

O *JUS COGENS* COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O IMPACTO DA VOZ DISSIDENTE DO JUIZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

JUS COGENS AS A MECHANISM FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION: THE IMPACT OF THE DISSIDENTING VOICE OF JUDGE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

EDOARDO STOPPIONI*

BRUNO DE OLIVEIRA BIAZATTI**

RESUMO

Jus cogens ou normas peremptórias são aquelas normas de direito internacional aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo como aquelas das quais nenhuma modificação, derrogação ou revogação é permitida, exceto por outra norma de mesma natureza. Em sua essência, as normas de *jus cogens* protegem os valores mais fundamentais da comunidade internacional e, em decorrência disso, são hierarquicamente superiores a outras normas internacionais e nacionais e são universalmente aplicáveis. O *jus cogens* possui papel de destaque no processo de humanização do direito internacional promovido por Antônio Augusto Cançado Trindade, já que a sua forte carga axiológica e hierarquização inerente se revelam úteis ferramentas para a desconstrução de elementos voluntaristas e a consolidação de normas e procedimentos voltados para a proteção da humanidade. Contudo, enquanto juiz internacional, Cançado Trindade fez uso do *jus cogens* de maneira diferenciada quando serviu na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) e depois na Corte Internacional de Justiça (CIJ). Por meio da análise de seus votos individuais, o presente artigo visa demonstrar como o *jus cogens* foi percebido e utilizado

ABSTRACT

Jus cogens or peremptory norms are those norms of international law accepted and recognized by the international community of States as a whole as those from which no modification, derogation or revocation is permitted, except by another norm of the same nature. In essence, *jus cogens* norms enshrine the most fundamental values of the international community and, as a result, they are hierarchically superior to other international and national norms and are universally applicable. *Jus cogens* has a prominent role in the process of humanization of international law promoted by Antônio Augusto Cançado Trindade, as its strong axiological core and inherent hierarchy are useful tools for the deconstruction of voluntarist elements and the consolidation of norms and procedures aimed at the protection of humanity. However, as an international judge, Cançado Trindade used *jus cogens* differently when he served at the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) and later at the International Court of Justice (ICJ). Through the analysis of his individual opinions, this article aims at showing how *jus cogens* was perceived and employed by Cançado Trindade depending on the

* Professor de Direito Internacional na Universidade de Estrasburgo. Doutor em Direito Internacional (Faculdade de Direito da Sorbonne). Membro da *Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché du Luxembourg*. E-mail: stoppioni@unistra.fr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7408-2630>

** Mestre e doutorando em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*. E-mail: bruno.biazatti@mpi.lu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5590-1709>

por Cançado Trindade dependendo do tribunal internacional no qual atuou. Enquanto na CtIADH o brasileiro encontrou larga receptividade ao seu projeto de humanização, resultando numa significativa expansão material, horizontal e vertical do *jus cogens* para fins de proteção dos direitos humanos, o cenário muito díspar da CIJ, onde o voluntarista do direito internacional clássico ainda persistente, motivou Cançado Trindade a modificar a sua abordagem, agora usando o *jus cogens* como parte de uma estratégia argumentativa contra-hegemônica.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus Cogens*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corte Internacional de Justiça; Antônio Augusto Cançado Trindade. Direitos Humanos. Contra-hegemonia.

international court in which he acted. While at the IACtHR Cançado Trindade found wide receptivity to his humanization project, resulting in a significant material, horizontal and vertical expansion of jus cogens for the purpose of protecting human rights, the very different scenario of the ICJ, where the voluntarism of classical international law still persists, motivated Cançado Trindade to modify his approach, now using jus cogens as part of a counter-hegemonic argumentative strategy.

KEYWORDS: *Jus Cogens*. Inter-American Court of Human Rights. International Court of Justice. Antônio Augusto Cançado Trindade. Human rights. Counter-hegemony.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 *Jus Cogens* e Jurisdições Internacionais; 1.2 *Jus Cogens* e o Processo de Humanização do Direito Internacional; 2 A Fase da CtIADH: o *Jus Cogens* como Instrumento para Construir uma Visão de Proteção dos Direitos Humanos; 2.1 Cançado Trindade e o Desenvolvimento do *Jus Cogens* na CtIADH; 2.1.1 A Expansão Material do *Jus Cogens*; 2.1.2 A Expansão Horizontal do *Jus Cogens*; 2.1.3 A Expansão Vertical do *Jus Cogens*; 2.2 O Sucesso do Projeto Cançadano de Expansão do *Jus Cogens* na CtIADH; 3 A Fase da CIJ: o *Jus Cogens* como Ferramenta Argumentativa Contra-Hegemônica; 3.1 Projeto Contra-Hegemônico Geral: Desconstruir o Voluntarismo; 3.2 Primeira Tentativa Contra-Hegemônica: Legitimar a Expansão do *Jus Cogens* no Direito Internacional Geral; 3.3 Segunda Tentativa Contra-Hegemônica: Matizar a Base Voluntarista da Jurisdição dos Tribunais Internacionais; 3.4 Terceira Tentativa Contra-Hegemônica: Expandir as Consequências Processuais do *Jus Cogens*; 4 Conclusão; 5 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Devido ao projeto de humanização do direito internacional¹, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade (Cançado Trindade) foi sensível ao conceito de *jus cogens*. Ele o via como um instrumento de mudança; um instrumento a serviço da transformação do direito internacional a partir de um sistema normativo centrado na soberania do Estado para um mecanismo voltado à proteção humana.

1 CANÇADO TRINDADE, 2015.

O objetivo deste artigo é escrutinar a posição doutrinária do Cançado Trindade acerca do *jus cogens*, a fim de avaliar o seu objetivo geral de desenvolver o potencial de proteção humana do direito internacional. Para este fim, serão comparadas as distintas formas da sua atuação como juiz nas duas cortes internacionais nas quais ele serviu: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Em última instância, o presente estudo visa mostrar como o potencial iconoclasta do *jus cogens* foi percebido e utilizado de forma distinta pelo próprio Cançado Trindade dependendo do contexto no qual atuou. O principal material de estudo será os votos individuais nos quais ele abordou *jus cogens*.

Antes de adentrarmos na análise específica da atuação do Cançado Trindade na CtIADH e na CIJ, dois aspectos mais gerais devem ser apresentados: (1.1) a relação do *jus cogens* com a função judicial internacional; e (1.2) o papel do *jus cogens* no processo de humanização do direito internacional.

1.1 *JUS COGENS* E JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS

A relação entre *jus cogens* e a ação judicial é uma história de adversidades. Em 1969, como condição prévia para aceitar a inclusão de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), vários Estados exigiram a inclusão do Artigo 66(a), uma disposição exigindo a judicialização dos litígios relacionados ao *jus cogens*². Apesar desta conexão inicial entre o *jus cogens* e a função jurisdicional internacional, mais tarde, a referência ao *jus cogens* em processos judiciais deu origem a resistência e divisão.

É importante reconhecer que muitas das dificuldades relacionadas à resolução de disputas sobre *jus cogens* correspondem a um choque de concepções, decorrente do fato de o *jus cogens* ser um tema axiologicamente polêmico.

Por um lado, uma visão tradicional e eurocêntrica tem retratado normas peremptórias como um “mínimo ético”³. Não é por acaso que a ligação entre as normas de *jus cogens* e a proteção da “comunidade internacional” é o resultado de uma alteração introduzida pela Espanha, Grécia e Finlândia nos *travaux préparatoires* do Artigo 53 da CVDT⁴. No mundo acadêmico francês, é comum recordar uma anedota segundo a qual um assessor jurídico francês muito influente utilizou uma perífrase para resumir a posição francesa em relação ao

2 O Artigo 66 da CVDT afirma: “Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução foi alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado: a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem”.

3 VON VERDROSS, 1937, p. 574.

4 GOMEZ ROBLEDO, 1981.

jus cogens: “Quand j’entends le mot *jus cogens*, je sors mon revolver!”⁵. Em uma perspectiva sociológica, internacionalistas interrogam-se se essa resistência francesa tão duradoura ao *jus cogens* poderia ser explicada por uma intensa pressão interna do juiz francês, bem conhecido pela sua forte oposição a normas peremptórias. O que é certo é que as visões do direito internacional de diferentes juízes, tanto domésticos, quanto internacionais, têm um forte impacto no significado e utilização do *jus cogens* enquanto instrumento jurídico.

Por outro lado, o Terceiro Mundo vê o *jus cogens* como um instrumento para consolidar a sua autodeterminação recentemente alcançada, formulando-o numa linguagem emancipatória que defende grupos e pessoas vulneráveis⁶. Algumas figuras viram no *jus cogens* um poderoso instrumento de mudança. Antonio Cassese, por exemplo, acreditava que a jurisdição obrigatória da CIJ nesta área, nos termos do Artigo 66(a) da CVDT, proporcionaria “uma determinação do *jus cogens*, [constituindo] uma bem-vinda salvaguarda contra qualquer abuso”⁷. Nessa visão, o recurso aos juízes é necessário porque é a única forma de assegurar que a norma invocada é de interesse central para a comunidade internacional. A posição do Cassese a favor de um papel mais importante para o juiz na determinação do *jus cogens* radica na crença de que o sistema judicial internacional é a parte da ordem jurídica internacional que pode trazer mais mudanças e ser menos propensa ao conservadorismo⁸.

