nos julgamentos e pareceres de tribunais internacionais, criados por tratados multilaterais, o que confere legitimidade a toda a produção jurídica por eles formulada. No entanto, não se pode esquecer que nada impede que outros direitos sejam elevados a categoria de *jus cogens*, se assim for a vontade da comunidade internacional como um todo.

Além disso, importante ter em mente que não é necessária unanimidade para que a norma seja reconhecida como *jus cogens*, mas um consenso internacional, que pode ser obtido pela reunião de Estados representativos de todas as tendências

²⁶ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 54.

²⁷ WEIL, P. Cours General. RdC, 1992 – VI. Apud: SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Reflections on the Existence of Norms in International Law*. Documento eletrônico disponível em: <http://www.ejil.org/journal/vol8/no4/art3.pdf>. Acesso em: 26/07/2008.

políticas e econômicas existentes no mundo.²⁸ Assim, evita-se que um Estado tenha poder de veto e, ao mesmo tempo, não se busca a unanimidade, inalcançável na comunidade internacional. Também não se reduz a obrigatoriedade do *jus cogens* a um pacto sem considerações de cunho jusnaturalista.²⁹

Outro fator que deve ser levado em conta é o caráter mutável do *jus cogens*. As normas devem ser contempladas em determinado momento histórico, refletindo as aspirações e necessidades da comunidade internacional. Essa também é uma das razões que justificam o fato de o conceito do *jus cogens* ser aberto e de conteúdo cambiante. No entanto, uma vez reconhecida a regra de *jus cogens* pela comunidade internacional, sua aplicação não tem limite geográfico, pois trata-se de norma universal.³⁰

É nesse sentido que RAIGÓN se refere à “*actio popularis*”. As normas de *jus cogens* teriam como sujeito ativo toda a humanidade e a comunidade internacional. Assim, qualquer Estado, e não apenas aqueles que fazem parte do tratado, estariam legitimados a propor um procedimento visando a sua nulidade.³¹

Também as decisões arbitrais e judiciais, bem como os trabalhos desenvolvidos por comissões internas de órgãos internacionais, são fundamentais para se estabelecer o alcance e a interpretação das normas, embora não criem regras de direito internacional.

Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional, no projeto sobre responsabilidade internacional do Estado, elaborado em 1996, considerou como norma de *jus cogens* o princípio da autodeterminação dos povos, consagrado no parágrafo 3º do artigo 9º do projeto sobre responsabilidade internacional do Estado, que dispõe que “seria violação aos valores essenciais da comunidade internacional qualquer violação grave do direito à autodeterminação dos povos, tal como o estabelecimento ou a manutenção pela força da dominação colonial, além da

²⁸ Yearbook of the International Law Commission – 1976, “Report of the Commission to the General Assembly, vol. II, State Responsibility”. New York: United Nations, 1977. *Apud*: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171.

²⁹ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p. 24.

³⁰ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p 35-36.

³¹ RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Jus Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999, p 57-58.

violação maciça e grave de direito fundamental do ser humano, tal qual a obrigação de proibição da escravidão, do genocídio e do *apartheid*”.³²

Também o Tribunal Internacional da ex-Iugoslávia reconheceu, expressamente, como *jus cogens*, as normas que proíbem a prática de tortura, em razão da importância dos valores que elas protegem.

Ainda, importante observar que o sistema interamericano vem se manifestando no mesmo sentido, sempre a proteger os direitos humanos, principalmente aqueles reconhecidos como *jus cogens*, e contribui de forma efetiva para a consolidação da teoria das normas imperativas. No caso Villagrán Morales, por exemplo, que será melhor estudado a frente, o juiz brasileiro Antonio Augusto Cançado Trindade afirmou em seu voto que os casos de desaparecimentos forçados de pessoas violam direitos inderrogáveis, como o direito à liberdade, integridade física e psíquica e à vida.³³

Este mesmo juiz contribui de forma bastante significativa para o desenvolvimento do *jus cogens*. Afirma que a própria existência de normas imperativas do Direito Internacional não se limita ao direito dos tratados e se estende a qualquer violação resultante de qualquer ação ou mesmo de atos unilaterais dos Estados.³⁴

É o desenvolvimento do posicionamento dessa Corte, em opiniões consultivas, votos e sentenças, que constitui o objeto principal desse estudo e será melhor analisado após um breve estudo sobre a estrutura e os procedimentos existentes no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 173.

³³ Ver considerações feitas a respeito do caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala no presente trabalho.

³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 416.

3. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A preocupação com a proteção dos direitos humanos ganhou ênfase com as grandes guerras mundiais, que desrespeitavam direitos dos cidadãos. Com a criação da Liga das Nações, pretendeu-se proteger, de certa forma, direitos considerados inerentes a todo o ser humano, independente de nacionalidade, religião ou etnia. A Liga evoluiu para a Organização das Nações Unidas, que trouxe em sua Carta um rol de direitos que deveriam não apenas ser protegidos, mas também efetivamente promovidos.

Esse sistema, criado pela carta da ONU constitui o chamado sistema universal de proteção dos direitos humanos, pois é aplicado a todos os países, sejam eles partes ou não da Organização.

Paralelamente surgiram sistemas regionais de proteção, com a vantagem de estarem mais próximos dos locais onde ocorrem as violações de direitos humanos e imersos na cultura e política local. Esses sistemas regionais, embora mais restritos em relação ao alcance geográfico, ampliaram de forma significativa o rol de direitos protegidos. Nesse mesmo sentido, a 'Commission to Study the Organization of Peace' afirma que:

O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra.³⁵

Esses sistemas deram origem a um mecanismo coletivo para a apuração da responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos. Antes, as sanções eram baseadas exclusivamente em medidas unilaterais, impostas pelo Estado que se considerasse 'vítima', o que deixava praticamente impune a violação de direitos do indivíduo e gerava injustiças. Embora ainda persistam sanções unilaterais por parte de alguns Estados, o fortalecimento dos mecanismos coletivos tende a reduzi-las cada vez mais.

³⁵ Regional Promotion and protection of human rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace, 1980, in: Henry Steiner, material do Curso Internacional Law and Human Rights, Harvard Law School, 1994. *Apud*: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

Ao tratar do tema RAMOS ressalta a importância de o Estado aderir a esses mecanismos coletivos, seja ele universal ou regional. Afirma o autor que:

Os direitos humanos são um tema global. Logo, as lideranças locais (inclusive a brasileira) não podem se deixar seduzir por brados nacionalistas e por discursos de defesa de nossa soberania, ameaçada pela ingerência internacional em aspecto tão essencial, que é a proteção de direitos humanos.

Isso porque tal retórica não impedirá eventuais sanções unilaterais de Estados mais poderosos.

Ao contrário, urge a adesão dos países a mecanismos coletivos de apuração de sua responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos para que possam, até, fazer prevalecer seu ponto de vista, como Honduras fez no caso presente [o autor refere-se ao caso Faíren Garbi e Solis Corrales, em que a Corte julgou improcedente, por insuficiência de provas, o caso de desaparecimento do casal]³⁶

Portanto, diante de um mecanismo unilateral, não haveria a possibilidade de ampla defesa e contraditório, impondo-se a opinião pública, que certamente daria como 'provada' a responsabilidade do Estado.

Além disso, em relação aos sistemas regionais, Flávia Piovesan afirma que estes são importantes para o denominado processo de *justicialização dos direitos humanos*, pois buscam internacionalizar esses direitos, permitindo e contribuindo de maneira positiva para sua promoção e proteção.³⁷

Ela ainda aponta algumas vantagens de se manter esses sistemas regionais, pois na medida em que há um menor número de Estados envolvidos, mais fácil seria chegar a um consenso político. Além disso, ao menos na teoria, as decisões dessas Cortes refletiriam com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de cada povo, resultando numa aceitação mais espontânea por parte da população.

Assim, seguindo essa tendência, em 1950 a Convenção Européia de Direitos Humanos deu origem ao sistema europeu; em 1969, surgiu o sistema Interamericano; e, em 1986 a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos deu início ao sistema africano.

Nesse sentido, Richard Bilder afirma que

As cortes simbolizam e fortalecem a idéia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a idéia de Estado

³⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 117.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

de Direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes.³⁸

Isso porque, em que pese a existência de um sistema universal de proteção, a prática demonstra que uma única jurisdição internacional não é suficiente para garantir que sejam cumpridos e preservados os direitos constantes nos tratados internacionais, principalmente quando se tratam de países sob regimes ditatoriais e autoritários, sendo imperioso a adesão dos Estados aos sistemas regionais.

Estudos de organizações não-governamentais demonstram que a efetivação dos direitos humanos está diretamente relacionada à democracia. Dessa forma, é fundamental que a sociedade civil tenha condições de participar do governo, e que este seja legítimo para aplicar, promover e garantir direitos fundamentais a seus cidadãos.³⁹

No que diz respeito à proteção dos direitos humanos no continente americano, cuja origem e sistemática será objeto de estudo em razão do trabalho que vem desenvolvendo em relação ao *jus cogens*, embora hoje a tendência seja a consolidação de governos democráticos, não se pode dizer que exista uma efetiva proteção e promoção dos direitos humanos. A história recente do continente demonstra que boa parte dos Estados americanos passou por longos períodos ditatoriais e vem, aos poucos, passando por uma reconstrução política, jurídica e social.

Importante ressaltar que as Cortes regionais não se excluem, devendo, pelo contrário, ser complementares, convivendo de maneira harmoniosa para a realização dos direitos humanos.

