

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O desenvolvimento da Corte
Interamericana de Direitos
Humanos**

**The active development of
Inter-American Court of Human
Rights**

André Pires Gontijo

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

The active development of Inter-American Court of Human Rights

André Pires Gontijo**

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o desenvolvimento ativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos assim como examinar sua missão institucional em contribuir para a harmonização dos direitos humanos no Sistema Interamericano. Primeiramente, discute-se o papel de jurisdição facultativa previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos para, em seguida, analisar a transição para a jurisdição obrigatória. Finalmente, observam-se as consequências do desenvolvimento como jurisdição obrigatória, como o adensamento de juridicidade de sua jurisprudência e o implemento da ideia de jus cogens. Como procedimento metodológico, a pesquisa utilizou a análise de casos da Corte, além de referências no plano dogmático-instrumental. Em conclusão, a pesquisa revelou a importância que o comportamento ativo da Corte para a sua qualificação como jurisdição obrigatória. As limitações teóricas e práticas da pesquisa alcançam o breve espaço para visualizar a receptividade da alteração do perfil de jurisdição obrigatória aos Estados. As implicações para as pesquisas futuras demonstram que a transição para o perfil de jurisdição obrigatória apresenta-se como verdadeiro salto evolutivo e revela a importância da Corte como ator responsável pela concretização dos direitos humanos no âmbito da América Latina. O valor e a originalidade da pesquisa estão no estudo do desenvolvimento jurisprudencial da Corte, pois ao estender a qualidade de jus cogens para os artigos 8º e 25 da Convenção, a Corte permitiu que sua jurisdição obrigatória adentrasse ao âmbito de proteção do processo constitucional dos Estados, para, mediante os dispositivos do artigo 1º, item 1, e 2º, do texto convencional, colocar em prática a compensação constitucional oriunda do jus cogens, em virtude do déficit de proteção dos direitos humanos, utilizando-se da própria interpretação evolutiva conferida ao artigo 25 da Convenção Americana.

Palavras-chave: Desenvolvimento ativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transição da Corte Interamericana de Jurisdição Facultativa para Jurisdição Obrigatória. Adensamento de juridicidade de sua jurisprudência com o desenvolvimento da ideia de jus cogens.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the active development of Inter-American Court of Human Rights, as well as examining its institutional

* Artigo convidado.

** Doutorando e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor da Graduação em Relações Internacionais, da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Internacionalização do Direito (UniCEUB), Líder do Grupo de Estudo Debatedo com o STF (ICPD/UniCEUB), Pesquisador-Associado e Secretário-Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC/ICPD/UniCEUB). E-mail: andre.pires.gontijo@gmail.com

mission to contribute to the harmonization of human rights within the Inter-American System. First, we discuss the role of optional jurisdiction under the American Convention on Human Rights to then analyze the transition to compulsory jurisdiction. Finally, we observe the consequences of development as compulsory jurisdiction, as the law density of its rulings and implement the idea of *jus cogens*. As a methodological approach, the research used the case analysis of the Court, in addition to references in the dogmatic-planning research. In conclusion, this study revealed the importance of the active behavior of the Court for its qualification as compulsory jurisdiction. The theoretical and practical limitations of the research reach the space soon to view the receptivity of the amendment of the compulsory jurisdiction of states profile. The implications for future research shows that the transition to the profile of compulsory jurisdiction is presented as a true evolutionary leap and reveals the importance of the Court as an actor responsible for the realization of human rights in the context of Latin America. The value and originality of the research are to study the developing jurisprudence of the Court as to extend the quality of *jus cogens* to Articles 8 and 25 of the Convention, the Court allowed his compulsory jurisdiction enter therein the scope of protection of the constitutional process of the States for by the provisions of Article 1, item 1 and 2, the conventional text, putting into practice the constitutional compensation of *jus cogens*, because of the protection of human rights deficit, using the evolutionary interpretation given to own Article 25 of the Convention.

Keywords: Active development of Inter-American Court of Human Rights. Court transition – optional jurisdiction to compulsory jurisdiction. Law density jurisprudence to implement the *jus cogens* idea.

1. INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Derechos Humanos (doravante Corte Interamericana) não foi constituída para ser, apenas, a terceira ou quarta instância relacionada ao controle de julgamentos dos Estados Nacionais. A Corte tem como missão institucional contribuir para a harmonização dos direitos humanos no plano do Sistema Interamericano de Proteção, mediante a interpretação das normas contidas nos instrumentos internacionais adotados pelos Estados. Para o sucesso dessa empreitada, o envolvimento de todos os atores envolvidos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é essencial, e os Estados estão na vanguarda do sistema¹.

Ao longo da presente pesquisa, pretende-se demonstrar o desenvolvimento do perfil jurisdicional da Corte Interamericana. Busca-se, nesse cenário, evidenciar o seu papel “original” como força coadjuvante na proteção dos direitos humanos para, na sequência, evidenciar a evolução de seu âmbito de proteção como jurisdição obrigatória.