Esta fricção genética inicial acerca do significado e propósito do *jus cogens* traduziu-se numa posição muito relutante da CIJ em relação ao instituto. De fato, a Corte resistiu fortemente à utilização do *jus cogens* em sua *ratio decidendi*, preferindo outras categorias de normas, especialmente o *erga omnes*, em detrimento da clareza da sua jurisprudência sobre o tema. No caso *Barcelona Traction* (1970), a Corte citou exemplos de obrigações *erga omnes* que eram todas normas *jus cogens* sem o nome, o qual foi mantido à distância de um braço⁹. A primeira menção ao *jus cogens* ocorreu em 1995 no caso *Timor-Leste*, em uma simples referência ao argumento feito por Portugal¹⁰. No ano seguinte, na opinião consultiva sobre a *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, a Corte preferiu contornar a expressão e cautelosamente descreveu as normas fundamentais do direito humanitário como “princípios

5 No português: “Quando ouço a palavra *jus cogens*, pego meu revolver!”.

6 ÖZSU, 2016; RUIZ FABRI, STOPPIONI, 2021, p. 177.

7 CASSESE, 2012, p. 169 : “determination of *jus cogens* would constitute a welcome safeguard against any abuse”.

8 RUIZ FABRI, 2012, p. 1054.

9 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, paras 33-34.

10 *East Timor (Port. v. Austl.)*, Judgment, 1995 I.C.J. 90, ¶ 30 (June 30) (“the Security Council resolutions are not resolutions which are binding under Chapter VII of the Charter or otherwise and, moreover, that they are not framed in mandatory terms”).

intransigentes do direito consuetudinário internacional”¹¹. Na opinião do *Muro na Palestina*, “[d]evido ao caráter e a importância dos direitos e obrigações envolvidos”¹², a CIJ, utilizando o regime de obrigações *erga omnes*, adotou o raciocínio da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre as consequências legais de uma grave violação de uma norma peremptória de direito internacional geral¹³. Contudo, mais uma vez a Corte não nomeou as obrigações em questão explicitamente como *jus cogens*¹⁴. Quando finalmente utilizou o conceito de *jus cogens* em sua fundamentação, em 2006 no caso *Atividades Armadas (Congo v Ruanda)*, a Corte o fez de uma forma minimalista, apenas em relação à proibição do genocídio, e enfatizou que a caracterização de uma norma material como *jus cogens* é uma questão separada e incapaz de afetar a sua jurisdição¹⁵. Casos mais recentes nos quais a CIJ voltou a recorrer ao *jus cogens* serão discutidos abaixo¹⁶.

1.2 JUS COGENS E O PROJETO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Uma história muito diferente pode ser contada sobre a relação entre *jus cogens* e a CtIADH. Esta é uma história de harmonia e apoio mútuo. A influência intelectual do Cançado Trindade na escrita desta história foi muito importante. Como ele próprio orgulhosamente disse: “a Corte Interamericana provavelmente fez pela expansão do *jus cogens* mais do que qualquer outro tribunal internacional contemporâneo”¹⁷. Cançado Trindade deixou clara a sua visão doutrinária sobre o impacto do *jus cogens* no direito internacional desde a sua aula em 2008 no XXXV Curso de Direito Internacional organizado

11 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 266, ¶ 79 (July 8). Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “intransgressible principles of international customary law”.

12 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136, ¶ 155-159 (July 9). Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “Given the character and the importance of the rights and obligations involved”.

13 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Art. 41

14 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136, ¶ 159 (July 9).

15 Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Rwanda), Judgment, 2006 I.C.J. Rep. 6, ¶¶ 64, 69, 125 (Feb. 3). The Court reiterated what it had already said concerning *erga omnes* obligations in the *East Timor* case. *East Timor*, Judgment, 1995 I.C.J. Rep. 90, ¶ 29 (June 30).

16 Cf o subtítulo “3. A Fase da CIJ: o *Jus Cogens* como Ferramenta Argumentativa Contra-Hegemônica”.

17 *Caesar v. Trinidad & Tobago*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 123, ¶ 92 (Mar. 11, 2005) (separate opinion of Judge Cançado Trindade). Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “The Inter-American Court has probably done for such identification of the expansion of *jus cogens* more than any other contemporary international tribunal”.

pela OEA no Rio de Janeiro¹⁸, na qual reiterou e desenvolveu elementos de seu Curso Geral de Direito Internacional Público ministrado na Academia de Haia de Direito Internacional em 2005¹⁹. No Rio, ele afirmou:

Esta evolução significativa do reconhecimento e afirmação das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* de proteção deve ser fomentada, buscando assegurar a sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos. Desta forma, a visão universalista dos fundadores do *droit des gens* está sendo devidamente resgatada. [...] O atual processo de necessária humanização do direito internacional é uma reação a esse atual contexto. Esse processo tem em mente a universalidade e a unidade do gênero humano, que inspirou, há mais de quatro séculos e meio, o processo histórico de formação do *droit des gens*. Ao resgatar a visão universalista que marcou as origens da mais lúcida doutrina do direito internacional, o referido processo de humanização contribui para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais do direito. Este processo é reforçado por suas próprias conquistas conceituais, como, de início, a afirmação e reconhecimento do *jus cogens* e as consequentes obrigações *erga omnes* de proteção, seguidos por outros conceitos que revelam igualmente uma perspectiva universalista do direito das gentes²⁰.

Portanto, o *jus cogens* é, na visão cançadiana, a emanação de um projeto de humanização do direito internacional que está em curso. Posicionando o *jus cogens* no centro desta virada axiológica no direito internacional, Cançado Trindade defendeu uma identidade ou inseparabilidade entre *jus cogens* e ética, como se vê neste excerto: “Identificado com os princípios gerais do direito que consagram valores comuns e superiores compartilhados pela comunidade internacional como um todo, o *jus cogens* atribui um conteúdo ético ao novo *jus gentium*, o direito internacional para a humanidade”²¹. Nesse sentido, o *jus cogens* assume o papel de um instrumento de mudança de todo o sistema normativo internacional, já que “[a] evolução do conceito de *jus cogens* transcende o âmbito tanto do direito dos tratados como do direito da responsabilidade internacional dos Estados, de modo a alcançar o direito internacional geral e os próprios fundamentos da ordem jurídica internacional”²².

O potencial de humanização e transformação do *jus cogens* se manifestou de forma diferente nos dois contextos em que o Cançado Trindade esteve ativo como juiz. Na CtIADH, a sua voz ajudou a efetivamente alargar as fronteiras

18 CANÇADO TRINDADE, 2009, pp. 3-29.

19 CANÇADO TRINDADE, 2010, ch XXV.

20 A CANÇADO TRINDADE, 2009, pp. 3-29, 6. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

21 Obligation to Prosecute or Extradite, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para 182: “Identified with general principles of law enshrining common and superior values shared by the international community as a whole, *jus cogens* ascribes an ethical content to the new *jus gentium*, the international law for humankind”.

22 CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 7.

das normas peremptórias, a fim de expandir a imaginação jurídica sobre o seu funcionamento e objetivos. Muito pelo contrário, na CIJ a postura humanista e expansiva de Cançado Trindade acerca do *jus cogens* colidiu com o tradicional voluntarismo *à la Lotus*. Enquanto no primeiro contexto, a voz da humanização abraçou uma tendência geral de expansão de normas peremptórias, no segundo contexto a voz da humanização encontrou resistência e traduziu-se numa retórica essencialmente dissidente, mostrando possíveis alternativas e padrões. Cada um destes dois contextos será analisado em mais detalhes abaixo.

2. A FASE DA CTIADH: O *JUS COGENS* COMO INSTRUMENTO PARA CONSTRUIR UMA VISÃO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Depois de atuar como juiz *ad hoc*²³ do Suriname em dois casos²⁴, Cançado Trindade tomou posse na CtIADH como juiz permanente em 1995, encerrando sua incumbência em 2006, depois de servir dois mandatos de seis anos. O brasileiro foi Presidente da Corte entre setembro de 1999 e dezembro de 2003, por dois mandatos bienais completos²⁵. Enquanto juiz, Cançado Trindade influenciou a CtIADH em diversos aspectos²⁶. A sua influência foi tamanha que um autor descreveu esse tribunal como um “laboratório privilegiado” no qual Cançado Trindade “elaborou as equações que governaram a construção do novo *jus gentium*”²⁷. Um campo no qual o brasileiro exerceu notável influência sobre a CtIADH foi o *jus cogens*. De fato, quando o brasileiro deixou San José em

23 Relevante destacar que em uma opinião consultiva de 2009, a CtIADH aboliu a figura do juiz *ad hoc* em casos iniciados por petições individuais. Desviando de sua prática, a Corte concluiu que o direito dos Estados de indicar um juiz *ad hoc* se restringe apenas aos casos decorrentes de comunicações interestatais (I/A Court H.R., “Article 55 of the American Convention on Human Rights”. Advisory Opinion OC-20/09 of September 29, 2009. Series A No. 20).

24 Cançado Trindade participou nas seguintes decisões enquanto juiz *ad hoc*: Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname. Merits. Judgment of December 4, 1991. Series C No. 11; Case of Gangaram Panday v. Suriname. Preliminary Objections. Judgment of December 4, 1991. Series C No. 12; Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname. Reparations and Costs. Judgment of September 10, 1993. Series C No. 15; Case of Gangaram Panday v. Suriname. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 21, 1994. Series C No. 16.