3.1 As origens do sistema interamericano

As discussões sobre direitos humanos no continente americano tiveram início antes da criação do 'sistema de proteção' propriamente dito, com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Carta de Bogotá, em 1948. Este documento propunha, como pilares da organização, o respeito aos direitos

³⁸ BILDER, Richard. Possibilities for development of new international judicial mechanisms. In: Louis Henkin e John Lawrence Hargrove (eds.). Human rights: an agenda for the next century, n. 26, p. 326-327. *Apud*: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional, p. 32.

³⁹ Apontamentos feitos pela Human Rights Watch.

humanos, a promoção desses direitos, através da criação de uma Convenção Americana de Direitos Humanos e a adoção de um mecanismo responsável por zelar pelo respeito dos Estados aos mandamentos da Carta.

Esta, entretanto, teve mais um caráter de recomendação do que propriamente de força obrigatória formal. Tinha como pilares a proclamação do respeito aos direitos humanos e a determinação de implantar um regime de proteção desses direitos. No entanto, tratava-se de um instrumento transitório, que deveria ser respeitado até a criação de uma Convenção Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁰

Em 1969, o pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assinado na cidade de São José, na Costa Rica, iniciou um novo sistema de proteção aos direitos humanos nas Américas. Este, mais exigente, pois impõe não apenas o respeito aos direitos consagrados na Convenção, mas também obrigações positivas, no sentido de assegurar o livre e pleno exercício desses direitos, além de ser obrigatório somente aos Estados-parte.

Nesse contexto, com a criação do segundo documento internacional, fez surgir uma situação indefinida para aqueles Estados que já fossem membros da OEA, mas não tivessem assinado a nova Convenção. A decisão foi tomada pela Assembléia Geral da OEA. Decidiu-se que o sistema anterior continuaria sendo aplicado para estes Estados, pois o novo documento não estaria revogando o anterior, apenas reforçando direitos já protegidos e ampliando de proteção.

Assim, surge nas Américas um sistema duplo de proteção aos direitos humanos, que tem a Comissão como órgão comum de proteção, com propósitos unificadores.

Será dada maior ênfase ao sistema criado pelo pacto de San José, que também criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos já que esta, em parceria com a Comissão, é responsável por grande parte do desenvolvimento do direito internacional nas Américas e trabalha de forma efetiva para a proteção e promoção dos direitos humanos. Além disso, parte do desenvolvimento da teoria do *jus cogens* se deve aos votos e pareceres proferidos por juízes da Corte, de modo que se torna

⁴⁰ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BORGES, Leonardo Estrela. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. In: COSTA, Érica Adriana; SILVA, Carlos Augusto Canêdo da (coord.). *Direito Internacional Moderno: Estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boscon*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 142.

indispensável o estudo a respeito da sistemática da Corte e da Comissão e dos procedimentos para que um caso seja submetido a sua jurisdição.

3.2 O pacto de San José da Costa Rica

A Convenção, assinada em 1969, em São José, entrou em vigor em 1978. Para os Estados-parte ela constitui uma fonte de obrigações internacionais que, ao contrário da Carta de Bogotá, impõe deveres jurídicos que vinculam aqueles que a ratificaram.

Estes deveres visam à proteção efetiva dos direitos humanos e, por esse motivo, são de aplicação imediata, o que significa dizer que a Convenção não traz um conjunto de medidas progressivas a serem adotadas pelos Estados, mas um rol de obrigações cujo cumprimento pode ser exigido de imediato. Se assim não fosse, uma violação aos direitos protegidos não implicaria, automaticamente, uma infração da Convenção. Contudo, essa interpretação não exclui o fato de que alguns direitos devam ser implementados progressivamente, sendo que o Estado não poderá impedir sua realização ou mesmo se omitir dessa tarefa.

Além disso, a Convenção Americana criou um verdadeiro processo judicial internacional, voltada para a fixação da responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos, que tem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como parte acusadora, responsável pela apuração dos fatos.⁴¹

Inicialmente, a Comissão possuía apenas a competência para preparar estudos e relatórios de modo a proteger os direitos do homem. Apenas poderia fazer recomendações aos Estados. Hoje, ela é responsável pelo conhecimento das petições e das comunicações interestatais que contenham denúncias de violações de direitos consagrados na Convenção, sejam elas perpetradas por Estados-membros ou não da Convenção.⁴²

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 52-53.

⁴² Art. 51, Regulamento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: A Comissão receberá e examinará a petição que contenha denúncia sobre presumidas violações de Direitos Humanos consagrados na Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem com relação aos Estados Membros da Organização que não sejam Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

É também a Comissão responsável pelas funções de promoção dos direitos humanos e de proteção. O primeiro grupo de função é realizado, principalmente, através de recomendações aos governos, para que estes adotem medidas efetivas de proteção aos direitos humanos, ou mesmo da solicitação de informações dos governos a respeito da implementação de medidas.

Com relação à função de proteção, destaca-se a análise de denúncias de violação de direitos humanos, que podem chegar ao seu conhecimento por meio de petições ou de observações *in loco*. Nessa função de proteção também está incluída a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como a própria Convenção prevê a possibilidade de elaborar protocolos adicionais para a inclusão progressiva de direitos e liberdades em seu regime de proteção, em 1999 entrou em vigor o Protocolo de San Salvador que, além de incluir outros direitos ao rol daqueles já consagrados pela Convenção, reconheceu expressamente em seu preâmbulo que

os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos de pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar à que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência da CIDH caminhar no sentido de fortalecer esses direitos, seguindo tendências apontadas nas Corte Internacional de Justiça e Corte Européia de Direitos Humanos, observa-se que ainda há muito a ser feito e desenvolvido. É nesse sentido que a Human Rights Watch indica diretrizes que possibilitariam uma maior proteção e efetivação dos direitos humanos pela CIDH, postulando que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve ser reformulado e reforçado das seguintes maneiras:

- fazer com que o sistema e o processo de revisão pública da situação dos direitos humanos se tornem mais efetivos.
- reforçar a Comissão e o Tribunal Inter-americano, assim como as medidas preventivas provisionais ligadas ao sistema, através do reconhecimento da jurisdição de todos os países do continente.
- estabelecer um órgão internacional independente criado para proteger as pessoas que são obrigadas a abandonar a região onde vivem.
- garantir a implementação efetiva do direito de asilo e do status de refugiado nos países que ainda não adotaram este direito, adotando regulamentos nacionais de acordo com as medidas internacionais relevantes.
- incluir nos procedimentos do Tribunal Inter-americano, um mecanismo destinado à participação das vítimas ou de seus representantes, além de exigir transparência nos procedimentos e critérios.

- reconhecer as organizações não-governamentais como membros consultores junto à OEA e adotar uma Declaração Inter-americana de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos.⁴³

A adoção dessas medidas e o amadurecimento das instituições que compõem esse sistema vêm contribuindo para o progressivo fortalecimento da proteção dos direitos humanos no continente americano.

Embora passível de críticas, já que muitos apontam que, principalmente a Corte assume, muitas vezes, uma posição 'tímida' frente aos direitos humanos, não se pode deixar de reconhecer sua importância para a consolidação desses direitos na região. Muitos casos já foram analisados, tanto pela Comissão quanto pela Corte, sendo que alguns resultaram, inclusive, na condenação de Estados por violações de direitos humanos, o que demonstra o comprometimento do sistema e sua seriedade na proteção e promoção dos direitos humanos.

3.3 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambos foram instituídos pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que entrou em vigor em 1978, e são reconhecidamente competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes da Convenção, conforme estabelecido em seu artigo 33.

A Comissão é composta por sete membros, eleitos a título pessoal pela Assembléia Geral da Organização, por um período de 4 (quatro) anos.

O artigo 41 estabelece as funções e atribuições da Comissão. São elas:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

⁴³ Material utilizado no Curso de Cátedra em homenagem à Sérgio Vieira da Melo, ministrado na Universidade Federal do Paraná, no 1º semestre de 2006.

- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º desta Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Para cumprir com a função protetiva, a Comissão tem a faculdade de realizar visitas *in loco* em um Estado. Estas visitas, na prática, não estão vinculadas ao exame de um caso específico, embora possam resultar de reiteradas denúncias a respeito de violações por parte de um Estado. Além disso, é normal que a Comissão solicite a autorização para realizar a observação, mas isso também poderá ocorrer a pedido do Estado. Contudo, uma vez autorizada, o Estado tem o dever de auxiliar de todas as formas possível a Comissão no desempenho de sua tarefa. Isso faz da Comissão uma espécie de Ministério Público internacional.

É importante observar que para submeter uma denúncia ou petição à Comissão, relatando violações de normas da Convenção por um Estado-parte, não há exigência de ser um Estado, podendo qualquer pessoa ou grupo de pessoas – não exclusivamente a vítima – entidade não-governamental reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização apresentá-la.⁴⁴ As petições individuais são consideradas de adesão obrigatórias, enquanto as petições interestatais são facultativas, o que inverte a lógica do sistema da Convenção Européia de Direitos Humanos.

No entanto, para que a petição seja acolhida faz-se necessário o preenchimento de três requisitos: o esgotamento dos recursos da jurisdição interna; a observância do prazo de seis meses, a partir da data de notificação da decisão definitiva; e a inexistência de litispendência internacional.

O esgotamento dos recursos internos apenas não será possível nas hipóteses em que não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito pleiteado ou se o requerente tiver sido impedido de esgotar tais recursos. Ainda, poderá um caso chegar à Comissão se houver demora injustificada do Estado em verificar a denúncia e emitir uma decisão. A exigência de tais

⁴⁴ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, artigo 44: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

requisitos se justifica na medida em que os próprios tratados internacionais, principalmente de direitos humanos assinados pelos Estados, impõem a eles o dever de assegurar às vítimas o acesso à justiça no âmbito interno, para ter seus direitos reconhecidos e tutelados. Também servem para reforçar que este sistema internacional não é substitutivo aos sistemas nacionais, mas complementares a eles.