Essa transição de jurisdição facultativa para jurisdição obrigatória tem como consequência o desenvolvimento da problemática da presente pesquisa. Com a mudança para o perfil de jurisdição obrigatória, a Corte Interamericana adquiriu a possibilidade de ter um comportamento criativo e desenvolver o conteúdo essencial dos direitos humanos em seus julgamentos?

Como hipótese, acredita-se que o desenvolvimento do conteúdo essencial dos direitos humanos pelos julgamentos da Corte Interamericana existe e é realizado artesanalmente, em cada caso paradigma.

Para comprovar essa hipótese, apresenta-se tópico em que se revela a construção artesanal do adensamento de juridicidade — que diz respeito ao *jus cogens* —, elaborado pelos julgamentos da Corte Interamericana.

1 GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Relatório para a Assembleia Geral da OEA*. Panamá. 05 jun. 2007.

2. O PAPEL “ORIGINAL” DA CORTE INTERAMERICANA: A FEIÇÃO DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA

O compromisso original dos Estados Partes — que aceitaram fazer parte do espectro de incidência normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos — era o de respeitar, conforme dispõe o artigo 1º, item 1, de referida Convenção, os direitos e liberdades que estavam nela reconhecidos e de garantir a concretização dos mesmos a qualquer ser humano que estivesse submetido a sua jurisdição, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outros tipos, como de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A Corte Interamericana insere-se na proposta de consolidar, no âmbito do quadro das instituições democráticas dos Estados que compõe o plano interamericano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, com lastro na respeitabilidade dos direitos humanos essenciais. No primeiro momento, essa inserção é planejada como uma proteção internacional, de natureza convencional, mas de caráter coadjuvante ou complementar da rede de proteção que os sistemas jurídicos nacionais dos Estados Partes oferecem, conforme enunciado no Preâmbulo da Convenção.

Essa proteção coadjuvante ou complementar é demonstrada não apenas pela enunciação do Preâmbulo, mas é reafirmada pelas disposições da Convenção, em especial o dever de adotar as disposições de direito interno, previsto no artigo 2º da Convenção, uma vez que se os direitos humanos essenciais, mencionados no artigo 1º, item 1, da Convenção, ainda não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, não haveria uma implementação do plano internacional imediata, mas sim o compromisso dos Estados Partes de se comprometerem a adotar — em consonância com suas normas constitucionais e com as disposições normativas concernentes à Convenção Americana — as medidas procedimentais necessárias para tornarem referidos direitos humanos essenciais efetivos.

Outra disposição convencional que reafirma esse posicionamento está contida no artigo 46 da Convenção, em especial no tocante à prévia necessidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos². Como a própria disposição convencional enfatiza, a primazia é de que a jurisdição do Estado-Parte seja reconhecida como predominante, razão pela qual a atuação da Corte Interamericana, nesse contexto sistemático convencional, apresenta-se como subsidiária.

Para enfatizar esse aspecto, o artigo 62, item 1, da Convenção, assegura que é prerrogativa do Estado-Parte reconhecer a competência da Corte Interamericana em todos os casos contenciosos, referentes à interpretação ou aplicação da Convenção. Isto pode ser realizado no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção, de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior. Essa declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

Destaque-se que, pelo texto convencional, a Corte Interamericana tem competência para conhecer qualquer caso, referente à interpretação e à aplicação da Convenção, desde que os Estados Partes reconheçam a referida competência.

Nota-se, pela interpretação sistemática da Convenção, que foi dada à Corte Interamericana competência subsidiária para apreciar e resolver casos em matéria de direitos humanos. Com essa condição, a Corte Interamericana passou por sérias controvérsias sobre o seu papel institucional, com tensões políticas provocadas por Estados Partes que estavam em desacordo com os deveres de cumprimento da Convenção³.

2 O esgotamento dos recursos internos é uma exceção preliminar reconhecidamente articulada pelos Estados Partes ao apresentarem suas defesas no âmbito de julgamento da Corte IDH. Este artigo 46 passou por uma releitura, a partir da Opinião Consultiva n. 11, emitida em 10 de agosto de 1990, a qual foi solicitada pela Comissão IDH. Ademais, a Corte IDH, em diversos casos, tem afastado esta exceção preliminar, seja em virtude da ausência de devido processo legal, seja pelo reconhecimento do impedimento da parte em esgotar os recursos da jurisdição interna, ou ainda, seja pela demora injustificada na decisão sobre mencionados recursos (artigo 46, item 2, da Convenção).

3 Destaque-se, nesta senda, a controvérsia relatada por Cançado Trindade, à época Presidente da Corte IDH, em que o Estado do Peru, comandado pelo então Ex-Presidente Fujimori, começou uma campanha maciça, a níveis diplomáticos na esfera internac-

3. OS PASSOS DA EVOLUÇÃO: A AFIRMAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

No ano de 1999, a Corte Interamericana se deparou com um desafio institucional: duas demandas — Caso Ivcher Bronstein e Caso do Tribunal Constitucional — que chegaram a seu exercício, pela Comissão Interamericana, e foram oriundas da República do Peru.