25 Composições Corte Interamericana de Derechos Humanos 1979 – 2019, P.65, 68, <https://www.corteidh.or.cr/docs/composiciones/composiciones.pdf>,

26 <https://cebri.org/revista/br/artigo/39/o-legado-de-antonio-augusto-cancado-trindade-as-multiplas-facetas-de-um-percurso-voltado-para-a-construcao-de-um-novo-jus-gentium>

27 HENNEBEL, 2011, p. 96. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “this privileged laboratory that Cançado Trindade drew up the equations which governed the construction of the new *jus gentium*”.

2006, a CtIADH havia se transformado no tribunal internacional mais prolífico quanto à análise, uso, e expansão de normas preemptórias e seus efeitos²⁸.

A CtIADH já havia mencionado *jus cogens* antes mesmo de Cançado Trindade se tornar um de seus magistrados. A Corte introduziu o conceito de *jus cogens* pela primeira vez no caso *Aloeboetoe et al. v Suriname*, em 1993²⁹ — dois anos antes do Cançado Trindade se tornar membro permanente da CtIADH e mais de uma década antes da CIJ o fazê-lo em 2006 no caso *Atividades Armadas (Congo v Ruanda)*³⁰. Coincidência ou não, Cançado Trindade foi juiz *ad hoc* do Suriname no caso *Aloeboetoe et al.* Ainda que a ausência de uma opinião individual pelo juiz brasileiro limite qualquer análise mais concreta acerca do seu nível de influência na pioneira inclusão do *jus cogens* nesse julgamento, o fato de que a CtIADH apenas voltará a tratar sobre *jus cogens* quando Cançado Trindade veio a se tornar um juiz permanente³¹ pode ser um indício dessa influência.

Em seguida, os autores discutirão dois pontos centrais: (2.1) o papel do Cançado Trindade no desenvolvimento do *jus cogens* na jurisprudência da CtIADH; e (2.2) os motivos que levaram a receptividade da CtIADH à expansão do *jus cogens*.

2.1 CANÇADO TRINDADE E O DESENVOLVIMENTO DO JUS COGENS NA CTIADH

Reconhecendo o potencial da verticalização atrelada ao *jus cogens* para fins de erradicação do voluntarismo estatal e da consolidação da proteção internacional da pessoa humana³², Cançado Trindade se lançou em um projeto pessoal e profissional de transformar a CtIADH em um polo de desenvolvimento do *jus cogens*. Em seu vasto conjunto de opiniões individuais na Corte³³, ele atuou em três frentes para o desenvolvimento do *jus cogens* em San José: (2.1.1)

28 Caesar Case, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 123 (2005) (separate opinion of Judge Cançado Trindade), at para. 92.

29 Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname. Reparations and Costs. Judgment of September 10, 1993. Series C No. 15, para 57. Trata-se de referência limitada ao Direito dos Tratados, afirmando que um tratado de 1762 entre a comunidade indígena Saramaka e o Suriname seria nulo por violar a proibição *jus cogens* de escravidão como *jus cogens*.

30 Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Rwanda), Judgment, 2006 I.C.J. Rep. 6, ¶¶ 64, 69, 125 (Feb. 3).

31 GIANNINO, 2019, p. 12.

32 CANÇADO TRINDADE, 2010, pp. 291-295.

33 Cançado Trindade escreveu 74 opiniões individuais enquanto esteve na CtIADH (<https://cebri.org/revista/br/artigo/39/o-legado-de-antonio-augusto-cancado-trindade-as-multiplas-facetas-de-um-percurso-voltado-para-a-construcao-de-um-novo-jus-gentium>).

a expansão material; (2.1.2) vertical; e (2.1.3) horizontal deste instituto³⁴. Como indicado abaixo, ele foi altamente bem-sucedido nesta empreitada.

2.1.1 A EXPANSÃO MATERIAL DO *JUS COGENS*

O projeto de desenvolvimento do *jus cogens* por Cançado Trindade teve início no caso *Blake v Guatemala*, relativo ao desaparecimento forçado e homicídio de Nicholas Chapman Blake, cidadão e jornalista estadunidense, por agentes da Guatemala. Foi em sua quarta opinião individual como juiz permanente da Corte, em 1996, na fase preliminar do caso *Blake v Guatemala*, que Cançado Trindade mencionou o *jus cogens* pela primeira vez³⁵. Ainda sem tecer uma análise profunda de sua posição quanto ao *jus cogens*, naquela ocasião ele se limitou a enfatizar a expansão material daquele instituto, isto é, o alargamento do rol de obrigações com status peremptório. Como contribuição concreta, afirmou que a proibição do desaparecimento forçado já teria status *jus cogens*³⁶.

A opinião separada na fase de mérito no caso *Blake v Guatemala* constituiu na primeira opinião individual na CtIADH na qual Cançado Trindade discorreu de forma mais ampla acerca de sua doutrina sobre o *jus cogens*³⁷. Nessa e em sua opinião separada na fase de reparações no mesmo caso³⁸, Cançado Trindade expressamente indicou que a expansão do *jus cogens* tem papel fundamental na erosão e erradicação de elementos voluntaristas no Direito Internacional, com o objetivo último de proteger a pessoa humana:

Nosso propósito deve ser justamente o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das normas imperativas do Direito Internacional (*jus cogens*) e das correspondentes obrigações erga omnes de proteção do ser humano. É por meio do desenvolvimento nesse sentido que conseguiremos superar os obstáculos dos dogmas do passado, bem como as atuais inadequações e ambiguidades do direito dos tratados, de modo a nos aproximar da plenitude da proteção internacional do ser humano.³⁹

Em sua opinião separada na fase de mérito do caso *Blake v Guatemala*, o brasileiro voltou a advogar a expansão material do *jus cogens*, indo muito além

34 Estas três dimensões do *jus cogens* empregadas aqui foram formuladas pelo próprio Cançado Trindade: CANÇADO TRINDADE, 2009 (2), p. 29-44.

35 Case of Blake v. Guatemala. Preliminary Objections. Judgment of July 2, 1996. Series C No. 27, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 11.

36 Case of Blake v. Guatemala. Preliminary Objections. Judgment of July 2, 1996. Series C No. 27, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 11.

37 Case of Blake v. Guatemala. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36., Opinion Judge Cancado Trindade, paras 23-28

38 Case of Blake v. Guatemala. Reparations and Costs. Judgment of January 22, 1999. Series C No. 48, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade.

39 Case of Blake v. Guatemala. Reparations and Costs. Judgment of January 22, 1999. Series C No. 48, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 40. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

da posição tecida anteriormente na fase preliminar do mesmo caso. No exame de mérito, Cançado Trindade asseverou que, além do desaparecimento forçado, as proibições de tortura e de execuções sumárias e extrajudiciais também possuem status *jus cogens*⁴⁰. Relevante destacar que o julgamento de mérito da Corte no caso *Blake v Guatemala* nem menciona *jus cogens*.

Em suas opiniões individuais subsequentes, Cançado Trindade insistiu na expansão material do *jus cogens*, convencendo a CtIADH a ampliar o número de normas com esse status. É nesse sentido que o brasileiro concebeu o *jus cogens* como uma categoria aberta, passível de evolução no tempo por meio da inclusão constante de novas normas com status preemptório na medida em que a consciência jurídica universal, a fonte material última de todo o direito, desperta-se para a necessidade de proteger a humanidade em toda e qualquer situação⁴¹. No decorrer dos anos, a Corte reconheceu diversas normas de *jus cogens*, tais como a proibição da tortura, tanto física quanto psicológica; proibição ao tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante; proibição da escravidão e práticas análogas; princípio do *non-refoulement*; princípio da igualdade e proibição da discriminação; proibição do desaparecimento forçado de pessoas; proibição de cometer ou tolerar violações graves, maciças ou sistemáticas de direitos humanos; proibição de crimes contra a humanidade e a obrigação associada de processar, investigar e punir esses crimes⁴².

Uma norma de *jus cogens* na qual Cançado Trindade teve papel singular foi o acesso à justiça. O brasileiro defendeu que o acesso à justiça (ou acesso ao Direito num sentido mais amplo) engloba os direitos à proteção judicial e a garantias de devido processo legal, na forma dos Artigos 25 e 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Segundo ele, os direitos reconhecidos nestes dois artigos são indivisíveis e, devido a sua pertinência na efetivação dos direitos humanos, possuem status *jus cogens*⁴³. Cançado Trindade até mesmo afirmou que “o direito de petição individual é sem dúvida a estrela mais luminosa no universo dos direitos humanos”⁴⁴. Depois de uma série de opiniões

40 Case of *Blake v. Guatemala*. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36., Opinion Judge Cançado Trindade, paras 15, 25

41 Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18 (Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade), para 68.

42 Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American States and the consequences for State human rights obligations. Advisory Opinion OC-26/20, November 9, 2020. Series A No. 26, para 106.

43 Case of *López Álvarez v. Honduras*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141, *Opinion: Judge Cançado Trindade*, paras 53-55.

44 Case of *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*. Preliminary Objections. Judgment of September 4, 1998. Series C No. 41, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trin-

individuais insistindo nessa posição⁴⁵, a CtIADH finalmente acolheu os argumentos de Cançado Trindade e reconheceu o caráter *jus cogens* do acesso à justiça nos casos *Goiburú et al. v. Paraguai*⁴⁶ e *La Cantuta v. Peru*⁴⁷, ambos julgados em 2006. A Corte determinou que, em decorrência desse caráter peremptório, os Estados possuem a obrigação de assegurar que graves violações de direitos humanos não fiquem impunes, devendo julgar e punir os responsáveis⁴⁸.

