



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Curso de Doutorado

GERMANA ASSUNÇÃO TRINDADE

**PRINCÍPIO DE *IUS COGENS* DA NÃO
DISCRIMINAÇÃO NA CARTA DA ONU: RECEPÇÃO
PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS**

João Pessoa
2019

GERMANA ASSUNÇÃO TRINDADE

**PRINCÍPIO DE *IUS COGENS* DA NÃO
DISCRIMINAÇÃO NA CARTA DA ONU: RECEPÇÃO
PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS**

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, como requisito para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa em Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto.

João Pessoa
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T833p Trindade, Germana Assunção.

Princípio de ius cogens da não discriminação na Carta da ONU : recepção pelo sistema interamericano de direitos humanos / Germana Assunção Trindade. - João Pessoa, 2019.

233 f. : il.

Orientação: Fredys Sorto.

Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

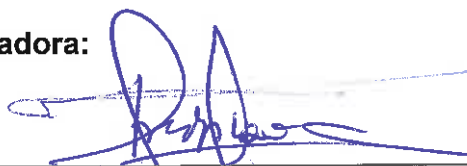
1. Ius Cogens. 2. Princípio da não discriminação. 3. Carta da ONU. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. I. Sorto, Fredys. II. Título.

UFPB/CCJ

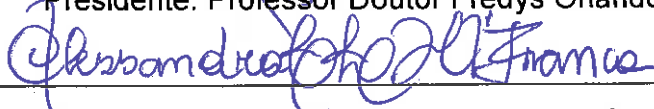
GERMANA ASSUNÇÃO TRINDADE

**PRINCÍPIO DE *IUS COGENS* DA NÃO
DISCRIMINAÇÃO NA CARTA DA ONU: RECEPÇÃO
PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS**

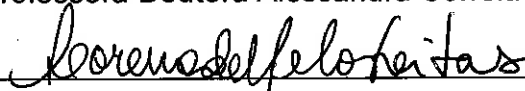
Banca Examinadora:



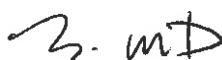
Presidente: Professor Doutor Fredys Orlando Sorto (UFPB)



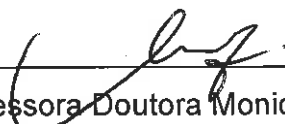
Avaliadora interna: Professora Doutora Alessandra Correia Lima Macedo (UFPB)



Avaliadora interna: Professora Doutora Lorena de Melo Freitas (UFPB)



Avaliador externo: Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos (UFPI)



Avaliadora externa: Professora Doutora Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque
Duarte Mariz-Nóbrega (UEPB)

Dedico este trabalho à minha mãe Nilda, meu eterno e maior exemplo, nesta vida; ao meu esposo Tiago, por todo amor refletido em paciência, em incentivo e em companheirismo, vitais na superação dos obstáculos; e aos meus filhos, Augusto e Teodoro, por serem a mola que me impulsiona, todos os dias, a me melhorar como ser humano.

AGRADECIMENTOS

Quem já fez uma tese traz na lembrança os dias difíceis e solitários entre a leitura e a escrita. E, nas recordações, encontra os inúmeros pensamentos voltados para a hipótese do fracasso.

O caminho, muitas vezes difícil, deságua certamente no prazer do conhecimento, da superação e na satisfação de que, de alguma forma (ainda que mínima), o resultado final contribuirá para a melhoria da sociedade em que vivemos.

Assim, gostaria de começar agradecendo a Deus, fonte inesgotável de amor, causa primária e final de minha existência.

À minha família, que foi muito além do incentivo, ao tornar possível, através de atos concretos a conclusão deste doutorado. Em especial, agradeço à minha mãe, Nilda; ao meu pai, Dilson; ao meu esposo, Tiago; e às minhas tias Valdiléa e Valdeth. Sem vocês nada seria possível.

À Tia Tanya, que foi importantíssima para a superação de dificuldades tanto acadêmicas, como e, principalmente, emocionais. Obrigada por ter feito isso com tanto amor.

Ao professor Fredys Orlando Sorto, orientador e amigo, que generosamente dividiu comigo ideias, conhecimentos e que, gentilmente, ainda me abriu a sua biblioteca pessoal, me dando acesso a obras relevantes à feitura desta tese.

Aos amigos, deste plano e do espiritual, por me ajudarem na manutenção do meu equilíbrio e da minha saúde mental. Aqui, incluo os amigos que trilham comigo este doutorado e que dividiram muito mais que conhecimentos. Obrigada, especialmente, às amigas Regina e Christianne, irmãs de alma, que extrapolaram o doutorado ao compartilharem vidas.

Às Universidades Federais do Piauí e da Paraíba, em especial ao corpo docente do Dinter, pela viabilização deste projeto de qualificação de docentes e de multiplicação do conhecimento.

RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido com os objetivos: de analisar como o princípio da não discriminação previsto na Carta da ONU é recepcionado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e de examinar as implicações dessa recepção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange à salvaguarda do ser humano para os Estados. O princípio da não discriminação é a única norma de direitos humanos prevista na Carta da ONU, e se encontra, também, expressamente previsto na Convenção Americana. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, reconhecem o princípio da não discriminação como detentor do atributo de *ius cogens*. A Corte concretiza, em suas decisões, a primazia do princípio da não discriminação, em razão de sua característica de *ius cogens*, sobre todos os atos do Estado ou de particulares, sempre que estes últimos os realizem sob a tolerância, a aquiescência ou a negligência estatal. Isso resulta na cominação pela Corte de sanções variadas (medidas de satisfação, de restituição, de reabilitação e de garantias de não repetição, além de indenizações e compensações pecuniárias), que vão muito além da compensação da vítima, quando restar violado o princípio de *ius cogens* da não discriminação. Nas decisões analisadas, a Corte não demonstra de forma clara e robusta preencher, esse princípio, os requisitos contidos no art. 53 da Convenção Americana e nem impõe a sanção de nulidade constante no referido artigo ao ato ou à norma discriminatória. Contudo, se conclui serem as decisões da Corte eficazes na modificação da forma de agir dos Estados e, conseqüentemente, na proteção, sem discriminação, dos seres humanos.

Palavras-chave: *Ius Cogens*. Princípio da não discriminação. Carta da ONU. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This thesis has been developed with the objectives: to analyze how the principle of non-discrimination guaranteed in the Charter of the UN is received by the Inter-American Human Rights System, and to examine the implications of this reception by the Inter-American Court of Human Rights, regarding safeguards of human beings by the States. The principle of non-discrimination is the only human rights norm guaranteed in the Charter of the UN and is also expressly provided for in the American Convention. The decisions of the Inter-American Court of Human Rights, on the other hand, recognize the principle of non-discrimination as having the *ius cogens* attribute. The Court materializes in its decisions, the primacy of the non-discrimination principle, in lieu of its characteristic of *ius cogens*, over all acts of the State or of individuals, whenever individuals perform them under the tolerance, acquiescence or negligence of the state. This results in the Court adopting various sanctions (measures of satisfaction, restitution, rehabilitation and guarantees of non-repetition, as well as indemnities and pecuniary compensations), which go far beyond the compensation of the victim when the principle of *ius cogens* of non-discrimination is violated. In the decisions analyzed, the Court does not clearly and robustly demonstrate that this principle meets the requirements contained in art. 53 of the American Convention, nor does it impose the penalty of nullity contained in that article on the discriminatory act or rule. However, it is concluded that the decisions of the Court are effective in modifying the way States act and, consequently, in the protection, without discrimination, of human beings.

Keywords: *Ius Cogens*. Principle of non-discrimination. Charter of the UN. Inter-American Court of Human Rights.

RÉSUMÉ

Ce travail a été développé avec les objectifs suivants: faire une analyse de la manière dont le système interaméricain des droits de l'homme perçoit le principe de la non-discrimination énoncée dans la Charte des droits de l'homme et examiner les implications de cette réception par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en ce qui concerne la protection de l'être humain pour les Etats. Le principe de la non-discrimination est la seule norme des droits de l'homme prévue dans la charte de l'ONU, et elle se trouve, aussi expressément prévue dans la Convention Américaine. Les décisions de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, à leur tour, reconnaissent le principe de la non-discrimination comme le détenteur de l'attribut d'*ius cogens*. La Cour rend concret, par ses décisions, la primauté du principe de la non-discrimination, en raison de sa caractéristique de *ius cogens*, sur tous les actes de l'Etat et des individus, à condition que ces derniers les accomplissent dans le respect de la tolérance, de l'acquiescement ou de la négligence de l'Etat. Cela amène la Cour à adopter diverses sanctions (des mesures de satisfaction, des restitutions, des réhabilitations et des garanties de non -répétition ainsi que des réparations et des indemnisations pécuniaires), qui vont bien au-delà de l'indemnisation de la victime lorsque le principe de *ius cogens* de non-discrimination est violé. Dans les décisions analysées, la Cour ne démontre pas clairement et de manière convaincante que ce principe satisfait aux exigences de l'art. 53 de la Convention Américaine et n'impose pas non plus la peine de nullité contenue dans cet article à l'acte ou à la règle discriminatoire. Cependant, il est conclu que les décisions de la Cour sont efficaces pour modifier la façon dont les Etats agissent, par conséquent, pour protéger, sans discrimination, des êtres humains.

Mots-clés: *Ius Cogens*. Principe de la non-discrimination. Charte de l'ONU. Cour Interaméricaine des droits de l'Homme.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Linha do Tempo dos documentos precursores à Carta da ONU.....	96
Figura 2 - Organograma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	129
Figura 3 – Percentual de decisões da CORTEIDH que versam sobre o princípio de <i>ius cogens</i> da não discriminação (N=372)	132
Figura 4 - Distribuição dos critérios proibidos de discriminação violados reconhecidos pela Corte (N=20).....	181

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDI	Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas
CESCR	Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
CDH	Comitê de Direitos Humanos
CEDCM	Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CORTEIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
ECOSOC	Conselho Econômico e Social
INACIF	Instituto Nacional de Ciências Forenses de Guatemala
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
Sr.	Senhor
Sra.	Senhora
TPII	Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 REGIME JURÍDICO DAS NORMAS DE <i>IUS COGENS</i> RELATIVAS AOS DIREITOS HUMANOS	18
1.1 Aproximação geral aos precedentes do <i>ius cogens</i>	19
1.2 <i>Ius cogens</i> e o projeto da Convenção de Viena de 1969: origem, definição, natureza jurídica e materialidade	29
1.2.1 <i>Ius cogens</i> e o projeto de artigos apresentado por Humphrey Waldock	34
1.2.2 <i>Ius cogens</i> e a Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados.....	51
1.3 A evolução do <i>ius cogens</i> e o seu entendimento atual	57
2 NORMA DE <i>IUS COGENS</i> DE DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NA CARTA DA ONU	87
2.1 Direitos humanos: a trajetória dos documentos internacionais precursores das Carta da ONU na busca da paz mundial duradoura	87
2.2 O princípio da não discriminação: inserção e alcance	96
2.3 O princípio da não discriminação como norma de <i>ius cogens</i>	112
2.4 A repercussão do princípio da não discriminação constante na Carta da ONU na Convenção Americana.....	121
3 O PRINCÍPIO DE <i>IUS COGENS</i> DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E SUA RECEPÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	131
3.1 O princípio de <i>ius cogens</i> da não discriminação à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	132
3.2 O princípio de <i>ius cogens</i> da não discriminação e os impactos para os Estados decorrentes das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos	181
3.2.1 Das indenizações pelos danos materiais e imateriais	183
3.2.2 Das medidas de satisfação	185
3.2.2.1 Obrigação de investigar.....	186
3.2.2.2 Publicidade da decisão.....	187
3.2.2.3 Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional	189

3.2.2.4 Reforma da legislação.....	190
3.2.2.5 Da outorga de bolsas de estudo.....	190
3.2.2.6 Outras medidas de satisfação	191
3.2.3 Das medidas de restituição	192
3.2.4 Das medidas de reabilitação	196
3.2.5 Das medidas de não repetição	198
3.2.6 Resultado da análise dos impactos para os Estados decorrentes da aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do princípio de <i>ius cogens</i> da não discriminação	204
CONCLUSÕES.....	208
REFERÊNCIAS	214

INTRODUÇÃO

Esta tese trata do *ius cogens*, isto é, da imperatividade de certas normas de direito internacional. O tema ganha projeção, sobretudo, a partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Nesta tese, entretanto, o tema será abordado de forma mais específica, delimitado apenas ao caso do princípio da não discriminação e o seu *status* de *ius cogens*, ou seja, o seu caráter imperativo, distinguindo essa norma de outras normas de direito internacional. Assim, indiretamente, esta tese também trata das controvérsias em torno dos requisitos necessários para o reconhecimento de normas de *ius cogens*.

Por fim, o tema desta pesquisa recebeu mais um recorte, delimitando o objeto à sua inserção no sistema interamericano de direitos humanos, isto é, esta tese aborda a inserção, no sistema interamericano de direitos humanos, do princípio da não discriminação previsto na Carta da ONU.

A mudança substancial ocorrida na sociedade internacional motivada pela Segunda Guerra Mundial, em especial, pelos horrores vivenciados pelos indivíduos, fez surgir a necessidade de uma organização internacional com o objetivo de salvaguardar a paz e a segurança internacionais. Conclui-se, então, a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU), tratado instituidor da Organização das Nações Unidas (ONU), que ao reconhecer ser a proteção dos direitos humanos requisito indispensável para a existência pacífica da sociedade internacional, alçou a proteção dos direitos humanos ao plano internacional, ainda que muitos, equivocadamente, atribuam essa façanha à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nessa nova conjuntura, rompe-se com o paradigma de um direito, baseado só na vontade do Estado, e se positiva, através do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, o *ius cogens*, determinando a existência de normas internacionais que limitam a soberania dos Estados, na medida em que nulificam ou extinguem qualquer outra, internacional ou interna, com elas conflitantes. Quais são, porém, as normas de *ius cogens*? A Convenção de Viena de 1969, deliberadamente, silenciou quanto a uma determinação exata da substância, da materialidade das normas imperativas, fazendo aflorar controvérsias. Contudo, é cediço que o conteúdo das normas de *ius cogens* não se restringe à proteção do ser humano, abrangendo outras matérias de direito

internacional geral, como por exemplo, a paridade jurídica dos Estados. Por outro lado, não há como negar a estreita ligação entre tais normas e os direitos humanos básicos, aqui reconhecidos como os indispensáveis para a manutenção, em determinada circunstância, da sociedade internacional. Consequentemente, ainda que prevaleça a ideia da inexistência de hierarquia entre as normas de direitos humanos no direito internacional, em razão, principalmente, da ênfase nas características de indivisibilidade e de interdependência de tais direitos; nem todos os direitos humanos podem obter o *status* de *ius cogens*.

Somente os direitos humanos, reconhecidos, pela maioria dos Estados representativos dos diversos grupos políticos e geográficos da sociedade internacional, como indispensáveis à manutenção da sociedade internacional, em determinada época, devem ser considerados de *ius cogens*. Assim, defende-se, neste trabalho, ser de *ius cogens* o princípio da não discriminação, norma de direitos humanos, contida, de forma concreta, na Carta da ONU.

A própria Carta da ONU ressalta a imprescindibilidade do princípio da não discriminação, tanto para a proteção do ser humano, como para a coexistência pacífica dos Estados. Em outras palavras, tal princípio foi considerado como essencial para a consecução dos objetivos da ONU, tanto que é reconhecido e aceito pelos 193 Estados-membros dessa organização internacional.

Diante, porém, das divergências, quanto ao conteúdo das normas com atributo de *ius cogens*, e do pressuposto de que a materialidade das normas com esse atributo deve ser definida por meio da prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais internacionais, pergunta-se: como o princípio de *ius cogens* da não discriminação constante na Carta da ONU é recepcionado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e qual o impacto (para os Estados) da recepção de tal norma pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH)?

O presente trabalho pretende responder ao problema de pesquisa acima, tendo como objetivos: analisar como o princípio de *ius cogens* da não discriminação constante na Carta da ONU é recepcionado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e examinar as implicações dessa recepção pela Corte, no que tange à salvaguarda do ser humano para os Estados.

Esta tese é fruto de uma pesquisa empírica, pois, visando a responder ao problema proposto, foram analisadas 20 decisões proferidas nos casos contenciosos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no período de 26 de junho de 1987,

data em que foi prolatada a primeira decisão dessa Corte, em caso contencioso, a 31 de dezembro de 2018.

Os 20 casos analisados foram tratados em três etapas. Na primeira, utilizou-se do mecanismo de busca do *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando a determinar quais decisões, no período pesquisado, foram emitidas em casos contenciosos, resultando na lista de 372 sentenças. Em seguida, foi aplicado, em cada uma das 372 decisões, mecanismo de busca visando à localização do termo “*cogens*” e/ou da expressão “*derecho imperativo*”, quando então, se reduziu o número de decisões para 73. Na terceira e última etapa, fez-se avaliação preliminar do inteiro texto das sentenças, objetivando excluir as que reconheciam como de *ius cogens* direitos humanos distintos do princípio da não discriminação, quando então se chegou às 20 decisões que foram analisadas neste trabalho. Desta forma, exauriu-se, na presente tese, todo o universo de decisões emanadas da Corte Interamericana sobre a matéria pesquisada.

Registra-se que, para não se afastar do objetivo proposto, optou-se por só incluir na pesquisa casos em que a Corte se pronunciou sobre a qualidade de *ius cogens* de uma norma; bem como foram desconsiderados os argumentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e das vítimas.

Desta forma, se testou, através das decisões analisadas, a hipótese apresentada, neste trabalho, qual seja: por ser de *ius cogens* o princípio da não discriminação, contido na Carta da ONU, tal norma, além de refletir no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, serve de parâmetro de validade, não só para essa Convenção, mas também para as demais normas da sociedade internacional; insere-se, portanto, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, consequentemente, é recepcionada como de *ius cogens* pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, trazendo implicações para os Estados, no tocante à proteção do ser humano. Dessa forma, as variáveis são: *ius cogens* e proteção do ser humano.

Utilizou-se como principal método de abordagem o dedutivo, pois se testou se o princípio de *ius cogens* da não discriminação constante na Carta da ONU, também o é, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos e quais as implicações para os Estados, no que se refere à proteção do ser humano.

Com relação ao método de procedimento, aplicou-se o método histórico, pois se partiu da origem do *ius cogens* para verificar quais as repercussões deste, nas

decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tocante à concretização da proteção do ser humano; bem como utilizou-se o método hermenêutico, necessário para a compreensão das decisões da citada Corte, e dos textos positivos, quando da análise desses documentos. No entanto, a utilização de tais métodos de forma predominante não inviabilizou o emprego de outros, adotando-se, portanto, nesta pesquisa, o pluralismo metodológico.

Foi empregada a técnica de pesquisa documental, pois foram consultados e analisados os seguintes instrumentos: a Convenção de Viena de 1969, os Anuários da Comissão de Direito Internacional da ONU, a Carta da ONU, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as decisões proferidas, nos casos contenciosos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foram levantados, nos anuários referentes aos trabalhos da CDI, quando da feitura da Convenção de Viena de 1969, os dados necessários para compreender o art. 53 dessa Convenção, naquele momento histórico. Analisou-se o princípio da não discriminação, única norma de direitos humanos constante na Carta da ONU, para, a partir do conceito de *ius cogens* inserido no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, desmonstrar a sua natureza de *ius cogens*. Já o estudo das decisões proferidas nos casos contenciosos pela citada Corte foi essencial para o teste da hipótese formulada.

Aliada à pesquisa documental, realizou-se a pesquisa bibliográfica, buscando em obras que tratam especificamente do *ius cogens* alicerce para a interpretação crítica dos documentos pesquisados, assim como na atual interpretação do art. 53 da Convenção de Viena de 1969. Ademais, a pesquisa bibliográfica respaldou a determinação do princípio de *ius cogens* da não discriminação como a única norma específica de direitos humanos contida na Carta da ONU.

Neste trabalho, o vocábulo "norma" é utilizado no sentido de gênero, alcançando as regras e os princípios. Ressalta-se que, inicialmente, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI) se referia expressamente aos termos "normas" e "princípios", sendo o vocábulo "norma" utilizado como sinônimo de regra. Porém, após debate entre os membros da CDI, optou-se pela utilização estrita da palavra "norma" (CDI, 1963a), aqui já no sentido de gênero, como está expressamente consignado no art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

A expressão "comunidade internacional" consta no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, não há, contudo, nos Anuários da Comissão de Direito Internacional

das Nações Unidas, relativos aos trabalhos dessa Comissão, durante a feitura do projeto da minuta dessa Convenção, nenhum debate envolvendo o aspecto sociológico do termo. Ocorre que, na comunidade internacional, existem aproximações e vínculos espontâneos entre os membros, em razão da identidade comum, da cumplicidade e do pertencimento, sendo uma criação de cooperação natural, em que se constata a ausência de dominação; enquanto na sociedade internacional as aproximações e os vínculos são intencionais, pois, em razão de interesses e objetivos em comum, os membros optam por pertencer, sendo formada por grupos heterogêneos, em constante tensão de domínio. Assim, em razão de tal distinção, utilizar-se, neste trabalho, a locução "sociedade internacional", sendo, no entanto, empregada a expressão "comunidade internacional" excepcionalmente.

O presente trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo responde, por meio da análise dos debates entabulados entre os membros da CDI, durante a construção do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, e das discussões realizadas pelos Estados, tanto no seio da Assembleia Geral da ONU como durante a Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, se aquela Convenção somente codificou o *ius cogens* ou o desenvolveu progressivamente; bem como, responde qual a natureza jurídica de tal atributo, conforme previsto no art. 53, além de apontar os critérios para a determinação da materialidade dessas normas, segundo a CDI. Examinam-se, também, em subseção própria do primeiro capítulo, as características da norma de *ius cogens*, segundo o art. 53 da Convenção de Viena de 1969, para determinar a evolução do *ius cogens* e qual o entendimento atual da doutrina, no que se refere à materialidade das normas de *ius cogens*, pertinente aos direitos humanos.

No segundo capítulo, examina-se o princípio da não discriminação, norma de *ius cogens* em matéria de direitos humanos, contido na Carta da ONU. O seu objetivo é demonstrar, a partir dos requisitos fixados pelo art. 53 da Convenção de Viena de 1969, se esta Carta instrumento hábil para revelar o reconhecimento pelos Estados do atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação. Em subseção específica, responde se o princípio da não discriminação foi recepcionado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No terceiro e último capítulo analisa-se a recepção do princípio da não discriminação nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse exame se limita à aplicação, por essa Corte, do referido princípio de direitos humanos como de *ius cogens*, e a fundamentação utilizada para tanto. Também são analisados,

neste capítulo, os impactos das decisões da Corte para os Estados violadores de tal princípio, através da análise das sanções a eles impostas.

1 REGIME JURÍDICO DAS NORMAS DE *IUS COGENS* RELATIVAS AOS DIREITOS HUMANOS

Fruto da noção de soberania nascida com o Estado moderno do sistema westfaliano, o voluntarismo Estatal fundamentava a obrigatoriedade do direito internacional. O norte das relações internacionais, neste período, era a liberdade irrestrita de tratar dos Estados. No campo do direito interno não era diferente, pois a regra era considerar de competência exclusiva do Estado estabelecer as normas a serem aplicadas em seu território, principalmente no relativo a seus nacionais¹. Assim, tanto nos assuntos internos quanto no plano internacional, a vontade do Estado era inviolável.

As mudanças ocorridas no mundo em decorrência da Segunda Guerra Mundial fizeram com que se concretizassem na Carta da ONU a coexistência pacífica dos Estados na sociedade internacional como um objetivo a ser buscado e a inserção da proteção ao ser humano no plano internacional. Nesse novo cenário, rompe-se com o paradigma de um direito internacional baseado só na vontade dos Estados, surgindo o *ius cogens*² como limitação à liberdade de concluir tratados.

Neste capítulo, investigar-se-ão o surgimento, a natureza jurídica e a materialidade do *ius cogens*, característica presente em normas necessárias para a existência do ordenamento jurídico internacional.

¹ Nesse sentido, é o discurso de Goebbels no Conselho da Liga das Nações em razão de ter a Alemanha hitleriana violado um tratado de minoria na Alta Silésia, como demonstra o trecho a seguir transcrito: “Ustedes, Sociedad de Naciones, no tienen por qué saber lo que nosotros hacemos con nuestros socialistas, con nuestros pacifistas, con nuestros judíos. Nosotros somos libres de tratarlos como queramos. Todo eso no debe importarles [...]” (CASSIN, 1974a, p. 391).

² O termo pode ser expresso como *jus cogens* ou *ius cogens*, sendo este último correto no latim clássico, enquanto o primeiro é a versão moderna que surgiu apenas no século XIX (KOLB, 2015). A letra “j” foi desenvolvida no contexto das letras estilizadas que iniciavam os capítulos em livros impressos, após a invenção da prensa de Gutenberg (KOLB, 2015). Atualmente, expressões como “normas imperativas”, “normas não-derrogáveis”, “normas inderrogáveis” e “normas peremptórias” são utilizadas como sinônimos de “normas de *ius cogens*”.

1.1 Aproximação geral aos precedentes do *ius cogens*

Se o *ius cogens*, atualmente, é uma realidade jurídica e se encontra positivado no art. 53 da Convenção de Viena de 1969³, o seu surgimento continua a ser motivo de controvérsias.

As origens do *ius cogens*, para Nieto-Navia (2003, p. 3), encontram-se, principalmente, no período em que a doutrina da lei natural foi desenvolvida; apesar da noção de *ius cogens* ter surgido com os estoicos, que construíram, pela primeira vez, a teoria de que a lei deveria ser aplicada em escala internacional, em virtude de um “raciocínio universal”, que não se baseia em nacionalidades individuais ou raça, mas que é comum a todos, chegando à ideia de um “Estado universal”, no qual todos os homens deveriam ser iguais.

Já para Gómez Robledo (2003, p. 5), seria o *ius cogens* tão antigo quanto o direito romano, não obstante ter a terminologia contemporânea de *ius cogens* surgido só na obra dos pandectistas⁴ para designar a inexistência de liberdade de ação dos particulares na aplicação da norma jurídica. Sztucki compartilha do entendimento de que a noção de *ius cogens* estava presente no antigo direito romano e, também, leciona que o termo “[...] só aparece no século XIX, nas obras dos estudiosos envolvidos no estudo dos pandectos [...]”⁵ (SZTUCKI, 1974, p. 6, tradução nossa).

No texto “*Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”⁶, de Papiniano, a expressão *ius cogens* é encontrada uma única vez, mas com sentido diverso do atual, já que utilizada para designar o caráter essencial de uma doação, que é o de ser proveniente de um ato totalmente voluntário não decorrente de qualquer obrigação legal (GÓMEZ ROBLEDOS, 2003, p. 1-2).

³ “Art. 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” (BRASIL, 2009, p. 13).

⁴ “La institución en sí misma, sin embargo, es tan antigua por lo menos como el derecho romano, y por más que la terminología contemporánea no aparezca sino muy tardíamente, en la obra de los pandectistas.” (GÓMEZ ROBLEDOS, 2003, p. 5). Os pandectistas foi um movimento alemão do século XIX dedicado ao estudo do *Digesto* de Justiniano (CDI, 2016b, p. 10).

⁵ “The concept and notion are as old as the ancient Roman law but the term as such appears only in the 19th century, in the works of scholars engaged in the study of pandects.” (SZTUCKI, 1974, p. 6).

⁶ Em espanhol pode-se traduzir esta afirmação como “Se entiende como donado todo aquello que se concede sin que el Derecho obligue a harcelo” (CDI, 2016b, p. 10).

A característica da inderrogabilidade da norma de *ius cogens* por um acordo entre as partes constante na Convenção de Viena de 1969, para Gómez Robledo (2003, p. 2-3), já era encontrada na Roma antiga, no tocante às normas de *ius publicum*, que não tinham o sentido de direito público, *ius populi*, mas que existiam em razão do interesse da República, não podendo ser afastadas por convenção entre particulares sob pena de nulidade⁷.

Apesar das percepções de direito universal dos estoicos e da presença de normas inderrogáveis no antigo direito romano, a inexistência do conceito de Estado soberano afasta a ideia de que o desenvolvimento do *ius cogens* tenha iniciado sua construção na Grécia Clássica ou na Roma Antiga, ainda que lições emanadas de tais períodos tenham inspirado o *ius cogens*, conforme previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

Autores clássicos do direito internacional, como Francisco de Vitoria, Hugo Grotius, Christian Wolff e Emer de Vattel, fundamentam no direito natural a existência de normas inderrogáveis por convenção particular ou estatal, que representam um *jus naturale necessarium* (direito natural necessário) (NIETO-NAVIA, 2003; GÓMEZ ROBLED, 2003). Tais normas, de acordo com a concepção jusnaturalista, não só seriam hierarquicamente superiores e inderrogáveis, mas também imutáveis, diferindo-se do *ius cogens*, previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, passível de sofrer modificação, por norma de direito internacional geral de mesma natureza.

Francisco de Vitoria, para Gómez Robledo (2003, p. 9), seria não só o fundador do direito internacional moderno, mas também o profeta do *ius cogens*, por ter previsto, em seu texto *de potestate civili*⁸, um *ius cogens* positivo ou voluntário que nenhum Estado poderia transgredir, pois seria fruto do *totus orbis* na terminologia vitoriana, e que atualmente corresponderia à sociedade internacional em seu conjunto. Vitoria defende que o direito natural seria o *ius cogens* natural ou necessário,

⁷ Este também é o entendimento de Kaser (*apud* CDI, 2016b, p.10), que afirma que a “[...] la expresión 'jus publicum' tiene un significado más amplio que 'derecho público' y se refiere a todas aquellas normas que las personas no pueden dejar de lado mediante acuerdo separado [...]”, ou seja, “[...] el jus publicum se refería a las normas que no podían derogarse, ni siquiera por acuerdo, esto es, lo que podría denominarse jus cogens.” (CDI, 2016b, p.10).

⁸ “El derecho de gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes ... En asuntos graves, por tanto, ningún Estado puede darse por no obligado por el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todos el orbe.” (VITORIA, *apud* ROBLED, 2003, p. 9).

inderrogável e imutável, enquanto o *ius cogens* positivo ou voluntário seria derogável, desde que de acordo com o *tuto orbis* (GÓMEZ ROBLEDÓ, 2003).

Discorda-se da afirmação de que “[...] o famoso texto vitoriano tenha antecipado de forma genial o art. 53 da Convenção de Viena [...]”⁹ (GÓMEZ ROBLEDÓ, 2003, p. 10, tradução nossa), pois, enquanto para Vitória o *ius cogens* positivo encontrava limite no *ius cogens* natural, as normas de *ius cogens* segundo a Convenção de Viena não se subordinam a qualquer outra norma, e se fundam só na vontade da sociedade internacional.

Posteriormente, as teorias de direito natural gradualmente começaram a desaparecer¹⁰, dando lugar a um direito internacional voluntário, fruto da ideia de soberania dos Estados, trazendo como consequência o predomínio da noção de liberdade irrestrita do poder de tratar desses sujeitos do direito internacional.

No entanto, com a Primeira Guerra Mundial, ressurgiu a doutrina das normas de maior hierarquia (CDI, 2016b, p. 14), bem como começaram a surgir nos tribunais internacionais decisões que procuravam limitar a liberdade dos Estados em concluir tratados.

No Caso Wimbledon, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), que versava sobre o direito de passagem pelo Canal de Kiel, discutiu-se a oposição alemã à passagem do navio inglês de nome “Wimbledon”, fretado por uma companhia francesa, que se encontrava carregando armas e munições da missão polonesa em Salonika para uma base militar do Estado polonês em Danzing. A Alemanha fundamentou sua recusa à permissão de passagem do mencionado navio no fato de que se encontrava em posição de neutralidade na guerra russo-polonesa e de que leis alemãs que regulavam a neutralidade desse Estado proibiam a passagem de material bélico com destino a qualquer um dos dois países. A Polônia, juntamente com o Reino Unido, a França, a Itália e o Japão, por outro lado, requeriam a aplicação do art. 380 do Tratado de Versalhes¹¹.

⁹ “[...] el famoso texto vitoriano anticipa en forma genial el artículo 53 de la Convención de Viena [...]” (GÓMEZ ROBLEDÓ, 2003, p. 10).

¹⁰ Para Tladi, “[...] los enfoques iusnaturalistas del derecho internacional, incluso en la era del positivismo, no se habían erradicado por completo y podían detectarse en la bibliografía jurídica de los siglos XIX y XX [...]” (CDI, 2016b, p. 12), porém “[...] los escritos en los que se propone la inderogabilidad disminuyeron, tanto en términos de cantidad como de intensidad.” (CDI, 2016b, p. 13).

¹¹ “Art. 380. O canal de Kiel e seus acessos se manterão sempre livres e abertos em condições de perfeita igualdade, para as embarcações de guerra e comércio de todas as nações que se encontrem em paz com a Alemanha.”

A opinião dissidente do juiz Schücking foi pela impossibilidade de aplicação do art. 380 do Tratado de Versalhes, uma vez que a obrigação constante no referido tratado violava os deveres decorrentes da neutralidade da Alemanha em relação à Rússia, não signatária do Tratado de Versalhes (CPJI, 1923, p. 47). Para o juiz Schücking, a violação dos deveres de neutralidade pela Alemanha constituiria ofensa ao direito internacional, mesmo na existência de obrigações decorrentes de tratados assumidos em relação a terceiros Estados (CPJI, 1923, p. 47). A questão versada na opinião dissidente se restringiu à limitação da liberdade de tratar dos Estados, em respeito a direitos de terceiros Estados, posto como aduzido por Schücking, a intenção dos Estados vitoriosos não poderia ter sido obrigar a Alemanha, por meio do Tratado de Versalhes, a cometer violações contra um terceiro Estado (CPJI, 1923, p. 47). Assim, não se vislumbra opinião dissidente do juiz Schücking como um precedente da jurisprudência internacional sobre o *ius cogens*, apesar da opinião em contrário de doutrinadores como Carrillo Salcedo (1976, p. 261), uma vez que a matéria abordada, nessa opinião dissidente, não se refere à nulidade de tratado em razão da existência de normas de *ius cogens* que resguardam interesses de toda a sociedade internacional.

Em 1931, o Conselho da Liga das Nações solicitou à Corte Permanente de Justiça opinião consultiva sobre se o Protocolo estabelecido entre a Alemanha e a Áustria que visava à conclusão de um tratado para assimilar as tarifas e as políticas econômicas dos dois Estados era compatível com o art. 88 do Tratado de Paz de Saint-Germain¹² e com o Protocolo n.º 1, assinado em Genebra, em 4 de outubro de 1922 (ONU, 2012, p. 227), em outras palavras, se poderia a Áustria, sem o consentimento do Conselho, celebrar com a Alemanha a união aduaneira ou se o regime contemplado ameaçaria a independência da Áustria.

A maioria dos membros da Corte opinou que o regime contemplado ameaçava a independência econômica da Áustria, sendo capaz de pôr em perigo a independência desse país. No entanto, Anzilotti apresentou uma opinião individual, pois ainda que concordasse com a parte operacional do parecer, não concordava com os fundamentos apresentados (ONU, 2012, p. 229). Para Anzilotti, a independência

¹² "Art. 88. The independence of Austria is inalienable otherwise than with the consent of the Council of the League of Nations. Consequently, Austria undertakes in the absence of the consent of the said Council to abstain from any act which might directly, or indirectly or by any means whatever compromise her independence, particularly, and until her admission to membership of the League of Nations, by participation in the affairs of another Power."

da Áustria era inalienável, exceto com o consentimento do Conselho da Liga das Nações, em razão do disposto no art. 80 do Tratado de Versalhes, que foi adotado para garantir a existência da Áustria contra o perigo de incorporação pelo Reich alemão, mas no interesse da Europa como um todo, e não no interesse da Áustria, tanto que o art. 88 do Tratado de Paz de Saint-Germain só impõe obrigações para esse Estado (ONU, 2012, p. 230).

A opinião individual de Anziolotti não contém nada que possa caracterizar o *ius cogens*, pois, além de declarar que o art. 80 do Tratado de Versalhes foi adotado no interesse da Europa, e não no interesse da sociedade internacional, a matéria analisada se refere à violação de um tratado em vigor por tratado posterior com signatários distintos. No entanto, ao arguir que um tratado internacional concluído por um Estado visava garantir interesses de outros Estados, e não os próprios interesses do Estado signatário, Anziolotti avançou, no que se refere à imposição de limites à soberania estatal.

Em 1932, ao julgar o Caso das Zonas Francas de Alta Saboia e Distrito de Gex, a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu sobre a impossibilidade do art. 435 do Tratado de Versalhes, tratado multilateral que não tem a Suíça como signatária, revogar provisões relativas às zonas francas entre França e Suíça, que estavam contidas em tratados anteriores e que beneficiavam a Suíça (CPJI, 1932). A decisão em comento, apesar de ter determinado a não aplicação de um tratado, versou sobre direito de terceiros Estados, matéria estranha à contida no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, como aduzido acima.

No Caso Oscar Chinn, também, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, somente no voto vencido do juiz Schücking encontra-se a expressão *ius cogens*. No entanto, o que o juiz Schücking denomina de *ius cogens* se refere à impossibilidade de derrogação de normas de um tratado, por alguns de seus signatários, em virtude de terem as partes, quando da feitura do tratado, estipulado que nenhuma derrogação seria permitida¹³ (CPJI, 1934, p. 148). Dessa forma, não há como enquadrar tal decisão no conceito de *ius cogens* constante no art. 53 da

¹³ Nesse sentido, é o trecho a seguir transcrito da opinião separada do juiz Schücking: "In my opinion, this view is not in conformity with the will of the States which drew up the Congo Act. Once it is recognized that the intention was to create a Statute of the Congo which should not be liable to be altered by some only of its authors, the will of the Powers must be interpreted as being that no convention can acquire valid existence that is contracted in disregard of the rule forbidding a limited group of signatories of the Act to modify its terms." (CPJI, 1934, p. 148).

Convenção de Viena de 1969, pois como aduzido por Sztucki (1974, p. 16), a construção legal chamada de *ius cogens*, nesse caso, foi explicitamente desautorizada pela CDI (CDI, 1966d, p. 248) (Cf. seção 1.2.1).

Discorda-se, assim, com Gómez Robledo, para quem o voto vencido do juiz Schücking “[...] levantou em tal tribunal e em seus próprios termos, a existência de um *ius cogens* internacional, e precisamente com a sanção — a nulidade de pleno direito — que atualmente acompanha os atos contrários a uma norma de *ius cogens* [...]”¹⁴ (GÓMEZ ROBLEDOS, 2003, p. 17, tradução nossa), ainda que o seguinte trecho do referido voto possa levar a tal equívoco:

E eu mal posso acreditar que a Liga das Nações poderia começar os trabalhos de codificação do direito internacional se não fosse possível, ainda hoje, criar um *ius cogens*, cujo efeito seria que, uma vez que os Estados tenham concordado com certas regras de direito, e também tenham se comprometido em não alterar essas regras apenas por alguns deles, qualquer ato adotado em contravenção a esse compromisso será automaticamente nulo. [...] A Corte nunca aplicaria, por exemplo, uma convenção com termos contrários à moralidade pública. [...] A atitude do tribunal, em minha opinião, deveria ser regida, em tal caso, por considerações de ordem pública internacional.¹⁵ (CPJI, 1934, p. 149, tradução nossa).

Lauterpacht (CDI, 1953, p. 155), Relator Especial da CDI, em seu primeiro relatório, ao introduzir no projeto de codificação sobre o Direito dos Tratados restrição à liberdade dos Estados em concluir tratados sob pena de nulidade, fundamentou tal restrição no argumento de Schücking, para quem existem princípios que, por expressarem regras de moralidade internacional tão significativas, devem ser considerados princípios internacionais de ordem pública.

Em 1949, ao julgar o Caso do Canal Corfu, que versava sobre a responsabilidade internacional da Albânia, em razão de explosões causadas por minas em águas albanesas no Estreito de Corfu, que ocasionaram danos a navios britânicos e a morte de tripulantes, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), em sua

¹⁴ “[...] se planteó en tal foro y en sus propios términos, la existencia de un *ius cogens* internacional, y precisamente con la sanción - la nulidad de pleno derecho - que actualmente acompaña a los actos contrarios a una norma de *ius cogens*.” (2003, p. 17).

¹⁵ “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 to-day, 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. [...] The Court would never, for instance, apply a convention the terms of which were contrary to public morality. [...] The attitude of the tribunal should, in my opinion, be governed in such a case by considerations of international public policy” (CPJI, 1934, p. 149-150).

decisão de mérito, reconheceu que a Albânia tinha conhecimento da colocação dos explosivos, apesar de não restar provado terem sido tais minas colocadas por esse Estado. Para a Corte, a responsabilidade da Albânia decorreu de sua omissão em alertar os navios de guerra britânicos que se aproximavam do perigo iminente, pois a obrigação de tal notificação em benefício da navegação em geral decorre de

[...] certos princípios gerais e bem reconhecidos, a saber: considerações elementares da humanidade, ainda mais exigentes em tempo de paz do que na guerra; o princípio da liberdade de comunicação marítima; e a obrigação de todo Estado de não permitir conscientemente que seu território seja usado para atos contrários aos direitos de outros Estados.¹⁶ (CIJ,1949, p.22, tradução nossa).

A decisão supracitada coloca sob o manto de princípios gerais bem reconhecidos: considerações elementares da humanidade, o Princípio das Comunicações Marítimas e a obrigação do Estado de não permitir que, conscientemente, seu território seja usado para atos contrários ao Direito. Dificilmente, porém, poder-se-ia atribuir a natureza de *ius cogens* a tais princípios, pois, além de não se referir a decisão analisada ao termo *ius cogens* ou ao fato de serem tais princípios passíveis ou não de derrogação, o Princípio das Comunicações Marítimas é aparentemente capaz de derrogação por um acordo entre Estados, ainda que seja dificilmente concebida a derrogação da norma referente à permissão consciente de um Estado, para que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados (SZTUCKI, 1974, p. 20). Ademais, essa decisão da CIJ silencia sobre o que seriam as "considerações elementares de humanidade".

O parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, de 1951, apesar de não trazer em seu corpo referência expressa ao termo *ius cogens*, é considerado por muitos doutrinadores como um dos pronunciamentos mais notáveis sobre o tema. O parecer, em exame, declara que essa Convenção visa a condenar e a punir internacionalmente o genocídio, crime que nega o direito à existência de grupos humanos inteiros e que choca a consciência da humanidade, sendo, assim, contrário à lei moral e ao espírito da ONU; contém princípios reconhecidos pelas nações [*sic*]

¹⁶ "[...] on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States." (CIJ,1949, p.22).

civilizadas vinculantes para todos os Estados, inclusive para os não signatários, já que os Estados contratantes não agem para satisfazer interesses próprios, mas para atender a interesse em comum, qual seja, prevenir e punir o genocídio, que já causou grandes perdas para a humanidade (CIJ, 1951, p. 23).

Ainda que a questão examinada pela CIJ se refira à possibilidade de um Estado contratante fazer reserva à Convenção sobre o Genocídio e que tenha a Corte utilizado a consciência da humanidade e a moral como pilares da fundamentação do parecer, inovou não só ao restringir a liberdade dos Estados em concluir tratados, em razão da existência de norma internacional fundada em interesse comum, mas, também, ao determinar a aplicação de um tratado para Estados não signatários. Tais inovações, apesar de não alcançarem em sua totalidade os aspectos do *ius cogens* previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, materializaram dois pontos importantes desse atributo.

Discorda-se da afirmação de Rosenne (CDI, 1963a, p. 78), de que tal parecer consultivo estabeleceu com caráter de *ius cogens* o dever de todos os Estados cooperarem com vista à supressão do genocídio, não como obrigação decorrente da Convenção sobre o Genocídio, mas em razão das resoluções da Assembleia Geral sobre essa matéria¹⁷: primeiramente, porque, como já aduzido, o parecer consultivo em tela não abrangeu todos os aspectos do *ius cogens* contido no art. 53 da Convenção de Viena de 1969; em segundo lugar, porque sequer são as resoluções da ONU juridicamente vinculantes (BOBBIO, 2004; BOSON, 1972; MELLO, 2004; GÓMEZ ROBLEDO, 2003; SORTO, 2018; TOMUSCHAT, 2014).

Autores como Nieto-Navia (2003, p. 3), Rodas (1974, p. 125) e Carrillo Salcedo (1976, p. 274) defendem que o atributo de *ius cogens* é anterior à Convenção de Viena de 1969, a qual apenas o incorporou. Contudo, compartilha-se do entendimento de Sztucki (1974, p. 4 e 94) de que só com tal Convenção se tem *ius cogens* como uma categoria de normas internacionais imperativas que limita a autonomia dos Estados, ao tornar nulo qualquer tratado com elas conflitante¹⁸. Em outras palavras, tal

¹⁷ Para Rosenne, “La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, estableció con carácter de *jus cogens* el deber de todos los Estados de cooperar a la supresión del genocidio, sosteniendo que dicho deber es totalmente independiente de la misma Convención sobre el Genocidio y dimana de las resoluciones de la Asamblea General sobre esta materia [...]” (CDI, 1963a, p. 78).

¹⁸ “The establishment of the concept of *jus cogens* norms (peremptory norms) in international law has occurred through the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).” (SAUL, 2011, p. 20).

convenção não apenas codificou o *ius cogens*¹⁹, mas, progressivamente, desenvolveu-o, conforme art. 15²⁰ do Estatuto da Comissão de Direito Internacional.

As decisões analisadas demonstram que inexistia na prática judicial internacional sentença que tenha declarado nulo um tratado, por violar uma norma imperativa. Esse também é o entendimento de Sztucki (1974, p. 93-94), para quem não havia um único julgado emanado de tribunal internacional que tivesse: a) declarado uma norma como de *ius cogens*, distinguindo-a de outras normas existentes e obrigatórias de direito internacional geral; b) declarado nulo um tratado em razão da ilegalidade de seu objeto; ou c) aplicado qualquer outro procedimento internacional, idêntico ou semelhante ao previsto nos artigos 65 e 66, visando à nulidade de um tratado. Tais decisões corroboram a afirmação de Lauterpacht, no sentido de que não havia “[...] casos, na prática judicial e arbitral internacional, de tratado que tenha sido declarado nulo por causa da ilegalidade de seu objeto [...]”²¹ (CDI, 1953, p. 155, tradução nossa).

Ademais, ainda que existissem doutrinas²² defendendo a ideia de que a liberdade dos Estados, de celebrar tratados, não era ilimitada, eram distintas as opiniões em relação a quase todos os aspectos do problema²³. Além de que, alguns

¹⁹ Samuel Barbosa (2002, p. 77), afirma, em sua tese de doutorado, que “é perceptível em razão da dispersão temporal destes discursos que a invenção do *jus cogens* não foi tarefa de um autor, ou de uma escola doutrinária específica. Mas é preciso dizer que a invenção teve um «centro irradiador» original que foi a CDI [...]. Se antes da CDI, existem trabalhos doutrinários que defendiam o *jus cogens*, é somente com esta Comissão da ONU que a invenção do *jus cogens* se impôs definitivamente à dogmática do direito internacional.”

²⁰ O art. 15 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional diferencia “desenvolvimento progressivo do direito internacional” de “codificação do direito internacional” (ONU, 1947a, p. 107). Segundo o artigo referido, a expressão “desenvolvimento progressivo” é utilizada para designar a elaboração de projetos de convenções sobre matérias que não foram reguladas pelo direito internacional ou que ainda não foram suficientemente desenvolvidas pela prática dos Estados. Já a expressão “codificação” é empregada para designar formulação e sistematização mais precisa das normas de direito internacional em matérias que já exista ampla prática dos Estados, assim como precedentes e doutrinas.

²¹ “[...] there are no instances, in international judicial and arbitral practice, of a treaty being declared void on account of the illegality of its object [...]” (CDI, 1953, p. 155).

²² Verdross (1966, p. 55-56) declara, em artigo publicado durante os trabalhos preparatórios da Convenção de Viena de 1969, que na doutrina positivista não se encontrava opinião sobre a questão de existirem normas de direito internacional que não permitiam derrogação *inter partes*, pois poucos doutrinadores tratavam dessa matéria, e que o termo *ius cogens* só foi encontrado nos trabalhos de Kelsen, Bin Cheng, Schwarzenberg, Dahm, Quadri e Tunkin. Por outro lado, segundo Verdross (1966, p. 56), a situação era muito diferente na escola do direito internacional natural, que parte da ideia de direito necessário, direito este obrigatório para todos os Estados, porém enquanto Wolf e Vattel fazem a distinção entre direito necessário e direito voluntário, Heffter defende que é nulo tratado cujo o objeto seja físico ou moralmente (contrário a ética do mundo) impossível.

²³ Jerzy Sztucki (1974, p. 95) leciona que as opiniões diferiam sobre o significado, a finalidade, o conteúdo específico e, especialmente, no que dizia respeito à natureza dos limites existentes de

autores, como Kelsen (2013a, p. 253), apesar de declararem que o conteúdo dos tratados não devem estar em conflito com uma norma de direito internacional geral de *ius cogens*²⁴, não só não estabelecem a sanção a ser aplicada, no caso de violação de norma de *ius cogens* pelos tratados, como silenciam a origem de tais normas. Essa variedade de pontos de vista sobre o *ius cogens* fez com que a CDI não o codificasse simplesmente com apoio na doutrina²⁵. E, na prática dos Estados, a regra continuava sendo a plena liberdade desses em concluir tratado. Em melhor síntese,

O conceito de *jus cogens* existe há muito tempo no direito internacional, ainda que em forma rudimentar. Não obstante, existem profundas diferenças de critério no tocante às razões de sua existência e aos seus fundamentos; uns baseiam-no no direito positivo, outros no direito natural, enquanto outros lhe atribuem a uma origem superior, inclusive divina. Mas há consenso geral em um ponto, a saber, que o objetivo do *jus cogens* é satisfazer uma importante necessidade social. Em princípio, todas as normas jurídicas são iguais; portanto, o conceito de *jus cogens* constitui uma exceção a um princípio fundamental.²⁶ (CDI, 1963a, p. 78, tradução nossa).

Como assevera Sinclair (1984, p 17), o *ius cogens* deve ser considerado o exemplo mais significativo de desenvolvimento progressivo do direito internacional

legalidade dos tratados internacionais. E apenas uma parte dos doutrinadores que admitiam a existência de tais limites buscou explicação na categoria de normas imperativas ou peremptórias (SZTUCKI, 1974, p. 95).

²⁴ Para Verdross, “[...] son de *ius cogens* aquellas normas de DI reconocidas como tales por todos los pueblos civilizados, como el principio de que no tienen fuerza obligatoria los tratados inmorales y los que violan los principios de humanidad.” (VERDROSS, 1955, p. 82, grifo no original). Esse autor cita ainda como exemplos de normas de *ius cogens* os princípios constitucionais fundamentais acerca da subjetividade jurídica internacional e as fontes do direito internacional, o princípio do respeito mútuo entre os Estados, princípio da boa-fé, bem como o princípio da liberdade dos mares (VERDROSS, 1955, p. 82).

²⁵ Quispe Remón (2010, p. 45) afirma que o art. 53 da Convenção de Viena “[...] fue el resultado de un largo y arduo trabajo iniciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1949. El reconocimiento del *ius cogens* ha sido un gran logro por cuanto en el ámbito internacional, por vez primera, se reconoce la existencia de normas que no admiten acuerdo en contrario y se encuentran en la cúspide de las normas internacionales.”.

²⁶ “El concepto de *jus cogens* ha existido desde hace mucho tiempo en el derecho internacional, aunque en forma rudimentaria. No obstante, hay profundas diferencias de criterio en cuanto a las razones de su existencia y a sus fundamentos; unos lo basan en el derecho positivo, otros en el derecho natural, mientras que otros le atribuyen un origen superior, incluso divino. Pero hay consenso general en un punto, a saber, que el objetivo del *jus cogens* es satisfacer una importante necesidad social. En principio, todas las normas jurídicas son iguales; por ello, el mismo concepto de *jus cogens* constituye una excepción a un principio jurídico fundamental.” (CDI, 1963a, p. 78).

constante na Convenção de Viena de 1969, em razão de existir controvérsia não só, no concernente a sua definição e identificação, mas inclusive sobre a sua existência²⁷.

Trilha o mesmo caminho o relatório apresentado por Tladi²⁸ à CDI em 2016, ao assinalar que o trabalho da Comissão e a posterior aprovação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 consolidaram o conceito de *ius cogens* no direito internacional. Nesse relatório, Tladi destaca o papel dos debates mantidos pelos membros da CDI, das observações dos Estados sobre o texto da Comissão e da discussão realizada na Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos tratados para a evolução desse atributo. Para Tladi, a “[...] Comissão havia sido decisiva para o desenvolvimento, a aceitação e a incorporação do *ius cogens* ao direito internacional [...]”²⁹ (CDI, 2016a, p. 321, tradução nossa).

Analisar-se-á, na próxima subseção, a criação legislativa do *ius cogens* previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

1.2 *Ius cogens* e o projeto da Convenção de Viena de 1969: origem, definição, natureza jurídica e materialidade

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito internacional deixou de ser euro-

²⁷ Schwarzenberger (1965, p. 476), um dos negadores da existência do *ius cogens*, afirma que “International law on the level of unorganized international society does not know of any *jus cogens*. The explanation lies in the absence of any center of government with overwhelming physical force and courts with compulsory jurisdiction to formulate rules akin to those of public policy on the national level. It is remarkable that, in the course of a development extending over nearly a millenium and in the absence of any overriding concentration of power in international society, international customary law should have been able to develop empirically a de facto order of remarkable stability. It was founded on common-sense limitations of freedom of contract and employment of the principle of reciprocity which would counsel restraint and encourage a far-sighted use of the motivating power of self-interest”.

²⁸ Em 2014, a Comissão de Direito Internacional incluiu o *ius cogens* em seu programa de trabalho, tendo em 2015 a Assembleia Geral da ONU, através da Resolução 70/236, de 23 de dezembro de 2015, tomado nota de tal decisão (CDI, 2016a, p. 320). Em 2015, a CDI decidiu incluir o *ius cogens* em seu programa de trabalho atual e nomear Dire Tladi à Relator Especial (CDI, 2017b, p. 3). No primeiro relatório apresentado pelo Relator Especial Dire Tladi (CDI, 2016b, p. 16), este corrobora com o entendimento aqui esboçado e afirma que “Sin embargo, fue la labor de la Comisión, junto con la aprobación posterior de la Convención de Viena, la que consolidó el concepto de *jus cogens* como parte del *corpus* del derecho internacional. Por lo tanto, es importante describir brevemente la evolución de lo que, en última instancia, se convirtió en el artículo 53 de la Convención de Viena, a través de los debates mantenidos en el seno de la Comisión, las observaciones de los Estados sobre el texto de la Comisión y los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Si bien hay otras disposiciones de la Convención relativas al *jus cogens*, el artículo 64 (aparición de nuevas normas imperativas) y el artículo 66, apartado a) (controversias relativas a la interpretación y aplicación de los artículos 53 y 64), **este primer informe conceptual se centra en el texto que se convirtió en el artículo 53, porque es esa disposición la que proporciona un marco para determinar la naturaleza del *jus cogens* en el sentido actual.**” (grifo nosso).

²⁹ “[...] la Comisión había sido decisiva en el desarrollo, la aceptación y la incorporación del *ius cogens* en el derecho internacional [...]” (CDI, 2016a, p. 321)

americano. O fortalecimento de países asiáticos e africanos, bem como o aumento de Estados soberanos em razão do processo de descolonização, fez com que surgisse a necessidade de um mecanismo que propiciasse a convivência pacífica entre Estados tão diferentes, sob o ponto de vista cultural, econômico e político. Neste panorama, não havia mais espaço para um direito internacional baseado unicamente na vontade dos Estados, e que se caracterizava por ser um direito das grandes Potências (CDI, 1966a, p. 76).

A Resolução n.º 174 (II)³⁰, da Assembleia da Organização das Nações Unidas, de 21 de novembro de 1947, instituiu a Comissão de Direito Internacional com a finalidade de promover o desenvolvimento do direito internacional e codificá-lo; estando o Direito dos tratados entre os tópicos com prioridade para serem codificados (CDI, 1949, p. 281).

Dos trabalhos da CDI no projeto da Convenção de Viena de 1969, surge o atributo do *ius cogens* na forma prevista no art. 53 dessa Convenção. Embora as noções de normas e princípios inderrogáveis desenvolvidas, ao longo do tempo, tenham contribuído para a definição do *ius cogens* conforme positivado, a CDI não codificou simplesmente algo existente e incontroverso.

Através de debates entabulados, durante os trabalhos da CDI, essa Comissão desenvolveu as ideias inacabadas que havia e fez surgir, no direito internacional, um atributo jurídico a qualificar e singularizar determinadas normas; ainda que imperfeito quanto à definição do conteúdo, claro no tocante à sanção a ser aplicada no caso de violação³¹. Assim, analisar-se-á o processo de construção do art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

³⁰ Anexado, a essa resolução, encontra-se o estatuto da CDI, que estabelece sua organização, funções e método de trabalho, e que foi alterado, posteriormente, pelas resoluções: 485 (V) de 12.12.50; 984 (X) de 03.12.55; 985 (X) de 03.12.55 e 36/39 de 18.11.81 (ONU, 2005). Tendo no dia 03.11.48 sido eleitos os primeiros quinze membros da Comissão, que começou a discutir um plano geral de codificação do direito internacional (CDI, 1949, p. 281). A primeira composição da CDI tinha os seguintes membros: Ricardo J. Alfaro (Panamá), Gilberto Amado (Brasil), James Leslie Brierly (Reino Unido), Roberto Córdova (México), J. P. A. François (Países Baixos), Shuhsi Hsu (China), Manley O. Hudson (Estados Unidos), Faris Bey-el-Khoury (Síria), Vladimir M. Koretsky (União Soviética), Benegal Narsing Rau (Índia), A. E. F. Sandström (Suécia), Georges Scelle (França), Jean Spiropoulos (Grécia), Jesús María Yepes (Colômbia) e Jaroslav Zourek (Tchecoslováquia) (CDI, 1949, p. 278).

³¹ Corroborar com este entendimento o quinto informe do Relator Especial Waldock, que declara expressamente não ser a norma contida no art. 37, atual art. 53 da Convenção de Viena de 1969, uma inovação total no direito internacional, uma norma completamente nova do Direito dos Tratados, pois a CDI “[...] reconheceu que já havia algumas normas de *jus cogens* no direito internacional e o artigo 37 limitou-se a declarar as consequências lógicas desse fato.” (CDI, 1966c, p. 26, tradução nossa).

No primeiro informe do Relator Especial Lauterpacht³², é proposto um artigo com a seguinte redação

Artigo 3

O direito que rege os tratados

Na ausência de quaisquer disposições contrárias estabelecidas pelas partes e não incompatíveis com os princípios do direito internacional, as condições de validade dos tratados, a sua execução, interpretação e extinção são regidas pelo costume internacional e, em casos apropriados, pelos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas³³. (CDI, 1953, p. 105, tradução nossa)

Lauterpacht, nos comentários que fez ao art. 3, afirmou que apesar do referido artigo parecer redundante em face do constante no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, era essencial registrar que existem regras e princípios que estão acima e fora do âmbito de aplicação do *ius dispositivum* das partes; embora, em certas ocasiões, possa ser duvidoso quais normas de direito internacional são tão expressivas e compulsórias que resultem na nulidade de um tratado que seja com elas incompatível (CDI, 1953, p. 106). Registra Lauterpacht, ao comentar o artigo que trata da nulidade dos tratados, que esse efeito só deve ser atribuído ao tratado que apresente “[...] inconsistência com os princípios imperativos de direito internacional, que podem ser considerados como princípios constitutivos da ordem pública internacional [...]”³⁴ (CDI, 1953, p. 155, tradução nossa).

Sem utilizar o termo *ius cogens*, Lauterpacht trouxe a discussão sobre a existência de normas imperativas para a CDI, ressaltou ser a nulidade a sanção aplicável ao tratado que violar tais normas, bem como salientou a dificuldade de identificá-las.

Em sequência, o cargo de Relator Especial foi assumido por Gerald Fitzmaurice, que apresentou três informes propondo artigos referentes à validade do tratado. No terceiro informe, Fitzmaurice aborda a questão da validade essencial e,

³² O primeiro Relator Especial para o tema Direito dos tratados foi James L. Brierly, que chegou a apresentar três relatórios: o A/CN.4/23 (CDI, 1950, p. 380), o A/CN.4/43 (CDI, 1951, p.139), e o A/CN.4/54 (CDI, 1952, p. 69). O último relatório no entanto não chegou a ser discutido, uma vez que Brierly demitiu-se antes de tal relatório ser submetido à CDI (CDI, 1952, p. 69). Em 04.08.1952, a CDI elegeu H. Lauterpacht para suceder Brierly como Relator Especial (CDI, 1952, p. 69).

³³ "Article 3. The law governing treaties: In the absence of any contrary provisions laid down by the parties and not inconsistent with overriding principles of international law, the conditions of the validity of treaties, their execution, interpretation and termination are governed by international custom and, in appropriate cases, by general principles of law recognized by civilized nations." (CDI, 1953, p. 105).

³⁴ “[...] inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy [...]” (CDI, 1953, p. 155).

nos arts. 16 e 17 do projeto de Código proposto por ele, encontrar-se-ão expressamente referências ao *ius cogens*, como demonstram os artigos abaixo transcritos:

Artigo 16. Licitude do objeto (generalidades)

[...] Para a validade de um tratado é indispensável que esteja em harmonia ou não seja incompatível com os princípios e normas de direito internacional que tenham o caráter de *jus cogens*, ou que sua execução não implique em uma infração a tais princípios e regras.

Artigo 17. Licitude do objeto (incompatibilidade com o direito internacional)

Sendo sempre possível *prima facie*, que dois ou mais Estados concordem em aplicar *inter se*, uma norma ou regime que difira ou se desvie das normas de direito internacional consuetudinário com caráter de *jus dispositivum*, um tratado que contenha uma estipulação dessa natureza não pode ser inválido por este motivo. Assim, apenas quando o tratado evite ou contrarie mandatos ou proibições absolutas e imperativas de normas de direito internacional que tenham a natureza de *jus cogens*, pode haver uma causa de invalidez. Uma vez que o tratado é, de qualquer forma, *res inter alios acta* e carece de eficácia para os Estados que não sejam partes nele, a invalidez do próprio tratado só afeta diretamente as relações entre as partes e significa que nenhuma das partes podem exigir das demais o cumprimento do tratado.³⁵ (CDI, 1958, p. 28, tradução nossa)

Ao comentar o artigo acima, Fitzmaurice enumera exemplos de tratados que violam normas e princípios de *ius cogens*, ressaltando que, dos tratados incompatíveis com o direito internacional, em regra, “[...] afetam o indivíduo e as normas violadas são as criadas para a sua proteção [...]”³⁶ (CDI, 1958, p. 44, tradução nossa), ou seja, indiretamente Fitzmaurice destaca a estreita ligação entre o atributo de *ius cogens* e a proteção do ser humano. Para Fitzmaurice, não é necessário enumerar, com caráter exaustivo, todas as normas de *ius cogens* de direito internacional, aponta, porém,

³⁵ "Artículo 16. Licitud del objeto (generalidades). [...] Para la validez de un tratado es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios y normas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique una infracción de tales principios y reglas. Artículo 17. Licitud del objeto (incompatibilidad con el derecho internacional). Siendo siempre posible *prima facie*, que dos o más Estados convengan aplicar *inter se*, una norma o régimen que difiera o se aparte de las normas del derecho internacional consuetudinario que tiene el carácter de *jus dispositivum*, un tratado que contenga una estipulación de esa naturaleza no puede ser inválido por este motivo. Así, pues, únicamente cuando el tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones absolutos e imperativos de las normas del derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, puede haber una causa de invalidez. Puesto que el tratado es en todo caso *res inter alios acta*, y carece de eficacia frente a los Estados que no sean partes en él, la invalidez del tratado en sí sólo afecta directamente a las relaciones entre las partes en él y significa que ninguna de las partes puede exigir de las demás el cumplimiento del tratado." (CDI, 1958, p. 28).

³⁶ “[...] afectan a la persona individual y las normas infringidas son normas creadas para su protección.” (CDI, 1958, p. 44).

como característica comum a quase todas elas o fato de não serem só normas jurídicas, mas também considerações morais e de ordem pública internacional (CDI, 1958, p. 44).

Fitzmaurice, além de ser o primeiro Relator a apresentar o termo *ius cogens* como sinônimo de normas inderrogáveis do direito internacional, mostra que no caso de conflito de um tratado com uma norma de *ius cogens* já existente, esse tratado seria inválido. Ademais, ele sublinhou o papel relevante do *ius cogens* na proteção do ser humano.

Ao fazer a distinção entre normas de direito internacional de caráter *ius dispositivum*, que seriam as que regem os interesses dos Estados individualmente, das de *ius cogens*, que representam os interesses da sociedade internacional, Fitzmaurice deixa claro que a regra continua sendo a inexistência de hierarquia entre as fontes do direito internacional quando se tratar de normas de natureza *ius dispositivum*, seguindo os Estados com plena liberdade de tratar. E que, ao contrário, são exceções as normas de *ius cogens* que restringem a autonomia dos Estados neste campo.

No seu quarto relatório, Fitzmaurice apresenta modificações aos artigos anteriormente propostos e passa à matéria a ser tratada no art. 21:

1. Toda obrigação convencional que, no momento da celebração do tratado, seja incompatível com uma regra ou proibição que no direito internacional geral vigente tenha natureza de *jus cogens*, carecerá de validez essencial *ab initio* [...]
2. Toda obrigação convencional cuja observância seja incompatível com uma nova regra ou proibição que tenha no direito internacional caráter de *jus cogens*, justificará (e exigirá) o descumprimento de qualquer obrigação convencional que suponha tal incompatibilidade [...]³⁷ (CDI, 1959, p. 50-51, tradução nossa).