Em *Ivcher Bronstein vs. Peru*, a vítima era proprietária de mais da metade de um importante meio de comunicação no Peru. Entretanto, de nacionalidade israelense, renunciou sua nacionalidade e adquiriu a cidadania peruana. Por seu meio de comunicação vincular reportagens sobre tortura e outros desabonos em relação ao Estado, a vítima se viu em um processo institucional de alteração legislativa, cujo resultado final foi a perda da sua naturalização mediante a edição de um decreto que autorizou o cancelamento da nacionalidade aos peruanos naturalizados.

Por sua vez, em relação ao Caso Tribunal Constitucional vs. Peru, a Corte Constitucional da República do Peru passou por um período de intensa pressão dos fatores reais de poder, no que diz respeito à análise de legislação sobre a eleição do Presidente da República no Peru. Depois de uma controvertida disputa política, envolvendo a análise do julgamento⁴, três magistrados foram destituídos de seus cargos, e um conjunto de 27 parlamentares do Congresso da República do Peru ingressaram com o caso perante a Comissão Interamericana.

Em ambos os casos, no dia 16/07/1999, o representante da República do Peru perante a Corte Interamericana — o Embaixador da Costa Rica — devolvera os dois processos, nos quais continham uma nota técnica, de 15/07/1999, subscrita pelo representante do Ministério das Relações Exteriores do Estado do Peru, que descreve o procedimento adotado pela República do Peru.

O Congresso da República do Peru aprovou, por meio da Resolução Legislativa n. 27152, de 08/07/1999, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana. Na mesma data, o Governo da República do Peru efetuou o depósito — diante da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) — do instrumento que continha a retirada da declaração que reconhecia a cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte Interamericana. Segundo a nota técnica apresentada à Corte, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da jurisdição da Corte produziria efeitos imediatos desde a data do mencionado instrumento de depósito perante a Secretaria-geral da OEA (a partir de 09/07/1999) e se aplicaria a todos os casos em que a República do Peru não houvesse contestado a demanda levada à jurisdição da Corte.

Ao apreciar os dois casos nas respectivas Sentenças que fixaram sua competência, a Corte IDH considerou ser inadmissível a pretensão de retirada, pela República do Peru, da declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte com efeitos imediatos, assim como quaisquer consequências que derivam deste ato⁵.

Nos presentes casos, a Corte Interamericana firmou posicionamento de que por se tratar de um órgão jurisdicional, ela tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência. No desenrolar deste posicionamento, a Corte não pode abdicar dessa prerrogativa, visto que a reconhece como um dever, imposto pela Convenção Americana por meio do conteúdo essencial do artigo 62, item 3, para o exercício de suas funções⁶.

ional, para retaliar e desconstruir a imagem da Corte, o que levou a Corte IDH a iniciar uma série de tratativas institucionais, e a modificar o perfil originalmente descrito pela Convenção Americana. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5-9.

4 Confira-se a cronologia dos acontecimentos em Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 2-3.

5 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 53 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 54.

6 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 32-33 e Corte IDH. *Caso*

O papel institucional desempenhado pela Corte Interamericana é o de atuar com a finalidade de preservar a integridade do instituto de aceitação da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, previsto no artigo 62, item 1, da Convenção, uma vez que a Corte não pode estar condicionada a fatos distintos de suas próprias atuações. Desse modo, seria inadmissível subordinar sua jurisdição obrigatória a restrições e objeções agregadas pelos Estados Partes demandados ao término do procedimento de aceitação da competência contenciosa da Corte, porquanto isso afetaria a eficácia do instituto e impediria o seu desenvolvimento progressivo⁷.

Nesses julgados, a Corte Interamericana promoveu uma diferenciação funcional em relação a Tribunais Internacionais que desenvolveram sua jurisdição no âmbito do Direito Internacional Geral. Nesse aspecto, a diferenciação funcional em debate se deu em relação à Corte Internacional de Justiça (CIJ), sobre a qual a Corte Interamericana promoveu um distanciamento interpretativo no que diz respeito à atuação dos Estados Partes no contencioso jurisdicional.

Pelo artigo 36, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁸, o reconhecimento como obrigatória da jurisdição da CIJ poderá ser feita com condicionantes de reciprocidade entre os Estados Partes ou por prazo determinado. O que pretende a Corte Interamericana, com o empenho argumentativo e institucional colocado nessas demandas, é afastar qualquer tipo de analogia entre a aceitação da cláusula de jurisdição obrigatória, contida na Convenção Americana com a prática estabelecida pelos Estados Partes no âmbito da CIJ e que se assentara como um costume no plano internacional⁹.

Com efeito, para demonstrar o caráter normativo da Convenção Americana, a Corte Interamericana considera que a aceitação de sua competência contenciosa constitui uma cláusula pétrea, a qual não admite limitações, a não ser a que estejam expressamente contidas no texto convencional, posto que, diante de sua importância para o sistema de proteção dos direitos humanos, essa interpretação não pode ser restrita a limitações não previstas e que sejam invocadas pelos Estados Partes por razões de ordem interna¹⁰.