2.1.2 A EXPANSÃO HORIZONTAL DO *JUS COGENS*

Foi também na já mencionada opinião separada na fase de mérito no caso *Blake v. Guatemala* (1998) que Cançado Trindade defendeu pela primeira vez na CtIADH a expansão horizontal das normas peremptórias, segundo a qual o *jus cogens* não seria apenas um instituto do Direito dos Tratados, nos termos dos Artigos 53 e 64 da CVDT, mas irradiaria por todo o sistema jurídico internacional, estendendo-se ao domínio da responsabilidade do Estado e, em última análise, a qualquer ato jurídico e aos próprios fundamentos do sistema normativo internacional⁴⁹.

Em 2003, em sua opinião concorrente na *Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos de Migrantes Indocumentados*, Cançado Trindade voltou a se debruçar sobre a expansão horizontal do *jus cogens*, focando no impacto das normas peremptórias na responsabilidade do Estado. Defendeu que é precisamente no campo da responsabilidade que o *jus cogens*

dade, para 35. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “the right of individual petition is undoubtedly the most luminous star in the universe of human rights”.

45 Case of López Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141, Opinion: Judge Cançado Trindade, paras 53-55; Case of the Ituango Massacres v. Colombia. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 1, 2006. Series C No. 148, Opinion: Judge Cançado Trindade, para 47; Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 31, 2006. Series C No. 140, Opinion: Judge Cançado Trindade, Paras 63-65; Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154, Opinion of Judge Cançado Trindade, para 10; Case of Baldeón García v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of April 6, 2006. Series C No. 147, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras 9-10.

46 Case of Goiburú et al. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, para 131.

47 Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162, para 160.

48 Case of Goiburú et al. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, para 131; Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162, para 160.

49 Case of Blake v. Guatemala. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36., Opinion Judge Cancado Trindade, para 25.

revela seu pleno potencial⁵⁰. O brasileiro afirmou que normas de *jus cogens* implicam uma ilicitude objetiva e, portanto, a vinculação dos Estados a essas normas específicas independe de qualquer forma de expressão de consentimento ou fonte costumeira e convencional, encontrando fundamento direto na própria consciência jurídica universal. Da mesma forma, a responsabilidade dos Estados por violações do *jus cogens* também seria objetiva⁵¹.

Em suas opiniões separadas nos casos *Myrna Mack Chang v Guatemala* (2003) e *Massacre de Plan de Sánchez v Guatemala* (2004), relativos à brutal perseguição e genocídio de povos indígenas maias por agentes estatais durante a Guerra Civil da Guatemala, Cançado Trindade refinou ainda mais a sua análise da expansão horizontal do *jus cogens*. Ele indicou que, ante ao fato das normas de *jus cogens* encapsularem “os interesses e valores mais fundamentais da comunidade internacional como um todo”⁵², elas consistem em normas especiais que se diferem de outras obrigações internacionais que não possuem esse status. Segundo Cançado Trindade, é precisamente essa distinção entre categorias de normas que torna imperativa uma diferenciação no regime de responsabilidade dos Estados:

a visão clássica de um regime único e indiferenciado de responsabilidade internacional já não corresponde ao atual estágio de evolução do direito internacional contemporâneo. Na minha opinião, a atual busca por uma hierarquia normativa e conceitual no ordenamento jurídico internacional (ilustrada pelo estabelecimento do *jus cogens*) estabeleceu a responsabilidade internacional agravada em casos de violações de direitos humanos particularmente graves e crimes internacionais com todas as suas consequências jurídicas. Devido à sua gravidade particular, o crime internacional e as violações do *jus cogens* afetam os valores básicos da comunidade internacional como um todo.⁵³

Ante a gravidade das violações cometidas na América Latina em seu recente passado totalitário, em especial a forma e escala das violações cometidas, bem como a relevância das normas violadas, incluindo normas superiores de *jus cogens*, Cançado Trindade trouxe à baila o conceito de crime de Estado (*State crime*),

50 Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 70,

51 Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras 70-71.

52 Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Merits. Judgment of April 29, 2004. Series C No. 105. Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, Para 32. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “the most fundamental interests and values of the international community as a whole”.

53 Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Merits. Judgment of April 29, 2004. Series C No. 105. Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, Para 33. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

entendido como “violações especialmente graves do direito internacional”⁵⁴, em particular sérias violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário⁵⁵. Trata-se de proposta voltada a revitalizar o conceito de “crime internacional” introduzido por Roberto Ago em 1976 para o Projeto de Artigos da CDI sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, a fim de descrever uma categoria separada de atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves que, à luz da sua seriedade, teriam consequências diferenciadas. A proposta de Ago foi mantida no Projeto de Artigos durante as relatorias de Willem Riphagen e Gaetano Arangio-Ruiz, mas foi eliminada pelo último relator, James Crawford. Este defendeu que a noção de “crime internacional” e sua responsabilidade diferenciada possui uma prática esparsa e exigiria um regime jurídico específico no Projeto de Artigos, sob o risco de sobrecarregá-lo. Diante disso, Crawford sugeriu suprimir o conceito de “crime internacional” do Projeto de Artigos, sob a ressalva de que essa exclusão não impediria a inclusão de *jus cogens* e *erga omnes* no Projeto⁵⁶, o que foi feito nos Artigos 40, 41 e 42⁵⁷. Contudo, em termos das consequências jurídicas pelo cometimento de violações do *jus cogens*, doutrinadores observaram que o resultado final no Projeto de Artigos de 2001 *é extremamente minimalista e, em última instância, não estabeleceu um regime suficientemente diferenciado de consequências para estas violações específicas na seara da responsabilidade internacional, especialmente para o Estado que as cometeu*⁵⁸. Duas décadas depois, em seu Projeto de Conclusões de 2022 sobre a Identificação e Consequências Jurídicas das Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*)⁵⁹, a CDI fez pouco para desenvolver o regime jurídico de seu Projeto de Artigos de 2001⁶⁰.

54 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, para 28. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “especially grave violations of international law”

55 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, para 9.

56 First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/490 and Add. 1-7, 24 April 1998, paras 91-95. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf

57 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two), Arts. 40-42.

58 Tams, 2002, pp. 770-775 (em última instância, Tams recomendou que a CDI deveria ter abandonado qualquer distinção entre atos ilícitos); CANNIZZARO, 2015, p. 133.

59 Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), Yearbook of the International Law Commission, 2022, vol. II, Part Two, Conclusion 19, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf

60 AUST, 2021, pp. 227-256.

Por sua vez, Cançado Trindade viu como imperativo dar vida nova ao conceito de crime de Estado na jurisprudência da CtIADH, já que nenhuma outra categoria jurídica seria capaz de capturar a seriedade das violações cometidas na América Latina. A gravidade dos fatos perante a Corte tornou evidente que o regime de responsabilidade internacional dos Estados não poderia ser mais visto e aplicado de forma unitária ou monolítica, baseado numa simples relação bilateral interestatal, entre Estado violador e Estado ofendido. O regime de responsabilidade internacional deveria ser estratificado, com vistas a refletir e responder adequadamente à gravidade superior dos atos ilícitos que são contrários aos valores fundamentais da comunidade internacional, isto é, os crimes de Estado⁶¹. Nesse sentido, Cançado Trindade defendeu que o Estado deve incorrer em uma responsabilidade agravada nos casos de crimes, com concretas implicações nas modalidades de reparação a serem aplicadas, em especial na imposição de reparação punitiva ou dissuasiva, não apenas compensatória⁶².

Nota-se que a relação entre crime de Estado e *jus cogens* na doutrina cançadiana é complexa. Ele defendeu que o conceito de crime de Estado no direito internacional não deve ser entendido como uma simples analogia ao direito penal na jurisdição interna dos Estados. Cançado Trindade preferiu dar uma fundamentação axiológica à noção de crime de Estado, atrelando-a à proteção dos valores fundamentais ou superiores da comunidade internacional como um todo. Sabendo que o *jus cogens* coincide com estes valores fundamentais ou superiores, deve haver, na visão cançadiana, uma conexão inerente e direta entre crimes de Estado e normas peremptórias⁶³. Cançado Trindade chegou a definir crime de Estado “como uma grave violação do direito internacional peremptório (o *jus cogens*)”⁶⁴. Assim, toda violação de *jus cogens* seria um crime de Estado e vice-versa, implicando uma responsabilidade agravada e reparação punitiva.

61 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, para 4.

62 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, paras 21-55; Case of the Plan de Sánchez Massacre *v.* Guatemala. Merits. Judgment of April 29, 2004. Series C No. 105. Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, paras 34-39; Gómez Palomino *v.* Peru (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 22 November 2005, Ser. C, No. 136, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, paras 4-12; Case of La Cantuta *v.* Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162 (SEPARATE OPINION OF JUDGE A.A. CANÇADO TRINDADE), paras 14-22, 49-61.

63 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, paras 27-28.

64 Myrna Mack Chang *v.* Guatemala (Merits, Reparations, and Costs), IACtHR, 25 November 2003, Ser. C, No. 101, Concurring Opinion Judge Cançado Trindade, para 27. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “a crime of

A CtIADH aderiu, em certa medida, a expansão horizontal do *jus cogens* proposta por Cançado Trindade. Na *Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos de Migrantes Indocumentados*, emitida quando o brasileiro presidia a Corte, essa notou que

[e]m seu desenvolvimento e por sua definição, o *jus cogens* não se limita ao direito dos tratados. A esfera do *jus cogens* se expandiu para abranger o direito internacional geral, incluindo todos os atos jurídicos. O *jus cogens* também se difundiu no direito da responsabilidade internacional dos Estados e, por fim, influenciou os princípios básicos do ordenamento jurídico internacional⁶⁵.