Fitzmaurice introduz no debate a figura do *ius cogens* superveniente, expresso no art. 64 da Convenção de Viena de 1969; bem como limita a característica de *ius cogens* às normas de direito internacional geral. Ainda em seu quarto relatório, Fitzmaurice adverte que as obrigações internacionais que tiverem o caráter de *ius*

³⁷ “1. Toda obligación convencional que, al tiempo de la conclusión del tratado, sea incompatible con una regla o prohibición que en el derecho internacional general vigente tenga carácter de *jus cogens*, carecerá de validez esencial *ab initio* [...] 2. Toda obligación convencional cuya observancia sea incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho internacional carácter de *jus cogens*, justificará (y requerirá) el incumplimiento de cualquier obligación convencional que suponga tal incompatibilidad [...]” (CDI, 1959, p. 50-51).

cogens não permitem o inadimplemento, em razão de um outro Estado não estar cumprindo-as (CDI, 1959, p. 76).

No entanto, se muito contribuíram os projetos anteriores para o amadurecimento do tema, no seio da CDI, só com o projeto do Relator Especial, Waldock, e com os debates posteriormente travados pelos membros dessa Comissão, começou-se efetivamente a construção do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, que positivou o *ius cogens*, indispensável para a existência da ordem internacional, pois, a inexistência de limites à vontade dos sujeitos, equivale à negação do próprio ordenamento jurídico (CDI, 1966a, p. 40).

Por esse motivo, serão analisadas a seguir as discussões travadas pelos membros da CDI que abrangeram a definição, o termo, o conteúdo, a sanção e a natureza jurídica do atributo de *ius cogens* visando a demonstrar o seu desenvolvimento progressivo, bem como responder qual a natureza jurídica do *ius cogens* previsto no art. 53, além de apontar os critérios para a determinação da materialidade das normas com essa característica segundo a CDI.

1.2.1 *Ius cogens* e o projeto de artigos apresentado por Humphrey Waldock

O art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados começa a ser construído a partir do projeto inicial de artigos apresentados por Humphrey Waldock. Tal projeto inicial se refere expressamente ao termo *ius cogens*, em dois artigos. Enquanto no art. 1 se encontra a definição deste atributo, no art. 13 trata-se da ilicitude do tratado por violação à norma ou princípio de *ius cogens*:

Artigo 1. Definições

[...] c) Por *jus cogens*, se entende uma norma peremptória de direito internacional geral que não admite exceção, quando muito por uma causa expressamente sancionada no direito internacional geral, e que só pode ser modificada ou anulada por norma posterior de direito internacional geral.[...]

Artigo 13. Tratados nulos por ilicitude

1. Um tratado será contrário ao direito internacional e nulo se seu objeto ou sua execução violar uma norma ou princípio geral de direito internacional que tenha o caráter de *jus cogens*.
2. Em particular, um tratado será contrário ao direito internacional e nulo, se seu objeto ou execução contém:
 - a) O uso ou a ameaça da força em violação dos princípios da Carta das Nações Unidas;
 - b) Qualquer ato ou omissão qualificado pelo direito internacional como crime internacional; ou

- c) Qualquer ato ou omissão que para a eliminação ou sanção deva todo Estado contribuir por exigência do direito internacional.
- 3. Se uma estipulação cujo objeto ou execução viole uma norma ou princípio geral de direito internacional geral que tenha o caráter de *jus cogens* não está essencialmente relacionada com os principais objetos do tratado e pode separar-se claramente do resto do tratado, somente essa estipulação será nula.
- 4. As disposições deste artigo não serão aplicáveis, porém, a um tratado multilateral geral que derogue ou modifique uma norma que tenha a natureza de *jus cogens* [...] ³⁸ (CDI, 1963b, p. 44 e 60, tradução nossa).

Nada obstante prevalecer entre os membros da Comissão o entendimento de que a liberdade dos Estados de concluir tratados não era ilimitada, quando se iniciou o exame da definição de *ius cogens* contida no artigo primeiro do projeto apresentado por Waldock, as discussões revelaram disparidades entre as opiniões dos membros da CDI.

Castren, Ago e Tsuruoka defendiam que o *ius cogens* não precisaria ser definido (CDI,1963a), pois nas palavras deste último, “[...] é tão claro que não requer explicações [...]” ³⁹ (CDI,1963a, p. 71, tradução nossa), ainda que “[...] a coisa resulte menos clara quando se intenta definir o conteúdo de tais normas.” ⁴⁰ (CDI,1963a, p. 76, tradução nossa).

Para Pal, Lanches e Bartoš, as normas e os princípios de *ius cogens* são definidos pela comunidade internacional (CDI,1963a). E apesar de Pal e de Bartoš defenderem que as normas e princípios de *ius cogens* formariam a ordem pública internacional; Pal reforçava que a ordem pública existia, mesmo que de forma imperfeita (CDI,1963a, p. 69), enquanto Bartoš entendia que a ordem pública

³⁸ "Artículo 1. Definiciones. [...] c) Por *jus cogens*, se entiende una norma perentoria de derecho internacional general que no admite excepción más que por una causa expresamente sancionada en el derecho internacional general, y que sólo puede ser modificada o anulada por norma posterior de derecho internacional general. [...] Artículo 13. Tratados nulos por ilicitud. 1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*. 2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña: a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; b) Cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o c) Cualquier acto u omisión a cuyo eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional. 3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esa estipulación será nula. 4. Las disposiciones de este artículo no serán aplicables, sin embargo, a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *jus cogens* [...]” (CDI, 1963b, p. 44 e 60).

³⁹ “[...] es tan claro que no requiere explicaciones.” (CDI,1963a, p. 71).

⁴⁰ “La cosa resulta menos clara cuando se intenta definir el contenido de tales normas.” (CDI,1963a, p. 76).

internacional não é mais que a superestrutura da comunidade internacional, sendo o mínimo de normas necessárias para que as relações internacionais sejam possíveis em uma determinada época (CDI, 1963a, p. 81).

Já Amado defendia a necessidade de definição do *ius cogens*, duvidava, porém, se tal definição deveria estabelecer a ilegalidade no direito internacional ou especificar quais os fins lícitos ou possíveis dos tratados (CDI, 1963a, p. 72)⁴¹. Já para Tunkin, Rosenne e Luna o que define as normas e princípios de *ius cogens* é representar interesses da sociedade internacional, tal pensamento resumido foi por Luna na seguinte frase: "[...] constitui o mínimo esquema jurídico que a comunidade internacional considera essencial para a sua existência em determinado momento [...]"⁴² (CDI, 1963a, p. 82, tradução nossa).

Por outro lado, para Yasseen as normas e princípios de *ius cogens* não só deveriam ser aceitos por um grande número de Estados, como também deveriam ser considerados necessários para a vida internacional, além de profundamente enraizado na consciência internacional (CDI, 1963a, p. 67). Ele entendia que a quantidade numérica de Estados que reconhecem determinada norma não é suficiente para que se possa atribuir a característica de *ius cogens*, pois o número de Estados nem sempre é proporcional ao valor e à importância da norma (CDI, 1963a, p. 67).

Yasseen previu um dos requisitos fundamentais que acompanham o *ius cogens* até os dias atuais, qual seja: a necessidade de participação dos Estados mais importantes e representativos das várias partes do mundo, no reconhecimento do caráter de *ius cogens* de uma norma (CASSESE, 2005, p. 201).

Em razão da inexistência de harmonia entre os membros da CDI sobre os critérios que definem o *ius cogens* (CDI, 1963a, p. 224), o Comitê de Redação absteve-se de dar uma definição de *ius cogens* com critérios que possibilitassem o reconhecimento das normas com este atributo, apesar da insistência de alguns

⁴¹ Discorda-se de Verdross quando este diz que Amado, assim como Castrén, Ago e Tsuruoka "[...] were of the opinion that no definition is necessary [...]" (1966, p. 57), pois Amado expressamente declara que "[...] no puede menos de envidiar a aquellos de sus colegas que, como el Sr. Tsuruoka, encuentran la idea de *ius cogens* tan clara que no necesita definición. Continúa preguntándose cuál sería la mejor redacción del artículo 13. Reducido a sus términos más sencillos, el problema consiste en definir la ilicitud en derecho internacional, o en especificar cuáles son los fines lícitos o posibles de los tratados; sobre todo, la disposición ha de ser eficaz." (CDI, 1963a, p. 72).

⁴² "[...] constituye el mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado [...]" (CDI, 1963a, p. 82).

membros, como Elias e El-Erian, em fazer constar um conceito de *ius cogens* mais claro (CDI,1963a, p. 224). Para Gros (CDI, 1963a, p. 77), o fato não caracterizava uma insuficiência, posto que o direito internacional é construído essencialmente, caso a caso, através do lento progresso da prática dos Estados e das decisões dos tribunais internacionais, assim, em razão da permanente evolução do direito, a definição só poderia ser enunciada na forma geral de normas fundamentais que não admitem exceção durante um determinado período.

O texto do artigo seguiu com omissão, no que se refere ao critério identificador de norma de *ius cogens*, para a Assembleia Geral da ONU, não obstante a concordância de que a maioria das normas de direito internacional geral não seria de *ius cogens*, até porque ser norma de direito internacional geral, para a Comissão, é só um dos requisitos que torna possível a atribuição da característica de *ius cogens*.

A Comissão optou por não se referir expressamente à ordem pública internacional, pois, como aduzido por Tunkin (CDI,1963a, p. 73), a noção de ordem pública internacional era controvertida e correspondia mais à teoria que à prática. Além disso, alguns autores consideravam a ordem pública como consequência do direito natural, cuja origem se encontrava na natureza humana; outros entendiam que procedia de uma fonte divina independente da vontade estatal, enquanto as normas de *ius cogens* emanam da vontade dos Estados.

Por sua vez, Yasseen (CDI,1963a, p. 67) defendia que o conceito de ordem pública não estava simplesmente justificado, nem mesmo por considerações de direito natural, uma vez que a noção de ordem pública só é clara a partir da lei positiva, do conjunto de regras em vigor, ainda que tenham como origem um tratado.

Repise-se que, para Pal (CDI,1963a, p. 69), apesar das dúvidas de alguns, a ordem pública internacional existia, ainda que de forma imperfeita, e justificava a inclusão do *ius cogens* no projeto da Convenção de Viena de 1969. A ordem pública, para Pal (CDI,1963a, p. 69), devia compreender um sistema jurídico que substituísse a ideia de obrigação baseada na conveniência, por uma superior adesão aos princípios de justiça; em que as relações deixassem de ser entre um Estado e o outro, para se transformarem em relações complexas entre um Estado e os outros, passando, assim, de obrigações determinadas pelo Estado individualmente para obrigações mais amplas definidas pela sociedade internacional, em perspectiva mais imparcial.

Os debates acima descritos demonstram que não havia a cristalização da ideia

de ordem pública internacional, ainda que a Carta da ONU fosse para muitos o fundamento principal de existência daquela⁴³, principalmente em razão da supremacia da Carta da ONU sobre os demais tratados concluídos pelos Estados-membros, determinada pelo artigo 103 (CDI, 1963a, p. 67).

Se no plano interno a hierarquia de normas e, conseqüentemente, a ordem pública se explicava facilmente através das características de subordinação e de centralização decorrentes da soberania, que desaguava em um Estado detentor do poder de legislar e de dizer o direito, subordinando a todos os que se encontram em seu território; no plano internacional, as características de descentralização do poder entre os Estados, formal e juridicamente iguais, e de coordenação, que alia a vontade de vários Estados soberanos, impediam naquele momento, em razão dos resquícios do princípio da soberania absoluta, se vislumbrar de forma sólida a ordem pública internacional.

Só através da característica de *ius cogens* atribuída a algumas normas, ou seja, da existência de normas internacionais hierarquicamente superiores às demais, que são reconhecidas pela sociedade internacional como indispensáveis para a existência desta, e que por tais motivos limitam a feitura de normas pelos Estados, nos planos interno e internacional, se pode falar em ordem pública internacional.

Com relação ao termo a ser utilizado em referência às normas inderrogáveis, Waldock aduz que utilizou a expressão *ius cogens* à falta de um termo melhor, pois mesmo não sendo um conceito inteiramente novo em direito internacional, ainda não se encontrava completamente desenvolvido, tanto que, nem sequer se encontrava nada equivalente nos países de *common law* (CDI, 1963a, p. 66). Além da vantagem de ser curto, esse termo já figurava nas obras de alguns tratadistas, que, não obstante em pequeno número, eram grandes em autoridade⁴⁴ (CDI, 1963a, p. 82).

⁴³ Nesse sentido são as palavras de Pal: “[...] ahora no puede haber duda alguna acerca de la existencia del orden público internacional y de algunos principios de derecho internacional con carácter de *ius cogens*. Toda la perspectiva política de las Naciones Unidas puede caracterizarse como una jurisprudencia orientada hacia los valores, dirigida a hacer surgir en la comunidad internacional un orden público bajo el imperio del derecho. Con la Carta se trató de establecer un sistema mediante el cual la comunidad mundial pueda reprimir el abuso internacional de la fuerza bruta y promover en una sociedad que ansía la libertad y la justicia un orden público mundial que incluya los valores de la dignidad humana.[...] En este contexto ha de estudiarse y aplicarse la Carta de las Naciones Unidas, para ayudar a hacer surgir el orden indispensable cuya consecución es el objeto último de las Naciones Unidas.” (CDI, 1963a, p. 69).

⁴⁴ Verdross (1966, p. 56) só encontrou o termo *ius cogens*, entre os positivistas, nos trabalhos de Kelsen, Bin Cheng, Schwarzenberg, Dahm, Quadri e Tunkin. E Sztucki (1974, p. 95), assim como Waldock (CDI, 1963a, p. 82), apesar de declarar que poucos autores empregavam o termo *ius cogens*, não os nomeou.

No entanto, a escolha do termo *ius cogens* não foi acatada pela maioria dos membros da Comissão, por inúmeros argumentos. Para Briggs (CDI, 1963a, p. 66), se fazia necessário a utilização de outro termo, uma vez que a expressão *ius cogens* por ter sido usada poucas vezes poderia dar lugar a dificuldades. Para Bartoš (CDI, 1963a, p. 70), tal expressão estaria ligada a uma interpretação proveniente da tradição do direito privado, o que tornava perigosa a utilização do termo; para Amado (CDI, 1963a, p. 72), deveria se encontrar uma expressão de mais fácil compreensão; para Tunkin (CDI, 1963a, p. 73), o melhor seria empregar a expressão “princípios fundamentais do direito internacional”, pois resultaria mais inteligível; para Pal (CDI, 1963a, p. 74), a referência ao *ius cogens* deveria ser suprimida, visto que o termo era pouco conhecido, tanto que ele próprio só teria tido contato com tal termo através dos debates da Comissão; para Jiménez de Aréchaga (CDI, 1963a, p. 74), deveria o termo *ius cogens* ser substituído pela definição constante no item “c” do § 3º do art. 1º; para Gros (CDI, 1963a, p. 77), o termo *ius cogens* deveria ser retirado, pois assim como princípios gerais do direito ou normas fundamentais se tratava de regras do direito positivo; para Rosenne (CDI, 1963a, p. 78), a expressão *ius cogens* deveria ser retirada, posto ser um termo técnico, difícil de explicar aos leigos e o artigo seria usado em circunstâncias variadas, por pessoas distintas e traduzido em vários idiomas (CDI, 1963a).

Por esses motivos, o Relator Especial enviou o § 1º do art. 13 ao Comitê de Redação já com a supressão do termo *ius cogens* no corpo do artigo (CDI, 1963a, p. 74); o Comitê, porém, propôs a sua inclusão no título do artigo, o que foi acatado pela Comissão (CDI, 1963b, p. 231).

A referência aos termos norma e princípio geral de direito internacional também foi objeto de debate entre os membros da Comissão. Amado (CDI, 1963a, p. 73) foi o primeiro membro a asseverar que a expressão “a violação de uma norma ou princípio geral de direito internacional” poderia levar a problemas de interpretação, no tocante não só a serem “norma” e “princípio” duas coisas diferentes⁴⁵, bem como, no que se refere ao emprego da conjunção “ou”, se essa estaria empregada no sentido disjuntivo ou conjuntivo. Ago (CDI, 1963a, p. 75), sugeriu a utilização somente da palavra “norma”, para evitar a ideia errônea de que “norma” e “princípio” para a Comissão

⁴⁵ Esclarece-se que as discussões entre os membros da CDI ocorreram anteriormente ao debate pós positivista que alçou os princípios ao patamar de normatividade, que teve como consequência a classificação de norma como gênero que tem como espécies as regras e os princípios.

tivessem significados distintos. Já Rosenne (CDI,1963a, p. 78) e Turkin (CDI,1963a, p. 78) entendiam que a distinção entre norma e princípio geral de direito internacional não tinha tanta importância, ainda que, para Rosenne (CDI,1963a, p. 78), fosse mais útil manter ambas as palavras.

O Relator Especial (CDI,1963a, p. 82), ressaltou que utilizou, tanto as palavras norma quanto princípio, porque, em algumas decisões da Corte Internacional, essa se refere a questões que parecem mais natural denominar de princípio, em vez de norma, mas que não tinha opinião definitiva sobre a conveniência de utilizar as duas palavras ou só a palavra "norma". No entanto, após o debate, decidiu a CDI utilizar estritamente o termo "norma", em vez de fazer referência expressa a norma e a princípio.

Como já dito na Introdução, a discussão acima não resultou somente na exclusão da palavra "princípio", pois apesar de o vocábulo "norma" permanecer, este passou a ser usado no sentido de gênero, não como espécie.

No decorrer da feitura do projeto da Convenção de Viena pela CDI, as opiniões também divergiram sobre citar ou não, no corpo da Convenção, exemplos de normas imperativas. Os motivos que fundamentavam tanto a exclusão dos exemplos como os que alicerçavam a permanência destes, eram distintos.

Membros como Amado, Briggs, Bartoš, Ago, Luna e Gros manifestaram-se, desde o início, pela supressão de exemplos, por motivos como: a) poderiam gerar controvérsias desnecessárias (CDI, 1963a, p. 66); b) isoladamente poderiam induzir ideia errônea, já que as normas de *ius cogens* teriam um alcance muito mais amplo (CDI,1963a, p. 71); c) haveria dificuldade de estabelecer uma lista, até porque as normas peremptórias podem mudar, sendo preferível permitir o desenvolvimento da interpretação do artigo (CDI,1963a, p. 75); d) os exemplos dados se referiam ao que está proibido, enquanto as normas de *ius cogens* são normas constitucionais da comunidade internacional e não dependem da vontade dos Estados (CDI,1963a, p. 76); e) a única finalidade do artigo seria enunciar que, no direito internacional, existem certas regras que não admitem exceção e indicar a nulidade como sanção correspondente, assim seria dispensável a enumeração de exemplos (CDI,1963a, p. 77).

Por outro lado, membros da CDI como Pal, Jiménez de Aréchaga, Yasseen, Tsuruoka e Rosenne compartilhavam a opinião de que o texto da Convenção deveria conter exemplos de normas de *ius cogens* (CDI,1963a). E enquanto Pal e Jiménez de Aréchaga entendiam que os exemplos seriam só ilustrações; Yasseen defendia que

tais exemplos, por não ter o Relator Especial definido o *ius cogens*, serviriam para orientar a prática internacional e permitiriam o surgimento gradual de normas necessárias à vida internacional e essenciais para o seu desenvolvimento (CDI,1963a, p. 67 e 224).

Rosenne (CDI,1963a, p. 78) sustentava que, em razão das discrepâncias filosóficas que se manifestaram durante o debate, deveriam se manter os exemplos, pois, apesar de divergirem sobre outros pontos, todos os membros concordavam que os exemplos são ilustrações de princípios de *ius cogens*, ainda que discordassem sobre princípios adicionais que deveriam ser incluídos. Ademais, para Rosenne, através de uma lista aberta de exemplos se passaria a ideia clara do que se entende por *ius cogens* e de que este atributo jurídico não seria puramente filosófico ou teórico (CDI,1963a, p. 78), do contrário “[...] se se suprimirem os exemplos, não só o artigo 13 mas todo o projeto seria impraticável, irreal e inaceitável para os governos.”⁴⁶ (CDI,1963a, p. 79, tradução nossa).

Foram sugeridos vários exemplos de violação da norma de *ius cogens*, como: a) tratados que contemplam o uso ilegal de força contrária aos princípios da Carta da ONU, b) tratados que contemplam a realização de qualquer outro ato criminal sob a lei internacional, c) tratados que contemplam ou são coniventes na prática de atos, como o comércio de escravos, a pirataria ou o genocídio, que se faz necessário para a supressão a contribuição de todo Estado, d) tratados que violam os direitos humanos, a igualdade dos Estados ou o princípio da autodeterminação (ONU, 1971b, p. 68).

Após as opiniões favoráveis e contrárias à manutenção dos exemplos no texto da convenção, o Relator Especial que, inicialmente, exemplificou, no projeto do artigo apresentado, violações à norma ou ao princípio de *ius cogens*, passou a defender que, em vez de ampliar o número de exemplos, como desejado por alguns membros, deveria ser omitido qualquer exemplo, ficando o pleno alcance do *ius cogens* a ser determinado pela prática dos Estados, através das decisões dos tribunais internacionais e das decisões dos órgãos políticos (CDI,1963a, p. 83).

A Comissão decidiu, por fim, pela não inclusão de exemplos⁴⁷ de normas de

⁴⁶ “[...] si se suprimieran los ejemplos, no sólo el artículo 13 sino todo el proyecto sería impracticable, irreal e inacceptable para los gobiernos.” (CDI,1963a, p. 79).

⁴⁷ Registra-se que este não é o entendimento de Remiro Brotons, que leciona que “No hubo acuerdo acerca de si era o no oportuna la cita de ejemplos ni sobre los ejemplos que, en su caso, debían ser citados.” (REMIRO BROTONS, 1982, p. 67).

ius cogens. O informe enviado pela CDI à Assembleia Geral da ONU justificou tal decisão pelos seguintes motivos: primeiro, a menção de alguns exemplos poderia originar erros de interpretação, quanto à posição em relação a outros casos não mencionados; segundo, para que a Comissão estabelecesse uma lista, ainda que de caráter seletivo de casos considerados como de *ius cogens*, teria que empreender um largo estudo de matérias não incluídas no âmbito dos artigos propostos (CDI, 1963b, 232). Ademais, a Comissão fez constar, em tal informe, ser mais conveniente deixar que o conteúdo das normas e princípios de *ius cogens* fosse determinado pela prática dos Estados e pela jurisprudência dos tribunais (CDI, 1963b, 232).

Também, foi objeto de controvérsia a nulidade resultante da violação de uma norma ou princípio de *ius cogens*. Alguns membros entendiam que a nulidade deveria atingir todo o tratado, por motivos diversos, tais como: a) não crer que pudesse ser introduzido no direito dos tratados uma disposição parecida com a existente no direito privado que permite a nulidade somente de determinada cláusula do contrato (CDI, 1963a, 74); b) por ser um tanto acadêmico o caso estipulado no § 3º, poderia oferecer dificuldades para a interpretação de tratados gerais que não tivessem em conta o problema das normas fundamentais de caráter excepcional (CDI, 1963a, 77); c) a retirada de certas cláusulas poderia desequilibrar o tratado (CDI, 1963a, 77); d) seria como se pudesse o tratado permanecer válido em face de violação de importância secundária, sendo, no entanto, difícil distinguir violações importantes de violações secundárias (CDI, 1963a, 67); e) pareceria, implicitamente, que se estaria aprovando um tratado que se encontra em conflito com norma ou princípio de *ius cogens* (CDI, 1963a, 83); f) não seria fácil para os Estados signatários determinar quais cláusulas deveriam ser mantidas, já que as diferentes cláusulas de um tratado se completam e estabelecem com frequência uma espécie de equilíbrio (CDI, 1963a, 75).

Outros membros da CDI, por seu turno, defendiam que a nulidade deveria cair somente sobre a parte do tratado que violasse norma ou princípio de *ius cogens*, pois: a) dever-se-ia salvaguardar o que fosse possível dos tratados (CDI, 1963a, 67); b) deveria ser deixada intacta a validade dos efeitos da vontade geral das partes (CDI, 1963a, 71); c) favoreceria o desenvolvimento futuro do direito dos tratados (CDI, 1963a, 72). Prevaleceu, porém, o entendimento de que, em razão do caráter fundamental das normas e princípios de *ius cogens*, mesmo que somente uma cláusula do tratado fosse incompatível, deveria o tratado todo ser considerado nulo, até porque as partes poderiam concluir novo tratado totalmente em harmonia com as

normas e os princípios de direito internacional (CDI, 1963b, 232). Neste sentido é o § 5º do art. 44⁴⁸ da Convenção de Viena de 1969, que trata da divisibilidade das disposições de um tratado,

Já com relação ao *ius cogens* superveniente, constante na seção referente à extinção e suspensão da execução de tratados, a Comissão decidiu pela divisibilidade, pois na opinião da CDI

[...] se aplicam outras considerações no caso de um tratado que era totalmente válido no momento de sua celebração, mas que algumas de suas disposições passam a ser contrárias a uma norma de *jus cogens* estabelecida posteriormente. A Comissão considerou que, se essas disposições podem ser separadas do resto do tratado, sem prejuízo deste, o resto do tratado será ainda considerado válido.⁴⁹ (ONU, 1971a, p. 86, tradução nossa)

No tocante à natureza jurídica das normas e princípios de *ius cogens*, salientou Yasseen (CDI, 1966a, p. 77) que, ainda que se tenha explicado a existência dessas normas de *ius cogens* através do direito natural, podia elucidar tal existência mais facilmente através do direito positivo, e a possibilidade dos Estados de modificarem o conteúdo do *ius cogens* só destaca ser esta uma característica de normas do direito positivo. Corroborar com este pensamento Tunkin (CDI, 1966a, p. 80), para quem as normas de *ius cogens* “[...] não são regras impostas do alto em virtude de uma lei natural [...]”⁵⁰ (CDI, 1966a, p. 80, tradução nossa), e se “[...] os membros da Comissão divergem com relação a explicação filosófica do *jus cogens* [...] não existe desacordo

⁴⁸ "Artigo 44 (Divisibilidade das Disposições de um Tratado). 1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente. 2. Uma causa de nulidade, de extinção, de retirada de uma das partes ou de suspensão de execução de um tratado, reconhecida na presente Convenção, só pode ser alegada em relação à totalidade do tratado, salvo nas condições previstas nos parágrafos seguintes ou no artigo 60. 3. Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que: a) essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação; b) resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e c) não seja injusto continuar a executar o resto do tratado. 4. Nos casos previstos nos artigos 49 e 50, o Estado que tem o direito de alegar o dolo ou a corrupção pode fazê-lo em relação à totalidade do tratado ou, nos termos do parágrafo 3, somente às determinadas cláusulas. 5. Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida."

⁴⁹ "[...] se aplican otras consideraciones en el caso de un tratado que era totalmente válido en el momento de su celebración, pero que luego, en cuanto a algunas de sus disposiciones, resulta en oposición con una norma de *jus cogens* establecida con posterioridad. La Comisión estimó que, si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de éste, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido." (ONU, 1971a, p. 86)

⁵⁰ "[...] no son reglas impuestas desde arriba en virtud de alguna ley natural [...]" (CDI, 1966a, p. 80).

em relação à natureza jurídica do *jus cogens* [...]”⁵¹ (CDI, 1966a, p. 80, tradução nossa).

Apesar de Luna ser taxado como jusnaturalista por autores como Gómez Robledo (2003, p. 32), por ele expressamente ter declarado que “[...] é evidente que a doutrina positivista do direito não pode reconhecer a existência do *jus cogens* e tampouco a da ordem pública internacional [...]”⁵² (CDI, 1963a, p. 76, tradução nossa) e que “[...] não se pode dizer, em direito internacional, que uma norma seja parte do direito positivo só porque, por exemplo, um tratado entre dois Estados pode ser derogado por um tratado posterior [...]”⁵³ (CDI, 1963a, p. 76, tradução nossa). As críticas do professor espanhol são dirigidas, não ao positivismo como um todo, mas especificamente ao positivismo do século XIX; que defendia a ideia de vontade ilimitada dos Estados e que, para Luna, só “[...] se sustentou, na prática, porque os diferentes grupos que se sucederam no exercício do poder durante o século XIX compartilhavam da mesma *Waltanschauung* [...]”⁵⁴ (CDI, 1963a, p. 76), ou seja, compartilhavam de um sistema uniforme de valores. Segundo esse autor, porém, o nazismo teria tornado discutível a validade dessa teoria (CDI, 1963a, p. 76).

Pode-se comprovar o acima exposto, através das seguintes palavras de Luna,

Pessoalmente, concebe o *jus cogens*, sem o qual não pode haver ordem jurídica, não como direito natural e sim como direito positivo internacional. Sem dúvida é de difícil definição na prática, porém essas dificuldades não são exclusivas do *jus cogens* senão comum a todo o direito internacional.⁵⁵ (LUNA, 1966a, p. 40, tradução nossa)

Desta forma, marca o *jus cogens* a concretização de um direito internacional

⁵¹ “[...] los miembros de la Comisión discrepan en cuanto a la explicación filosófica del *jus cogens* [...] no existe desacuerdo en relación con la naturaleza jurídica del *jus cogens* [...]” (CDI, 1966a, p. 80).

⁵² “[...] es evidente que la doctrina positivista del derecho no puede reconocer la existencia del *jus cogens* y, por tanto, tampoco la del orden público internacional [...]” (CDI, 1963a, p. 76).

⁵³ “[...] no puede decirse en derecho internacional que una norma sea parte del derecho positivo sólo porque, por ejemplo, un tratado entre dos Estados pueda ser derogado por un tratado posterior [...]” (CDI, 1963a, p. 76).

⁵⁴ “[...] ha podido sostenerse en la práctica, porque los diferentes grupos que se han ido sucediendo en el ejercicio del poder durante el siglo XIX compartían la misma *Waltanschauung* [...]” (CDI, 1963a, p. 76).

⁵⁵ “Personalmente, concibe el *jus cogens*, sin el cual no puede haber orden jurídico, no como derecho natural sino como derecho positivo internacional. Sin duda es difícil de definir en la práctica, pero esas dificultades no son exclusivas del *jus cogens* sino comunes a todo el derecho internacional.” (LUNA, 1966a, p. 40).

mais global⁵⁶, que não se fundamenta exclusivamente na vontade do Estado, de forma individual, e em que normas indispensáveis para a existência da própria sociedade internacional limitam o poder de tratar dos Estados. Rompe-se, assim, com o positivismo voluntarista do século XIX.

Ademais, se antes as normas de *ius cogens* eram defendidas através de correntes jusnaturalistas, com a posituação deste atributo jurídico, no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, que prevê a possibilidade de modificação de uma norma *ius cogens* por outra norma de direito internacional geral reconhecida pela sociedade internacional como imperativa, fica insustentável explicar a existência das normas de *ius cogens* através do direito natural.

Durante a feitura do projeto da Convenção de Viena de 1969, os membros da CDI debateram, também, sobre a fonte das normas imperativas, tendo prevalecido o entendimento compartilhado por Waldock (CDI, 1963b, p. 60), Briggs (CDI, 1963a, p. 66), Yasseen (CDI, 1963a, p. 66), Tabibi (CDI, 1963a, p. 67), Ago (CDI, 1963a, p. 70), Tunkin (CDI, 1963a, p. 73), Pal (CDI, 1963a, p. 74), Aréchaga (CDI, 1963a, p. 74) e Gros (CDI, 1963a, p. 77) de que podem ter origem, tanto nas normas consuetudinárias como nos tratados. Assim, como afirmado por Tunkin “[...] um tratado multilateral geral, em que sejam partes todos ou quase todos os Estados da comunidade internacional, pode derrogar ou modificar uma norma de *jus cogens* [...]”⁵⁷ (CDI, 1963a, p. 73), sendo este entendimento, nas palavras de Pal (CDI, 1963a, p. 74), necessário para o desenvolvimento progressivo do direito internacional. Ademais,

A alegação de algumas autoridades na matéria, inclusive Sir Hersch Lauterpacht, de que as normas gerais só podem derivar do direito consuetudinário, quiçá tenha sido verdade há cinquenta anos: porém já não é agora com o grande incremento dos tratados multilaterais gerais, aparentemente de carácter universal.⁵⁸ (CDI, 1963a, p. 73, tradução nossa)

⁵⁶ Como assinala Zelada “[...] universalización es tan solo el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional por la búsqueda de espacios comunes vistos desde una postura ‘sincera’ del orden internacional: sociedad donde todavía la yuxtaposición de intereses, la soberanía estatal y el denominador político son y seguirán siendo elementos de considerable y decisiva importancia [...]” (2002, p. 132).

⁵⁷ “[...] um tratado multilateral general en que sean parte todos o casi todos los Estados de la comunidad internacional puede derogar o modificar una norma de *jus cogens* [...]” (CDI, 1963a, p. 73).

⁵⁸ “La alegación de algunas autoridades en la materia, incluso Sir Hersch Lauterpacht, de que las normas generales sólo pueden derivar del derecho consuetudinario, quizá haya sido verdadera cincuenta años antes: pero ya no lo es ahora con el gran incremento de los tratados multilaterales generales, virtualmente de carácter universal.” (CDI, 1963a, p. 73).

Para Ago (CDI, 1963a, p. 75) as normas de *ius cogens* seriam aplicadas aos Estados não signatários dos tratados que as enunciam como normas consuetudinárias.

Contudo, apesar do entendimento dominante ser pela possibilidade da norma de *ius cogens* ter como fonte, tanto o costume como o tratado, o projeto de artigo proposto pela CDI acabou sendo silente neste ponto, por concluírem os membros da CDI que o texto formulado implicitamente abarcava tal posição (CDI, 1963b, p. 232), como evidencia o trecho do informe da Comissão, para a Assembleia Geral da ONU, abaixo transcrito:

[...] Como qualquer modificação de uma norma de *jus cogens* provavelmente teria que ser feita agora mediante a celebração de um tratado multilateral geral, a Comissão considerou conveniente indicar claramente na redação do artigo que um tratado multilateral geral que estabeleça uma nova norma de *jus cogens* estaria fora do alcance do artigo. Com o fim de deixar a salvo este extremo, o artigo define a norma de *jus cogens* como norma imperativa de direito internacional geral que não admite exceção «e que só poderia ser modificada por uma nova norma de direito internacional general que tivesse o mesmo carácter».⁵⁹ (CDI, 1963b, p. 232, tradução nossa).

Dos debates sobre o estabelecimento de critérios que permitissem a identificação das normas de *ius cogens* e sobre as fontes das normas de *ius cogens*, conclui-se que uma norma contida em um tratado não possui o caráter de *ius cogens*, simplesmente, porque as partes estipularam que nenhuma derrogação a tal norma fosse permitida (CDI, 1966d, p. 248). Portanto, podem os Estados inserir em tratados, que versem sobre matérias de interesse só das partes, cláusulas, impedindo a derrogação; neste caso, porém, a violação de tal cláusula, por tratado posterior, não levará obrigatoriamente à nulidade, ainda que possa ocasionar a responsabilidade internacional do Estado violador (CDI, 1966d, p. 248).

Antes de ser remetido pela CDI à Assembleia Geral da ONU, o art. 13, proposto

⁵⁹ “[...] Como cualquier modificación de una norma de *jus cogens* probablemente habría de hacerse ahora mediante la celebración de un tratado multilateral general, la Comisión estimó conveniente indicar con claridad en la redacción del artículo que un tratado multilateral general que establezca una nueva norma de *jus cogens* quedaría fuera del alcance del artículo. Con el fin de dejar a salvo este extremo, el artículo define la norma de *jus cogens* como norma imperativa de derecho internacional general que no admite excepción alguna «y que sólo pudiera ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter».” (CDI, 1963b, p. 232).

pelo Comitê de Redação⁶⁰ foi apresentado novamente à Comissão, com a seguinte redação:

Artigo 13. (Tratados contrários a uma norma peremptória de direito internacional geral que não admite exceções [*jus cogens*])
Um tratado será nulo quando contrário a uma norma peremptória de direito internacional geral da qual nenhum Estado pode eximir-se e que só pode ser modificada por uma norma posterior de direito internacional geral que tenha a mesma natureza.⁶¹ (CDI, 1963a, p. 223, tradução nossa).

Posto o artigo em votação, conforme proposto pelo Comitê de Redação, foi aprovado pela Comissão, na sessão 705^a, com ressalvas no tocante ao título, que deveria ser abreviado pela exclusão das palavras “que não admite exceções”, conforme proposta de Castren (CDI, 1969a, p. 223); bem como em relação à expressão “da qual nenhum Estado pode eximir-se”, uma vez que, segundo Verdross, todas as normas de direito internacional são obrigatórias, não podendo por esse motivo um Estado eximir-se de nenhuma delas (CDI, 1963a, p. 223).

Ademais, para Yasseen (CDI, 1963a, p. 224), o texto, na forma como redigido, omitiu um parágrafo muito útil referente à possibilidade de tratados multilaterais derogarem normas de *ius cogens*, através da criação de nova norma da mesma natureza e, ao contrário do projeto de texto apresentado por Waldock, Relator Especial, o texto do Comitê de Redação não enfatizava a natureza positiva do conceito de *ius cogens*.

Após debates, o projeto de artigos sobre o Direito dos Tratados foi enviado para a Assembleia Geral da ONU, a fim de que os Estados pudessem analisá-lo, tendo o referido artigo sofrido algumas alterações em sua numeração e texto:

Artigo 37
Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)

⁶⁰ Registre-se que o projeto de artigo proposto pela CDI após vários debates, acabou sendo muito similar ao texto apresentada por Briggs quando de sua primeira manifestação sobre o art. 13 sugerido pelo Relator Especial Waldock. Para Briggs, o art. 13 deveria ter a seguinte redação: “Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción general con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente.” (CDI, 1963a, p. 66).

⁶¹ “Artículo 13. (Tratados contrários a una norma perentoria de derecho internacional general que no admite excepciones [*jus cogens*]). Un tratado será nulo cuando sea contrario a una norma perentoria de derecho internacional general de la cual ningún Estado puede eximirse y que sólo puede ser modificada por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” (CDI, 1963a, p. 223).

Será nulo todo tratado que for incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral que não admite nenhuma exceção e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral que tenha a mesma natureza.⁶² (CDI, 1963b, p. 231, tradução nossa).

Quando da análise do art. 37 pelos Estados, somente Luxemburgo questionou a possibilidade de existência do *ius cogens* no direito internacional, sob a alegação de que os critérios moral e ordem pública existentes no direito interno, que limitavam a vontade das partes, nos contratos privados, não poderiam ser transportados para a sociedade internacional, que se caracteriza pela ausência de autoridade, política ou judicial, capaz de impor aos Estados normas de justiça e moral internacionais, sendo, assim, impossível se definir o conteúdo das normas de *ius cogens* (CDI, 1966c, p. 22).

A Comissão respondeu que a alegação de que não existe norma no direito internacional que não possa ser afastada, por vontade exclusiva do Estado, estaria cada vez mais difícil de sustentar, ainda que alguns negassem a existência de normas gerais de aceitação universal, apontando a norma relativa à proibição ao uso da força como exemplo de *ius cogens*, no atual direito internacional (ONU, 1971b, p. 67).

Registra-se que, apesar de a Comissão ter sido silente no tocante à falta de autoridade política ou judicial do direito internacional levantada por Luxemburgo, tal alegação não prospera. A teoria tradicional, que fundamenta a alegação de Luxemburgo, defende que a relação de superioridade e inferioridade (subordinação) existente entre o Estado e os indivíduos, decorrente do poder soberano do Estado, faz com que esse seja, como autoridade, o poder político supremo, pois detentor de autoridade normativa e de poder efetivo, forte o bastante para “fazer cumprir o direito” (KELSEN, 2013a, p. 78-79). E, por terem os Estados uma relação de igualdade no direito internacional, para os defensores de tal teoria, não seria esse um verdadeiro direito, eis que inexistente a relação de superioridade e inferioridade política (KELSEN, 2013a, p. 79).

Por outro lado, para a teoria tradicional, a relação entre indivíduos é sempre em pé de igualdade, estando todos subordinados à ordem jurídica (KELSEN, 2013a, p. 79). Kelsen (2013a, p. 79-80), então, parte dessa afirmação para demonstrar que o

⁶² "Artículo 37 Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) - Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admite excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter." (CDI, 1963b, p. 231).

indivíduo que tem o direito de ditar normas jurídicas conferido pela ordem jurídica não é menos sujeito dessa ordem jurídica do que o que tem a obrigação imposta, pela mesma ordem jurídica, de obedecer a tais normas. Em outras palavras, os indivíduos não estão subordinados ao legislador da norma, mas à ordem jurídica que delegou a autoridade a esse homem, ou seja, se subordinam ao direito (KELSEN, 2013a, p. 80).

Assim, superioridade e inferioridade são só expressões figuradas que significam um vínculo normativo, qual seja, a relação do indivíduo com a ordem normativa; sendo indiferente a maneira como são criadas as normas impostas aos indivíduos para a existência da subordinação (KELSEN, 2013a, p. 80). Desta forma, ser a norma criada por costume, por decisão de assembleia do povo, por lei de um parlamento ou de um autocrata, por exemplo, configura só diferentes graus de centralização e descentralização do processo de criação das normas (KELSEN, 2013a, p. 80).

Entendendo-se a relação de superioridade e inferioridade como vínculo normativo, inexistente diferença entre o direito interno e o direito internacional; uma vez que o direito internacional obriga os Estados (subordinando também os indivíduos na qualidade de órgãos dos Estados) do mesmo modo que os indivíduos estão subordinados à ordem jurídica nacional (KELSEN, 2013a, p. 80).

Apesar de não ser, no âmbito do direito internacional geral, essa relação de superioridade e inferioridade tão aparente, por inexistir órgãos especiais para a criação do direito (KELSEN, 2013a, p. 80), não há como negá-la; pois, quando Estados estabelecem através de um tratado internacional um tribunal para resolver suas controvérsias, a relação entre esse tribunal internacional e os Estados em questão é exatamente igual à relação de superioridade e inferioridade existente entre um tribunal nacional e os indivíduos submetidos a sua jurisdição, posto que, em ambos os casos, a norma geral que estabelece o tribunal obriga a obedecer à norma individual ditada pelo tribunal (KELSEN, 2013a, p. 80).

Desta forma, reitera-se a existência de autoridade política e judicial do direito internacional, pois ainda que o processo de criação das normas no direito internacional seja descentralizado, tal processo gera como consequência a existência de vínculo normativo entre os Estados e o direito internacional.

Já os Estados Unidos e o Uruguai, quando da análise do art. 37, pela Assembleia Geral da ONU, apesar de concordarem com a existência de normas com carácter de *ius cogens*, apresentaram dúvidas, quanto ao fator tempo, na aplicação

do artigo, e questionaram a possibilidade de aplicação retroativa do artigo aos tratados em vigor (CDI, 1966c, p. 23 e 25). A Comissão esclareceu que o art. 37 deveria ser lido em conjunto com o artigo que trata do *ius cogens* superveniente e que, na ótica da Comissão, não havia dúvidas de que tal artigo teria efeito retroativo, enquanto a nulidade de um tratado em razão de uma nova norma de *ius cogens*, não surtiria efeito retroativo sobre a validade de um tratado (ONU, 1971b, p. 68).

Outros Estados suscitaram que não seria possível a aplicação do art. 37, satisfatoriamente, ao menos que fosse acompanhado por uma instância internacional independente, com competência para decidir, diante de controvérsia, se determinada regra é ou não de *ius cogens* (ONU, 1971b, p. 68).

A CDI considerou que a questão dos meios de resolução de controvérsias referentes à invalidade de tratado, se tem particular importância no tocante ao *ius cogens*, é geral, e afeta a aplicação de todos os artigos que tratam da invalidade, da terminação e da suspensão de tratado; sendo o art. 62⁶³, atual art. 65 da Convenção de Viena de 1969, uma solução para coibir a determinação arbitrária da invalidade, da terminação ou da suspensão de um tratado (ONU, 1971b, p. 68). A Comissão registrou que as garantias processuais estabelecidas no art. 62 levavam em consideração o entendimento da sociedade internacional, naquele momento, sobre a aceitação de meios compulsórios de solução pacífica de conflitos internacionais (ONU, 1971b, p. 68).

O artigo voltou a ser discutido no âmbito da CDI e foi aprovado com a mesma redação por 14 (quatorze) votos a favor, 1 (um) voto contra e 1 (uma) abstenção (CDI, 1966a, p. 126).

O texto do art. 37, que passou a figurar no art. 50 do projeto da Convenção de Viena formulado pela CDI, foi enviado para ser discutido na Conferência de Viena

⁶³ "Article 62. Procedure to be followed in cases of invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty. 1. A party which claims that a treaty is invalid or which alleges a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under the provisions of the present articles must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the grounds therefor. 2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 63 the measure which it has proposed. 3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations. 4. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes. 5. Without prejudice to article 42, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation." (ONU, 1971b, p. 81).

sobre o Direito dos Tratados.

1.2.2 *Ius cogens* e a Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados

A Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados realizou-se em duas sessões. A primeira sessão ocorreu no período de 26 de março a 24 de maio de 1968, enquanto a segunda sessão aconteceu no período de 9 de abril a 22 de maio de 1969.

Na primeira sessão da Conferência de Viena, foram apresentadas várias emendas pelos Estados participantes ao art. 50 do projeto da Convenção de Viena enviado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Discutir-se-ão abaixo as emendas apresentadas que resultaram em alteração do texto⁶⁴ do projeto de artigo formulado pela CDI.

Três emendas foram efetivamente votadas pela Comissão Plenária, quais sejam:

a) a apresentada pela Romênia juntamente com a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas que visava a inserir as palavras "isto é com uma norma" e alterar o texto para a seguinte forma: "Um tratado é nulo se entrar em conflito com uma norma peremptória de direito internacional geral, isto é, com uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral posterior que tenha a mesma natureza." (ONU, 1971b, p. 174).

b) a apresentada pelos Estados Unidos da América que visava a inserir as palavras "no momento de sua conclusão", substituir "norma peremptória" por "regra peremptória" e incluir a frase "que é reconhecido em comum pelos sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo", e que resultariam na modificação do texto do presente artigo pelo seguinte: "Um tratado é nulo se, no momento de sua conclusão, ele conflitar com uma regra do direito internacional geral, que é reconhecida em comum pelos sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo e do qual não é permitida qualquer derrogação."⁶⁵ (ONU, 1971b, p. 174, tradução nossa).

c) a apresentada pela Finlândia, Grécia e Espanha que objetivava introduzir

⁶⁴ A redação do artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 em suas diversas versões autênticas divergem (Cf. seção 1.3), desta forma destaca-se que as emendas foram apresentadas levando em consideração a versão que estava sendo construída na língua inglesa.

⁶⁵ "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory rule of general international law which is recognized in common by the national and regional legal systems of the world and from which no derogation is permitted." (ONU, 1971b, p. 174).

entre as palavras "direito internacional geral" e "do qual não derrogação" a frase "reconhecido pela comunidade internacional como norma" (ONU, 1971b, p. 174).

Os Estados Unidos, então, propuseram que se adiasse a votação do art. 50 e das três emendas, e que fossem o artigo e as emendas remetidos ao Comitê de Redação; todavia, em razão da aprovação de uma moção apresentada pela Tchecoslováquia, dividiu-se a moção apresentada pelos Estados Unidos e se votou logo parte da emenda proposta por esse Estado (ONU, 1971b, p. 174).

A Comissão Plenária aprovou, com 43 votos a favor, 27 votos contrários e 12 abstenções, a inclusão da expressão "no momento de sua conclusão" (ONU, 1971b, p. 174); rejeitou, porém, com 57 votos contra, 24 a favor e 7 abstenções, a proposta de inclusão da frase "que é reconhecido em comum pelos sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo" (ONU, 1971b, p. 175).

A inserção das palavras "no momento de sua conclusão" proposta pelos Estados Unidos demonstra a preocupação deste Estado em dissipar qualquer possibilidade de aplicação retroativa deste artigo, com relação aos tratados que se encontravam em vigor naquele momento. Registre-se que os Estados Unidos já tinham manifestado insatisfação com o texto formulado pela CDI, quando os artigos propostos por esta Comissão foram levados à Assembleia Geral da ONU, para que os Estados formulassem observações⁶⁶.

A parte da emenda que requeria a inclusão da frase "que é reconhecido em comum pelos sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo" foi rejeitada, e com razão, pois a incorporação desta frase ao texto do artigo enfraqueceria a característica de *ius cogens*, uma vez que atrelaria a atribuição da natureza de *ius cogens* a uma norma ao reconhecimento dos sistemas jurídicos nacionais e regionais. Desta forma, bastaria que o sistema jurídico de determinado Estado não reconhecesse determinada norma como de *ius cogens*, para que se negasse a condição de *ius cogens*. Uma emenda como essa esvaziava totalmente a finalidade do atributo de *ius cogens*, que é a limitação dos Estados em concluir tratados.

⁶⁶ Naquela ocasião manifestaram-se os Estados Unidos nos seguintes termos: "[...] Por otra parte, considera que, incluso en estos casos, la aplicación retroactiva del artículo podría entrañar injusticias para una o más partes interesadas y perturbar relaciones ventajosas basadas en estipulaciones del tratado claramente aceptables que figuren entre otras disposiciones que, de antiguo, han sido reconocidas por las partes como anacrónicas e inaplicables, pero que, conforme a lo que dispone el artículo 37, harían nulo todo el tratado. Sugiere que la Comisión examine de nuevo las disposiciones del artículo y todos los aspectos de su aplicación, especialmente la cuestión de quién habrá de decidir en qué casos está justificada la aplicación de la norma [...]" (CDI, 1966c, p. 23).

Já a proposta de substituir “norma peremptória” por “regra peremptória” apresentada, também, pelos Estados Unidos seguiu para o Comitê de Redação, sem ter sido votada. Entretanto, conforme se percebe da leitura do artigo redigido pelo referido Comitê, não foi acatado este ponto da emenda estadunidense.

Em razão da aprovação de uma moção proposta pelo Uruguai, o art. 50, já com a emenda referente à expressão “no momento de sua conclusão” e juntamente com as emendas remanescentes que ainda não tinham sido votadas, foi enviado ao Comitê de Redação (ONU, 1971b, p. 175).

O Comitê de Redação, por sua vez, apresentou um novo texto do art. 50 para o Comitê Plenário, que foi aprovado e recomendado à Conferência para adoção (ONU, 1971b, p. 175). Atualmente, o texto do art. 50 encontra-se no art. 53 da Convenção de Viena.

Registre-se que, quando da redação do novo texto do art. 50, o Comitê de Redação incluiu as palavras “como um todo”, após a frase “reconhecida pela comunidade internacional”. Houve, então, uma votação separada desta expressão, que foi adotada, após 57 votos a favor, 3 contra e 27 abstenções.

A emenda apresentada pela Romênia juntamente com a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas não impactava o conteúdo do texto e, apesar de não ter o texto final do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 adotado literalmente a proposta de redação constante naquela emenda, percebe-se que, indiretamente, a aludida sugestão se encontra inserida no art. 53 na parte em que declara que “[...] para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é [...]”.

Das três emendas, a que trouxe maior contribuição foi a apresentada conjuntamente pela Finlândia, Grécia e Espanha, pois como afirmado pelo representante da Grécia (ONU, 1969, p. 326), o elemento essencial do *ius cogens* radica na sua aceitação pela comunidade internacional, pois, ainda que o *ius cogens* limitasse a liberdade de concluir tratado pelos Estados, poderia uma norma de *ius cogens* originar-se de um tratado.

Antes da inclusão da frase “reconhecido pela comunidade internacional como norma” os requisitos explícitos para determinar o conteúdo de uma norma *ius cogens* eram: ser uma norma de direito internacional geral, não admitir acordo em contrário e somente poder ser modificada, por uma norma ulterior da mesma natureza (ONU, 1969, p. 326); ainda que, para a CDI, implicitamente, tivesse o reconhecimento da

comunidade internacional também como condição necessária. E o fato de uma norma de *ius cogens*, apenas modificar-se por uma norma posterior com o mesmo caráter, não poderia ser uma condição para a determinação de sua natureza (ONU, 1969, p. 326), uma vez que tal argumento carece de lógica.

Se é indiscutível ser a importância do conteúdo a razão, para atribuir a característica de *ius cogens* a uma norma, o reconhecimento pela sociedade internacional dessa importância é que determina ser uma norma de *ius cogens*. Assim, o reconhecimento do caráter geral da norma internacional deve ser aliado ao consentimento, quanto a sua imperatividade; e este segundo consentimento faz do *ius cogens* um conceito único, dando-lhe um caráter objetivo (TERAYA, 2001, p. 928).

A emenda apresentada, apesar de não se referir expressamente à comunidade internacional dos Estados, e sim somente à comunidade internacional, trazia implícita a ideia de que essa comunidade internacional era formada por Estados. O ser humano tinha sido alçado de forma consolidada à condição de sujeito do direito internacional, porém, o entendimento predominante, naquele momento histórico e que permanece ainda hoje, é o de que as normas internacionais provenientes do costume ou do tratado emanam dos Estados.

Percebe-se dos debates entabulados entre os membros da CDI e pelos representantes dos Estados no âmbito da ONU, que, embora os direitos humanos tenham sido citados como exemplos de normas de *ius cogens*, não se vislumbrava o impacto que este atributo jurídico teria na proteção do ser humano, apesar de o representante da República Unida da Tanzânia ter ressaltado ser a dignidade humana a base do *ius cogens* (ONU, 1969, p. 355) e o representante da Costa do Marfim ter asseverado que o reconhecimento do *ius cogens*, no direito internacional, ser resultado de um processo que está contribuindo para dar um caráter mais humano às relações internacionais, ao fundamentá-las na igualdade dos homens e dos Estados (ONU, 1969, p. 354).

Das opiniões manifestadas pelos Estados quando da análise das emendas, destaca-se a esboçada pelo representante da Noruega, que declarou que “[...] o art. 50 não diz se o *jus cogens* pode ser alegado só pelas partes em um tratado ou por outros Estados, ou inclusive por particulares [...]”⁶⁷ (ONU, 1969, p. 359, tradução

⁶⁷ “[...] el artículo 50 no dice si el *jus cogens* puede ser alegado sólo por las partes en un tratado o por otros Estados, o incluso por los particulares.” (ONU, 1969, p. 359).

nossa). Ressalta-se tal declaração por dois motivos: primeiro, porque, apesar de se ter concluído, durante os debates, que a violação a norma de *ius cogens* poderia ser arguida por qualquer Estado, o artigo restava omissivo neste ponto; segundo, e principalmente, por ter questionado a possibilidade do indivíduo alegar a violação, fato possível, atualmente, em tribunais internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece o direito das vítimas ou de seus representantes de atuarem de forma autônoma em todas as fases do processo⁶⁸.

Do acima exposto, o atributo jurídico de *ius cogens* constante no art. 53 da Convenção de Viena de 1969 foi fruto dos trabalhos realizados, quando da feitura desta Convenção, que progressivamente o desenvolveu⁶⁹, pois não há como sustentar somente a sua codificação pela Comissão, quando demonstrado que não havia consenso, nem sobre os critérios determinantes de seu conteúdo, nem sobre a denominação, tampouco sobre a sanção a ser aplicada, em caso de violação, e nem sequer sobre as suas fontes⁷⁰, muito embora, a natureza positivista de tal atributo

⁶⁸ O artigo 25 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da participação das supostas vítimas ou seus representantes, determina que " 1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo. 2. Se existir pluralidade de supostas vítimas ou representantes, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado para a apresentação de petições, argumentos e provas no curso do processo, incluindo nas audiências públicas. Se não houver acordo na designação de um interveniente comum em um caso, a Corte ou sua Presidência poderá, se o considerar pertinente, outorgar um prazo às partes para a designação de um máximo de três representantes que atuem como intervenientes comuns. Nessa última circunstância, os prazos para a contestação do Estado demandado, assim como os prazos de participação nas audiências públicas do Estado demandado, das supostas vítimas ou de seus representantes e, dependendo do caso, do Estado demandante, serão determinados pela Presidência. 3. No caso de eventual discordância entre as supostas vítimas no que tange ao inciso anterior, a Corte decidirá sobre o pertinente." (CORTEIDH, 2009).

⁶⁹ Sinclair (1984, p. 18) compartilha desse entendimento ao declarar: "It is Noteworthy that even the Commission itself, while stating that it has become increasingly difficult to sustain the view that in the last analysis there is no rule of international law from which States cannot at their own free will contract out, acknowledges that 'some jurists deny the existence of any rules of *jus cogens* in international law'. It may be conceded that any developed system of law must dispose of certain rules of a higher order than those of a merely dispositive character from which persons subject to the law are free to contract out. It may also be conceded that there is a general recognition that there exist certain fundamental rules of international law, such as the rule prohibiting the threat or use of force in international relations, from which States cannot derogate by treaty. But the definition and identification of these rules of the 'higher law' is surrounded by immense difficulties. The Commission itself admitted that 'there is no simple criterion by which to identify a general rule of international law as having the character of *jus cogens*'. The records of the Conference also reveal a wide variety of opinions as to the scope and content of *jus cogens*. This lack of agreement on the essential content of *jus cogens* is in itself sufficient evidence that the rule embodied in Article 53 of the Convention bears the hallmark of progressive development rather than codification."

⁷⁰ Rechaçar-se por tais motivos a afirmação de Hossain de que o trabalho da CDI no tocante ao *ius cogens* "[...] it is partly a codification and partly a progressive development of international law. It is

previsto em um tratado, fosse unânime.

Desta forma, discorda-se do Relator Especial Waldock, que, em seu quinto informe, ao responder à pergunta da Delegação do Uruguai se o art. 37, atual art. 53 da Convenção de Viena de 1969, representava a codificação de um princípio de direito internacional reconhecido ou o desenvolvimento progressivo de um novo princípio, declarou que tal artigo não era uma norma completamente nova do Direito dos Tratados, pois a CDI “[...] reconheceu que já havia algumas normas de *jus cogens*, no direito internacional e o art. 37 limitou-se a declarar as conseqüências lógicas desse fato [...]”⁷¹ (CDI, 1966c, p. 26); pois tal artigo, apesar de não ser uma inovação total no direito internacional, não se limitou a estabelecer a sanção para o caso de violação das normas de *ius cogens*.

Por outro lado, a resposta⁷² formulada pelo Relator Especial Waldock (CDI, 1966c, p. 26), ao questionamento da Delegação do Uruguai, demonstra que ele buscou tornar possível a aplicação do atributo de *ius cogens* aos tratados já em vigor, pois, se a norma contida no artigo referido fosse considerada “desenvolvimento progressivo do direito internacional”, tal artigo só poderia ser aplicado aos tratados concluídos depois da entrada em vigor da Convenção de Viena de 1969, como determinado por seu art. 4^o⁷³.

Quando da elaboração do artigo em discussão, se optou por deixar à prática dos Estados e aos tribunais internacionais, a definição do conteúdo do *ius cogens*, porém, consoante o art. 53 da Convenção de Viena, o elemento indispensável para atribuir a natureza de *ius cogens* a uma norma é o reconhecimento desta pela sociedade internacional. Nestes termos, não é a fonte da norma que irá distingui-la,

partly a codification because the ILC acknowledged that the peremptory norm exists in international law, which permits no derogation and sets down a general definition of *jus cogens*. Furthermore, it is partly progressive development in relation to the specifics (i.e., which norms were to be accorded *jus cogens* status). The ILC left this latter part to be worked out by state practice and the jurisprudence on international tribunals.” (2008, p. 87-88).

⁷¹ “[...] reconoció que en derecho internacional existían ya algunas normas de *jus cogens* y en el artículo 37 se limitó a enunciar las consecuencias lógicas de tal hecho.” (CDI, 1966c, p. 26).

⁷² “Por supuesto, si la norma contenida en el artículo 37 hubiera de considerarse como una innovación total en el derecho internacional, el factor tiempo se presentaría con una perspectiva diferente. En esa hipótesis, la aplicación del artículo habría lógicamente de limitarse a los tratados concluidos después de entrar en vigor una convención general sobre el derecho de los tratados en que figurase la norma. El Relator Especial no cree, sin embargo, que la Comisión haya querido proponer en el artículo 37 una norma completamente nueva del derecho de los tratados.” (CDI, 1966c, p. 26).

⁷³ “Artigo 4. Irretroatividade da Presente Convenção - Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção a que os tratados estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados após sua entrada em vigor em relação a esses Estados.” (BRASIL, 2009, p. 3).

mas sim o seu conteúdo considerado indispensável para a existência da sociedade internacional, o que faz com que a maioria das normas internacionais gerais não possua essa natureza, sendo o reconhecimento desse conteúdo realizado pela sociedade internacional. Ademais, também restou fixada a sanção de nulidade para todo o tratado que viole uma norma de *ius cogens*, ainda que a violação se refira a um artigo específico.

Após analisar os debates ocorridos na elaboração do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, que fundamentaram o projeto do artigo proposto pela CDI e o texto aprovado pelos representantes dos Estados na Conferência de Viena, passa-se, na próxima seção, a examinar a evolução do *ius cogens*, que tem por natureza, assim como o Direito, acompanhar o progresso da sociedade internacional.

1.3 A evolução do *ius cogens* e o seu entendimento atual

Do art. 53 da Convenção de Viena decorrem as características da norma de *ius cogens*, quais sejam: norma de direito internacional geral, reconhecida e aceita pela comunidade internacional dos Estados como um todo, que não permite derrogação, salvo por norma da mesma natureza, tornado nulo tratado que a viole.

Norma de direito internacional geral corresponde àquelas obrigatórias e vinculantes para todos os membros da sociedade internacional (KELSEN, 1975, p. 738), ou, pelo menos para a grande maioria, pois, como leciona Remiro Brotons (1981, p. 66), uma norma consuetudinária de direito internacional geral não é obrigatória para o objetor persistente, ou seja, tal norma não vincula o Estado que tiver manifestado oposição durante a sua elaboração⁷⁴. Além disso, uma norma de direito internacional geral convencional não se aplica aos terceiros Estados, nos termos do art. 34 da Convenção de Viena de 1969.

No entanto, a oposição de um Estado não produz resultado, no tocante às normas de *ius cogens*⁷⁵, uma vez que o consenso da sociedade internacional prevalecerá sobre a vontade individual de qualquer Estado e, por esse motivo, “[...]”

⁷⁴ Para Gómez Robledo (2003, p. 79), a única maneira de um Estado se eximir do império de uma norma de direito internacional geral consuetudinária é manifestando seu inequívoco desacordo durante a formação de tal norma, que será obrigatória não só para os Estados que concorreram na sua formação como até para futuros Estados.

⁷⁵ “En primer lugar, la doctrina del objetor persistente, cualquiera que sea su condición jurídica con respecto a las normas consuetudinarias de derecho internacional, no es aplicable al *jus cogens*.” (CDI, 2016a, p. 46).

nenhum ato contrário ao *jus cogens* pode ser legitimado por meio de consentimento, aquiescência ou reconhecimento; nem o protesto serve para preservar direitos afetados por tais atos”⁷⁶ (JENNINGS, 1996 *apud* ORAKHELASHVILI, 2005, p. 78, tradução nossa).

Alguns autores⁷⁷ defendem que as normas de *ius cogens* só teriam como fonte o costume, pois os tratados multilaterais de alcance universal são obrigatórios para os Estados não signatários como norma consuetudinária, não em razão de sua natureza convencional.

Diversamente, a Comissão de Direito Internacional nunca usou o termo "direito internacional geral" como sinônimo de direito costumeiro internacional (TUNKIN, 1993, p. 538) (Cf. seção 1.2.2). Para Tunkin, a proibição à ameaça e ao uso da força, nas relações internacionais, prevista na Carta da ONU, é exemplo de norma de direito internacional geral que tem origem em um tratado, no entanto, discorda-se desse autor nesse ponto, pois como demonstrado pela CIJ, ao julgar o Caso Relativo às Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e Contra a Nicarágua (Nicarágua Vs. Estados Unidos), é o Princípio da Proibição do Uso da Força norma consuetudinária de direito internacional geral (CIJ, 1986, p. 100).⁷⁸ Mas o que faz com que as disposições de um tratado possam ser obrigatórias para Estados não signatários? Segundo Tunkin (1993, p. 538), não é o simples fato do tratado ser multilateral, mas, sim, ter o tratado como signatários todos os Estados, ou, no caso de

⁷⁶ "No act contrary to *jus cogens* 'can be legitimated by means of consent, acquiescence or recognition; nor protest is necessary to preserve rights affected by such acts'." (JENNINGS, 1996 *apud* ORAKHELASHVILI, 2005, p. 78).

⁷⁷ Esse entendimento é compartilhado por Ian Brownlie, que define as normas de *ius cogens* como "[...] regras de Direitos consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário." (BROWNLIE, 1990, p. 537); por Weatherall (2015) que aduz que "[...] treaty law is representative of *jus dispositivum* against which *jus cogens* is juxtaposed, and whatever role treaties may play in the crystalization of peremptory norms, they are not themselves the formal source of peremptory norms [...]" (WEATHERALL, 2015); e por Zelada, para quem "[...] resulta obvio que no todos los mecanismos de creación de normas en el Derecho internacional pueden originar normas con tal carácter; solo lo podrán hacer aquellas que originan normas de Derecho internacional general: por lo pronto, la costumbre es la fuente de primera mano a este respecto. [...] Se ha sostenido, sin embargo, que podría hablarse aquí también de los tratados multilaterales de alcance universal. Sin embargo, es precisamente porque estos tratados se tornan costumbre internacional y no por su naturaleza convencional que se origina el hecho de que sus disposiciones le sean oponibles inclusive a los sujetos que no se encuentren contractualmente vinculados por estos, salvo el caso del objetor persistente." (ZELADA, 2002, p. 141).

⁷⁸ "A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law." (CIJ, 1986, p. 100).

não serem todos os Estados partes, poderem suas disposições ser vinculatórias por meio do costume. Em outras palavras, as regras contidas no tratado, nesse caso, através da aceitação pelos Estados que não são partes passariam a ser obrigatórias como norma consuetudinária.