A construção da identidade da Corte Interamericana como um tribunal internacional que aprecia as controvérsias relacionadas aos direitos humanos passa pelo reconhecimento das obrigações diferenciadas que os Estados Partes devem assumir em relação a essa matéria. Em especial, os Estados Partes, vinculados à Convenção, devem garantir o cumprimento do conteúdo normativo em matéria de direitos humanos e os seus respectivos efeitos próprios, o que a Corte Interamericana denomina de *effet utile* (efeito útil) no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais. Esse parâmetro de atuação aplica-se não apenas com relação aos dispositivos convencionais que se remetem à proteção material dos direitos humanos, mas deve ser conferido também às normas procedimentais contidas na Convenção, em especial a cláusula de jurisdição obrigatória.

Tribunal Constitucional vs. Peru. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 31-32.

7 Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 34-35 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 33-34.

8 A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por prazo determinado. Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos. Qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte.

9 Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 47 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 46.

10 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 35 e Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 36.

Logo, essa cláusula é considerada pela Corte Interamericana como essencial à eficácia do mecanismo de proteção internacional e deve ser compreendida e aplicada com o escopo de ser concretizada na realidade constitucional, haja vista o caráter especial que reveste a Convenção, diante da natureza de tratado de direitos humanos¹¹.

Além do mais, a Convenção de Viena do Direito dos Tratados estabelece como regra geral de interpretação, no seu artigo 31, item 1, que o tratado deve ser interpretado com a boa-fé, consoante o sentido comum atribuível aos termos da parte dispositiva em seu contexto, e de acordo com os objetivos e as finalidades buscados em suas disposições normativas¹².

Com esteio nesse *standard* do Direito Internacional Geral, a Corte Interamericana argumenta que não há norma na Convenção Americana que autorize os Estados Partes a retirar sua declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte. Desse modo, uma interpretação de boa-fé do conteúdo normativo da Convenção Americana, atendendo a seus objetivos e fins, indica que um Estado-Parte apenas pode desvincular-se de suas obrigações assumidas de acordo com os ditames do próprio tratado. No caso da Convenção Americana, a única via que dispõe o Estado-Parte para se desvincular da competência contenciosa da Corte é a denúncia a todo o conteúdo da Convenção Americana, em consonância com os preceitos estabelecidos no artigo 78 da própria Convenção¹³.

Em uma interpretação sistemática, a Corte IDH utiliza-se das regras de interpretação previstas pela própria Convenção Americana, no artigo 29, item 1, no sentido de que nenhuma disposição convencional pode ser interpretada a fim de permitir a qualquer dos Estados Partes, pessoas ou grupo de pessoas suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na referida Convenção ou limitá-los em maior medida no que no texto previsto por ela.

Assim, uma interpretação da Convenção Americana no sentido de permitir a um Estado-Parte retirar o reconhecimento da competência obrigatória da Corte implicaria a supressão do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, provocando uma colisão com os objetivos e os propósitos existentes como um tratado de direitos humanos, cuja consequência repercutiria na privação — a todos os beneficiários da Convenção — da garantia adicional de proteção dos direitos humanos mediante a atuação de seu órgão jurisdicional¹⁴.

A Corte Interamericana considera que a Convenção Americana, assim como outros tratados em matéria de direitos humanos, inspira-se em valores comuns superiores¹⁵, e que são diferenciados dos outros tratados, uma vez que estão dotados de mecanismos específicos de supervisão e aplicam-se em conformidade com a noção de garantia coletiva, com o escopo de consagrar obrigações de caráter objetivo¹⁶, demonstrando, assim, a diferenciação funcional existente e necessária da Corte Interamericana em relação aos demais tribunais internacionais.

Esse, inclusive, é o assentamento inicial do posicionamento da Corte Interamericana, quando do exame da Opinião Consultiva n. 2, de 1982, na qual demonstra essa diferenciação funcional decorrente do conteúdo dos direitos humanos. Ao invés de os Estados Partes se submeterem a um sistema jurídico multilateral do tipo tradicional, com o intercâmbio recíproco de direitos e obrigações, provenientes da busca pela satisfação

11 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 36 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 37.

12 Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, artigo 31: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”

13 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 39-40.

14 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 40.

15 Valores que ensejam a leitura do direito internacional a partir do conteúdo essencial dos direitos humanos. Nesse sentido, conferir a opinião de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. *General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 316, 2005-2006.

16 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 42.

de interesses comuns entre Estados, eles se vinculam a um tipo de obrigação que não apenas diz respeito aos outros Estados, mas, em especial, estão conectadas às pessoas sob sua jurisdição¹⁷.

O critério de vinculação à pessoa humana não foi criado exclusivamente pela Corte Interamericana, mas já fora desenvolvido pela própria CIJ, ao tratar da interpretação no tocante ao manejo de reservas, pelos Estados, em relação à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1951. Na opinião da CIJ, nos tratados de conteúdo formado por direitos humanos, os Estados Partes contratantes não têm interesses próprios, senão interesses comuns, concretizados na consolidação dos propósitos que são a finalidade deste tipo de Convenção¹⁸.