A Comissão sempre buscará uma solução amistosa para a composição do conflito. Se esta não for possível, redigirá um relatório expondo os fatos e suas conclusões, podendo, inclusive, fazer recomendações ao Estado e estipular prazo para seu cumprimento. Se nenhuma atitude for tomada, e a Comissão julgar importante para a proteção dos direitos humanos, poderá submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o órgão jurisdicional desse sistema, se o Estado-parte tiver reconhecido expressamente a sua jurisdição, ou solicitar deste órgão opiniões consultivas. Ainda, poderá decidir por publicar o caso em seu relatório anual, se o Estado não tomar ou não as medidas adequadas.

O fato de as decisões da Comissão não terem força de sentença, não significa que não possuem coercitividade, pois caso o Estado não tome as medidas indicadas e a Comissão decida incluir o caso no relatório, poderá haver grande repercussão internacional. Por isso diz-se que a atuação se restringe ao '*power of shame*' ou '*power of embarrassment*' da comunidade internacional, que influencia diretamente a opinião pública internacional.

3.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

As disposições a respeito da Corte estão previstas no capítulo VIII da Convenção. Ela é formada por sete juízes, que poderão ser reeleitos uma vez, podendo exercer função consultiva ou jurisdicional.

A função consultiva está prevista no artigo 64, e refere-se a consultas que os Estados poderão fazer sobre a interpretação da Convenção ou mesmo de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, podendo se abster de responder a uma consulta que julgue ser assunto externo ao sistema interamericano, desde que por uma decisão motivada. A pedido do Estado, a Corte também poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e esses tratados. Esse é um campo de bastante destaque na

CIDH, pois tem contribuído de forma bastante significativa para a conceituação dos direitos humanos.

Embora esses pareceres também careçam de efeitos obrigatórios, as opiniões emitidas pela Corte gozam de grande autoridade no âmbito internacional e é nessa função que ocorre o maior desenvolvimento da proteção dos direitos humanos, o que se deve, em parte, ao fato de que qualquer Estado membro da OEA pode solicitar um parecer à Corte, mesmo que não seja parte da Convenção.

A função jurisdicional, por outro lado, permite não apenas que a Corte atue no campo contencioso, mas também adote medidas para assegurar o cumprimento dos direitos humanos.⁴⁵ Se julgar necessário, a Corte pode ordenar a reparação e o pagamento de uma justa indenização à vítima, por exemplo.⁴⁶ No entanto, esta função está restrita aos Estados que aceitarem expressamente sua jurisdição, não bastando ser membro da OEA.

Os Estados sob a jurisdição da Corte comprometem-se a cumprir suas determinações. Contudo, caso não cumpram, não há previsão de mecanismos coercitivos para a execução das sentenças, o que existe é a possibilidade de indicação, nos informes anuais à Assembléia Geral, dos casos em que o Estado não tenha cumprido uma decisão. Embora desprovida de caráter coativo, essas decisões também gozam de grande peso político.

As sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis, devendo ser fundamentadas. No entanto, diferentemente da Corte Européia de Direitos Humanos, os indivíduos e ONG's não têm acesso à CIDH, pois somente os Estados-parte e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

Este fato é bastante criticado pela doutrina, em especial por Cançado Trindade, pois restringiria o acesso à proteção dos direitos humanos. Entretanto, convém ressaltar que também a CEDH inicialmente não previa essa possibilidade, passando a permitir o acesso de indivíduos apenas com a entrada em vigor do Protocolo 9, de 1990. E, embora o indivíduo não possa submeter um caso à Corte,

⁴⁵ Artigo 63, 2: Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

⁴⁶ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BORGES, Leonardo Estrela. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. In: COSTA, Érica Adriana; SILVA, Carlos Augusto Canêdo da (coord.). *Direito Internacional Moderno: Estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boscon*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 160.

as petições individuais são aceitas e analisadas pela Comissão que, se julgar necessário, submeterá o caso à jurisdição da Corte.

Assim, a Comissão assume um papel de intérprete da Convenção Americana, compatível com sua posição de órgão internacional que tem como função promover e proteger os direitos humanos, podendo denunciar violação ou mesmo isentar os Estados de eventuais responsabilidades por elas. Entretanto, este fato foi criticado pela Corte, a qual se considera como intérprete final e definitiva da Convenção, o que, em tese, obrigaria a Comissão a submeter todos os casos que chegassem ao seu conhecimento à jurisdição da Corte.

Contrário a esse entendimento, mas afirmando a independência e imparcialidade da Comissão, afirma RAMOS que:

Agora, exigir que o Estado seja processado através de *uma ação com fundamentação adversa* (a Comissão aciona o Estado, ressaltando seu entendimento de inexistência de violação de direitos humanos) é *amesquinhar* a Comissão, transformando-a em um *mero eixo de transmissão* de representações de violações de direitos humanos à Corte, o que contraria, por seu turno, o relevante papel conferido à Comissão pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Logo, a saída que considero mais razoável é a alteração da Convenção Americana de Direitos Humanos, *para permitir o acesso dos indivíduos à Corte Interamericana de Direitos Humanos*, como recurso ao entendimento favorável da Comissão ao Estado.⁴⁷

Ainda, convém observar que, em razão da Corte ser um órgão colegiado, todo juiz que tiver participado do exame do caso tem direito a expor seu voto, seja ele concorrente ou dissidente, desde que limite-se à matéria tratada na sentença. Estes votos devem ser apresentados dentro do prazo formulado pelo Presidente, para que possam ser conhecidos pelos outros juízes antes da comunicação da sentença.

⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 82.

4. Normas Reconhecidas como *Jus Cogens* pela Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Pode-se afirmar que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído de maneira bastante significativa para o avanço da proteção dos direitos humanos no continente americano, principalmente com o reconhecimento de direitos absolutos e inderrogáveis, o *jus cogens*.

Numa região que as principais violações aos direitos humanos ocorrem através de assassinatos, execuções sumárias, torturas, violência policial e impunidade e que, sobretudo, encontra-se num período de transição para a democracia, tratar da violação de direitos humanos e da forma como o continente vem trabalhando na proteção e promoção desses direitos é assunto de grande importância, não apenas no âmbito regional, mas também por seus reflexos em escala universal.

4.1 Desaparecimento forçado de pessoas – Caso *Blake vs. Guatemala*

Nicholas Chapman Blake e Griffith Davis, ambos norte-americanos, partiram no dia 26 de março de 1985 para a aldeia de El Llano, Guatemala, com o propósito de obter informações para escrever um artigo sobre um dos setores da guerrilha guatemalteca. No dia 28 de março de 1985, a Patrulha Civil de El Llano, sob o comando de Mario Cano, interrogou os dois sobre os objetivos da viagem. Mario ordenou a três membros de sua patrulha que levassem os senhores Blake e Davis a um lugar chamado Los Campamentos, onde foram mortos e seus corpos encobertos com troncos de árvores.

Apenas no final de 1992 foram encontrados os restos mortos, primeiro do senhor Davis e logo depois do senhor Blake. Com relação ao último, a autópsia estabeleceu que sua morte ocorreu em 29 de março de 1985.

O caso foi denunciado à Comissão em novembro de 1993. No mesmo ano a Comissão solicitou informações acerca do acaso ao governo da Guatemala e em 1994 tentou-se uma solução amistosa, a qual foi negada pelo Estado, sob a afirmação de inexistência do esgotamento dos recursos internos. Assim, em agosto

de 1995 a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição havia sido aceita pela Guatemala em 1987.

O Governo alegou que a Corte não seria competente para conhecer o caso, já que a competência obrigatória da Corte foi reconhecida apenas dois anos após os fatos em questão. Por outro lado, a Comissão alegava que, embora a privação da liberdade e os assassinatos tivessem ocorrido em 1985, os fatos foram descobertos muitos anos depois e seus efeitos ainda não haviam terminado.

A Corte acabou decidindo pela sua incompetência em julgar a detenção e a morte do Sr. Blake, em 1985, período em que a Guatemala ainda não havia aceitado a jurisdição obrigatória da Corte. O caso prosseguiu perante a Corte somente no que concerne aos acontecimentos posteriores a 1987, já que o Sr. Blake permaneceu desaparecido até 1992.

Em 24 de janeiro de 1998 a Guatemala foi condenada por violações à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Embora a Corte não tenha reconhecido a violação do direito à vida (artigo 4º da Convenção), pois a Corte entendeu que o homicídio, comprovadamente ocorrido em 1985, não é crime permanente, a sentença declarou a violação do artigo 5º da Convenção (direito à integridade pessoal), condenando o Estado a pagar 16 mil dólares em razão dos gastos em investigações durante os sete anos de desaparecimento do Sr. Blake; 15 mil dólares pelo tratamento ministrado ao pai da vítima em consequência do sofrimento que as incertezas em relação ao paradeiro do filho causou; e reduziu o valor atribuído a título de danos morais, após alegação do Estado, de 500 mil dólares para 120 mil dólares.

No entanto, para Cançado Trindade, esse julgamento foi um verdadeiro retrocesso da Corte no que concerne a proteção de direitos humanos, pois houve a desconfiguração do crime de desaparecimento forçado de pessoas e sua subordinação a um princípio clássico de direito dos tratados.

Para ele, em casos de violação de direitos humanos, as reservas temporais devem ser interpretadas restritivamente, ou mesmo serem abandonadas, quando em conflito com o *jus cogens*. Em seu voto separado, o juiz brasileiro ressalta o caráter diferenciado dos tratados de direitos humanos, que visam a proteger os indivíduos, e não os Estados, já que estes, ao retificar um tratado internacional de direitos humanos, tem, ou pelo menos deveria ter em conta a importância dos direitos protegidos.