Compartilha-se do raciocínio de Tunkin, pois, mesmo que o costume seja a fonte primeira na origem de uma norma de direito internacional geral, nada impede a criação de tal norma por um tratado⁷⁹ que tenha como signatários todos os Estados da sociedade internacional, ou a maioria deles. Entender o contrário é, de fato, defender a impossibilidade de criação de uma norma de *ius cogens* por meio de um tratado que albergue todos os Estados, o que esvaziaria o sentido do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, conforme delineado pela CDI e pelos Estados participantes da Conferência de Viena (Cf. seções 1.2.1; 1.2.2).

Ademais, se vigora, no Direito Internacional, como regra, a paridade entre as fontes, como é possível atribuir somente ao costume a possibilidade de criação de norma de direito internacional geral? Defender o costume como única fonte formal da norma de direito internacional geral é, também, não admitir a paridade entre as fontes do direito internacional, regra que só é excepcionada pelas normas de *ius cogens* e pelo art. 103 da Carta da ONU, que deriva diretamente do princípio *pacta sunt servanda*.

Atualmente, se encontra em discussão na CDI serem os princípios gerais de direito também fonte das normas de *ius cogens*. O parágrafo 3º do projeto de conclusão n.º 5, apresentado por Tladi, Relator Especial, declara que “[...] os princípios gerais de direito, no sentido do art. 38, parágrafo 1, alínea c do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, também podem servir de base para as normas de direito internacional de *ius cogens* [...]”⁸⁰. Tendo Tladi (CDI, 2017a, p. 217), ressaltado que tal proposta apresentava uma mera possibilidade e que a prática nesse sentido era mínima.

Se toda norma de *ius cogens* é de direito internacional geral, o que faz com que uma norma de direito internacional geral receba o *status* de *ius cogens*? Como afirmado anteriormente (Cf. seção 1.2.2), não é a característica da inderrogabilidade

⁷⁹ Teraya (2001, p. 937) também advoga a possibilidade da norma *ius cogens* ter como fonte tanto o tratado como o costume internacional.

⁸⁰ “ 3. Los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de *ius cogens* del derecho internacional.” (CDI, 2017a, p. 217).

o que determina ser uma norma de *ius cogens*, ainda que Brownlie (1990, p. 537), Abi-Saab⁸¹ (1999, p. 348) e Kolb (2015) defendam o contrário, pois tal norma é derogável por outra norma da mesma natureza. É lícito observar que, embora a norma de *ius dispositivum* possa ser derogada por outra, de *ius dispositivum* ou de *ius cogens*, a de *ius cogens* só pode ser modificada por outra norma imperativa de mesma natureza, fato que consolida a superioridade hierárquica das peremptórias diante das outras normas de origem interna ou internacional.

Ao declarar a possibilidade de uma norma de *ius cogens* poder ser modificada unicamente por norma de *ius cogens* posterior, o art. 53 da Convenção de Viena de 1969 somente descreve como tal norma pode modificar-se, sem estabelecer nenhum critério definidor (CDI, 2017b, p. 17).

Segundo Kolb (2015), no direito interno, com a ab-rogação, a lei deixa de vigorar a partir de uma determinada data para todos os seus destinatários, ou seja, por meio da ab-rogação, a norma passa a não mais vincular nenhum sujeito jurídico e deixa de ser aplicável, enquanto a derrogação, que poderá ocorrer, se a norma não for peremptória, deixa a norma intacta. Para Kolb (2015), a derrogação, no direito interno, ocorre, quando as partes afastam o regime jurídico geral estabelecido por uma norma através da criação de um regime legal específico estabelecido por contrato, que será aplicado em suas relações mútuas com base na regra *lex specialis*. Dessa forma, para os contratantes, aplicar-se-á o regime jurídico especial previsto no contrato (KOLB, 2015). Já na relação desses com terceiros ou entre terceiros, continuará a ser aplicado o regime jurídico legal (KOLB, 2015).

No entanto, no direito interno dos Estados, se a norma é de *ius cogens*, não será possível a derrogação, uma vez que há interesse público (por múltiplas razões, como o desejo de proteger a parte mais fraca ou o desejo de segurança pública) em manter a unidade do regime legal original, que impede as partes de personalizarem seus próprios regimes, de acordo com suas necessidades (KOLB, 2015). O autor em questão parte do *ius cogens* do direito interno para chegar ao que ele denomina de *ius cogens* internacional, pois, para ele, apesar das duas noções não serem idênticas, possuem um núcleo em comum, qual seja, a inderrogabilidade como técnica jurídica.

⁸¹ “[...] the approach followed in defining *jus cogens* rules not by the substantive cause or the ratio legis of the attribution namely of their being non-derogable by agreement. This choice is easily explained by the context in which this definition was adopted, which is the law of treaties, where what mattered was non-derogability and consequent invalidity of contrary agreements.” (ABI-SAAB, 1999, p. 348).

Kolb (2015) defende que, em nenhum lugar, está escrito que o art. 53 da Convenção de Viena de 1969 trata, de forma exaustiva, da noção de *ius cogens*⁸². Esse autor entende que o citado artigo desenvolve apenas uma faceta desse atributo, a mais relevante para a nulidade de tratados, deixando os outros aspectos intocados (KOLB, 2015). Este autor (KOLB, 2015) assevera a necessidade de abordagem mais ampla, que não restrinja o *ius cogens* a uma espécie de nova ordem jurídica constitucional da sociedade internacional e nem a uma série de normas substantivas do direito internacional de importância fundamental para a coletividade.

O *ius cogens* não representa, para Kolb (2015), classe de normas de direito internacional com qualidades específicas, hierarquicamente superiores ou centradas em preocupações da sociedade internacional; não é uma série de normas substantivas, mas a qualidade presente nas normas que impede a aplicação do princípio da *lex specialis*. Ao não permitir a derrogação, o *ius cogens* nada mais é que uma técnica jurídica que visa a proteger certas normas da fragmentação. E essa qualidade é conferida às normas de ordem pública internacional e a algumas normas que não são de ordem pública⁸³, mas, em relação às quais, em razão de interesse público ou coletivo, deseja-se manter a unidade do regime legal (KOLB, 2015).

No entanto, Kolb (2015) destaca que, se o elemento central do *ius cogens* é visto em sua relação com a ordem pública, serão normas peremptórias só as que configurarem *ius cogens*, nos termos dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969⁸⁴, sendo essa a abordagem feita na presente tese.

Por outro lado, para Zelada, é a imperatividade que impede a irrenunciabilidade de direito constante em norma de *ius cogens* e a liberação de obrigação imposta por tal norma, através de relações entre Estados, em que esses atuem de forma individual, e não a inderrogabilidade. Concorde-se com Zelada (2002, p. 145), quando

⁸² "But nowhere is it written that Article 53 is exhaustive of all *jus cogens* phenomena in international law. It could well be that Article 53 codifies or develops just one notion or facet of *jus cogens*, which is the most relevant for the voidance of treaties, while leaving other phenomena untouched." (KOLB, 2015).

⁸³ "In the opinion of the present author, it is better to use the common core terminology (*jus cogens*) as it stems from the municipal tradition, and then to specify which type of *jus cogens* is at stake in a particular context: for example 'public order *jus cogens*' (which on this view is not a pleonasm), 'public interest *jus cogens*', and the like. With such a course, the important commonalities. At the end of the day, there is no thoroughly ideal way to deal with these definitional issues. The essential point is that the use of terms is made clear and coherent. This is the case here, since the common root of *jus cogens* phenomena is - in the eyes of the present author - the non-derogability issue." (KOLB, 2015).

⁸⁴ "If, conversely, the core element of *jus cogens* is seen in its public order-relatedness, then the narrow approach becomes necessary, that is, only *jus cogens* under Articles 53 and 64 VCLT will be termed as peremptory." (KOLB, 2015).

afirma que a essência da imperatividade não se encontra na inderrogabilidade, mas na impossibilidade de as partes, de forma individual, afastarem a sua aplicação.

O entendimento acima também é compartilhado por Tladi (CDI, 2016b, p. 42-43), que externa, em seu primeiro informe à CDI, ser a inderrogabilidade consequência da imperatividade da norma de *ius cogens*, e que essa característica fundamental da norma de *ius cogens* impede que os Estados possam modificá-la ou emendá-la por via consensual.

A confusão conceitual entre a imperatividade da norma de *ius cogens* e a sua inderrogabilidade, decorre da diferença existente nos textos do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 em suas diversas versões autênticas (GÓMEZ ROBLEDO, 2003, p. 75). A análise do artigo em exame nas versões autênticas em inglês⁸⁵, em francês⁸⁶ e em espanhol⁸⁷ demonstra que nos textos em inglês e em francês a norma de *ius cogens* é definida como norma que não permite derrogação, enquanto o texto em espanhol a define como norma que não admite acordo em contrário. O fato de os textos em inglês e em francês definirem a norma de *ius cogens* por sua inderrogabilidade explica o motivo de alguns autores atribuírem a esta característica a matriz da norma de *ius cogens*.

Nos países ibéricos, de tradição jurídica romana, derrogação e ab-rogação são sempre atos do poder público e nunca de particulares (GÓMEZ ROBLEDO, 2003, p. 76), como demonstra o direito brasileiro. Tais institutos se originam no direito romano, significando ab-rogação a supressão total da norma, enquanto derrogação se refere a uma modificação parcial do texto legal (GÓMEZ ROBLEDO, 2003, p. 76).

⁸⁵ "53. Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("*jus cogens*"). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

⁸⁶ "53. Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général ("*jus cogens*"). Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère."

⁸⁷ "53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

Segundo Gómez Robledo (2003, p. 76), a derrogação no direito francês pode ser realizada, tanto por ato do poder público como por de particulares. Esse motivo é o que justifica o sentido atribuído por Kolb (2015) à derrogação na construção de seu conceito de *ius cogens* internacional.

Deve-se afirmar que os textos em inglês, em francês e em espanhol da Convenção de Viena de 1969, por serem autênticos, devem ter o mesmo significado; logo, não é possível atribuir ao termo "derrogação", constante nos textos em inglês e em francês, acepção diversa de "acordo em contrário"⁸⁸ (GÓMEZ ROBLEDOS, 2003, p. 77), sob pena de violar o § 3º do art. 33 de tal Convenção.

Poder-se-ia questionar, inicialmente, que a aplicação do atributo de *ius cogens* se limitava aos Estados signatários da Convenção de Viena de 1969. Atualmente, essa restrição ou falha se encontra superada pelo gradual surgimento de regras consuetudinárias no tocante ao *ius cogens* que ampliaram, para além dos signatários dessa Convenção, a possibilidade de invocação do art. 53 (CASSESE, 2005, p. 204).

Apesar de positivada na Convenção de Viena de 1969, a noção de *ius cogens* transcende o direito dos tratados. Segundo Cassese (2005, p. 205), as normas imperativas se aplicam aos atos normativos produzidos por outros sujeitos internacionais como, por exemplo, os insurgentes e os movimentos de libertação nacional. Deve-se observar, também, que o atributo de *ius cogens* abrange outras fontes do direito internacional, como os atos unilaterais dos Estados e as resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Esse também é o entendimento de Orakhelashvili (2005, p. 63) e de Cançado Trindade (1999, p. 416).

Dessa forma, o *ius cogens* abrange não só as normas de direito internacional como todo ato jurídico, se projetando, inclusive, sobre o direito interno⁸⁹, como

⁸⁸ Corrobora com Robledo, os textos do primeiro e do segundo informes de Tladi, Relator Especial do atual grupo de trabalho sobre *ius cogens* (CDI, 2016b, p. 42; 2017b, p. 31). Para Tladi (CDI, 2016b, p. 42), "La doctrina y la práctica revelan que las normas de *jus cogens* son aquellas que no admiten acuerdo en contrario. Si bien, como se indicó *supra*, ello es una consecuencia de la imperatividad [...]".

⁸⁹ As correntes clássicas que tratam da relação entre direito internacional e direito interno são a teoria dualista e a teoria monista. A primeira, apresentada por Triepel, defende serem o direito interno e o direito internacional ordens jurídicas distintas, e, por tal motivo, para aplicação de um tratado no âmbito do Estado, ele deve ser transformado em direito interno; assim é impossível o conflito entre um tratado e uma norma interna para os dualistas. Enquanto a teoria monista, formulada por Kelsen (2013b), sustenta a existência de uma única ordem jurídica que abrange tanto o direito interno como o internacional, sendo, assim possível o conflito entre um tratado e uma norma interna. A teoria monista, ao tratar do conflito entre a norma internacional e a norma interna, divide-se em: monismo internacionalista, que advoga a primazia da norma internacional; e monismo nacionalista que defende a superioridade hierárquica do direito interno. No entanto, as correntes teóricas clássicas encontram-

demonstram várias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Cf. Seção 3.1). Abandonou-se a noção de *ius cogens* voltada exclusivamente para a limitação da autonomia dos Estados em concluir tratados, para ter um *ius cogens* que, não só limita a autonomia normativa de todos os sujeitos do direito internacional, mas que, também, alcança não só o poder legiferante do Estado como os atos de qualquer um de seus poderes.

Segundo Weatherall (2015), até o momento, não existe nenhum caso no qual o art. 53 da Convenção de Viena tenha sido invocado para invalidar um tratado. As normas de *ius cogens* são violadas, na verdade, por condutas individuais, principalmente dos Estados⁹⁰, não se tendo registro de disputa formal sobre o conteúdo do *ius cogens* ou o *status* de uma norma peremptória específica.

No que se refere ao art. 64 da Convenção de Viena de 1969, pode ser mencionado o Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Tal caso trata da responsabilidade do Suriname pelo assassinato, cometido por militares, de sete pessoas pertencentes à tribo dos Saramacas, constituída por descendentes de escravos africanos que fugiram de seus proprietários holandeses (CORTEIDH, 1993). No caso em tela, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustenta a autonomia interna dos Saramacas, em razão de um “tratado” datado de 19 de setembro de 1762. A Comissão advoga pela determinação dos sucessores das vítimas através da aplicação dos costumes dessa tribo (CORTEIDH, 1993, p. 14-15).

É preciso observar que, na decisão, a CORTEIDH não examina se o acordo concluído entre a tribo dos Saramacas e os Países Baixos (Holanda) caracteriza, de fato, um tratado. No entanto, a Corte decide que, mesmo que o instrumento em questão tivesse sido um tratado, esse seria nulo, em razão de normas de *ius cogens* supervenientes, pois obrigava os saramacas, entre outras coisas, a capturar e

se superadas, no tocante aos direitos humanos, em razão do princípio *pro homine*, que determina a aplicação da norma, interna ou internacional, que melhor assegure direitos ao ser humano, no caso concreto (TRINDADE, 2011). O art. 27 da Convenção de Viena de 1969 determina de modo inequívoco que as normas de direito interno não podem ser invocadas por um Estado como justificativa para o não cumprimento das obrigações internacionais, bem como o art. 46 da referida Convenção estabelece que só as obrigações internacionais contraídas com violação manifesta de normas de direito interno de importância fundamental concernentes à competência para celebrar tratados permitem alegar vício no consentimento; sendo neste mesmo sentido a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 24 de outubro de 1970 (MARIZ-NÓBREGA, 2007, p. 24). Assim, a Convenção de Viena de 1969 adota a teoria monista internacionalista, que prega a existência de uma única ordem jurídica e a sujeição do direito interno ao direito internacional, que tem em seu ápice as normas de *ius cogens*.

⁹⁰ Nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos analisadas, a regra foi a violação da norma de *ius cogens* pelo Estado, por agentes estatais ou por terceiros (Cf. Seção 3.1).

devolver, ao governador de Suriname, escravos fugitivos, além de facultar aos saramacas vender aos holandeses, na qualidade de escravos, outros prisioneiros capturados⁹¹ (CORTEIDH, 1993, p. 15).

A decisão citada considera que, ainda que tivesse sido um tratado, esse acordo atualmente seria nulo em razão de normas supervenientes de *ius cogens*. A Corte não atenta para o fato de que o § 5º do art. 44 da Convenção de Viena de 1969 não se aplica ao *ius cogens* superveniente. Como já foi dito (Cf. seção 1.2.1), é possível a divisibilidade do tratado que esteja em conflito com uma norma de *ius cogens* superveniente para efeito de aplicação de sanção de nulidade.

Orakhelashvili (2005, p. 68) expõe que os Estados violam norma de *ius cogens*, no que se refere aos tratados, não apenas por meio de cláusulas explícitas, mas, principalmente, pela maneira como exercem os direitos e as prerrogativas constantes em tratado que não conflita explicitamente com normas imperativas.

A nulidade é a sanção a ser aplicada ao tratado que viole norma de *ius cogens*, nos termos do art. 53 da Convenção de Viena de 1969. Mas, não é tal sanção o critério que permite determinar ser ou não uma norma imperativa, uma vez que a nulidade é consequência da violação desse tipo de norma, não podendo tal consequência ser o fator que define a causa.

Registre-se que a ilegalidade decorrente da violação de norma de *ius cogens* é objetiva⁹², ou seja, a base da ilegalidade é a violação da norma como tal, independentemente da atitude de atores específicos (ORAKHELASHVILI, 2005, 77). Essa violação, por ofender o interesse da sociedade internacional, tem como consequência a nulidade do tratado, que não é qualificada por atitudes subsequentes. Por outras palavras, essa consequência não surge somente no caso de posterior decisão de violação por determinada instituição (ORAKHELASHVILI, 2005, 77-78). A decisão, ainda que proveniente de tribunal internacional que reconheça a violação de

⁹¹ A seguir, o trecho citado da sentença da CORTEIDH: “La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens* superveniens. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos [...]” (CORTEIDH, 1993, p. 15).

⁹² Para Cançado Trindade, “[...] à responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados corresponde necessariamente a noção de *ilegalidade objetiva* (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*).” (1999, p. 417, grifo no original).

norma de *ius cogens*, tem efeito declaratório e não constitutivo (ORAKHELASHVILI, 2005, 86).

No caso de ato proveniente de organização internacional que viole norma de *ius cogens*, esse ato é nulo *ab initio*⁹³, independentemente da existência de regime específico de tal organização internacional que estabeleça processo próprio aplicável à invalidade de seus atos institucionais (ORAKHELASHVILI, 2005, 83-84). Admitir que a nulidade dependa de uma determinação institucional é ir contra o que determina a Convenção de Viena de 1969 e contra às conclusões da Conferência de Viena (ORAKHELASHVILI, 2005, 83), isto é, o art. 53, que fixa a sanção decorrente da violação de uma norma de *ius cogens*, não permite derrogação.

Orakhelashvili (2005, p. 84) defende a possibilidade de divisibilidade do ato normativo que viole a norma de *ius cogens*, para afastar a nulidade total do referido ato. Para esse autor, a não divisibilidade não faz parte do direito consuetudinário, apesar de declarar que a Convenção de Viena de 1969 apoia a nulidade total do tratado cujo conteúdo ou cuja conclusão envolva violação de norma de *ius cogens* (Cf. seção 1.2.2). No entanto, para Orakhelashvili (2005, p. 84), a divisibilidade não produz consequências imediatas, exigindo demonstração, em cada caso, de que a cláusula violadora da norma de *ius cogens* não está integralmente conectada com o remanescente do documento normativo.

Gómez Robledo (2003, p. 107), referindo-se aos tratados, afirma ser a adoção do princípio da divisibilidade, como no caso do *ius cogens* emergente, a solução mais lógica e mais ajustada à técnica jurídica. Ressalta, porém, não crer que a divisibilidade

⁹³ Nesse sentido é a opinião separada do juiz Lauterpacht de 1993, proferida no Caso Relativo à aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio (Bósnia-Herzegovina Vs. Iugoslávia), que expressamente declara “[...] what legal consequences may flow from this analysis? One possibility is that, in strict logic, when the operation of paragraph 6 of Security Council resolution 713 (1991) began to make Members of the United Nations accessories to genocide, it ceased to be valid and binding in its operation against Bosnia-Herzegovina; and that Members of the United Nations then became free to disregard it. Even so, it would be difficult to say that they then became positively obliged to provide the Applicant with weapons and military equipment. There is, however, another possibility that is, perhaps, more in accord with the realities of the situation. It must be recognized that the chain of hypotheses in the analysis just made involves some debatable links - elements of fact, such as that the arms embargo has led to the imbalance in the possession of arms by the two sides and that that imbalance has contributed in greater or lesser degree to genocidal activity such as ethnic cleansing; and elements of law, such as that genocide is *jus cogens* and that a resolution which becomes violative of *jus cogens* must then become void and legally ineffective. It is not necessary for the Court to take a position in this regard at this time. Instead, it would seem sufficient that the relevance here of *jus cogens* should be drawn to the attention of the Security Council, as it will be by the required communication to it of the Court's Order, so that the Security Council may give due weight to it in future reconsideration of the embargo.”(CIJ, 1993, p. 120).

possa se operar com frequência, por ser difícil separar, das outras disposições de um tratado, a disposição que tenha adquirido importância. Como já mencionado, a dificuldade em determinar quais disposições do tratado deveriam ser mantidas foi um dos argumentos defendido pelos membros da CDI favoráveis à nulidade integral do tratado violador da norma de *ius cogens* (Cf. seção 1.2.1).

Para Sztucki (1974, p. 148), independentemente do caráter fundamental da norma de *ius cogens*, um conflito de uma disposição em um tratado com uma norma peremptória não é algo capaz de contaminar o tratado por inteiro, pois, além dos tratados não lidarem com um único assunto, a admissão da divisibilidade das disposições de um tratado na Convenção de Viena de 1969, especialmente, na hipótese do § 3º do art. 44, faz prova de que existem situações em que as disposições de um tratado são independentes umas das outras.

Dessa forma, Sztucki (1974, p. 148) defende que o § 5º do art. 44 da Convenção de Viena de 1969, é fruto das emoções e não da lógica. Ademais, para Sztucki (1974, p. 148), a CDI admite ser possível a divisibilidade, ao afirmar que, no caso de o tratado estar em discordância com norma de *ius cogens*, as próprias partes têm a possibilidade de revisar o tratado com o fim de conformá-lo à norma de *ius cogens* violada, sob pena de, não o fazendo, todo o tratado ser nulo (Cf. seção 1.2.1).

A CDI, ao optar pela nulidade de todo o tratado, quando ele for contrário à norma de *ius cogens*, visou a proteger a aplicação da norma de *ius cogens*, ainda que, na prática, fosse possível a divisibilidade do tratado para efeitos de aplicação da sanção de nulidade (Cf. seção 1.2.2). No entanto, com relação aos tratados, entende-se que tal discussão atualmente é inócua, em razão do determinado no § 5.º do art. 44 da Convenção de Viena de 1969⁹⁴.

⁹⁴ "Artigo 44. Divisibilidade das Disposições de um Tratado. 1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente. 2. Uma causa de nulidade, de extinção, de retirada de uma das partes ou de suspensão de execução de um tratado, reconhecida na presente Convenção, só pode ser alegada em relação à totalidade do tratado, salvo nas condições previstas nos parágrafos seguintes ou no artigo 60. 3. Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que: a) essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação; b) resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e c) não seja injusto continuar a executar o resto do tratado. 4. Nos casos previstos nos artigos 49 e 50, o Estado que tem o direito de alegar o dolo ou a corrupção pode fazê-lo em relação à totalidade do tratado ou, nos termos do parágrafo 3, somente às determinadas cláusulas. 5. Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida."

Já com relação à possibilidade de divisibilidade de ato normativo conflitante com norma de *ius cogens*, que não seja tratado, concorda-se com Orakhelashvili (2005, 84). A indivisibilidade, para efeito de aplicação da sanção de nulidade de todo o tratado, mesmo quando diante de apenas um dispositivo violador, foi fruto das discussões dos membros da CDI (CDI, 1963b, 232), e não de norma consuetudinária (Cf. seção 1.2.2). Ademais, como já dito, a própria CDI entendeu pela divisibilidade do tratado no caso de *ius cogens* superveniente (ONU, 1971a, p. 86), o que demonstra que, nem sempre, a violação da norma de *ius cogens* tem como consequência a nulidade de todo o ato normativo (Cf. seção 1.2.2).

O que faz uma norma de direito internacional geral receber o atributo de *ius cogens* não é nem a característica da inderrogabilidade nem a sanção. Como já visto, o critério para a caracterização das normas de *ius cogens* encontra-se no fato de elas existirem para atender ao mais alto interesse de toda a sociedade internacional⁹⁵. Essa finalidade da norma de *ius cogens*, aliada à natureza de direito internacional geral desse tipo de norma, impossibilita a existência de *ius cogens* regional⁹⁶, nos termos do previsto no art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

Todavia, é possível se ter um *ius cogens* regional como um atributo da norma,

⁹⁵ “However, in the field of general international law there are rules having the character of *ius cogens*. The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community.” (VERDROSS, 1966, p. 58). Em outras palavras, “[...] En realidad, el elemento determinante para que una norma imperativa de Derecho internacional general sea o no de *ius cogens* es que exprese los intereses superiores, los valores fundamentales de la comunidad internacional.” (ZELADA, 2002, p. 145). Este também é o entendimento de Carrillo Salcedo, para quem as normas de *ius cogens* “[...] representan el mínimo jurídico que la comunidad internacional, en un momento dado, considera esencial para su existencia y constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos.” (CARRILLO SALCEDO, 1976, p. 259); e de Orakhelashvili, que leciona que “Peremptory norms exist to protect the values and interests that are fundamentally important to the international community as a whole [...]” (ORAKHELASHVILI, 2005, p. 62). Trilha também esse caminho Quispe Remón ao afirmar que “se debe tener en cuenta es que no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de *ius cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto. [...] Las normas de *ius cogens* tienen como objetivo proteger los valores esenciales de la comunidad internacional como un todo.” (QUISPE REMÓN, 2010, p. 46-47).

⁹⁶ Ainda que vários membros da CDI tenham expressado a ideia de que o reconhecimento de um *ius cogens* regional choca-se com a aplicabilidade universal das normas detentoras desse atributo (CDI, 2016a, p. 325), e que “[...] si se reconocía el concepto de *ius cogens* regional, no habría impedimento para reconocer igualmente, en principio, normas subregionales, lo cual podría socavar aún más el concepto y quizás dar lugar a la fragmentación del derecho internacional [...]” (CDI, 2016a, p. 325), outros defenderam que não poderia ser descartada, *a priori*, a possibilidade de existência de normas de *ius cogens* regionais (CDI, 2016a, p. 325). Em razão da divergência existente entre seus membros, a CDI decidiu examinar se permite ou não o direito internacional o *ius cogens* regional em seu quarto e último informe (CDI, 2016b, p. 47), previsto para agosto de 2019. No entanto para Tladi, Relator Especial, o *ius cogens* regional “[...] no era jurídicamente posible, por razones que abordaría en un futuro informe.” (CDI, 2017a, p. 216).

distinto do *ius cogens* constante no art. 53 da Convenção de Viena de 1969. O *ius cogens* regional ou particular, neste caso, terá conceito, requisitos e consequências próprias e diferentes das constantes no referido artigo. A norma de *ius cogens* regional não salvaguardará valores fundamentais da sociedade internacional, assim não necessitará do reconhecimento de referida sociedade em seu conjunto, consequentemente, não será imperativa para todos os seus membros; nem acarretará a nulidade de todo e qualquer ato normativo, interno ou internacional, que lhe seja contrário. Outrossim, a derrogação de uma norma de *ius cogens* regional pelos Estados interessados não resultará em uma transformação radical da sociedade internacional (CEBADA ROMERO, 2002, p. 6). À vista disso, concorda-se com Cebada Romero (2002, p. 6), quando afirma que o *ius cogens* regional deveria ser conceituado como um tipo de ordem pública regional e não como um *ius cogens*, a fim de evitar qualquer risco de confusão.

A norma de *ius cogens* tem como consequência a manutenção do equilíbrio e da paz da sociedade internacional, uma vez que representa os valores comuns que tornam possível a existência da sociedade internacional. Ou seja, a norma de *ius cogens*, ao invalidar ou prevalecer sobre atos incompatíveis, garante a supremacia dos valores e dos interesses fundamentais da sociedade internacional e evita a fragmentação das relações jurídicas que salvaguardam tais interesses (ORAKHELASHVILI, 2005, p. 62-63). Além disso, ao limitar o poder de concluir tratados, não só protege os interesses da sociedade internacional, como protege, também, os pactuantes de suas próprias debilidades ou da excessiva força dos sujeitos em posições mais vantajosas (ZELADA, 2002, p. 144).

Kolb (2015) salienta que as funções desempenhadas pelo *ius cogens* modificam-se, dependendo do contexto em que é utilizado, de quem faz a abordagem e da finalidade, pois as funções, muitas vezes, se sobrepõem às questões de definição. A partir desse entendimento, Kolb (2015) divide as funções que podem ser desempenhadas pelo *ius cogens* em razão da abordagem que é feita, as quais são descritas a seguir.

Em uma das extremidades, encontram-se abordagens que negam ao *ius cogens* qualquer papel distintivo no direito positivo, e que atribuem os diversos efeitos específicos dessa característica às normas autônomas do direito internacional consuetudinário, tais como as que preveem a nulidade de atos jurídicos pela existência de jurisdição universal, pelas consequências especiais da responsabilidade

do Estado etc. Para esse grupo o *ius cogens*, apesar de inútil no direito positivo, desempenha papel no contexto da legislação como argumento a ser utilizado na dinâmica do direito internacional visando a persuadir os operadores legais a criarem um novo e diferente direito internacional para o futuro, nos moldes das exigências do *ius cogens*, o qual tem por escopo, essencialmente, modificar a prática do Estado para melhor, servindo, ao mesmo tempo, para que grupos organizados, das sociedades interna e internacional, pressionem, em busca de reforma legal.

No meio, estariam as abordagens que fornecem uma análise de antecedentes políticos e as que se limitam a considerações legais. Para as primeiras, o *ius cogens*, às vezes, desempenha o papel de escudo, ao restringir o poder de um Estado em contrair obrigações sob pena de nulidade; e, às vezes, de espada, ao capacitar a sociedade internacional a impor certas obrigações primordiais aos Estados, independentemente, do consentimento. Ainda, segundo Kolb, ao desempenhar as funções escudo e espada, o pêndulo do *ius cogens* oscila nas duas direções, podendo limitar o impacto do direito internacional ou favorecer a inserção do direito internacional. Esse seria o *ius cogens* dos defensores dos direitos humanos e dos Estados hegemônicos. Mas, como tais funções atuam em um contexto específico, ou seja, o *ius cogens* depende do contexto e da política, ter mais normas com esse atributo não significa necessariamente progresso, uma vez que, como qualquer outro conceito legal, é empregado de acordo com contingências políticas (KOLB, 2015).

Já para as abordagens que se limitam às considerações legais, o *ius cogens* teria três funções jurídicas reconhecidas e sólidas, quais sejam: nulificar tratados, atuar como um padrão de controle sobre atos do Conselho de Segurança pelos tribunais internos ou internacionais, estabelecer consequências específicas da responsabilidade do Estado (KOLB, 2015).

Kolb (2015) salienta que há uma terceira classe, no qual se encontram abordagens políticas e legais mistas. Para essa classe, o *ius cogens* desempenha três funções principais, são elas: enfatizar que os Estados não são importantes em si mesmo e concomitantemente salvaguardar os valores humanos, "relativizar" a soberania e limitar o poder, estabelecer uma lei comum imunizada contra a fragmentação.

O último grupo, ainda segundo Kolb, abrangeria as abordagens que veem as normas de *ius cogens* como supernormas do direito internacional, que criam uma nova ordem legal internacional para a humanidade e, nesse contexto, tal atributo manifesta

ampla gama de funções no sistema legal. Para esse grupo, entretanto, o principal papel da característica de *ius cogens* é agir dentro do direito positivo como catalizador que permite ao juiz adaptar, segundo a sua visão, diretamente, todas as normas e as situações de ordem jurídica às injunções superiores da ordem pública peremptória. O *ius cogens*, aqui, trata de delegação e de descentralização do poder legislativo, não tendo mais como foco a impossibilidade de derrogação de certas normas, se centrando em normas que revogam, derrogam, anulam, prevalecem, interpretam todas as outras normas da ordem jurídica.

Cabe notar que, com exceção das abordagens que negam ao *ius cogens* qualquer papel diferenciado no direito positivo, as outras demonstram a importância do conteúdo das normas de *ius cogens*, ainda que se discorde de que as funções do atributo de *ius cogens* declinadas por Kolb (2015), exclusivamente, decorram de um tipo específico de abordagem. Desta forma, as funções desenvolvidas pelas normas de *ius cogens*, como por exemplo: de escudo ou de espada, de nulificar tratado, de relativizar a soberania e de salvaguardar os valores humanos, de permitir a adaptação pelo juiz de todas as normas às obrigações impostas pela ordem pública peremptória, destacam que as normas com atributo de *ius cogens* representam o mais alto interesse da sociedade internacional.

Como, porém, determinar quais são os interesses vitais da sociedade internacional? A resposta para essa pergunta é encontrada na própria sociedade internacional, ou seja, é ela que vai reconhecer quais as normas que materializam o *ius cogens*⁹⁷ (Cf. seção 1.2.2). Para Zelada (2002, p. 146), a comunidade internacional reconhece certos princípios fundamentais de tipo moral e estrutural da ordem internacional que devem ser protegidos por todos os Estados, sob pena de violar a essência fundamental do sistema internacional. Assim, para esse autor, a norma de *ius cogens* partilha de inevitável elemento de conteúdo axiológico, de moral e de ética internacionais, não sendo, no entanto, direito natural (ZELADA, 2002, p. 147).

Já para Orakhelashvili (2005, p. 62), as normas de *ius cogens* são explicadas na doutrina por referência à moralidade, até para compensar a falta de clareza, no tocante aos critérios definidores do conteúdo desse atributo. Apesar de poderem

⁹⁷ Expressa entendimento divergente Tladi, que afirma serem a aceitação e o reconhecimento pela sociedade internacional os elementos essenciais para que uma norma adquira a condição de norma de *ius cogens*, sendo o conteúdo e os valores que essas normas amparam as razões subjacentes para a imperatividade das mesmas (CDI, 2017b, p. 36).

incorporar considerações morais ou éticas, as normas de *ius cogens* não representam necessariamente a moral e a ética internacionais. Em primeiro lugar, porque essa categoria de normas não se restringe aos direitos humanos; em segundo, o motivo que leva cada um dos Estados da sociedade internacional a reconhecer como de *ius cogens* uma norma é irrelevante para a existência da norma imperativa.

A norma, para receber a natureza de *ius cogens*, precisa do reconhecimento da sociedade internacional, e o motivo filosófico, jurídico, econômico, político que leva ao reconhecimento não é o mesmo para todos os Estados. Exemplificando, se determinado Estado é signatário da Carta da ONU, por motivos outros que não o reconhecimento dos valores ali consagrados como indispensáveis para a paz e a segurança mundial, tal fato não invalida as normas constantes neste tratado, nem afasta a sujeição desse Estado às normas convencionadas, sejam elas de *ius cogens* ou não.

O atributo do *ius cogens*, segundo alguns, tem estreita ligação com o jusnaturalismo. Entre os motivos apontados encontram-se: representar o *ius cogens* a renovação do pensamento jusnaturalista, no esforço para estabelecer em uma base jurídica firme a política de coexistência pacífica (REMIRO BROTONS, 1981, p. 11), bem como o fato de ter sido positivado de forma aberta na Convenção de Viena de 1969, o que faz com que seu conteúdo só possa se tornar inteligível por referência a postulados do direito natural (BIANCHI, 2008, p. 492).

No entanto, a existência de valores comuns a todos ou à maioria dos sujeitos do direito internacional não implica em novo jusnaturalismo, pois tais valores são conquistas históricas que levam ao desenvolvimento do direito internacional, correspondendo ao mínimo necessário⁹⁸, para a existência da sociedade internacional, em um dado momento. A busca por valores compartilhados pela sociedade internacional, visando à coexistência pacífica entre seus membros, é a grande função desempenhada pelo *ius cogens*, diante da heterogeneidade decorrente

⁹⁸ Pois “De allí que sean normas de tipo excepcional cuidadosamente seleccionadas para ese fin. Por ello no debe incurrirse en el grave error de considerar demasiadas normas con tal alcance de la institución [...]” (ZELADA, 2002, p. 146). Em outras palavras, “[...] any excess in characterizing rules as peremptory ones, without carefully considering whether or not such characterization is shared by the international community, risks undermining the credibility of *jus cogens* as a legal category, distinct from natural law and apt to perform important systemic functions.” (BIANCHI, 2008, p. 507).

da universalidade, ainda que se diga o contrário⁹⁹.

No primeiro informe do Relator Especial Tladi, esse apresenta o projeto de conclusão 3¹⁰⁰ que declara que as normas de *ius cogens* “[...] amparam os valores fundamentais [...]” (CDI, 2016b, p. 50, tradução nossa) da sociedade internacional. Os Estados Unidos criticaram tal projeto de conclusão, em razão desse possibilitar extrair normas de *ius cogens* de princípios vagos e discutíveis do direito natural com independência de sua aceitação e reconhecimento de forma concreta pelos Estados (CDI, 2017b, p. 7). A CDI, então, optou por evitar o termo “valores fundamentais” e substituí-lo por “interesses vitais” da sociedade internacional ou “caráter fundamental” das normas imperativas (CDI, 2017a, p. 214). No entanto, o termo “valores fundamentais” pode ser encontrado em numerosas declarações dos Estados e decisões de tribunais internacionais (Cf. seção 2.3).

Afasta-se o *ius cogens* do jusnaturalismo e se reafirma a sua natureza jurídica positivista¹⁰¹ (Cf. seção 1.2.2), a qual é ressaltada, não só pela mutabilidade, mas, principalmente, pela necessidade de reconhecimento da sociedade internacional das normas com o atributo de *ius cogens*. Como asseverado por Luna, o *ius cogens* “[...] é direito positivo criado pelos Estados, não como antes individualmente, mas como órgãos da comunidade internacional, com o objetivo de salvaguardar a existência

⁹⁹ Weartherall ressalta o fato de que os Estados não têm interesses de forma individual, e sim possuem todos um interesse em comum, qual seja a promoção de um bem comum baseado no bem-estar individual. dessa forma a expressão “como um todo” constante no art. 53 da Convenção de Viena de 1969 “[...] can be considered in this sense as a qualifier that substantively distinguishes interests and values articulated through the international community from those incidentally common to States [...]” (WEATHERALL, 2015).

¹⁰⁰ “Proyecto de conclusión 3. Naturaleza general de las normas de *jus cogens* - 1. Se entiende por normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*) las normas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admiten modificación, suspensión o abrogación. 2. Las normas de *jus cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son de aplicación universal.” (CDI, 2016b, p. 50).

¹⁰¹ Tladi, em seu primeiro informe à CDI afirmou que “[...] el fundamento teórico del *ius cogens* no se encontraba necesariamente en una corriente de pensamiento concreta (naturalista o positivista) ni se basaba necesariamente en el consentimiento, sino que su fuerza obligatoria respondía a una práctica general de los Estados, adoptada como derecho, que consideraba que tales normas eran inderogables (aun cuando pudieran ser sustituidas por otras normas que tuvieran el mismo carácter).” (CDI, 2016a, p. 323), posto que na prática dos tribunais internacionais encontra-se o *ius cogens* ora fundamentado no enfoque positivista ora no jusnaturalista (CDI, 2016b, p. 36-38). No entanto, Tladi (CDI, 2016b, p. 34) reconhece que a mutabilidade das normas imperativas confronta a imutabilidade do direito natural e que a imprescindibilidade de reconhecimento pela sociedade internacional das normas de *ius cogens* “[...] hace pensar que en la aparición de una norma de *jus cogens* hay algún elemento de ‘voluntad’ de los Estados [...]” (CDI, 2016b, p. 35).

desta. Esse direito positivo pode progredir [...]”¹⁰² (CDI, 1966a, p. 40, tradução nossa).

Qualquer caracterização de norma imperativa ligada a noções vagas de direito natural, que não leve em consideração a aceitação da norma como detentora da característica de *ius cogens* pela sociedade internacional, corre o risco de minar a credibilidade desse atributo jurídico (BIANCHI, 2008, p. 506-507; WET, 2013, p. 7).

Carrillo Salcedo (1976, p. 269 e 271), compartilhando do entendimento que prevaleceu durante os debates feitos pelos membros da CDI (Cf. seção 1.2.2), leciona que a expressão “comunidade internacional dos Estados como um todo”, contida no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, não significa a necessidade de unanimidade de todos os Estados considerados isoladamente, e, sim, traduz a existência de consenso geral como requisito da norma de *ius cogens*, e, advogando a favor do texto do referido artigo, declara que a generalidade e a mutabilidade desse atributo não permitem uma formulação mais precisa do conceito.

Cassese (2005, p. 201) complementa a ideia de Carrillo Salcedo, ao afirmar como indispensável, no consenso geral, a participação dos Estados mais importantes e representativos das várias partes do mundo, para que uma norma de direito internacional geral adquira a característica de *ius cogens*¹⁰³. Nessa mesma linha encontra-se Capotori (1994 *apud* NIETO-NAVIA, 2003, p. 11), que assevera não ser somente uma questão de aceitação majoritária ou universal, sendo necessário, para que determinada regra seja aceita e reconhecida como imperativa que, além do reconhecimento por muitos Estados, que estes representem suficientemente os diferentes grupos políticos e geográficos que formam a sociedade internacional.

Desta forma, não basta o reconhecimento por uma ampla maioria de Estados, para que uma norma seja reconhecida como de *ius cogens*, pois, como afirma Hossain (2005, p. 81), uma “grande maioria” não é capaz de impor sua vontade a uma “minoridade muito pequena”, composta por Estados importantes da sociedade internacional.

Já Teraya (2001, p. 928-929) acerta ao dizer que o requisito-chave do *ius*

¹⁰² “[...] es derecho positivo creado por los Estados, no como antes individuales sino como órganos de la comunidad internacional, con objetivo de salvaguardar la existencia de ésta. Este derecho positivo puede progresar [...]” (CDI, 1966a, p. 40).

¹⁰³ Esse também é o entendimento de Florabel Quispe Remón, para quem “[...] la condición de norma imperativa de derecho internacional no implica que todos los estados la hayan reconocido como tal. El artículo 53 establece el reconocimiento por parte de los estados de la comunidad internacional en su conjunto; ello no significa la totalidad de los estados. La práctica ha demostrado que para el reconocimiento de una norma con el estatus de norma imperativa es suficiente la aprobación por parte de algunos estados, cuya presencia en el mundo sea ‘importante e influyente’.” (QUISPE REMÓN, 2010, p. 46).

cogens é a aceitação e o reconhecimento da sociedade internacional, que não só reconhece o caráter geral da norma internacional, mas que, principalmente, reconhece a sua não derrogação¹⁰⁴, salvo por norma de mesma natureza, ressalta que, em razão da importância da substância da norma a que será atribuída a característica de *ius cogens*, o reconhecimento não deve ser feito só por um grupo particular de Estados, mesmo que seja maioria, mas deve partir de todos os componentes essenciais da sociedade internacional, incluindo elementos comuns entre as principais culturas jurídicas.

A grande maioria dos internacionalistas, para fins de interpretação do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, reduz a sociedade internacional aos Estados que a compõem¹⁰⁵, o que é justificável, uma vez que, apesar do ser humano ser reconhecido como sujeito do direito internacional, tal direito continua decorrendo da vontade dos Estados, seja individualmente como nas normas de *ius dispositivum*, seja de forma conjunta como nas normas de *ius cogens*.

Não procede, também, qualquer tentativa de inclusão de outras entidades distintas dos Estados na aceitação e reconhecimento de uma norma imperativa¹⁰⁶. No entanto, a prática das organizações internacionais e das organizações não governamentais não é irrelevante, uma vez que pode conduzir ou contribuir para o reconhecimento e a aceitação pelos Estados de uma norma como detentora do atributo de *ius cogens* (CDI, 2017b, p. 32-33).

Weatherall (2015), porém, propõe a interpretação do termo "comunidade internacional" do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 como Humanidade¹⁰⁷, pois

¹⁰⁴ Para Wet (2013, p. 2), "[...] A peremptory norm would therefore be subject to 'double acceptance' by the international Community of States as a whole.". No entanto, para esse autor (2013, p. 2), a sociedade internacional primeiro reconhece uma norma internacional como consuetudinária, para posteriormente acordar que tal norma não poderá ser derogada. Em outras palavras, resta implícito que para Wet tratado não é fonte de norma de *ius cogens*.

¹⁰⁵ Trilha esse caminho o entendimento expressado pela Corte Internacional de Justiça no caso sobre Questões Relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica Vs. Senegal) (CIJ, 2012, p. 39).

¹⁰⁶ Durante o exame do informe da CDI de 2016 pela Sexta Comissão da Assembleia Geral da ONU, o Canadá declarou que "[...] sería conveniente que la Comisión, en su análisis del *jus cogens*, ampliara la idea de la aceptación y el reconocimiento de una norma imperativa por parte de los Estados para incluir otras entidades, como las organizaciones internacionales y no gubernamentales [...]" (ONU, 2016, p. 2).

¹⁰⁷ "The 'international community' in this sense has 'a juridical connotation' related to mankind, which itself is 'a concept describing a factual phenomenon'. The idea of 'community' introduces the conceptualization of a collective with shared interests and values; that this collective is 'international' in scope suggests that it encompasses the whole of mankind. [...] The international community not only connotes a socialized collective with shared goals and interests but also introduces the subject of these

essa expressão não só denota a ideia de coletivo socializado com objetivos e interesses compartilhados, mas, também, introduz a Humanidade como sujeito desses valores. Assim, a “comunidade internacional” pode ser vista como representando interesses e valores compartilhados que surgem da Humanidade.

Defende Weatherall (2015) que, o art. 53 da Convenção de Viena de 1969, ao declarar que as normas de *ius cogens* são “as aceitas pela comunidade internacional dos Estados como um todo”, menciona os Estados como referência às fontes das normas peremptórias. E vai além, ao declarar que a premissa atual é não ser o Estado mais que instrumento, com o objetivo básico de promover o bem-estar de seus membros, uma vez que a função a ele inerente é servir aos interesses de seus cidadãos.

Para esse autor, os interesses mais altos da comunidade internacional devem ser os decorrentes da orientação humana¹⁰⁸, isto é, o bem-estar dos seres humanos que constituem a Humanidade, independentemente de os Estados em que se encontrem, precisa ser o propósito comum buscado pelas normas de *ius cogens*. Assim, a expressão “comunidade internacional” pode ser entendida em aspectos complementares, pois a dimensão processual promove o seu fim substantivo. Em outras palavras, as necessidades da Humanidade avançam por meio da prática dos Estados que agem coletivamente, como órgãos da sociedade internacional para estabelecer normas de *ius cogens*.

No entanto, ainda que a proposta de Weatherall seja o desejável, embora nem todas as normas de *ius cogens* se refiram aos direitos humanos, essa proposta não encontra eco na realidade das práticas dos Estados, que não concretizou a profecia de Waldock (CDI, 1966a, p. 42), que assevera que, quanto mais se integre a coletividade internacional maior atenção se prestaria ao ser humano e, conseqüentemente, se esperava uma evolução importante do *ius cogens* encaminhada à proteção dos direitos do ser humano em interesse da comunidade

values as the whole of mankind. Substantively, the international community may be seen to represent shared interests and values that arise from mankind, the unit of which is the individual human being.” (WEATHERALL, 2015)

¹⁰⁸ Para Carrillo Salcedo, “[...] na pessoa humana radica o único fundamento possível da Ordem internacional de nosso tempo, sendo o grande princípio civilizador de que o Poder é um meio a serviço da pessoa humana, que é um de seus fins.” (CARRILLO SALCEDO, 1976, p. 285, tradução nossa).

mundial¹⁰⁹, uma vez que a evolução vem ocorrendo, mas muito lentamente.

Não resta dúvida de que o *ius cogens* é de suma importância na ordem pública internacional, pois coloca normas de direitos humanos como fundamento do próprio ordenamento jurídico, sendo, por isso mesmo, o maior instrumento de proteção da pessoa humana no ordenamento jurídico.

É lícito indagar, no tocante aos direitos humanos, quais seriam as normas que poderiam ser identificadas como de *ius cogens*? É bom lembrar que pelo fato de, no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, não constar um critério identificador do conteúdo das normas de *ius cogens* nem conter exemplos de tais normas, muitos críticos compararam o *ius cogens*, de forma pejorativa, a uma “caixa vazia”. Entretanto, para Abi-Saab (1999, p. 341), mesmo sendo uma “caixa vazia”, o *ius cogens* seria útil, porque a existência da caixa torna possível o seu preenchimento¹¹⁰. Evidentemente, o *ius cogens* é muito mais que isso.

Na busca pelo preenchimento da “caixa vazia” de Abi-Saab, se encontram, na doutrina, várias listas contemplando normas de *ius cogens* em matéria de direitos humanos. Para Carrillo Salcedo, são normas de *ius cogens* de direitos humanos os direitos fundamentais da pessoa humana, como demonstra o trecho abaixo transcrito:

[...] 1. A existência de direitos fundamentais da pessoa humana que todo Estado tem o dever de respeitar e proteger, não tanto através de declarações políticas pomposas, como por meio de regras processuais que garantam a implementação na prática desses direitos fundamentais. [...] ¹¹¹ (CARRILLO SALCEDO, 1976, p. 284, tradução nossa).

Carrillo Salcedo (1976, p. 279 e 284) afirma serem tais normas imperativas, não só por corresponderem ao mínimo necessário à sobrevivência da sociedade internacional, mas também por atenderem às necessidades morais. Carrillo Salcedo utiliza a moral e a ética¹¹² como critérios necessários para a determinação da norma

¹⁰⁹ “[...] cuanto más se integre la colectividad internacional mayor atención se prestará a la situación del individuo. Por consiguiente, cabe esperar una evolución importante del *jus cogens* encaminada a la protección de los derechos del individuo en interés de la comunidad mundial en general [...]” (CDI, 1966a, p. 42).

¹¹⁰ “Apart from the fact that even then this was not true, my answer at the time was that be it an empty box, the category was still useful; for without the box, it cannot be filled [...]” (ABI-SAAB, 1999, p. 341).

¹¹¹ “[...] 1. La existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, no tanto a través de pomposas declaraciones políticas como por medio de reglas procesales que garanticen la puesta en práctica de aquellos derechos fundamentales. 2. El derecho de los pueblos a su libre determinación [...]” (SALCEDO, 1976, p. 284).

¹¹² “[...] por su valor ético son imperativas: así, las normas de Derecho internacional relativas a los derechos humanos y a la libre determinación de los pueblos [...]” (CARRILLO SALCEDO, 1976, p. 279).

de *ius cogens*, incluindo requisitos subjetivos. Na realidade, como já se afirmou, os motivos que levam ao reconhecimento são dispensáveis na aceitação da norma de *ius cogens*.

Cassese (2005, p, 394) traz à baila exemplos de normas de *ius cogens* em matéria de direitos humanos, dentre elas, as que proíbem a escravidão, o genocídio, a tortura, a discriminação racial e a que promove a autodeterminação dos povos. Contudo, esse autor, não especifica o critério de validade capaz de identificá-las, ainda que seja possível enquadrar a violação das normas de *ius cogens* exemplificadas como crime internacional e na necessidade de o Estado as suprimir. Assim, as normas de *ius cogens* de direitos humanos apontadas, por Cassese, se encaixam nos exemplos propostos por Waldock (Cf. seção 1.2.1).

Já, para Remiro Brotons (1981, p. 69), as listas de normas de *ius cogens* elaboradas pela doutrina sempre estão atreladas à ideologia do autor ou à ideologia do Estado, dependendo de ser o jurista cidadão de um Estado democrático ou não. Por esse motivo, ele sustenta que representaria a Resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU¹¹³ o necessário reconhecimento dos Estados para a atribuição da natureza de *ius cogens* aos princípios constantes em tal documento, ainda que essa resolução não afirme expressamente o caráter imperativo dos princípios que a integram.

É importante salientar o destaque dado pela Resolução 2625 (XXV), no que tange à manutenção da paz e da segurança internacionais, à igualdade de direitos e à livre determinação dos povos. No preâmbulo da referida resolução, consta que a manutenção e o fortalecimento da paz internacional devem fundar-se na liberdade, na igualdade, na justiça e no respeito aos direitos humanos fundamentais. Por fim, a citada resolução, embora não seja juridicamente vinculante, declara que os princípios constantes na declaração são os princípios básicos do direito internacional.

Percebe-se que as normas de *ius cogens* de direitos humanos elencadas por Carrillo Salcedo se encontram em harmonia com as normas presentes na Resolução 2625 (XXV) e que ambas as listagens se referem a direitos humanos fundamentais. Por outras palavras, referem-se ao núcleo duro dos direitos humanos, que são os “[...] atributos inalienáveis da pessoa humana fundados em valores que se encontram

¹¹³ Declaração sobre Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e de Cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas (ONU, 1970).

presentes em praticamente todas as culturas e sistemas sociais: verdadeiros limites a qualquer prática cujo questionamento, portanto, resulte indefensável.”¹¹⁴ (ZELADA, 2002, p. 153, tradução nossa).

Destaque-se que a existência de hierarquia nessas normas internacionais decorre, de fato, da atribuição da característica de *ius cogens* somente às pertencentes ao núcleo duro dos direitos humanos. Esse entendimento não é algo pacífico na doutrina, em razão da ideia da interdependência e da indivisibilidade de tais direitos (TERAYA, 2001, p. 918). Concepção que se encontra expressa no art. 13¹¹⁵ da Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, consoante o plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, datada de 13 de maio de 1968, tendo sido reconfirmada pelo item I.5¹¹⁶ da Declaração e Programa de Ação de Viena, de em 25 de julho de 1993 (II Conferência Mundial de Direitos Humanos).

Segundo Teraya (2001, p. 925), o propósito da doutrina da interdependência e da indivisibilidade é negar a dicotomia de direitos que levou à predominância dos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos e sociais, visando a apoiar, especificamente, os direitos econômicos e sociais fundamentais, em razão do reconhecimento de que um quinto da população mundial sofre necessidades humanas mais básicas, como a falta de alimentos, de água potável, de saneamento, de habitação, dentre outras. Para esse autor, só com a negação da interdependência e da indivisibilidade, se pode falar em hierarquia, em matéria de direitos humanos.

A asserção de Teraya merece reparos, pois a indivisibilidade e a interdependência não são impeditivos de hierarquia, no tocante às normas de direitos humanos. A hierarquia das normas no direito internacional decorrente do atributo de *ius cogens* é fruto do consenso dos Estados sobre o mínimo necessário, para coexistência pacífica dos sujeitos da sociedade internacional. Os Estados são os legisladores, no entanto, no tocante ao *ius cogens*, as normas deixam de ser fruto da vontade individual de cada um deles. Nesse sentido, a indivisibilidade e a

¹¹⁴ “[...] son la representación de atributos inalienables de la persona humana fundados en valores que se encuentran presentes en prácticamente todas las culturas y sistemas sociales: verdaderos límites a cualquier práctica bien establecida cuyo cuestionamiento, por tanto, resulta indefendible.” (ZELADA, 2002, p. 153).

¹¹⁵ “Art. 13. Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social”.

¹¹⁶ “5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados [...]”.

interdependência dos direitos humanos não precisam ser retiradas, uma vez que o reconhecimento pela sociedade internacional de determinadas normas de direitos humanos como mais essenciais, em um dado momento, não quer dizer que elas sejam as únicas necessárias à proteção do ser humano.

Caberia indagar, que direitos estariam, na condição de direitos humanos fundamentais, ostentando a natureza de *ius cogens*? Como determiná-los? Esses questionamentos são respondidos de forma distinta por diferentes autores, como se demonstrará abaixo.

Weartherall (2015) assevera que as normas de *ius cogens* são, somente, normas consuetudinárias de direito internacional geral, orientadas pelo princípio da dignidade humana, nascidas da necessidade social da sociedade internacional. Expõe esse autor, que a *opinio juris sive necessitatis* (elemento imaterial do costume) é evidenciada na prática estatal, particularmente quando o Estado atua como órgão da comunidade internacional. Essa prática, segundo ele, se revela na codificação por meio de instrumentos multilaterais, na maneira de proceder de instituições e organizações internacionais, bem como nas ações legislativas e judiciais domésticas (afirmativas). Dever-se-ia dizer que as decisões dos tribunais nacionais e internacionais constituem a confirmação mais autorizada do surgimento de normas de *ius cogens*.

Assim, partindo da prática dos Estados reconhecida pelos tribunais nacionais e internacionais, dando como certo que tais atos identificados como de *ius cogens* também são regulados pelas normas internas da grande maioria dos Estados, Weartherall (2015) enumera, sem esgotar a questão, as normas de *ius cogens*: a proibição da pirataria, a proibição da escravidão, as violações que caracterizam crimes de guerra (violações graves do direito internacional humanitário) ou crimes contra a humanidade, a proibição da agressão, do genocídio, da tortura, do apartheid (discriminação racial sistemática) e do terrorismo.

A grande inovação proposta por Weartherall é o princípio da dignidade humana como fundamento das normas de *ius cogens*, constituindo tal atributo a proteção necessária do ser humano contra afronta à sua dignidade básica. Weartherall distingue as normas de *ius cogens* do patrimônio comum da humanidade (o alto mar; o espaço sideral, a lua e outros corpos celestes; a Antártica; o meio ambiente e a herança cultural), uma vez que este último reflete o interesse da sociedade internacional na preservação e na proteção de áreas para as gerações presentes e

as futuras e se funda em princípio semelhante ao *res communis*¹¹⁷.

O critério utilizado por Weatherall também é importante, todavia, ao reduzir as normas de *ius cogens* às já reconhecidas pelos tribunais, pouco contribui na ampliação doutrinária. Ainda que os tribunais internacionais sejam autoridades com competência para revelar as normas de *ius cogens* já existentes, a doutrina pode e deve auxiliar tais tribunais a reconhecerem as normas de *ius cogens* já aceitas pela sociedade internacional.

Erik Suy (*apud* ZELADA, 2002, p. 152), de forma mais específica, assinala três critérios para determinação das normas de *ius cogens* em matéria de direitos humanos. O primeiro é verificar a natureza inderrogável do direito em questão no momento em que os Estados concluem o tratado. Aponta-se, assim, que um acordo que permita a violação de um direito humano que faça parte desse grupo de normas não poderia ter qualquer validade. Esse critério de Suy é inócuo, já que não torna possível a verificação da natureza imperativa de normas referentes aos direitos humanos; pelo contrário, só determina a realização da verificação da inderrogabilidade da norma de direito humano no momento da conclusão do tratado.

O segundo critério é analisar os textos dos tratados de direitos humanos e determinar quais deles podem ser revogados e quais não podem, uma vez que existem modalidades de tratados: a) que não contemplam a possibilidade de os Estados partes suspenderem os direitos neles estabelecidos, como exemplo a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, b) que excluem expressamente essa possibilidade, como a Convenção Contra a Tortura e Outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e c) que explicitamente admitem a possibilidade de que os Estados partes revoguem ou suspendam alguns dos direitos neles enunciados, desde que respeitado um padrão mínimo estabelecido visando à garantia da dignidade humana.

O segundo critério de Suy também possui falhas. Reafirma-se, o fato de um tratado de direitos humanos expressamente excluir a possibilidade de suspensão ou mesmo de derrogação de suas cláusulas não caracteriza, por si só, que essas normas sejam de *ius cogens*, pois é plenamente possível que as normas contempladas em tal tratado sejam reconhecidas somente por dois ou por um grupo pequeno de Estados.

¹¹⁷ Eram áreas concebidas pela lei romana antiga como uma categoria de propriedade à qual os direitos privados de propriedade não poderiam vincular porque a comunidade como um todo mantinha o controle, ou seja, áreas comuns a todos e propriedade de ninguém (WEATHERALL, 2015).

Dessa forma, o tratado somente vinculará os Estados signatários. Se houver violação das normas convencionadas, acarretará responsabilidade internacional do Estado violador, mas não haverá a nulidade como sanção.

Para Zelada (2002, p. 152), o grupo de tratados que expressamente admitem a possibilidade de que os Estados partes revoguem ou suspendam alguns dos direitos neles enunciados seria a chave para se determinar se uma norma pertence ou não ao núcleo duro dos direitos humanos, uma vez que, ao permitirem a derrogação, ou a suspensão, de algumas de suas normas de forma excepcional, protegem as normas que formariam o mínimo necessário para o respeito à dignidade humana. E cita como exemplos: o art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, aplicáveis a conflitos armados sem caráter internacional¹¹⁸; o § 2º do art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o § 5º do art. 15 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; e o § 2º do art. 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Zelada (2002, p. 152), tendo em vista não serem totalmente similares os direitos humanos considerados como o mínimo a ser protegido em cada um dos tratados acima declinados, propõe a elaboração de uma lista com apenas os direitos humanos reconhecidos simultaneamente, os quais seriam os direitos humanos considerados fundamentais no momento atual. Após tal processo, Zelada (2002, p. 152) anuncia ser o núcleo duro dos direitos humanos composto pelo direito de não ser arbitrariamente privado da vida, pela proibição da tortura e de outros tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, pela proibição da escravidão ou da servidão, pela proibição do *apartheid*, e pelo direito ao devido processo.

O critério utilizado por Zelada é capaz de determinar direitos humanos fundamentais, mas, também, se apresenta falho. Porque admitir que os direitos humanos apontados por Zelada sejam os únicos com atributo de *ius cogens* é desconsiderar totalmente a possibilidade de direitos humanos peremptórios consuetudinários. Não resta dúvida de que, tanto o tratado como o costume, são

¹¹⁸ Em 1949 foram concluídas em Genebra quatro convenções, sendo que as três primeiras: a Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha, a Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças navais e a Convenção relativa ao tratamento dos presos de guerra revisaram as Convenções de Genebra de 1906 e 1929, enquanto a Convenção relativa a proteção dos civis em tempo de guerra inovou ao ampliar a proteção internacional aos civis em tempo de guerra. No Brasil, o decreto n.º 42.121/57 promulgou tais convenções, incorporando-as ao ordenamento jurídico pátrio.

fontes formais das normas imperativas. Restringir as normas de *ius cogens*, em matéria de direitos humanos, às apontadas por Zelada é desprezar o direito humano expresso na Carta da ONU.

Nega-se, pelo critério apontado pelo citado autor, que os 193 Estados signatários da Carta da ONU representem a sociedade internacional, entendimento com o qual não se pode concordar, pois, como se demonstrará no próximo capítulo (Cf. seção 2.3), o princípio da não discriminação contido na referida Carta é norma de *ius cogens*. Assim, fica evidente que as normas inderrogáveis se relacionam com as normas de *ius cogens*, porém, as normas peremptórias se estendem para além das normas inderrogáveis listadas nas convenções analisadas¹¹⁹ por Zelada.

O terceiro, e último, critério é identificar as violações de direitos humanos qualificadas como crime internacional. Esse critério também é útil para determinar normas de *ius cogens* em matéria de direitos humanos, mas não permite determinar todos os direitos humanos fundamentais da sociedade internacional, pois, se são de *ius cogens* todas as normas de direitos humanos cuja violação é reconhecida como crime internacional, a recíproca não é verdadeira, uma vez que só as violações de normas de *ius cogens* consideradas graves são classificadas como crime internacional¹²⁰. Em outras palavras, nem toda violação de norma de *ius cogens* é classificada como crime internacional¹²¹. Além disso, nem todo crime internacional

¹¹⁹ O Comentário Geral n.º 29 do Comitê de Direitos Humanos sobre estados de emergência (art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), declara que: “The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7). However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18). Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2. States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence.” (CDH, 2001, p. 4-5).

¹²⁰ Corroboram com o aqui exposto os debates entabulados, quando da feitura da proposta de artigos sobre o Direito dos Tratados pela CDI, especialmente os ocorridos posteriormente à proposta do art. 13 pelo Relator Especial Waldock, uma vez que tal proposição trazia em seu texto, como um dos exemplos de normas *ius cogens*, aquelas cuja violação constituíssem crime internacional (Cf. seção 1.2.1).

¹²¹ Weatherall, entende de forma contrária, pois que defende que “Violations of peremptory norms are classified as international crimes that give rise to individual criminal responsibility, and the extension of sovereign immunity to shield such conduct from prosecution has waned.” (WEATHERALL, 2015).

corresponde a violação de norma de *ius cogens*¹²².

Teraya (2001) concorda com Zelada, quanto a inexistência de um conceito unitário, no tocante aos direitos humanos inderrogáveis. A expressão "direitos inderrogáveis" pode ser empregada com diversas conotações. Teraya (2001, p. 920) a utiliza como sendo os declarados nas disposições de tratados relevantes, ou seja, no sentido de direitos inderrogáveis prescritos em normas, como o art. 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966¹²³ e, a partir dos requisitos contidos no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, afirma que nem todos os direitos inderrogáveis possuem o *status* de *ius cogens*¹²⁴.

Conforme Teraya (2001, p. 917), os direitos humanos inderrogáveis podem ser identificados de três maneiras, quais sejam: por meio de critério orientado para o valor, para a função e ou para o consentimento.

Na identificação orientada para o valor, reconhece-se como inderrogável a parte mais valiosa dos direitos humanos. Segundo esse critério, os direitos humanos

¹²² "Así pues, la Comisión estima que el paralelismo anteriormente establecido entre el criterio básico indicado en el presente artículo para la determinación de los hechos internacionalmente ilícitos que han de incluirse en la categoría de crímenes internacionales y el criterio indicado en el artículo 53 de la Convención de Viena para la determinación de las normas de derecho internacional que han de incluirse en la categoría de normas imperativas no debería inducir a error. Hay que cuidar de no atribuir a ese paralelismo un alcance que no puede tener. Sería erróneo llegar sin más a la conclusión de que toda violación de una obligación internacional dimanante de una norma imperativa de derecho internacional constituye un crimen internacional y que únicamente la violación de una obligación que tenga ese origen puede constituir tal crimen. Cabe admitir que las obligaciones cuya violación es un crimen serán «normalmente» obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens*, aun cuando esa conclusión no se pueda dar por absoluta. Pero, sobre todo, si bien puede ser cierto que el incumplimiento de una obligación establecida por una regla de *ius cogens* constituirá a menudo un crimen internacional, no se puede negar, sin embargo, que la categoría de las obligaciones internacionales respecto de las cuales no se admite acuerdo en contrario es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional. Una asimilación exagerada de ambos conceptos podría constituir una simplificación tentadora, pero no parece que conceptualmente sea aceptable." (CDI, 1976, p. 118).