Com efeito, houve o adensamento de juridicidade no plano internacional, sobretudo com destaque para a manifestação do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. No âmbito do Sistema Europeu, as obrigações assumidas pelos Estados Partes no bojo da Convenção Européia detêm um caráter objetivo, destinadas a proteger o conteúdo essencial dos direitos humanos de violações dos Estados, ao invés de criar direitos e obrigações recíprocos entre estes. Indo além, as obrigações objetivas estabelecidas pela Convenção Européia transfiguram-se em uma garantia coletiva¹⁹, de modo que a Convenção Européia deve ser compreendida em decorrência de seu caráter específico, como compromisso de garantia coletiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais, cujo objeto e fim deste instrumento de proteção exigem compreender e aplicar suas disposições de maneira a concretizar a proteção à pessoa humana²⁰.

Por essa razão, o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção confere importância diferenciada à cláusula prevista no artigo 62 da Convenção Americana. Há várias maneiras de interpretar a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana. A Corte escolheu a compreensão que estabelece a obrigação dos Estados de garantir o conteúdo essencial dos dispositivos materiais e procedimentais da Convenção Americana, apreciando esta perspectiva à luz do objeto e propósito da Convenção Americana, como tratado de direitos humanos, sempre buscando a concretização do seu “efeito útil”, mediante a consolidação do caráter normativo da Convenção Americana²¹.

E, por meio dessa importância, a Corte Interamericana considera que a solução de casos confiados a tribunais de direitos humanos²², como os Sistemas Regionais de Proteção, não admite equiparações com os órgãos de soluções de controvérsia internacionais em um contencioso envolvendo apenas relações interestatais, diante do contexto diferenciado exposto, motivo pelo qual os Estados Partes não podem contar com o mesmo critério de discricionariedade quando a matéria envolve direitos humanos²³. Com esse posicionamento, configura-se, assim, o padrão criativo do artigo 62 da Convenção Americana como disposição normativa definidora da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana.

Portanto, nos casos *Ivcher Bronstein* e *Tribunal Constitucional*, ambos em desfavor da República do Peru, a Corte IDH demonstrou sua feição de Corte Constitucional, ao delinear sobre o sistema de proteção da Convenção Americana, atribuindo a si a competência de definição de sua jurisdição como uma jurisdição obrigatória, e realizando uma diferenciação funcional, em termos de âmbito de atuação e de papéis institucionais desempenhados pelos Estados perante tribunais internacionais, como a CIJ.

17 Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

18 CIJ. *Opinião Consultiva relativa a Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1951)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

19 Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido* (n. 5310/71). Sentença de 18/01/1978, § 239.

20 Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido* (n. 14038/88). Sentença de 07/07/1989, § 87.

21 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 44-47. Por sua vez, o caráter normativo da Convenção Americana (*Law-Making Treaty*) teve sua inspiração na jurisprudência da Corte EDH, em especial no caso *Loizidou vs. Turquia* (Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia* (n. 15318/89). Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 84).

22 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional*: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11.

23 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 47 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 48.

Esse posicionamento permitiu o adensamento de juridicidade ao sistema internacional, com o reforço interpretativo conferido à Convenção de Viena e ao direito dos tratados, com o uso da fertilização jurisprudencial e o subsídio teórico aplicado com os precedentes do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, para concretizar e fortalecer o entendimento acerca da força normativa da Convenção Americana e o desenvolvimento do papel da Corte Interamericana como jurisdição obrigatória.

4. A CORTE INTERAMERICANA E O DESENVOLVIMENTO DO SEU PAPEL COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

Diante do cenário construído nos casos *Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional*, o Sistema Interamericano prosseguiu com a evolução desse modelo de jurisdição obrigatória²⁴.

O caso *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago* é um produto da acumulação de 03 casos que foram submetidos separadamente pela Comissão IDH em desfavor do Estado de Trinidad e Tobago em 25/05/1999, 22/02/2000 e 05/10/2000. As demandas, perante a Comissão Interamericana, têm sua origem em 32 denúncias, formuladas entre julho de 1997 e maio de 1999, cujas violações alegadas apresentam-se um caráter específico e concentrado em valores como (i) a proibição à pena de morte (32 casos), (ii) a possibilidade de indulto (31 casos), (iii) a demora na prestação jurisdicional (25 casos), (iv) a realização de um julgamento justo (26 casos), (v) condições de detenção (21 casos) e (vi) indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (11 casos)²⁵.

A demanda proposta pela Comissão Interamericana diante da Corte Interamericana visa, nesse aspecto, interferir no julgamento interno das supostas vítimas, em especial para que a pena de morte não seja a solução final nos seus casos perante a jurisdição penal interna, mas que elas possam ter a opção de solicitar institutos como a anistia, o perdão, ou até mesmo a comutação das respectivas penas, bem como rediscutir violação de direitos em virtude da demora no processamento dos casos em um período razoável, além de indicar a necessidade de realização de um julgamento justo²⁶.