Assim, o jurista brasileiro entende que normas que protegem direitos tão fundamentais deveriam ser protegidas independentemente de qualquer reserva temporal. É nesse sentido que ele se refere também a teoria do *jus cogens*, falando no processo de humanização dos tratados. Em suas palavras:

Llama la atención que, en las circunstancias del presente caso, se haya tenido que resignarse al *renvoi* o abandono a la jurisdicción nacional de las cuestiones de la investigación de la detención y muerte de una persona, y de la punición de los responsables, después de haberse acudido a la jurisdicción internacional precisamente en razón de las carencias o insuficiencias de la jurisdicción nacional en este propósito. El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *jus cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento.⁴⁸

Em outro voto separado, referente ao mesmo caso, Cançado Trindade prossegue com a crítica ao entendimento da Corte, afirmando que a fragmentação do delito de desaparecimento forçado de pessoas foi indevido, em razão de ser uma proteção a direito pertencente a categoria de *jus cogens*:

Estamos, en definitiva, ante una violación particularmente *grave* de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales *inderogables*, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la “criminalización” de violaciones graves de los derechos humanos - como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *jus cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de lesa humanidad que recaen bajo su prohibición.⁴⁹

E adiante afirma que a teoria do *jus cogens* não pode ficar restrita ao âmbito dos tratados, devendo ser estendida a toda e qualquer violação grave de direitos humanos:

A pesar de que las dos referidas Convenciones de Viena consagran la función del *jus cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas *imperativas* del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación,

⁴⁸ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Sentença proferida em 2 de julho de 1996.

⁴⁹ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Sentença proferida em 24 de janeiro de 1998.

inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados.⁵⁰

E conclui afirmando que a decisão do caso Blake contraria a evolução doutrinária refletida na tipificação internacional do crime de desaparecimentos forçado de pessoas e tendente a consolidação de um regime internacional contra as graves violações de direitos humanos.

La consagración de obligaciones *erga omnes* de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*. No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual aquél propio buscó gradualmente liberarse, al consagrar el concepto de *jus cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. No es razonable que, por la aplicación casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene - como en el presente caso - una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la *opinio juris* como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.⁵¹

Além disso, para Cançado Trindade, o caso se apresenta como uma “pedra no caminho” do desenvolvimento do *jus cogens*, já que os direitos humanos fundamentais não admitem derrogação ou reservas e integram o domínio do *jus cogens*, pois se impõem como um imperativo jurídico universal e como tal, correspondem a obrigações erga omnes de proteção ao ser humano em qualquer circunstância.⁵²

Ainda em relação ao *jus cogens*, embora a Corte não tenha utilizado esse argumento para reconhecer as violações de direitos cometidas pela Guatemala, a sentença proferida pela Corte em 2 de julho de 1996 indica a possibilidade de invocar normas da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas como normas de direitos fundamentais inderrogáveis:

Permítome señalar, como una última reflexión, que, en casos de desaparición, como el presente, figuran, entre los derechos conexos, derechos fundamentales *inderogables*, lo que, a mi modo de ver, sitúa la prohibición de aquel delito en el dominio del *jus cogens*, de las normas imperativas del derecho internacional general. En nada sorprende que la

⁵⁰ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Sentença proferida em 24 de janeiro de 1998, parágrafo 25.

⁵¹ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Sentença proferida em 24 de janeiro de 1998, parágrafo 28.

⁵² Voto razonado del juez Cançado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Sentença de 22 de janeiro de 1999.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 prohíbe (artículo X) la invocación de cualquier justificación de aquel delito, aún en circunstancias excepcionales (v.g., estado o amenaza de guerra, o cualesquiera emergencias públicas).⁵³

Portanto, embora sob o ponto de vista dos direitos humanos e da teoria do *jus cogens*, o caso Blake tenha sido um retrocesso e a Corte tenha perdido uma oportunidade para declarar o caráter imperativo das normas que proíbem o desaparecimento forçado de pessoas, o voto do juiz Cançado Trindade contribui para o desenvolvimento da jurisprudência não apenas da Corte Interamericana, mas também de outros órgãos jurisdicionais internacionais e de toda a comunidade internacional.

4.2 Princípio da Igualdade e da não discriminação - Caso Yatama vs. Nicarágua

O presente caso foi iniciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 17 de junho de 2003, a partir de uma denúncia recebida pela Secretaria da Comissão em 26 de abril de 2001, a respeito de supostas violações do art. 8º, 23 e 25 da Convenção Interamericana pelo Estado da Nicarágua.

O artigo 8º da Convenção garante o devido processo legal, assegurando a toda pessoa o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido em lei, na determinação de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. O artigo 25 também se enquadra no rol e garantias judiciais, assegurando que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido perante o juiz ou tribunal competente para a proteção de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, lei ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 23, por sua vez, garante os direitos políticos aos cidadãos, na medida em que prevê que todos podem participar da condução de assuntos políticos, votar e ser votado em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, além de ter acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

⁵³ Caso Blake VS. Guatemala. Sentença de 2 de julho de 1996. (Exceções preliminares), parágrafo 11.

De acordo com a representação feita pela Comissão perante a Corte, candidatos do partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (“YATAMA”) foram excluídos de participar das eleições municipais em 05 de novembro de 2000 em razão de uma resolução, emitida em 15 de agosto do mesmo ano, pelo ‘Consejo Supremo Electoral’.

As comunidades indígenas consideram a organização YATAMA como sua protetora, que participava das eleições regionais desde a década de 90, como organização de subscrição popular, pois era permitido que qualquer organização pudesse participar, desde que obtivesse determinado número de assinaturas.

No entanto, essa figura da organização de subscrição popular foi eliminada da lei eleitoral em 2000, obrigando que a YATAMA se convertesse em partido político. Entretanto, o ‘Consejo Supremo Electoral’ informou que a YATAMA não poderia participar das eleições, alegando que a personalidade jurídica não havia sido adquirida dentro dos seis meses anteriores, dentre outros.

A denúncia sustentava ainda que as vítimas tentaram as vias previstas no ordenamento interno para recorrer da resolução, sem sucesso. Além disso, não havia previsão de outros recursos, ou normas eleitorais que garantissem a participação de organizações indígenas nos processos eleitorais para a ‘Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua’, de acordo com os valores, usos e costumes de seus membros.

Apesar das recomendações feitas pela Comissão ao Estado da Nicarágua, em 2 de maio de 2003 a YATAMA, CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) e CENIDH (Centro Nicaragüense de Derechos Humanos) apresentaram uma petição informando à Comissão o descumprimento das recomendações e solicitando o encaminhamento do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após ampla produção probatória, incluindo diversos documentos, a oitiva de testemunhas de ambos os lados e audiência pública, a Corte constatou que a população da Nicarágua é multiétnica e multicultural, sendo que nela se encontram diferentes comunidades indígenas e que a própria Constituição Política da Nicarágua afirma que estas comunidades são parte indissolúvel do povo nicaraguense, devendo ser protegidas de forma a desenvolver sua identidade e a cultura nacional. Por essas razões, várias comunidades indígenas se consideram

representadas pela YATAMA, cuja organização interna é feita da forma herdada por seus ancestrais, por meio de uma democracia comunitária.

Isso explica o fato de que a não participação da YATAMA nas eleições de 05 de novembro de 2000 causou uma tensão com repercussões nacionais e internacionais, que acabou resultando em enfrentamentos com a polícia e detenção de manifestantes que questionavam a decisão do 'Consejo Supremo Electoral'.

Por esses motivos, a Corte considerou como vítimas as pessoas que foram postuladas pela YATAMA a se inscrever no processo eleitoral, mas foram impedidas pela decisão do Conselho. Essa decisão, que incidiu diretamente no exercício dos direitos políticos, violou o disposto no art. 8.1 da Convenção.

A maneira como o caso foi conduzido internamente também desrespeitou o art. 25 da Convenção, que constitui o principal objetivo da proteção internacional dos direitos humanos, qual seja, a salvaguarda da pessoa frente ao exercício arbitrário do poder público. A violação desse art. Não se resume ao fato de o ordenamento não prever um recurso para as decisões, mas também se refere a ausência de um mecanismo efetivo de proteção da pessoa humana contra essas decisões arbitrárias, pois a existência meramente formal é o mesmo que sua inexistência.

A Corte ainda se manifestou a respeito da violação dos artigos 23 e 24 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, afirmando o caráter de norma imperativa do princípio da proteção igualitária da lei e o princípio da não-discriminação.

A sentença proferida em 23 de junho de 2005 afirma expressamente que por se tratarem de princípios fundamentais para a proteção dos direitos humanos, ingressaram no domínio do *jus cogens*, impondo ao Estado a obrigação de não introduzir, ou eliminar de seu ordenamento interno, normas discriminatórias:

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley

de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.⁵⁴

Portanto, a Corte entendeu que no caso, a Nicarágua restringiu indevidamente direitos políticos, consagrados no art. 23 da Convenção, o que resultou uma violação também do princípio da igualdade, princípio esse essencial a uma democracia representativa e ao pluralismo político.

Ao impedir que candidatos do YATAMA concorressem a cargos políticos nas eleições de 2000 o Estado limitou também o direito de voto dos cidadãos, influenciando de forma negativa na livre manifestação da vontade dos eleitores.