¹²³ "Artigo 4 - 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18. 3. Os Estados Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão." (BRASIL, 1992, p. 2-3).

¹²⁴ Um exemplo é o art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos que trata da proteção da família e que não pode ser suspenso nem mesmo em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado, conforme art. 27.2 dessa Convenção, e que não atende o requisito de direito internacional geral (TERAYA, 2001, p. 928).

mais importantes merecem mais proteção, tendo como foco, exclusivamente, o ser humano; porém, a caracterização de alguns direitos humanos como fundamentais pode levar a julgamentos arbitrários, uma vez que uma caracterização dessa natureza resulta, em grande parte de percepções subjetivas de sua importância (TERAYA, 2001, p. 921-922). Destaque-se, também, que direitos inderrogáveis em estado de emergência podem não ser aplicados em tempos de paz, fato que demonstra que nem todos eles se incluem no núcleo mínimo dos classificados como direitos humanos (TERAYA, 2001, p. 923).

Na identificação dos direitos humanos inderrogáveis orientada para a função, busca-se a finalidade específica da norma jurídica expressa em um artigo. Podem-se utilizar dois critérios de identificação orientados para a função. No primeiro, foca-se em necessidades individuais específicas em estado de emergência, devendo a norma aplicável ser adequada ao próprio propósito da regulamentação de emergência (TERAYA, 2001, p. 922). Já no segundo, os direitos humanos inderrogáveis são reconhecidos como o remanescente depois que os Estados declaram a necessidade de derrogar as normas de direitos humanos (TERAYA, 2001, p. 923).

Teraya (2001, p. 923) ressalta que o segundo critério de identificação orientado para a função é problemático, visto que: não prevê uma razão única a fundamentar os direitos inderrogáveis; a lista dos direitos humanos inderrogáveis inclui alguns direitos para os quais a derrogação não é relevante, como a proibição de prisão por dívidas constante no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; e, principalmente, porque o foco aqui não são os direitos do ser humano, mas o direito à existência do Estado que se encontra ameaçado em razão de situações excepcionais.

Já na identificação orientada para o consentimento, os direitos inderrogáveis derivam da vontade convencional dos Estados (TERAYA, 2001, p. 924). No tocante às normas de *ius cogens*, a peculiaridade está no fato de que o reconhecimento deverá decorrer do consenso coletivo dos Estados, em virtude do conteúdo, impedindo, assim, a atribuição de *ius cogens* a qualquer norma (TERAYA, 2001, p. 928-929). Através da identificação orientada para o consentimento, se pode distinguir as normas inderrogáveis das que são de *ius cogens*, contudo é impossível tal distinção quando aplicado só o critério orientado pelo valor.

Conclui Teraya (2001, p. 927) que o direito à vida, a proibição da escravidão, a proibição da tortura e a não retroatividade do direito penal, previstos simultaneamente

na Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, de 1950, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, seriam direitos inderrogáveis com natureza de *ius cogens*.

Apesar de aplicarem métodos distintos, ao focarem os direitos inderrogáveis, na identificação das normas de direitos humanos de *ius cogens*, Teraya e Zelada terminam obtendo resultados parecidos. Contudo, ao contrário de Zelada, Teraya não restringe as normas de *ius cogens*, em matéria de direitos humanos, às determinadas por meio dos critérios utilizados por ele.

Apresenta-se aqui outro critério na determinação das normas de *ius cogens*, em matéria de direitos humanos, que é extraído do art. 53 da Convenção de Viena de 1969 e dos debates ocorridos durante a feitura de tal Convenção. Seriam normas de *ius cogens* as de direitos humanos que compõem o mínimo necessário para a coexistência pacífica da sociedade internacional e que são reconhecidas pela maioria de seus membros. Por outras palavras, as normas, em matéria de direitos humanos, imprescindíveis para a proteção do ser humano e que estão ligadas à paz e à segurança da sociedade internacional.

Parte-se, assim, de tal critério para asseverar que o princípio da não discriminação contido na Carta da ONU é norma de *ius cogens*, como será demonstrado no próximo capítulo.

2 NORMA DE *IUS COGENS* DE DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NA CARTA DA ONU

Neste capítulo, serão analisados os documentos precursores da Carta da ONU e os relativos à Conferência de São Francisco visando a demonstrar a importância dos direitos humanos no texto daquele tratado internacional, para então examinar o princípio da não discriminação, única norma de direitos humanos prevista especificamente no tratado instituidor das Nações Unidas.

Em seguida, a partir dos requisitos fixados pelo art. 53 da Convenção de Viena de 1969, serão apresentadas razões para considerar o princípio da não discriminação norma de *ius cogens*, bem como se responderá se tal princípio foi recepcionado ou não pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2.1 Direitos humanos: a trajetória dos documentos internacionais precursores da Carta da ONU na busca da paz mundial duradoura

Durante a Segunda Guerra Mundial, diversos Estados acordaram que era necessário não só findar o conflito bélico, mas construir, por meio da cooperação, a paz duradoura, constituindo a Declaração do Palácio de St. James¹²⁵, de 1941, o primeiro documento firmado na busca dessa paz.

Naquele mesmo ano, foi elaborada, também, a Carta do Atlântico, declaração conjunta feita por Franklin Roosevelt, presidente dos Estados Unidos da América (EUA), e por Winston Churchill, primeiro-ministro do Reino Unido. Tal Carta é considerada o primeiro documento relevante, dentre os que precederam à Carta da ONU, por representar a inclusão dos Estados Unidos no propósito de construção de uma organização internacional e, principalmente, por conter um programa para um mundo melhor no pós-guerra. O art. 6^o¹²⁶ da Carta do Atlântico introduz o bem-estar

¹²⁵ A Declaração do Palácio de St. James foi assinada em Londres, no ano de 1941, pelos representantes do Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, União da África do Sul; e pelos governos exilados, com sedes em Londres, da Bélgica, da Grécia, da Iugoslávia, de Luxemburgo, da Holanda, da Noruega, da Polônia, da Tchecoslováquia, e pelo General de Gaulle em nome da França.

¹²⁶ “Sexto - Depois da destruição completa da tirania nazista, esperam que se estabeleça uma paz que proporcione a todas as nações os meios de viver em segurança dentro de suas próprias fronteiras, e aos homens em todas as terras a garantia de existências livres de temor e de privações.”

do ser humano como um propósito a ser atingido através da paz¹²⁷.

Em 1º de janeiro de 1942, Roosevelt, Churchill, Maxim Litvinov (representante da União Soviética) e T. V. Soong (representante da China) firmaram a Declaração das Nações Unidas¹²⁸, que foi assinada no dia seguinte por representantes de mais de 22 Estados¹²⁹ que se encontravam em conflito com o Eixo Roma-Berlim-Tóquio. A Declaração das Nações Unidas, além de consolidar a adesão de seus signatários ao programa de propósitos e princípios contidos na Declaração do Atlântico, estabelece, em seu preâmbulo¹³⁰, a vitória dos aliados como essencial para a defesa da vida, da liberdade, da independência, da liberdade de culto e para a preservação dos direitos humanos.

Precedendo à Carta da ONU, a Declaração das Nações Unidas é a primeira a

¹²⁷ Discorda-se da afirmação de Franchini-Netto de que a Carta do Atlântico estruturou “uma nova forma de convivência, onde já se divisa a noção de que **a Paz e a Segurança** entre as Nações se apoiam na preliminar do respeito aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana” (1979, p. 39, grifo no original). Em tal Carta, em especial nos artigos 6º e 7º que se referem ao indivíduo, a paz aparece tanto como requisito para a garantia aos homens em todas as terras de existências livres de temor e privações, quanto para estes possam cruzar livremente os mares e oceanos. Desta forma, têm-se na Carta do Atlântico os direitos do indivíduo como fim e não como meio para se atingir a paz e a segurança internacionais.

¹²⁸ O nome “Nações Unidas” foi sugerido por Franklin Delano Roosevelt, e, posteriormente, na Conferência de São Francisco, foi adotado como nome da nova organização, em uma homenagem ao falecido presidente dos Estados Unidos. Tal fato se deu em reconhecimento aos seus esforços para criar esta organização, como também, por ser nome amplamente conhecido, e que já teria cativado a atenção dos povos; e, embora “Nações Unidas” não fosse gramaticalmente um título para uma organização, tornar-se-ia o que já era por uso, um nome próprio (ONU, 1945c, p. 360). No entanto, alguns Estados foram contrários a esse nome pelos seguintes motivos: a) o nome “Nações Unidas” não designaria a organização, mas seus membros (ONU, 1945c, p. 360); b) quando um conflito ocorresse entre as nações membros, elas não mais seriam nações unidas (ONU, 1945c, p. 360); c) o termo “Nações Unidas”, no sentido histórico, remetia à liga dos aliados, criada, pela Declaração de Washington de 1942, para a luta contra o inimigo comum (ONU, 1945c, p. 360); d) o fato de a abreviatura “N.U.” de “Nações Unidas” em francês não ser totalmente feliz (ONU, 1945c, p. 286) e e) a dificuldade que se teria, no futuro, em admitir na organização “Nações Unidas” Estados que, naquele momento, eram inimigos da aliança militar “Nações Unidas” (ONU, 1945c, p. 379). Ao findar extenso debate, os delegados do Panamá, de Cuba, do Equador, do México, da Venezuela e do Uruguai, que tinham sugerido diferentes nomes para a organização, retiraram suas emendas e o nome “Nações Unidas” foi aprovado por aclamação (ONU, 1945c, p. 380).

¹²⁹ Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Iugoslávia, Luxemburgo, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Panamá, Polônia, República Dominicana, Tchecoslováquia, União Sul Africana; que, com os Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e China, são considerados signatários originários da Declaração das Nações Unidas (ONU, 1947b, p. 1). Posteriormente, aderiram a esta declaração, em ordem cronológica, México, Filipinas, Etiópia, Iraque, Brasil, Bolívia, Irã, Colômbia, Libéria, França, Equador, Peru, Chile, Paraguai, Venezuela, Uruguai, Turquia, Egito, Arábia Saudita, Síria e Líbano (ONU, 1947b, p. 1-2).

¹³⁰ “Os governantes signatários, tendo aderido a um programa comum de propósitos e princípios, incorporados na declaração conjunta do Presidente dos Estados Unidos da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, datada de 14 de agosto de 1941, e conhecida por *Carta do Atlântico*, e convictos de que, para defender a vida, a liberdade, a independência e a liberdade de culto, assim como para preservar a justiça e os direitos humanos nos seus respectivos países e em outros, é essencial alcançar vitória absoluta sobre seus inimigos; e convictos de que se acham atualmente empenhados numa luta comum contra forças selvagens e brutais que procuram subjugar o mundo, declaram: [...]” (grifo no original).

referir-se expressamente aos direitos humanos, e a demonstrar a importância de protegê-los, de forma universal, ao prever a necessidade de cada Estado signatário proteger tais direitos, não só em seu território, mas também em outros. Assim, apesar de não ter efeito jurídico, não se deve desprezar o fato de a Declaração das Nações Unidas destacar a necessidade de os direitos humanos serem regulados pelo direito internacional e estarem diretamente ligados à paz e à segurança internacionais.

Em 1943, foram realizadas as Conferências de Moscou e de Teerã. A Conferência de Moscou resultou na Declaração de Moscou, também denominada Declaração das Quatro Nações sobre a Segurança Geral, emitida pelos ministros das Relações Exteriores dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Soviética, bem como pelo embaixador da China na União Soviética. A Declaração de Moscou contempla, em seu art. 4º, o reconhecimento da necessidade de estabelecer, no menor tempo possível, uma organização internacional geral, baseada no princípio da igualdade soberana de todos os Estados, grandes e pequenos, para a manutenção da paz e da segurança internacionais. Por sua vez, a Conferência de Teerã reuniu, pela primeira vez, Stalin, Churchill e Roosevelt; e teve como fruto a Declaração de Teerã, que reafirma a necessidade da cooperação da sociedade internacional para a realização de uma paz duradoura.

No entanto, foi nos encontros de Dumbarton Oaks¹³¹, em 1944, que se deu o primeiro passo concreto rumo à criação da ONU. Os representantes da China, do Reino Unido, da União Soviética e dos Estados Unidos estabeleceram em Dumbarton Oaks conversações que resultaram em propostas, baseadas na experiência da Liga das Nações, para o estabelecimento de uma organização internacional. As propostas (ONU, 1947b, p. 4-9) referentes à nova organização internacional geral dividiam-se em doze títulos, que continham os propósitos, os princípios e a estrutura de tal organização.

Chama atenção o fato de não haver, nas propostas de Dumbarton Oaks, qualquer menção aos direitos humanos, nos capítulos referentes aos propósitos e aos princípios da organização a ser criada. As propostas só se referem a direitos humanos

¹³¹ Os encontros de Dumbarton Oaks se dividem em duas fases. Na primeira, as conversações ocorreram entre os representantes da União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos, em 1944, de 21 de agosto a 28 de setembro. A segunda fase das conversações se realizou entre os representantes da China, Reino Unido e Estados Unidos, naquele mesmo ano, no período de 29 de setembro a 07 de outubro (ONU, 1947b, p. 4).

no art. 1^{o132} do capítulo IX, que trata da Cooperação Econômica e Social Internacional, para, genericamente, declarar que a organização deverá “[...] promover o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais [...]”¹³³ (ONU, 1947b, p. 8, tradução nossa). As propostas de Dumbarton Oaks, neste sentido, são um retrocesso em relação à Declaração das Nações Unidas, que traz direitos humanos específicos, como, por exemplo, o direito à liberdade de culto.

Em fevereiro de 1945, com a participação de Churchill, de Roosevelt e de Stalin, realizou-se a Conferência da Crimeia, na qual se decidiu convidar os Estados que assinaram a Declaração das Nações Unidas e que declararam guerra contra a Alemanha e o Japão para participarem da Conferência de São Francisco.¹³⁴ Essa conferência, iniciada em 25 de abril de 1945¹³⁵, foi oficialmente denominada de Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional e teve como fruto a criação da ONU.

A Conferência de São Francisco foi dividida em quatro comissões gerais, que se subdividiam em doze comitês técnicos (ONU, 1947b, p. 13). Todas as delegações estavam representadas nas comissões gerais e nos comitês técnicos (ONU, 1947b, p. 13). As comissões gerais eram: a Comissão das Disposições Gerais, a Comissão

¹³² "CHAPTER IX. ARRANGEMENTS FOR INTERNATIONAL ECONOMIC AND SOCIAL CO-OPERATION. Section A - Purpose and Relationships. 1. With a view to the creation of conditions of stability and well-being, which are necessary for peaceful and friendly relations among nations, the Organization should facilitate solutions of international economic, social and other humanitarian problems and promote respect for human rights and fundamental freedoms. Responsibility for the discharge of this function should be vested in the General Assembly and, under the authority of the General Assembly, in an Economic and Social Council." (ONU, 1947b, p. 8).

¹³³ “[...] the Organization should facilitate solutions of international economic, social and other humanitarian problems and promote respect for human rights and fundamental freedoms.” (ONU, 1947b, p. 8).

¹³⁴ Os nomes que constam na lista dos Estados patrocinadores e dos Estados convidados a participar da Conferência de São Francisco são os seguintes: Arábia Saudita, Austrália, Bélgica, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Egito, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Etiópia, Filipina, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Honduras, Índia, Irã, Iraque, Iugoslávia, Líbano, Libéria, Luxemburgo, México, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Reino Unido, República Dominicana, Síria, Tchecoslováquia, Turquia, União Soviética, União Sul-Africana, Uruguai e Venezuela (ONU, 1947b, p. 12). Apesar de a Polônia ser signatário original da Declaração das Nações Unidas, o convite desse Estado foi suspenso, à época, até a formação de um Governo Provisório Polonês de Unidade Nacional (ONU, 1947b, p. 12). Em 30 de abril de 1945, a Conferência aprovou a admissão da Argentina, da Bielorrússia e da Ucrânia, tendo posteriormente, após sua libertação, a Dinamarca sido convidada a participar da Conferência de São Francisco. Todos esses 50 Estados integraram a Conferência de São Francisco.

¹³⁵ Antes da realização da Conferência de São Francisco, os Estados não só analisaram de forma isolada e individual as propostas de Dumbarton Oaks, como travaram discussões preliminares sobre tais propostas em encontros como a Conferência Interamericana sobre Problemas de Guerra e Paz e a Conferência da Commonwealth Britânica (ONU, 1947b, p. 10), atualmente conhecida como Commonwealth of Nations.

da Assembleia Geral, a Comissão do Conselho de Segurança e a Comissão da Organização Judicial (ONU, 1945a, p. 10-12).

Resumidamente, a Conferência de São Francisco seguiu o seguinte rito: os Estados¹³⁶ apresentaram sugestões de alterações às propostas de Dumbarton Oaks; tais emendas foram analisadas pelos comitês técnicos, que redigiram e propuseram projetos do preâmbulo e dos artigos para a comissão a que pertenciam. Em seguida, os textos aprovados pelas comissões foram apreciados pelo plenário da Conferência e os acatados passaram a compor a Carta da ONU.

No relatório apresentado pelo Comitê I/1¹³⁷ à Comissão I (ONU, 1945c, p. 387-388), se assinala a dificuldade de traçar uma nítida distinção entre o que deveria ser incluído no preâmbulo, nos propósitos ou nos princípios da Carta, pois a mesma norma podia constar facilmente em qualquer dessas partes, em razão da natureza do que se buscava atingir com a nova organização. Para o Comitê I/1 (ONU, 1945c, p. 387-388), se o preâmbulo introduz a Carta e estabelece as intenções da ONU, os propósitos e os princípios constituem a base para a eficácia de tal organização. Ademais, salientou o relatório mencionado (ONU, 1945c, p. 388) serem as disposições da Carta indivisíveis e igualmente válidas, não tendo sido elaboradas, para serem interpretadas, nem aplicadas de forma isolada. Por esse motivo e para evitar repetições desnecessárias, o conteúdo de um parágrafo, em regra, não foi reiterado em outros parágrafos do referido tratado.

¹³⁶ A União Soviética, o Reino Unido, os Estados Unidos e a China apresentaram, conjuntamente, emendas às propostas de Dumbarton Oaks (ONU, 1945c, p. 281).

¹³⁷ Nas palavras do Relator "1. It was very difficult, practically impossible, to draw a sharp and clear-cut distinction between what should be included under "Purposes", "Principles", or "Preamble". Given the nature of the substance we have in view, some single idea or norm of conduct could go into either of these divisions of the Charter without much difficulty. In fact, some questions were transferred during our deliberations from "Purposes" to "Principles" and found at least their final place in the "Preamble". It was, however, considered clearly understood that: (a) The "Preamble" introduces the Charter and sets forth the declared common intentions which brought us together in this Conference and moved us to unite our will and efforts, and made us harmonize, regulate, and organize our international action to achieve our common ends. (b) The "Purposes" constitute the *raison d'être* of the Organization. They are the aggregation of the common ends on which our minds met; hence, the cause and object of the Charter to which member states collectively and severally subscribe. (c) The chapter on "Principles" sets, in the same order of ideas, the methods and regulating norms according to which the Organization and its members shall endeavor to achieve the common ends. Their understandings should serve as actual standards of international conduct. The "Purposes" and "Principles" constitute, in practice, the test for the effectiveness of the Organization and the expected faithful compliance with the provisions of the Charter." (ONU, 1945c, p. 387-388).

Não obstante o desejo de vários Estados¹³⁸ de ampliar o texto da Carta, no que se refere aos direitos humanos¹³⁹, inclusive, propondo que uma Declaração de Direitos Humanos deveria estar contida nesse tratado, o Comitê I/1 entendeu pela redação de um texto enxuto, contendo somente os propósitos e princípios básicos, visando a evitar que Estados relutassem ou mesmo se negassem a ratificar a Carta da ONU¹⁴⁰.

Rolin (ONU, 1945c, p. 12-13), presidente da Comissão I¹⁴¹, ressalta que o preâmbulo¹⁴² constante na Carta da ONU é a base da ideologia dessa organização

¹³⁸ Estados como o México (ONU, 1945b, p. 176) e o Panamá (ONU, 1945b, p. 266-269) apresentaram emendas objetivando alterar o texto final das propostas de Dumbarton Oaks, para que a Carta da ONU trouxesse, em anexo, declaração contendo os direitos humanos essenciais. Na emenda apresentada pelo Panamá, tal declaração é nomeada como "Declaração dos Direitos Humanos Essenciais" (ONU, 1945b, p. 265), enquanto na proposta do México de "Declaração dos Direitos e Deveres Internacionais do Homem" (ONU, 1945b, p. 176). O Panamá ainda tentou que o projeto de declaração de direitos humanos que pretendia introduzir, na Carta da ONU, fosse adotado, por meio de uma resolução da Assembleia Geral, porém, novamente não logrou êxito (CAROZZA, 2003, p. 285). No entanto, foi o projeto de declaração proposto pelo Panamá um importante aporte na elaboração da Declaração Universal, em especial, no tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais (CAROZZA, 2003, p. 285). Registra-se que a "Declaração dos Direitos Humanos Essenciais", apresentada pelo Panamá, foi fruto de um estudo realizado nos anos de 1942 e 1943, sob os auspícios do American Law Institute (ALI). Trata-se de uma organização composta por juizes, profissionais e acadêmicos norte-americanos dedicada à melhoria do direito, que ajudou um comitê multinacional a consultar especialistas, de países e de culturas árabe, britânica, canadense, chinesa, francesa, alemã pré-nazista, italiana, indiana, latino-americana, polonesa, russa e espanhola, a averiguar até que ponto poderia haver um acordo mundial (GLENDON, 2003, p. 31).

¹³⁹ Deve-se muito aos países da América Latina, maior grupo regional, com vinte e um Estados, a inclusão do tema direitos humanos na agenda da Conferência de São Francisco. Para Carozza (2003, p. 284-285), "In contrast to the great powers like the United States and the Soviet Union, the Latin American delegations were much more strongly committed to the inclusion of the human rights in the new international order. [...] Thanks to their campaign, the Charter included a number of significant references to human rights, including strong affirmations of equality and human rights in the Preamble as well as a statement counting the promotion and respect for human rights among the basic purposes of the organization.". E, ainda que não tenham os Estados latino-americanos obtido êxito na ambiciosa proposta de ter incluída na Carta da ONU uma declaração de direitos humanos, estabeleceu-se uma base para a redação posterior da Declaração Universal (CAROZZA, 2003, p. 285).

¹⁴⁰ Para o Comitê I/1, "[...] the wish to amplify the text, and the desiderata, which made the Dumbarton Oaks Proposals as amended by the four sponsoring governments what they are, and the necessity to avoid complications in the text which might lead to serious difficulties of future ratifications by member states, deemed it fit, acceptable, and practical to include in the Charter these principles and purposes which are fundamental, and only these." (ONU, 1945c, p. 448).

¹⁴¹ A Comissão I era composta pelo Comitê I/1, "Preâmbulo, Propósitos e Princípios", e pelo comitê I/2, "Membro, Emenda e Secretariado" (ONU, 1945a, p. 10).

¹⁴² "NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a

internacional, e que, por ter como objetivo encontrar o apoio da opinião pública da humanidade, indispensável para a consecução dos propósitos da ONU, foi redigido em termos precisos e de forma simples e calorosa. Assinala Rolin (ONU, 1945c, p. 12-13), que, para demonstrar que a Carta da ONU não foi elaborada apenas em nome dos Estados, mas também das coletividades humanas que os formam, o preâmbulo da Carta da ONU difere do estilo geralmente adotado nos tratados internacionais, declarando expressamente ter sido aquele tratado redigido pelo povo que compõe cada Estado.

Neste ponto, concorda-se com a afirmação de Kelsen (1951, p. 6-7) de que o texto do preâmbulo, ao apresentar a Carta da ONU, como fruto de um acordo dos povos de cada Estado, em uma analogia ao preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos, tem significado mais político do que legal, já que era o governo de cada Estado que se encontrava representado na Conferência de São Francisco e não seu povo. Ademais, como ressalta esse autor (1950, p. 7), as constituições de alguns desses Estados nem sequer admitiam uma influência essencial do povo na conclusão de tratados, ou não tinham como indispensável a ideologia política da soberania popular¹⁴³.

Nesse contexto, para evitar problemas jurídicos — decorrentes da inclusão da frase “Nós, os povos das Nações Unidas”, no início do preâmbulo — que impossibilitassem a ratificação da Carta da ONU por algum Estado participante de sua feitura, foi adicionado, no final do referido preâmbulo, o seguinte texto: “[...] nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas [...]” (BRASIL,

segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.” (BRASIL, 1945, p. 1).

¹⁴³ O delegado holandês ao se manifestar sobre a inclusão de “Nós, os povos das Nações Unidas”, proposta pela delegação dos Estados Unidos, sugeriu que poderia haver alguma dificuldade constitucional para a Holanda, já que naquele Estado a soberania não era atribuída pela Constituição ao povo, cabendo a Coroa, e não ao povo, concluir tratados (ONU, 1945c, p. 365).

1945)¹⁴⁴. A redação final do preâmbulo demonstra que a sua frase de abertura é efetivamente política, como afirmado por Kelsen (1951, p. 6-7).

A base para a redação final do preâmbulo foi o projeto apresentado pela Delegação da África do Sul¹⁴⁵ (ONU, 1945c, p. 276). A partir desse projeto, se buscou formular um texto que despertasse, através da linguagem utilizada, o homem comum para as questões versadas na Carta, fazendo com que os valores ali defendidos pudessem guiá-lo.

O preâmbulo proposto¹⁴⁶ por aquele Estado africano enfatizava, mais que o preâmbulo aprovado, a proteção ao ser humano, pois trazia expressamente em seu texto o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, como objetivos a serem alcançados pela ONU, diversamente do texto aprovado que utiliza esse respeito como meio para atingir os fins visados. No entanto, ambos os preâmbulos só contêm um direito humano: a igualdade de direitos de homens e mulheres.

A força vinculante do preâmbulo foi questionada por Estados que defendiam não expressar essa parte do tratado, obrigações compulsórias para os signatários (ONU, 1945c, p. 367). Contudo, prevaleceu o entendimento de que o preâmbulo é parte integrante da Carta e, assim, vincula todos os membros da ONU (ONU, 1945c, p. 367 e p. 448).

É indiscutível a força vinculante do preâmbulo, parte do tratado que contém os fins globais buscados pelas partes-contratantes, apesar deste não possuir o mesmo

¹⁴⁴ O relatório do Comitê 1 para a Comissão I declara que: “[...] ‘Through our representatives ...’ is to be looked upon and read in conjunction with the opening phrase of the Preamble, ‘We the peoples of the United Nations’. The Committee asked the Coordination to change, if necessary, the last phrase of the Preamble in such a way that would fit, at the same time, the definite wish of the Committee to keep the opening phrase as it is, and to make the ending phrase agree with the constitutional considerations for the form of ratification of the Charter by all signatory states.” (ONU, 1945c, p. 392).

¹⁴⁵ Nas palavras do Marechal Smuts, da delegação da África do Sul, “[...] the purport of the preamble presented by his Delegation, stressing the need for a statement of ideals and aspirations which would rally world opinion in support of the Charter.” (ONU, 1945c, p. 277).

¹⁴⁶ Transcreve-se a seguir o texto do preâmbulo apresentado pela África do Sul: “The High Contracting Parties: Determined to prevent a recurrence of the fratricidal strife which twice in our generation has brought untold sorrow and loss upon mankind and to re-establish faith in fundamental human rights, in the sanctity and ultimate value of human personality, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom, and for these ends to practice tolerance and to live together in peace with one another as good neighbors, in order that nations may work together to maintain international peace and security, by the acceptance of principles and the institution of methods to ensure that armed force shall not be used save in the common interest, by the provision of means by which all disputes that threaten the maintenance of international peace and security shall be settled, by the establishment of conditions under which justice and respect for the obligations of international law treaties and fundamental human rights and freedoms can be maintained, by the employment of international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples, agree to this Charter of United Nations.” (ONU, 1945b, p. 476-477).

valor jurídico que o corpo do tratado (CARREAU; BICHARA, 2016, p. 163). Neste sentido é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que, além de declarar ser o preâmbulo parte do tratado, em seu § 2º do art. 31 expressamente determina que “[...] para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos [...]” (BRASIL, 2009). Em outros termos, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados institui de forma clara a importância do preâmbulo quando da interpretação de um tratado¹⁴⁷.

Para Kelsen (1951, p. 9), o conteúdo de um tratado somente terá força vinculante, se tiver caráter normativo, quer dizer, se for estabelecida, por si própria ou em conexão com outros conteúdos do tratado, uma obrigação com a respectiva sanção, por seu descumprimento. Ocorre que, para esse autor (1950, p. 9), o preâmbulo da Carta da ONU não tem como objetivo estabelecer obrigações, mas sim estabelecer certos ideais políticos, sem garantir a sua realização pelas sanções estipuladas na Carta, tendo mais importância ideológica que legal. Kelsen (1951, p. 10), inclusive, duvida da possibilidade de utilização de tal preâmbulo na interpretação, sob o fundamento de que algumas matérias são mencionadas apenas no preâmbulo, e outras são reguladas de maneira mais detalhada ou de forma diferente em partes diversas da Carta.

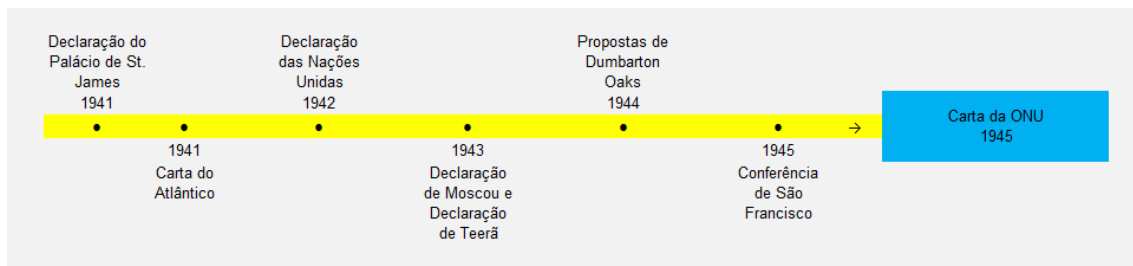
Se esse entendimento de Kelsen podia ser defendido, quando da feitura de tal Carta, atualmente, este se encontra superado, em razão do § 2º do art. 31 da Convenção de Viena de 1969, que define a importância do preâmbulo para fins de interpretação do tratado. Ademais, o § 1º do art. 31 de tal Convenção determina que um tratado deve ser interpretado, à luz de seu objetivo e finalidade, consequentemente, ainda que as matérias constantes em um tratado pareçam estar reguladas de forma contraditória, através da interpretação se harmonizarão todas as partes desse instrumento com o fim por ele visado.

Desta forma, ao contrário do defendido por Kelsen, o fato de existir matéria prevista apenas no preâmbulo da Carta da ONU não torna tal regulamentação inócua, já que o preâmbulo do referido tratado além de possui valor jurídico, não poderá ser negligenciado quando da interpretação do texto desse tratado. E se, apesar do desejo de evitar repetições desnecessárias, uma mesma matéria se encontrar presente, tanto

¹⁴⁷ Discorda-se, assim, de Rezek (1984, p. 245), que atribui ao preâmbulo somente o papel de valioso apoio à interpretação.

no preâmbulo quanto em outras partes da Carta, ainda que com redações distintas, deve-se concluir pela importância dada a tal matéria quando da feitura desse tratado, e não pela impossibilidade de utilização do preâmbulo, quando de sua interpretação. Assim, a igualdade de direito dos homens e das mulheres, prevista no preâmbulo da Carta da ONU, além de ter força vinculante, deve guiar o intérprete, quando da sua aplicação.

Figura 1 - Linha do Tempo dos documentos precursores à Carta da ONU



Fonte: Elaboração da autora (2019)

Desta forma, após uma pincelada panorâmica sobre os documentos precursores da Carta da ONU e sobre a Conferência de São Francisco, será examinado, na próxima seção, o princípio da não discriminação, única norma de direitos humanos prevista no tratado instituidor das Nações Unidas.

2.2 O princípio da não discriminação: inserção e alcance

Se o preâmbulo da Carta da ONU estabelece a igualdade de direitos dos homens e das mulheres, o seu primeiro artigo, que trata dos propósitos dessa organização, amplia essa igualdade, ao declarar que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser para todos, sem distinção, em razão de raça, de sexo, de língua ou de religião.

Vierdag (1973, p. 86) assevera ser o princípio da não discriminação constante na Carta da ONU e seus quatro critérios proibidos de discriminação a base das cláusulas de não discriminação constantes em tratados posteriores de direitos humanos. Sendo, assim, o tratado instituidor das Nações Unidas, o responsável pela

inserção do princípio da não discriminação¹⁴⁸, também conhecido como princípio da igualdade e da não discriminação, no domínio do direito internacional.

A Carta da ONU, ao albergar o princípio da não discriminação, princípio basilar do direito internacional dos direitos humanos¹⁴⁹, não o fez aleatoriamente, sendo fruto da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, na qual a discriminação de seres humanos obteve seu ápice com o holocausto; tal Carta, ao incluir em seu texto o princípio da não discriminação, o fez por causa de sua relevância, como meio para evitar conflitos e atingir a paz duradoura objetivada.

O princípio da não discriminação é previsto de forma enfática, no tratado instituidor da ONU, constando em diversas partes de seu corpo. Encontra-se tal princípio no preâmbulo, no § 3º do art. 1º¹⁵⁰, na alínea *b* do § 1º do art. 13¹⁵¹, na alínea *c* do art. 55¹⁵² e na alínea *c* do art. 76¹⁵³, todos do tratado em exame. Atualmente, esse princípio expandiu-se e encontra-se normatizado em vários outros tratados internacionais¹⁵⁴.

¹⁴⁸ A não discriminação é tanto um princípio como um direito. Como princípio geral do direito internacional atua na forma de diretriz abrangente, servindo de princípio guarda-chuva de direitos específicos, como por exemplo, o direito das mulheres à não discriminação e o direito dos estrangeiros à não discriminação. Assim, age a não discriminação como direito quando especifica certas áreas do princípio geral. Consequentemente, abriga a Carta da ONU o princípio da não discriminação.

¹⁴⁹ “Sobre esse ponto a doutrina contemporânea é pacífica, chegando inclusive a erigir o princípio da não-discriminação como um dos pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (TRINDADE, 1999, p. 77).

¹⁵⁰ “Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:[...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...]” (BRASIL, 1945, p. 2).

¹⁵¹ “Artigo 13.1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: [...] b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”. (BRASIL, 1945, p. 4).

¹⁵² “Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”. (BRASIL, 1945, p. 9).

¹⁵³ “Artigo 76. Os objetivos básicos do sistema de tutela, de acordo com os Propósitos das Nações Unidas enumerados no Artigo 1 da presente Carta serão: c) estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo língua ou religião e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos [...]”. (BRASIL, 1945, p. 12).

¹⁵⁴ O princípio da não discriminação é encontrado em tratados gerais de direitos humanos, como, por exemplo, no § 1º do art. 2º e no art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos; no art. 2º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; no art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; no § 1º do art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; no art. 2º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. E em tratados setoriais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação de 1958 e a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação de 1960.

Qual é, porém, o conceito de discriminação? A referida Carta não responde a essa pergunta, no entanto, existem no ordenamento internacional quatro tratados de direitos humanos que expressamente definem discriminação. O primeiro é a Convenção n.º 111 da OIT, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, que declara em seu art. 1º:

Para fins da presente convenção, o termo 'discriminação' compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego [sic]." (BRASIL, 1968a).

O segundo instrumento é a Convenção contra Discriminação no Campo do Ensino, de 1960, que estabelece em seu art. 1º:

Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino [...]. (BRASIL, 1968b).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, é o terceiro documento internacional a conceituar discriminação, trazendo em seu § 1º do art. 1º que:

Nesta Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (BRASIL, 1969).

Já a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, em seu art. 1º, de forma similar, estabelece:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, 2002)¹⁵⁵.

A partir dos conceitos de discriminação constantes, nos tratados acima referidos, o Comitê de Direitos Humanos¹⁵⁶ (CDH), em seu Comentário Geral n.º 18, conceitua discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseia em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra natureza, a origem nacional ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição social, que tenha por objeto ou resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.¹⁵⁷ (CDH, 1989, p. 2, tradução nossa).

As definições supracitadas demonstram que o princípio da não discriminação se encontra previsto ora como norma aberta ora como norma restrita, quanto aos motivos proibidos de discriminação elencados. Registra-se, no entanto, que os instrumentos internacionais mais recentes, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 26), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 14) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (§ 1º do art. 1º), contêm disposições abertas e indeterminadas quanto aos possíveis motivos de discriminação, não mais restringindo os motivos ilegítimos de discriminação à raça, ao sexo, à língua ou à religião conforme consta na Carta da ONU.

¹⁵⁵ A versão oficial brasileira da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher traz a palavra "objeto" como correspondente "purpose" presente na versão autêntica de língua inglesa, porém a tradução mais correta é "propósito" (BRAGATO; ADAMATTI, 2014, p. 94).

¹⁵⁶ O Comitê de Direitos Humanos é o órgão de monitoramento estabelecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

¹⁵⁷ "[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas." (CDH, 1989, p. 2).

A Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ao aplicar o art. 14¹⁵⁸ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, entende pela desnecessidade de individualizar o motivo específico que fundamenta a discriminação, por não ser exaustiva a lista contida em tal artigo, o que facilita a ampliação dos critérios proibidos de discriminação¹⁵⁹. Para a CEDH, ocorrendo discriminação, não há necessidade de determinar, por exemplo, se o critério proibido de discriminação “sexo” inclui orientação sexual ou se “origem nacional” inclui nacionalidade ou cidadania (BAYEFSKY, 1990, p. 6). Neste sentido, é o trecho da decisão da Corte proferida no Caso Rasmussen Vs. Dinamarca, abaixo transcrito:

Na aplicação do artigo 14 existia, pois, na opinião da Corte, uma diferença de tratamento entre o senhor Rasmussen e sua ex-esposa em relação à possibilidade de investigar a paternidade do primeiro na justiça. Não é necessário determinar em que se funda essa diferença, a lista do artigo 14 não é exaustiva [...] ¹⁶⁰ (CEDH, 1984, p. 11, tradução nossa).

Por outro lado, ainda que a redação do art. 26¹⁶¹ do Pacto de Direitos Civis e

¹⁵⁸ Art. 14 “Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” (1950, p. 13)

¹⁵⁹ “Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido considerado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el contexto de las siguientes distinciones, ninguna de las cuales está expresamente contemplada en el artículo 14: la profesión legal y otras profesiones; personal militar, con y sin grado; madres solteras y casadas; miembros de sindicatos en huelga y no en huelga; personas que desarrollan actividades laborales independientes y trabajadores asalariados; súbditos británicos que residen en el exterior y súbditos británicos que residen en el exterior en el desempeño de funciones diplomáticas; y condenados encarcelados y condenados que gozan de libertad.” (BAYEFSKY, 1990, p. 5-6).

¹⁶⁰ “En la aplicación del artículo 14 existía, pues, en opinión del Tribunal, una diferencia de tratamiento entre el señor Rasmussen y su ex esposa en relación a la posibilidad de investigar en justicia la paternidad del primero. No es necesario determinar en qué se funda esta diferencia, la lista del artículo 14 no es exhaustiva [...]” (CEDH, 1984, p. 11).

¹⁶¹ Apesar da versão oficial brasileira do art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos referir-se a “qualquer outra condição” como a tradução correspondente a expressão “cualquier otra condición social”, registra-se que, ao contrário do texto em português, é o texto em espanhol versão autêntica nos termos do art. 53 do tratado referido. Desta forma, a versão oficial brasileira apresenta o art. 26 do tratado em exame com a seguinte redação: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” (BRASIL, 1992a, p. 8), enquanto a versão autêntica em espanhol declara que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (ONU, 1966).

Políticos sugira que essa norma deva ser interpretada de maneira similar à realizada pela CEDH, no tocante ao art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as decisões do CDH demonstram que, quando não se trata de categoria de discriminação proibida expressamente pelo art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, haverá para tal Comitê a necessidade de enquadrar o motivo de discriminação, no termo “outra condição social”, apesar de esse comitê não ter definido o alcance dessa expressão (BAYEFSKY, 1990, p. 7).

Assevera Dulitzky que a palavra “social”, encontrada na expressão “outra condição social”, implica que a discriminação ilegítima ocorre “[...] em um contexto social determinado, é uma construção social específica ou opera em função das relações entre indivíduos, grupos de indivíduos ou na sociedade em seu conjunto [...]”¹⁶² (DULITZKY, 2007, p. 18, nossa tradução).

Desta maneira, a interpretação do art. 26 pelo CDH impõe uma limitação ao alcance e aplicação do artigo em exame, dificultando a ampliação dos critérios proibidos de discriminação. Contudo, cabe destacar que o art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não contém a qualificadora “social”, se referindo somente a “outra situação”, ou seja, apesar de serem parecidas as redações do art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos não são iguais.

Dulitzky (2007, p. 19) afirma que um tribunal internacional, ao ampliar os motivos de discriminação ilegítima, deve fundamentar a ampliação e enquadrar o motivo de discriminação no termo “outra condição social”, sob pena de converter o texto do tratado em algo banal e irrelevante. Para este autor (DULITZKY, 2007, p. 19), a ausência de tal fundamentação pode gerar a impressão equivocada de que as decisões acerca do alcance de uma norma dependem, amplamente, do arbítrio do tribunal internacional que a está aplicando.

Consequentemente, ainda que o texto convencional não consagre todas as respostas, e sem esquecer que a natureza evolutiva do tratado deve ser considerada, Dulitzky (2007, p. 19) afirma ser o tratado ponto de partida de qualquer interpretação. Desta maneira, as razões que levam à ampliação dos critérios proibidos de discriminação devem constar sempre na decisão, cabendo ao tribunal explicá-las, com

¹⁶² "La calificación de 'condición social' implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto." (DULITZKY, 2007)

base no próprio tratado, em seus objetivos e finalidades (DULITZKY, 2007, p. 19).

Ainda com base no conceito de discriminação, afere-se que o princípio da não discriminação, tanto iguala os indivíduos perante a lei, que deverá protegê-los sem diferenciação, quanto proíbe qualquer discriminação legal e garante a todos proteção igual e efetiva contra qualquer distinção (CDH, 1989, p. 1). Esse princípio, porém, não significa uniformidade de tratamento entre os seres humanos em todas as circunstâncias¹⁶³, mas sim, como assinala Cançado Trindade (1999, p. 78), determina vedação a tratamentos diferenciados entre os indivíduos sem um propósito legítimo ou justificativa objetiva e razoável, devendo a distinção guardar relação de proporcionalidade entre o fim a ser atingido e os meios empregados¹⁶⁴.

No entanto, decisões mais recentes dos tribunais internacionais determinam que o meio escolhido deve não apenas ser adequado e efetivamente conducente, como necessário, ou seja, não basta que exista proporcionalidade entre o meio empregado e o objetivo buscado, devendo sempre ser empregada a alternativa menos lesiva (DULITZKY, 2007, p. 20).

É cediço que a igualdade não pode ser concebida em todas as situações como igualdade absoluta de tratamento, sob pena de tornar a igualdade uma noção vazia, injusta. Como já dito, em certas ocasiões, igualdade perante a lei implica tratamento diferenciado de circunstâncias e situações semelhantes, mas conforme pressupostos normativos que excluam a arbitrariedade e a discriminação, sob pena da igualdade legal se degenerar em uma sucessão de desigualdades reais (PÉREZ LUÑO, 2005,

¹⁶³ Cita-se, como exemplo, o § 5º do art. 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos que proíbe a pena de morte em caso de crime cometido por menor de 18 anos e para mulheres em estado de gravidez.

¹⁶⁴ No direito internacional são exemplos de admissão de tratamento diferenciado a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A primeira prevê no § 4º de seu art. 1º que “[...] não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos [...]”. E no § 2º do seu art. 2º que os “[...] Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.”. Já a segunda convenção, no § 1º de seu art. 4º determina que a “[...] adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.”.

p. 28).

Nesse sentido, tratar de forma igual todos os indivíduos, sem levar em conta as diferenças existentes que os tornam desiguais, é tão discriminatório quanto tratar iguais de maneiras diferentes. Vierdag denomina esse tipo de discriminação de “tratamento erroneamente igual”, descrevendo-a como a que ocorre quando “[...] em um direito ou um dever específico nenhuma diferença é feita e, assim, não existe conexão suficiente entre a desigualdade dos sujeitos e o direito ou o dever.”¹⁶⁵ (VIERDAG, 1973, p. 70, tradução nossa).

Desta forma, o princípio da não discriminação veda tanto a discriminação direta como a indireta¹⁶⁶. Essa última se produz, quando uma prática, ou uma norma, ou um requisito aparentemente neutro repercute de forma desproporcional sobre determinado grupo (ONU, 2010, p.10). Assim, como afirma Vierdag (1973, p. 71), na indireta, a discriminação encontra-se no efeito da regra e não em seu texto. Por ser mais sutil, é a discriminação indireta mais difícil de ser reconhecida e eliminada (ONU, 2010, p.10).

A noção de discriminação indireta serve para dois fins distintos: primeiro, revelar casos de discriminação consciente, por trás do uso de critérios aparentemente neutros, para alcançar o resultado que se teria com o uso explícito de critérios de diferenciação proibidos; segundo, impedir certas regras ou práticas que, embora sem intenção, impõem uma desvantagem específica a certos grupos ou impactam de forma desproporcional esses grupos, sem que haja uma justificativa para tal desvantagem ou impacto (SCHUTTER, 2014, p. 704). Schutter (2014, p. 704) afirma ser a utilização de dados estatísticos a ferramenta para mensurar o impacto causado por medidas aparentemente neutras a certos grupos e, conseqüentemente, identificar a ocorrência de discriminação indireta.

No entanto, adverte Schutter que o CDH, no Caso Karnel Singh Bhinder Vs. Canadá, aplica entendimento diverso, para aferir a ocorrência ou não de discriminação

¹⁶⁵ "This is the situation we had in mind when we described discrimination also as "wrongly equal treatment." We explained this description by saying that discrimination occurs when in a specific right or duty no inequality is made, and thus no sufficient connection exists between the unequalness of the subjects treated and the right or duty." (VIERDAG, 1973, p. 70).

¹⁶⁶ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) em seu Comentário Geral n.º 20 declara que: "La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas." (CESCR, 2000, p. 5).

indireta, uma vez que não faz uso de estatísticas, e toma como ponto de partida que certas medidas afetarão, por sua própria natureza, grupos definidos (2014, p. 705). No caso em análise, em que o autor, Karnel Singh Bhinder, alega usar turbante em sua vida cotidiana, em virtude de sua religião e que, por isso, se recusa a usar capacete de segurança durante o seu trabalho, o CDH (1989a, p. 190) concluiu que a lei canadense, ao exigir que os trabalhadores usem capacetes para protegê-los contra lesões e choques elétricos é neutra, e que tal exigência legal deve ser considerada razoável e com propósitos legítimos¹⁶⁷.

A CEDH aplicou a noção de discriminação indireta, também, sem fazer uso de estatísticas, para declarar por unanimidade a ocorrência de discriminação no Caso Thlimmenos Vs. Grécia. Neste caso, a CEDH analisou se a negação pelo Estado grego a Thlimmenos, testemunha de Jeová, do direito de ser nomeado para o cargo de perito contábil, após aprovação no exame necessário, por contar em seu registro criminal condenação, em virtude de recusa em prestar serviço militar, por motivos religiosos, configurava ou não discriminação (CEDH, 2000, p. 1).

Na decisão em exame, a CEDH (2000, p. 1) afirma que uma condenação motivada pela negativa de prestação de serviço militar, por motivos religiosos ou filosóficos, não denota nenhuma falta de honestidade ou torpeza moral que possa reduzir a capacidade do indivíduo para o exercício da profissão de perito contábil, por conseguinte, a negativa estatal não se fundamentava em uma justificativa razoável e nem visava a um fim legítimo. Nas palavras da Corte:

O direito de usufruir os direitos garantidos pela Convenção, sem sofrer discriminação, é igualmente violado quando, sem justificativa objetiva e razoável, os Estados não aplicam um tratamento diferente a pessoas

¹⁶⁷ "6.1 The Committee notes that in the case under consideration legislation which, on the face of it, is neutral in that it applies to all persons without distinction, is said to operate in fact in a way which discriminates against persons of the Sikh religion. The author has claimed a violation of article 18 of the Covenant. The Committee has also examined the issue in relation to article 26 of the Covenant. 6.2 Whether one approaches the issue from the perspective of article 18 or article 26, in the view of the Committee the same conclusion must be reached. If the requirement that a hard hat be worn is regarded as raising issues under article 18, then it is a limitation that is justified by reference to the grounds laid down in article 18, paragraph 3. If the requirement that a hard hat be worn is seen as a discrimination de facto against persons of the Sikh religion under article 26, then, applying criteria now well-established in the jurisprudence of the Committee, the legislation requiring that workers in federal employment be protected from injury and electric shock by the wearing of hard hats is to be regarded as reasonable and directed towards objective purposes that are compatible with the Covenant." (CDH, 1986, p. 190).

cujas situações são substancialmente diferentes.¹⁶⁸ (CEDH, 2000, p. 2, tradução nossa).

Decorre das decisões acima, que mesmo afetando de forma desproporcional os membros de determinado grupo, a existência de justificativa objetiva e razoável afastará a caracterização de discriminação. Contudo, a restrição imposta aos direitos humanos do grupo atingido, advinda de lei neutra, deve ser proporcional e necessária ao objetivo perseguido, ainda que a norma seja vital para satisfazer um interesse público imperativo, apesar das decisões do CDH e da CEDH serem silentes neste ponto. Em outras palavras, é imperioso optar pelo meio que menos restrinja os direitos humanos do grupo afetado na busca do fim pretendido.

A CEDH, porém, adota novo posicionamento, no que se refere à utilização de estatísticas como meio de prova da discriminação indireta no Caso *Asunto D.H. e Outros Vs. República Checa*. Este caso versa sobre a discriminação sofrida pelas crianças ciganas decorrente da aplicação de legislação educacional neutra da República Checa, que conduzia um número significativo e injustificado de crianças da referida etnia a escolas para alunos com deficiência mental, onde o programa educacional era de nível mais baixo que o das escolas ordinárias, acentuando as dificuldades das crianças ciganas, em vez de ajudá-las a desenvolver capacidades que lhes facilitassem a vida no meio da população majoritária (CEDH, 2007, p. 72 e 77).

No caso em análise, a CEDH (2007, p. 72) assinala a dificuldade das vítimas em provar a discriminação indireta, e aponta a utilização de dados estatísticos como meio de prova válido e significativo. A Corte Europeia (CEDH, 2007, p. 72) ressalta não ser a apresentação de estatísticas essencial, para a demonstração de discriminação indireta, mas adverte que estas estabelecem uma presunção de discriminação advinda da medida ou prática neutra, que transfere para o Estado o ônus de refutar tal presunção. Neste sentido, são os trechos da decisão em análise abaixo transcritos:

186. Como mencionado anteriormente, o Tribunal já reconheceu as dificuldades que os demandantes podem encontrar quando se trata de provar a existência de um tratamento discriminatório (*Natchova y outros*, já a citado, parágrafos 147 e 157). Para garantir uma proteção

¹⁶⁸ "El derecho de disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio, sin sufrir discriminación, se transgrede igualmente cuando, sin justificación objetiva razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes." (CEDH, 2000, p. 2).

efetiva dos direitos das pessoas envolvidas, em caso de alegação de discriminação indireta, se impõem a essas pessoas regras de provas menos rígidas. [...] 188. Nessas circunstâncias, a Corte considera que, quando se trata de avaliar o impacto das medidas ou práticas sobre um indivíduo ou um grupo, as estatísticas, após uma análise crítica da Corte, aparecem confiáveis e suficientemente significativas para constituir um indício de prova apresentado pelo autor. Isto não significa, no entanto, que a apresentação de estatísticas seja essencial para a demonstração da discriminação indireta. 189. Se for estabelecida uma presunção de discriminação relacionada com o efeito da medida ou da prática pelo autor que alega a discriminação indireta, cabe ao Estado demandado refutá-la, demonstrando que a diferença em questão não é discriminatória [...].¹⁶⁹ (CEDH, 2007, p. 72, tradução nossa).

No tocante ao uso de estatísticas na prova da ocorrência de discriminação indireta, o caminho encontrado e exposto na decisão acima pela CEDH é louvável, pois não impede o reconhecimento deste tipo de discriminação, caso a vítima não possua dados estatísticos que comprovem suas alegações.

Mas será a intenção discriminatória um elemento necessário para a configuração de discriminação direta ou indireta? As definições de discriminação contidas na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; na Convenção n.º 111 da OIT, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação de 1958 e na Convenção contra Discriminação no Campo do Ensino demonstram não ser a intenção discriminatória um elemento necessário para a existência de discriminação.

Os quatro tratados em análise conceituam discriminação com referência ao objetivo ou efeito, não trazendo a finalidade ou a intenção discriminatória como um requisito para existência de discriminação (BAYEFSKY, 1990, p. 9). Trilha esse mesmo caminho o Comentário Geral n.º 18 do CDH, que em nenhum momento

¹⁶⁹ "186. Como ha mencionado anteriormente, el Tribunal ya ha reconocido las dificultades que pueden encontrar los demandantes cuando se trata de probar la existencia de un trato discriminatorio (*Natchova y otros*, ya citado, apartados 147 y 157). Para garantizar una protección efectiva de sus derechos a las personas implicadas, en caso de alegar discriminación indirecta, se imponen reglas de prueba menos estrictas. [...] 188. En esas circunstancias, el Tribunal considera que, cuando se trata de evaluar el impacto de las medidas o prácticas sobre un individuo o un grupo, las estadísticas que, después de haber sido sometidas a un examen crítico del Tribunal, parecen fiables y suficientemente significativas para constituir un indicio de prueba a aportar por el demandante. Esto no significa, sin embargo, que la presentación de estadísticas sea esencial para demostrar la discriminación indirecta. 189. Si se establece una presunción de discriminación relacionada con el efecto de la medida o práctica por parte del demandante alegando una discriminación indirecta, entonces corresponde al Estado demandado refutar esta presunción demostrando que la diferencia en cuestión no es discriminatoria [...]" (CEDH, 2007, p. 72).

apresenta a finalidade ou a intenção discriminatória como requisito da discriminação.

Igual entendimento sobre não ser a intenção discriminatória um elemento necessário da discriminação é encontrado no voto dissidente do juiz Tanaka, no Caso do Sudoeste Africano (Etiópia V. África do Sul). Esse juiz, ao se manifestar sobre a alegação da África do Sul de que a adoção da política do *apartheid* se fazia necessária para a promoção do bem-estar e do progresso pessoal dos habitantes do Território, em razão das diferenças e variedades geográficas, históricas, etnológicas, econômicas e culturais existentes entre os vários grupos populacionais existentes (CIJ, 1962, p. 301), afirma que:

A arbitrariedade proibida significa fato puramente objetivo e não condição subjetiva dos envolvidos. Consequentemente, a arbitrariedade pode ser afirmada sem levar em consideração seu motivo ou propósito. [...] a prática do *apartheid* é fundamentalmente irracional e injusta. A irracionalidade e a injustiça não dependem da intenção ou motivo do Mandatário, ou seja, de *mala fides* [...] ¹⁷⁰ (CIJ, 1962, p. 306 e 314, tradução nossa).

Outro ponto relevante em relação ao princípio da não discriminação é a autonomia deste princípio com relação ao tratado que o prevê. O Comentário Geral n.º 18 do CDH assinala que o art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos contém um princípio autônomo, que proíbe a discriminação de fato ou de direito, em qualquer esfera, não se limitando ao escopo dos direitos enunciados naquele tratado.

No Caso S.W.M Broeks Vs. Holanda, o CDH (1987, p. 3) afirma que o Pacto de Direitos Civis e Políticos não impõe aos Estado a obrigação de legislar sobre seguridade social. No entanto, assevera (CDH, 1987, p. 3) que a lei holandesa, ao tratar mulheres casadas de forma diversa e desvantajosa em comparação com homens casados, no tocante a benefícios de seguridade social, violava o art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, reafirmando a autonomia do princípio da não discriminação.

Esse mesmo raciocínio jurídico deve ser aplicado ao princípio da não discriminação, constante na Carta da ONU, tratado que precedeu o Pacto em exame e que expressamente o traz em seu texto. Concorde-se com Cançado Trindade (1999,

¹⁷⁰ “The arbitrariness which is prohibited, means the purely objective fact and not the subjective condition of those concerned. Accordingly, the arbitrariness can be asserted without regard to his motive or purpose. [...] the practice of apartheid is fundamentally unreasonable and unjust. The unreasonableness and injustice do not depend upon the intention or motive of the Mandatory, namely its *mala fides*.” (CIJ, 1962, p.306 e 314).

p. 77-78), de que o caráter independente e autônomo do princípio da não discriminação é da maior importância para o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Ademais, por ser o princípio da não discriminação uma norma consuetudinária de *ius cogens* (Cf. seção 2.3) deve-se reconhecer a autonomia de tal princípio, ainda que esse conste em instrumentos internacionais convencionais.

Registra-se que decorre do princípio da não discriminação, tanto o dever de não discriminar combinado com o tratamento formal igualitário (proteção igualitária da lei), como o dever de promover ações visando a extinguir vulnerabilidades de indivíduos e de grupos que conduzam à discriminação.

O Comentário Geral n.º 18 conceitua ações afirmativas, também denominadas medidas especiais temporárias ou medidas especiais de proteção, como as que têm como objetivo “[...] reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam a discriminação [...]”¹⁷¹ (CDH, 1989, p. 3, tradução nossa). De acordo com o referido Comentário Geral, é dever dos Estados adotar ações afirmativas para remediar situação de vulnerabilidade que impeça ou dificulte o gozo dos direitos humanos por determinado setor de sua população (CDH, 1989, p. 3).

O CDH (1989, p. 3), no Comentário Geral em exame, assinala que as medidas afirmativas podem estabelecer, por um tempo, tratamento preferencial para os indivíduos e grupos vulneráveis (ou vulnerabilizados¹⁷²) em comparação com o restante da população, mas, por serem necessárias, para corrigir discriminação de fato, configuram diferenciação legítima.

A definição de medidas afirmativas também é encontrada no § 4º do art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas Discriminação Racial, *in verbis*:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes

¹⁷¹ “El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.” (CDH, 1989, p. 3).

¹⁷² “A menção à expressão ‘vulnerabilizados’ destaca que os indivíduos e/ou grupos em desvantagem não se encontram nesta condição por uma questão natural, intrínseca ou inexorável, mas em razão de um processo histórico que leva à sua subjugação por meio da confluência de diferentes fatores.” (BRAGATO; ADAMATTI, 2014, p. 98-99).

grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL, 1969, p. 2).

Dispositivo de igual teor, também, consta no § 1º do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher abaixo transcrito:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas: essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. (BRASIL, 2002, p. 3).

Concorda-se com Bayefsky (1990, p. 26), no sentido de decorrerem dos citados tratados que as medidas afirmativas devem: a) ser adotadas visando a assegurar o progresso, no intuito de garantir a igualdade de gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais ou acelerar a igualdade *de facto*; b) ser de caráter temporário, cessando quando atingirem os objetivos propostos, especificamente, a igualdade de oportunidade e tratamento; c) não implicar a manutenção de padrões ou direitos desiguais ou separados.

Desta forma, em regra, a característica distintiva das ações afirmativas é buscarem promover a igualdade de fato entre diferentes categorias de indivíduos, concedendo tratamento específico (geralmente chamado de “preferencial”) à categoria menos favorecida, a fim de compensar as desigualdades existentes ou para combater seus efeitos (SCHUTTER, 2014, p. 723).

Contudo, é inegável o cunho pedagógico das medidas afirmativas, uma vez que estas

[...] têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano [...] (GOMES, 2001, p.132).

As ações afirmativas constituem, assim, um meio para atacar a intolerância em razão de sexo, raça, nacionalidade, língua, religião e outros, na sociedade. Através de medidas especiais temporárias pode-se quebrar dinâmicas que perpetuam tratamentos discriminatórios. Desta maneira, o princípio da não discriminação impõe aos Estados “[...] atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais

[...]” (GOMES, 2001, p.133).

Segundo Pérez Luño (2005, p. 115), as ações afirmativas, denominadas por ele de "discriminação reversa" ou "discriminação positiva", têm como propósito compensar situações de injustiça histórica de discriminação sofridas por grupos ou minorias por razões de sexo, raça, situação econômica, religião, entre outras (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 115). Desta forma, estão tais ações, tipicamente, voltadas aos indivíduos pertencentes a grupos que foram historicamente discriminados ou que estão em posição de desvantagem estrutural. E, por serem uma exceção ao princípio da igualdade formal, são permitidas em circunstâncias bem definidas e devem ser limitadas ao necessário, tanto no escopo quanto no tempo (SCHUTTER, 2014, p. 729).

Este ponto de vista encontra-se presente na Recomendação Geral n.º 25 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDCM), que trata das medidas especiais temporárias:

A Convenção proíbe as dimensões discriminatórias de contextos culturais e sociais passados e presentes que impedem a mulher de gozar seus direitos humanos e liberdades fundamentais. Sua finalidade é a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, incluída a eliminação das causas e consequências da desigualdade substantiva ou *de facto*. Portanto, a aplicação de medidas especiais temporárias de acordo com a Convenção é um meio de alcançar a igualdade substantiva ou *de facto* da mulher e não uma exceção às regras de não discriminação e igualdade.¹⁷³ (CEDCM, 2004, p. 3, tradução nossa).

A Recomendação Geral n.º 25, declara que os Estados, ao aplicar tais medidas para acelerar a conquista da igualdade substantiva, devem analisar o contexto em todas as áreas da vida da mulher, bem como, no âmbito específico para o qual as medidas são direcionadas (CEDCM, 2004, p. 6-7). O CEDCM (2004, p. 6-7), na Recomendação em análise, ressalta a necessidade de se avaliar a possível repercussão, no contexto nacional, das medidas referidas em relação ao objetivo específico, bem como a imposição de se adotar as medidas temporárias mais

¹⁷³ "La Convención proscribire las dimensiones discriminatorias de contextos culturales y sociales pasados y presentes que impiden que la mujer goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Su finalidad es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incluida la eliminación de las causas y consecuencias de la desigualdad sustantiva o de facto. Por lo tanto, la aplicación de medidas especiales de carácter temporal de conformidad con la Convención es un medio de hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad." (CEDCM, 2004, p. 3).

adequadas para alcançar a igualdade substantiva ou *de facto* da mulher.

Apesar da Recomendação Geral n.º 25 do CEDCM referir-se à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, as observações constantes neste documento servem de baliza para a aplicação de medidas afirmativas pelos Estados, em todos as circunstâncias em que estas se fazem necessárias.

O dever dos Estados de promoverem ações visando a extinguir vulnerabilidades de indivíduos ou de grupos que conduzam à discriminação é reafirmado na Recomendação Geral n.º 25 do CEDCM. De fato, cabe aos Estados

[...] fornecer explicações adequadas em todos os casos em que não adotem medidas temporárias especiais. Esses casos não podem ser justificados simplesmente alegando que é impossível agir ou atribuindo a inatividade às forças políticas ou de mercado prevalentes, como as inerentes ao setor privado, às organizações internacionais ou aos partidos políticos.¹⁷⁴ (CEDCM, 2004, p. 7, tradução nossa).

Shutter (2014, p. 724) assinala que, em certos casos, medidas afirmativas podem ser adotadas, sem qualquer referência a desigualdades pré-existentes com o objetivo explícito de alcançar a diversidade em determinados contextos, em que é importante que todos os segmentos da população estejam representados, sem, no entanto, exemplificar tal afirmação.

Ao findar esta seção, conclui-se que os participantes da elaboração da Carta da ONU tinham consciência do relacionamento entre segurança e respeito aos Direitos Humanos, mas cautelosos, além de terem preferido fazer a internacionalização de tais direitos "por partes", inscreveram-os, de maneira imprecisa, sem lhes definir o conteúdo e os limites (FRANCHINI-NETO, p. 77). E, que o referido tratado, além de ter promovido os direitos humanos à consideração da área internacional, consigna, em seu corpo de normas, o princípio da não discriminação.

O princípio da não discriminação é o único direito humano previsto de forma concreta na Carta da ONU. E, ainda que apareça neste tratado em termos vagos, é indiscutível que, com o tempo, se desenvolveu um significado mais preciso, sendo

¹⁷⁴ "Los Estados Partes deberán dar explicaciones adecuadas en todos los casos en que no adopten medidas especiales de carácter temporal. Esos casos no podrán justificarse simplemente alegando imposibilidad de actuar o atribuyendo la inactividad a las fuerzas políticas o del mercado predominantes, como las inherentes al sector privado, las organizaciones privadas o los partidos políticos." (CEDCM, 2004, p. 7).

inegável que a violação desta norma de direitos humanos acarreta responsabilidade para os Estados, nos termos do Capítulo VII da própria Carta¹⁷⁵. A próxima seção, demonstrará ser o princípio da não discriminação norma de *ius cogens*.

2.3 O princípio da não discriminação como norma de *ius cogens*

A Carta da ONU, de forma enfática, demonstra preocupação com a proteção dos direitos humanos. Já no preâmbulo deste tratado encontra-se como fim dessa organização “[...] reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]”. Nesse mesmo sentido, o § 3º do art. 1º desse tratado apresenta como propósito da ONU “[...] promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos [...]”.

O § 1º do art. 13º da Carta em comento declara que a Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações destinados a: “[...] promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais por parte de todos os povos [...]”. Enquanto o § 2º do art. 62 desse tratado declara que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) poderá fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos; e o art. 68 determina que o ECOSOC criará comissões para a proteção dos direitos humanos. Finalmente na alínea c do art. 76, a Carta da ONU prevê o estímulo ao “[...] respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos [...]” como objetivo básico do sistema de tutela.