O mesmo entendimento foi recentemente ratificado na *Opinião Consultiva sobre a Denúncia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (2020)⁶⁶. De forma mais específica, a CtIADH incorporou, ainda que sem o apoio unânime dos juízes⁶⁷, o conceito de responsabilidade agravada defendido por Cançado Trindade, a fim de aplicá-lo a violações de *jus cogens* e a violações de direitos humanos cometidas com especial gravidade⁶⁸. Assim, o sistema juridicamente monolítico de responsabilidade estatal adotado pela CDI em seu Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados se revelou insuficiente para lidar com a realidade fática perante a CtIADH. Ao invés de passivamente fechar os olhos para essa constatação, Cançado Trindade e a Corte assumiram uma posição ativa, adaptando o regime de responsabilidade a fim de melhor atender as vítimas perante a CtIADH.

State is defined as a grave violation of peremptory international law (the *jus cogens*)”.

- 65 Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18, para 99. Tradução livre pelos autores do original em inglês.
- 66 Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American States and the consequences for State human rights obligations (interpretation and scope of articles 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 and 78 of the American Convention on Human Rights and 3(l), 17, 45, 53, 106 and 143 of the Charter of the Organization of American States). Advisory Opinion OC-26/20, November 9, 2020. Series A No. 26, para 102 (“The sphere of *jus cogens* has expanded to encompass general international law, including all legal acts. *Jus cogens* has also emerged in the law pertaining to the international responsibility of States and, finally, it has influenced the basic principles of the international legal order”)
- 67 O Juiz Sergio García-Ramírez se opôs ao reconhecimento de uma responsabilidade estatal agravada no Direito Internacional: Separate Opinion of Judge Sergio García Ramírez in *Goiburú Et Al. v. Paraguay* of September 22, 2006; Reasoned Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez To The Judgment In *Mack Chang v. Guatemala* of November 25, 2003
- 68 Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 8, 2004. Series C No. 110, Para 76; Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101. Para 139.

2.1.3 A EXPANSÃO VERTICAL DO JUS COGENS

Em 2004, em sua opinião separada no caso *Tibi v Equador*, relativo à detenção e tortura do nacional francês Daniel Tibi no Equador por suspeita de tráfico de drogas, Cançado Trindade introduziu de forma mais clara a dimensão vertical do *jus cogens*, nos seguintes termos:

[...] o *jus cogens* também se expande em uma dimensão vertical, aquela da interação entre os sistemas jurídicos internacional e nacional no atual domínio da proteção. O efeito do *jus cogens*, nesta segunda dimensão (vertical), é invalidar toda e qualquer medida legislativa, administrativa ou judicial que, no direito interno dos Estados, tente autorizar ou tolerar [violações a uma norma de *jus cogens*].⁶⁹

A CtIADH incorporou a expansão vertical do *jus cogens* em sua jurisprudência, ao entender que o caráter peremptório da norma violada pelo Estado cria pelo menos duas consequências diretas em sua jurisdição nacional: (1) a obrigação de revogar e não adotar leis e práticas internas em desacordo com a norma de *jus cogens* em questão ou que permitam o cometimento de atos contrários a tal norma; e (2) a obrigação de revogar e não adotar leis e práticas internas que impeçam o acesso à justiça e a reparação pelas vítimas, incluindo a investigação dos fatos e o julgamento e punição dos responsáveis⁷⁰.

No caso *Herzog et al. v Brasil*, o Estado réu refutou este aspecto da dimensão vertical do *jus cogens* no contexto de crimes contra a humanidade, baseando-se no caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha v Itália)* perante a CIJ. O Brasil tentou limitar a dimensão vertical por meio da distinção entre normas materiais e processuais feita pela CIJ naquele caso⁷¹. O Brasil alegou que as normas de *jus cogens* não possuem hierarquia absoluta sobre questões processuais, de forma que a aplicação de normas procedimentais que impedem o exercício jurisdicional por um juiz, tais como prazos prescricionais, coisa julgada, e irretroatividade da lei penal mais gravosa, não vilipendiam a norma material de *jus cogens* violada e, portanto, podem ser aplicadas

69 Case of *Tibi v. Ecuador*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 7, 2004. Series C No. 114, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 32. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

70 Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No.18, para 88; Case of *Yatama v. Nicaragua*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 23, 2005. Series C No. 127, paras 184-185; Case of *Goiburú et al. v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, Para 128; Case of *Herzog et al. v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 15, 2018. Series C No. 353, paras 230-302.

71 Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy: Greece intervening*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, paras 92-96.

regularmente⁷². A CtIADH rejeitou este argumento, mantendo-se fiel ao amplo escopo da dimensão vertical do *jus cogens* desenvolvido por Cançado Trindade e pela sua própria jurisprudência. Desviando do entendimento majoritário da CIJ no caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado* e aderindo à posição dissidente de Cançado Trindade nesse mesmo caso⁷³, a CtIADH asseverou que “[o] impacto de classificar [as] condutas como crime contra a humanidade é impedir a aplicação de dispositivos processuais que excluem a responsabilidade, devido à natureza *jus cogens* da proibição de tais condutas”⁷⁴.

É relevante contextualizar a dimensão vertical do *jus cogens* à luz do giro constitucionalizante na CtIADH⁷⁵. Enquanto Cançado Trindade apostou principalmente em normas de *jus cogens* como fator de fortalecimento jurídico da Corte e dos direitos humanos da CADH em face do ordenamento jurídico interno dos Estados da região, os juízes mexicanos Sergio García Ramírez⁷⁶ e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot⁷⁷ adotaram uma estratégia distinta para obter o mesmo resultado: outorgar um verdadeiro papel constitucional à CtIADH e à CADH por meio do controle de convencionalidade, isto é, transformar a CtIADH em uma espécie de tribunal constitucional que controlaria a validade das leis internas dos Estados tendo a CADH como parâmetro de controle. Mac-Gregor, demonstrando extraordinário entusiasmo em relação ao potencial do controle de convencionalidade, concluiu que este controle “representa um componente chave na criação e unificação de um *ius constitucionale commune*

72 Case of Herzog et al. v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 15, 2018. Series C No. 353, paras 199-200.

73 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, paras 296-299.

74 Case of Herzog et al. v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 15, 2018. Series C No. 353, para 308. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “The impact of classifying these conducts as a crime against humanity is to prevent the application of procedural devices that exclude responsibility owing to the *jus cogens* nature of the prohibition of such conducts”.

75 Sobre este giro constitucionalizante, cf Domenico Giannino (2019) Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity, *Transnational Legal Theory*, 10:1, 6-29.

76 Myrna Mack Chang v Guatemala, Reparations and Costs, 2003, Concurring Opinion of Judge García Ramírez, para 27 ; Tibi v Ecuador, 2004, Separate Concurring Opinion of Judge García Ramírez, para 3.

77 FERRER MAC-GREGOR, 2011, pp. 531-622; Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220, Concurring Opinion of Judge Ferrer Mac-Gregor Poisot; Case of Liakat Ali Alibux v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 30, 2014. Series C No. 276, Concurring Opinion of Judge Ferrer Mac-Gregor Poisot.

[nas Américas] que protege a dignidade de todos os indivíduos e fortalece a democracia constitucional na região”⁷⁸. Nesse sentido, no caso *Barrios Altos v Peru* (2001), quando Cançado Trindade era Presidente da Corte e Ramírez um de seus juízes, a Corte decidiu que as leis de anistia peruanas carecem de efeitos jurídicos válidos ante a sua incompatibilidade com a CADH⁷⁹. A fundamentação do julgamento focou no controle de convencionalidade, sendo que a figura do *jus cogens* nem foi mencionada, ainda que Cançado Trindade tenha referenciado o instituto em sua opinião separada⁸⁰. Quando Ramírez sucedeu Cançado Trindade na função de Presidente da Corte em 2004, o controle de convencionalidade se consolidou na jurisprudência de San José, em especial nos casos *Almonacid Arellano v Chile* (2006)⁸¹ e *Funcionários Demitidos do Congresso v Peru* (2006)⁸².

Apesar das distinções entre a dimensão vertical do *jus cogens* e o controle de convencionalidade serem notáveis, vez que partem de fundamentos jurídicos e produzem efeitos muito díspares⁸³, não parece haver uma incompatibilidade inerente entre as duas abordagens, em especial considerando que ambas se desenvolveram em conjunto na jurisprudência da CtIADH, voltadas atingir o mesmo objetivo, qual seja, garantir maior força normativa e efetividade ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos na jurisdição interna dos Estados. Ainda que Cançado Trindade tenha dado mais ênfase ao *jus cogens*, ele também aderiu abertamente à doutrina do controle de convencionalidade⁸⁴. De fato, o brasileiro começou a defender a expansão vertical do *jus cogens* no caso *Tibi v Equador* (2004) quando o controle de convencionalidade já estava em uso pela Corte desde o caso *Barrios Altos v Peru* (2001). Isso pode indicar que a decisão do Cançado Trindade e da própria CtIADH de incorporar a dimensão vertical

78 FERRER MAC-GREGOR, 2011, pp. 531-622.

79 Case of *Barrios Altos v. Peru*. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75, para 51(4).

80 Case of *Barrios Altos v. Peru*. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, para 11.

81 Case of *Almonacid-Arellano et al v. Chile* Judgment of September 26, 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Para 124.

82 Case of the *Dismissed Congressional Employees (Aguado Alfaro et al.) v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158, para 128.