Ainda, o juiz Cançado Trindade, em voto separado, destaca o fato de que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter se referido ao *jus cogens*, não apenas com relação às questões de matéria consultiva⁵⁵. No presente caso, por exemplo, a sentença da Corte vincula as violações aos direitos políticos a igualdade perante a lei e afirma que esta pertence ao domínio do *jus cogens*, como já havia afirmado na Opinião Consultiva:

Lo que me permito aquí agregar, en el presente Voto Razonado, es que el reconocimiento judicial del carácter de *jus cogens* del principio básico de la igualdad y no-discriminación se manifiesta hoy día en la jurisprudencia no sólo en materia consultiva, sino también - como lo atesta la presente Sentencia en el caso *Yatama* - en materia contenciosa, de esta Corte, rindiendo así un aporte positivo y de vanguardia al desarrollo de las bases del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁵⁶

Essa referência expressa ao *jus cogens* é um importante passo dado pela jurisprudência internacional, no sentido de humanizar os direitos humanos e torná-los uma espécie de cláusula pétrea, para utilizar a linguagem do ordenamento interno, que não podem ser derogados. Afirmando que os direitos à igualdade e a não-discriminação fazem parte do domínio do *jus cogens*, a Corte contribui de forma efetiva para a consolidação e desenvolvimento dessa teoria e para a ampliação do rol desses direitos.

Assim como no continente europeu, o continente americano começa a delinear sua posição no que diz respeito à proteção dos direitos humanos mais

⁵⁴ Caso *Yatama vs. Nicarágua*, sentença proferida em 23 de junho de 2005, parágrafo 184 e 185.

⁵⁵ Refere-se o juiz ao Opinião Consultiva número 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 2003, que será objeto de estudo mais adiante.

⁵⁶ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. Caso *Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23 de junho de 2005, parágrafo 9.

fundamentais, o *jus cogens*. Isso demonstra que, apesar de ser formado por culturas tão diversas, não serão permitidos tratamentos desiguais entre os povos, ou mesmo que determinada cultura seja privilegiada em detrimento de outra.

Assim, o caso YATAMA é de grande importância para a solidificação da jurisprudência internacional, pois além de demonstrar que Estados que sejam coniventes com políticas discriminatórias serão punidos perante a comunidade internacional, embora não haja sanções de cunho econômico ou patrimonial, reafirma o princípio da igualdade como pertencente ao *jus cogens*, confirmando os anseios da comunidade internacional, que já vinha reconhecendo tal princípio como inderrogável.⁵⁷

4. 3 Direito à vida –Villagrán Morales e outros vs. Guatemala

O Caso, também conhecido como “Niños del Calle”, se originou de uma denúncia apresentada à Comissão em setembro de 1994 e foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1997.

O assassinato de quatro adolescentes em ‘los Bosques de San Nicolas’ e de Anstrum Aman Villagrán Morales, por policiais do Estado da Guatemala nunca chegou a ser efetivamente investigado. Ao contrário, a instrução probatória perante a Corte concluiu que vários procedimentos de rotina não foram realizados para a colheita de provas, a identificação dos corpos ou para a apuração dos responsáveis. Nem mesmo todos os fatos denunciados foram investigados, como as denúncias de tortura.

De acordo com os depoimentos prestados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, esses jovens formavam um grupo de amigos que freqüentava a ‘18 calle’ e trabalhavam na região, na cidade da Guatemala, e foram mortos por agentes do Estado, mais especificamente por membros da ‘Policía Nacional’.

Henry Giovanni Contreras, de 18 anos, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 anos; Julio Roberto Caal Sandoval, de 15, e Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17, foram seqüestrados no dia 15 de junho de 1990, durante o dia, por homens em uma camionete preta e parou e obrigou-os a entrar. A perícia constatou que as

⁵⁷ Importante destacar a questão do *apartheid*, no continente africano. Tatyana S. Friedrich destaca que embora a Corte Internacional de Justiça, em 1966, se absteve de discutir essa questão, em voto dissidente o Juiz Tanaka já afirmava que princípios referentes a dignidade humana pertenciam ao *jus cogens*. FRIEDRICH, Tatyana S. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p 126-127.

mortes ocorreram no dia 16 de junho de 1990, mas que os jovens permaneceram em poder dos seqüestradores por várias horas, sendo torturados.

Villagrán Morales, de 17 anos, foi morto na frente de várias testemunhas, no setor de 'Las Casetas', freqüentado pelos 'niños de las calles', no dia 25 de junho de 1990.

A Comissão invocou 50 e 51 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e solicitou que a Corte se manifestasse a respeito de possíveis violações do direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal (artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana) e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura. Como algumas das vítimas eram menores de idade na época dos fatos, a Comissão alegou que a Guatemala havia violado também o art. 19 da Convenção.

Embora o caso envolva a violação de vários direitos consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o presente caso afirmou o direito à vida como norma pertencente ao *jus cogens*, razão pela qual as observações feitas a respeito do caso de 'los niños del calle' serão feitas com enfoque a esse direito.

A proteção do direito à vida nos termos do art. 4º é concedida desde o momento da concepção e assegura que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Dessa forma, dispõe a Convenção que, os países que não aboliram a pena de morte só poderão impô-la aos crimes mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei. A pena de morte apenas poderá ser aplicada aos maiores de dezoito anos e menores de setenta, desde que não seja mulher em estado de gravidez. Os países que já a aboliram, não poderão restabelecê-la.

Ao se referir ao direito à vida, a Comissão invocou as características de *jus cogens* para que o Estado fosse punido. Essa posição da Comissão é destacada no relatório da sentença prolatada em 19 de novembro de 1999:

En los alegatos finales, la Comisión destacó las características de *jus cogens* del derecho a la vida y el hecho de que constituye la base esencial del ejercicio de los demás derechos. La Comisión señaló que el cumplimiento del artículo 4 relacionado con el artículo 1.1 de la Convención, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva). Concluyó, entonces, que el Estado había violado los dos aspectos del mencionado derecho porque al tiempo en que los hechos tuvieron lugar, los "niños de la calle" eran objeto de diversas formas de persecución, incluyendo amenazas, hostigamientos, torturas y homicidios.

Sobre esse mesmo direito, a Corte afirma que é um direito humano fundamental, cujo gozo é pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos.

Além disso, a Corte declarou a responsabilidade do Estado da Guatemala em relação às violações dos artigos 4, 5, 7, 8, 19, 25, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura.

Em voto separado, os juízes Cançado Trindade e A. Abreu Burelli afirmam que o direito à vida é tão fundamental que impõe uma obrigação negativa ao Estado, impedindo-o de privar qualquer pessoa de sua vida arbitrariamente, e uma positiva, no sentido de agir visando a assegurar sua não violação. Em suas palavras:

El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas positivas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina. Ya no puede haber duda de que el derecho fundamental a la vida pertenece al dominio del *jus cogens*.⁵⁸

Assevera, ainda, que a privação arbitrária da vida não se limita aos casos de homicídio, mas o Estado deve assegurar uma vida digna às pessoas, integrando o direito à vida aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Esse entendimento reforça a indivisibilidade dos direitos humanos

A mesma questão é discutida no voto de Cançado Trindade, na sentença de 26 de maio de 2001, a respeito das reparações impostas ao Estado da Guatemala, na qual o juiz reafirma que o direito à vida pertence ao domínio do *jus cogens* e aponta ampla doutrina contemporânea que entende da mesma forma:

¿Cuál es el precio de una vida humana? ¿Cuál es el precio de la integridad de la persona humana? ¿Cuál es el precio de la libertad de conciencia, o de la protección de la honra y de la dignidad? ¿Cuál es el precio del dolor o sufrimiento humano? ¿Si se pagan las indemnizaciones, el "problema" estaría "resuelto"? Lo cierto es que todos los derechos protegidos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen un valor autónomo y un contenido jurídico propio, y además, encuéntranse todos relacionados *inter se*, indivisibles que son. En relación con el derecho fundamental a la vida, yo iría más allá: su protección, que requiere medidas positivas por parte del Estado, recae en el dominio del *jus cogens*, como lo reconoce la doctrina jurídica contemporánea.⁵⁹

⁵⁸ Voto Concurrente conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentença de 19 de novembro de 1999, parágrafo 2º.

⁵⁹ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. Caso Villagrán Morales y otros, sentence de 26 de maio de 2001, parágrafo 36. Neste voto o juiz indica ampla bibliografia sobre o tema do jus

Assim, embora alguns países tenham a pena de morte prevista em seu ordenamento, a questão que se coloca é da proteção do direito à vida como fundamental para o ser humano usufruir de todos os outros direitos humanos, inerentes a ele. A vida não lhe pode ser tomada arbitrariamente.

Não se pretende discutir a legalidade da pena de morte. No entanto, mesmo que o país permite essa forma de punição, deverá ser precedida do devido processo legal, assegurados os direitos ao contraditório e ampla defesa. Cabe ao Estado, portanto, a proteção desse direito, que não pode ser objeto de negociação, independentemente da cultura ou dos usos e costumes do lugar, pois é norma imperativa.

Esse reconhecimento pela Corte Interamericana caminha no mesmo sentido da doutrina e da jurisprudência internacional, que já vinha assegurando o direito à vida como norma de *jus cogens*. No entanto, a existência desses 'grupos de extermínio', se faz mais presente em países latino americanos, onde as punições para os agentes do Estado são raras e pouco efetivas, devido à proteção de que gozam por fazer parte da 'máquina estatal' e, muitas vezes, serem os responsáveis por punir essas práticas.