Mas qual a relação entre a proteção do ser humano e a segurança e a paz internacionais? Afirma Kelsen (1951, p. 13) que se a paz é o fim último da ONU, a segurança internacional estará garantida, se a paz for mantida; sendo a cooperação internacional, para o referido tratado, o meio para alcançá-la de forma duradoura. Contudo, como leciona esse autor (1951, p. 21), nos termos do § 3º do art. 1º de tal Carta, só com o respeito pelos direitos humanos ter-se-á cooperação internacional. Em outras palavras, não haverá paz, sem a proteção dos direitos humanos.

¹⁷⁵ “Certas questões, principalmente as respeitantes ao direito à autodeterminação e ao princípio da não discriminação em questões raciais, são consideradas pela Assembleia Geral como questões de interesse internacional, independentemente de referência expressa a qualquer ameaça à paz e segurança internacionais.”(BROWNLIE, 1990, p. 316).

Demonstrou-se que nem todos os direitos humanos possuem a característica de *ius cogens* (Cf. seções 1.2.1; 1.3). Mas será o princípio da não discriminação contido nessa Carta norma de *ius cogens*? Para responder a esse questionamento partir-se-á da natureza jurídica positivista do *ius cogens* (Cf. seção 1.2.2) e dos requisitos necessários para que uma norma adquira essa característica (Cf. seção 1.3), pois, como afirmado por Tladi (CDI, 2016b, p. 7), ambos são elementos fundamentais para a determinação das normas de *ius cogens*.

A CIJ, ao julgar o Caso Relativo às Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e Contra a Nicarágua¹⁷⁶ (Nicarágua Vs. Estados Unidos), afirmou que a prática dos Estados não precisa estar em conformidade absolutamente rigorosa com uma norma, para que essa se estabeleça como consuetudinária, basta que seja compatível, e que condutas estatais conflitantes sejam consideradas violações e não indicações de reconhecimento de uma nova norma¹⁷⁷ (CIJ, 1986, p. 98). Consequentemente, se um Estado age de maneira *prima facie* incompatível com a norma consuetudinária, mas defende sua conduta, apelando para exceções ou justificativas constantes na própria regra, tal fato só confirma a existência da norma em vez de enfraquecê-la (CIJ, 1986, p. 98).

Assinala a CIJ (1986, p. 100) que as resoluções da Assembleia Geral da ONU servem para revelar o preenchimento da *opinio juris*, elemento necessário para o reconhecimento de uma norma consuetudinária, uma vez que essas esboçam o entendimento dos Estados, sobre determinadas matérias. Assim, o efeito do

¹⁷⁶ Os Estados Unidos alegaram a reserva de tratado multilateral, feita, quando da aceitação da jurisdição da CIJ, como fundamento para a inexistência de jurisdição de tal Corte, no Caso Relativo às Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e Contra a Nicarágua (CIJ, 1986, p. 33). Para esse Estado, em razão da lide versar sobre violações a quatro tratados multilaterais (Carta das Nações Unidas, Carta da Organização dos Estados Americanos, Convenção de Montevideu sobre os Direitos e Deveres dos Estados e Convenção de Havana sobre os Direitos e Deveres dos Estados em Caso de Conflito Civil), não estaria o mesmo obrigado a se submeter a jurisdição da CIJ no referido caso, uma vez que o julgamento com base em tais tratados afetaria terceiros Estados (CIJ, 1986, p. 33-34). Por ter a Nicarágua declarado que entendia que as obrigações constantes nas convenções referidas se encontravam incorporadas na Carta da Organização dos Estados Americanos (CIJ, 1986, p. 34), a Corte se limitou a analisar a violação das duas Cartas para declarar que o exercício de sua jurisdição nesse caso fundamentava-se não em tratados multilaterais (que não poderiam ser aplicados em razão da reserva existente), mas no direito consuetudinário incluídos nas duas Cartas (CIJ, 1986, p. 97).

¹⁷⁷ "The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule." (CIJ, 1986, p. 98).

consentimento dado pelos Estados ao texto de tais resoluções, mais que mera reiteração ou elucidação da Carta da ONU, deve ser “[...] entendido como uma aceitação da validade da norma ou do conjunto de normas declaradas pela resolução”¹⁷⁸ (CIJ, 1986, p. 100, tradução nossa). Ademais, todos os Estados-membros da ONU têm o direito de participar da votação do texto de qualquer resolução de sua assembleia geral, independente de serem ou não signatários de tratados que regulem as matérias nela abordadas.

Nessa mesma trilha, Cançado Trindade (1988, p. 14) afirma que as resoluções, em especial as de direitos humanos, não deverão ser minimizadas, sendo juridicamente relevantes por induzir, influenciar e condicionar a prática dos Estados, ao colocá-los na obrigação de considerá-las de boa-fé, além de fornecerem indicações significativas para a verificação da existência de uma *opinio juris*.

O princípio da não discriminação está previsto no art. 2º¹⁷⁹ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Resolução 217-A da Assembleia Geral da ONU. Âmbitos específicos desse princípio encontram-se regulados pelas várias resoluções desse órgão¹⁸⁰ que proíbem a discriminação racial; a discriminação religiosa; a discriminação em razão do sexo; e a discriminação das minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas. Assim, ao utilizar o mesmo raciocínio jurídico aplicado pela CIJ, na decisão proferida no Caso Relativo às Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e Contra a Nicarágua, no tocante ao princípio da proibição ao uso da força, expresso no § 4 do art. 2º da Carta da ONU, conclui-se, através de tais resoluções,

¹⁷⁸ “[...] it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves.” (CIJ, 1986, p. 100).

¹⁷⁹ “1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.”

¹⁸⁰ Tratam da não discriminação, dentre outras, as seguintes resoluções da Assembleia Geral: 644 (VII) de 1952 (Discriminação Racial nos Territórios Não Autônomos), 1328 (XIII) de 1958 (Discriminação Racial nos Territórios Não Autônomos), 1536 (XV) de 1960 (Discriminação Racial nos Territórios Não Autônomos), 1850 (XVII) de 1962 (Discriminação Racial nos Territórios Não Autônomos), 1514 (XV) de 1960 (Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais), 2263 (XXII) de 1967 (Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher), 2.625 (XXV) de 1970 (Declaração sobre Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e de Cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas), 36/55 de 1981 (Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião nas Convicções), 47/135 de 1992 (Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas) e 67/1 de 2012 (Declaração sobre o Estado de Direito nos Planos Nacional e Internacional).

ser o princípio da não discriminação norma consuetudinária do direito internacional, que tem como corolário a igualdade.

Ademais, a presença do princípio da não discriminação em tratados internacionais distintos da Carta da ONU (Cf. seção 2), como asseverado pela CIJ (1986, p. 100), só reforça a existência da *opinio juris*. Esses tratados comprovam, também, a afirmação contida no Comentário Geral n.º 18 do CDH, de que a não discriminação “[...] constitui um princípio básico e geral relativo à proteção dos direitos humanos [...]”¹⁸¹ (CDH, 1989, p. 1, tradução nossa). Entendimento compartilhado por Cançado Trindade (1999, p. 77), que afirma ser a doutrina contemporânea pacífica sobre a condição de pilar do direito internacional dos direitos humanos de tal princípio.

Trilham este mesmo caminho, documentos emitidos pela própria ONU que reconhecem ser o princípio da não discriminação uma norma consuetudinária de direito internacional, fundamental no direito internacional e com reflexo em todos os instrumentos e documentos relativos aos direitos humanos (ONU, 2010, p. 6)¹⁸². A relevância e a natureza consuetudinária do princípio da não discriminação são reveladas também pela presença deste princípio em diversas constituições, como por exemplo, na Constituição portuguesa de 1976, na Constituição japonesa de 1946, na Constituição italiana de 1947, na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental de 1949, na Constituição espanhola de 1978 (PASSOS, p. 1, 2002) e na Constituição brasileira de 1988.

Como exposto no primeiro capítulo, toda norma de *ius cogens* é uma norma de direito internacional geral. E se é o contexto que define, dentre os sentidos possíveis¹⁸³, o significado de “direito internacional geral” (CDI, 2006a, p. 196), no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, o termo “geral” refere-se ao alcance de sua

¹⁸¹ “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.” (CDH, 1989, p. 1).

¹⁸² “[...] el principio de derecho internacional consuetudinario de la no discriminación, que es fundamental en el derecho internacional y que se refleja en todos los instrumentos y documentos relativos a los derechos humanos.” (ONU, 2010, p. 6)

¹⁸³ O informe do Grupo de Estudo sobre a fragmentação do direito internacional da CDI, por exemplo, emprega em sentido diverso ao declarar que “Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’, el ‘derecho del mar’, el ‘derecho europeo’ e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el ‘derecho de las inversiones’ o el ‘derecho internacional de los refugiados’, etc [...]” (CDI, 2006b, p. 12). Apresentando, ainda, o referido informe “direito internacional geral” como oposição a *lex specialis*, norma mais específica por conter a própria norma geral como elemento de definição de seu âmbito de aplicação (CDI, 2006b, p. 55-56).

aplicabilidade (Cf. seção 1.3). Trilha esse mesmo caminho o projeto de conclusão n.º 5, proposto pelo Relator Especial Tladi, que declara ser uma norma de direito internacional geral aquela que tem um âmbito de aplicação geral¹⁸⁴ (CDI, 2017b, p.43); pois, conforme salienta (CDI, 2017b, p. 19), ainda que se utilize o termo "direito internacional geral" na distinção de *lex specialis* e de direito convencional, no contexto do art. 53 da Convenção de Viena, o adjetivo geral constante na expressão "normas de direito internacional geral" refere-se ao alcance da aplicabilidade da norma; do contrário, impedir-se-ia que se atribísse o *status* de *ius cogens* a normas de direito internacional humanitário.

A Carta da ONU, ao determinar no § 3º de seu art. 1º que todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser para todos, sem distinção em razão de raça, de sexo, de língua ou de religião, positiva um princípio autônomo que também é norma consuetudinária, não limitando a aplicação de tal princípio aos direitos constantes em seu corpo de normas, apesar de ser o princípio da não discriminação fundamental para o tratado em análise. Assim, por ser o princípio da não discriminação constante na Carta da ONU¹⁸⁵ norma consuetudinária de direito internacional geral, resta preenchida a condição previa, para poder atribuir-lhe a característica de *ius cogens*.

Não se faz necessário demonstrar que o princípio da não discriminação constante em tal Carta é inderrogável, pois, como analisado (Cf. seção 1.3), é a inderrogabilidade consequência da imperatividade, não sendo, *per se*, um critério para atribuir o caráter de *ius cogens* a uma norma¹⁸⁶. Também é inútil aferir se tal norma de direitos humanos é imperativa, posto ser a imperatividade fruto do *ius cogens* e não requisito definidor desse atributo (Cf. seção 1.3).

Desse modo, após preenchido o primeiro requisito, para atribuir a característica de *ius cogens* ao princípio da não discriminação, averiguar-se-á, a seguir, se tal princípio salvaguarda valores fundamentais da sociedade internacional. Esse requisito

¹⁸⁴ "[...] una norma de derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general [...]" (CDI, 2017b, p. 43).

¹⁸⁵ "El hecho de que diversos tratados recojan normas de derecho internacional general y de que, a su vez, ciertas disposiciones de tratados pasen a formar parte del corpus del derecho internacional general es reflejo de la vitalidad y la sinergia del sistema y de la predisposición del derecho mismo a la coherencia." CDI, 2006a, p. 194).

¹⁸⁶ Para Tladi, "[...] la inderogabilidad por sí misma no es un criterio para tener la condición de *ius cogens*. Por el contrario, la aceptación y el reconocimiento de que la norma tiene esa condición constituye el criterio para que se considere una norma de *ius cogens*. Por sí sola, la inderogabilidad es la principal consecuencia de la imperatividad [...]" (CDI, 2017b, p. 35).

se encontra implícito no art. 53 da Convenção de Viena de 1969 (CDI, 2016b, 42) e é reconhecido por Estados¹⁸⁷, por decisões dos Tribunais Internacionais¹⁸⁸ e pela doutrina (Cf. seção 1.3).

Como anteriormente demonstrado (Cf. seção 1.3), em razão da natureza positivista do *ius cogens*, existe a necessidade do duplo consentimento pela sociedade internacional para que uma norma receba tal atributo. Através da aplicação da Teoria do Duplo Consentimento (CDI, 2016b, p. 7), primeiro a sociedade internacional reconhece a norma como de direito internacional geral, para posteriormente reconhecer que ela salvaguarda valores vitais para a sociedade internacional, e atribuir-lhe a característica de *ius cogens* (CDI, 2016b, p. 18-19). Por conseguinte, as normas de *ius cogens* representam, em um dado momento, os valores e interesses fundamentais dos Estados, de forma conjunta e não individualmente; e têm como objetivo preservar a existência da sociedade internacional.

Mas quais “materiais” poderão ser utilizados para demonstrar que uma norma

¹⁸⁷ Cita-se como exemplo as declarações da Alemanha: “[...] su Gobierno reitera su convicción respecto de la necesidad de definir con más claridad las normas imperativas de derecho internacional que protegen valores humanitarios fundamentales” (ONU, 2001, p. 15), da Itália: “[...] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición tautológica del derecho imperativo, que la doctrina y la jurisprudencia han intentado interpretar como un conjunto de normas que prohíben los comportamientos considerados intolerables porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y los pueblos, y para los valores humanos fundamentales [...]” (ONU, 2002a, p. 4), do México: “[...] el propio concepto de normas imperativas se ha desarrollado para proteger los valores jurídicos más preciosos de la comunidad de Estados [...]” (ONU, 2002b, p. 3), de Portugal: “Los conceptos de *jus cogens*, *obligaciones erga omnes* y crímenes internacionales de Estado, o de violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general se basan en la creencia común en determinados valores fundamentales del derecho internacional (ONU, 2002b, p. 11), do Chipre: “[...] existe un *jus cogens* que se asienta en la conciencia de la humanidad y cuya función es proteger los intereses superiores de toda la comunidad internacional. Los pequeños Estados tienen aún más interés que los grandes en que se adopte esta norma de orden público internacional que pone freno a la libertad de celebrar tratados y que protege, a esos pequeños Estados, contra el peligro a que pueden exponerlos los tratados «inícuos» [...]” (ONU, 1969, 337), da Bulgária: “[...] las normas fundamentales de *jus cogens* son de tal importancia para la estabilidad del orden jurídico internacional que su violación en un tratado entrañará la nulidad del mismo [...]” (ONU, 1969, 346).

¹⁸⁸ A decisão proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPII), no Caso Procurador Vs. Furundžija, ao tratar da proibição de tortura, declara expressamente que “Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens* [...]” (TPII, 1998, p. 58). Entre as inúmeras opiniões separadas ou dissidentes que trilham o mesmo caminho, cita-se a do Juiz *ad hoc* Kreća, proferida no Caso Relativo à Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio (Bósnia-Herzegovina Vs. Iugoslávia), que declara que a norma de *jus cogens* “[...] represents a normative expression of substantive, fundamental interests of the international community as a whole, interests which transcend the interests of States taken individually [...]” (CIJ, 2007b, p. 504). O Juiz Kreća (CIJ, 2008, p. 615) reiterou o entendimento de que as normas de *ius cogens* são adotadas no interesse da toda a sociedade internacional em sua opinião dissidente proferida no Caso Relativo à aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio (Croácia Vs. Sérvia).

de direito internacional geral adquiriu o caráter de *ius cogens*? Os "materiais" elaborados, adotados ou aprovados pelos Estados demonstrarão o reconhecimento e a aceitação pela sociedade internacional da norma como de *ius cogens* (CDI, 2017b, p. 38). Os tratados e as resoluções das organizações internacionais, em especial as da Assembleia Geral da ONU, são exemplos relevantes para essa comprovação (CDI, 2017b, p. 39). Já os materiais procedentes de outras fontes são úteis como subsídios para a avaliação dos materiais que refletem as opiniões dos Estados (CDI, 2017b, p. 38).

Na decisão proferida no Caso sobre Questões Relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica Vs. Senegal), a CIJ afirma que:

Na opinião da Corte, a proibição da tortura faz parte do direito internacional consuetudinário e tornou-se uma norma peremptória (*jus cogens*). Essa proibição baseia-se em uma prática internacional generalizada e na *opinio juris* dos Estados. Aparece em numerosos instrumentos internacionais de aplicação universal (em particular na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nas Convenções de Genebra de 1949 para a proteção das vítimas da guerra, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; na resolução 3452/30 da Assembleia Geral, de 09 de dezembro de 1948, sobre a Proteção de Todas as contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes), e foi introduzida na legislação interna de quase todos os Estados; finalmente, atos de torturas são regularmente denunciados em fóruns nacionais e internacionais.¹⁸⁹ (CIJ, 2006, p. 33, tradução nossa).

Assim, para a CIJ são os tratados e as resoluções da ONU úteis para a comprovação do reconhecimento de uma norma como de *ius cogens*. O princípio da não discriminação constante na Carta da ONU é reconhecido por 193 Estados¹⁹⁰,

¹⁸⁹ "In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora." (CIJ, 2012, p. 39).

¹⁹⁰ Afeganistão, África do Sul, Albânia, Alemanha, Andorra, Angola, Antígua e Barbuda, Arábia Saudita, Argélia, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Barein, Bélgica, Belize, Benim, Bielorrússia, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei, Bulgária, Burkina Faso, Burundi, Butão, Cabo Verde, Camarões, Camboja, Canadá, Cazaquistão, Chade, Chile, China, Chipre, Colômbia, Comores, Congo, Coreia do Norte, Coreia do Sul, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, Cuba, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Equador, Egito, El Salvador, Eritreia, Eslováquia,

incluindo todas as grandes potências¹⁹¹. Tais Estados encontram-se distribuídos por todos os continentes, pertencem aos principais sistemas jurídicos e são culturalmente distintos. Em outras palavras, os signatários desse tratado representam quase que totalmente¹⁹² os Estados que compõem a sociedade internacional, além de abarcar todos os Estados significativos do globo, preenchendo, assim, o requisito de que o reconhecimento de uma norma como de *ius cogens* deve partir da "comunidade internacional dos Estados como um todo" (Cf. seção 1.3), constante no art. 53 da Convenção de Viena de 1969. Logo, a Carta da ONU é tratado hábil, para comprovar o reconhecimento de uma norma como de *ius cogens* pela sociedade internacional¹⁹³.

Repisa-se que, apesar do desejo de alguns países em ampliar os direitos humanos constantes na Carta da ONU, optou-se por fazer que nela constassem só os direitos humanos básicos, "[...] que, em virtude de serem básicos, podem e devem servir à Organização e a seus membros para a extração, sempre que necessário, seus corolários e implicações."¹⁹⁴ (ONU, 1945c, p. 448-449, tradução nossa). Mas básicos para quê? Sem sombra de dúvida, para a segurança e a paz internacionais, que são os objetivos da ONU; pois dos pequenos conflitos armados nascem as guerras

Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Etiópia, Fiji, Filipinas, Finlândia, França, Gabão, Gâmbia, Geórgia, Guiné Equatorial, Gana, Grécia, Granada, Guatemala, Guiné, Guiné-Bissau, Guiana, Haiti, Holanda, Honduras, Hungria, Iêmen, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Kiribati, Kuwait, Laos, Letônia, Líbano, Lesoto, Libéria, Líbia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malauí, Malásia, Maldivas, Mali, Malta, Mauritânia, Maurício, México, Micronésia, Moldávia, Mônaco, Mongólia, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Mianmar, Namíbia, Nauru, Nepal, Nova Zelândia, Nicarágua, Níger, Nigéria, Noruega, Omã, Paquistão, Palau, Panamá, Papua Nova Guiné, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Qatar, Quênia, Quirguistão, República Centro-Africana, República Checa, República Democrática do Congo, República Democrática Popular da Coreia, República Dominicana, Romênia, Federação Russa, Ruanda, Samoa, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Marino, São Tomé e Príncipe, Senegal, Sérvia, Seychelles, Serra Leoa, Singapura, Síria, Somália, Sudão do Sul, Sri Lanka, Suazilândia, Sudão, Suriname, Suécia, Suíça, Tajiquistão, Tailândia, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Turcomenistão, Tuvalu, Uganda, Ucrânia, Emirados Árabes Unidos, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Unida da Tanzânia, Uruguai, Uzbequistão, Vanuatu, Venezuela, Vietnã, Zâmbia, Zimbábue.

¹⁹¹ São signatários da Carta da ONU todos os Estados que compõem o G20, quais sejam: a) Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido (membros do G7), b) China, Índia, Rússia, Brasil e África do Sul (membros do BRICS), além da Austrália, Indonésia, México, Argentina, Turquia, Arábia Saudita e Coreia do Sul (KLEIN; SALVATORE, 2013, p. 416).

¹⁹² Existem Estados como Kosovo que (apesar de ter declarado unilateralmente sua independência em 2008 e ser reconhecido por vários Estados) não são membros da ONU.

¹⁹³ Comunga desse entendimento Hossain (2005, p. 92-93).

¹⁹⁴ "[...] but should include the basic ones, which, by virtue of their being basic, can and shall serve the Organization and its members to draw from them, whenever necessary, their corollaries and implications." (ONU, 1945c, p. 448-449)

mundiais¹⁹⁵.

Para os Estados ratificadores da Carta, é o princípio da não discriminação norma de direitos humanos imprescindível à promoção da paz na sociedade internacional, e, conseqüentemente, para sua manutenção. Em resumo, tal princípio constante na Carta da ONU protege valores reconhecidos como fundamentais pelos Estados da sociedade internacional para sua sobrevivência pacífica.

A Carta da ONU e as resoluções da assembleia geral, que versam sobre o princípio da não discriminação, evidenciam o reconhecimento pelos Estados da sociedade internacional da característica de *ius cogens* desta norma de direitos humanos. Em outras palavras, a Carta da ONU não confere o *status* de *ius cogens* ao princípio da não discriminação, mas sim o revela (HOSSAIN, 2005, p. 89).

No Caso Atividades Armadas no Território da República Democrática do Congo (Congo Vs. Ruanda), esse Estado alegou que a reserva feita por Ruanda ao art. 22 da Convenção sobre Discriminação Racial, que prevê a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para resolver controvérsias relativas à interpretação ou aplicação de tal convenção, não teria efeito legal por ser a proibição da discriminação racial uma norma peremptória (CIJ, 2006, p. 35). A CIJ, ao se manifestar sobre essa alegação, declarou que:

Em relação ao argumento da RDC de que a reserva em questão não tem efeito legal porque, por um lado, a proibição à discriminação racial é uma norma peremptória do direito internacional geral e, por outro lado, tal reserva está em conflito com uma norma peremptória, a Corte se refere a seu raciocínio ao desconsiderar o argumento similar da RDC em relação à reserva de Ruanda ao Artigo IX da Convenção sobre Genocídio (ver parágrafos 64-69 acima): o fato de que uma controvérsia se referir ao descumprimento de uma norma peremptória do direito internacional geral não pode ser suficiente para fundamentar a competência jurisdicional da Corte, e não existe norma peremptória que obrigue os Estados a concordar com tal jurisdição para resolver

¹⁹⁵ Nesse sentido é o relatório do Comitê 1 para a Comissão I afirmando que "It is war as such, the scourge of humanity, that we want it to bar. The magnitude of the two World Wars, the fact that other wars have been a prelude to these two, the lesson of experience that small wars lead to universal struggle, made us make a special reference to the two World Wars. Determined as we are to save future generations from war, we shall, therefore, guard peace by our common will and force." (ONU, 1945c, p. 391).

as controvérsias relacionadas com a Convenção sobre Discriminação Racial¹⁹⁶ (CIJ, 2006, p. 33, tradução nossa).

A CIJ, em sua sentença — ao decidir que as controvérsias que envolvem violação à norma de *ius cogens* não confere, *per se*, competência jurisdicional da Corte para o julgamento destas nem invalidam uma reserva feita à sua jurisdição — acabou por expressamente reconhecer que a proibição à discriminação racial é uma norma de *ius cogens*.

A decisão referida, apesar de identificar a proibição de discriminação racial como norma de *ius cogens*, não indicou o procedimento lógico-racional utilizado para tal identificação, o que teria contribuído sobremaneira para clarear o reconhecimento das normas com esse atributo. No entanto, mesmo diante dessa omissão, pode-se concluir, a partir da decisão em exame, que essa confirma o caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação constante na Carta da ONU, posto ser a discriminação racial uma das facetas da discriminação, ou seja, é a discriminação racial espécie do gênero discriminação.

A próxima seção tratará da repercussão do princípio da não discriminação na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2.4 A repercussão do princípio da não discriminação constante na Carta da ONU na Convenção Americana

No período entre 1889 a 1948, realizou-se uma série de nove conferências¹⁹⁷, denominadas de Conferências Internacionais Americanas¹⁹⁸, que ocorreram

¹⁹⁶ "In relation to the DRC's argument that the reservation in question is without legal effect because, on the one hand, the prohibition on racial discrimination is a peremptory norm of general international law and, on the other, such a reservation is in conflict with a peremptory norm, the Court refers to its reasoning when dismissing the DRC's similar argument in regard to Rwanda's reservation to Article IX of the Genocide Convention (see paragraphs 64-69 above): the fact that a dispute concerns non-compliance with a peremptory norm of general international law cannot suffice to found the Court's jurisdiction to entertain such a dispute, and there exists no peremptory norm requiring States to consent to such jurisdiction in order to settle disputes relating to the Convention on Racial Discrimination." (CIJ, 2006, p. 33).

¹⁹⁷ Os Estados americanos realizaram, no ínterim entre a Primeira e a Nona Conferência Internacional Americana, ainda: a Conferência Internacional Americana de Conciliação e Arbitragem, em Washington (1928-1929); a Conferência Interamericana de Consolidação da Paz em Buenos Aires (1936); a Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz na Cidade do México (1945); a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz e da Segurança do Continente no Rio de Janeiro (1947).

¹⁹⁸ As Conferências Internacionais Americanas também são conhecidas como Conferências Pan-Americanas.

sucessivamente em Washington (1889-1890), no México (1901-1902), no Rio de Janeiro (1906), em Buenos Aires (1910), em Santiago (1923), em Havana (1928), em Montevideu (1933), em Lima (1938) e em Bogotá (1948).

Nesta seção, serão examinados os documentos (resoluções, recomendações, declarações, dentre outros) produzidos e adotados nessas conferências, não só para entender a criação do Sistema Interamericano, mas, principalmente, para analisar a influência da Carta da ONU no texto da Convenção Americana e, conseqüentemente, determinar a repercussão do princípio da não discriminação na referida Convenção.

Registra-se que, em 1931, a Carnegie Endowment for International Peace, de forma pioneira, publicou o primeiro volume, em inglês, de uma série destinada a colocar documentos frutos das Conferências Internacionais, ao alcance de estudantes, pesquisadores, diplomatas, dentre outros interessados. Sete anos mais tarde, às vésperas da Oitava Conferência, a referida fundação publicou uma edição em espanhol, com conteúdo ainda mais amplo, denominada *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*. A Fundação Carnegie, posteriormente, publicou mais dois volumes suplementários, contendo, dentre outros, os documentos adotados nas Sétima, Oitava e Nona Conferências. Em 1990, a Secretaria das Relações Exteriores do México reeditou, na íntegra, a Coleção *Conferencias Internacionales Americanas*¹⁹⁹, através da qual se teve acesso aos documentos utilizados na feitura da presente seção.

As Conferências Internacionais Americanas, que inicialmente visavam à prevenção de novos conflitos intercontinentais e à intensificação das relações comerciais entre os países americanos, através de um sistema comum de normas e instituições (CONFERENCIAS, 1990a, 1990b), terminaram por consolidar o Sistema Interamericano com a constituição da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Na Primeira Conferência Internacional Americana, decidiu-se criar a União Internacional das Repúblicas Americanas²⁰⁰ para a compilação e distribuição de

¹⁹⁹ A Coleção *Conferencias Internacionales Americanas* é composta por três volumes, quais sejam: *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, *Conferencias Internacionales Americanas: primer suplemento 1938-1942* e *Conferencias Internacionales Americanas: segundo suplemento 1945-1954*.

²⁰⁰ Discute-se se a União Internacional das Repúblicas Americanas seria uma mera “confederação” de Estados, conforme consta no Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua de 1926; ou uma organização internacional, no sentido moderno. Garcia-Amador (COMITÉ JURIDICO INTERAMERICANO, 1991, p. 17), no XVI Curso de Direito Internacional, afirma que, apesar de constar

informações comerciais (CONFERENCIAS, 1990a, p. 36), que estaria representada pela “Oficina Comercial das Repúblicas Americanas”, a ser estabelecida em Washington, sob a vigilância do Secretário de Estado, dos Estados Unidos²⁰¹ (CONFERENCIAS, 1990a, p. 36), fato que, por si só, demonstra a condição privilegiada dos Estados Unidos e sua ascendência sobre os demais Estados americanos. Essa associação que objetivava, quando de sua criação, a coleta e a distribuição de informações comerciais plantou a semente do sistema interamericano.

A Oficina Comercial das Repúblicas Americanas, na Segunda Conferência Internacional Americana, passou a ser denominada Oficina Internacional das Repúblicas Americanas (CONFERENCIAS, 1990a, p. 94). Essa Oficina tinha como função publicar um boletim mensal, contendo informes estadísticos, comerciais e sobre legislação de interesse especial para os habitantes dos diferentes Estados (CONFERENCIAS, 1990a, p. 95). Esta se subordinava a um Conselho Diretivo, constituído pelos representantes diplomáticos dos Estados credenciados e presidido pelo Secretário de Estado dos Estados Unidos (CONFERENCIAS, 1990a, p. 94).

As funções da Oficina Internacional das Repúblicas Americanas foram ampliadas na Terceira Conferência Internacional Americana, passando a ter, dentre outras, a incumbência de compilação e classificação de todos os tratados firmados entre os Estados Americanos ou entre esses e Estados não americanos, de informar sobre assuntos de educação e de contribuir para a obtenção de ratificação das resoluções e convenções adotadas pelas diferentes Conferências (CONFERENCIAS, 1990a, p. 132).

Na Quarta e na Quinta Conferências, respectivamente, a União Internacional das Repúblicas Americanas passou a ser denominada União Pan-Americana (CONFERENCIAS, 1990a, p. 181), e ampliaram-se, ainda mais, suas atribuições. Esta se tornou responsável também pela reunião e distribuição de informações entre os Estados, sobre desenvolvimento comercial, industrial, agrícola e educacional, bem

nos tratados firmados, no Panamá (1826), em Lima (1848) e em Washington (1852) a expressão “confederação”, a mesma foi suprimida, tanto no Tratado Continental concluído em Santiago (1856), como nos tratados de União e Aliança Defensiva e de Conservação da Paz, concluídos no Segundo Congresso de Lima (1864-1865). Assinala, ainda, o citado autor (COMITÉ JURIDICO INTERAMERICANO, 1991, p. 18 e 21) que os propósitos, objetivos, princípios e instituições emanados desses três últimos tratados transcendiam o conceito de uma integração meramente confederativa, sendo, por tal motivo, a União Internacional das Repúblicas Americanas o primeiro organismo regional permanente.

²⁰¹ O Secretário de Estado dos Estados Unidos era o responsável por todas as traduções, as publicações e as correspondências relativas à União Internacional (MÉXICO, 1990a, p. 36).

como sobre o progresso em geral dos Estados Americanos (CONFERENCIAS, 1990a, p. 268).

Todas as conferências mencionadas foram responsáveis pela uniformização, por meio de tratados, do Direito em vigor nos países americanos, objetivando o progresso do continente e a solução de problemas em comum dos Estados²⁰². Contudo, considerando o trabalho já realizado pela Comissão Interamericana de Mulheres²⁰³ no tocante a posição legal das mulheres nas diferentes legislações, foi recomendado na Sétima Conferência que esta prosseguisse com seus estudos com o objetivo de se apresentar, na próxima Conferência, projetos que permitissem implantar nas diversas legislações, o princípio de igualdade de direitos entre homens e mulheres (CONFERENCIAS, 1990a, p. 492).

Posteriormente, aprovou-se, na Oitava Conferência, a Declaração de Lima, em favor dos Direitos da Mulher (CONFERENCIAS, 1990b, p. 38), documento que declarou o direito à igualdade de tratamento civil e político entre homens e mulheres, o direito às mais amplas oportunidades e à proteção no trabalho, além do direito à proteção da maternidade. A referida declaração (CONFERENCIAS, 1990b, p. 38) recomendou, ainda, o empenho dos governos dos Estados americanos em adotar, com urgência, legislação que concretizasse os princípios nela contidos.

A Oitava Conferência Internacional Americana, também, produziu a Declaração sobre a Proteção dos Indígenas. Essa proteção deveria ser materializada através de políticas que visassem à integração daqueles povos, na sociedade, e de normas que, respeitando os aspectos valiosos da cultura indígena, os capacitassem a participar eficazmente e de forma igualitária da vida do Estado (CONFERENCIAS, 1990b, p. 28-29). Da mesma forma, foi aprovada na Conferência em análise uma resolução sobre liberdade sindical, recomendando que cada Estado da América, caso ainda não tivesse feito, incorporasse em sua legislação obreiras disposições que facilitassem a livre associação dos trabalhadores e a livre expressão de seus pensamentos

²⁰² Inúmeros tratados sobre relações comerciais em geral e questões jurídico-políticas, tais como condição jurídica do estrangeiro, asilo e extradição, arbitragem, dentre outros, foram concluídos nas Conferências Internacionais Americanas, que também foram responsáveis pela codificação de distintas matérias do direito internacional (OAE, 1991, p. 21).

²⁰³ A Comissão Interamericana de Mulheres, integrada por sete mulheres de diversos países da América, indicadas pela União Panamericana e que posteriormente teria uma representante de cada Estado participante, foi constituída na Sexta Conferência Internacional Americana, em 1928, com o objetivo de realizar um estudo jurídico sobre a igualdade civil e política da mulher no continente americano (CONFERENCIAS, 1990a, p. 425-426).

(CONFERENCIAS, 1990b, p. 26).

Ainda na Oitava Conferência Internacional Americana foi aprovada uma resolução sobre perseguições, por motivos raciais ou religiosos; a expressar que, dentro do princípio fundamental de igualdade ante a lei, toda perseguição pelos referidos motivos que coloque uma porção de seres humanos, na impossibilidade de subsistir dignamente, contraria seus regimes políticos e jurídicos. Afirma ainda a mencionada resolução, que decorre da concepção democrática de Estado o dever de garantir a todos os indivíduos condições essenciais, para o desenvolvimento de suas legítimas atividades, em um plano de dignidade (CONFERENCIAS, 1990b, p. 48).

Por fim, a Conferência supracitada deu origem à Declaração em Defesa dos Direitos Humanos, que expressa o não reconhecimento da guerra como meio de resolver diferenças internacionais ou nacionais. E o desejo de que, quando a guerra ocorrer em qualquer região do mundo, os direitos humanos sejam respeitados (CONFERENCIAS, 1990b, p. 33). O valor dessa Declaração encontra-se na proteção do ser humano como tal, de forma genérica e abrangente, não restringindo essa salvaguarda a setores circunscritos de indivíduos (como, por exemplo, proteção de minorias ou trabalhadores), ainda que essa proteção se limite à condição de guerra.

Assim, mesmo não tendo positivado o princípio da não discriminação, a Oitava Conferência foi responsável por contribuir de forma sensível, para a consolidação de âmbitos específicos desse princípio como norma consuetudinária.

A nona e última Conferência Internacional Americana²⁰⁴ foi especialmente importante por ter resultado na conclusão da Carta da Organização dos Estados Americanos²⁰⁵, que concretizou a reorganização, a consolidação e o fortalecimento do “Sistema Interamericano” (CONFERENCIAS, 1990c, p. 109). A Carta da OEA, nos termos da ata final da Nona Conferência, constitui o documento básico de

²⁰⁴ Participaram da Nona Conferência Internacional Americana vinte e um Estados, número pequeno, se comparado à quantidade de Estados existentes hoje em dia; isso porque aproximadamente um terço dos Estados que atualmente são membros da OEA eram, à época, colônias (como por exemplo: Jamaica, Trinidad e Tobago, Granada, Dominica, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Belize, Antígua e Barbuda, São Cristóvão e Névis). Ademais, como afirma Álvaro Paúl (2017, p. 35), vários Estados da região se encontravam instáveis politicamente (nesse grupo incluem-se o Paraguai que teve três presidentes no ano de 1948; o Panamá, que teve, naquele período, uma sequência de presidentes provisórios; a Bolívia, que teve, em 1946, assassinado o presidente Gualberto Villarroel, sendo, em 1949, palco de uma guerra civil; além do Peru, que, em outubro de 1948, viu o presidente José Bustamante y Rivero ser deposto por um golpe de Estado, liderado pelo general Manuel Odría, a Costa Rica que, em 1948, sofreu uma guerra civil).

²⁰⁵ A Carta da Organização dos Estados Americanos foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto n.º 30.544/52.

solidariedade do continente americano, que visa à convivência pacífica dos Estados da América (CONFERENCIAS, 1990c, p. 175). Nesse contexto, decidiu-se que os órgãos do Sistema da União das Repúblicas Americanas adotariam de imediato a nomenclatura e o regime estabelecido na Carta da OEA, e que os novos órgãos previstos no tratado mencionado se estabeleceriam, provisoriamente, conforme suas disposições (CONFERENCIAS, 1990c, p. 216). Apesar da Organização dos Estados Americanos ter sido criada juridicamente apenas em 1948, seu surgimento é fruto da trajetória percorrida, durante as conferências internacionais americanas.

No programa da Conferência de Bogotá já constava a previsão de discussões sobre as relações entre a Carta da Organização dos Estados Americanos e as Nações Unidas, bem como entre a referida Carta e os organismos especializados da ONU (CONFERENCIAS, 1990c, p. 111). Assim, não por acaso, o tratado que institui e rege a Organização dos Estados Americanos (OEA), já em seu preâmbulo, expressa reafirmar os princípios e propósitos das Nações Unidas; afirmação essa reforçada por seu art. 1º, que declara constituir a Organização dos Estados Americanos um organismo regional dentro das Nações Unidas, e por seu art. 2º que externa serem os propósitos ali estabelecidos essenciais “ [...] para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas [...]”.

A Carta da OEA não só sedimentou o Sistema Interamericano, como foi o marco para a inclusão, no mesmo, dos direitos humanos, iniciando a jornada rumo ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH). Traz a Carta da OEA, em seu artigo terceiro²⁰⁶, o princípio da não discriminação como essencial para os direitos fundamentais da pessoa humana. A importância de tal princípio para os direitos humanos é reforçada no art. 45 do referido tratado, que em sua alínea a determina terem todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social direito ao bem estar material e ao desenvolvimento espiritual.

O Regulamento da Nona Conferência, em seu art. 14, determinava a organização de comissões, para estudar, informar e formular projetos sobre os temas constantes no programa de tal conferência (CONFERENCIAS, 1990c, p. 114). O tema “direitos e deveres internacionais do homem” foi atribuído à subcomissão A da Sexta

²⁰⁶ "Art. 3º Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: [...] I) Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo [...]". (BRASIL, 1952, p. 3)

Comissão²⁰⁷ (PAÚL, 2017, p. 163). Os trabalhos realizados nessa Comissão tiveram como fruto a aprovação, na Nona Conferência, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada, antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, entretanto isso não ocorreu por simples capricho, tanto que os trabalhos realizados no âmbito do Sistema Interamericano foram utilizados pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas como base para a feitura da Declaração Universal²⁰⁸ (CAROZZA, 2003, p. 286-287; GLENDON, 2003, p. 31 e 34). Além do pioneirismo, a Declaração Americana traz, em seu texto direitos e deveres do indivíduo, sendo mais abrangente que a Declaração Universal, que se restringe aos direitos.

Não obstante a relevância da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por representar, no tocante ao indivíduo, valores compartilhados por países não homogêneos, trata-se de uma resolução e não de um tratado (TRINDADE, 2003, p. 32), não criando obrigações vinculantes para os Estados-membros da OEA.

A insuficiência da Declaração Americana para a proteção do ser humano levou à criação, em 1959, durante a V Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores realizada no Chile, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁹, bem como a posterior adoção, em 1969, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, 1986, p. 163).

Concorda-se com Cançado Trindade (1988, p. 10) de serem os instrumentos globais e regionais de direitos humanos complementares, diverge-se, porém, de que sejam inspirados e derivados de fonte comum, pois, como retro demonstrado,

²⁰⁷ A Sexta Comissão se subdividia em três subcomissões, quais sejam: Subcomissão A, Subcomissão B e Subcomissão C, que respectivamente tinham como tema “direitos e deveres internacionais do homem”, “reconhecimento de governo *de fato* e defesa e preservação da democracia na América” e “colônias europeias na América” (PAÚL, 2017, p. 163).

²⁰⁸ A igualdade de direitos entre todas as raças e ambos os sexos, o direito de receber dos tribunais nacionais remédio efetivo para atos que violem os direitos fundamentais e o reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade com direito a proteção pelo Estado são exemplos da influência da Declaração Americana na Universal (CAROZZA, 2003, p. 287). Tais direitos foram incluídos no texto final da Declaração Universal, através de emendas apresentadas por Estados latino-americanos (CAROZZA, 2003, p. 287).

²⁰⁹ A Comissão Interamericana originou-se da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores em 1959 (TRINDADE, 2003, p. 34-35). E por meio da Resolução XXII feita durante a II Conferência Interamericana Extraordinária, ocorrida no Rio de Janeiro em 1965, foram ampliados os poderes de tal Comissão, que passou, inclusive, a receber petições ou comunicações de violações de direitos humanos (TRINDADE, 2003, p. 35).

documentos globais influenciam documentos regionais e vice-versa. Todavia, é inquestionável o papel primordial da Carta da ONU como fonte de inspiração, em razão de ser tal Carta a precursora na positivação de direitos para a efetiva tutela universal de todo ser humano. Em outras palavras, esse tratado tanto expandiu a proteção do ser humano para o plano global, como generalizou a titularidade desses direitos para todos os indivíduos.

A Convenção Americana não faz menção à Carta da ONU, limitando-se, em seu preâmbulo, a fazer referência expressa à Carta da Organização dos Estados Americanos, à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Contudo, como demonstrado, é inegável a contribuição da Carta da ONU no texto final daquela convenção, tanto que a Carta da OEA, bem como a Declaração Universal exteriorizam, explicitamente, a influência do tratado instituidor das Nações Unidas em seus conteúdos.

A Convenção Americana inicia sua parte dispositiva²¹⁰, determinando aos Estados o respeito aos direitos e liberdades, reconhecidos em seu corpo e sua garantia de livre e pleno exercício a toda pessoa, sem discriminação, por motivo de raça, de cor, de sexo, de idioma, de religião, de opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, de origem nacional ou social, de posição econômica, de nascimento ou de qualquer outra condição social.

A localização do referido princípio só reforça sua magnitude na Convenção em exame e na proteção dos direitos humanos (Cf. seção 1.3). Novamente, a não discriminação aparece no art. 24, que prescreve serem todas as pessoas iguais perante a lei e terem direito, sem discriminação, à igual proteção legal (Cf. seção 1.3). A relevância do princípio da não discriminação é evidenciada, igualmente, pelo § 1º do art. 27, que veda, em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência ameaçadora da independência ou da segurança do Estado, a suspensão de obrigação constante em tal Pacto que impeça a discriminação. O § 5º do art. 13 da Convenção Americana, ainda, determina que lei proíba “[...] toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação [...]”.

Os artigos da Convenção Americana citados demonstram que essa, assim

²¹⁰ O §1º do art. 1º da Convenção Americana declara que "Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (BRASIL, 1992, p.1).

como da Carta da ONU, enfatizou em seu texto o princípio da não discriminação, porém a Convenção expressamente assinala um número maior de motivos proibidos de discriminação, além de trazer em seu texto uma norma aberta quanto aos motivos de discriminação ilegítima.

Figura 2 - Organograma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos



Fonte: Elaboração da autora (2019).

A figura acima é uma representação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que é formado, no plano institucional, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH, 2019, p. 3), órgãos especializados da OEA. A segunda parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece a organização, as funções e as competências tanto da CIDH como da CORTEIDH. Já no plano convencional, o referido Sistema é formado por diversos tratados que visam à promoção e à proteção dos direitos humanos, em especial pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTEIDH, 2019, p. 3).

No terceiro e último capítulo, examinar-se-á a inserção do princípio da não discriminação, norma de *ius cogens* de direitos humanos constante na Carta da ONU, no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio da análise das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos contenciosos, bem como as consequências decorrentes de tal inserção para os

Estados.

3 O PRINCÍPIO DE *IUS COGENS* DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E SUA RECEPÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A proteção transnacional do indivíduo ocorre em níveis global e regional. Em nível regional, o sistema interamericano é o mais antigo dos três sistemas existentes de proteção dos direitos humanos²¹¹.

Pretende-se, no presente capítulo, analisar a inserção do princípio da não discriminação, constante na Carta da ONU, no Sistema Interamericano, através das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso não implica o reconhecimento da existência de um *ius cogens* regional, ideia já refutada neste trabalho (Cf. seção 1.3). Pelo contrário, o reconhecimento de tal princípio como de *ius cogens* pela Corte Interamericana só revela sua imperatividade, que, ao permear o ordenamento jurídico, subordina todos os Estados a seus comandos.

A Corte Interamericana tem como objetivo aplicar e interpretar a Convenção Americana, exercendo função contenciosa, função consultiva e função de ditar medidas provisórias²¹² (CORTEIDH, 2019, p. 4). Atualmente, vinte Estados²¹³ reconhecem a competência contenciosa da referida Corte.

Neste trabalho, foram analisadas 372 decisões exaradas pela Corte Interamericana, em casos contenciosos, no período de 26 de junho de 1987 (data em que foi prolatada a primeira decisão desse Tribunal em caso contencioso) a dezembro de 2018²¹⁴, visando a responder o problema proposto. Constatou-se que, em vinte decisões, a Corte reconheceu o atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação. Desta forma, só 5,38% dos casos contenciosos decididos pela Corte versam sobre o *status* de *ius cogens* do princípio da não discriminação. No entanto, o referido percentual mostra-se relevante, quando se leva em consideração só ter a

²¹¹ Além do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, se tem o Sistema Europeu e o Sistema Africano.

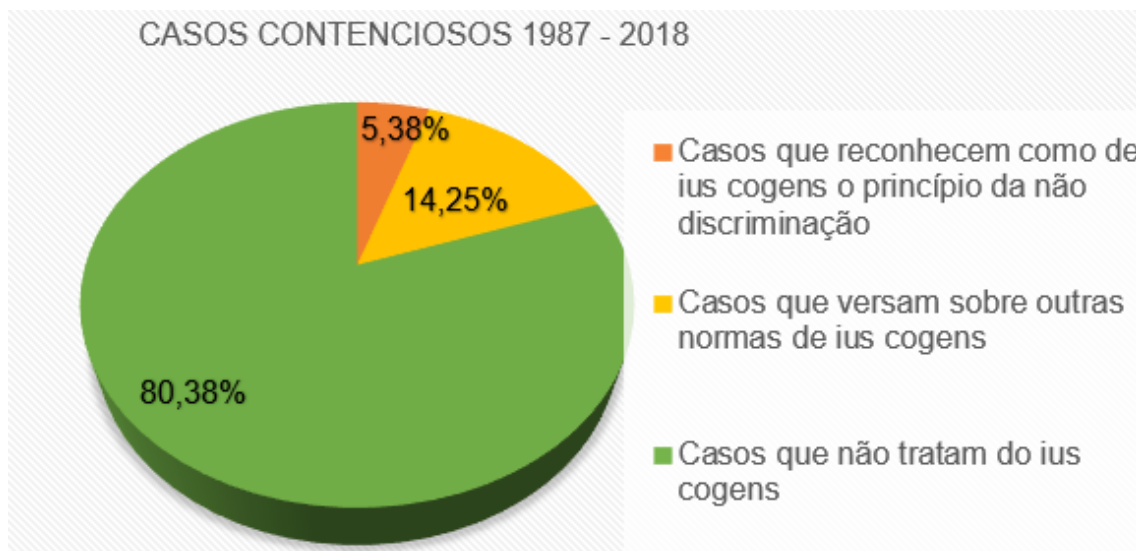
²¹² “Son medidas que dicta la Corte en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Estos tres requisitos tienen que comprobarse, *prima facie*, para que se otorguen estas medidas.” (CORTEIDH, 2019, p. 10)

²¹³ Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Perú, República Dominicana, Suriname e Uruguai (CORTEIDH, 2019, p. 4).

²¹⁴ A data final foi estabelecida, por opção desta pesquisadora, motivada pela necessidade de se estabelecer um marco final.

Corte passado a reconhecer tal princípio como norma de *ius cogens*, em 2003, apesar de decidir casos contenciosos desde 1987.

Figura 3 - Percentual de decisões da CORTEIDH que versam sobre o princípio de *ius cogens* da não discriminação (N=372)



Fonte: Elaboração da autora (2019).

Desta forma, serão analisados, neste capítulo, os argumentos jurídicos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na identificação do princípio da não discriminação como norma de *ius cogens*, a aplicação desta norma imperativa por tal Corte, bem como a repercussão de tal reconhecimento para os Estados.

3.1 O princípio de *ius cogens* da não discriminação à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 2003, a Corte Interamericana, ao emitir o Parecer Consultivo n.º 18/03, adotado por unanimidade, no caso *Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, tornou-se o primeiro tribunal internacional a reconhecer o caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação (CORTEIDH, 2003b, p. 1). Assim, apesar de se buscar responder o problema proposto na pesquisa, por meio das decisões proferidas nos casos contenciosos, analisar-se-á a seguir, também, a opinião consultiva referida, por ser emblemática em razão de seu pioneirismo. Em seguida, serão examinados os vinte casos decididos pela Corte, em ordem cronológica, salientando os fundamentos desenvolvidos.

O parecer já mencionado é fruto de um pedido de Parecer Consultivo feito pelo México à Corte:

[...] sobre a 'privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano'. Além disso, a consulta trata sobre 'o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação' (CORTEIDH, 2003b, p. 1).

Em suma, as perguntas formuladas pelo México versaram sobre a possibilidade de um Estado estabelecer tratamento prejudicial, diferenciado, para os trabalhadores migrantes indocumentados²¹⁵, quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que tal condição migratória desses trabalhadores impeça *per se* o gozo de tais direitos, bem como sobre possuir ou não o princípio da não discriminação, atributo de *ius cogens*, e, em caso afirmativo, quais os efeitos jurídicos desse fato para os Estados (CORTEIDH, 2003a, p. 2-3).

A resposta da Corte à solicitação do México corrobora o contido no Comentário Geral n.º 18 do CDH ao declarar que a “[...] não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a favor de todas as pessoas são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos” (CORTEIDH, 2003a, p. 99).

Em harmonia, não só com o Comentário Geral n.º 18 do CDH como também com a Corte Europeia de Direitos Humanos²¹⁶, ressalta o Parecer Consultivo n.º 18/03

²¹⁵ No Parecer Consultivo n.º 18/03 o termo “trabalhador migrante indocumentado ou em situação irregular” significa: “Pessoa que não se encontra autorizada a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte, e que, entretanto, realiza esta atividade” (CORTEIDH, 2003a, p. 94).

²¹⁶ “It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14 (art. 14). On this question the Court, following the principles

(CORTEIDH, 2003a, p. 100) que é possível a existência de tratamento normativo diferenciado, em razão do destinatário, sem configurar discriminação, quando essas distinções são razoáveis, proporcionais e objetivas.

Consequentemente, reconhece a Corte ser lícito o tratamento diferenciado que se fundamenta em desigualdades de fato e que constituam “[...] um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou impotência em que se encontra [...]” (CORTEIDH, 2003a, p. 101). Cita, como exemplos destas desigualdades, a limitação no exercício de determinados direitos políticos em razão da nacionalidade e a impossibilidade de menores detidos serem mantidos juntos de presos detentores de maioria penal (CORTEIDH, 2003a, p. 101).

Por outro lado, para a Corte (CORTEIDH, 2003a, p. 99), haverá discriminação, sempre que a exclusão, a restrição ou o privilégio não tenham justificativa objetiva nem razoável, e redunde em detrimento de direitos humanos. A diferença de tratamento, além de buscar um fim legítimo, deve contemplar uma relação de proporcionalidade entre as diferenças estabelecidas e os objetivos da regra (CORTEIDH, 2003a, p. 101).

Quanto ao âmbito de aplicação do *ius cogens*, a Corte assinala que o “[...] conceito de *jus cogens* esteve em suas origens vinculado particularmente ao direito dos tratados [...]” (CORTEIDH, 2003a, p. 103), mas, em razão de sua evolução e por sua própria definição, não se limita a este direito. Destarte, o *ius cogens* alcança não só o Direito Internacional geral, como se estende a todos os atos jurídicos (CORTEIDH, 2003a, p. 103). Em última instância, o *ius cogens* incide nos próprios fundamentos da ordem jurídica internacional (CORTEIDH, 2003a, p. 103).

which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the rôle of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention.” (CEDH, 1968, p. 31).

Acertadamente, no parecer em exame, a Corte afirma que “[...] considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional [...]” (CORTEIDH, 2003a, p. 104). Assevera a Corte ser a não discriminação um princípio fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico (CORTEIDH, 2003a, p. 104), e essencial para a proteção dos direitos humanos, tanto no plano interno quanto no plano internacional (CORTEIDH, 2003a, p. 100).

Para a Corte (CORTEIDH, 2003a, p. 103), independente de quais sejam os direitos humanos reconhecidos por cada Estado, mediante normas internas ou internacionais, se faz necessária a aplicação do princípio da não discriminação, para uma proteção igualitária dos indivíduos, em razão da unidade da natureza do gênero humano.

Pode-se concluir, através dos argumentos acima, arguidos pela Corte, que, ao proteger, sem distinção, todos os indivíduos, em razão de sua condição de ser humano, tal princípio revela-se primordial para a sociedade internacional, salvaguardando valores que lhe são vitais. No entanto, por confundir o efeito com a causa, a Corte declara, erroneamente, ser o princípio da não discriminação:

[...] considerado efetivamente como imperativo do Direito Internacional geral, visto que é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares. (CORTEIDH, 2003a, p. 103).

Como já demonstrado (Cf. seção 1.3), o que faz uma norma de direito internacional geral receber o atributo de *ius cogens* é a sua finalidade, é o fato de existir para salvaguardar ao mais alto interesse da sociedade internacional.

Por outro lado, a Corte elenca inúmeros²¹⁷ instrumentos internacionais a

²¹⁷ Além da Carta da ONU (artigo 1.3), a Corte (CORTEIDH, 2003, p. 64) faz referência expressa à Carta da OEA (artigo 3.1), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 24); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo 2); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao “Protocolo de San Salvador” (artigo 3); à Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 2 e 7); ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3); ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigos 2 e 26); à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2); à Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2); Declaração dos Direitos da Criança (Princípio 1); à Convenção Internacional sobre a Proteção dos

consagrar o princípio da não discriminação, incluindo a Carta da ONU. Assinala que tais instrumentos são consequência da existência de “[...] um dever universal de respeitar e garantir os direitos humanos, emanado daquele princípio geral e básico [...]” (CORTEIDH, 2003a, p. 100). Em outras palavras, a Corte reconhece que os tratados e as resoluções citadas evidenciam o reconhecimento pelos Estados do atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação.

A Corte, ao asseverar que o princípio da não discriminação está estabelecido em muitos instrumentos internacionais, não declara ter tal princípio um tratado como fonte, ao contrário, afirma expressamente que sua regulamentação, em tantos instrumentos internacionais, é o reflexo de um dever já existente. Isso, aliado ao fato de que o princípio da não discriminação, para a Corte, decorre diretamente da natureza do gênero humano, por isso, indispensável para a dignidade essencial da pessoa (CORTEIDH, 2003a, p. 103) reforçam o entendimento de ser tal princípio norma consuetudinária de direito internacional, preexistente aos tratados arrolados no parecer (Cf. seção 2.2), desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência (CORTEIDH, 2003a, p. 100).

Nesse sentido, apesar de constar em tratados ratificados por Estados de todas

Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 e 70); à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 2, 3, 5 a 16); à Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigos 2 e 4); à Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e ao seu Acompanhamento (2.d); à Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (revisado) (artigo 6); à Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (artigos 1 a 3); à Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementarias) (artigos 8 e 10); à Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Fomento do Emprego e Proteção contra o Desemprego (artigo 6); à Proclamação de Teerã, à Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11); à Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artigos 19 a 24; II.B.2, artigos 25 a 27); à Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1 e 5); à Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, ao Programa de Ação, (parágrafos da Declaração: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 e 104); à Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (artigo 3); à Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9); à Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País onde Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c); à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21); à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigos 1 e 14); à Carta Social Europeia (artigo 19.4, 19.5 e 19.7); ao Protocolo Nº 12 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 1); à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul” (artigos 2 e 3); à Carta Árabe dos Direitos Humanos (artigo 2); e à Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

as regiões do globo e pertencentes aos variados sistemas jurídicos existentes, o princípio da não discriminação não tem como fonte esses tratados. Na realidade, os referidos tratados servem tão somente como instrumentos hábeis para revelar o reconhecimento pelos Estados da sociedade internacional, em seu conjunto, do caráter de *ius cogens* do referido princípio (Cf. seção 2.2).

Nas palavras da Corte, o princípio da não discriminação por ser norma de *ius cogens*:

[...] se estende a toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. [...] é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. Isso implica que o Estado, seja no âmbito internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros que atuem sob a sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas. (CORTEIDH, 2003a, p. 103).

Confirma a Corte, em seu parecer consultivo, que as normas de *ius cogens* tanto limitam a atuação do ente estatal, nos planos interno e internacional, como também se impõem aos particulares, quer sejam pessoas físicas, quer sejam jurídicas. Por conseguinte, decorre da característica de *ius cogens* do princípio da não discriminação a não admissão de nenhum ato ou tratamento discriminatório, em detrimento de um indivíduo, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra condição.

Por fim, no parecer em análise, a Corte (CORTEIDH, 2003a, p. 104) afirma que o princípio de *ius cogens* da não discriminação gera: (1) A obrigação de abstenção pelos Estados da realização de ação que, direta ou indiretamente, esteja dirigida a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*, proibindo, por exemplo, a emissão, a interpretação e a aplicação de leis, em sentido amplo, que discriminem determinado grupo de pessoas. (2) A obrigação para os Estados adotarem medidas positivas para reverter ou para mudar situações discriminatórias existentes, em seus territórios, em detrimento de determinado grupo de pessoas.

Posteriormente, em 2005, no Caso YATAMA Vs. Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela primeira vez, em uma lide contenciosa se

pronunciou sobre o princípio da não discriminação como norma de *ius cogens*. Na demanda apresentada pela CIDH contra a Nicarágua, coube à Corte determinar se a lei eleitoral daquele país violava o princípio da não discriminação, ao impor exigências iguais a todos os partidos políticos, incluindo o partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA), sem considerar o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas.

Apesar de reconhecer que os direitos políticos não são absolutos, e podem sofrer limitações (CORTEIDH, 2005a, p. 89), a Corte repisa que a restrição constante na lei não poderá ser discriminatória. Em outras palavras, deve se basear “[...] em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo, e ser proporcional a esse objetivo [...]” (CORTEIDH, 2005a, p. 89). E, existindo várias opções para alcançar o fim perseguido, deve-se escolher a que menos restrinja o direito protegido em harmonia com o fim buscado²¹⁸ (CORTEIDH, 2005a, p. 89).

A Corte decidiu que a lei eleitoral nicaraguense, ao restringir a participação política através de um partido político, impôs aos candidatos propostos pela organização indígena YATAMA, que anteriormente participava das disputas eleitorais como “associação de inscrição popular” (CORTEIDH, 2005a, p. 44), uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições. Por este motivo, tal requisito para o exercício do direito à participação política, conforme a referida sentença, violava normas constantes na Constituição daquele Estado e no Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica, Lei n.º 28, de 30 de outubro de 1987, que obrigam o Estado a respeitar as formas de organização das comunidades da Costa Atlântica (CORTEIDH, 2005a, p. 91).

A decisão da Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 92) assegura que a inexistência de

²¹⁸ A Corte (CORTEIDH, 2005, p. 89), ao afirmar o dever do Estado de escolher a opção que menos restrinja o direito protegido como meio para alcançar o fim visado, faz referência a suas decisões no Caso Ricardo Canese, no Caso Herrera Ulloa e na Opinião Consultiva OC-5/85, que versam sobre o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas, bem como às decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Barthold Vs. Germany e no Caso Sunday Times Vs. United Kingdom, além de remeter às Observações Gerais n.º 25 e n.º 27 do Comitê de Direitos Humanos. Registra-se que no Caso Sunday Times Vs. United Kingdom, a CEDH assinalou que a lei pode restringir o direito à liberdade de expressão, desde que tal restrição persiga um objetivo legítimo e necessário dentro de uma sociedade democrática, para declarar que apesar da restrição ao direito à liberdade de expressão buscasse, naquele caso concreto, um objetivo legítimo, não correspondia a uma necessidade social suficientemente urgente para se sobrepor ao interesse público da liberdade de expressão (CEDH, 1979, p. 35). Já no Caso Barthold Vs. Alemanha, a CEDH reiterou que os Estados podem impor restrições a um direito quando se faça necessário, desde que tal limitação seja proporcional ao objetivo legítimo buscado, e possua justificativas relevantes e suficiente (CEDH, 1985, p. 21).

um propósito útil a demonstrar a necessidade de restringir a participação política através de um partido político implica, no caso em análise, em impedimento discriminatório para o exercício pleno dos direitos políticos pelos membros das comunidades indígenas e étnicas que integram o YATAMA. Igualmente, para a Corte, viola o princípio da não discriminação qualquer requisito legal imposto aos partidos, para o exercício do direito a ser eleito que não possa ser cumprido por agrupamentos com diferente organização (CORTEIDH, 2005a, p. 92).

Ao se pronunciar sobre a exigência legal de que os partidos políticos apresentem candidatos em, no mínimo 80% dos municípios da respectiva circunscrição territorial e em 80% do total das candidaturas, a Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 92) assinalou a violação do princípio da não discriminação. Eis que a norma eleitoral não leva em consideração o fato de a população indígena e étnica ser minoritária na Região Autônoma do Atlântico Sul, existindo municípios onde o YATAMA não encontraria apoio para apresentar candidato ou não teria interesse em buscar este apoio.

A decisão proferida no Caso YATAMA Vs. Nicarágua, que faz menção ao Parecer Consultivo n.º 18/03, faz alusão ainda, de forma mais direta, ao caráter autônomo do princípio da não discriminação, norma de *ius cogens*, declarando expressamente que este não se restringe aos direitos consagrados em um tratado, alcançando toda a legislação que o Estado aprove ou aplique (CORTEIDH, 2005a, p. 87).

Neste mesmo ano, no Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, a Corte repisou o caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação, ao analisar a responsabilidade internacional desse Estado por ter negado o pedido de registro tardio de nascimento, no registro civil, das crianças Dilia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi, nascidas em seu território e filhas de mães dominicanas e pais haitianos (CORTEIDH, 2005b, p. 58).

A Corte reconheceu que a determinação de quem são seus nacionais continua sendo competência dos Estados, mas que a discricionariedade, nesta matéria, encontra-se limitada pelo Direito Internacional (CORTEIDH, 2005b, p. 57). Sublinhou que, diante do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, atualmente, a discricionariedade dos Estados, no que se refere à atribuição de sua nacionalidade, acha-se restrita, por um lado, pelo princípio da não discriminação; e, por outro, pelo dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia (CORTEIDH, 2005b, p.

57). E que, em razão do princípio da não discriminação:

[...] os Estados, ao regulamentarem os mecanismos de concessão da nacionalidade, devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercerem seus direitos. (CORTEIDH, 2005b, p. 57)

Ainda no ano de 2005, novamente, a Corte reiterou a condição de *ius cogens* do princípio da não discriminação no Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. A Corte foi instada a se pronunciar sobre a responsabilidade internacional da Colômbia, em razão do massacre perpetrado no município de Mapiripán por agentes paramilitares, membros das Autodefesas Unidas da Colômbia, com a colaboração e aquiescência do Estado colombiano (CORTEIDH, 2005c, p. 2).

O massacre que resultou na morte e no desaparecimento de aproximadamente quarenta e nove pessoas²¹⁹ (CORTEIDH, 2005c, p. 142) teve como consequência, dentre outras, o deslocamento forçado interno dos familiares das vítimas, motivado pelo vivenciado no massacre, pelos danos suportados, pelo medo de que eventos semelhantes se repetissem e pelas intimidações e ameaças efetuadas, por paramilitares (CORTEIDH, 2005c, p. 117). Conclui a Corte que tal deslocamento teve origem na falta de proteção durante o massacre, e revelou seus efeitos nas violações da integridade pessoal dos familiares das vítimas, nas falhas quanto ao dever de investigar, o que levou à impunidade parcial²²⁰, afetando o direito dos familiares das

²¹⁹ "Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997 las AUC separaron a 27 personas identificadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas por un miembro de las AUC conocido como "Mochacabezas". Los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba." (CORTEIDH, 2005c, p. 47).

²²⁰ "En efecto, es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios. En este caso, algunos de los imputados han sido juzgados y condenados en ausencia. Además, la reducida participación de los familiares en los procesos penales, ya sea como parte civil o como testigos, es consecuencia de las amenazas sufridas durante y después de la masacre, la situación de desplazamiento que enfrentaron y el temor a participar en dichos procesos. Por tanto, mal podría sostenerse que en un caso como el presente deba considerarse la actividad procesal del interesado como un criterio determinante para definir la razonabilidad del plazo." (CORTEIDH, 2005c, p. 134-135).

vítimas a uma vida digna (CORTEIDH, 2005c, p. 119).