No tocante à fixação de sua competência, a Corte Interamericana deparou-se com uma situação mais drástica em relação ao conflito diplomático vivido com a República do Peru. Na hipótese, o Estado de Trinidad e Tobago, que havia depositado seu instrumento de ratificação da Convenção Americana em 28/05/1991 e reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana, em 26/05/1998 realizou a denúncia à Convenção Americana, nos termos do seu artigo 78²⁷.

Conforme referido artigo 78, item 1, há a possibilidade dos Estados Partes denunciarem a Convenção após o prazo de 05 anos de entrada em vigor do dispositivo protetivo, e mediante aviso prévio de 01 ano, em que, depois de notificado, o Secretário-geral da OEA informará as outras partes.

Entretanto, em consonância com o item 2 do artigo 78, referida denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-Parte das obrigações contidas na Convenção Americana, quando atos que importem violação ao texto convencional houverem sido cometido pelo Estado-Parte anteriormente à data em que a denúncia produzirá efeitos.

24 A esse respeito, o apanhado crítico foi realizado, em uma perspectiva metodológica, por PETERS, Anne. *International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties*. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 14, n. 1, p. 1-34, 2003. p. 20–21.

25 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 1-3.

26 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 4-11.

27 Dispõe o artigo 78 da Convenção Americana: “1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-geral da Organização, o qual deve informar as outras partes. 2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.”

Nesse contexto, a denúncia produziria efeitos a partir de 26/05/1999. Todavia, os fatos referentes ao presente caso ocorreram anteriormente a essa data, de modo que a denúncia efetuada pelo Estado não gerará efeitos²⁸.

Não obstante, o Estado de Trinidad e Tobago ter recusado o reconhecimento da Corte Interamericana para a apreciação desses casos, a Corte adensou sua jurisprudência e implementou o entendimento firmado nos casos Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional, ambos em detrimento do Peru, sobre a necessidade de reconhecer a sua jurisdição como obrigatória, em uma perspectiva de interpretação de boa-fé do texto convencional, em que a força normativa do artigo 62 da Convenção a qualifica como uma jurisdição obrigatória, com o escopo de compatibilizar a definição da competência da Corte com os fins e objetivos de proteção dos direitos humanos previstos no texto convencional²⁹.

O argumento consolidado nesse caso tem como escopo legítimo promover o distanciamento teórico do desenvolvimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana do voluntarismo dos Estados Partes, com o intento de promover a formação de uma comunidade internacional coesa e institucionalizada, cuja consequência é a movimentação de um direito internacional — antes disponível pelos Estados Partes — para uma esfera internacional focada na formação do *jus cogens*³⁰.

5. CONSEQUÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA SE TORNAR UMA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA: O ADENSAMENTO DE JURIDICIDADE DE SUA JURISPRUDÊNCIA COM O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE *JUS COGENS*

O *jus cogens* é o fundamento de validade natural dos regimes especiais de direito internacional que se encontram fora de responsabilidade das ordens jurídicas dos Estados Nacionais³¹.

Trata-se da estrutura formal que expressa supremacia no plano internacional, posto que o *jus cogens* apresenta-se como um corpo específico e superior de normas, que triunfa sobre os conflitos envolvendo os tratados³² e os costumes³³ no âmbito do direito internacional. O *jus cogens* pode ser qualificado como uma norma constitucional³⁴, em um sentido formal e material, presente no direito internacional³⁵.

28 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 12-13.

29 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 14-20.

30 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12-16.

31 UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 83.

32 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 53, expressa que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. O artigo 64 da referida Convenção consolida a força e a importância da norma imperativa de direito internacional: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O tratamento especial às normas consideradas *jus cogens* ainda é verificado na Convenção de Viena nos artigos 44, item 5, que remete à indivisibilidade das disposições de um tratado, 66, letra “a”, que remete o conflito com o *jus cogens* para a Corte Internacional de Justiça e 71, que reflete as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral.

33 Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido (n. 35763/97)*. Sentença de 21/11/2001, § 3.

34 FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013. p. 743-749.

35 PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and struc-

A estrutura metodológica do *jus cogens* compreende a formação de dois campos de normas jurídicas, em matéria de direitos humanos. O primeiro campo é composto por um núcleo universal, o qual é impositivo a todos os Estados. O núcleo universal contém as regras previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aceita por todos os Estados, que as convalidaram pela Conferência de Viena, de 1993³⁶.

A expansão em torno desses núcleos significa a construção de valores fundamentais de convivência humana. Os valores fundamentais componentes do núcleo duro desse campo abarcariam a restrição à tortura, ao tratamento desumano e degradante, à escravidão, a não retroatividade da lei-penal, ao genocídio, bem como à proteção contra a privação da liberdade de forma abusiva, à proibição da morte e da execução sumária, à deportação forçada e à discriminação racial sistemática. Como os Estados aceitaram e reconheceram como valores fundamentais comuns, o seu cumprimento é realizado pela comunidade internacional³⁷.