83 Um efeito notável é o fato de o controle de convencionalidade efetivamente transformar a CtIADH em uma espécie de corte constitucional para a região, elemento que inexistia como uma decorrência lógica da dimensão vertical do *jus cogens*.

84 *Dismissed Congressional Employees (Aguado Alfaro et al.) v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Separate Opinion of Judge Antonio Augusto Cançado Trindade, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 158, (Nov. 24, 2006). paras. 2-3.

do *jus cogens* na jurisprudência de San José teve como propósito fortalecer intelectualmente a ingerência da CtIADH na jurisdição interna dos Estados, bem como fazer uso de uma estratégia jurídica distinta, paralela ao controle de convencionalidade, para fundamentar tal ingerência. Escapa ao propósito deste artigo analisar comparativamente os pros e contras de cada uma destas duas estratégias (*jus cogens* e controle de convencionalidade), incluindo a adequabilidade de suas bases intelectuais e a relação prática e teórica entre as duas. Basta afirmar que as duas estratégias consistem em diferentes e recorrentes ferramentas no arsenal da CtIADH para fundamentar a sua legitimidade e autoridade em face dos Estados.

2.2 O SUCESSO DO PROJETO CANÇADIANO DE EXPANSÃO DO *JUS COGENS* NA CTIADH

Um questionamento pertinente se refere à identificação dos motivos que levaram a tamanha receptividade institucional da CtIADH vis-à-vis as posições mais progressistas do Cançado Trindade relativas ao *jus cogens*. Diversos fatores podem explicar este fenômeno e o correlato florescimento de normas peremptórias em San José: fatores ligados ao Cançado Trindade enquanto juiz; fatores ligados à própria CtIADH; e fatores histórico-políticos regionais.

Pelo menos dois fatores ligados ao Cançado Trindade enquanto juiz podem ser indicados. Primeiro, um elemento impactante que parece inegável foi a própria pessoa do Cançado Trindade, cuja determinação e notável expertise jurídica o colocaram em posição de destaque para influenciar seus pares na Corte. Em relação à sua determinação, certas posições propostas por Cançado Trindade não foram incorporadas na jurisprudência da Corte de imediato, mas levaram anos de votos separados e dissidentes, bem como persistente diálogo com outros juízes, para que tais propostas fossem finalmente incorporadas nos julgamentos. O reconhecimento pela CtIADH do caráter *jus cogens* do acesso à justiça é um exemplo evidente⁸⁵. Aqueles que conheceram Cançado Trindade são testemunhas do seu íntimo compromisso e convicção não apenas profissional, mas principalmente pessoal do potencial emancipatório do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A sua incessante busca pela efetivação da humanização do direito internacional o tornou uma força motora incansável dentro da CtIADH. A resposta positiva dos seus colegas juízes, ao incluírem suas propostas humanistas nos julgamentos, apenas o deu mais fôlego para continuar seu projeto de expansão do *jus cogens*. Quanto à sua expertise jurídica, os (longos e densos) votos do Cançado Trindade revelam uma admirável preocupação com a adequada fundamentação teórica de suas posições jurídicas,

85 Cf o subtítulo “2.1.1 A Expansão Material do Jus Cogens”.

fator que naturalmente tornou seus argumentos e propostas mais persuasivas entre seus pares na Corte.

O segundo fator ligado ao Caso Trindade se refere ao momento oportuno no qual ele tomou posse como juiz da CtIADH. Quando ele ascendeu à Corte, a jurisprudência dessa ainda estava em estado *nascendi*. Antes de sua posse em janeiro de 1995, a Corte havia emitido apenas 17 decisões: oito sobre mérito, incluindo reparações e custos⁸⁶; sete acerca de objeções preliminares⁸⁷; e duas decisões interpretando julgamentos pretéritos⁸⁸. Isso indica que Caso Trindade teve maior margem para efetivamente influenciar o desenvolvimento da jurisprudência da CtIADH em sua origem. A Corte ainda não tinha uma consolidada identidade ou largo corpo de decisões para se basear, em especial no tocante ao *jus cogens*, dando maior abertura à criatividade e imaginação dos seus membros. Caso Trindade, com maestria, soube aproveitar dessa oportunidade. Como veremos abaixo, o brasileiro encontrou um cenário bem diferente ao se juntar à CIJ posteriormente.

Como fator ligado à CtIADH, Lima e Marotti apontam que o *jus cogens* teve papel relevante para que a Corte pudesse reafirmar a sua identidade como garantidora e promotora de direitos humanos na região, já que a afirmação de que certa norma de direitos humanos possui status peremptório garantiria maior proteção às vítimas⁸⁹. De fato, tal como defendido por Caso Trindade e, em

86 Case of Gangaram Panday v. Suriname. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 21, 1994. Series C No. 16; Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname. Reparations and Costs. Judgment of September 10, 1993. Series C No. 15; Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname. Merits. Judgment of December 4, 1991. Series C No. 11; Case of Godínez Cruz v. Honduras. Reparations and Costs. Judgment of July 21, 1989. Series C No. 8; Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Reparations and Costs. Judgment of July 21, 1989. Series C No. 7; Case of Fairén Garbi and Solís Corrales v. Honduras. Merits. Judgment of March 15, 1989. Series C No. 6; Case of Godínez Cruz v. Honduras. Merits. Judgment of January 20, 1989. Series C No. 5; Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4.

87 Case of Caballero Delgado and Santana v. Colombia. Preliminary Objections. Judgment of January 21, 1994. Series C No. 17; Case of Cayara v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of February 3, 1993. Series C No. 14; Case of Neira Alegria et al. v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of December 11, 1991. Series C No. 13; Case of Gangaram Panday v. Suriname. Preliminary Objections. Judgment of December 4, 1991. Series C No. 12; Case of Godínez Cruz v. Honduras. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 3; Case of Fairén Garbi and Solís Corrales v. Honduras. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 2; Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 1.

88 Case of Godínez Cruz v. Honduras. Interpretation of the Judgment of Reparations and Costs. Judgment of August 17, 1990. Series C No. 10; Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Interpretation of the Judgment of Reparations and Costs. Judgment of August 17, 1990. Series C No. 9.

89 LIMA, MAROTTI, 2022, p. 13.

certa medida, diferente do que ocorre na CIJ, percebe-se que a caracterização de certa violação como *jus cogens* teve efeitos práticos na jurisprudência da CtIADH em relação à responsabilidade do Estado, incluindo o reconhecimento de que essa responsabilidade poderia ser agravada⁹⁰ e de que a reparação deve ser definida de acordo⁹¹. Além disso, o próprio mandato da CtIADH, centrado na proteção dos direitos humanos, pode ser indicado como fator catalizador da expansão do *jus cogens* em San José, como parte do projeto de humanização do Cançado Trindade. As dificuldades enfrentadas pelo brasileiro na CIJ, uma corte generalista com âmbito universal, ilustram esse ponto.

Quanto aos fatores histórico-políticos da região, nota-se que a CtIADH começou a emitir julgamentos (o primeiro deles em 1987⁹²) no período de redemocratização da América Latina, ocorrido nos Anos 1980 e 1990. Esse contexto histórico de transição (de totalitarismo para democracia) teve papel significativo em moldar a posição cançadiana e da própria CtIADH em relação ao *jus cogens*. Um aspecto importante a notar foi o projeto de impunidade que se espalhou pela região no período de redemocratização. Diversos Estados latino-americanos utilizaram da concessão de anistia como instrumento político para assegurar a restauração e a estabilidade democrática. Tais anistias, por pressão das Forças Armadas, foram gerais e irrestritas, abarcando também os perpetradores de graves violações de direitos humanos, incluindo as forças militares e policiais ligados aos regimes militares então vigentes⁹³. As anistias foram formalmente concedidas na forma de leis domésticas ou decretos, transformando-se em relevantes empecilhos normativos ao julgamento dos responsáveis, desocultação da verdade, e ao pleno acesso à justiça e à reparação pelas vítimas. Outros instrumentos normativos internos também resultaram em impunidade por violações de direitos humanos, tais como períodos de prescrição e perdão.

Tal como incentivado por Cançado Trindade⁹⁴, um dos aspectos centrais da política judicial da CtIADH foi eliminar ou tornar inaplicáveis estes

90 Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 8, 2004. Series C No. 110, Para 76; Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101. Para 139.

91 Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101. Para 261.

92 Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 1.

93 MALLINDER, 2016, pp. 645-680.

94 Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75 (Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade), paras 1-11; Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154 (Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade), paras 2-25.

institutos normativos que impedem o acesso à justiça⁹⁵. A jurisprudência da Corte nesse sentido parece se alinhar ao projeto canadiano mais amplo de luta contra o esquecimento do ser humano e de seu sofrimento, já que, nas palavras do Cançado Trindade, “[a] lembrança é uma manifestação de gratidão, e a gratidão talvez seja a manifestação mais nobre de se prestar a verdadeira justiça”⁹⁶. De fato, em diversas opiniões individuais na CtIADH, Cançado Trindade demonstrou notável sensibilidade à delicada relação da humanidade com o tempo e a memória⁹⁷.