A Corte assevera que o fenômeno do deslocamento forçado interno dos familiares das vítimas do massacre encontra-se diretamente ligado à condição de vulnerabilidade²²¹ e de desamparo dos deslocados (CORTEIDH, 2005c, p. 116). Afirma que a situação dos deslocados deve ser entendida como uma condição individual *de facto* de desproteção em relação ao restante das pessoas que se encontram em situações semelhantes (CORTEIDH, 2005c, p. 116).

Sem tratar do princípio da discriminação como matéria central, a Corte (CORTEIDH, 2005c, p. 116) determina que o deslocamento forçado interno viola tal princípio, detentor do atributo do *ius cogens*, por levar ao estabelecimento de diferenças no acesso dos deslocados aos recursos públicos administrados pelo Estado em desfavor dos mesmos, ocasionando prejuízos culturais que dificultam a integração dos deslocados na sociedade e que podem levar à impunidade das violações de direitos humanos de que são vítimas.

Em razão dos motivos supramencionados, para a Corte (CORTEIDH, 2005c, p. 116-117), cabe aos Estados outorgarem um tratamento preferencial em favor dos deslocados e adotar medidas de caráter positivo para reverter os efeitos da condição de debilidade, vulnerabilidade e desamparo desses, inclusive no tocante a atuações e práticas de terceiros particulares.

No ano seguinte, em 2006, a Corte (CORTEIDH, 2006a, p. 54), no Caso López Álvares Vs. Honduras, decidiu entre outros pontos, que a proibição que o diretor do Centro Penitenciário de Tela impôs à população garífuna encarcerada, nesse centro penitenciário, de se expressarem em idioma garífuna, violou o princípio da não discriminação²²² (CORTEIDH, 2006a, p. 53-54).

Ao fundamentar sua decisão, a Corte afirmou que tal medida não foi justificada

²²¹ A Corte (CORTEIDH, 2005c, p. 115) registra que o problema do deslocamento forçado interno na Colômbia é causado por conflito armado interno, iniciado nos anos oitenta, e que se agravou progressivamente atingindo, à época em que a decisão foi lavrada uma população, entre 1,5 a 3 milhões de pessoas. Nas palavras da Corte, a vulnerabilidade “[...] es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazadas, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad.” (CORTEIDH, 2005c, p. 115).

²²² “Este Tribunal reiterou que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação determina que os Estados devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos. Além disso, os Estados devem combater práticas discriminatórias e adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva igualdade de todas as pessoas perante a lei.” (CORTEIDH, 2005a, p. 54).

pelo Estado, nem decorre de condições de segurança ou de necessidade de tratamento, inexistindo interesse público a ser satisfeito, por meio da proibição imposta à população garífuna encarcerada (CORTEIDH, 2006a, p. 54).

Ademais, por não ser a restrição de utilização do idioma garífuna uma consequência necessária da privação de liberdade, o exercício do direito do encarcerado de se expressar no idioma de sua escolha deve ser garantido, “[...] em conformidade com as regras características de uma sociedade democrática [...]” (CORTEIDH, 2006a, p. 54).

A Corte afirma ser a língua um dos mais importantes elementos de identidade de um povo, precisamente, por garantir a expressão, difusão e transmissão de sua cultura (CORTEIDH, 2006a, p. 54). À vista disso, a proibição imposta aos encarcerados de se expressarem em língua garífuna adquire uma especial gravidade para a Corte, por atingir a forma de expressão de uma minoria (CORTEIDH, 2006a, p. 54). Consequentemente, tal proibição, ao alcançar o idioma materno do Sr. Alfredo López Álvarez, que constitui um elemento de sua identidade como membro de uma comunidade garífuna hondurenha, afetou sua dignidade pessoal (CORTEIDH, 2006a, p. 54).

Ainda em 2006, a Corte voltou a mencionar o caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação no Caso Servellón García e outros Vs. Honduras. Neste caso, que se refere à responsabilidade internacional de Honduras, em razão da prisão arbitrária e posterior execução extrajudicial de Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourth Vásquez, Orlando Álvarez Ríos e Diomedes Obed García Sánchez, por agentes públicos, bem como pela falta de investigação e sanção dos responsáveis, o princípio da não discriminação é discutido no âmbito do direito individual à liberdade (CORTEIDH, 2006b, p. 38).

A Corte assinalou que a prisão coletiva pode representar um mecanismo para garantir a segurança da sociedade, desde que o Estado conte com elementos comprobatórios de que a atuação de cada uma das pessoas afetadas corresponde a motivos de prisão previstos pela legislação, em harmonia com a Constituição. Em outras palavras, faz-se necessária a existência de elementos capazes de individualizar as condutas de cada um dos presos e do controle da autoridade

judicial²²³. Por outro lado, é ilegal e arbitrária a prisão em massa e programada, sem causa legal, derivada da suposição da autoridade de que poderiam representar um risco ou perigo para a segurança dos demais (CORTEIDH, 2006b, p. 38).

A prisão das vítimas, neste caso, constituiu uma prisão coletiva e programada (CORTEIDH, 2006b, p. 38). No total, 128 pessoas foram presas, sem ordem de detenção, sem flagrante, com a finalidade de evitar distúrbios durante os desfiles que se realizariam para celebrar o Dia da Independência Nacional (CORTEIDH, 2006b, p. 38). Não poderia, contudo, em razão do princípio da não discriminação, o Estado atuar contra um determinado grupo de pessoas, por motivo de gênero, de raça, de cor, de idioma, de religião ou de convicção, de opinião política ou de outra índole, de origem nacional, étnico ou social, de nacionalidade, de idade, de situação econômica, de patrimônio, de estado civil, de nascimento ou de qualquer outra condição (CORTEIDH, 2006b, p. 39).

Nos termos da decisão, por não se encontrar a prisão coletiva ocorrida com as vítimas, no caso referido, fundada na individualização de condutas puníveis e carecer de controle judicial, contraria a presunção de inocência, restringe indevidamente a liberdade pessoal e configura um mecanismo discriminatório (CORTEIDH, 2006b, p. 40).

Já no Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai, de 2010, a demanda formulada relaciona-se com a responsabilidade internacional daquele Estado decorrente da falta de garantia do direito de propriedade ancestral da referida Comunidade Indígena (CORTEIDH, 2010a, p. 2).

A Comunidade Xámkok Kásek é formada por sessenta e seis famílias, compostas por 268 pessoas (CORTEIDH, 2010a, p. 17). Trata-se de uma comunidade de composição multiétnica, formada majoritariamente por membros do povo Sanapaná e Enxet-Sul (anteriormente conhecidos como Lenguas) (CORTEIDH, 2010a, p. 11). A prova apresentada no referido Caso revela que os membros das aldeias Sanapaná e Enxet, em razão do processo de colonização do Chaco e do estabelecimento de fazendas, deixaram a área que tradicionalmente ocupavam e

²²³ "El Tribunal entiende que la detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial." (CORTEIDH, 2006b, p. 39).

foram se juntando perto da área da Fazenda Salazar, onde pouco a pouco foram se misturando (CORTEIDH, 2010a, p. 10-11).

O fato de os membros da Comunidade Xákmok Kásek não disporem da posse das terras reclamadas (que se encontravam em mãos privadas), para a Corte não impede o exercício do direito a sua reivindicação, que só deixa de existir quando extinta²²⁴ a relação única dos indígenas com suas terras tradicionais (CORTEIDH, 2010a, p. 28).

A Corte (CORTEIDH, 2010a, p. 65) constatou a existência de discriminação *de facto* contra os membros da Comunidade Xákmok Kásek, evidenciada: pela situação de extrema e especial vulnerabilidade dos membros dessa Comunidade²²⁵; pela falta de recursos adequados e efetivos que protejam os direitos dos indígenas, não só de maneira formal; pela insuficiente presença de instituições estatais, obrigadas a prestar serviços e bens, aos membros da Comunidade (em especial, alimentação, água, saúde e educação); e, pela prevalência de uma visão da propriedade que concede maior proteção aos proprietários privados acerca das reivindicações territoriais indígenas, desconhecendo-se, com isso, a identidade cultural e ameaçando a subsistência física²²⁶ de tais povos. Igualmente, a Corte reconheceu a omissão do

²²⁴ "Para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu que: i) ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais." (CORTEIDH, 2010a, p. 28).

²²⁵ "No presente caso, em 11 de junho de 1991 e em 22 de setembro de 1992, funcionários do INDI constataram o estado de especial vulnerabilidade em que se encontravam os membros da Comunidade, ao não terem a titularidade de suas terras. Em 11 de novembro de 1993, os líderes indígenas reiteraram ao IBR que sua solicitação de reclamação de terras era prioritária em razão de que "estavam vivendo em condições sumamente difíceis e precárias e não sabiam até quando poderiam aguentar" (CORTEIDH, 2010a, p. 44). Em abril de 2009, a Presidência da República e o Ministério da Educação e Cultura emitiram o decreto n.º 1.830, que assegura o estado de emergência da Comunidade Xákmok Kásek, em virtude da privação ao acesso aos meios de subsistência tradicionais em seu território ancestral, da falta de meios de alimentação e de assistência médica, mínimos e indispensáveis (CORTEIDH, 2010a, p. 44).

²²⁶ Registra-se que, sem consulta aos membros da Comunidade Xákmok Kásek e sem levar em conta sua reivindicação territorial, em 2008, a Presidência da República do Paraguai declarou 12.450 hectares da Fazenda Salazar como uma área silvestre, protegida sob domínio privado, por um período de cinco anos (CORTEIDH, 2010a, p. 20). Aproximadamente 4.175 hectares dessa área da reserva silvestre são parte dos 10.700 hectares reclamados pela Comunidade desde 1990 (CORTEIDH, 2010a, p. 20). Ademais, de acordo com a "[...] com a Lei no 352/94, que estabelece o regime legal aplicável às Áreas Silvestres Protegidas, aquelas que se encontrem sob o domínio privado serão inapropriáveis

Paraguai em adotar medidas positivas de proteção necessárias, para reverter as desigualdades de fato existentes (CORTEIDH, 2010a, p. 65).

A decisão prolatada, neste caso, realça a diferença no âmbito de aplicação do princípio da não discriminação conforme previsto no § 1º do art. 1º e no art. 24, ambos, da Convenção Americana. A Corte esclarece que a obrigação geral contida no § 1º do art. 1º “[...] refere-se ao dever do Estado de respeitar e garantir ‘sem discriminação’ os direitos contidos na Convenção Americana [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 65), sob pena de se violar, tanto tal norma quanto o direito subjetivo em questão (CORTEIDH, 2010a, p. 65), enquanto o art. 24 desta Convenção veda a proteção desigual pela lei interna do Estado.

Reforça-se ser o princípio da não discriminação uno. Consequentemente, a divisão realizada pela Corte em tal princípio é meramente para fins de aplicação da Convenção Americana. Assim, o § 1º do art. 1º e no art. 24, ambos, de tal Convenção, se complementam e formam o princípio da não discriminação, que tanto iguala os seres humanos perante a lei, como proíbe qualquer discriminação de fato ou de direito.

Ademais, como já asseverado (Cf. Seção 1.3), inclusive pela própria Corte no Parecer Consultivo n.º 18/03, o princípio da não discriminação, constante na Convenção Americana, por ser norma de *ius cogens*, não tem sua aplicação restrita aos direitos humanos ali previstos, nem aos Estados signatários desse tratado, vedando, assim, qualquer ato discriminatório.

Concorda-se com o entendimento da Corte, segundo o qual a ausência, pelo Paraguai, de medidas suficientes e efetivas para a garantia dos direitos previstos no § 1º²²⁷ do art. 21 (Direito à Propriedade Privada), no § 1º²²⁸ do art. 8º (Garantias

durante o lapso de validade da declaração [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 21). Tal lei impõe, ainda, “[...] restrições de uso e de domínio, entre as quais se encontra a proibição da ocupação de todo o terreno, assim como atividades tradicionais dos membros da Comunidade como a caça, pesca e coleta [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 21); penaliza as infrações e designa “[...] um guarda florestal que pode estar armado e efetuar prisões [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 21). Assim, em fevereiro de 2008, os membros da Comunidade Xákmok Kásek deslocaram-se do antigo assentamento nos arredores da Fazenda Salazar e passaram a se assentar em 1.500 hectares cedidos, em 2005, pelos líderes das Comunidades Nepoxen, Saria, Tajamar Kabayu e Kenaten, todas elas de origem Angaité (doravante denominadas “as comunidades Angaité”), à Comunidade Xákmok Kásek (CORTEIDH, 2010a, p. 19-20).

²²⁷ “1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.”

²²⁸ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

Judiciais), no § 1º²²⁹ do art. 25 (Proteção Judicial), no § 1º²³⁰ do art. 4º (Direito à Vida), no art. 3º²³¹ (Direitos ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica) e no art. 19²³² (Direitos da Criança), todos da Convenção Americana, viola o princípio da não discriminação, conforme estabelecido no § 1º do art. 1º desse instrumento (CORTEIDH, 2010a, p. 65).

A Corte, nesta decisão, assevera que a identificação da Comunidade “[...] desde seu nome até sua composição, é um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 10). Por isso devem ser respeitadas “[...] as determinações que a Comunidade apresente neste sentido, ou seja, a forma como esta se auto identifique [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 10).

A noção de domínio e da posse nas comunidades indígenas não se centra em um indivíduo, mas no grupo, em sua comunidade; diferenciando-se da concepção clássica de propriedade. E, nesse trilhar, merece igual proteção do art. 21 da Convenção Americana, sob pena de se fazer ilusória a proteção do direito contido, neste artigo, para milhões de pessoas (CORTEIDH, 2010a, p. 22).

Assinala a Corte que o art. 21 da Convenção Americana protege “[...] a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles [...]” (CORTEIDH, 2010a, p. 21).

Os membros da Comunidade Xákmok Kásek, por estarem impedidos de se assentarem em seu território tradicional, sofreram diversos danos à sua identidade cultural, tendo sido impactados as suas línguas próprias (Sanapaná e Enxet), os rituais de xamanismo e os de iniciação masculina e feminina, os saberes ancestrais xamânicos, dentre outros traços culturais desta comunidade (CORTEIDH, 2010a, p. 41).

A decisão referida (CORTEIDH, 2010a, p. 61) afirma que a negação pelo

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

²²⁹ “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

²³⁰ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

²³¹ “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.”

²³² “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

Estado da composição multiétnica da Comunidade Xákmok Kásek e o não reconhecimento do seu direito à propriedade comunitária constituem obstáculos para a titulação das terras e afetam o direito à autodeterminação de tal Comunidade.

Outro caso decidido em 2010, que faz menção ao atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação foi o Vélez Loor Vs. Panamá. Resumidamente, o caso se refere à responsabilidade internacional do Panamá pela detenção de Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, motivada por sua situação migratória irregular, pelas condições desumanas de detenção, e pela falta de processo em harmonia com as garantias legais (CORTEIDH, 2010b, p. 4).

Neste caso, a Corte aborda novamente a violação do princípio da não discriminação no contexto da migração. Reitera a possibilidade de o Estado dispensar tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos não documentados, ou entre migrantes e nacionais, desde que tal diferença de tratamento seja razoável, objetiva, proporcional e não infrinja direitos humanos (CORTEIDH, 2010b, p. 79).

O Estado deve garantir às pessoas que se encontram em uma situação de vulnerabilidade agravada, como migrantes em situação irregular submetidos a uma medida de privação de liberdade, o acesso, efetivo e igualitário, à justiça (CORTEIDH, 2010b, p. 80). Para tanto, se faz indispensável a notificação sobre o direito à assistência consular²³³ e à assistência jurídica²³⁴ (CORTEIDH, 2010b, p. 80).

²³³ "A Corte observa que os estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente do seu, e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de particular vulnerabilidade, que o direito à informação sobre a assistência consular, enquadrado no universo conceitual dos direitos humanos, busca remediar, de maneira a assegurar que a pessoa estrangeira detida desfrute de um verdadeiro acesso à justiça, se beneficie de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens, e goze de condições de detenção compatíveis com o respeito devido à dignidade das pessoas. Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É desse modo que se atende ao princípio de igualdade perante a lei e os tribunais, e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou restrinjam a defesa eficaz dos próprios interesses". (CORTEIDH, 2010b, p. 48).

²³⁴ "Nesse contexto, deve-se ressaltar a importância da assistência jurídica em casos como o presente, que envolve uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade, o que torna necessário que o Estado receptor leve em conta as particularidades de sua situação para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários. Assim, o Tribunal considera que a assistência deve ser exercida por um profissional de direito, que possa atender aos requisitos de uma defesa técnica mediante a qual se assessor a pessoa processada, *inter alia*, sobre a possibilidade de acionar recursos contra atos que afetem direitos. Se o direito à defesa surge a partir do momento em que se ordena investigar uma pessoa, ou a autoridade dispõe ou executa atos que implicam prejuízo de direitos, a pessoa submetida a um processo administrativo sancionatório deve ter acesso à defesa técnica a partir desse mesmo momento. Impedi-lo de contar com a assistência de seu advogado

Entretanto, a Corte assinala que a vítima não foi informada do seu direito à assistência consular, nem contou com a assistência jurídica, descumprindo o Panamá a obrigação esculpida no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça, nos termos do § 1º do art. 8º e do art. 25 do citado tratado (CORTEIDH, 2010b, p. 80).

No ano de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos voltou a reafirmar a característica de *ius cogens* do princípio da não discriminação, no Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile (CORTEIDH, 2012a, p. 29). Neste caso, foi discutida a responsabilidade internacional do Chile pelo tratamento discriminatório, em razão de orientação sexual de Karen Atala Riffo, juíza chilena, sob dois prismas: o processo judicial que resultou na retirada do cuidado e da custódia de suas três filhas (CORTEIDH, 2012a, p. 4) e o processo disciplinar movido contra a Sra. Atala.

Ao tratar da discriminação ocorrida em razão da orientação sexual da Sra. Atala no processo de guarda, a Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 28-29) expressamente reconhece que, por não conter a Convenção Americana, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, uma definição explícita de discriminação, utiliza o conceito contido no Comentário Geral n.º 18 do CDH (Cf. seção 2.2). E, afirma, assim, como a Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Tyrer Vs. Reino Unido (CEDH, 1978, p. 12), serem os tratados de direitos humanos instrumentos vivos, cuja interpretação acompanhará a evolução dos tempos e as condições de vida do momento (CORTEIDH, 2012a, p. 29).

A Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 30) registra que a OEA aprovou, sobre orientação sexual e identidade de gênero, as resoluções AG/RES. 2653 (XLI-O/11), AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Tais resoluções, mais a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, do Comitê de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros²³⁵, demonstram ter a Corte, ao aplicar a interpretação evolutiva na expressão “qualquer outra condição social” do § 1º do art. 1º da Convenção Americana, para incorporar a orientação sexual e a identidade de gênero

defensor significa limitar severamente o direito à defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela diante do exercício do poder punitivo.” (CORTEIDH, 2010b, p. 42).

²³⁵ “O Comitê dos Direitos da Criança, o Comitê contra a Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher também fizeram referências, no âmbito de suas observações gerais e recomendações, a respeito da inclusão da orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibida.” (CORTEIDH, 2012a, p. 32).

como categorias de discriminação proibidas²³⁶, (CORTEIDH, 2012a, p. 30-31; 33), buscado a opção mais favorável à pessoa, compatível com a evolução dos direitos humanos no Direito Internacional.

Por conseguinte, ao analisar o argumento do Estado de que, até a data em que foi proferida a decisão pela Corte Suprema do Chile, não havia consenso a respeito da orientação sexual como categoria proibida de discriminação, a Corte assevera que:

[...] O fato de que esta pudesse ser matéria controversa em alguns setores e países, e de que não seja necessariamente matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve ater-se única e exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana. (CORTEIDH, 2012a, p. 34).

Outro ponto que merece ser destacado nesta sentença condenatória é que, para a Corte, haverá a comprovação de discriminação sempre que uma decisão utilize, de maneira explícita ou implícita, em seu fundamento, a orientação sexual da pessoa (CORTEIDH, 2012a, p. 35). Ou seja, restará configurada a violação do princípio da não discriminação sempre que uma decisão se assentar, ainda que parcialmente, em uma categoria de discriminação proibida, sem que se tenha um fim legítimo e não seja a restrição imposta ao direito “[...] de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma [...]” (CORTEIDH, 2012a, p. 38) razoável e proporcional com tal fim.

Para a Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 38-39), mesmo que a proteção do princípio do interesse superior da criança seja um fim legítimo²³⁷, a ausência de prova concreta de riscos e de danos, diretamente, oriundos da orientação sexual da mãe ou do pai,

²³⁶ O raciocínio jurídico empregado pela Corte, nesta decisão, corresponde ao empregado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, ao incluir a orientação sexual como categoria de discriminação proibida (CORTEIDH, 2012a, p. 30). Para o Comitê de Direitos Humanos a palavra “sexo” prevista no § 1º do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos incluiria a orientação sexual das pessoas (CORTEIDH, 2012a, p. 31). Por sua vez, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determinou que a orientação sexual pode ser enquadrada em “outra condição social”, contida no § 2º do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (CORTEIDH, 2012a, p. 32).

²³⁷ “O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.” (CORTEIDH, 2012a, p. 38).

para a criança, impede a aplicação desse princípio como justificativa, para se discriminar em virtude de tal orientação sexual.

Desta forma, a restrição do direito mostra-se discriminatória, não pela ausência de um fim legítimo, mas, por não guardar razoabilidade com o fim buscado, tendo em vista se firmar em presunções infundadas e estereotipadas relacionadas à orientação sexual e em riscos especulativos ou imaginários para a criança.

A Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 41) afirma que a existência de intolerância, em razão de raça, sexo, nacionalidade, orientação sexual etc, na sociedade, não pode ser usada como justificativa para a perpetuação de tratamentos discriminatórios, estando os Estados internacionalmente obrigados a combatê-los e a não legitimá-los. Em outras palavras, é dever dos Estados e do Direito contribuir para o avanço social (CORTEIDH, 2012a, p. 41). Deste modo, a presunção de tratamento social discriminatório a ser enfrentado pelas crianças, em razão da orientação sexual da mãe, não é argumento apto para afastar a violação do princípio da não discriminação imposto à Sra. Atala.

A Corte assevera que, no caso do processo de guarda das crianças, “[...] não analisou a compatibilidade de determinada norma com a Convenção Americana [...]” (CORTEIDH, 2012a, p. 80). A violação do direito a não discriminação, contido no art. 24 da Convenção Americana, também denominado direito à igualdade, não resultou de uma discriminação decorrente de uma proteção desigual pela lei interna, mas da “[...] aplicação de certas normas e práticas discriminatórias [...]” (CORTEIDH, 2012a, p. 80) pelo Poder Judiciário chileno.

Neste ponto, a Corte, em sua decisão, ampliou o entendimento consignado em decisões anteriores²³⁸, ao afirmar ser possível a violação do art. 24 da Convenção Americana, sem a existência de uma lei interna a prever proteção desigual. Para a Corte, o referido artigo, ao prever o direito à igual proteção da lei, veda tanto a discriminação originada de uma lei interna, quanto de sua aplicação (CORTEIDH, 2014b, p. 69). Reforça a Corte, na decisão em análise, poder ser de fato ou de direito a violação ao princípio da não discriminação (Cf. seção 2.2).

Conclui a Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 49), com relação ao processo de guarda das crianças, pela violação do direito à igualdade perante a lei, consagrado no

²³⁸ Dentre outros cita-se a decisão proferida no Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai (CORTEIDH, 2010a, p. 65) e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2012b, p. 64).

art. 24, e do princípio da não discriminação expresso no § 1º do art. 1º, todos da Convenção Americana, em detrimento da Sra. Atala. Assinale-se também que a decisão da Corte Suprema do Chile, ao se fundamentar na orientação sexual da mãe, terminou discriminando as crianças, por se amparar em considerações que não teriam sido ventiladas se o processo de guarda envolvessem pai e mãe heterossexuais (CORTEIDH, 2012a, p. 51). Destaca, ainda, tal decisão que o tratamento discriminatório contra a mãe irradiou seus efeitos para as crianças, que foram dela separadas, em razão de sua orientação sexual (CORTEIDH, 2012a, p. 51).

Com relação ao processo disciplinar movido, paralelamente ao processo de guarda, contra a Sra. Atala, juíza chilena, a Corte também entendeu pela violação do princípio da não discriminação por motivo de orientação sexual. Em outras palavras, a Corte concluiu pela violação do art. 24, em relação ao § 1º do art. 1º da Convenção Americana.

Destaca a Corte que, não obstante ter sido o processo disciplinar motivado pela utilização, por parte de Atala, de sua condição de magistrada para pedir que uma subordinada expedisse ofícios, em nome do Juizado de Letras e de Menores de Villarrica, requerendo diligências no processo de guarda em que figurava como parte (CORTEIDH, 2012a, p. 66), a determinação pelo Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco de uma visita extraordinária, ao Tribunal Penal de Villarrica, no qual a Sra. Atala ocupava o cargo de juíza, teve como um dos motivos constatar o noticiado pela imprensa a respeito de sua orientação sexual (CORTEIDH, 2012a, p. 67).

Aduz a Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 68) que, ao incluir entre os propósitos da visita, indagações sobre a orientação sexual da Sra. Atala e sua relação com pessoa do mesmo sexo, restou configurado um tratamento diferenciado em detrimento dela, sem qualquer justificativa.

Até porque, conforme assevera a Corte:

A orientação sexual ou o seu exercício não podem constituir, em nenhuma circunstância, fundamento para a condução de um processo disciplinar, pois não existe relação alguma entre o correto desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual (CORTEIDH, 2012a, p. 69).

Ao assegurar a inexistência de relação entre o desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual de forma ampla, a Corte muito contribuiu para desacreditar discursos discriminatórios utilizados por Estados ou seus setores

que perpetuam a discriminação sofrida pelos seres humanos integrantes das minorias sexuais.

Ainda em 2012, voltou a Corte a fazer referência à característica de *ius cogens* do princípio da não discriminação, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. A Corte, outra vez, analisou em um caso concreto, a existência de atos discriminatórios em razão da condição de migrantes das vítimas haitianas (CORTEIDH, 2012b, p. 65).

Restou provado, neste processo, que, em 2000, um caminhão conduzido por um dominicano transportava em sua traseira, cobertos por uma lona, aproximadamente trinta haitianos, incluindo um menor e uma grávida, quando foi dado sinal, para que parasse em um posto de controle (CORTEIDH, 2012b, p. 16-17). O caminhão, no entanto, não parou, levando quatro militares do Destacamento Operativo de Força Fronteiriça a perseguirem o veículo até alcançá-lo. E por continuar o caminhão em movimento, mesmo após os militares terem dado luz alta e buzinado, estes realizaram vários disparos em sua direção (CORTEIDH, 2012b, p. 17).

Quilômetros mais adiante, o caminhão veio a tombar, tendo quatro pessoas morrido, em decorrência dos disparos, e uma outra, em decorrência do tombamento do veículo (CORTEIDH, 2012b, p. 29). Após a capotagem do caminhão, várias pessoas correram, tentando salvar suas vidas, quando os militares abriram fogo provocando a morte de mais dois seres humanos (CORTEIDH, 2012b, p. 29). Os disparos efetuados pelos militares caracterizaram o uso da força de forma ilegítima, excessiva ou desproporcional (CORTEIDH, 2012b, p. 31). Ao todo, ceifaram a vida de seis haitianos e de um dominicano, além de terem causado ferimentos em aproximadamente outras dez pessoas (CORTEIDH, 2012b, p. 29).

Os haitianos mortos foram enterrados, em uma fossa comum, e os sobreviventes levados ao hospital, sendo posteriormente, detidos e transportados ao quartel militar de Dajabón (CORTEIDH, 2012b, p. 21). Em Dajabón, militares ameaçaram os haitianos de obrigá-los a trabalhar no campo, e sugeriram-lhes a entrega de dinheiro, em troca de serem levados à fronteira com o Haiti (CORTEIDH, 2012b, p. 21). Os detidos então fizeram uma coleta de dinheiro e entregaram a quantia arrecadada aos militares que, no mesmo dia, os levaram para o Haiti (CORTEIDH, 2012b, p. 21). Em nenhum momento, porém, os migrantes haitianos foram postos oficialmente sob detenção, nem informados de terem feito algo proibido ou ilegal; muito menos, lhes foi permitido contactar um advogado, a embaixada haitiana ou

qualquer outra pessoa (CORTEIDH, 2012b, p. 22). Por sua vez, os militares, autores das violações narradas, foram absolvidos, após serem investigados e julgados pela jurisdição militar (CORTEIDH, 2012b, p. 54).

Um ponto interessante desta decisão é o reconhecimento, pela Corte, da dificuldade das vítimas em provar a discriminação racial sofrida, recaindo, em certos casos, por esse motivo, o ônus da prova também sobre o Estado (CORTEIDH, 2012b, p. 65). A Corte inova ao introduzir à sua jurisprudência o reconhecimento expresso da discriminação indireta (Cf. seção 2.2), produto de normas, ações, políticas ou outras medidas aparentemente neutras, que impactam de forma desproporcional e prejudicial certos grupos de vulneráveis (CORTEIDH, 2012b, p. 66).

A Corte infere, neste caso, a vulnerabilidade dos imigrantes haitianos²³⁹ e a discriminação *de facto* sofrida por eles, em razão de suas condições de migrantes. Para a Corte (CORTEIDH, 2012b, p. 67), a República Dominicana violou o princípio da não discriminação esculpido no art. § 1º do art. 1º da Convenção Americana, em relação aos seguintes artigos:

a) Artigo 2º²⁴⁰, “[...] por não ter cumprido sua obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal através de uma legislação adequada sobre o uso da força [...]” (CORTEIDH, 2012b, p. 29), nem ter demonstrado o oferecimento de capacitação na matéria aos agentes encarregados de fazer cumprir a lei, em especial aos militares envolvidos nos fatos do caso (CORTEIDH, 2012b, p. 29).

b) Artigo 4º, por constituir “privação arbitrária da vida”²⁴¹ a morte das quatro pessoas, em razão dos disparos pelos militares de arma de fogo, durante a perseguição do veículo (CORTEIDH, 2012b, p. 31).

²³⁹ Declara a Corte que, “[...] no presente caso, a situação de especial vulnerabilidade dos imigrantes haitianos se devia, inter alia, a: i) a falta de medidas preventivas para enfrentar de maneira adequada situações relacionadas ao controle migratório na fronteira terrestre com o Haiti e em consideração de sua situação de vulnerabilidade; ii) a violência usada através do uso ilegítimo e desproporcional da força contra pessoas migrantes desarmadas; iii) a falta de investigação desta violência, a falta de declarações e participação das vítimas no processo penal e a impunidade dos fatos; iv) as detenções e a expulsão coletiva sem as devidas garantias; v) a falta de atenção e tratamento médico adequado às vítimas feridas, e vi) o tratamento degradante aos cadáveres e a falta de sua entrega aos familiares. (CORTEIDH, 2012b, p. 67).

²⁴⁰ Para a Corte o dever geral constante no art. 2º da Convenção Americana se, por um lado, determina a supressão de normas e de práticas de qualquer natureza que viole as garantias previstas em tal tratado, por outro, determina a aprovação de normas e o desenvolvimento de práticas que efetivem a observância destas garantias (CORTEIDH, 2012b, p. 29).

²⁴¹ “A Corte estabeleceu que, quando os agentes estatais usam a força de forma ilegítima, excessiva ou desproporcional, como no presente caso, dando lugar à perda de vidas, considera-se que se trata de uma privação arbitrária da vida.” (CORTEIDH, 2012b, p. 31).

c) Artigo 5º, em virtude do uso ilegítimo, desnecessário e desproporcional da força, as vítimas não fatais sofreram violações à sua integridade psicofísica. Bem como, em razão da não individualização pelo Estado das pessoas feridas, durante a investigação, contribuindo para a permanência da impunidade dos fatos (CORTEIDH, 2012b, p. 32).

d) Artigo 7º, por não ter a detenção dos sete migrantes haitianos cumprido as disposições constitucionais e legislativas vigentes à data da ocorrência dos fatos. Afirma a Corte (CORTEIDH, 2012b, p. 45) que as detenções não tiveram como fim a realização de procedimento capaz de determinar as circunstâncias e o *status* jurídico dos detidos nem a realização de procedimento migratório formal, com vistas à deportação ou à expulsão. Não existia sequer informação oral ou escrita sobre os motivos e razões das detenções e de notificação escrita das acusações às vítimas (CORTEIDH, 2012b, p. 45).

e) Artigo 8º, por não ter sido dada, aos haitianos expulsos²⁴², nenhuma das garantias mínimas que tinham direito como estrangeiros (CORTEIDH, 2012b, p. 52).

f) § 9º do art. 22, por terem os migrantes sido tratados como um grupo, sem que o Estado os individualizasse ou lhes desse um tratamento diferenciado como seres humanos, levando em conta suas eventuais necessidades de proteção (CORTEIDH, 2012b, p. 53).

g) Artigo 25, por ser a justiça ordinária, na visão da Corte, a competente para investigar, julgar e, se for o caso, punir autores de violações de direitos humanos, tendo em vista que a jurisdição militar não detém a independência nem a imparcialidade estabelecida na Convenção Americana (CORTEIDH, 2012b, p. 54-55).

Já em 2014, no Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala, a Corte trata do caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação, pela primeira vez, na

²⁴² “[...] em atenção tanto à normativa interna vigente na República Dominicana como ao Direito Internacional, um processo que possa resultar na expulsão ou deportação de um estrangeiro deve ser individual, de modo a avaliar as circunstâncias pessoais de cada sujeito e cumprir a proibição de expulsões coletivas. Além disso, este procedimento não deve discriminar em razão de nacionalidade, cor, raça, sexo, idioma, religião, opinião política, origem social ou outro *status*, e deve observar as seguintes garantias mínimas em relação ao estrangeiro: i) ser informado expressa e formalmente sobre as acusações contra ele e sobre os motivos da expulsão ou deportação. Essa notificação deve incluir informação sobre seus direitos, tais como: a. a possibilidade de expor suas razões e opor-se às acusações contra ele; a possibilidade de solicitar e receber assistência consular, assessoria jurídica e, se for o caso, tradução ou interpretação; ii) em caso de decisão desfavorável, deve ter direito a submeter seu caso à revisão perante a autoridade competente e apresentar-se perante ela para tal fim, e iii) a eventual expulsão apenas poderá realizar-se depois de uma decisão fundamentada conforme a lei e devidamente notificada.” (CORTEIDH, 2012b, p. 31).

perspectiva da discriminação contra a mulher. Em sua decisão, o Tribunal reafirma que:

[...] estabeleceu em sua jurisprudência que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo o conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, uma vez que prevê a obrigação dos Estados Partes de respeitar o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos 'sem qualquer discriminação'. Ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com relação ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é *per se* incompatível com a mesma. O descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera responsabilidade internacional. É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação [...]²⁴³ (CORTEIDH, 2014a, p. 73, tradução nossa).

Se a primeira frase do trecho da decisão acima transcrito pode levar à conclusão precipitada e errônea de que o princípio da não discriminação, constante no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, se aplica somente aos direitos contidos nesse tratado, a sua parte final dissipa qualquer dúvida sobre a autonomia dessa norma de *ius cogens*, que cria a obrigação de garantia e de respeito dos direitos humanos sem qualquer discriminação.

Neste caso, que versa sobre a responsabilidade internacional da Guatemala em decorrência da falta de diligência na investigação do desaparecimento e posterior morte de María Isabel Véliz Franco, em 16 de dezembro de 2001, quando então contava com 15 anos de idade (CORTEIDH, 2014a, p. 34), a Corte enfatiza o princípio da não discriminação como um instrumento de proteção de indivíduos vulneráveis por meio de tratamentos que caracterizem diferenciação legítima.

A Corte ressalta (CORTEIDH, 2014a, p. 51-52) a vulnerabilidade da vítima, em razão de sua idade e de seu gênero, bem como as consequências para o Estado. Esse tem o dever de atuar com diligência rigorosa na proteção e na garantia do

²⁴³ "El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación." (CORTEIDH, 2014a, p. 73).

exercício e gozo dos direitos das crianças, incluindo as adolescentes, contra a mera possibilidade de sua violação por ato, real ou potencial, que implique violência por razão de gênero (CORTEIDH, 2014a, p. 52-53).

A violação ao princípio da não discriminação está evidenciada pela possibilidade de María Isabel Véliz Franco estar viva, quando sua mãe relatou o seu desaparecimento às autoridades (pois o Estado nem sequer precisou o momento do óbito); cumulada com a omissão da Guatemala em adotar medida substantiva visando a investigar o ocorrido ou evitar possíveis violações dos direitos da vítima, mesmo após receber a denúncia e até encontrar o corpo. Em outras palavras, a violação pela Guatemala do referido princípio ocorre, no presente caso, pela não garantia do livre e pleno exercício dos direitos à vida e à integridade, esculpidos, respectivamente no § 1º do art. 4º e no § 1º do art. 5º, combinados com o art. 19, que prevê os direitos da criança, todos da Convenção Americana, bem como com a alínea *b* do art. 7º²⁴⁴ da Convenção de Belém do Pará (CORTEIDH, 2014a, p. 57-58).

Nas palavras da Corte:

[...] a violência baseada no gênero, ou seja, a violência dirigida contra uma mulher por ser mulher ou a violência que afeta a mulher de maneira desproporcional, é uma forma de discriminação contra a mulher [...] ²⁴⁵ (CORTEIDH, 2014a, p. 74, tradução nossa).

A Corte registra que o entendimento acima encontra-se em harmonia com o constante nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, e com preâmbulo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CORTEIDH, 2014a, p. 74).

Desta forma, por não ter o Estado da Guatemala conduzido a investigação do homicídio de María Isabel, sob uma perspectiva de gênero, de acordo com as obrigações impostas pela Convenção de Belém do Pará, restou violado também o art. 24 da Convenção Americana, em relação ao dever de não discriminação contido no § 1º do art. 1º deste último tratado (CORTEIDH, 2014a, p. 76).

²⁴⁴ "Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; [...]". (BRASIL, p. 3, 1996).

²⁴⁵ "[...] la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer [...]" (CORTEIDH, 2014a, p. 74).

Ainda em 2014, a Corte voltou a fazer menção ao caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação no Caso Norín Catrimán e outros Vs. Chile, que analisa a violação desse princípio, no contexto da origem étnica. Na decisão ali proferida, a Corte reafirma que a noção de igualdade presente no princípio da não discriminação decorre diretamente da unidade da natureza do gênero humano e tem laços indissolúveis com a dignidade do homem (CORTEIDH, 2014b, p. 68). Por esses motivos, tal noção é incompatível com qualquer situação que privilegie determinado grupo, por o considerá-lo superior; ou, que de forma inversa, por considerá-lo inferior, o discrimine quanto ao gozo de direitos reconhecidos a outros não pertencentes a tal grupo (CORTEIDH, 2014b, p. 68-69).

Em sua decisão, a Corte (CORTEIDH, 2014b, p. 70) reitera que a origem étnica é uma categoria proibida de discriminação, que se encontra compreendida dentro da expressão “qualquer outra condição social”, contida no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, reafirmando que a interpretação da referida expressão deve ser a mais favorável à tutela dos direitos protegidos em tal tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano. Assevera, que o princípio da não discriminação veda qualquer norma, ato ou prática discriminatória fundada na etnia da pessoa, enquanto o art. 24 de tal Convenção proíbe qualquer discriminação, em razão da origem étnica proveniente da lei ou de sua aplicação (CORTEIDH, 2014b, p. 70).

Neste caso, a Corte (CORTEIDH, 2014b, p. 81) conclui pela violação do princípio da não discriminação e do direito à igualdade perante a lei, em razão da utilização de estereótipos negativos nos fundamentos das sentenças chilenas que associam o Povo Indígena Mapuche com o terrorismo.

A Corte, ainda em 2014, se manifestou, por uma segunda vez, sobre o atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação no âmbito da discriminação contra a mulher, no Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru. Na decisão prolatada, a Corte (CORTEIDH, 2014c, 81) reforça que não se deve infligir a mulheres presas ou detidas qualquer discriminação. Logo, configura discriminação a violência dirigida à mulher, em razão de seu gênero, que a afete de forma desproporcional, incluindo atos que acarretem danos ou sofrimento de índole física, mental ou sexual, ameaças de cometer tais atos, coação e outras formas de privação de liberdade.

A Corte (CORTEIDH, 2014c, p. 82) estabeleceu ter Gladys Espinoza Gonzáles sido vítima de atos de violência e violação sexual durante sua detenção, e que tal

prática, à época dos fatos, era realizada de forma sistemática e generalizada²⁴⁶. No caso da vítima, os atos de violação sexual e outras formas de violência sexual realizadas tiveram como finalidade obter informações acerca do sequestro, por parte do Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), de um empresário. Os agentes estatais, que a prenderam com seu companheiro, Rafael Salgado, o ameaçaram de que, caso não falasse sobre o paradeiro do empresário, vinte homens iriam violentar sua companheira (CORTEIDH, 2014c, p. 82).

Conclui a Corte (CORTEIDH, 2014c, p. 82) que o corpo de Glaydes Espinoza, como mulher, foi utilizado com o fim de obter informações de seu companheiro, humilhar e intimidar ambos. A violência sexual e as ameaças de violência sexual, realizadas pelos agentes estatais contra a vítima, caracterizou estratégia de luta contra o MRTA. Por esses motivos, a violência sexual sofrida pela vítima constitui discriminação, por sua condição de mulher, e viola o § 1º do art. 1º da Convenção Americana, no tocante aos direitos à integridade física (§§ 1º e 2º do art. 5º) e à proteção da honra e da dignidade (art. 11), esculpidos, nesse tratado, além de violar as obrigações contidas, nos artigos 1º²⁴⁷ e 6º²⁴⁸ da Convenção Interamericana, para Prevenir e Punir a Tortura²⁴⁹.

Por outro lado, a Corte também reconheceu ter o Peru violado o princípio da não discriminação com relação à garantia judicial esculpida no parágrafo 1º do art.

²⁴⁶ Conclui a Corte que, no Peru, no período de 1980 a 2000, “[...] se produjeron numerosos actos que configuraron una práctica generalizada y aberrante de violación sexual (incluso la introducción de objetos por la vagina y/o por el ano y violaciones reiteradas y masivas en contra de una misma mujer) y otras formas de violencia sexual (abusos sexuales, chantajes sexuales, acoso sexual o manoseos, desnudez forzada, insultos, amenazas de violación sexual con objetos y el paso de electricidad en los senos y en los genitales), que afectó principalmente a las mujeres. Ese contexto generalizado de violencia sexual estuvo enmarcado en un contexto más amplio de discriminación contra la mujer, a la que se consideraba vulnerable y cuyo cuerpo era utilizado por el perpetrador sin tener un motivo aparente o vinculado estrictamente al conflicto.” (CORTEIDH, 2014c, p. 23).

²⁴⁷ A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi incorporado ao ordenamento jurídico do Brasil através do Decreto n.º 98.386/89, e estabelece em seu artigo 1º que: “Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.”

²⁴⁸ “Artigo 6 - Em conformidade com o disposto no artigo I, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Partes assegurarão e ao de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.”

²⁴⁹ “Como consecuencia de ello, la Corte determina que el haber sometido a la señora Espinoza a dicha práctica generalizada constituye discriminación individualizada por su condición de mujer, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento, y con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.” (CORTEIDH, 2014c, p. 82).

8²⁵⁰ e o direito a proteção judicial (art. 25), todos da Convenção Americana, bem como no tocante aos artigos 1, 6 e 8²⁵¹ da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; além de ter descumprido a obrigação constante na alínea *b* do art. 7²⁵² da Convenção de Belém do Pará, por não ter conduzido investigação sobre as violências sexuais sofridas pela vítima (CORTEIDH, 2014c, p. 100-102).

A Corte ressalta em sua decisão que dos 538 casos de violações sexuais²⁵³, registrados pela Comissão da Verdade e Reconciliação (CVR)²⁵⁴, 527 foram cometidos contra mulheres (CORTEIDH, 2014c, p. 100). Desse total de 538 casos, até 2012, só dezesseis estavam sendo investigados, fazendo com que, no Peru, o problema da violência sexual contra mulheres detidas, em razão de suposta participação em crimes de terrorismo e traição, seja invisível; fato que impossibilita o processo e a punição dos autores de tais violências e, conseqüentemente, configura discriminação no acesso à justiça por razões de gênero (CORTEIDH, 2014c, p. 100).

Ademais, registra a sentença referida que a avaliação estereotipada²⁵⁵ das provas pelo Poder Judiciário do Peru levou à não investigação da violação sexual e

²⁵⁰ "1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

²⁵¹ "Artigo 8. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado."

²⁵² "Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; [...]".

²⁵³ Foi ressaltado pela CVR que o número de casos de violência sexual registrados pela CRV é bem menor que a realidade, pelas seguintes razões: "la escasa importancia que se le da, porque en un contexto de continua violencia contra la mujer eso tiende a ser visto como algo normal o como una trasgresión menor, por vergüenza y temor al estigma y porque tradicionalmente las autoridades del Estado han sido poco respetuosas de las mujeres que reportan haber sufrido violencia sexual" (CORTEIDH, 2014c, p. 100).

²⁵⁴ A Comissão da Verdade e Reconciliação (CVR) foi criada pelo Estado peruano em 2001, para esclarecer o processo, os efeitos e as responsabilidades relativos à violência terrorista e à violação dos direitos humanos, ocorridos entre maio de 1980 a novembro de 2000, realizada tanto pelas organizações terroristas como por agentes estatais (CORTEIDH, 2014c, p. 16).

²⁵⁵ A mulher suspeita de atividade criminosa é caracterizada como manipuladora, não confiável e com tendência a desafiar a autoridade; tendo sido apresentados laudos periciais que mostraram a vítima como pessoa desprezível e dissociativa, com personalidade imatura, insegura, que não aceita frustração e manipula os outros para obter vantagens, e para a Corte tal fato fizeram com que as provas não fossem analisadas de forma imparcial pelo Poder Judiciário do Peru (CORTEIDH, 2014c, p. 97; 99).

de outras formas de violências sexuais denunciadas pela vítima, restando, também, por tal motivo, caracterizada a discriminação no acesso à justiça por razões de gênero. Desta forma, infringiu o Peru o princípio da não discriminação previsto na Convenção Americana quanto a seus art. 2º, § 1º do art. 8º e art. 25; bem como violou os artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a alínea *b* do art. 7º da Convenção de Belém do Pará (CORTEIDH, 2014c, p. 100).

Neste caso, a Corte repisa que, apesar de terem aplicações diferentes, o § 1º do art. 1º e o art. 24 da Convenção Americana se complementam. Mais uma vez a Corte (CORTEIDH, 2014c, p. 79) assinala vedar o § 1º do art. 1º da Convenção toda discriminação, independente de sua origem ou da forma que assuma, no tocante ao exercício dos direitos garantidos nesse tratado, e proibir o art. 24 qualquer tratamento discriminatório pela legislação interna dos Estados ou por sua aplicação, não só no tocante aos direitos consagrados na Convenção Americana, como também com relação a outros direitos²⁵⁶.

No entanto, a Corte, em sua sentença, aplica o princípio da não discriminação, contido no parágrafo 1º do art. 1º da Convenção Americana, também com relação as obrigações contidas na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção de Belém do Pará. E, ao empregar o princípio da não discriminação a obrigações contidas em instrumento internacional distinto da Convenção Americana, a Corte concretiza, pela primeira vez, o caráter de *ius cogens* desse princípio e sua consequente autonomia, pois não restringe sua aplicação aos direitos consagrados em tal Convenção. Aqui reside a importância da referida decisão, dado que apesar de declarar ter o princípio da não discriminação característica de *ius cogens*, até então a Corte se limitava a aplicá-lo aos direitos contidos na Convenção Americana.

No ano seguinte, 2015, no Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, a Corte trata sobre o princípio de *ius cogens* da não discriminação no âmbito da liberdade de expressão.

²⁵⁶ Al respecto, la Corte ha señalado que, mientras la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.” (CORTEIDH, 2014c, p. 79).

Em sua decisão, a Corte relata que, no dia 27 de maio de 2007, venceram as concessões outorgadas pelo Estado venezuelano, aos canais de televisão Radio Caracas de Televisión (RCTV), VTV, Venevisión, Televisora Andina de Mérida e Amavisión, mas somente a concessão da RCTV não foi renovada (CORTEIDH, 2015a, p. 75).

Ao analisar o motivo da não renovação da concessão da RCTV, a Corte (CORTEIDH, 2015a, p. 76) salienta que os meios de comunicação, como, por exemplo, os canais de televisão, são mecanismos utilizados pelos indivíduos, no exercício do direito à liberdade de expressão. Assinala que a postura crítica e as opiniões políticas manifestadas por um canal de televisão são reflexo da expressão de seus diretores e trabalhadores, que determinam as linhas editoriais e os conteúdos da programação (CORTEIDH, 2015a, p. 76); e, ainda que, em menor intensidade, da expressão dos acionistas que dirigem e administram a pessoa jurídica através da Assembleia Geral (CORTEIDH, 2015a, p. 21 e 109). Desta forma, afirma a Corte que o direito à liberdade de expressão dessas pessoas é que resta violado, quando se discrimina por razões políticas uma sociedade empresarial que preste serviço de comunicação (CORTEIDH, 2015a, p. 109).

Em seguida, a Corte assevera que, por versar o referido caso sobre discriminação, por razões políticas, categoria expressamente protegida pelo princípio da não discriminação contido no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, caberia à Venezuela provar que sua decisão de não renovação da concessão da RCTV não tinha finalidade ou efeito discriminatório (CORTEIDH, 2015a, p. 76). Conclui, assim, que esse Estado não conseguiu se desincumbir de tal ônus, pois não provou sua alegação de que a opção pela frequência da RCTV se deu por motivos técnicos de redução de custos e ampliação do espectro de transmissão (CORTEIDH, 2015a, p. 77). A aplicação da inversão do ônus da prova de forma pioneira pela Corte, no presente caso, configura uma inovação salutar à sua jurisprudência.

Por outro lado, a Corte (CORTEIDH, 2015a, p. 77-78) destaca que diversas declarações de funcionários estatais, inclusive do então presidente, Hugo Chávez, demonstram ser a postura política transmitida pela RCTV um dos principais motivos por trás da decisão de não renovação da concessão desse canal de televisão.

A sentença referida (CORTEIDH, 2015a, p. 78) enfatiza a importância do exercício do direito à liberdade de expressão em iguais condições, pelos meios de comunicação, como forma de garantia do debate público, sobre questões de interesse

da sociedade e de proteção à democracia. Destaque-se que a violação deste direito, como no presente caso, impede não só o seu exercício pelas vítimas, como também afeta a sua dimensão social (CORTEIDH, 2015a, p. 112).

Ademais, afirma a Corte que o tratamento diferenciado a um meio de comunicação, por razões políticas, implica em ameaça, no desincentivo e na inibição, para os outros, no exercício do direito à liberdade de expressão (CORTEIDH, 2015a, p. 78).

A Corte finaliza a decisão em exame determinando a responsabilidade da Venezuela pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), com relação ao dever imposto pelo princípio da não discriminação (§ 1º do art. 1º), ambos previstos na Convenção Americana.

Outra lide julgada em 2015 que trata do caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação é o Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Neste caso, a Corte volta a se manifestar acerca do princípio da não discriminação sob o prisma da discriminação contra a mulher.

A Corte repisa ser a discriminação baseada no sexo uma forma de violência contra a mulher (CORTEIDH, 2015b, p. 67) e destaca que a situação resta agravada quando, em razão de estereótipos de gênero²⁵⁷, a vítima não é considerada suficientemente importante, para ter a violência sofrida investigada ou investigada da forma devida, tornando-se assim, por ser mulher, responsável ou merecedora de tal violência (CORTEIDH, 2015b, p. 70).

No presente caso, restou provado que a forma de vestir, o lugar do crime, e o estilo de vida foram considerados estereotipados e influenciaram de forma negativa a investigação, passando a vítima a ser tida como culpada por sua morte (CORTEIDH, 2015b, p. 70-71). Fecharam-se outras possíveis linhas de investigação sobre as circunstâncias (CORTEIDH, 2015b, p. 71). E, em razão da falta de uma investigação adequada, transcorridos mais de dez anos da morte da vítima, o crime ainda se encontra na mais absoluta impunidade (CORTEIDH, 2015b, p. 74).

A Corte (CORTEIDH, 2015b, p. 72) afirma que possivelmente a morte de Claudina Velásquez Paiz foi uma manifestação de violência de gênero sem, no

²⁵⁷ Dar-se a aplicação de estereótipos de gênero, por exemplo, quando, em casos de violência contra a mulher, a vítima é assemelhada ao perfil de uma gangue, a uma prostituta e/ou a uma qualquer, em razão de suas vestimentas, de seus acessórios, de ter ingerido bebida alcoólica, do lugar em que foi encontrado o corpo etc. (CORTEIDH, 2015b, p. 69-70).

entanto, que se lhe tenha dado um enfoque de gênero, conforme determinado pela Convenção de Belém do Pará. Assim, restou violado o direito à igualdade, perante a lei contido no art. 24 da Convenção Americana em relação ao princípio da não discriminação, expresso no § 1º do art. 1º do referido tratado, bem como o art. 7º da Convenção de Belém do Pará.

Em 2016, no Caso Duque Vs. Colômbia, a Corte voltou a discutir o princípio da não discriminação no âmbito da orientação sexual. Neste caso (CORTEIDH, 2016a, p. 4), a Corte determina a responsabilidade internacional da Colômbia pela denegação de pensão de sobreviventes a Ángel Alberto Duque, em razão da morte de seu companheiro, por serem ambos do mesmo sexo.

Em abril de 2002, a lei colombiana vigente negava aos companheiros de mesmo sexo o direito à pensão de sobreviventes. A Corte constatou que as normas que regulavam as uniões maritais, de fato, e o regime de seguridade social estabeleciam uma diferença de tratamento, pois só previam a formação de união marital, de fato, por casais heterossexuais (CORTEIDH, 2016a, p. 31).

A Corte (CORTEIDH, 2016a, p. 31) reafirma que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas de discriminação pela Convenção Americana, restando vedada qualquer norma, decisão ou prática de direito interno, seja por autoridades estatais seja por particulares, que restrinja os direitos de um ser humano, em razão de sua orientação sexual sem uma justificativa objetiva e razoável. Alerta ainda (CORTEIDH, 2016a, p. 31) que, em se tratando de categorias protegidas pelo § 1º do art. 1º da Convenção Americana, eventual restrição de direito exige fundamentação rigorosa e argumentação exaustiva pelo Estado.

A decisão referida (CORTEIDH, 2016a, p. 31) lembra que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirma, em sua Observação Geral n.º 19, que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proíbe toda discriminação de fato ou de direito, direta ou indireta, por motivos de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento, incapacidade física ou mental, estado de saúde, orientação sexual, estado civil ou qualquer outra condição que pretenda ou tenha por efeito anular ou menoscabar a igualdade de exercício do direito a seguridade social. Recorda, também, que a Observação Geral n.º 20 do mesmo Comitê assevera que se inclui a orientação sexual e a identidade de gênero na expressão “qualquer outra condição social”, constante no § 2º do art. 2º do referido

Pacto (CORTEIDH, 2016a, p. 31).

A Corte também fundamenta sua decisão nos Princípios de Yogyakarta²⁵⁸, em especial no princípio n.º 13 que assegura a todas as pessoas o direito à segurança social e a outras medidas de proteção social sem discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (CORTEIDH, 2016a, p. 32). E na decisão²⁵⁹ do Comitê de Direitos Humanos no Caso *Edward Young Vs. Austrália* que estabeleceu não ter a Austrália provado ser razoável, objetiva e justificável a existência de distinção no direito a benefícios previdenciários, com base na orientação sexual das pessoas (CORTEIDH, 2016a, p. 33).

A sentença condenatória da Corte Interamericana (CORTEIDH, 2016a, p. 33-35) menciona que atualmente países como o México, Uruguai, Argentina, Brasil, Chile e a própria Colômbia reconhecem o direito de união civil e/ou matrimônio a pessoas do mesmo sexo. E, reitera (CORTEIDH, 2016a, p. 36) que a falta de consenso em alguns setores e países sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerada como argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos, ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que estas minorias têm sofrido.

Assim, por não ter a Colômbia apresentado justificativa objetiva e razoável, para a restrição ao direito a uma pensão de sobrevivência, baseada na orientação sexual, constante na sua legislação interna, vigente à época dos fatos, a Corte

²⁵⁸ Os Princípios de Yogyakarta são frutos de uma reunião de 29 especialistas em direitos humanos de distintas regiões e diversas formações, realizada em 2006, na cidade de Yogyakarta, Indonésia, com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre como se aplicam os padrões e as normas internacionais de direitos humanos as questões de orientação sexual e a identidade de gênero (Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>).

²⁵⁹ "The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation. It recalls that in previous communications the Committee found that differences in the receipt of benefits between married couples and heterosexual unmarried couples were reasonable and objective, as the couples in question had the choice to marry with all the entailing consequences. It transpires from the contested sections of the VEA that individuals who are part of a married couple or of a heterosexual cohabiting couple (who can prove that they are in a "marriage-like" relationship) fulfill the definition of "member of a couple" and therefore of a "dependant", for the purpose of receiving pension benefits. In the instant case, it is clear that the author, as a same sex partner, did not have the possibility of entering into marriage. Neither was he recognized as a cohabiting partner of Mr. C, for the purpose of receiving pension benefits, because of his sex or sexual orientation. The Committee recalls its constant jurisprudence that not every distinction amounts to prohibited discrimination under the Covenant, as long as it is based on reasonable and objective criteria. The State party provides no arguments on how this distinction between same-sex partners, who are excluded from pension benefits under law, and unmarried heterosexual partners, who are granted such benefits, is reasonable and objective, and no evidence which would point to the existence of factors justifying such a distinction has been advanced. In this context, the Committee finds that the State party has violated article 26 of the Covenant by denying the author a pension on the basis of his sex or sexual orientation." (CDH, 2003, p. 6).

reconheceu a violação do art. 24 da Convenção Americana, em relação ao § 1º do art. 1º da Convenção Americana.

Ainda em 2016, a Corte voltou asseverar o caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação no Caso Flor Freire Vs. Equador, que versa sobre a responsabilidade internacional do Equador, decorrente da baixa do serviço militar de Homero Flor Freire, motivada por presumida falta disciplinar, relacionada com sua orientação sexual percebida (CORTEIDH, 2016b, p. 31). Neste caso, a Corte se pronuncia pela primeira vez sobre a aplicação desse princípio de *ius cogens* em normas militares que sancionam atos homossexuais.

A Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 31) adverte que a orientação sexual de toda pessoa está ligada ao conceito de liberdade e à possibilidade de autodeterminação, ou seja, a orientação sexual de cada indivíduo dependerá de como ele se autoidentifique. Para a Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 31), a afirmação do Sr. Flor Freire, de que não se identifica como homossexual, é o que definirá sua orientação sexual.

No entanto, o fato do Sr. Flor Freire não se identificar como homossexual não afasta, *per se*, a discriminação suportada, motivada por orientação sexual, pois, como alude a Corte, a violação do princípio da não discriminação, motivada pela orientação sexual da pessoa, pode fundamentar-se na orientação sexual real ou percebida.

A Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 36) assinala que, na discriminação percebida²⁶⁰, a pessoa é discriminada por causa da percepção que outras têm de sua relação com uma determinada categoria, independente de corresponder à realidade ou à autoidentificação da vítima. Como nas outras formas de discriminação, a pessoa é reduzida à característica que lhe é imputada, acarretando a diminuição da identidade na materialização de tratamento diferenciado, que impede o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais (CORTEIDH, 2016b, p. 36).

A orientação sexual, como categoria proibida de discriminação, inclui a expressão e as consequências da orientação de cada um, em seu projeto de vida,

²⁶⁰ A discriminação por percepção encontra-se em vários instrumentos internacionais, como, por exemplo: a) na alínea a, do § 2º do art. 1º da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (BRASIL, 2001); b) no art. 2º da Resolução n.º 275 de 2014 da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Resolução sobre a Proteção contra a Violência e outras Violações de Direitos Humanos contra as Pessoas motivadas por Orientação Sexual Real ou Imputada ou por Identidade de Gênero.

(CORTEIDH, 2016b, p. 36). Desta forma, por serem os atos sexuais maneiras de expressar a orientação sexual da pessoa, encontram-se abrangidos pelo direito à não discriminação baseada na orientação sexual (CORTEIDH, 2016b, p. 36).

O Regulamento Disciplinar Militar vigente, à época dos fatos, sancionava de forma distinta a prática de atos sexuais. Enquanto a realização de atos sexuais ilegítimos²⁶¹ por membros das Forças Armadas, dentro de divisões militares, era sancionada com detenção rigorosa de no máximo quinze dias ou suspensão das funções por no máximo trinta dias. Os atos de homossexualidade praticados, dentro ou fora do serviço, tinham como sanção a baixa do serviço militar (CORTEIDH, 2016b, p. 35).

Desta forma, caberia ao Estado provar que a diferença de tratamento legal entre os atos sexuais homossexuais e os denominados “atos sexuais ilegítimos” tinha uma justificativa objetiva, razoável e fim legítimo, não se fundamentando em estereótipos. No entanto, o Equador não se desincumbiu de tal ônus, vez que não provou a relação entre o propósito de preservar a disciplina militar nem a prescrição de sanções distintas e mais severas aos militares que praticassem atos de homossexualismo, inclusive fora das instalações militares e fora do serviço (CORTEIDH, 2016b, p. 39). Para a Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 39), o Regulamento de Disciplina Militar do Equador, ao punir toda forma de expressão da orientação sexual homossexual, restringia a participação das pessoas homossexuais nas Forças Armadas.

A Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 39-40) ressalta em sua decisão que a proibição de discriminação motivada pela orientação sexual nas forças armadas é reconhecida por Resoluções da Assembleia Geral da OEA²⁶², ainda que inexistia pronunciamento específico sobre o tema; bem como pela Corte Europeia de Direitos Humanos²⁶³, pelo

²⁶¹ A Corte (CORTEIDH, 2016b, p. 35) assevera que, apesar de não precisar o regulamento o que entende por atos considerados ilegítimos nos termos do art. 67, do texto do art. 117, que se refere expressamente a atos de homossexualidade se deduz que o art. 67 regulava os atos sexuais não homossexuais.

²⁶² Há proibição geral de discriminação por orientação sexual nas resoluções AG/RES.2807 (XLIII-O/13) e AG/RES.2863 (XLIV-O/14), ambas sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero.

²⁶³ No Caso *Lusting-Prean e Beckett Vs. Reino Unido*, a CEDH assinala que “[...] the Court is of the view that the investigations by the military police into the applicants’ homosexuality, which included detailed interviews with each of them and with third parties on matters relating to their sexual orientation and practices, together with the preparation of a final report for the armed forces’ authorities on the investigations, constituted a direct interference with the applicants’ right to respect for their private lives.

Comitê Europeu de Direitos Sociais, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, pelo Comitê Diretivo de Direitos Humanos de Direitos Humanos do Conselho da Europa, pelo Conselho da União Europeia e pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

A decisão referida (CORTEIDH, 2016b, p. 40-42) destaca também que o direito a não ser discriminado por orientação sexual nas forças armadas é reconhecido pela legislação e/ou jurisprudência da Argentina, do Chile, dos Estados Unidos, da Colômbia, do Peru e do Brasil.

Por tais motivos, concluiu a Corte que a baixa do serviço militar do Sr. Flor Freire constituiu violação ao direito à igualdade ante a lei e à proibição de discriminação, reconhecidos no art. 24 combinado com o § 1º do art. 1º, ambos da Convenção Americana (CORTEIDH, 2016b, p. 43).

O terceiro processo contencioso decidido pela Corte Interamericana em 2016, que se refere ao atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação, é o Caso I.V.²⁶⁴ Vs. Bolívia. Neste caso (CORTEIDH, 2016c, p. 4 e 41), que trata da violação do princípio da não discriminação por motivo de gênero, a Sra. I.V. foi submetida a uma cirurgia de ligadura de trompas, em estabelecimento público de saúde, sem se encontrar em uma situação de emergência e sem o seu consentimento, perdendo de forma permanente a sua capacidade de reprodução biológica.

A Corte (CORTEIDH, 2016c, p. 48-49) entende, acertadamente, que, tomar decisões em casos de esterilização feminina²⁶⁵ de maneira livre²⁶⁶ e prévia, após ter

Their consequent administrative discharge on the sole ground of their sexual orientation also constituted an interference with that right [...]" (CEDH, 1999a, p. 26). A Corte voltou a reiterar esse entendimento ao decidir outros casos como: o Caso Smith e Grady Vs. Reino Unido (CEDH, 1999b, p. 25), o Caso Perkins Vs. Reino Unido (CEDH, 2002a, p. 7) e o Caso Beck, Copp e Bazeley Vs. Reino Unido (CEDH, 2002b, p. 11-12). Para a CEDH (CEDH, 2002b, p. 12) nos casos citados as vítimas foram discriminadas por motivo de orientação sexual.

²⁶⁴ Por solicitação expressa, a decisão não contém o nome da vítima e utiliza da sigla "I.V." para referir-se a mesma (CORTEIDH, 2016c, p. 1).

²⁶⁵ A Corte (CORTEIDH, 2016c, p. 57) afirma que, em razão da natureza e das consequências graves à capacidade reprodutiva, caberá unicamente à mulher, com base em sua autonomia e liberdade reprodutiva, autorizar ou não a esterilização. E ainda que a decisão de esterilização feminina possa ser tomada pelo casal, isso não implica que se exija a autorização do esposo (CORTEIDH, 2016c, p. 57).

²⁶⁶ Para a Corte (CORTEIDH, 2016c, p. 58), não será livre o consentimento, quando solicitado à mulher que não se encontra em condições de tomar uma decisão plenamente informada, por encontrar-se em situação de estresse e vulnerabilidade, como um pouco antes, durante ou imediatamente após um parto natural ou cesária.

sido plenamente informada²⁶⁷, pertence à esfera autônoma e à vida privada da mulher, conforme o modelo atual da prática de medicina de empoderamento do paciente. Neste novo modelo, que respeita a autonomia e a liberdade do ser humano, o paciente é livre para optar entre as alternativas médicas existentes ou permitir a realização de uma intervenção médica em seu benefício, sem qualquer tipo de violência, de coerção, de desinformação, de incentivo inapropriado, de indução, ou de discriminação (CORTEIDH, 2016c, p. 49; 56).