4.4 Proibição da prática de tortura – Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala

O grande avanço desse caso está no fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter afirmado, na sentença proferida em 27 de novembro de 2003,

cogens: W. Paul Gormley, "The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of *Jus Cogens*", in *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 120-159; Y. Dinstein, "The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; International Court of Justice, *South West Africa Cases* (2a. fase, Etiópia y Liberia versus Africa del Sur), Opinión Disidente del Juez K. Tanaka, *ICJ Reports* (1966) p. 298; y cf., en general, J. G. C. van Aggelen, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-104; D. Prémont y F. Montant (eds.), *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: Évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, pp. 1-91; A.A. Cançado Trindade, "Human Rights and the Environment", *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (ed. J. Symonides), Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 117-153; F. Przetacznik, "The Right to Life as a Basic Human Right", 9 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* (1976) pp. 585-609. Y cf. los comentarios generales ns. 6/1982 y 14/1984 del Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos), reproducidos in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev. 3, del 15.08.1997, pp. 6-7 y 18-19.

a proibição absoluta da prática de tortura como pertencente ao domínio do *jus cogens* internacional. Por esta razão, as observações feitas a partir desse caso levarão em conta as questões referentes às práticas de tortura, bem como as violações dos artigos da Convenção Interamericana para Punir e Sancionar a Tortura, de 1985.⁶⁰

Entretanto, apesar desta Convenção específica proibindo essa prática, a história demonstra que não são raros os casos de tortura praticados por agentes do Estado, principalmente em países da América Latina, que enfrentaram, e alguns ainda enfrentam, longos períodos ditatoriais.

É sobre esse assunto o caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, que foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão em 09 de janeiro de 2002, a partir de uma denúncia recebida pela Comissão em 1992.

O contexto político na Guatemala, à época dos fatos, envolvia um conflito armado interno, cujas negociações de paz apenas foram concluídas em 29 de dezembro de 1996, com a assinatura do “Acuerdo de Paz Firme y Duradera entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca”.

Além disso, consta que o Exército da Guatemala, com o intuito de desmoralizar e enfraquecer as ‘forças inimigas’, praticava as denominadas ‘operações psicológicas’, que consistiam em capturar inimigos e mantê-los em reclusão para, mediante tortura física e psicológica, obter informações úteis para o exercito, além de obrigá-los a manifestar, perante os meios de comunicação, o desejo de desertar dos grupos insurgentes.

Após a instrução probatória, restou provado que Maritza Urrutia foi vítima dessa prática. Ela foi seqüestrada no dia 23 de julho de 1992, após deixar seu filho na escola. Foi colocada a força dentro de um carro por quatro homens e levada a um centro de detenção clandestino do Exército guatemalteco. Permaneceu em cativeiro durante oito dias, período no qual foi torturada física e psicologicamente, sendo submetida a diversos interrogatórios e obrigada a fazer ligações para sua família, mentindo sobre o estado em que se encontrava. Além disso, foi obrigada a gravar um vídeo no qual afirmava que seu desaparecimento era a forma que tinha encontrado para abandonar a causa do EGP (Ejército Guerrillero de los Pobres –

⁶⁰ Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil 20 de julho de 1989.

uma das facções insurgentes), o qual foi transmitido pelos meios de comunicação guatemaltecos no dia 29 de julho de 1992, às 22 horas.

A comissão alegou perante a Corte que a Guatemala teria violado os artigos 5, 7, 8, 13, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, e os artigos 1, 6 e 8, da Convenção Interamericana para Punir e Sancionar a Tortura.

Ao se manifestar perante a Corte, esta entendeu que o Estado da Guatemala reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional acerca dos fatos, em relação à omissão do Estado em cumprir o artigo 1.1 da Convenção, que impõe a obrigação de respeitar os direitos e garantias previstos na Convenção e garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, sem qualquer espécie de discriminação.

A sentença do caso foi proferida apenas muitos anos depois, condenado a Guatemala pela violação ao direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal (artigos 5º e 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos). Afirmou também a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstas nos artigos 8º e 25 da mesma Convenção. Além disso, no que diz respeito à tortura, afirmou que o Estado da Guatemala infringiu os artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

O artigo 1º desta Convenção específica sobre a tortura prevê que os Estados signatários comprometem-se a prevenir e punir a tortura nos termos da Convenção. Por isso, ainda que a proibição da prática de tortura não pertencesse ao domínio do *jus cogens*, a Guatemala violou o disposto na Convenção por ela ratificada.

O artigo 6º, por sua vez, impõe ao Estado a obrigação de adotar medidas efetivas para punir e prevenir a tortura em sua jurisdição, de modo a assegurar que todas as formas de tortura sejam consideradas crimes em seus respectivos direitos penais e estabelecendo penas severas para sua punição. Com relação ao art. 8º, este assegura o direito a qualquer pessoa que tiver sido submetida a tortura a ter o caso examinado de maneira imparcial.

Ao se referir à violação ao direito à integridade pessoal e às violações dos art. 1 e 6 da Convenção que proíbe a tortura, a Corte afirma expressamente que essa proibição pertence ao domínio do *jus cogens*:

Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada

“tortura psicológica”. La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional.⁶¹

Também o juiz Cançado Trindade, mais uma vez em voto separado, afirma que a proibição da tortura pertence ao domínio do *jus cogens*. Assim, entende como correta a sentença da Corte no presente caso, afirmando que a decisão, bem como a caracterização da proibição de tortura como *jus cogens*, foi acertada e no mesmo sentido da evolução do pensamento jurídico contemporâneo. Em suas palavras:

Voto a favor de la presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala*, y me permito agregar, en este Voto Concurrente, algunas breves reflexiones personales en firme respaldo a la caracterización, por parte la Corte, de la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas (inclusive la psicológica), como perteneciente al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha caracterización se inserta en la evolución del más lúcido pensamiento jurídico contemporáneo, que ha inclusive conllevado - entre los avances logrados en los últimos años en el combate a las violaciones particularmente graves de los derechos humanos - a la emergencia de un verdadero régimen jurídico internacional contra la tortura.⁶²

Afirma também que o reconhecimento da proibição da prática de tortura é uma conquista da comunidade internacional, pois emana da fonte de Direito por excelência, ou seja, da consciência jurídica universal. Assim, há uma expansão do domínio do *jus cogens*, respaldada não apenas no trabalho desenvolvido pela jurisprudência ou doutrina internacionais, mas do desenvolvimento da consciência da própria comunidade:

La prohibición categórica y absoluta de la tortura en cualesquiera circunstancias, que recae en el dominio del *jus cogens* internacional, es una conquista definitiva de la civilización. Un criterio infalible de medición del grado de civilización alcanzado por cualquier país (sea o no Parte en los tratados de derechos humanos) reside efectivamente en el trato dispensado por las autoridades públicas a las personas detenidas.⁶³

Assim, Cançado Trindade afirma que a sentença no caso *Maritza Urrutia* é de notável evolução jurídica civilizatória, pois afirma categoricamente a hierarquia de *jus cogens* para a proibição da prática de tortura, em todas as suas formas.

No mesmo sentido é o voto concorrente do juiz Sergio Garcia Ramirez, afirmando que subscreve plenamente o entendimento da Corte Interamericana em

⁶¹ Caso *Martiza Urrutia vs. Guatemala*. Sentença de 27 de novembro de 2003, parágrafo 92.

⁶² Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentença de 27 de novembro de 2003, parágrafo 1º.

⁶³ Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentença de 27 de novembro de 2003, parágrafo 6.

reconhecer que a proibição da prática de tortura pertence ao domínio do *jus cogens* internacional.⁶⁴

4.5 Direito ao acesso à justiça - Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile

O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 11 de julho de 2005. As investigações da Comissão tiveram início a partir de uma denúncia, recebida em 15 de setembro de 1998, acerca de possíveis violações, pelo Estado do Chile, de direitos consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Ao submeter o caso à Corte, alegou a Comissão que o Chile violou as disposições dos artigos 8º e 25 da Convenção Interamericana, que dizem respeito às garantias judiciais e à proteção judicial, respectivamente.

O artigo 8º assegura as garantias do devido processo legal a todas as pessoas, seja na esfera cível, trabalhista, fiscal ou penal, enquanto o artigo 25 dispõe sobre a proteção judicial no que diz respeito aos recursos disponíveis ao cidadão para os atos que violem seus direitos fundamentais.

A Comissão restringiu-se às questões de cunho processual, deixando de questionar a detenção e a morte do Sr. Almonacid, já que se tratam de fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Chile, o que só ocorreu em 21 de agosto de 1990.

Assim, apesar das exceções preliminares do Estado chileno, a Corte considerou-se competente para manifestar-se a respeito da competência da jurisdição militar, em detrimento da jurisdição civil, e da aplicação da Lei de Anistia pelas autoridades judiciais militares no presente caso.

⁶⁴ Voto concurrente e razonado del juez Sergio Garcia Ramirez, caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Sentença de 27 de novembro de 2003, parágrafo 4º: *Estimo importante destacar el análisis que ha hecho la Corte a propósito del trato infligido a Maritza Urrutia por agentes del Estado, que quebrantaron su derecho a la integridad psíquica y moral, tutelada por el artículo 5 de la Convención. Ese trato significó tortura, en los términos del mismo precepto. En tal virtud, existió violación tanto del Pacto de San José como de los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura. En sus consideraciones a este respecto, que suscribo plenamente, la Corte destaca que la proscripción de la tortura abarca todas las formas que ésta pudiera revestir, y que dicha proscripción absoluta forma parte del jus cogens internacional.*

Dessa forma, embora a questão central do presente caso seja atinente a garantia do devido processo legal e outras formas de proteção judicial, faz-se necessário contextualizar os fatos, mesmo aqueles que antecederam a aceitação da jurisdição da Corte pelo Chile.

Após o golpe de 11 de setembro de 1973, que destituiu o presidente Salvador Allende, foi instaurado no Chile um governo militar, o qual instituiu a opressão generalizada contra as pessoas consideradas como opositoras ao regime e permaneceu até 10 de março de 1990. Essa opressão era caracterizada por práticas de fuzilamento e execuções sumárias, torturas, privações arbitrárias de liberdade, desaparecimentos forçados, dentre outras violações de direito humanos cometidas por agentes do Estado.

O Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, como muitos outros, foi vítima desse regime. No dia 16 de setembro de 1973 ele foi levado de sua casa por policiais, na presença de seus familiares. Faleceu no 'Hospital Regional de Rancagua', no dia seguinte.

As investigações sobre sua morte iniciaram em outubro do mesmo ano, mas não tiveram êxito.

Em 1978 foi promulgado o Decreto-lei no. 2.191, anistiando todas as pessoas, que na qualidade de autor ou cúmplice, tivesse cometido delito durante o Estado de sítio, compreendido entre 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978.

Apesar do Decreto-lei, as investigações ainda continuaram, ao menos formalmente, perante a Justiça Militar. No entanto, em 28 de janeiro de 1997, sem realizar nenhuma diligência probatória, nem estabelecer como esgotada a investigação, o Segundo Juizado Militar de Santiago decidiu pelo sobrestamento total e definitivo do feito, em razão da aplicação do Decreto-lei no. 2.191. Mesmo após o recurso da senhora Gómez Olivares, a decisão foi mantida e, em 16 de abril de 1998, a Suprema Corte ordenou o arquivamento do expediente.

Ao apreciar o presente caso, a Corte considerou que o assassinato do Sr. Almonacid constitui um crime de lesa-humanidade, de acordo com o entendimento do Estatuto de Nuremberg⁶⁵. Em sendo crime contra a humanidade, a Corte afirmou

⁶⁵ Artículo 6.- El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

a impossibilidade de aplicação do Decreto-lei no. 2.191, uma vez que constitui um crime de grave violação dos direitos humanos e atinge a toda a comunidade internacional. Afirmou, ainda, que “los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes”.⁶⁶

Portanto, a Corte considerou que a aplicação do referido decreto ao caso violou direitos de membros da família do Sr. Almonacid, a senhora Elvira del Rosario Gómez Olivares, Alfredo, Alexs e José Luis Almonacid Gómez, consagrados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Afirmou também que o Chile violou o art. 8.1 quando outorgou competência à jurisdição militar para conhecer o presente caso, já que esta não cumpre os padrões de competência, independência e imparcialidade, indispensáveis para a proteção dos direitos da pessoa humana.

Ao abordar a questão do Decreto-lei que concedeu uma auto-anistia aos responsáveis por crimes durante os anos de Estado de sítio são contra o próprio Estado de Direito. Nas palavras do autor:

(...) me permito agregar que las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del *jus cogens*), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaña gravedad, las autoamnistías son violatorias del *jus cogens* (cf. *infra*).⁶⁷

Neste votos, Cançado Trindade reforça seu entendimento, já explicitado no caso Barrios Altos, de que essas leis são contra o próprio Estado de Direito, afetando direitos reconhecidos como *jus cogens*. Naquele caso, o juiz brasileiro afirmou que:

Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las

[...]

(c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

⁶⁶ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 111.

⁶⁷ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Almonacid Arrelano y otros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 10.

obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25). (...)

Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada - un atentado en contra el propio Estado de Derecho - de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso *Barrios Altos* lo revelan - al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal, - dichas leyes afectan derechos inderogables - el *minimum* universalmente reconocido, - que recaen en el ámbito del *jus cogens*.⁶⁸

O juiz ainda desenvolve um raciocínio jurídico, de modo a caracterizar as violações perpetradas pelo Estado do Chile como violações de *jus cogens*, afirmando que a Corte ampliou o conteúdo dessas normas, incluindo no domínio do *jus cogens* também o direito ao acesso à justiça:

Dicha responsabilidad internacional agravada es una consecuencia de la violación del *jus cogens*, - conformando una ilegalidad objetiva, - que acarrea otras consecuencias en materia de reparaciones. Ningún Estado puede acudir a artificios para violar normas del *jus cogens*; las prohibiciones de este último no dependen del consentimiento del Estado. En su muy reciente Sentencia, de hace cuatro días, en el caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006), la Corte Interamericana amplió el contenido material del *jus cogens* de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional, en el sentido en que venía yo propugnando en el seno de la Corte hace ya algún tiempo, tal como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 62-68) en este caso.

Se desprende de la presente Sentencia de la Corte (párr. 152) en el caso *Almonacid Arellano* que el *jus cogens* trasciende el derecho de los tratados, y abarca el Derecho Internacional general. Y no podría ser de otra forma, por su propia conceptualización como derecho imperativo.

En el seno de esta Corte, siempre he interrelacionado, en los planos ontológico y hermenéutico, los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (como, *inter alia*, v.g., en mi reciente Voto Razonado - párrs. 28-65 - en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, Sentencia del 31.01.2006), en la construcción conceptual del derecho de acceso a la justicia (derecho a la prestación jurisdiccional, *derecho al Derecho*) como un imperativo del *jus cogens* (...)⁶⁹

Assim, o presente caso confirma entendimentos já anteriormente questionados, de modo a reconhecer o direito ao acesso à justiça, visto de forma ampla, como norma de *jus cogens*, não podendo de derogada por tratado ou, no direito interno, por qualquer forma de manifestação do Poder Legislativo, Executivo

⁶⁸ Voto concurrente del juez Cançado Trindade, caso Barrios Altos, parágrafos 5 e 10.

⁶⁹ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafos 19, 22 e 24.

ou Judiciário. Independentemente do regime político existente no Estado, todos os cidadãos têm o direito de buscar o respeito a seus direitos perante a lei e de recorrer e mecanismos efetivos para a proteção de seus direitos fundamentais.

4.6 A condição jurídica e os direitos dos migrantes⁷⁰ indocumentados, México – princípio da igualdade perante a lei e da não-discriminação

O último caso objeto de estudo do presente trabalho não trata de caso contencioso submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas a uma Opinião Consultiva, solicitada pelo Estado do México, a respeito da condição jurídica de migrantes que não possuam documentos de determinado país, ou seja, de migrantes ilegais. A iniciativa da consulta se deve ao fato do Estado mexicano ter um grande número de seus cidadãos em situação ilegal, principalmente nos Estados Unidos da América.

Esse fenômeno ocorre muitas vezes em razão da escassez de emprego dos países de origem, obrigando os trabalhadores a buscar melhores condições em outro país. No entanto, via de regra, isso não é o que acontece. A condição de ilegal implica uma vulnerabilidade perante as autoridades do país de destino, impedindo a busca de direitos fundamentais para a pessoa humana e obrigando-os a sujeitar-se a péssimas condições de vida e aceitar subempregos.

Além de serem alvo de preconceitos, os indocumentados sofrem com a dificuldade de acesso a direitos básicos e fundamentais para a dignidade da pessoa humana, como a educação e saúde.

A partir dessa constatação, o México buscou, junto à Corte, uma resposta para a situação. A opinião consultiva referia-se à privação do gozo de certos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios da igualdade jurídica, da não discriminação e da proteção igualitária e efetiva perante a lei, todos consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, assim como a

⁷⁰ Na Opinião Consultiva no. 18, o termo 'migrante' foi utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como um termo genérico, que abrange tanto o emigrante como o imigrante, sendo o 'trabalhador migrante a pessoa que realiza ou que tenha realizado uma atividade remunerada em um país do qual não é nacional. Assim será utilizado também no presente trabalho.

subordinação de obrigações *erga omnes* impostas pelo direito internacional frente à realização de certos objetivos de política interna de um Estado.

A partir de diversas normas de proteção a direitos laborais – os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos, o artigo II (Direito à igualdade perante a lei) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os artigos 1.1 (obrigação de respeitar os Direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), e 24 (igualdade perante a lei) da Convenção Americana, os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – em 10 de maio de 2002, o Estado mexicano elaborou questões e solicitou a interpretação da Corte. A resposta foi dada na Opinião Consultiva número 18, de 17 de setembro de 2003.

O México sustentou que os trabalhadores que migram de um Estado para outro devem ter garantidos seus direitos humanos no Estado em que estiverem. Sustenta que buscou a interpretação da Corte alegando que a ausência de uniformidade na interpretação de leis em alguns Estados impede o gozo de certos direitos, principalmente os trabalhistas, a trabalhadores indocumentados, com base em critérios discriminatórios, fundados na condição de migrantes indocumentados, podendo ser utilizada pelos empregadores para justificar a perda progressiva de outros direitos.

Sustenta ainda que, embora seja possível que os diversos Estados membros da OEA tratem de maneira desigual os migrantes em situação irregular, esse tratamento não poderia ser discriminatório, bem como não poderia violar qualquer direito humano reconhecido pela comunidade internacional.

Diversos países e instituições apresentaram trabalhos escritos, na qualidade de *amicus curie*, e enviaram representantes para a Corte. Embora a solicitação envolvesse a interpretação de dispositivos de outros tratados internacionais, além da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Corte entendeu que sua competência consultiva pode ser exercida sobre todas as disposições de direitos humanos aplicável aos Estados americanos.

Ao se referir ao caráter fundamental do princípio da igualdade e da não-discriminação, a Corte passa a fazer considerações a respeito da noção de *jus cogens*, no sentido de caracterizar ou não esses princípios como pertencente ao domínio dessas normas imperativas e inderrogáveis.

Nesse sentido, primeiramente, a própria Corte observa que a noção de *jus cogens*, embora tenha sua origem normativa no direito dos tratados, desenvolveu-se em um âmbito mais amplo, abrangendo todos os atos jurídicos e, inclusive, a responsabilidade internacional dos Estados.