Por sua vez, o segundo campo normativo é composto por um conjunto variável de normas aceitas como padrões nacionais de direitos humanos, que derivam ou não das normas jurídicas contidas no âmbito de Convenções Internacionais de proteção dos direitos humanos. A diferenciação funcional sobre a questão remeteria a compreender a composição do núcleo essencial, isto é, se a identidade normogênica do direito é derivado do plano internacional, compatível com a harmonização pela margem nacional de apreciação dos Estados³⁸, ou se são normas derivadas do padrão cultural de direitos humanos de outros países europeus ou dos Estados Unidos, com restrições inerentes à implementação interpretativa nos Estados³⁹.

No plano internacional, a construção doutrinária e jurisprudencial estabelece um patamar diferenciado de alocação para o *jus cogens*, considerando-o como norma substantiva no plano internacional⁴⁰, em especial no que tange ao processo de humanização do direito internacional⁴¹.

O *jus cogens* avança, sobremedida, muito além dos tratados, estendendo-se a todo o direito internacional contemporâneo. Ao abarcar o direito internacional, o *jus cogens* projeta-se no direito interno, tornando inválido qualquer ato incompatível com ele⁴². Conferindo-lhe uma natureza de norma de direitos humanos, esta aceitação geral colocaria o *jus cogens* como o topo da hierarquia normativa do direito internacional, o que implica em um problema de sofisticação teórica. Por essa razão, a aproximação da definição e da implementação de *jus cogens* é realizada no plano jurisprudencial⁴³.

Neste contexto, a emergência das normas imperativas e peremptórias do direito internacional é amplamente reconhecida e difundida no âmbito dos julgamentos da Corte IDH, a qual se apresenta como o tribunal internacional que mais contribuiu para a evolução conceitual do *jus cogens*, no âmbito do exercício de suas funções de proteção à pessoa humana, procedendo com a ampliação do conteúdo material do *jus cogens*⁴⁴.

tures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006. p. 598.

36 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 320-321.

37 TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013. p. 58.

38 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004. p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006. p. 39-128. Esta metodologia também é verificada em SANDS, Philippe. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, p. 85-106, 1998.

39 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

40 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

41 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

42 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

43 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011. Disponível em: Academia.edu. Acesso em: 09 jan. 2014. p. 13.

44 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana*

A primeira etapa da evolução jurisprudencial do *jus cogens* no âmbito do sistema interamericano consistiu na proibição absoluta da tortura, em toda e qualquer circunstância⁴⁵, inclusive no que tange à derivação para o tratamento cruel, desumano e degradante⁴⁶.

Na perspectiva da Corte, a tortura está proibida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, de maneira absoluta e inderrogável, inclusive em situações emergenciais, como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo, bem como outros delitos, provenientes de um contexto de estado de exceção ou de emergência constitucional, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna, além de outros tipos de emergência ou calamidades públicas⁴⁷.

Nesse sentido, a Corte Interamericana consolidou este posicionamento no caso *Tibi vs. Equador*, ao contextualizar o *jus cogens* na perspectiva de um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica⁴⁸. Este posicionamento encontra sua fundamentação na Convenção das Nações Unidas de 1984 e seu Protocolo, de 2002, na Convenção Interamericana (1985) e Européia (1987), que compõem o regime internacional de proteção contra a tortura e funcionam como parâmetro para a construção do bloco de normatividade⁴⁹. Além disso, foi inspirado na construção jurisprudencial adotada pela Corte Européia⁵⁰, que desde o julgamento do caso *Soering vs. Reino Unido* considera a proibição da tortura como expressão de um dos valores fundamentais das sociedades democráticas na contemporaneidade^{51, 52}.

No plano interamericano, a Corte Interamericana ampliou o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a contemplar o princípio da igualdade e da não-discriminação, quando da abordagem do tema pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos⁵³. Na opinião da Corte, os Estados Partes tem o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos à luz do princípio da igualdade e da não-discriminação, e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais direitos (inclusive os direitos sociais, de caráter trabalhista), incorrerá na responsabilidade dos Estados, porquanto referido princípio fundamental ingressou no espectro material de incidência do *jus cogens*. Dessa forma, os Estados não podem tolerar situações discriminatórias, sobretudo em detrimento dos imigrantes, devendo garantir a manifestação do devido processo

de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75. Em uma perspectiva crítica, Marcelo Varela acredita que a experiência de proteção dos direitos humanos adotada regionalmente, no manejo interpretativo do *jus cogens*, poderia compor de forma mais eficiente e democrática o núcleo rígido universal, mas não são levadas em consideração pelos países dominantes. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 321.

45 Em posicionamento contrário, no sentido da possibilidade do manejo da tortura, ver WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 76 e 154.

46 Neste sentido, é o posicionamento da Corte IDH, no caso *Cantoral Benavides vs. Peru*: “Ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas” (Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000, § 99).

47 Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110, §§ 111-112.

48 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114, § 143.

49 Sobre a construção do bloco de normas, denominado de bloco de constitucionalidade ou bloco de normatividade, confira-se a opinião de GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 178-181.

50 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 153-156.

51 Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido (n. 14038/88)*. Sentença de 07/07/1989, § 88.