No entanto, a liberdade da mulher de decidir e adotar decisões responsáveis sobre o seu corpo e sua saúde reprodutiva pode ser prejudicada, dentre outros motivos, pela existência de estereótipos de gênero, tais como (CORTEIDH, 2016c, p. 60): a) serem identificadas como indivíduos vulneráveis e incapazes de tomar decisões confiáveis ou consistentes, o que leva os profissionais de saúde a negar-lhes as informações necessárias, para o consentimento informado; b) serem consideradas indivíduos impulsivos e volúveis, que necessitam da orientação de uma pessoa mais estável e com melhor critério, em regra um homem protetor; c) serem as responsáveis pela saúde sexual do casal, cabendo a elas a escolha e a utilização de método contraceptivo.

O último estereótipo acima referido é aplicado, particularmente, nos casos em que a mulher tem escassez de recurso econômico e/ou baixo nível de educação, sob o pretexto de que a esterilização é meio de controle da população e da taxa de natalidade, fato que induz a decisão de esterilização da mulher, e não do homem, por entender caber àquela o papel principal na reprodução, sendo ela a responsável pela contracepção (CORTEIDH, 2016c, p. 60).

A obtenção de prévio consentimento informado do paciente²⁶⁸ protege, tanto o seu direito de decidir livremente se deve submeter-se ou não a um ato médico, como é um mecanismo fundamental para o respeito e garantia de diversos direitos humanos

²⁶⁷ "El consentimiento pleno sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. La Corte considera, luego de haber llevado a cabo un análisis de diversas fuentes, que los prestadores de salud deberán informar al menos, sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento." (CORTEIDH, 2016c, p. 60).

²⁶⁸ A Corte assinala que há casos em que o prévio consentimento informado do paciente não é exigido, como quando o paciente não o pode fornecê-lo e seja necessário um tratamento médico ou cirúrgico, imediato e urgente, ante sério risco para a vida ou saúde do mesmo (CORTEIDH, 2016c, p. 54).

constantes na Convenção Americana, dentre eles, a dignidade, a liberdade pessoal, a integridade pessoal (incluindo a atenção à saúde e em particular a saúde sexual e reprodutiva), a vida privada e familiar e o direito de constituir uma família (CORTEIDH, 2016c, p. 50).

Ao analisar se houve discriminação na esterilização, sem consentimento, realizada na Sra. I.V., a Corte recorda que restará configurada a discriminação sempre que o critério diferenciador corresponder: a traços permanentes do indivíduo, de que este não pode prescindir, sem perder a sua identidade; a grupos tradicionalmente marginalizados, excluídos ou subordinados; e a critérios irrelevantes para uma distribuição equitativa de bens, direitos ou encargos sociais.

Frisa a Corte (CORTEIDH, 2016c, p. 81) que as esterilizações, sem consentimento, afetam de forma desproporcional as mulheres. Os estereótipos de gênero negativos e prejudiciais já referidos, aliados ao fato de ser o sexo feminino o único com capacidade biológica de gravidez e parto, tornam o parto cesárea um momento de vulnerabilidade que, com frequência, permite esse tipo de esterilização (CORTEIDH, 2016c, p. 81). Resta evidente a violação do princípio da não discriminação, por motivo de sexo e de gênero, em casos como o ora analisado, em razão de serem tradicionalmente as mulheres marginalizadas e discriminadas nesta matéria (CORTEIDH, 2016c, p. 81).

O procedimento de esterilização realizado na Sra. I.V. configura discriminação, ainda que tivesse um fim legítimo (salvaguardar a sua vida, ante o perigo de uma gravidez futura). Careceu tal medida de proporcionalidade, vez que o objetivo buscado poderia ser alcançado com medidas menos gravosas à autonomia, à liberdade reprodutiva e à vida privada e familiar da vítima (CORTEIDH, 2016c, p. 81).

A Corte conclui que o procedimento de esterilização a que foi submetida a Sra. I.V. anulou de forma discriminatória o seu poder decisório e a sua autonomia. Ademais, a Corte assevera (CORTEIDH, 2016, p. 22 e 82) que o fato de ter o esposo da vítima firmado, de modo prévio, ao procedimento cirúrgico, um formulário denominado de “autorização familiar para a cirurgia ou tratamento especial” com relação à cesárea; aliado ao fato de ele ter sido procurado durante a cirurgia, ainda que sem êxito, para autorizar a ligadura das trompas ou, na melhor das hipóteses, reforçar o consentimento supostamente obtido da Sra. I.V., demonstram que o médico atuou influenciado pelo estereótipo de não ser a vítima capaz de tomar uma decisão autônoma sobre seu corpo.

Apesar de não se desprender dos autos, que a decisão de praticar a esterilização da Sra. I.V tenha sido motivada por sua nacionalidade peruana, sua condição de refugiada ou por sua posição sócioeconômica, a Corte (CORTEIDH, 2016, p. 82) considera que tais aspectos incidiram sobre a magnitude dos danos por ela sofridos em sua integridade pessoal.

A Corte (CORTEIDH, 2016, p. 82), por fim, determina a responsabilidade internacional da Bolívia pela discriminação imposta a Sra. I.V., por sua condição de mulher, no gozo e exercício dos direitos estabelecidos no § 1º do art. 5º (direito à integridade pessoal), no § 1º do art. 7º (direito à liberdade pessoal), nos §§ 1º e 2º do art. 11 (direito à proteção da honra e da dignidade), no § 1º do art. 13 (direito à liberdade de pensamento e de expressão) e no § 2º do art. 17 (direito à proteção da família), todos da Convenção Americana.

Por outro lado, a alteração de forma intencional da capacidade física de reprodução biológica da Sra. I.V., sem o seu consentimento e com total desrespeito à sua autonomia e à sua liberdade reprodutiva, configura intromissão de grande envergadura no seu corpo e na sua integridade pessoal, que previsivelmente lhe causou sofrimento significativo (CORTEIDH, 2016, p. 84).

A Corte (CORTEIDH, 2016, p. 83) reitera que a Convenção de Belém do Pará estabelece o direito de todas as mulheres terem uma vida sem violência, o que inclui o direito a ser livre de toda forma de discriminação. Assinala Corteidh (2016, p. 84) que a Recomendação Geral n.º 19, do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher da ONU, afirma ser a violência de gênero uma forma de discriminação, que inibe gravemente a capacidade de a mulher gozar de direitos e de liberdades em pé de igualdade com o homem.

Por sua vez, a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, expressamente declara ser a esterilização forçada um ato de violência contra a mulher (FROSSARD, 2006, p. 190), da mesma forma que o fez o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a

Mulher²⁶⁹ e o Comitê de Direitos Humanos²⁷⁰.

A Corte²⁷¹ (CORTEIDH, 2016, p. 84) afirma que esterilização feminina forçada, obrigatória, coercitiva, não consentida ou involuntária efetivamente constitui ato de violência contra a mulher, reforçando que, no âmbito internacional e interno, existe a utilização de forma indistinta de termos diversos como: esterilização sem consentimento, esterilização não consentida, esterilização involuntária, esterilização obrigatória, esterilização forçada e esterilização coercitiva ou com coerção (CORTEIDH, 2016, p. 68).

Desta maneira, foi determinada pela Corte (CORTEIDH, 2016, p. 84) a responsabilidade internacional da Bolívia pela infração das alíneas *a* e *b* do art. 7º da Convenção de Belém do Pará, posto constituir a esterilização não consentida da Sra. I.V. um ato de violência e de discriminação.

A Corte²⁷² determina que, no caso da Sra. I.V., houve a convergência de

²⁶⁹ A Recomendação Geral n. 19 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1992 declara que “La esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos.” (CEDCM, 1992). Enquanto a Recomendação Geral n.º 24 deste mesmo Comitê assinala que “Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.” (CEDCM, 1999).

²⁷⁰ Declara o parágrafo 11 da Observação Geral n.º 28 do CDH, que “El Comité, a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad. Los Estados Partes deberán asimismo presentar al Comité información acerca de las medidas para impedir el aborto o la esterilización forzados. Los Estados Partes en que exista la práctica de la mutilación genital, deberán presentar información acerca de su alcance y de las medidas adoptadas para erradicarla. La información proporcionada por los Estados Partes acerca de todas estas cuestiones deberá referirse también a las medidas de protección que existan, incluyendo los recursos judiciales para proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados.” (CDH, 2000).

²⁷¹ A Corte (CORTEIDH, 2016, p. 68), ao se pronunciar sobre qual seria o termo adequado a ser utilizado, tendo em vista a argumentação do Estado de que a nomenclatura “esterilização forçada” seria própria do direito penal internacional, declara que, para efeito de sua decisão, a esterilização sem consentimento prévio, livre, pleno e informado é considerada uma esterilização não consentida ou involuntária; mas ressalta que no âmbito internacional e interno empregam-se vários sinônimos.

²⁷² “En efecto, en el presente caso, dicha discriminación confluyó además con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socio-económica de la señora I.V., en tanto los cambios de jurisdicción para la radicación de la causa en el segundo y el tercer juicio penal, hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal. Ello implicó un elevado costo socio-económico de tener que trasladarse a una distancia prolongada, al extremo de tener que viajar un trayecto de aproximadamente 255 km en el caso del proceso tramitado ante el Tribunal de Sica Sica, y cubrir viaje, hospedaje y otros costos del traslado no sólo de ella sino también de los testigos, lo cual conllevó evidentemente a un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Lo anterior constituyó una discriminación en el acceso a la justicia con base en la situación socio-

múltiplos fatores de discriminação no acesso à justiça, associados à sua condição de mulher, a sua posição socioeconômica e a sua condição de refugiada. Desta maneira, a Bolívia foi condenada pelo descumprimento da obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça, nos termos do § 1º do art. 8 e do § 1º do art. 25, combinados com o § 1º do art. 1º, todos da Convenção Americana (CORTEIDH, 2016, p. 103). A Bolívia foi condenada ainda pela inobservância da obrigação de adotar medidas para prevenir e remediar situações discriminatórias, impostas pelas alíneas *b*, *c*, *f* e *g* do art. 7º da Convenção de Belém do Pará (CORTEIDH, 2016, p. 103-104).

No ano seguinte, a Corte voltou a tratar da característica de *ius cogens* do princípio da não discriminação no Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala. Neste caso que trata do desaparecimento de Mayra Angelina Gutiérrez Hernández, o princípio da não discriminação é mais uma vez abordado na perspectiva da discriminação contra a mulher.

A Corte constatou uma série de falhas (CORTEIDH, 2017a, p. 42-44) nas diligências realizadas nas primeiras etapas da investigação do desaparecimento de Mayra Angelina, que demonstram a inexistência de preocupação, por parte dos agentes estatais em fazer uma investigação adequada (CORTEIDH, 2017a, p. 45). Assim, passados mais de dezessete anos do desaparecimento da vítima, o caso permanecia, quando da decisão pela Corte, ainda na fase de investigação (CORTEIDH, 2017a, p. 52).

Por outro lado, a Corte constatou a presença de estereótipos negativos de gênero durante a investigação. Informes dos agentes estatais, responsáveis pela investigação, em seu primeiro ano, enfatizam o comportamento social e sexual da vítima, denegrindo-a e favorecendo uma interpretação dos fatos em que ela aparece como a responsável por seu desaparecimento (CORTEIDH, 2017a, p. 45).

Alerta a Corte (CORTEIDH, 2017a, p. 49) que, de acordo com as diretrizes

económica, en los términos del artículo 1.1 de la Convención. Por otra parte, la Corte nota que el hecho de tener la condición de persona con estatuto de refugiado, es decir, de ser persona que se vio obligada a huir de su país de origen y buscar protección internacional por tener un temor fundado a ser objeto de persecución, determinó que la señora I.V. y su esposo se sintieran nuevamente desprotegidos en la búsqueda de justicia toda vez que, a raíz de sus reclamos, recibieron diversos tipos de presiones, incluyendo averiguaciones sobre la calidad de su residencia en Bolivia. La discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente."

internacionais sobre violência contra mulheres e violência sexual, as provas sobre o histórico sexual da vítima são, em princípio, inadmissíveis. Por conseguinte, para a Corte (CORTEIDH, 2017a, p. 49), a abertura de linhas de investigação sobre o comportamento social e sexual prévio da vítima em casos de violência de gênero nada mais é do que a manifestação de políticas ou atitudes baseadas em estereótipos de gênero.

A Corte (CORTEIDH, 2017a, p. 49) rechaça toda prática estatal em que a violência contra a mulher é justificada pela culpabilização da vítima. Reafirma a incompatibilidade dos estereótipos de gênero²⁷³ com o direito internacional dos direitos humanos e afirma a necessidade de erradicá-los, pois, ao se culpar a vítima, se desvaloriza a conduta do agressor (CORTEIDH, 2017a, p. 49).

Os estereótipos de gênero influenciam a percepção dos agentes estatais, encarregados de investigar a ocorrência ou não de uma violência contra a mulher, dando origem a decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos, e não em fatos (CORTEIDH, 2017a, p. 49). A presença de estereótipos de gênero em investigações desse tipo de violência afeta o direito das mulheres a uma vida sem violência, porquanto impedem o desenvolvimento de investigações apropriadas, violando o seu direito de acesso à justiça (CORTEIDH, 2017a, p. 49-50).

Por outro lado, a ineficácia judicial diante de casos individuais de violência contra as mulheres favorece a repetição de atos de violência, por passar a mensagem de que a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, constituindo tal ineficácia, *per se*, uma discriminação da mulher no acesso à justiça (CORTEIDH, 2017a, p. 50).

Para a Corte, no Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala, ao ser a vítima taxada de culpada em decorrência da utilização de estereótipos negativos de gênero pelos agentes estatais, foram excluídas as demais linhas de investigação e restou impossibilitada a identificação do autor (CORTEIDH, 2017a, p. 50). Neste caso, as falhas na investigação fizeram com que o desaparecimento de Mayra Angelina ficasse impune, por mais de dezessete anos, constituindo tal fato uma forma de discriminação no acesso à justiça por razões de gênero (CORTEIDH, 2017a, p. 53).

Por tais motivos, determina a Corte a responsabilidade internacional da

²⁷³ A Corte (CORTEIDH, 2017a, p. 49) assinala que entre os estereótipos de gênero inclui-se o conceito de crime passionai, pois, ao considerar a vítima culpada, endossa-se a ação violenta do agressor.

Guatemala pela violação tanto do direito a igual proteção da lei, quanto do dever de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos previstos na Convenção Americana. A Guatemala foi condenada, ainda, pela violação do princípio da não discriminação, no tocante ao parágrafo 1º do art. 8º e ao art. 25, bem como pelo descumprimento da alínea *b* do art. 7º da Convenção de Belém do Pará.

Outro caso que se refere ao caráter de *ius cogens* do princípio da não discriminação, no âmbito violência contra a mulher, é o Caso V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua, porém, neste, a vítima é uma criança de oito anos (CORTEIDH, 2018a, p. 81). Em outras palavras, a vítima é duplamente vulnerável, por ser mulher e por ser criança.

A Corte, novamente, se refere à divisão que realiza do princípio da não discriminação, para efeito da aplicação dos artigos da Convenção Americana. E, reforça que os Estados têm a obrigação de não introduzirem em seus ordenamentos jurídicos normas discriminatórias; de eliminar normas discriminatórias por ventura existentes, de combater práticas discriminatórias; e de efetuar as medidas necessárias, legais ou não, que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade ante a lei de todas as pessoas (CORTEIDH, 2018a, p. 82).

A Corte (CORTEIDH, 2018a, p. 83), como no Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru, destaca que a violação sexual é uma forma de violência sexual, e repisa o vínculo existente entre a violência contra a mulher e a discriminação.

O fato de ter sido a violação sexual da vítima realizada por seu pai, um particular, para a Corte (CORTEIDH, 2018a, p. 83), não exime o Estado do dever de adotar políticas de prevenção, de punir e de erradicar a violência contra a mulher, em especial contra as menores de dezoito anos.

A dupla vulnerabilidade da vítima e o fato de a violência sexual ter sido cometida em sua esfera familiar reforçam o dever do Estado de diligência e de adoção de medidas de proteção extremas (CORTEIDH, 2018a, p. 83), bem como geram a necessidade de investigações e de procedimentos penais conduzidos pelo Estado com perspectiva de gênero e de infância (CORTEIDH, 2018a, p. 83).

A Corte afirma que, apesar de a Nicarágua se encontrar frente a ato de violação sexual, que é uma manifestação de discriminação contra a mulher, não adotou medidas positivas, para garantir o acesso à justiça de forma igualitária e efetiva, ante a inexistência de um sistema de justiça que adotasse ações e desenvolvesse o

processo adaptado para as crianças e para os adolescentes²⁷⁴.

Deste modo, a Corte (CORTEIDH, 2018a, p. 84) determina a responsabilidade internacional da Nicarágua pela discriminação no acesso à justiça, por motivos de gênero e da condição de desenvolvimento da vítima, e consequentemente declarou, no âmbito da Convenção Americana, restarem violados o § 1º do art. 8º e o § 1º do art. 25, ambos, em relação ao § 1º do art. 1º, bem como o art. 19 e o art. 24. Tendo ainda a Corte declarado por tal motivo a violação pela Nicarágua da alínea *b* do art. 7º da Convenção de Belém do Pará.

Adicionalmente, ao lado da violência sexual sofrida pela vítima por parte de um agente não estatal, a Corte determina a autoria do Estado na violência institucional,²⁷⁵ suportada pela vítima durante o procedimento judicial, em particular, no tocante ao exame médico forense e à reconstituição dos fatos²⁷⁶. A Corte afirma que a violência institucional praticada pelo Estado multiplicou a experiência traumática sofrida pela vítima, e tais atos devem ser considerados, em razão da intensidade do sofrimento causado, como tratamento cruel, desumano e degradante, conforme o § 2º do art. 5º combinado com o § 1º do art. 1º, todos da Convenção Americana (CORTEIDH, 2018a, p. 84-85).

Por fim, se tem o Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, que trata da responsabilidade internacional deste Estado pela violação do princípio da não discriminação por diversas formas, durante o processo de declaração de abandono dos irmãos Ramírez,²⁷⁷ que culminou na separação deles de sua família biológica e posteriores adoções internacionais (CORTEIDH, 2018b, p. 87).

²⁷⁴ Entre as medidas que garantam um acesso efetivo e igualitário à justiça, com relação às crianças e aos adolescentes, a Corte (CORTEIDH, 2018, p. 83) destaca: o direito a participar do processo e ter suas opiniões levadas em conta; o direito à assistência jurídica gratuita; a especialização de todos os funcionários intervenientes; e o direito a contar com serviços de assistência médica, psicológica e psiquiátrica que permitam a sua recuperação, reabilitação e reintegração.

²⁷⁵ A Corte (CORTEIDH, 2018, p. 83) conceitua como violência institucional a perpetrada pelo Estados ou por seus agentes Estatais, onde quer que ocorra, nos termos da Convenção de Belém do Pará.

²⁷⁶ "En este caso, el Estado requirió que la niña se sometiera a diversos exámenes médicos de manera innecesaria, fuera entrevistada para que contara lo sucedido en diversas ocasiones, participara en la reconstrucción de los hechos haciéndola revivir momentos sumamente traumatizantes, entre otros actos analizados anteriormente. Además, el actuar del médico forense fue discriminatorio, al no considerar el derecho de V.R.P. a ser oída y a brindar su consentimiento, cuando se negó a someterse al primer examen médico. El médico culpabilizó a la niña ante su negativa de someterse al examen. Todo ello, sumado a la falta de atención integral a la víctima, aumentó el trauma sufrido, mantuvo presente el estrés post-traumático e impidió la recuperación y rehabilitación de la niña, cuyo impacto perdura en su integridad personal hasta la actualidad." (CORTEIDH, 2018a, p. 84).

²⁷⁷ Osmín Tobar Ramírez e seu irmão J.R. foram separados de sua família, em janeiro de 1997, quando tinham respectivamente sete e um ano e meio (CORTEIDH, 2018b, p. 2), e foram adotados por famílias estadunidenses distintas, em junho de 1998 (CORTEIDH, 2018b, p. 3).

A Corte (CORTEIDH, 2018b, p. 89) assinala que este caso não trata de uma proteção desigual derivada de uma lei interna ou de sua aplicação; portanto, analisa as alegadas discriminações à luz da obrigação geral, prevista no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, e não do direito a igual proteção legal, esculpido no art. 24 desse tratado. E, por terem as discriminações ocorridas afetado, também, crianças, deve-se aplicar o art. 2º²⁷⁸ da Convenção sobre os Direitos da Criança no tocante à proibição de discriminação.

Constata-se, no caso referido, discriminação: a) em razão da posição econômica dos distintos membros família biológica (incluindo a avó materna e as madrinhas das crianças); b) com base em estereótipos de gênero, atribuídos a Flor de María Ramírez Escobar, como mãe, e ao pai da criança Osmín Tobar Ramírez;²⁷⁹ c) motivada pela orientação sexual da avó materna dos irmãos Ramírez. A Corte entende que a confluência de fatores de discriminação de maneira interseccional²⁸⁰ resulta em experiência discriminatória distinta da simples acumulação suportada por um ser humano de diferentes causas de discriminação (CORTEIDH, 2018b, p. 90-91).

A decisão da Corte (CORTEIDH, 2018b, p. 91) reafirma que qualquer diferenciação, baseada em categorias proibidas de discriminação, inverte o ônus da prova, passando a ser dever do Estado demonstrar que seu ato não tem propósito nem efeito discriminatório.

De forma similar à Corte Europeia de Direitos Humanos²⁸¹, a Corte assinala

²⁷⁸ “Artigo 2 - 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.” (BRASIL, 1990).

²⁷⁹ Gustavo Tobar Fajardo, pai de Osmín, vivia em outro país, mas mantinha uma relação familiar com seu filho e não negligenciava suas responsabilidades como pai (CORTEIDH, 2018b, p. 97).

²⁸⁰ A discriminação interseccional vai além da soma de determinados fatores de discriminação, por não tratar como estanques tais fatores no enfrentamento da discriminação (RIOS; SILVA, 2015, p. 13). Desta forma, “Não basta reprová-la a discriminação racial e a discriminação sexual, pois a injustiça sofrida por mulheres brancas é diversa daquela vivida por mulheres negras, assim como a discriminação experimentada por homens negros e por mulheres negras não é a mesma.” (RIOS; SILVA, 2015, p. 13). Em outras palavras, mulheres negras “[...] sofrem discriminação qualitativamente diversa daquela vivida por homens negros ou por mulheres brancas, retratando uma realidade diversa do racismo vivido por homens negros e do sexismo vivido por mulheres brancas.” (RIOS; SILVA, 2015, p. 12).

²⁸¹ No Caso Saviny Vs. Ucrânia, a CEDH (2008, p. 13-14) ressalta o dever do Estado em promover a unidade familiar e de tentar ao máximo a aplicação de medidas menos gravosas que a separação das

não poder a carência de recursos materiais, a pobreza, ser o único fundamento a embasar uma decisão, judicial ou administrativa, que separe uma criança de sua família, cabendo ao Estado criar as condições necessárias ao desenvolvimento dos vínculos entre os pais e os filhos (CORTEIDH, 2018b, p. 91). Embora a falta de recursos tenha um impacto nas crianças, principalmente, quando compromete necessidades básicas como alimentação e saúde, não pode ser o único fundamento utilizado para separar a criança da família. Não sendo a pobreza, *per se*, prova do estado de abandono das crianças (CORTEIDH, 2018b, p. 94).

O interesse superior da criança e o seu direito de preservar as relações familiares, inclusive de interferências arbitrárias, devem prevalecer sobre a posição econômica precária da família (CORTEIDH, 2018b, p. 94-95). A Corte destaca que não se pode entender o “melhor interesse da criança”, em termos essencialmente materiais (CORTEIDH, 2018b, p. 95). E, ressalta a necessidade de se adotarem medidas menos drásticas que a separação da família, como a assistência financeira e social, para suprimir a carência material (CORTEIDH, 2018b, p. 91).

Assim, a Guatemala violou o princípio da não discriminação, por não ter justificado adequadamente a utilização da posição econômica da família como razão preponderante para ordenar a separação e para a negativa de entregar ou devolver das crianças (CORTEIDH, 2018b, p. 95). Tendo, ainda, este Estado voltado a discriminar a família Ramírez, devido a sua capacidade econômica, ao arquivar o recurso de revisão da decisão de decretação da separação, por falta de recursos econômicos desta família (CORTEIDH, 2018b, p. 95).

Aliada à discriminação, em razão da capacidade econômica da família existente, no processo de abandono dos irmãos Ramírez, determinou-se a existência de discriminação baseada em gênero, pois se comprovou que, em tal processo, as ações e as decisões das autoridades se basearam em estereótipos negativos de

crianças de seus pais, citando como exemplo, a assistência social e financeira. A CEDH no Caso Soares de Melo Vs. Portugal declara que “[...] O facto de uma criança poder ser acolhida num quadro mais propício à sua educação não justifica, só por si, que esta seja retirada pela força aos cuidados dos seus pais biológicos; [...] Assim, aí onde a existência de um laço familiar está estabelecida, o Estado deve, em princípio, agir de modo a permitir a este laço desenvolver-se e adotar as medidas adequadas para reunir o parente e a criança interessados [...]” (CEDH, 2016, p. 28). Para a CEDH, a carência material manifesta pode e deve ser suprida através de apoio financeiro estatal (CEDH, 2016, p. 32). Afirma esta Corte que “se é verdade que, em certos casos declarados inadmissíveis pelo Tribunal, a colocação das crianças foi motivada por condições de vida não satisfatórias ou privações materiais, tal nunca foi o único motivo que serviu de fundamento à decisão dos tribunais nacionais: a estes acresciam outros elementos como as condições psíquicas dos pais ou a sua incapacidade afetiva, educativa e pedagógica [...]” (CEDH, 2016, p. 33).

gênero (CORTEIDH, 2018b, p. 97). As autoridades que entrevistaram, no referido processo de abandono, utilizaram-se de estereótipos negativos de gênero na distribuição das responsabilidades parentais e de ideias preconcebidas sobre a conduta de uma mãe e de um pai, no tocante ao cuidado de seus filhos (CORTEIDH, 2018b, p. 97).

As autoridades estatais, por exemplo, em diversos informes e decisões concluíram não ser a Sra. Ramírez apta para desempenhar o papel de mãe, sem sequer determinar quais características consideravam necessárias para o exercício de tal papel, tampouco analisaram se ela aceitava seu papel feminino (CORTEIDH, 2018b, p. 96). Por outro lado, em nenhum momento do processo de declaração de abandono se tentou localizar Gustavo Tobar Fajardo, pai de Osmín, ou a pessoa que consta como seu pai em sua certidão de nascimento (CORTEIDH, 2018b, p. 96). A referência somente à mãe, com relação ao abandono, reflete uma ideia preconcebida de que cabe apenas a esta a responsabilidade pelo cuidado de seus filhos, caracterizando estereótipo negativo em razão do gênero (CORTEIDH, 2018b, p. 96-97).

Por fim, no processo de decretação do abandono dos irmãos Ramírez, foi negada a transferência dos cuidados destes para a avó materna, em razão de sua orientação sexual. A Corte assevera que, em razão da discriminação baseada na orientação sexual de sua avó materna, Osmín Tobar Ramírez foi privado de crescer e se desenvolver no meio de sua família e dentro de sua cultura (CORTEIDH, 2018b, p. 98).

Apresentar-se-á a seguir uma síntese da análise do parecer consultivo e das 19 decisões que versam sobre o *status* de *ius cogens* do princípio da não discriminação.

Dentre as decisões analisadas, é o Parecer Consultivo n.º 18/03, sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, a análise mais elaborada da Corte Interamericana sobre o princípio da não discriminação e seu *status* de *ius cogens*. Porém, apesar de ter esta Corte, acertadamente, reconhecido ser o princípio da não discriminação norma de *ius cogens*, não demonstrou de forma clara e robusta o preenchimento por este princípio dos requisitos contidos no art. 53 da Convenção de Viena.

A Corte Interamericana, como já salientado, declara equivocadamente que a imperatividade do princípio da não discriminação decorre do fato de que ele é aplicável

a todo Estado, independentemente de ser ou não parte em determinado tratado (CORTEIDH, 2003a, p. 103). Ao justificar o caráter de *ius cogens* de tal princípio em um dos efeitos que acarreta, a Corte fragiliza o raciocínio legal apresentado.

A Corte (CORTEIDH, 2003a, p. 68), também de forma correta, afirma que o princípio da não discriminação é indispensável para a dignidade essencial da pessoa, decorrendo diretamente da natureza do gênero humano, bem como assevera descansar, sobre ele, todo o arcabouço jurídico nacional e internacional. Porém, apesar da Corte reconhecer salvaguardar tal princípio valores vitais para a sociedade internacional, não afirma, de forma direta, restar preenchido o critério implícito no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, que se refere à finalidade de uma norma de *ius cogens*, qual seja: existir para atender ao mais alto interesse da sociedade internacional.

As decisões analisadas, por outro lado, também, pecam por não confirmar expressamente ser o princípio da não discriminação norma consuetudinária de direito internacional (Cf. Seção 2.3) e nem apresentarem, de forma clara, os fundamentos que comprovam tal afirmação. Sendo o caráter consuetudinário do princípio da não discriminação extraído das afirmações da Corte Interamericana, constantes no Parecer Consultivo n.º 18/03, de que a previsão do princípio em exame em tantos instrumentos internacionais refletem um dever já existente emanado do princípio geral e básico (CORTEIDH, 2003a, p. 64); e de que faz o princípio da não discriminação parte do Direito Internacional geral (CORTEIDH, 2003a, p. 68).

Destaca-se que a qualidade do raciocínio legal é um fator que influencia o cumprimento pelos Estados das decisões dos tribunais internacionais, por este motivo, é a fundamentação das decisões, com a explicação das razões de decidir de forma detalhada e transparente, um pré-requisito para o exercício de uma autoridade persuasiva, antes que coercitiva (DULITZKY, 2007, p. 19 e 31). Desta forma, as falhas apontadas enfraquecem o reconhecimento do atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação realizado pela Corte, sendo empecilhos para que as decisões analisadas passem a servir de parâmetros para outros tribunais, no tocante ao *status* de *ius cogens* do princípio em exame.

No entanto, a diversidade de direitos humanos não concretizados, nos casos examinados, em razão da violação deste princípio, comprova o caráter fundamental do princípio da não discriminação, assinalado pela Corte Interamericana e a sua imprescindibilidade para a salvaguarda igualitária dos seres humanos. Em outras

palavras, ao proteger os seres humanos, em razão da unidade da natureza do gênero humano, bem como ao visar reverter vulnerabilidades, de indivíduos ou de grupos, revela-se tal princípio basilar, na proteção dos direitos humanos, e essencial para a proteção de valores vitais à sociedade internacional.

As decisões analisadas demonstram que, em razão do atributo de *ius cogens* do princípio da não discriminação, a Corte o aplica a todo e qualquer ato, seja este estatal ou não, bem como a todas as normas, internas ou internacionais, impondo a sua observância na proteção e no exercício de todos os direitos humanos. Reafirma a Corte a autonomia deste princípio, deixando claro que a sua aplicação não se limita aos direitos e liberdades previstos na Convenção Americana.

Um exemplo concreto da autonomia do referido princípio encontra-se no Caso Duque Vs. Colômbia, posto ter a Corte determinado a violação do princípio da não discriminação, em razão da lei interna colombiana negar, aos companheiros de mesmo sexo, o direito à pensão de sobreviventes e assegurá-lo para casais heterossexuais, apesar da Convenção Americana não impor aos Estados a promulgação de legislação ofertando seguridade social.

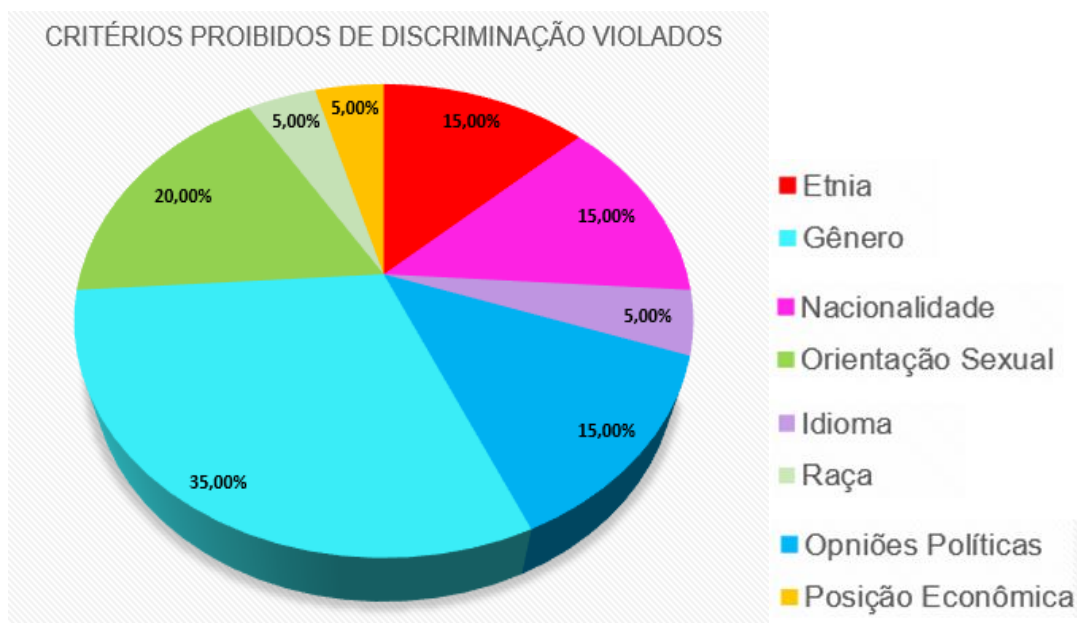
A Corte também confirma, através das decisões analisadas ser o princípio da não discriminação contido na Convenção Americana uma norma aberta; que apesar de fazer referência expressa às categorias ilegítimas de discriminação raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, origem nacional ou social, posição econômica e nascimento, veda qualquer discriminação motivadas em opiniões "de qualquer outra natureza" ou discriminações fundamentadas em "qualquer outra condição social".

A Corte faz uso da indeterminação dos possíveis motivos de discriminação para ampliá-los. As decisões analisadas demonstram que, apesar de não se encontrarem expressamente previstos no § 1º do art. 1º da Convenção Americana, a Corte reconheceu, em casos concretos, como motivos proibidos de discriminação, a orientação sexual, o gênero e a origem étnica. Cabe destacar que a Corte, de forma louvável, incluiu, através de interpretação buscando a opção mais favorável à pessoa e em harmonia com a evolução dos direitos humanos no direito internacional, a orientação sexual, o gênero e a origem étnica na expressão "qualquer outra condição social".

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer o princípio da não discriminação como norma *ius cogens*, reafirma a autonomia deste princípio, ampliando o seu campo de aplicabilidade, para além dos direitos e deveres contidos

no referido tratado, uma vez tratar-se de um princípio geral endereçado a todos os Estados e anexado a todos os direitos e deveres.

Figura 4 – Distribuição dos critérios proibidos de discriminação violados reconhecidos pela Corte (N=20)



Fonte: Elaboração da autora (2019).

Deste modo, após ter sido averiguada a fundamentação que embasa o reconhecimento do princípio da não discriminação como norma de *ius cogens* pela CORTEIDH, bem como a aplicação de tal princípio nas lides contenciosas, estudar-se-á, na próxima seção, os impactos de tal recepção para os Estados.

3.2 O princípio de *ius cogens* da não discriminação e os impactos para os Estados decorrentes das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana reconhece a obrigação de reparar como um dos princípios fundamentais do direito internacional sobre a responsabilidade dos Estados (CORTEIDH, 2005a, p. 94). Para a Corte, toda violação de uma norma internacional que produza dano, gera para o Estado violador o dever de reparar e fazer cessar as

consequências da violação, conforme previsto no § 1º do art. 63²⁸² da Convenção Americana, que acolhe uma norma consuetudinária (CORTEIDH, 2005a, p. 94).

O ideal é que a reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional consista no restabelecimento da situação anterior (*restitutio in integrum*), porém, caso não seja possível, a Corte determinará medidas para garantir o gozo do direito ou da liberdade violados, e para reparar as consequências que as violações produziram, bem como estabelecerá uma indenização que compense os danos, materiais e/ou imateriais, suportados pela parte lesada (CORTEIDH, 2006a, 56). E, por ser a obrigação de reparar regulamentada pelo Direito Internacional, não poderá ser modificada ou descumprida pelo Estado em razão de disposições de seu direito interno²⁸³.

Em nenhum dos casos analisados foi possível a plena restituição à situação anterior (*restitutio in integrum*), tendo a Corte, visando à reparação integral do dano, determinado, de forma isolada ou conjunta, medidas de satisfação, de restituição, de reabilitação e de garantias de não repetição; além de indenizações e compensações pecuniárias.

Por outro lado, em todas as decisões analisadas, a Corte afirma que a sentença condenatória constitui, *per se*, uma forma de reparação. Porém, em razão das circunstâncias do caso *sub judice* e dos danos gerados, em regra, a Corte entende, como ocorreu nos casos analisados neste trabalho, pertinente fixar outras medidas.

Destarte, serão estudadas, a seguir, as sanções impostas aos Estados violadores do princípio da não discriminação, por refletirem os impactos para tais Estados da recepção desta norma como de *ius cogens* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁸² "Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada." (BRASIL, 1992, p. 16).

²⁸³ No Caso YATAMA Vs. Nicarágua, diante das alegações do Estado violador de que haveria necessidade de 60% dos votos para a reforma da lei eleitoral nicaraguense, ordenada pela Corte, e de que em novembro de 2006 haveria eleições, a CORTEIDH (2005a, p. 103) reafirmou a impossibilidade de um Estado alegar disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de obrigações internacionais.

3.2.1 Das indenizações pelos danos materiais e imateriais

A CORTEIDH geralmente estabelece valores a serem pagos pelos Estados, a título de indenização pelos danos materiais e/ou imateriais suportados pela(s) vítima(s). Afirma a CORTEIDH (2005a, p. 99; 2012b, p. 76) que enquanto o dano material pode pressupor a perda ou a redução da renda, os gastos e as consequências de caráter pecuniário decorrentes dos fatos *sub judice*,²⁸⁴ o dano imaterial compreende os sofrimentos e aflições causados à(s) vítima(s), a deterioração de valores muito significativos para esta(s) e as alterações, de caráter não pecuniário, em suas condições de existência.

Na fixação do valor correspondente ao dano material, a Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 99) leva em conta o acervo probatório, a sua jurisprudência e os argumentos das partes, o que, em regra, gera o estabelecimento de tal valor por equidade²⁸⁵. Esta forma de mensurar a quantia a ser paga, a título de dano material, difere da prevista pelo Código Civil brasileiro, que determina, em seu art. 944, medir-se a indenização pela extensão do dano, sendo exceção²⁸⁶ a aplicação da equidade na fixação da indenização.

Já tocante ao dano imaterial, em razão da impossibilidade de atribuir um valor monetário preciso que corresponda ao dano suportado, a Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 99; 2005c, p. 160) estabelece por equidade o pagamento de quantia em dinheiro, além de determinar a realização de atos e/ou de obras com alcance e repercussão públicos, como, por exemplo, a transmissão de mensagens de reprovação oficial às violações de direitos humanos em questão, que têm como finalidade o reconhecimento da dignidade da(s) vítima(s) e o consolo de seus familiares.

Contudo, nem sempre diante de um dano imaterial a Corte determina o

²⁸⁴ No Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile, por exemplo, a Corte (CORTEIDH, 2012a, p. 84) determinou ao Chile o pagamento, a título de dano material, do valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) à Sra. Atala, pelas despesas realizadas com tratamento médico e psicológico, derivados da perda da guarda das filhas. E, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, foi este Estado condenado a pagar a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada uma das sete vítimas falecidas pela perda das receitas que cada uma teria recebido durante sua vida provável, bem como ao pagamento da quantia de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América), fixada também através da equidade, a cada uma das dez vítimas sobreviventes que sofreram ferimentos, por dentre outros fatores, o período que esta permaneceram sem trabalhar (CORTEIDH, 2012b, p. 76).

²⁸⁵ Ressalta a Corte, por exemplo, no Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia, que, em razão da falta de documentos probatórios suficientes para estabelecer com exatidão o valor dos danos materiais sofridos, em virtude do deslocamento, os fixou por equidade (CORTEIDH, 2005c, p. 154-155).

²⁸⁶ Citam-se o § único do art. 928 e o § único do 944, ambos do Código Civil, como exemplos.

pagamento de indenização pecuniária. Exemplo disso é o Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana²⁸⁷, em que a decisão da Corte (CORTEIDH, 2005b, p. 74) apesar de reconhecer as angústias e as inseguranças suportadas pela mãe de cada uma das crianças e pela irmã de Bosico, em razão do temor de serem tais crianças expulsas da República Dominicana, por não terem certidões de nascimentos, assinala que a sentença, *per se*, com as medidas de satisfação e com as garantias de não repetição determinadas, constituem a compensação pelos danos imateriais sofridos por tais familiares.

Ainda com relação aos danos imateriais, registra-se que estes são fixados de modo individual, levando em consideração os danos suportados por cada vítima. Desta forma, o mesmo evento danoso poderá gerar o estabelecimento de indenização em valores variados²⁸⁸. Destaque-se que, para a Corte, nem sempre haverá a necessidade de prova dos danos imateriais suportados, restando estes muitas vezes evidenciados pelo próprio contexto da lide, como no Caso do Massacre de Mapiripán (CORTEIDH, 2005c, p. 160).

Ademais, os valores fixados em razão dos danos materiais e/ou imateriais provocados por um Estado podem ser fixados de forma separada²⁸⁹ ou conjunta²⁹⁰. Em regra, são fixados em dólares dos Estados Unidos da América, mas algumas decisões permitem o pagamento em seu equivalente na moeda do Estado violador, como exemplo a decisão proferida no Caso YATAMA Vs. Nicarágua (CORTEIDH, 2005a, p.96).

O Caso Comunidade Xákmok Kásek Vs. Paraguai traz uma peculiaridade relativa aos danos imateriais. A sentença condenatória determinou ao Paraguai a

²⁸⁷ Neste caso, as crianças só tiveram a nacionalidade dominicana reconhecida mais de quatro anos e quatro meses depois da solicitação dos registros tardios de seus nascimentos (CORTEIDH, 2005b, p. 73-74), restando violado seu direito à nacionalidade, por razões discriminatórias (CORTEIDH, 2005b, p. 74). A República Dominicana foi condenada ao pagamento da quantia de US\$ 8.000,00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada uma das crianças a título de dano imaterial.

²⁸⁸ Como nos casos *Servellón García e outros Vs. Honduras* (CORTEIDH, 2006b, p. 66) e *Nadège Dorzema e outros Vs. República Dominicana* (CORTEIDH, 2012b, p. 77).

²⁸⁹ Nos casos *Comunidade Xákmok Kásek Vs. Paraguai* (CORTEIDH, 2010a, p. 74), *Atala Riffo e Crianças Vs. Chile* (CORTEIDH, 2012a, p. 84), *Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala* (CORTEIDH, 2015b, p. 94 e 96), *Flor Freire Vs. Equador* (CORTEIDH, 2016b, p. 72-73) e *Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala* (CORTEIDH, 2018b, p. 134) os valores a título de dano material e de dano imaterial foram estabelecidos separadamente.

²⁹⁰ A fixação de um valor único a englobar os danos materiais e imateriais é encontrada, por exemplo, nas decisões proferidas nos casos *YATAMA Vs. Nicarágua* (CORTEIDH, 2005a, p.96), *Vélez Loor Vs. Panamá* (CORTEIDH, 2010b, p. 93-94), *Véliz Franco e outros Vs. Guatemala* (CORTEIDH, 2014a, p. 96) e *I.V. Vs. Bolívia* (CORTEIDH, 2016c, p. 112).

criação de um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelos danos imateriais sofridos, bem como o condenou a destinar a tal fundo a quantia de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América).

A referida sentença determinou, ainda, que este Estado pagasse US\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares dos Estados Unidos da América) aos líderes da Comunidade Xákmok Kásek, a título de compensação pelos danos imateriais, decorrentes do falecimento de alguns membros, para que, conforme seus costumes e tradições, dessem destinação a tal valor (CORTEIDH, 2010a, p. 75-76). A Corte, ao determinar o pagamento das indenizações para os líderes da Comunidade e não para os familiares dos membros falecidos, respeitou os costumes e as tradições do povo Xákmok Kásek.

Outro caso digno de destaque é o Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Em sua decisão, a Corte (CORTEIDH, 2015a, p. 21) fixou como vítimas da violação do direito de liberdade de expressão, por motivos políticos, os acionistas indiretos da RCTV (os sócios de sociedades jurídicas proprietárias das ações da RCTV) e mais quatorze trabalhadores responsáveis pela linha editorial e conteúdo da programação do canal. Determinou ainda à Venezuela indenizar as vítimas pelos danos materiais e imateriais suportados, no montante de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos acionistas e de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), para cada um dos trabalhadores (CORTEIDH, 2015a, p. 115).

A decisão referida demonstra ter a Corte, acertadamente, reconhecido que a discriminação por razões políticas foi muito mais danosa aos trabalhadores da RCTV, responsáveis pela postura crítica e as opiniões manifestadas por esse canal de televisão, do que para os acionistas indiretos.

3.2.2 Das medidas de satisfação

Como já afirmado, entre outras formas de reparação, aplicadas pela Corte em razão da violação do princípio de *ius cogens* da não discriminação se encontram as medidas de satisfação, que, também, buscam reparar o dano imaterial (CORTEIDH, 2006b, p. 67). Nesta subseção tratar-se-ão as medidas de satisfação aplicadas pela Corte nos casos analisados.

3.2.2.1 Obrigação de investigar

A obrigação de investigar os fatos violadores do princípio da não discriminação, buscando identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, é, segundo a Corte (CORTEIDH, 2006b, p. 68), importante para se combater a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade das vítimas e de seus familiares, que têm o direito inalienável de conhecer a verdade. Em outras palavras, é uma forma importante de reparação. Para a Corte (CORTEIDH, 2006b, p. 68), o conhecimento da verdade possibilita o desenvolvimento pela sociedade de mecanismos próprios de prevenção de violações de direitos humanos.

Neste sentido, em várias decisões²⁹¹ a Corte condena o Estado violador a empreender, em prazo razoável, todas as ações necessárias para identificar, julgar e, se for o caso, punir todos os autores materiais e intelectuais das violações de direitos humanos, tanto na esfera penal, como em qualquer outra que se faça necessária, em razão dos fatos investigados. E, a remover, também em um prazo razoável, todos os obstáculos e mecanismos, de fato ou de direito, que mantenham a impunidade (CORTEIDH, 2006b, p. 69).

A Corte, em alguns dos casos analisados, inflige ao Estado violador o dever de continuar a conduzir com a maior diligência e de maneira eficaz a investigação já iniciada (CORTEIDH, 2010b, p. 83-84), ou de reabrir a investigação dos fatos²⁹².

A importância da obrigação de investigar é tamanha que, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana,²⁹³ a Corte afirma não poder ser obstaculizada por uma sentença absolutória emanada do Judiciário do Estado violador. Para a Corte, em casos de graves violações de direitos humanos,

[...] o Estado não poderá aplicar leis de anistia nem argumentar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, nem o princípio

²⁹¹ Como consta nas sentenças condenatórias lavradas nos casos *López Áveres Vs. Honduras* (CORTEIDH, 2006a, p. 61 e 68), *Servellón García e outros Vs. Honduras* (CORTEIDH, 2006b, p. 68) e *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala* (CORTEIDH, 2018b, p. 128).

²⁹² No Caso *Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, foi tal Estado condenado a reabrir a investigação dos fatos, a fim de individualizar, julgar, e, sendo o caso, punir todos os responsáveis; tendo em vista que “[...] a intervenção do foro militar na investigação, julgamento e posterior absolvição dos acusados contrariou os parâmetros de excepcionalidade e restrição que o caracterizam e implicou uma aplicação de um foro pessoal que atuou sem tomar em conta a natureza dos atos envolvidos [...]” (CORTEIDH, 2012b, p. 69).

²⁹³ “[...] em casos de graves violações aos direitos humanos uma sentença absolutória que constitua coisa julgada aparente não pode constituir um obstáculo para a reabertura da investigação ou do processo.” (CORTEIDH, 2012b, p. 69).

de *ne bis in idem*, ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para eximir-se desta obrigação [...] (CORTEIDH, 2012b, p. 69-70).

Ao tratar da obrigação de investigar, no caso acima referido, a Corte (CORTEIDH, 2012b, p. 70) condena a República Dominicana a determinar o paradeiro dos corpos das vítimas, a identificá-los mediante comprovação genética de filiação, a repatriá-los e entregá-los aos familiares.

Em outros casos²⁹⁴, a Corte determina que a investigação dos fatos inclua uma perspectiva de gênero e com linhas focadas na violência sexual, por meio de funcionários com experiência em casos semelhantes, com vítimas de discriminação e violência em razão de gênero. E, no Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala, a Corte condenou a Guatemala a realizar a investigação dos fatos eficazmente e livre de estereótipos negativos de gênero (CORTEIDH, 2017a, p. 59).

Já no Caso V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua (CORTEIDH, 2018a, p. 96), tendo em vista o falecimento do pai da vítima, pessoa identificada por esta, em diversas ocasiões, como o autor da violência sexual suportada por ela, a Corte condenou a Nicarágua a determinar, por intermédio das instituições públicas competentes, as possíveis responsabilidades dos funcionários que contribuíram para a realização dos atos de revitimização e de violência institucional, para, sendo o caso, puni-las.

3.2.2.2 Publicidade da decisão

A publicidade da decisão é outra medida de satisfação aplicada pela Corte. Em regra, a Corte condena o Estado violador a publicar²⁹⁵ a sentença condenatória,

²⁹⁴ Citam-se os casos Véliz Franco e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2014a, p. 84); Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2015b, p. 81); e Espinoza Gonzáles Vs. Peru (CORTEIDH, 2014c, p. 108 e 119), tendo, neste último, sido determinado, que tanto a investigação, quanto o processo fossem realizados sob uma perspectiva de gênero.

²⁹⁵ Citam-se, como exemplos, os casos: YATAMA Vs. Nicarágua (CORTEIDH, 2005a, p. 102); das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2005b, p. 82); López Álvares Vs. Honduras (CORTEIDH, 2006a, p. 61 e 68); Servellón García e outros Vs. Honduras (CORTEIDH, 2006b, p. 69); da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai (CORTEIDH, 2010a, p. 70); Vélez Looz Vs. Panamá (CORTEIDH, 2010b, p. 83); Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile (CORTEIDH, 2012a, p. 76); Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2012b, p. 72); Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile (CORTEIDH, 2014b, p. 139); Espinoza Gonzáles Vs. Peru (CORTEIDH, 2014c, p. 110); Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela (CORTEIDH, 2015a, p. 113); Velásquez Paiz e outros Vs.

parcialmente ou em sua íntegra, e/ou o seu resumo oficial, feito pela própria Corte em jornal de grande circulação nacional, no Diário Oficial, e um *website* oficial do Estado²⁹⁶.

Destarte, no Caso YATAMA Vs. Nicarágua, em razão de as comunidades indígenas usarem a rádio comunitária como meio informativo, a Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 102) determinou, também, que o Estado desse publicidade nas línguas espanhol, miskito, sumo, rama e inglês, em no mínimo quatro oportunidades, de pontos específicos da decisão condenatória, por meio de uma emissora de rádio de ampla cobertura na Costa Atlântica.

De forma similar, no Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai, a Corte (CORTEIDH, 2010a, p. 70) condenou o Estado violador a dar publicidade do resumo oficial da sentença nos idiomas sanapaná, enxet e guarani através de difusão radiofônica por emissora de rádio de ampla cobertura na região. Da mesma forma, no Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile, a Corte condenou o Estado chileno a dar publicidade do resumo da sentença em espanhol e em mapudungun, através de uma emissora de rádio de ampla cobertura (CORTEIDH, 2014b, p. 140).

No que diz respeito ao Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana — como a grande maioria das vítimas era de haitianos que tentavam imigrar para a República Dominicana de forma irregular, bem como diante do fato de que as vítimas sobreviventes foram devolvidas para o Haiti — a República Dominicana foi condenada a publicar o resumo oficial da sentença, elaborado pela Corte, traduzido para o francês e para o creole, em um jornal de ampla circulação nacional do Haiti (CORTEIDH, 2012b, p. 72). Neste caso, o cumprimento da sentença condenatória, extrapolado o território do Estado violador.

Outro caso peculiar, com relação a esta medida de satisfação, é o de Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, pois, em virtude de a vítima, Osmín Tobar Ramírez, não dominar o idioma espanhol, foi a Guatemala condenada a traduzir a sentença

Guatemala (CORTEIDH, 2015b, p. 83); Duque Vs. Colômbia (CORTEIDH, 2016a, p. 55); Flor Freire Vs. Equador (CORTEIDH, 2016b, p. 68); I.V Vs. Bolívia (CORTEIDH, 2016c, p. 106-107); Gutiérrez Hernández e outros x Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2017a, p. 65); V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua (CORTEIDH, 2018a, p. 98); e Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2018b, p. 130).

²⁹⁶ A Corte pode determinar a publicação em *website* oficial do governo de forma genérica e/ou determinar a publicação em websites oficiais específicos (CORTEIDH, 2014a, p. 84-86; 2014c, p. 110), como, por exemplo, do Ministério Público, do Poder Judiciário e/ou da Polícia Nacional Civil.

condenatória em sua integralidade para o inglês (CORTEIDH, 2018b, p. 130).

As decisões acima demonstram a preocupação da CORTEIDH em imprimir efetiva publicidade a suas condenações, com divulgação não só na(s) língua(s) do Estado violador como também nos idiomas das vítimas e/ou da região. Neste sentido, busca dar conhecimento destas condenações a um maior número de pessoas: não só para inibir novas violações de direitos humanos, mas como forma de reparação e consolo para as vítimas e/ou familiares.

3.2.2.3 Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

Outra medida de satisfação encontrada nas decisões analisadas é a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado violador²⁹⁷ e de desagravo às vítimas e/ou seus familiares, que, para a Corte, tanto tem efeitos de satisfação como garantia de não repetição (CORTEIDH, 2005b, p. 77). Nesta forma de reparação, a Corte determina a realização de um ato público que obrigatoriamente deve contar com a participação de altas autoridades do Estado²⁹⁸, bem como, se possível e se quiserem, da vítima, de seus familiares e de seus representantes. Ademais, determina a Corte a difusão do ato nos meios de comunicação (rádio, imprensa escrita e televisão).

A Corte (CORTEIDH, 2010a, p. 69), no Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai, determinou que tal ato público fosse realizado no assentamento atual da Comunidade e com a presença dos membros da Comunidade, cabendo ao Estado dispor dos meios necessários para facilitar o transporte dos membros que residissem em outras zonas. Além disso, determinou que o ato público fosse realizado nos idiomas próprios da Comunidade, como em espanhol e em guarani.

²⁹⁷ Foi determinada a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado violador, nos seguintes casos: das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2005b, p. 77); Servellón García e outros Vs. Honduras (CORTEIDH, 2006b, p. 69); da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai (CORTEIDH, 2010a, p. 69); Atala Riffo e Crianças Vs. Chile (CORTEIDH, 2012a, p. 76); Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2012b, p. 72); Veliz Franco e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2014a, p. 86); Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2015b, p. 83); I.V Vs. Bolívia (CORTEIDH, 2016c, p. 107); e Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2018b, p. 129).

²⁹⁸ No Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile, foi determinada a presença obrigatória, também, de representante do Poder Judiciário (CORTEIDH, 2012a, p. 76). E, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, foi determinada a participação de altos funcionários da esfera militar e do Destacamento Operativo de Inteligência Fronteira (CORTEIDH, 2012b, p. 72).

Já no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana foi determinado que o Estado deveria acordar com as vítimas, ou com os seus representantes, as peculiaridades do ato público, tendo sugerido que este fosse realizado no Consulado da República Dominicana no Haiti (CORTEIDH, 2012b, p. 72).

3.2.2.4 Reforma da legislação

A reforma da legislação é outra medida de satisfação aplicada pela Corte.

No Caso YATAMA Vs. Nicarágua, a Corte (CORTEIDH, 2005a, p. 102), objetivando que a lei eleitoral nicaraguense, Lei Eleitoral n.º 331 de 2000, se harmonizasse com o princípio da não discriminação, ordenou que este Estado reformasse a regulamentação dos requisitos declarados violadores, para que deixassem de constituir obstáculos à participação política. Impôs, ainda, a adoção, em um prazo razoável, de medidas necessárias, para que os integrantes das comunidades indígenas e étnicas participassem, nos processos eleitorais, de forma efetiva, e levando em conta suas tradições, usos e costumes (CORTEIDH, 2005a, p. 102-103). Tais medidas a serem adotadas pelo Estado da Nicarágua visam a permitir e a fomentar a representação das comunidades indígenas e étnicas de forma que lhes possibilite intervir tanto nos processos de decisão das questões nacionais, concernentes à sociedade em seu conjunto, como nos assuntos particulares a estas (CORTEIDH, 2005a, p. 102).

Apesar do reconhecimento pela Corte de que a legislação interna constituía obstáculo à participação política, com determinação de sua reforma, este tribunal não declarou nula a lei nicaraguense violadora do princípio de *ius cogens* da não discriminação, deixando de aplicar a sanção estabelecida pelo art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

3.2.2.5 Da outorga de bolsas de estudo

No Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, a Corte (CORTEIDH, 2014b, p. 140) assevera que as vítimas, em razão das prisões arbitrárias sofridas, foram privadas de continuar participando da manutenção e cuidado de suas famílias, fato que repercutiu em sua situação econômica, impossibilitando seus filhos de acessarem ou completarem seus

estudos. Por tais motivos, determinou, ao Estado chileno, como medida de satisfação outorgar bolsas de estudo em instituições públicas chilenas, em benefício dos filhos das vítimas, acaso por eles solicitadas, para o fim de cobrir todos os custos com educação até a conclusão dos estudos superiores, técnicos ou universitários.

Outro caso em que a Corte determinou a outorga de bolsas de estudo foi o V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua. A decisão condenatória (CORTEIDH, 2018a, p. 99) assevera que os fatos danosos ocorreram durante a fase escolar de V.R.P, que se viu obrigada a abandonar a escola; esta vítima atualmente se encontra cursando universidade nos Estados Unidos, na busca, conforme declarações dela própria, de ajudar crianças que passaram por violências semelhantes. Por conseguinte, a Corte condenou o Estado violador a pagar a quantia de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), para o custeio dos gastos necessários à conclusão de sua formação profissional no país de sua residência (CORTEIDH, 2018a, p. 99).

Por outro lado, por ter a estigmatização, a revitimização e a posterior desintegração familiar impossibilitado que V.A.R.P, irmão da vítima, concluísse sua educação universitária, a Corte (CORTEIDH, 2018a, p. 99) determinou ao Estado da Nicarágua a concessão, para ele, de bolsa a custear, inclusive, gastos com material acadêmico ou educativo, em instituição pública nicaraguense, para lhe permitir a realização de estudos superiores técnicos ou universitários, ou para capacitá-lo em um ofício.

Quanto ao Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, a sentença condenatória impôs à Guatemala a outorga de bolsas de estudos aos membros da família Ramírez, com o intuito de que Flor de María Ramírez Escobar e Gustavo Tobar Fajardo, pais de Osmín Tobar, possam aprender inglês, e que este último possa aprender espanhol (CORTEIDH, 2018b, p. 126). Tais bolsas de estudos visam, assim, a facilitar a comunicação entre os membros da família (CORTEIDH, 2018b, p. 125).

3.2.2.6 Outras medidas de satisfação

No Caso Servellón García e outros Vs. Honduras, a Corte (CORTEIDH, 2006b, p. 70) determinou, como medida de satisfação, que o Estado nomeasse uma rua ou uma praça na cidade de Tegucigalpa, em memória das vítimas, e que seus nomes constassem em uma placa a ser fixada no local.

Condenação análoga foi imposta pela Corte à Colômbia, no Caso do Massacre de Mapiripán. A sentença lavrada no caso citado determinou ao Estado violador a construção de um monumento apropriado e digno a ser instalado em um lugar público adequado (CORTEIDH, 2005c, p. 174).

Condenações como estas servem não só de consolo para as vítimas e familiares, mas também evitam que graves violações de direitos humanos sejam esquecidas. E, ao lembrar à sociedade e ao Estado de tais violações de direitos humanos, servem como prevenção para a não repetição de fatos semelhantes.

A Guatemala, por sua vez, foi condenada no Caso Ramírez Escobar e outros a criar um comitê composto pelas vítimas, por seus representantes e por representantes de instituições públicas, para a elaboração de material audiovisual sobre os fatos e as violações de direitos ocorridos relativos a tal caso (CORTEIDH, 2018b, p. 130). O documentário deverá ser em espanhol com tradução, no mínimo em maya k'iche', e veiculado, em uma única vez, em um canal de televisão de difusão nacional. Por fim, deverão ser dadas cinco unidades para os representantes poderem distribuí-las entre as vítimas, seus representantes, outras organizações da sociedade civil e as principais universidades do país (CORTEIDH, 2018b, p. 130).

3.2.3 Das medidas de restituição

Dos dezenove casos analisados, seis se referem às medidas de restituição, quais sejam: Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai; Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile; Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela; Caso Duque Vs. Colômbia; Caso Flor Freire Vs. Equador; e Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala.

No primeiro dos seis casos, a Corte (CORTEIDH, 2010a, p. 66) condena o Paraguai, por infringir o princípio de *ius cogens* da não discriminação e outros direitos consagrados, na Convenção Americana, a adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra índole necessárias para efetivar o direito desta Comunidade indígena sobre suas terras tradicionais²⁹⁹, com o consequente uso e gozo.

²⁹⁹ As terras tradicionais da Comunidade Xákmok Kásek correspondem a 10.700 hectares identificados como Mompey Sensap (CORTEIDH, 2010a, p. 66).

Entretanto, a Corte, de forma alternativa, estabelece que, caso o domínio do território tradicional da Comunidade Xákmok Kásek se encontre com particulares, deverá o Paraguai decidir pela realização ou não da expropriação em favor dos indígenas (CORTEIDH, 2010a, p. 67). Contudo, tal decisão não deverá basear-se, exclusivamente, no fato de serem propriedades privadas ou estarem racionalmente exploradas (CORTEIDH, 2010a, p. 67).

Na hipótese de o Paraguai dar prioridade ao direito dos particulares, em vez do direito à propriedade dos membros da Comunidade, a Corte determinou a entrega à referida Comunidade de terras alternativas, localizadas dentro de seu território tradicional, escolhidas de forma consensual com os indígenas (CORTEIDH, 2010a, p. 67). Por sua vez, a Corte (CORTEIDH, 2010a, p. 67) estipulou o pagamento da quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América), por cada mês de atraso, na hipótese de impontualidade no cumprimento da decisão, no que se refere à devolução das terras tradicionais ou das terras alternativas.

Ademais, ao buscar a proteção do território reclamado, a Corte condenou o Paraguai a se abster de realizar qualquer ato que dificulte ou impossibilite a eficácia da decisão condenatória (CORTEIDH, 2010a, p. 68). Assim, o Estado é obrigado a velar para que o território tradicional dos membros da Comunidade não reste prejudicado por ações do próprio Estado ou de terceiros (CORTEIDH, 2010a, p. 68).

No mais, a sentença condenatória (CORTEIDH, 2010a, p. 69) ordena o Paraguai a titularizar, em favor dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, os 1.500 hectares cedidos pelas comunidades Angaité, de modo a assegurar aos membros de tal Comunidade um território, enquanto são demarcadas e titularizadas as suas terras tradicionais.

Em resumo, no referido caso, a Corte aplica as seguintes medidas de restituição: devolução do território tradicional reclamado, proteção do território reclamado e titularização das terras em que se encontra, atualmente, assentada a Comunidade.

Já no Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile, o Estado chileno foi condenado a adotar todas as medidas necessárias, para tornar sem efeito as sentenças penais condenatórias proferidas contra Segundo Aniceto Norin Catrimán; Pascual Huentequeo Pichún Paillalao; Victor Manuel Ancalaf Llaupe; Florencio Jaime Marileo Saravia; Juan Patricio Marileo Saravia Juan Ciriaco Millacheo Lican; José Benicio Huenchunao

Marinan e Patricia Roxana Troncoso Robles, todos considerados vítimas pela Corte.

A Corte decidiu que, por terem sido tais condenações fundadas em estereótipos negativos que violam o princípio de *ius cogens* da não discriminação, deve o Chile: anular a declaração de que as vítimas citadas sejam autoras de crimes de natureza terrorista; anular as penas privativas de liberdade e as penas acessórias, as consequências e os registros, bem como as penas civis que foram impostas às vítimas; garantir a liberdade das vítimas que ainda estão sujeitas a liberdade condicional, e apagar os registros judiciais, administrativos, criminais ou policiais, de todas, em relação a esses julgamentos; como, também, cancelar qualquer tipo de registro nacional e internacional que as vincule a atos terroristas (CORTEIDH, 2014b, p.137).

No Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, a sentença condenatória impõe à Venezuela, em razão da discriminação, no exercício do direito à liberdade de expressão e de outras violações, a restituição da concessão e da frequência do espectro radioelétrico correspondente ao canal 2 de televisão à RCTV; a devolução dos bens objeto das medidas cautelares, por serem indispensáveis para o funcionamento da concessão; e a abertura, após a restituição da concessão da RCTV, de um processo independente e transparente, para a concessão da frequência do espectro radioelétrico correspondente ao canal 2 de televisão.

No quarto caso, a Colômbia foi condenada, como medida de restituição, a garantir ao Sr. Duque, uma vez solicitado, o reconhecimento da pensão de sobrevivência, que tramitará de forma prioritária, bem como a pagar os valores referentes ao período de 03.04.2002 (data da primeira informação de negativa prestada pelo Estado à vítima) até a implementação do benefício (CORTEIDH, 2016a, p. 54-55).