Segue a Corte afirmando que o princípio da igualdade perante a lei e a não-discriminação permeia toda a atuação do poder estatal, em qualquer de suas manifestações, relacionadas com o respeito e garantia dos direitos humanos. Portanto, são princípios considerados imperativos de direito internacional geral, uma vez que aplicados a todos os Estados, independentemente de serem ou não parte em um tratado internacional, e gera efeitos para terceiros, inclusive aos particulares.⁷¹

Assim, a Corte afirma expressamente que o princípio da igualdade e da não discriminação pertence ao *jus cogens*:

(...) este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁷²

Prossegue o parecer especificando os efeitos da aplicação do princípio em tela. Nesse sentido, o Estado está proibido de criar, aplicar ou interpretar leis que discriminem um determinado grupo de pessoas em razão de sua raça, gênero, cor, entre outras causas. Os Estados também estão obrigados a adotar medidas positivas que mudem situações discriminatórias existentes na sociedade, entre outros efeitos listados no parecer.

Como consequência ao reconhecimento do caráter de *jus cogens* ao princípio da igualdade e da não-discriminação, a Corte entende que a condição de migrante não impede que o Estado trate de maneira diferente os nacionais dos migrantes, mas esse tratamento não pode, de forma alguma, desrespeitar os direitos humanos

⁷¹ Opinião Consultiva no. 18, parágrafo 100.

⁷² Opinião Consultiva no. 18, parágrafo 101.

ou a dignidade da pessoa humana, em prejuízo dos migrantes. Nesse sentido, destaca-se o pronunciamento da Corte:

Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.⁷³

Prossegue, ainda, afirmando que os Estados não estão obrigados a proteger o trabalho de migrantes indocumentados, mas a partir do momento em que eles são contratados, têm os mesmos direitos que qualquer outro trabalhador:

Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.⁷⁴

A respeito da posição adotada pela Corte, de reconhecer os princípios de igualdade perante a lei e da não-discriminação como normas de *jus cogens*, Cançado Trindade manifesta sua concordância, acrescentando ao parecer suas reflexões pessoais a respeito do *jus cogens*, que muito contribuem para a ampliação

⁷³ Opinião Consultiva no. 18, parágrafos 118 e 119.

⁷⁴ Opinião Consultiva no. 18, parágrafos 135 e 136.

do conteúdo dessas normas. Nesse sentido, observa o juiz que a consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo atende à necessidade de um mínimo de verticalização no ordenamento jurídico internacional.

Afirma, ainda, que os desenvolvimentos mais recentes da doutrina apontam que o *jus cogens* estendem-se para além da categoria dos tratados internacionais, abrangendo todos os atos jurídicos (entendimento já reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), e que se trata de uma categoria aberta, que se expande na medida em que se desperta a consciência jurídica universal, fonte material de todo o Direito, para a necessidade de proteger todos os direitos inerentes ao ser humano, em qualquer situação. Conclui afirmando que:

(...) la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían⁷⁵.

Este parecer, além da importância que tem na afirmação de que direitos humanos são inerentes à pessoa e independem de qualquer outra característica como raça, cor ou gênero, goza de grande destaque no que se refere à teoria do *jus cogens*, pois afirma categoricamente a condição de *jus cogens* do princípio da igualdade e da não discriminação.

Em que pese o entendimento muitas vezes bastante avançado da Corte Interamericana, a maior parte das referências ao *jus cogens* no continente americano ocorre em votos de juízes, dificilmente há menção expressa na sentença. Embora isso não diminua a importância do reconhecimento de certos direitos como *jus cogens*, é importante que também uma instituição internacional contribua para o desenvolvimento dessa teoria.

É nesse aspecto que a presente Opinião Consultiva ganha maior relevância, pois a própria Corte reconhece expressamente a superioridade dos princípios em tela, confirmando sua inderrogabilidade em qualquer circunstância.

⁷⁵ Opinião Consultiva no. 18. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, parágrafo 73.

5. Considerações Finais

Embora sejam grandes os avanços na teoria, é imperioso reconhecer que ainda há muito a ser feito no que diz respeito à proteção efetiva dos direitos humanos. Não basta o mero desenvolvimento teórico para que as normas imperativas sejam respeitadas e os indivíduos protegidos internacionalmente. A proteção deve-se dar para além dos direitos dos tratados, estendendo-se a qualquer indivíduo, sem importar a nacionalidade, religião, sexo ou etnia, pois esta é a única forma de assegurar a sobrevivência da comunidade internacional e a paz entre os povos.

Conforme foi apresentado, embora as discussões a respeito de normas internacionalmente reconhecidas como de caráter superior sejam bastante antigas, a positivação do *jus cogens* é relativamente recente. Essa positivação, contudo, representa um grande passo para a comunidade internacional, pois encerra definitivamente as dúvidas acerca da existência dessas normas.

Entretanto, essa mesma positivação levanta inúmeras dúvidas quanto ao seu conteúdo e gerando muita discussão em torno das normas que poderiam pertencer ao domínio do *jus cogens*.

É nesse sentido que os estudos vêm se desenvolvendo. A doutrina internacional, bem como os tribunais internacionais desenvolvem um importante trabalho para a consolidação da teoria do *jus cogens*. Em que pese as dificuldades encontradas, a questão do universalismo e do culturalismo para os direitos humanos, a proteção e a promoção desses direitos deve sempre prevalecer.

No continente americano, o principal órgão responsável pela proteção desses direitos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, parece amadurecer a cada caso, reconhecendo direitos essenciais para a dignidade humana como normas de *jus cogens*.

Contudo, é importante destacar que as normas reconhecidas como *jus cogens* – cite-se como exemplo os direitos consagrados pelo sistema interamericano, como o direito à igualdade, a proibição de tortura, e o direito de acesso à justiça, a proibição de desaparecimentos forçados e, por consequência o direito à liberdade, integridade física e psíquica, direito à vida – ainda fazem parte dos chamados direitos individuais.

Se, no entanto, as normas imperativas formam-se pelo consenso da comunidade internacional como um todo e consolida-se cada vez mais a busca de uma concepção mínima de dignidade humana, comum a todos os povos e nações, deve-se buscar a expansão do conteúdo do *jus cogens* também para os direitos sociais.

Estes direitos muitas vezes são deixados em segundo plano mesmo no ordenamento interno, com governos que utilizam o falso argumento, muito comum da América Latina, da falta de recursos econômicos e financeiros, também merecem atenção no âmbito internacional.

Após o reconhecimento dos direitos humanos individuais, ou pelo menos parte deles, como norma imperativa de direito internacional público, porque constituída de valores essenciais ao ser humano, deverá ser buscado o reconhecimento também de direitos sociais como *jus cogens*, pois a omissão dos governos em desenvolver políticas públicas voltadas para a promoção do direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros direitos sociais, consagrados na maioria das Constituições Latino-americanas, também fere a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BORGES, Leonardo Estrela. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. In: COSTA, Érica Adriana; SILVA, Carlos Augusto Canêdo da (coord.). *Direito Internacional Moderno: Estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boscon*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 117-165.

Brasil não avança no combate às violações de direitos humanos. Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2470&Itemid=2, publicada em 18/01/2007; acesso em 27/10/2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. *The gender of Jus Cogens*. *Human Rights Quarterly*, vol. 15, n. 1 (Feb., 1993), p. 63-76. Documento eletrônico disponível em: http://www.accessmylibrary.com/com2/summary_0286-927065_ITM. Acesso em: 26/07/2008.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm, acesso em 27/10/2007.

FRIEDRICH, Tatyana S. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: uma análise a partir do caso Damião Ximenes Lopes*. In: *Revista Brasileira*

de Direito Internacional; Núcleo de Estudos em Direito Internacional da UFPR. Curitiba: Sistema eletrônico de revistas, 2005, p. 18-29.

LONDRAS, Fiona de. *The religiosity of Jus Cogens: A moral case for compliance?* In: Rehman J. & Breau S. (Eds.), *Religion and Human Rights Law: A Critical Examination of Islamic Law and Practices*, (2007, The Hague; Martinus Nijhoff), p. 247-280.

Documento Eletrônico Disponível em:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1126589; acesso em:
 20/08/2008.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. Lisboa: Principia, 2006.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca do. *A utilização da força no plano internacional e a intervenção humanitária: retomando o conceito de guerra justa*. In: MENEZES, Wagner (org.). *Estudos de Direito Internacional. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Internacional – volume I*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 158-165.

NIETO-NAVIA, Rafael. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. Disponível em: HTTP://
www.ccnw.org/documents/writingcolombiaEng.pdf; Acesso em: 20/07/2008.

OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *Uma discussão a respeito da teoria da responsabilidade internacional dos Estados*. In: MENEZES, Wagner (org.). *Estudos de Direito Internacional. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Internacional – volume I*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145-151.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUINTANA, Lucio M. Moreno Quintana; SHAW, Carlos M. Bollini. *Derecho Internacional Publico – Sistema Nacional de Derecho y Política Internacional*. Buenos Aires: Ediciones Libreria del Colegio, 1950.

RAIGÓN, Rafael Casado. *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de La UCO, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Relatório da Presidência da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos referentes às observações e recomendações dos Estados membros sobre o relatório anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos 17/05/2004, referente ao ano de 2003. Disponível em http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_04/CP12961P07.doc; Acesso em 27/10/2007).

Relatório da Reunião de Peritos Governamentais sobre as melhores práticas e experiências nacionais na adoção de medidas contra terrorismo, sob a perspectiva dos direitos humanos. Disponível em http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_04/CP12485P07.doc; Acesso em 27/10/2007.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, João Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. LXIX, fasc. II, 1974; p. 125-137.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 29/09/2008.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Reflections on the Existence of Norms in International Law*. Documento eletrônico disponível em: <http://www.ejil.org/journal/vol8/no4/art3.pdf>. Acesso em: 26/07/2008.