Sabendo que aqueles institutos que constituem obstáculos ao acesso à justiça encontram fundamento em leis constitucionais e infraconstitucionais e consciente da resistência das autoridades locais na região ao direito internacional e à própria CtIADH⁹⁸, o uso e expansão do *jus cogens*, paralelo ao desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, ofereceu importante substrato teórico e jurídico para que a Corte pudesse penetrar no ordenamento internos dos Estados, com a finalidade reforçar a efetividade de seus julgamentos e dos direitos reconhecidos na CADH. Esse contexto indica a significância da dimensão vertical do *jus cogens* desenvolvida por Cançado Trindade e pela CADH, bem como o reconhecimento da obrigação de investigar, processar, e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade como norma peremptória⁹⁹. Dessa forma, a universalidade e força hierárquica do *jus*

95 Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75, para 41; Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154, paras 105-114; Case of Herzog et al. v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 15, 2018. Series C No. 353, paras 277-294; Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219, para 147-182;

96 Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, Case of the Moiwana Community versus Suriname (Serie C No. 124, Inter-American Court of Human Rights, 15th June 2005) ¶ 93. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “Remembrance is a manifestation of gratitude, and gratitude is perhaps the noblest manifestation of rendering true justice.”

97 Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, Case of the Moiwana Community versus Suriname (Serie C No. 124, Inter-American Court of Human Rights, 15th June 2005), paras 24-33; Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala. Reparations and Costs. Judgment of February 22, 2002. Series C No. 91. Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 10-22; Case of the “Street Children” (Villa-grán Morales et al.) v. Guatemala. Reparations and Costs. Judgment of May 26, 2001. Series C No. 77, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, Para 40; Case of Blake v. Guatemala. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36., Opinion Judge Cancado Trindade, paras 4-6.

98 HUNEEUS, MADSEN, 2018, pp. 153-154.

99 Case of Goiburú et al. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153 paras 84, 131; Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations,

cogens podem ser vistas como uma ferramenta por meio da qual a Corte pôde reafirmar e impor a sua autoridade e a do Sistema Interamericano de Direitos Humanos vis-à-vis os Estados¹⁰⁰. Nesse sentido, o uso e expansão do *jus cogens* pela CtIADH, sob a constante promoção do Cançado Trindade, tornou-se a espada com a qual a Corte irrompeu as ordens normativas internas dos Estados, mas também o escudo utilizado para assegurar a sua autoridade e efetividade.

Não surpreendentemente, a larga expansão do *jus cogens* pela CtIADH foi alvo de críticas¹⁰¹. Muitas delas ainda se revelam apegadas a um paradigma voluntarista, tal como evidenciado na constatação de Gerald Neuman segundo a qual “a [CtIADH] se divorciou em demasia do aspecto consensual de uma convenção regional de direitos humanos em suas práticas interpretativas”.¹⁰² De fato, instituições internacionais ainda se veem relutantes a romper drasticamente com dogmas voluntaristas via *jus cogens*, ao menos não no nível do Cançado Trindade e da CtIADH. Ainda que pareça incontestável que o projeto cançadiano de desenvolver o *jus cogens* na CtIADH tenha sido bem-sucedido, a expansão do instituto, tal como descrita aqui, ainda não se replicou fora da região. A limitada¹⁰³ lista de normas de *jus cogens* apresentada pela CDI¹⁰⁴, bem como a análise abaixo acerca das dificuldades encontradas por Cançado Trindade na CIJ são ilustrativas das persistentes tensões e ansiedades que orbitam a figura do *jus cogens*. Essa constatação, apesar de pessimista à primeira vista, se revela surpreendentemente otimista, já que nos motiva a se inspirar e a seguir o exemplo da conquista alcançada por Cançado Trindade em San José em seu projeto de humanização do direito internacional por meio do *jus cogens*.

In fine, enquanto juiz da CtIADH, Cançado Trindade viu esse tribunal como efetivo e fiel aliado em seu projeto de humanização do direito internacional, incluindo na expansão do *jus cogens*. O resultado foi um conjunto de opiniões individuais no qual o brasileiro empregou uma linguagem

and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219, para 137.

100 Gerald L. Neuman, Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, *EJIL* (2008), Vol. 19 No. 1, 101-123, P.117-118

101 Cf., por exemplo, MAIA, 2009. p. 29 ; ABELLO-GALVIS, 2012, p. 369 ; LIMA, MAROTTI, 2022, p. 18 ; CONTRERAS-GARDUNO, ALVAREZ-RIO, 2014, p. 113.

102 NEUMAN, 2008, p. 123. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “the Inter-American Court of Human Rights has become too divorced from the consensual aspect of a regional human rights convention in its interpretive practices”.

103 A lista da CDI foi descrita como limitada em relação à jurisprudência da CtIADH.

104 A lista inclui as seguintes normas: a proibição de agressão; proibição do genocídio; proibição de crimes contra a humanidade; as regras básicas do Direito Internacional Humanitário; proibição da discriminação racial e do apartheid; proibição da escravidão; proibição da tortura; o direito de autodeterminação (Fifth report on preemptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur, UNDoc. A/CN.4/747, 24 January 2022, p.66-69).

essencialmente dialógica e construtiva vis-à-vis a Corte, voltada a fomentar a tomada de decisões judiciais importantes na edificação do novo *jus gentium*. A notável abertura institucional da Corte à doutrina cançadiana permitiu que diversas destas decisões fossem *pari passu* adotadas. Assim, Cançado Trindade e a CtIADH foram verdadeiros parceiros no processo de humanização do direito internacional, em especial no tocante ao desenvolvimento do *jus cogens*. Como veremos abaixo, uma dinâmica muito diferente emergiu entre o brasileiro e a CIJ.

3. A FASE DA CIJ: O JUS COGENS COMO FERRAMENTA ARGUMENTATIVA CONTRA-HEGEMÔNICA

Cançado Trindade serviu na CIJ a partir de 2009 e, após a sua reeleição em 2017, permaneceu no Tribunal até à sua morte em 2022. Chegou, assim, à Corte num momento em que já tinha começado a romper com a sua negação total do voluntarismo estatal por meio do *jus cogens*, alcançando notáveis resultados na CtIADH. Diferente dessa, a CIJ resistiu durante muito tempo antes de utilizar o termo *jus cogens*¹⁰⁵. Ante a relutância da Corte, os votos individuais dos juízes foram centrais na evolução do *jus cogens* na Haia¹⁰⁶, como evidencia a opinião entusiástica do juiz *ad hoc* John Dugard no caso *Atividades Armadas (Congo v Ruanda)* (2006). Dugard atestou que, como as normas *jus cogens* “avançam tanto os princípios como as políticas, elas devem inevitavelmente desempenhar um papel dominante no processo de escolha judicial”¹⁰⁷. Dugard também indicou que, ao invocar *jus cogens*, os juízes internacionais “afirmam os elevados princípios do direito internacional que reconhecem os direitos mais

105 Cf. acima o subtítulo “1.1 Jus Cogens e Jurisdições Internacionais”.

106 Cf. *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298 ; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain)* Second Phase, Judgment of 5 February 1970, ICJ Reports 1970, p. 3, separate opinion of Judge Ammoun, at 304 ; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, p. 325, Separate opinion of Judge Lauterpacht, para. 100 ; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, Judgment of 26 November 1984, ICJ Reports 1984, p. 392, Dissenting opinion of Judge Schwebel, para. 88

107 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Dugard, para 10. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “The fact that norms of *jus cogens* advance both principle and policy means that they must inevitably play a dominant role in the process of judicial choice”.

importantes da ordem internacional” e “dão forma jurídica às políticas ou objetivos mais fundamentais da comunidade internacional”¹⁰⁸.

Os tempos de negação pela CIJ terminaram¹⁰⁹, mas as razões voluntaristas para essa negação continuam fortemente presentes. A relação da Corte com o *jus cogens* é característica dos paradoxos desse instituto. Ao invocar o *jus cogens*, a Corte é instada a legislar sobre o conteúdo das regras que são subtraída da vontade dos sujeitos da ordem jurídica internacional¹¹⁰. O uso de normas peremptórias convida a Corte a declarar se uma norma específica tem o estatuto de *jus cogens*, a definir o que é a proibição, e a clarificar o conteúdo e efeitos da norma. No entanto, este mesmo ato de revelação implica, ante a própria natureza verticalizante do *jus cogens*, uma transformação estrutural fundamental na arquitetura da ordem jurídica internacional clássica. A sua utilização implicaria que a Corte abraçasse uma função de “transformação da sociedade como co-legislador, uma mudança que o Tribunal é incapaz de instituir na sociedade em que opera”¹¹¹. Ao lidar com o *jus cogens*, a Corte, operando num sistema jurídico concebido como produto do voluntarismo e numa base jurisdicional voluntária, é convidada a pressionar os limites deste voluntarismo.

No trabalho do Cançado Trindade na CIJ, o uso do conceito de *jus cogens* tem uma nuance diferente em relação à sua experiência na CtIADH. Para usar uma expressão gramsciana¹¹², o *jus cogens* se torna uma ferramenta “contra-hegemónica” para resistir às estruturas do direito internacional voluntarista, que ele tinha suposto mudar. Como escreveu Andrew Drzemczewski, Cançado Trindade

108 Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, Separate Opinion of Judge ad hoc Dugard, para 10. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “they affirm the high principles of international law, which recognize the most important rights of the international order” e “they give legal form to the most fundamental policies or goals of the international community”.

109 Em tempos recentes, a CIJ tem mencionado *jus cogens* de forma inequívoca em seus julgamentos. Cf, por exemplo: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, para 99 ; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, paras 92-97 ; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3, para 87.

110 DANILENKO, 1991, pp. 42-65.

111 RIVIER, 2001, p. 12. Tradução livre pelos autores do original em francês, que segue: “transformation de la société tel qu’un co-législateur, changement que la Cour est pourtant incapable d’instituer dans la société dans laquelle elle opere”.