Ainda, em 2016, no Caso Flor Freire Vs. Equador, a Corte determinou que a baixa da vítima das Forças Armadas foi resultado de um processo disciplinar que violou o princípio da não discriminação. No entanto, a Corte não determinou a reincorporação imediata da vítima ao cargo que ocuparia, se não tivesse sido arbitrariamente excluída da instituição (CORTEIDH, 2016b, p. 65).

A Corte afirma que a idade da vítima não mais permitia o desempenho das funções militares (CORTEIDH, 2016b, p. 65). Ademais, a Corte registra que, para ascender na carreira militar, há uma série de requisitos a serem preenchidos, como

qualificações de desempenho, exames, experiências no cargos, cursos etc; e que não teria como verificar se o Sr. Flores, caso tivesse continuado na carreira militar, teria galgado promoções (CORTEIDH, 2016b, p. 67).

Todavia, foi determinado que o Equador concedesse à vítima, no prazo máximo de um ano, o mesmo nível de seus companheiros de promoção, no momento do cumprimento da decisão, e colocá-lo na situação de um militar que voluntariamente se retirou do serviço, considerando todos os benefícios, incluindo os sociais, que correspondam a tal nível³⁰⁰. Deve o Estado reconhecer e pagar, aos órgãos estatais competentes, os encargos da previdência social (para fins de futura aposentadoria e desemprego) que teria direito se tivesse saído voluntariamente das Forças Armadas, tendo em conta o nível em que se encontram seus companheiros de promoção³⁰¹.

O Estado equatoriano foi condenado, ainda, a adotar todas as medidas necessárias para que a decisão administrativa, fruto do processo disciplinar discriminatório, não produza nenhum efeito (CORTEIDH, 2016b, p. 68).

Por fim, no sexto e último caso, a Corte (CORTEIDH, 2018b, p. 125) determina a adoção pela Guatemala de todas as medidas adequadas e necessárias para facilitar e contribuir na restituição dos vínculos familiares entre Osmín Tobar Ramírez e seus pais; deve ainda este Estado, de ofício e juntando forças multidisciplinares, propiciar, e sendo o caso, continuar o vínculo de Flor de María Ramírez Escobar e Osmín Tobar Ramíres, também, com J.R.

No entanto, na hipótese de J.R, que não consentiu em participar do caso em exame, não desejar participar de um processo de aproximação progressiva com sua família biológica, esta medida de reparação será cumprida pela Guatemala por meio da apresentação, por este Estado, de um informe circunstanciado e documentado (CORTEIDH, 2018b, p. 125).

³⁰⁰ "No obstante, la Corte considera que el Estado debe, en el plazo máximo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, otorgar al señor Flor Freire el grado que corresponda a sus compañeros de promoción al momento del cumplimiento de esta medida y colocarlo en la situación de un militar en situación de retiro o servicio pasivo, que se hubiese retirado voluntariamente, así como concederle todos los beneficios prestacionales y sociales que correspondan a dicho rango." (CORTEIDH, 2016b, p. 67).

³⁰¹ "Asimismo, el Estado debe reconocer al señor Flor Freire y pagar las cargas prestacionales correspondientes a la seguridad social (a efectos de la futura jubilación y cesantía) a las que tendría derecho si se hubiese separado voluntariamente de la institución al momento que el Estado realice dicho pago, teniendo en cuenta el rango en el que se encuentren sus compañeros de promoción al momento de dicho pago. Para ello, el Estado deberá pagar las cantidades respectivas directamente a las entidades estatales correspondientes en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia". (CORTEIDH, 2016b, p. 67-68).

Neste caso, a Corte ainda condenou a Guatemala a adotar as medidas necessárias para a modificação da certidão de nascimento de Osmín Tobar Ramírez e para a restituição dos direitos de família e demais vínculos jurídicos decorrentes de seu nascimento (CORTEIDH, 2018b, p. 127). Desta forma, deve a Guatemala, de ofício, corrigir todos os registros estatais em que Osmín Tobar Ramírez apareça com nome e sobrenomes dados por seus pais adotivos. Cabe, também, à Guatemala envidar esforços para que, através de cooperação diplomática, sejam corrigidos o nome e demais dados pessoais de Osmín Tobar Ramírez nos registros dos Estados Unidos (CORTEIDH, 2018b, p. 127).

3.2.4 Das medidas de reabilitação

Uma das medidas de reabilitação aplicadas pela Corte refere-se ao fornecimento de bens e à prestação de serviços básicos.

No Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai, a CORTEIDH (2010a, p. 70-71) determinou que, enquanto o Estado não entregasse o território tradicional ou terras alternativas a tal comunidade indígena, deveria: a) fornecer, de forma imediata, periódica e permanente, aos membros daquela Comunidade, água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal; b) realizar revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente das crianças e dos idosos, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e de tratamento de vermifugação que respeitem seus usos e costumes; c) disponibilizar atendimento médico especial, para as mulheres grávidas, antes e após os primeiros meses do parto, assim como para o recém-nascido; d) entregar alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar alimentação adequada; e) instalar latrinas ou qualquer outro tipo de serviço sanitário adequado, no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola da Comunidade dos materiais e dos recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para as crianças, prestando especial atenção para que a educação ministrada respeite as tradições culturais e garanta a proteção da própria língua deste povo indígena.

Contudo, a medida de reabilitação encontrada em maior número, nos casos

analisados, é a assistência médica, psicológica ou psiquiátrica às vítimas³⁰². Tal medida corresponde ao oferecimento, pelo Estado, de atendimento adequado aos danos psicológicos e físicos suportados pelas vítimas, gratuitamente e de forma imediata, sempre que estas requeiram.

A Corte determina que o atendimento médico e psicológico seja prestado por pessoal e instituições estatais especializadas, no atendimento de casos semelhantes, considerando as circunstâncias e as necessidades particulares de cada vítima. Todavia, caso o Estado violador não possua tais instituições deverá utilizar instituições especializadas privadas ou da sociedade civil (CORTEIDH, 2012b, p. 71). Além do mais, caso o tratamento seja oferecido por instituições públicas, deverá ser dado à vítima tratamento diferenciado com relação ao trâmite e ao procedimento existente para sua realização (CORTEIDH, 2018a, p. 98).

O Estado violador deverá, ainda, fornecer os medicamentos, o transporte, além de custear outros gastos conexos que se façam necessários. E os tratamentos deverão ser ofertados, sempre que possível, em centros próximos aos respectivos locais de residência das vítimas. No mais, a Corte estabelece prazo, para que as vítimas solicitem esta medida de reparação.

Um caso digno de nota, no que se refere à medida de reabilitação em análise, é o Vélez Loor Vs. Panama. Em sua decisão, a Corte condenou o Estado violador a pagar a soma de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) para a vítima, Jesús Tranquilino Vélez Loor, custear as despesas de tratamento médico e psicológico especializado, bem como outras despesas conexas, como medicamentos, no lugar em que resida (CORTEIDH, 2010b, p. 82-83).

De forma similar, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, a Corte condenou a República Dominicana a pagar às vítimas não residentes em tal Estado, caso solicitassem atenção médica e psicológica, valores pecuniários, para que pudessem receber esta atenção, na localidade onde residiam (CORTEIDH, 2012b, p. 71-72). Tendo fixado o pagamento de US\$ 7,500.00 (sete mil

³⁰² A medida de reabilitação referente a assistência médica e psicológica às vítimas é encontrada, por exemplo, nas sentenças prolatadas nos seguintes casos: Vélez Loor Vs. Panamá (CORTEIDH, 2010b, p. 82-83); Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile (CORTEIDH, 2012a, p. 75); Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (CORTEIDH, 2012b, p. 71); Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile (CORTEIDH, 2014b, p. 138-139); Espinoza Gonzáles Vs. Peru (CORTEIDH, 2014c, p. 110); I.V Vs. Bolívia (CORTEIDH, 2016c, p. 105-106); V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua (CORTEIDH, 2018a, p. 97).

e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) para as vítimas sobreviventes feridas, e o pagamento da quantia de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) para as demais vítimas sobreviventes.

Esta medida de reabilitação foi novamente aplicada, de maneira semelhante aos supramencionados, no Caso V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua. A sentença condenatória determinou ao Estado nicaraguense o pagamento das somas de US\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) e de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América), respectivamente, à V.R.P., à V.P.C e à N.R.P, para a realização, no lugar onde se encontram, de tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, bem como para os custos de medicamentos e de outros gastos conexos, tendo em vista residirem fora da Nicarágua.

Mostra-se interessante, também, o Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, por ter a sentença, ao impor o dever de assistência médica, psicológica e psiquiátrica às vítimas, condenado o Estado violador, também, a prover apoio terapêutico à família por profissionais especializados (CORTEIDH, 2018b, p. 125). Tais profissionais deverão acompanhar os membros da família e auxiliá-los, caso desejem, no processo de revinculação familiar (CORTEIDH, 2018b, p. 125).

3.2.5 *Das medidas de não repetição*

Decorre do princípio da não discriminação o dever dos Estados de adotarem medidas positivas em favor dos discriminados sempre que se tenha um propósito legítimo e uma justificativa objetiva e razoável. Deste modo, as garantias de não repetição são medidas determinadas pela Corte que buscam prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos, tornando efetivo o exercício desses direitos por indivíduos ou grupos que se encontrem em condições de vulnerabilidade. Por conseguinte, a Corte em suas decisões estabelece tais medidas de forma variada.

No Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, a Corte (CORTEIDH, 2005b, p. 82) determinou ao Estado violador adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter necessárias para regulamentar o procedimento do registro tardio de nascimento, bem como ordenou o estabelecimento de um recurso efetivo para os casos em que seja negado o pedido de tal registro. A Corte (CORTEIDH,

2005b, p. 82) estipulou, ainda, que este procedimento de registro deverá ser simples, acessível, razoável e buscar evitar a apatridia.

De forma similar (CORTEIDH, 2010a, p. 72; 80), foi determinado no Caso da Comunidade Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguai, que o Estado paraguaio adotasse em seu direito interno medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter, necessárias à criação de um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas, a possibilitar a concretização do direito de propriedade de tais povos. Ainda neste Caso, a Corte determinou que o Paraguai adotasse as ações necessárias para que o Decreto n.º 11.804, que declara como área silvestre protegida parte do território reclamado pela Comunidade Xákmok Kásek, não se tornasse um obstáculo para a devolução das terras tradicionais.

O Paraguai foi, no Caso em exame, também condenado a implementar programas de registro de nascimento e emissão de carteiras de identidade para as crianças da Comunidade Xákmok Kásek, sem que precisassem se deslocar até a Capital (CORTEIDH, 2010a, p. 72). Com efeito, o não reconhecimento da personalidade jurídica tornava o indivíduo vulnerável, diante do Estado ou de particulares (CORTEIDH, 2010a, p. 60), necessitando, assim, adoção de tal medida.

Outro Caso digno de nota é o de Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Neste Caso, a Corte assevera não ter analisado a compatibilidade de uma determinada norma com a Convenção Americana, e considera não ser pertinente ordenar adoção, modificação ou adequação de normas específicas de direito interno (CORTEIDH, 2015a, p. 114). Contudo, a Corte condena o Estado violador adotar medidas necessárias para garantir que todos os futuros processos de atribuição e renovação de frequências de rádio e televisão sejam conduzidos de maneira aberta, independente e transparente, sem critério discriminatório limitador da outorga da concessão, na busca do fortalecimento do pluralismo informacional e do respeito às garantias judiciais (CORTEIDH, 2015a, p. 115).

Já no Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia (CORTEIDH, 2005c, p. 174), a sentença condenatória estipulou o envio mensal de representantes oficiais do Estado violador, durante um ano, para a verificação da ordem e realização de consultas com a população, objetivando averiguar a existência de preocupação desta com a própria segurança; e, em caso afirmativo, a adoção de outras medidas que se fizessem necessárias, estabelecidas em consulta com os próprios destinatários. Tal medida visa a garantir a segurança, para que os familiares deslocados forçadamente,

se assim desejarem, possam regressar para Mapiripán.

No Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, visando à não repetição dos eventos danosos ocorridos, a Corte determinou, ao Panamá, a adoção de medidas necessárias para dispor de estabelecimentos adequados e com capacidade suficiente para alojar as pessoas detidas por questões migratórias, garantindo a separação das pessoas detidas por tais razões daquelas detidas por delitos penais³⁰³. Determinou também adoção de programa de formação e capacitação — que verse sobre normas internacionais relativas aos direitos humanos dos migrantes, às garantias do devido processo e ao direito à assistência consular — para o pessoal do Serviço Nacional de Migração e Naturalização, e para outros funcionários que, em função de sua área de competência, tenham contato com pessoas migrantes, (CORTEIDH, 2010b, p. 97).

E, no Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile, para garantir a não repetição, foi determinado ao Estado chileno continuar capacitando seus funcionários públicos, em âmbito regional e nacional, em especial os funcionários judiciais de todas as áreas e escalões, através de cursos, que façam menção à decisão condenatória, em: "i) direitos humanos, orientação sexual e não discriminação; ii) proteção dos direitos da comunidade LGBTI; e iii) discriminação, superação de estereótipos de gênero contra a população LGBTI [...]" (CORTEIDH, 2012a, p. 78). Também foi determinado que, em tais cursos, seja dispensada especial atenção às normas ou às práticas internas que possam ter efeitos discriminatórios (CORTEIDH, 2012a, p. 78).

Por sua vez, no Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, o Estado violador foi condenado a capacitar, de forma permanente, em matéria de direitos humanos, membros das Forças Armadas, agentes de controle fronteiriço e aqueles encarregados de procedimentos migratórios (CORTEIDH, 2012b, p. 73). A Corte determinou expressamente que tais capacitações devem ter programas que englobem a sua jurisprudência e versem, dentre outros pontos, sobre (CORTEIDH,

³⁰³ "[...] Para que as pessoas privadas de liberdade por questões migratórias em nenhuma circunstância sejam levadas a centros penitenciários ou a outros lugares onde possam estar junto com pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais, a Corte ordena ao Estado que, num prazo razoável, adote as medidas necessárias para dispor de estabelecimentos com capacidade suficiente para alojar as pessoas cuja detenção seja necessária e efetivada concretamente por questões migratórias; e que esses estabelecimentos sejam especificamente adequados para tais propósitos, que ofereçam condições materiais e um regime apropriado para os migrantes, e que disponha de pessoal civil e devidamente qualificado e capacitado. Esses estabelecimentos deverão contar com informação visível em vários idiomas sobre a condição legal dos detidos, fichas com nomes e telefones dos consulados, assessores jurídicos e organizações a que estas pessoas possam recorrer para pedir apoio caso considerem pertinente." (CORTEIDH, 2010b, p. 96-97).

2012b, p. 73): a) uso da força, por parte de agentes encarregados de fazer cumprir a Lei, de acordo com os princípios de legalidade, proporcionalidade, necessidade e excepcionalidade, bem como os critérios de uso diferenciado e progressivo da força; b) princípio da não discriminação, em especial com relação às pessoas migrantes e com uma perspectiva de gênero e de proteção à infância; e c) devido processo legal na detenção e deportação de imigrantes irregulares.

A República Dominicana, no caso acima, foi ainda condenada a realizar uma campanha, em meios públicos, sobre direitos dos migrantes regulares e irregulares, por ter sido demonstrada a sua responsabilidade por um padrão de discriminação contra pessoas migrantes (CORTEIDH, 2012b, p. 74). Cabe destacar, que no Caso em exame a Corte determinou, como medida de não repetição, a adequação pelo referido Estado de sua legislação interna³⁰⁴ aos padrões internacionais sobre o uso da força por agentes estatais, de acordo com os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da necessidade e da excepcionalidade, bem como os critérios de uso diferenciado e progressivo da força (CORTEIDH, 2012b, p. 74).

No Caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala, como garantia de que eventos semelhantes não se repitam, foi o Estado da Guatemala condenado nas seguintes garantias de não repetição: a) desenvolver, em um prazo razoável, o fortalecimento do Instituto Nacional de Ciências Forenses da Guatemala (INACIF) por meio, dentre outras medidas, de dotação adequada de recursos para a expansão das atividades e cumprimento das funções por tal instituto (CORTEIDH, 2014a, p. 89); b) implementar, dentro de prazo razoável, o pleno funcionamento dos órgãos jurisdicionais especializados em toda a República e a procuradoria especializada, conforme determinado na Lei contra o Feminicídio, aprovada em 2008 (CORTEIDH, 2014a, p. 89-90).

A Guatemala foi condenada, também, no referido caso, a implementar programas e cursos para funcionários públicos, pertencentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Polícia Civil, com funções ligadas à investigação de homicídio de mulheres, visando a capacitá-los, para aplicação da norma pertinente sobre a matéria (CORTEIDH, 2014a, p. 101).

³⁰⁴ Por ter passado a prever a norma interna da República Dominicana, em razão de reformas legislativas efetuadas, “[...] a competência da jurisdição ordinária para julgar delitos cometidos por pessoal militar, estabelecendo a excepcionalidade da jurisdição militar para as faltas disciplinares e infrações de ordem estritamente militar [...]”, não houve nenhuma determinação da Corte neste sentido (CORTEIDH, 2012b, p. 75).

Em 2015, no Caso Velásquez Paiz e outros, a Corte condenou a Guatemala, nas mesmas medidas de não repetição voltadas à prevenção da violência contra a mulher impostas no Caso Veliz Franco e outros, por entender que este Estado não comprovou ter cumprido as medidas já determinadas anteriormente (CORTEIDH, 2015b, p. 89-90).

Todavia, no Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala, julgado em 2017, a Corte não aplicou nenhuma medida de não repetição, limitando-se a recordar as medidas já determinadas à Guatemala nos casos Veliz Franco e outros e Velásques Paiz e outros (CORTEIDH, 2017a, p. 60).

Outro caso em que a Corte aplicou medidas de não repetição foi o Espinoza Gonzáles Vs. Peru. A sentença da Corte impôs ao Peru, como garantias de não repetição: a) o desenvolvimento de protocolos de investigação, para que os casos de tortura, de violação sexual e de outras formas de violência sexual sejam devidamente investigados e julgados, observando os procedimentos ditados pela decisão, no tocante à coleta de provas, em especial, à colheita de depoimentos e à realização de avaliações médicas e psicológicas (CORTEIDH, 2014c, p. 111 e 119); b) a incorporação nos programas e cursos permanentes de educação e capacitação, dirigidos aos encarregados da persecução penal e sua judicialização, de conteúdo relativo à investigação e ao processo sob a perspectiva de gênero, quando relacionados à discriminação e à violência (incluindo a violação sexual) contra a mulher, por razões de gênero (CORTEIDH, 2014c, p. 112-113); e c) a implantação de um mecanismo que permita a todas as mulheres vítimas da prática generalizada de violação sexual e de outras formas de violência sexual, ocorridas durante o conflito peruano, terem acesso a uma reabilitação de caráter médico, psicológico e psiquiátrico com o objetivo de reparar tais violações (CORTEIDH, 2014c, p. 119).

A capacitação de agentes estatais foi imposta, também, no Caso Flor Freire Vs. Equador. A sentença condenatória, neste caso, determinou ao Equador capacitar, por meio de programas contínuos e permanentes que devem fazer parte dos cursos de formação de militares, os membros das Forças Armadas e os agentes encarregados dos procedimentos militares disciplinares sobre a proibição de discriminação, por orientação sexual (CORTEIDH, 2016b, p. 69).

Já no Caso I.V Vs. Bolívia, foi tal Estado condenado a publicar uma cartilha abordando, de forma sintética, clara e acessível, os direitos das mulheres no tocante à saúde sexual e reprodutiva, que deverá fazer menção específica ao consentimento

informado; bem como a adotar programas de educação e informação permanentes dirigidos aos estudantes de Medicina, profissionais médicos e do sistema de saúde e seguridade social, acerca de temas de consentimento informado, discriminação baseada em gênero e estereótipos e violência de gênero (CORTEIDH, 2016c, p. 116).

No Caso V.R.P, V.P.C e outros Vs. Nicarágua, como garantia de que eventos semelhantes, no futuro, não se repitam, ao Estado violador foi imposta a adoção de três protocolos padronizados (CORTEIDH, 2018a, p. 120-121), quais sejam: protocolo de investigação e de atuação durante o processo penal, para os casos de violência sexual contra crianças e adolescentes; protocolo de abordagem integral e avaliação médica legal, para os casos de violência sexual contra crianças e adolescentes; e protocolo de atendimento integral às crianças e aos adolescentes vítimas de violência sexual.

A Nicarágua foi, ainda, condenada a criar e a implementar um cargo de advogado especializado em assistência jurídica de crianças e adolescentes vítimas de crimes, em especial de violência sexual, com a prerrogativa de defender, gratuitamente, os interesses delas durante as investigações e o processo penal (CORTEIDH, 2018a, p. 106). E foi ainda obrigada a capacitar, de forma permanente, os funcionários públicos que, em razão de suas funções na administração da justiça, trabalhem com temáticas de violência sexual, em particular os pertencentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Polícia Nacional (CORTEIDH, 2018a, p. 107).

Tais capacitações e cursos devem ser ministrados, a partir de uma perspectiva de gênero e proteção da criança, com o objetivo de desconstruir estereótipos negativos e equívocos sobre violência sexual, abordando os padrões de diligência, na investigação de casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, sua erradicação e medidas protetoras a serem adotadas (CORTEIDH, 2018a, p. 107).

De igual maneira, foi imposto à Nicarágua o implemento de capacitações e treinamentos destinados aos médicos e ao pessoal que compõe o Sistema Público de Saúde, em especial aos médicos forenses e aos funcionários do Instituto de Medicina Legal, sobre o tratamento adequado às crianças e aos adolescentes vítimas de violência sexual durante a realização de exames e intervenção médica (CORTEIDH, 2018a, p. 107). A Corte determinou também a adoção de cursos e capacitações dirigidas aos profissionais de saúde que atuem em casos de violência sexual, e aos profissionais que atuam no apoio social e familiar, versando sobre o acompanhamento e a atenção adequada, integral, especializada e coordenada às vítimas dessas

violências, buscando suas reintegração e reabilitação (CORTEIDH, 2018a, p. 107).

Por fim, no Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala (CORTEIDH, 2018b, p. 131), o Estado violador foi condenado a adotar as medidas necessárias para a criação e implementação de um programa nacional que garanta a supervisão, a fiscalização e o controle durante a institucionalização das crianças.

Verifica-se que, nos casos estudados, entre as medidas de não repetição aplicadas pela Corte, se encontram em maior número a adequação da legislação interna pelos Estados e a capacitação de agentes estatais. O que demonstram serem tais medida vistas como relevantes e eficazes pela Corte, para evitar a recorrência de violações ao princípio da não discriminação pelos Estados e em seus territórios.

Registra-se que a Corte, ao incluir a adequação da legislação entre as medidas de não repetição aplicadas, evidência que, ora este tribunal classifica tal medida na categoria reparatória de satisfação e ora na categoria de não repetição.

A Corte não apresenta expressamente o motivo de classificar a mesma medida em categorias reparatórias diversas. No entanto, das análises do Caso YATAMA Vs. Nicarágua e do Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela se identifica ser o exame pela Corte da existência de compatibilidade de uma norma específica com a Convenção Americana o fator determinante, para classificar a medida de adequação legislativa como de satisfação ou de não repetição. Assim, se a Corte tiver analisado a compatibilidade de uma norma específica com a Convenção Americana, a medida de adequação legislativa será classificada como de satisfação, do contrário, será incluída no rol das medidas de não repetição.

3.2.6 Resultado da análise dos impactos para os Estados decorrentes da aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do princípio de *ius cogens* da não discriminação

Depreende-se das decisões analisadas que a violação do princípio da não discriminação, norma de *ius cogens*, gera a determinação pela Corte de sanções variadas aos Estados, a depender do caso concreto.

As decisões analisadas demonstram que a Corte, na aplicação das sanções, não se restringe à indenização das vítimas pelos danos suportados, em razão da violação do princípio de *ius cogens* da não discriminação pelo Estado ou por terceiros, que atuem sob a sua tolerância, concordância ou negligência. Também busca reparar

tais danos através de medidas de satisfação, de medidas de restituição e de medidas de reabilitação. Aliadas a estas, a Corte ainda aplica medidas de não repetição, objetivando evitar que o princípio da não discriminação volte a sofrer violações similares e a tornar efetivo o exercício de direitos por indivíduos ou grupos que se encontrem em condição de vulnerabilidade. Em outras palavras as reparações determinadas pela Corte vão muito além das vítimas.

Ao determinar a adequação, tanto da legislação interna dos Estados como dos demais atos estatais ao princípio da não discriminação, a Corte materializa, em suas decisões, a supremacia desta norma de *ius cogens* sobre a vontade do Estado e sua liberdade em legislar e atuar. No entanto, em nenhum dos casos analisados, a Corte fundamenta sua determinação de adequação da legislação interna na imperatividade deste princípio, mas sim, no dever imposto pelo art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aos Estados de efetivarem, por meio de normas internas, os direitos e liberdades previstos nesse tratado.

Apesar dos esforços da Corte, esta não tem como impor aos Estados o cumprimento de suas decisões, fato limitador de sua atuação, como resta evidente, através da análise das decisões proferidas contra a Guatemala, nos casos de Veliz Franco e outros, de Velásques Paiz e outros, e de Gutiérrez Hernández e outros; julgados, respectivamente, nos anos de 2014, 2015 e 2017.

Nos três casos citados acima, que versam sobre a violência contra a mulher, a Corte reconheceu a responsabilidade da Guatemala na discriminação por motivo de gênero. Contudo, na condenação imposta ao referido Estado no Caso Velásques Paiz e outros, a Corte declara expressamente reiterar as medidas de não repetição voltadas à prevenção da violência contra a mulher constantes na decisão do Caso de Veliz Franco, em razão de não ter esse Estado provado o cumprimento da condenação anterior, referente ao aludido Caso. E, no Caso Gutiérrez Hernández e outros Vs. Guatemala, três anos após a primeira condenação imposta a esse Estado, a Corte se limita a recordar as medidas de não repetição já determinadas, nos casos Veliz Franco e outros e Velásques Paiz e outros, sem sequer mencionar a implantação ou não de tais medidas pelo Estado violador.

A resolução proferida pela Corte (CORTEIDH, 2018b, p. 4), em 21 de novembro de 2018, no procedimento de supervisão de cumprimento de sentença referente ao Caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala comprova o não cumprimento por esse Estado da maioria das condenações impostas. Até aquela data, tal Estado só tinha

satisfeito o pagamento das indenizações pelos danos materiais e imateriais e dado publicidade à decisão, conforme determinados em sentença (CORTEIDH, 2018b, p. 2).

Registre-se que, na resolução acima referida, a Corte afirma manter em aberto o procedimento de supervisão com relação às demais medidas de reparação contidas na sentença condenatória. A Corte reitera à Guatemala o pedido de adoção, de forma definitiva e na maior brevidade, das medidas necessárias para o cumprimento das condenações pendentes (CORTEIDH, 2018b, p. 4), sem, contudo, assinalar prazo. Trilham este mesmo caminho, as outras duas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença relativas ao Caso Veliz Franco e outros Vs. Guatemala, emitidas pela Corte (CORTEIDH, 2016d, p.6; 2017b, p. 4), respectivamente, em 2016 e em 2017.

Pela análise das condenações impostas aos Estados e da análise acima indicada, se verifica a importância das decisões da Corte na concreção e efetividade do princípio da não discriminação nos países que reconhecem a sua jurisdição, o que representa um avanço na proteção dos direitos humanos. Contudo, se verifica também a impotência (fragilidade) da Corte na efetiva mudança de comportamento e legislação, a evitar a discriminação e a não reincidência na violação do princípio sob comento, na medida em que tais condenações, apesar da sujeição dos Estados à jurisdição da referida Corte, não têm coercibilidade.

Pode-se constatar também que, em nenhum dos casos analisados, a Corte aplicou a sanção prevista no art. 53 da Convenção de Viena de 1969, qual seja, a nulidade da norma ou do ato discriminatório. Apesar de ter a Corte proferido decisão determinando, ao Estado violador, a adoção de todas as medidas necessárias, para tornar sem efeito, sentenças penais condenatórias proferidas com violação a tal princípio, a Corte não declarou a nulidade desses atos discriminatórios. Não obstante as condenações impostas pela Corte impactarem os Estados, tais sanções não se encontram em harmonia com a constante na Convenção de Viena (Cf. seção 1.3).

Assim, as sucessivas concessões de prazo aos Estados para o cumprimento das decisões da Corte, aliadas à não aplicação da sanção de nulidade, prevista no art. 53 da Convenção de Viena, demonstram ser a soberania dos Estados, em razão da inexistência de uma jurisdição internacional obrigatória, o grande limite para a concreção das condenações impostas por este tribunal internacional. E essa linha não é transpassada pela Corte, nem mesmo para impor uma norma de *ius cogens*, como

o princípio da não discriminação.

Contudo, apesar da Convenção Americana não conferir aos órgãos políticos da OEA poderes expressos, para impor sanções no caso de não cumprimento de decisão proferida pela Corte Interamericana (GONZÁLEZ-SALZBERG, 2010, p. 132), pesquisa realizada por González-Salzberg (2010, p. 129), demonstra que as medidas de reparação determinadas pela Corte são cumpridas totalmente em percentuais que variam de 59% a 70%, a depender da medida aplicada, com exceção da medida de alteração da legislação, que, no período analisado, só foi cumprida totalmente no percentual de 22,7%.

O cumprimento das decisões da Corte pelos Estados, também, é atestado pelo Relatório Anual de 2018 apresentado por este tribunal, para considerações da Assembleia-Geral da OEA. No referido documento, a Corte (CORTEIDH, 2019, p. 99) lista os 14 casos em etapa de supervisão em que, apesar de aplicado o art. 65 da Convenção Americana, a situação de descumprimento das reparações ordenadas continua. Ademais, dentre os casos analisados, neste trabalho, só o Caso YATAMA Vs. Nicarágua se encontra na referida lista.

Desta forma, o não cumprimento das decisões da Corte Interamericana não representa a regra. Mostram-se as sanções da Corte eficazes na modificação da forma de agir dos Estados e, conseqüentemente, na proteção do ser humano. Neste sentido, é inegável o impacto das sanções da Corte, para a proteção do princípio da não discriminação no âmbito interno estatal.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, inicialmente, foram analisados os debates promovidos durante a construção do art. 53 da Convenção de Viena de 1969. Concluiu-se, dessa análise que o *ius cogens* não foi simplesmente codificado por este tratado, e, sim, foi progressivamente desenvolvido, quando da feitura de tal Convenção. Existia, à época, questionamentos, não só sobre a definição, a identificação, a natureza jurídica, a sanção a ser aplicada, em caso de violação e a materialidade do *ius cogens*, mas, inclusive, sobre sua existência.

Durante a construção da Convenção de Viena de 1969, definiu-se o termo *ius cogens* para designar tal atributo; determinou-se a nulidade total do tratado como sanção, ainda que só uma única parte deste seja incompatível com uma norma de *ius cogens*, e estabeleceu-se que, no caso de *ius cogens* superveniente, a nulidade atingiria só a parte do tratado contrária à norma reconhecida como de *ius cogens*. Ademais, o entendimento dominante na CDI era pela possibilidade de, tanto o costume quanto o tratado, serem fontes da norma com atributo de *ius cogens*, apesar de o art. 53 da Convenção não prever expressamente tal posição, por entenderem que isso se encontrava implícito.

A natureza jurídica das normas com atributo de *ius cogens* foi também objeto de debates no seio da CDI. A possibilidade de os Estados modificarem uma norma de *ius cogens*, por outra de mesma natureza, foi crucial para a comissão determinar a sua essência positivista. Concluiu-se, no entanto, que a natureza jurídica positivista da norma de *ius cogens* é ressaltada, também, pela necessidade de reconhecimento pela sociedade internacional de tal característica atribuída à norma.

Assim, o desenvolvimento do *ius cogens* é fruto dos debates entabulados, durante a feitura da Convenção de Viena de 1969, em especial, dos desenvolvidos no âmbito da CDI, que, partindo de ideias inacabadas, fez surgir no direito internacional um atributo jurídico capaz de qualificar e singularizar determinadas normas.

A redação final do art. 53 da Convenção de Viena apresenta-se imprecisa, quanto aos critérios definidores do *ius cogens* por opção da CDI, em razão da inexistência de harmonia entre os seus membros acerca do referido tópico. Contudo, o artigo sob comento é explícito, quanto à sanção imposta, no caso de serem tais normas violadas, e, claro, sobre a necessidade de reconhecimento pelos Estados da

norma como de *ius cogens*; ainda que tenha a CDI optado por deixar a cargo da prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais internacionais a determinação da materialidade deste atributo.

Da análise das características da norma de *ius cogens*, previstas no art. 53, concluiu-se que a norma de *ius cogens*, por ser norma de direito internacional geral, é obrigatória e vinculante, para todos os membros da sociedade internacional. Entretanto, em razão da obrigatoriedade desta característica ser reconhecida e aceita pela sociedade internacional dos Estados como um todo, a vontade desses prevalecerá sobre a vontade individual de um ou poucos Estados. Concluiu-se, também, que, mesmo sendo o costume a principal fonte das normas de direito internacional geral, nada impede a criação deste tipo de norma por tratado e tampouco impossibilita a atribuição a uma norma convencional da característica de *ius cogens*; pois, do contrário, não só se esvaziaria o sentido do art. 53 da Convenção de Viena de 1969, conforme traçado, quando de sua feitura, como também se transgrediria a regra da paridade entre as fontes do direito internacional.

Concluiu-se, ainda, não ser a inderrogabilidade a característica a definir a norma de *ius cogens*, posto ser a norma de *ius cogens* passível de modificação, por outra de igual natureza. Por tal motivo, o âmago da imperatividade da norma de *ius cogens* não se esteia na inderrogabilidade; mas, na impossibilidade dos Estados, de forma individual, se eximirem de aplicá-la ou de modificá-la por via consensual.

Por fim, concluiu-se que o elemento indispensável para a atribuição da característica de *ius cogens* a uma norma é o reconhecimento pelos Estados da imprescindibilidade de seu conteúdo para a existência da sociedade internacional. Em outras palavras, através do consenso da maioria dos Estados, incluindo os mais importantes e representativos do globo, há o reconhecimento como de *ius cogens* das normas que salvaguardam interesses vitais da sociedade internacional.

Atualmente, é incontestável que a noção de *ius cogens* transcende o direito dos tratados, abrangendo todo e qualquer ato, jurídico ou não, internacional e interno, dos Estados e dos demais sujeitos do direito internacional. E, se é a nulidade total do tratado a sanção imposta, quando este contraria uma norma de *ius cogens*, em razão do disposto no § 5.º do art. 44 da Convenção de Viena de 1969, é incontestável, hodiernamente, também, a possibilidade de divisibilidade dos demais atos normativos, ou não, conflitantes com norma de *ius cogens*, incompatíveis com uma norma de *ius cogens* para fins de aplicação da nulidade.

Do estudo das características e consequências do *ius cogens*, constata-se ser este atributo jurídico de suma importância na ordem pública internacional, e, ao colocar normas de direitos humanos entre os valores fundamentais do ordenamento jurídico, revela-se como o maior instrumento de proteção da pessoa humana, tornando tais normas hierarquicamente superiores a qualquer outra. Assim, na terceira subseção do primeiro capítulo, elencam-se normas de direitos humanos apontadas pela doutrina como detentoras da característica de *ius cogens* e os critérios utilizados na determinação dessas normas, bem como se apontam as falhas encontradas, em alguns dos critérios apresentados pelos diferentes autores.

O segundo capítulo examinou o princípio da não discriminação, única norma de direitos humanos prevista na Carta da ONU, tratado que inseriu esse princípio no domínio do direito internacional. Concluiu-se que se o referido princípio aparece em termos vagos no tratado instituidor das Nações Unidas, atualmente, tal princípio tem seu conceito e alcance definidos.

Tal princípio que iguala os indivíduos perante a lei, determinando proteção legal sem diferenciação, proíbe qualquer discriminação, e garante a todos salvaguarda igual e efetiva contra tratamentos diferenciados; também veda tratar de forma igual indivíduos desiguais. Desta forma, o princípio da não discriminação proíbe tanto a discriminação direta como a indireta. Contudo, não veda o princípio da não discriminação tratamentos diferenciados quando presente um fim legítimo ou justificativa objetiva e razoável, bem como exista proporcionalidade entre o objetivo buscado e os meios empregados.

No mais, decorrem do princípio da não discriminação, tanto o dever de não discriminar combinado com o tratamento formal igualitário, como também o dever de promover a igualdade de fato através de ações visando a extinguir vulnerabilidades de indivíduos ou de grupos que conduzam à discriminação.

No segundo capítulo, demonstrou-se, também, a partir dos requisitos do art. 53 da Convenção de Viena, ser a Carta da ONU documento hábil a revelar que o princípio da não discriminação é norma de *ius cogens*, pois: a) tal princípio é norma de direito internacional geral, endereçada a todos os Estados; b) por constar na Carta da ONU, mostra-se reconhecido por quase todos os Estados que compõem a sociedade internacional, incluindo todas as grandes potências, sendo, por esse motivo, o referido tratado hábil para comprovar o reconhecimento do mencionado princípio como de *ius cogens*; c) é norma de direitos humanos considerada fundamental para a segurança

e a paz internacionais, ou seja, protege valores reconhecidos pelos Estados como vitais para a sobrevivência pacífica da sociedade internacional.

A proteção universal de todo ser humano sem discriminação, constante, de forma pioneira, na Carta da ONU, foi reafirmada em vários outros instrumentos internacionais e muito contribuiu, no texto final da Convenção Americana. No entanto, tal Convenção não faz menção expressa ao tratado constituinte das Nações Unidas, em seu preâmbulo; se limitando a externar a influência da Carta da OEA, da Declaração Americana e da Declaração Universal. Ressalta-se que tanto a Carta da OEA como a Declaração Universal exteriorizam o peso da Carta da ONU, em seus conteúdos.

A Convenção Americana inicia sua parte dispositiva prescrevendo o princípio da não discriminação, fato que, aliado à forma enfática que o prevê em seu texto, denotam a relevância deste para a referida Convenção. Assim, através do estudo realizado, no segundo capítulo, verifica-se, também, a ocorrência da hipótese apresentada, pois o princípio da não discriminação constante, na Carta da ONU, se reflete no texto da Convenção Americana.

No terceiro capítulo, a partir do exame das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se concluiu reconhecer a Corte ser o princípio da não discriminação norma de *ius cogens*. Afirma a Corte, em suas decisões, a importância do princípio da não discriminação, na proteção dos direitos humanos, uma vez que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública, nacional e internacional, na busca de proteção igualitária dos indivíduos. Proteção igualitária que se faz necessária em razão da unidade da natureza do gênero humano.

A diversidade de direitos humanos não concretizados, nos casos analisados, em razão da não observância do princípio da não discriminação, aliada ao seu objetivo de reverter e/ou superar vulnerabilidades, individuais ou coletivas, comprovam a imprescindibilidade deste princípio na proteção dos direitos humanos e, consequentemente, para a salvaguarda de valores vitais à sociedade internacional.

No entanto, não demonstra a Corte de forma clara e robusta preencher este princípio os requisitos contidos no art. 53 da Convenção de Viena, falha que afeta a qualidade do raciocínio legal exposto pela Corte no reconhecimento do *status* de *ius cogens* do referido princípio, e fragiliza o poder de persuasão de tal reconhecimento.

Para a Corte, por possuir o princípio da não discriminação a característica de *ius cogens*, todo Estado, seja no âmbito interno ou internacional, não pode atuar

contra este princípio. O Estado, inclusive, responderá por atos de particulares, quer sejam pessoas físicas quer sejam pessoas jurídicas, que ajam sob a sua tolerância, aquiescência ou negligência.

As decisões analisados destacam gerar o princípio de *ius cogens* da não discriminação o dever de abstenção pelos Estados da realização de ato que, direta ou indiretamente, esteja dirigido a criar situações de discriminação de *jure* ou de *facto*; e estabelece a obrigação para estes de adotarem medidas positivas para reverter situações discriminatórias existentes em seus territórios, inclusive no tocante a práticas de terceiros particulares. No entanto, reafirma a Corte, a possibilidade de tratamentos diferenciados, desde que a distinção estabeleça critérios razoáveis, atenda a um propósito útil e oportuno, e seja proporcional ao objetivo perseguido. Ademais, na existência de várias opções, deve-se escolher a que menos restrinja o direito protegido como meio para alcançar o fim buscado.

A Corte, através de suas decisões, reconhece a dificuldade da vítima, em alguns casos, de provar a discriminação sofrida, com violação à categoria expressamente protegida pelo princípio da não discriminação. E, por tal motivo, aplica a inversão do ônus da prova, transferindo para o Estado a obrigação de provar a legitimidade, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado. Também, reconhece este Tribunal, expressamente, a discriminação indireta como a produzida por normas, ações, políticas ou outras medidas, aparentemente neutras que impactam de forma desproporcional e prejudicial certos grupos de vulneráveis.

Ademais, as decisões analisadas demonstram ter a Corte, em casos concretos, reconhecido também como motivos ilegítimos de discriminação a orientação sexual, o gênero e a origem étnica. Acertadamente, a Corte através de interpretação visando à opção mais favorável ao indivíduo e em harmonia com a evolução dos direitos humanos incluiu as três categorias de discriminação proibidas citadas acima, na expressão “qualquer outra condição social”.

Concluiu-se, também, através das decisões analisadas, a aplicação de sanções variadas (medidas de satisfação, de restituição, de reabilitação e de garantias de não repetição, além de indenizações e compensações pecuniárias), a depender do caso concreto, ao Estado violador em razão da não observância do princípio da não discriminação. Em outras palavras, as medidas reparatorias determinadas pela Corte vão muito além das vítimas. Destarte, a Corte não aplica, em nenhuma das referidas decisões, a sanção de nulidade, prevista no art. 53 da Convenção de Viena de 1969,

à norma e/ou ao ato discriminatório. Desta forma, as condenações impostas aos Estados violadores de tal norma com atributo de *ius cogens*, ao se distanciarem da prevista no art. 53, não repercutem o defendido pela doutrina.

Por fim, concluiu-se pela importância das decisões da Corte na concreção e efetividade do princípio de *ius cogens* da não discriminação, pois ainda que sejam as condenações da Corte carentes de coercibilidade, o não cumprimento das mesmas não representa a regra. Logo, as decisões da Corte são eficazes na modificação da forma de agir dos Estados e, conseqüentemente, na salvaguarda do ser humano no âmbito interno dos Estados.

Assim, os dois objetivos deste trabalho foram alcançados. Através da análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se constatou ter sido o princípio da não discriminação previsto na Carta da ONU recepcionado como de *ius cogens* pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. E, de igual modo, se verificou a concretização, pela Corte Interamericana, da supremacia deste princípio de *ius cogens* sobre os atos estatais, limitando, na defesa da proteção igualitária dos indivíduos, tanto a liberdade de legislar dos Estados, como também as suas demais formas de ação

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/10/2/584.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

ACUERDO DE ST. JAMES DECLARACION DE LOS ALIADOS. 1941. Disponível em: <https://www.dipublico.org/8712/acuerdo-de-st-james-declaracion-de-los-aliados-12-de-junio-de-1941/>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. **A invenção do *jus cogens***: e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do *jus publicum europaeum*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BAYEFSKY, Anne F.. **El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional**. Tradução Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile. Santiago: Universidad de Chile. Tradução de: The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/19/3/1625.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 204, out./dez., p. 91-108, 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509929> Acesso em: 11 jul. 2015.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **A internacionalização dos direitos do homem**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

BRASIL. Decreto n.º 592 promulgado em 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 678 promulgado em 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 1.973 promulgado em 1º de agosto de 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Decreto n.º 3.956 promulgado em 08 de outubro de 2001. **Convenção**

Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Decreto n.º 4.377 promulgado em 13 de dezembro de 2002. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 7.030 promulgado em 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Decreto n.º 19.841, promulgado em 22 de outubro de 1945. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 62.150 promulgado em 19 de janeiro de 1968a. **Convenção n.º 111 da OIT.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 63.223 promulgado em 6 de setembro de 1968b. **Convenção Contra Discriminação no campo do Ensino.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-63223-6-setembro-1968-404776-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 65.810 promulgado em 8 de dezembro de 1969. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 98.386 promulgado em 9 de dezembro de 1989. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm. Acesso em: 16 maio 2019.

BRASIL. Decreto n.º 99.710 promulgado em 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 6 jun. 2019.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

CAROZZA, Paolo G. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human rights quarterly**, v. 25, n. 2, p. 281-313, 2003. Disponível em:

https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1584&context=law_faculty_scholarship. Acesso em: 10 jan. 2019.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberanía del Estado y derecho internacional**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1976.

CARTA DO ATLÂNTICO. 1941. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Nações-1919-a-1945/carta-do-atlantico-1941.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CASSESE, Antonio. **International law**. 2. ed. Oxford: OXFORD University Press, 2005.

CASSIN, René. El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal. In: **Veinte años de evolución de los derechos humanos**. México: UNAM, 1974.

CEBADA ROMERO, Alicia. Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. **Revista electrónica de estudios internacionales**, n. 4, 2002. Disponível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/archivos/Cebada.PDF>. Acesso em: 5 nov. 2018.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Resolução n.º 275 de 2014, sobre a Proteção contra a Violência e outras Violações de Direitos Humanos contra as Pessoas motivadas por Orientação Sexual Real ou Imputada ou por Identidade de Gênero**. Disponível em: <http://www.achpr.org/sessions/55th/resolutions/275/>. Acesso em: 3 jun. 2019.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/1958/Add.1, 1958. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1958_v2.pdf. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/1959/Add.1, 1959. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1959_v2.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1949_1959.shtml. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. I, A/CN.4/SER.A/1963, 1963a. Disponível em:

http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1963_v1.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 25 ago. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/1963/Add.1, 1963b. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1963_v2.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 25 ago. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. I, Parte I, A/CN.4/SER.A/1966, 1966a. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v1_p1.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 11 jul. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. I, Parte II, A/CN.4/SER.A/1966, 1966b. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v1_p2.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 20 ago. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966c. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v2.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 21 ago. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), 1976. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1976_v2_p2.pdf&lang=EFSR&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1970_1979.shtml. Acesso em: 30 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Anuario de la Comision de Derecho Internacional**, v. II, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), 2006a. Disponível em: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2006_v2_p2.pdf&lang=EFSRA&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/2000_2009.shtml. Acesso em: 10 nov. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Extract from the yearbook of the International Law Commission**, v. I, 1949. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_13.pdf&lan

g=E. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Extract from the yearbook of the International Law Commission**, v. II, A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, 1950. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Extract from the yearbook of the International Law Commission**, v. II, A/CN.4/SER.A/1951/Add.1, 1951. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_48.pdf&lang=E. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Extract from the yearbook of the International Law Commission**, v. II, A/CN.4/SER.A/1952/Add.1, 1952. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_58.pdf&lang=E. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Informe de la Comisión de Derecho Internacional**. 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016) A/71/10, 2016a. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/reports/2016/spanish/a_71_10.pdf. Acesso em: 18 abr. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Informe de la Comisión de Derecho Internacional**. 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017), A/72/10, 2017a. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2017/spanish/chp8.pdf&lang=ES&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2017/>. Acesso em: 18 abr. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional**. A/CN.4/L.682, 2006b. Disponível em: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/260027/A_CN.4_L.682-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 15 nov. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Primer informe sobre el *jus cogens* preparado por Dire Tladi, Relator Especial**. A/CN.4/693, 2016b. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/830720/files/A_CN-4_693-ES.pdf. Acesso em: 18 abr. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Segundo informe sobre el *jus cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial**. A/CN.4/706, 2017b. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/1286559/files/A_CN-4_706-ES.pdf. Acesso em: 18 abr. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (CDI). **Yearbook of the International Law Commission**, v. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966d. Disponível em:

http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1960_1969.shtml. Acesso em: 9 mar. 2018.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CESCR).

Observación general 20, 2009. Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%2020_2009_ESP.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **Communication n.º 172/1984**, S.W.M Broeks Vs. The Netherlands, A/42/40,1987. Disponível em:

<https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//NEW%20S.W.M.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **Communication n.º 208/1986**, Karnel Singh Bhinder, 1989a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/627>. Acesso em: 19 set. 2019.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **Communication n.º 941/2000**, CCPR/C/78/D/941/2000, 2003. Disponível em:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsswSVVnSz50wXLYzs7W9cwELJKQR9g%2BvMXhFRfTz9jyvMyeu9OEK1gpXSQCyVRizp1wlXahVDWb4gWSBJpiAQBbXBMVkkVbBV%2FruNV0MBA8QQLTNA0cih0nTrRm%2B%2FJcd7lg%3D%3D>. Acesso em: 1 jun. 2019.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **General comment n. 29**: states of emergency (article 4).CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001. Disponível em:

https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/HRC_GC_29e.pdf. Acesso em: 18 abr. 2018.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **Observación general 18**, 1989b. Disponível em:

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404>. Acesso em: 26 set. 2018.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CDH). **Observación general 28**, 2000.

Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom28.html>. Acesso em: 4 jun. 2019.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDCM). **Recomendación general 19**, 1992. Disponível em:

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDCM). **Recomendación general 24**, 1999. Disponível em:

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDCM). **Recomendación general 25**, 2004. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_S.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

COMITE JURIDICO INTERAMERICANO (Org.). **Curso de Derecho Internacional**. Washington: OEA, 1986.

COMITE JURIDICO INTERAMERICANO (Org.). **XVI Curso de Derecho Internacional**. Washington: OEA, 1991.

CONFERENCIAS internacionales americanas (1889-1936). Ciudad de Mexico: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1990a. Disponível em: http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_1889_1936/base2.htm. Acesso em: 15 dez. 2018.

CONFERENCIAS internacionales americanas (primer suplemento 1939-1942). Ciudad de Mexico: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1990b. Disponível em: http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_1_suplemento_1938_1942/base2.htm. Acesso em: 15 dez. 2018.

CONFERENCIAS internacionales americanas (segundo suplemento 1945-1954). Ciudad de Mexico: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1990c. Disponível em: http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm. Acesso em: 15 dez. 2018.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. 1969. Disponível em: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS. 1969. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19690099/index.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Beck, Copp and Bazeley Vs. The United Kingdom, 22 de outubro de 2002b. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-60697\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Lustig-Prean and Beckett Vs. The United Kingdom, 27 de setembro de 1999a. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"display\":\[\"0\"\],\"languageisocode\":\[\"ENG\"\],\"appno\":\[\"31417/96\", \"32377/96\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58407\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Perkins and R. Vs. The United Kingdom, 22 de outubro de 2002a. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-60695\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Saviny Vs. Ukraine, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-90360\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 11 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Smith and Grady Vs. The United Kingdom, 27 de setembro de 1999b. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-58408\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case of Tyrer Vs. The United Kingdom, Judgment, 25 de abril de 1978. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-57587\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 18 abr. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium” v. Belgium, Judgment, 23 de julho de 1968. Disponível em: <https://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-223-Belgian-Linguistic-case-full-case.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Judgment**, Case The Sunday Times Vs. The United Kingdom, 26 de abril de 1979. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-sunday-times-v-united-kingdom/?lang=es>. Acesso em: 4 abr. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Julgamento**, Caso Soares de Melo Vs. Portugal, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"languageisocode\":\[\"POR\"\],\"appno\":\[\"72850/14\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-162118\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 11 jun. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Sentencia**, Caso Asunto D. H. e Outros Vs. República Checa, 13 de novembro de 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-139015\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 21 set. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Sentencia**, Caso Rasmussen Vs. Dinamarca, 28 de novembro de 1984. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-165122\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 18 set. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Sentencia**, Caso Thlimmenos Vs. Grécia, 6 de abril de 2000. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-162517\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 21 set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: el qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. San José: Corte IDH, 2019. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/files/assets/common/downloads/ABC%20DE%20LA%20CORTE%20INTERAMERICANA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf?uni=4cc573231968ba8d953d654316c4cf97>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Parecer consultivo OC-18/03**, Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, 17 de setembro de 2003a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 10 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Relatório Anual 2018**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentença**, Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, 08 de setembro de 2005b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf Acesso em: 11 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**, Caso Yatama Vs. Nicarágua, 23 de junho de 2005a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_por.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 23 de novembro de 2010b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentença (Mérito, Reparações e Custas)**, Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile, 24 de fevereiro de 2012a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentença (Mérito, Reparações e Custas)**, Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, 24 de agosto de 2010a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf Acesso em: 16

abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Mérito, Reparaciones e Costas)**, Caso López Álvarez Vs. Honduras, 01 de febrero de 2006a. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_por.pdf. Acceso em: 11 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Mérito, Reparaciones e Costas)**, Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, 24 de octubre de 2012b. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf. Acceso em: 17 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia**, Caso Aloeboetoe Vs. Surinam, 4 de diciembre de 1991. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf. Acceso em: 8 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia**, Caso de La "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, 15 de septiembre de 2005c. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Acceso em: 8 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia**, Caso Servellón García y Otros Vs. Honduras, 21 de septiembre de 2006b. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf. Acceso em: 11 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Duque Vs. Colombia, 26 de febrero de 2016a. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acceso em: 1 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014c. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acceso em: 16 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, 22 de junio de 2015a. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. Acceso em: 20 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Gutiérrez Hernández y Otros Vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017a. Disponible em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf. Acceso em: 6 jun.

2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso I.V Vs. Bolivia, 30 de noviembre de 2016c. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acceso em: 3 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015b. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Acceso em: 23 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Veliz Franco y Otros Vs. Guatemala, 19 de maio de 2014a. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf. Acceso em: 23 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso V.R.P, V.P.C Y Otros Vs. Nicaragua, 8 de março de 2018a. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acceso em: 5 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, 31 de agosto de 2016b. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acceso em: 1 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas)**, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, 29 de maio de 2014b. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acceso em: 14 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Supervisión de cumplimiento de sentencia**, Caso Véliz Franco y Otros Vs. Guatemala, 3 de maio de 2016d. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/velizfranco_03_05_16.pdf. Acceso em: 8 de out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). **Supervisión de cumplimiento de sentencia**, Caso Véliz Franco y Otros Vs. Guatemala, 21 de noviembre de 2018b. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/velizfranco_21_11_18.pdf. Acceso em: 8 de out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Supervisión de cumplimiento de sentencia**, Caso Véliz Franco y Otros Vs. Guatemala, 29 de agosto de 2017b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/velizfranco_29_08_17.pdf. Acesso em: 8 de out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). **Voto Concordante**, Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, 17 de setembro de 2003b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 26 de mar. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Advisory Opinion**, Legal consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Advisory Opinion**, Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, 1951. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreća**, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia Vs. Serbia), 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-10-EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Joint Dissenting Opinion of Judges Shi and Koroma**, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina Vs. Serbia and Montenegro), 2007a. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-04-EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Judgment**, Case Concerning East Timor (Portugal Vs. Australia), 1995. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 7 out. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Judgment**, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium Vs. Senegal), 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Judgment**, The Corfu Channel Case (merits), 1949. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Order**, Request for the indication of provisional measures, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), 2002. Disponível em: <https://www.icj->

[cij.org/files/case-related/126/126-20020710-ORD-01-00-EN.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20020710-ORD-01-00-EN.pdf). Acesso em: 25 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Separate Opinion of Judge ad hoc Kreća**, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina Vs. Serbia and Montenegro), 2007b. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-11-EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). **Separate Opinion of Judge Lauterpacht**, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina Vs. Serbia and Montenegro), 1993. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL (CPJI). **Dissenting Opinion by M. Schücking**, The Wimbledon Case, 1923. Disponível em: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AA_01/04_Wimbledon_Opinion_Schucking_08_1923.pdf. Acesso em: 7 mar. 2018.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL (CPJI). **Judgment**, Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1932. Disponível em: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL (CPJI). **Separate Opinion of M. Schücking**, The Oscar Chinn Case, 1934. Disponível em: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_63/06_Oscar_Chinn_Opinion_Schucking.pdf. Acesso em: 7 mar. 2018.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 1942. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Nações-1919-a-1945/declaracao-das-nacoes-unidas-1942.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.

DECLARAÇÃO DE MOSCOU / FOUR-NATIONS DECLARATION. 1943. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>. Acesso em: 20 jul. 2018.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. 1993. Disponível em: http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/Pacto_de_Viena.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.

DECLARATION OF THE THREE POWERS / DECLARAÇÃO DE TEERÃ. 1943. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000003-0859.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

DULITZKY, Ariel E. El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros de la jurisprudencia interamericana. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 3, p. 15-32, 2007.

FRANCHINI-NETTO, Miguel. **Os direitos humanos na ONU**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

FROSSARD, Heloisa. **Instrumentos internacionais de direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. Disponível em: https://http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 4 jun. 2019.

GLENDON, Mary Ann. The forgotten crucible: the latin american influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 27-39, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>. Acesso em: 22 set. 2019.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. **El ius cogens internacional**: estudio histórico-crítico. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. (Série Doctrina Jurídica, n. 147).

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A.. The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: a study of the American States' compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 16 International Law, p. 115-142, 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562010000100005. Acesso em: 8 out. 2019.

HOSSAIN, Kamrul. The concept of *jus cogens* and obligation under the U.N. Charter. **Santa Clara Journal of International Law**, v. 3, n. 1, p. 59-88, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=scujil>. Acesso em: 25 nov. 2018.

KELSEN, Hans. La esencia del derecho internacional. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, n. 99-100, 1975. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26988/24337>. Acesso em: 10 jan. 2018.

KELSEN, Hans. **Principios de derecho internacional publico**. Granada: Comares, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

KELSEN, Hans. **The law of the United Nations**: a critical analysis os its fundamental problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

KLEIN, Lawrence; SALVATORE, Dominick. Shift in the world economic center of gravity from G7 to G20. **Journal of Policy Modeling**, vol. 35, n. 3, p. 416-424, may/jun. 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0161893813000379?via%3Dihub>. Acesso em: 16 nov. 2018.

KOLB, Robert. **Peremptory international law - *jus cogens***: a general inventory. Oxford: Bloomsbury, 2015. *E-book*. [n.p.].

MARIZ-NÓBREGA, Monica Lucía Cavalcanti de Albuquerque Duarte. **La cooperación y asistencia judicial entre el Tribunal Penal Internacional y los Estados**. Valencia: Universidad de Valencia, 2007. Disponível em: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/64504/TI%20Monica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jul. 2018.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 1v.

NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law. **Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese**. Kluwer Law International, The Hague, 2003. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Acta resumida de la 14ª sesión**, Sexta Comisión, Asamblea General, A/C.6/55/SR.14, 2001. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/702/73/PDF/N0070273.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Acta resumida de la 13ª sesión**, Sexta Comisión, Asamblea General, A/C.6/56/SR.13, 2002a. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/613/34/PDF/N0161334.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Acta resumida de la 14ª sesión**, Sexta Comisión, Asamblea General, A/C.6/56/SR.14, 2002b. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/617/01/PDF/N0161701.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Acta resumida de la 27ª sesión**, Sexta Comisión, Asamblea General, A/C.6/71/SR.27, 2016. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/71/SR.27&Lang=S. Acesso em: 20 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferencia de Las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados**: primer período de sesiones. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones da la Comisión Plenaria,

A/CONF.39/11, 1969. Disponível em: <http://repository.un.org/handle/11176/398742>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferencia de Las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados**: primer período de sesiones. Documentos Oficiales, A/CONF.39/11/Add.2, 1971a. Disponível em: <http://repository.un.org/handle/11176/399596>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais**. Resolução 1514 (XV), aprovada pela Assembleia Geral, 1960. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/dec60.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas**. Resolução 47/135, aprovada pela Assembleia Geral, 1992. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas**. Resolução 2625 (XXV), aprovada pela Assembleia Geral, 1970. Disponível em: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=S&Area=RESOLUTION). Acesso em: 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Derechos de las minorías: normas internacionales y orientaciones para su aplicación**. HR/PUB/10/3. Oficina del Alto Comisionado. Nueva York-Ginebra: Naciones Unidas, 2010. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Documents of the United Nations Conference of International Organization**: general. Ann Arbor: Edwards Brothers, 1945a. v. 1. Disponível em: <http://digitallibrary.un.org/record/1300969?ln=es>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Documents of the United Nations Conference of International Organization**: Dumbarton OAKS proposals comments and proposed amendments. Ann Arbor: Edwards Brothers, 1945b. v. 3. Disponível em: <http://digitallibrary.un.org/record/1300969?ln=es>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Documents of the United Nations Conference of International Organization**: commission I, general provisions. Ann Arbor: Edwards Brothers, 1945c. v. 6. Disponível em: <http://digitallibrary.un.org/record/1300969?ln=es>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Minorías y autodeterminación**.

Documento apresentado por José Bengoa, membro do grupo de trabalho sobre as Minorias, da Comissão de Direitos Humanos da ONU, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2004/WP.1, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta.** Resolução (XV), aprovada pela Assembleia Geral, 1960. Disponível em: [https://undocs.org/es/A/RES/1541\(XV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1541(XV)). Acesso em: 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolution 637 (VII)**, sobre o direito dos povos e nações à autodeterminação, adotada pelo Conselho de Segurança em 16 de dezembro de 1952. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/079/80/IMG/NR007980.pdf?OpenElement>. Acesso em: 25 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Statute of the International Law Commission**, adotado pela resolução n.º 174 (II) de 21 de novembro de 1947a, e alterada pelas resoluções n.º 485 (V) de 12 de dezembro de 1950, n.º 984 (X) de 3 de dezembro de 1955, n.º 985 (X) de 3 de dezembro de 1955 e 36/39 de 18 de novembro de 1981. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice**, ST/LEG/SER.F/1/Add.4, 2012. Disponível em: http://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/PCIJ_FinalText.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **United Nations Conference on The Law of Treaties**: first and second sessions. Official records, A/CONF.39/11/Add.2, 1971b. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Yearbook of the United Nations 1946-47**. 1947b. Disponível em: <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?volume=1946-47&page=3&searchType=advanced>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Resolução AG/RES.2807 (XLIII-O/13)**, sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, adotada pela Assembleia Geral em 6 de junho de 2013. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14)**, sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, adotada pela Assembleia Geral em 5 de junho de 2014. Disponível em:

<https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

ORAKHELASHVILI, Alexander. The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 1, p. 59-88, 2005. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/16/1/290.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O princípio de não discriminação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul., 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2990>. Acesso em: 20 set. 2019.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acesso em: 22 set. 2019.

PAÚL, Álvaro. **Los Trabajos Preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Origen Remoto de la Corte Interamericana**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2 ed. Madrid: Dykinson, 2007.

PROCLAMAÇÃO DE TEERÃ. 1968. Disponível em: <http://www.pfdc.prg.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Proclamacao255eo%20de%20Teer255e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

QUISPE REMÓN, Florabel. *Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso. **Revista de Derecho**, n. 34, p. 42-78, 2010.

REMIRO BROTONS, Antonio. **Lecciones de derecho internacional público: formación de normas y obligaciones internacionales**. Murcia: Copisteria Belluga, 1981.

REMIRO BROTONS, Antonio. **Derecho internacional público**. Madrid: Tecnos, 1982. v. 1.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 16, p. 11-37, 2015. Disponível em: <http://http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n16/0103-3352-rbcpol-16-00011.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

RODAS, João Grandino. *Jus cogens* em direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1974. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736>. Acesso em: 8 mar. 2018.

SAUL, Matthew. **The Normative Status of Self-Determination in International Law: a formula for uncertainty in the scope and content of the right?**. 2011.

Disponível em:

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=620116007095113065098067071067112067035074090016037034077026121100120002078005085068098110016004116055039007020127028107011077098025029084039102031090025014016096005044018086006011125088021098068086111015120098016066077125025125101108093065072087125&EXT=pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

SCHWARZENBERGER, Georg. International *jus cogens*. **Texar Law Review**, v. 43, n. 4, p. 455-478, mar. 1965.

SINCLAIR, Ian. **The Vienna Convention on the Law of Treaties**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 1984.

SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights**: cases, materials, commentary. Law. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SORTO, Fredys Orlando. Declaração Universal dos Direitos Humanos: autoridade, significado e natureza jurídica. **Araucaria**, 40, 209-323, 2018.

SZTUCKI, Jerzy. **Jus cogens and the Vienna Convention on the law of treaties**: a critical appraisal. Viena: Springer-Verlag, 1974.

TERAYA, Koji. Emerging hierarchy in international human rights and beyond: from the perspective of non-derogable rights. **European Journal of International Law**, v. 12, n. 5, 2001. Disponível em: <http://ejil.org/pdfs/12/5/1555.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

TOMUSCHAT, Christian. **Human rights**: between idealism and realism. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (TPII). **Judgment**, Prosecutor v. Anto Furundžija, IT-95-17/1-T, 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 99, p. 9-18, jul./set.1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181857/000439747.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jan. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 2.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003. v. 3.

TRINDADE, Germana Assunção. **A hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/260>. Acesso em: 27 mar. 2018.

TUNKIN, Grigory. Is general international law customary law only?. **European Journal of International Law**, v. 4, n. 4, 534-541, 1993. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/4/1/1216.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

VERDROSS, Alfred von. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law. **American Journal of International Law**, v. 60, n. 1, p. 55-63, jan. 1966. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/3344.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2015.

VIERDAG, E. W.. **The Concept of discrimination in international law**: with special reference to human rights. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1973.

WET, Erika de. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. **Oxford Handbook on Human Rights**, jan. 2013. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=670117070070069027069112016118087120031047031042055074081065123024121068069000089124049107118055103025009099117064099123083113028035061021010081090102066082090119112003008009003097099085084091101031123018099009077010123108011070079017112072116112029103&EXT=pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

WEATHERALL, Thomas. ***Jus cogens***: international law and social contract. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. *E-book*. [n.p.].

ZELADA, Carlos. *Jus cogens* y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos. **Agenda Internacional**, a. VIII, n. 17, p. 129-156, 2002.