52 Esta construção é reforçada pelo julgamento do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia, que no caso *A. Furundžija*, Sentença de 10/12/1998, §§ 137-139, 144 e 160, considerou a proibição absoluta da tortura como uma norma de caráter imperativo de *jus cogens*.

53 Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México, §§ 97-101 e 110-111.

legal a qualquer pessoa, independentemente de sua qualidade de imigrante, e, além do mais, devem adaptar suas políticas públicas, em especial as migratórias, em consonância com a irradiação do conteúdo material da igualdade e da não-discriminação⁵⁴.

O caráter aberto e principiológico conferido ao *jus cogens* – pela abordagem realizada nos precedentes emanados pela Corte Interamericana – transforma o instituto em uma categoria não fechada, sobre a qual são depositadas cargas axiológicas de normatividade, a ponto de expandir seu espectro de atuação pelas disposições normativas de proteção dos direitos humanos, presentes na Convenção Americana.

Uma primeira derivação desta constatação consiste na possibilidade de distinção do *jus cogens* pelo conteúdo essencial⁵⁵, em especial em demandas que colocam o conjunto de normas imperativas do direito internacional equiparado à norma com *status* supraconstitucional⁵⁶.

Um segundo aspecto trabalhado diz respeito à extensão do *jus cogens* a outros dispositivos consagrados pela Convenção Americana. A Corte estendeu a efetividade da norma imperativa de direito internacional para o âmbito de atuação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a fim de caracterizar com imperatividade o acesso à justiça, entendido como plena concretização da mesma, levando o conteúdo essencial de referidos dispositivos, interpretados conjuntamente, como forma de garantir a intangibilidade de todas as garantias judiciais⁵⁷.

A consolidação desta roupagem de imperatividade do acesso à justiça ocorreu no caso *La Cantuta vs. Peru*. Conforme foi reiteradamente assinalado no âmbito do caso, os fatos narrados implicaram na ofensa às normas inderrogáveis do direito internacional. E, de acordo com o conteúdo normativo previsto no artigo 1º, item 1, da Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a investigar as ofensas a direitos humanos, bem como a julgar e punir os responsáveis. Diante da natureza e da gravidade que a narrativa dos fatos impõe, e tratando-se de um contexto de violação sistemática dos direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade revela-se à comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para com estes efeitos. Logo, para a Corte Interamericana, o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional, e como tal perspectiva, produz efeitos que são necessários para não permitir o crescimento da impunidade destas violações, mediante o exercício da jurisdição obrigatória da Corte, com o escopo de aplicar adequadamente o direito interno e o direito internacional, a fim de julgar e punir os responsáveis pelos fatos, ou procurando colaborar com outros Estados Partes que desejam fazê-lo⁵⁸.

Ao estender a qualidade de *jus cogens* para os artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a Corte Interamericana permitiu que sua jurisdição obrigatória adentrasse ao âmbito de proteção do processo constitucional dos Estados Nacionais, a fim de que, mediante os dispositivos do artigo 1º, item 1, e 2º, do texto convencional, operacionalizasse a construção de um ambiente propício para colocar em prática a compensação constitucional oriunda do *jus cogens*, em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos, utilizando-se da interpretação evolutiva, conferida pela própria Corte, ao artigo 25 da Convenção Americana.

54 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 78. Esta construção leva à ingerência, no plano da margem nacional de apreciação, e a necessidade de efetuar uma medida compensatória no plano constitucional. Nesse sentido, ver, por todos, a opinião de PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.

55 PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006, p. 599 e WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 98-103.

56 Esta perspectiva foi abordada pela Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*.

57 Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 64.

58 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160.

6. CONCLUSÃO

A pesquisa revelou a importância que o comportamento ativo da Corte Interamericana – sobretudo em um momento de crise institucional – foi importante para construir a tese de sua qualificação como jurisdição obrigatória.

A transição para o perfil de jurisdição obrigatória demonstra um salto evolutivo e revela a importância da Corte Interamericana como um ator responsável pela concretização dos direitos humanos no âmbito da América Latina.

E, com esteio nesta perspectiva, é necessário vislumbrar a implementação deste modelo de jurisdição internacional obrigatória permanente, em matéria de direitos humanos, mediante o exame e a análise da jurisprudência desenvolvida pela Corte e seu respectivo adensamento de juridicidade quanto aos dispositivos da Convenção Americana.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011. Disponível em: Academia.edu. Acesso em: 09 jan. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. general course on public international law from Hague Academy of International Law, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 316, 2005-2006.

CIJ. *Opinião Consultiva relativa a Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1951)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido (n. 35763/97)*. Sentença de 21/11/2001.

Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido (n. 5310/71)*. Sentença de 18/01/1978.

Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia (n. 15318/89)*. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995.

Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido (n. 14038/88)*. Sentença de 07/07/1989.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000.

Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160.

Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 64.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114.

Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55.

Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Relatório para a Assembléia Geral da OEA*. Panamá 05 jun. 2007.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.

PETERS, Anne. International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 14, n. 1, p. 1-34, 2003.

SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, p. 85-106, 1998.

TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013.

UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in international law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.