112 STOPPIONI, 2021, pp. 178-202.

[tinha] como objetivo fazer uso de sua posição não apenas para decidir o caso em questão, mas também para informar outros — colegas juízes, acadêmicos, estudantes e vítimas de violações dos direitos humanos — sobre a base intelectual de seus pontos de vista, a fim de promover o pensamento, a discussão e a possível reforma e para proporcionar uma alternativa ao consenso judicial¹¹³.

Os autores discutirão o papel do *jus cogens* no projeto contra-hegemônico canadiano na CIJ em sua manifestação geral, (3.1) centrada na desconstrução do voluntarismo no direito internacional, mas também suas manifestações pontuais, nas quais Cançado Trindade advogou, entre outros, pela (3.2) expansão do *jus cogens* para além do direito dos tratados; (3.3) erosão da base voluntarista da jurisdição dos tribunais internacionais; e (3.4) expansão dos efeitos processuais do *jus cogens*.

3.1 PROJETO CONTRA-HEGEMÔNICO GERAL: DESCONSTRUIR O VOLUNTARISMO

Como indicado acima, o veículo axiológico do *jus cogens* na CtIADH, tal como defendido por Cançado Trindade, é inquestionável: a necessidade de uma proteção acrescida dos direitos humanos se alinha ao próprio mandato da Corte de San José, daí o florescimento de presunções *pro homine* em sua jurisprudência¹¹⁴. A visão geral do Cançado Trindade nesta seara não é posta em discussão aqui.

A opinião dissidente do Cançado Trindade no caso das *Ilhas Marshall* é particularmente reveladora. A ruptura e divergência com a postura da maioria é de fato cristalina neste caso. Enquanto a Corte evitou responder à questão central do caso¹¹⁵ devido à ausência de uma “disputa” na sua visão¹¹⁶, Cançado Trindade salientou claramente esse fato: “Minha posição dissidente se baseia não apenas na avaliação dos argumentos apresentados perante a Corte pelas Partes Litigantes, mas sobretudo em questões de princípio e valores fundamentais, aos quais atribuo ainda mais importância”¹¹⁷.

113 Introduction to The Construction of a Humanized International Law (Brill Nijhoff 2015). Tradução livre pelos autores do original em inglês.

114 Case of Atala Riffo and daughters v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 24, 2012. Series C No. 239, para 85 ; Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146, para 140 ; Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 15, 2005. Series C No. 134, para 106.

115 Se Estados possuidores de armas nucleares estariam descumprindo uma alegada obrigação costumeira de desarmamento nuclear.

116 Trata-se de conclusão controversa, atingida por oito votos a oito, com o voto de minerva do Presidente da CIJ.

117 Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), 5 Octo-

Como demonstraram os filósofos neo-gamschianos, um discurso contra-hegemônico é um instrumento de política transformadora, uma “*programmatic imagination*” que mostra uma trajetória ou direção para a mudança no futuro¹¹⁸. A contra-hegemonia requer um difícil exercício de “soldagem do presente ao futuro”. Como resultado de sua vontade de desafiar um discurso hegemônico dominante, a contra-hegemonia tem um aspecto programático intrínseco: “o ato de definir uma direção esboça os contornos de um projeto contra-hegemônico – uma alternativa possível”¹¹⁹. Neste sentido, um discurso contra-hegemônico envolveria a “identificação de valores e princípios alternativos”¹²⁰. No projeto contra-hegemônico do Cançado Trindade, este princípio alternativo é apenas cogente para avançar um valor alternativo: a humanização do direito internacional. Como é usual nas opiniões dissidentes do brasileiro, a CIJ é representada como a voz da “*raison d’Etat*”, enquanto a própria voz dissidente do Cançado Trindade chama a atenção para e representa as “*raisons d’humanité*”¹²¹. Na visão cançadiana, a CIJ esqueceu o som da justiça e a discordância era a única forma de recordar este objetivo fundamental da função judicial.

3.2 PRIMEIRA TENTATIVA CONTRA-HEGEMÔNICA: LEGITIMAR A EXPANSÃO DO *JUS COGENS* NO DIREITO INTERNACIONAL GERAL

Um primeiro aspecto da utilização do *jus cogens* no trabalho do Cançado Trindade na CIJ reflete a sua visão quanto à necessidade de expansão material, horizontal e vertical desta ferramenta, a qual ele já havia iniciado na CtIADH enquanto juiz¹²² e também na seara acadêmica, em especial no seu Curso Geral de Direito Internacional Público na Haia em 2005¹²³ e no Curso de Direito Internacional no Rio de Janeiro em 2008¹²⁴.

ber 2016, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para 312. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “My dissenting position is grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the Contending Parties, but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance”.

118 UNGER, 2009, p. xxi.

119 CARROLL, 2010, p. 197. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “marking a direction sketches the contours of a counterhegemonic project—a possible alternative”.

120 COX, SCHILTHUIS, 2012, 1. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “identification of alternate values and principles”.

121 Cf, por exemplo, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, Para 158.

122 Cf o subtítulo 2 acima.

123 CANÇADO TRINDADE, 2010, ch XXV.

124 CANÇADO TRINDADE, 2009, pp. 3-29,

A expansão do *jus cogens* aparece claramente em sua opinião separada no caso *Hissène Habré*. Segundo Cançado Trindade, a natureza *erga omnes* das obrigações faz com que elas transcendam o direito dos tratados e modifiquem a responsabilidade do Estado. Isso é ainda mais forte, segundo ele, no contexto do *jus cogens*, no qual o consentimento do Estado não é mais oponível¹²⁵. Com base nessa natureza particular de certas normas, Cançado Trindade foi além em sua dissensão no caso *Diallo*, teorizando a necessidade de uma interpretação diferente dos tratados de direitos humanos vis-à-vis os tratados gerais, devido à natureza diferenciada de suas obrigações¹²⁶. A influência da filosofia dos direitos humanos e da estrutura discursiva é aqui extremamente clara.

Uma vez que esta ideia de expansão do *jus cogens* em todos os ramos do direito internacional geral está estabelecida, Cançado Trindade também tinha em mente consequências concretas claras a dar a esta transformação. Em várias das suas opiniões individuais, elaborou sobre as consequências substanciais da violação do *jus cogens*, tendo em mente o prolongamento teórico do ponto de expansão. Esta ideia resulta claramente desde a sua opinião no caso do *Kosovo* (2010), em que defendeu que a Corte deveria ter ido mais longe na abordagem dos efeitos jurídicos das violações do *jus cogens*¹²⁷.

Este ponto foi particularmente desenvolvido na sua opinião dissidente no caso *Croácia v Sérvia* (2015), na qual Cançado Trindade voltou a concentrar-se nas consequências da violação de uma norma *jus cogens*. Aí, recordou o seu trabalho na CtIADH (nomeadamente no caso *Blake v Guatemala*, discutido acima) para demonstrar que as graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário arguidas no caso equivaliam a violações do *jus cogens*. Porém, em termos de análise do discurso, o objetivo fundamental do *jus cogens* é, na narrativa cançadiana, desenvolver a necessidade teórica de estabelecer uma forma particular de responsabilidade e reparação no caso da sua violação:

A proibição de todas essas violações graves, como a tortura em todas as suas formas, é uma norma pertencente ao domínio do *jus cogens*, cuja violação acarreta consequências jurídicas, exigindo reparações. Isso está de acordo com a ideia de *retidão* (em conformidade com a *recta ratio* do direito natural), subjacente à própria concepção do direito (em sistemas jurídicos distintos — *Droit/Right/Recht/Direito/Derecho/Diritto*) como um todo¹²⁸.

125 Obligation to Prosecute or Extradite, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para 23 and 71.

126 Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo, Merits [2010] ICJ Rep 639 (hereinafter '*Diallo*'), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras 82-92.

127 Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras 213-4.

128 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), judgment of 3 February 2015, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para 319 e 536.

Como indicado nesse excerto, o regime particular de responsabilidade internacional do Estado para violações do *jus cogens* está ligado à concepção cançadiana do direito natural e, mais precisamente, à ideia de retidão por detrás do próprio conceito de direito.

3.3 SEGUNDA TENTATIVA CONTRA-HEGEMÔNICA: MATIZAR A BASE VOLUNTARISTA DA JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Uma das traduções mais claras da filosofia do voluntarismo subjacente ao direito internacional aparece nos princípios fundamentais da resolução internacional de litígios, cuja estrutura está fortemente ancorada na ideia do consentimento do Estado (princípio do *Ouro Monetário*). É, portanto, sem surpresas que Cançado Trindade tenha questionado este paradigma. Mais uma vez, o período na CtIADH é premonitório deste choque de paradigmas: basta mencionar a sua produção intelectual deste período qualificando o acesso de indivíduos aos tribunais internacionais¹²⁹. Em termos práticos, Cançado Trindade propôs a adoção de um protocolo emendando a CADH, para que a jurisdição da CtIADH fosse obrigatória a todos os Estados partes da CADH e que indivíduos tivessem acesso direto à CtIADH¹³⁰, ainda que essa proposta nunca tenha sido efetivada. Por outro lado, os seus esforços se revelaram frutíferos para a reforma do Regulamento da CtIADH em 2000, a fim de garantir *locus standi in judicio* aos petionários em todos os estágios do processo perante a Corte de San José¹³¹.

Da mesma forma que ele havia feito em relação à IACtHR, o seu propósito de provocar uma mudança no mantra voluntarista dos litígios internacionais apareceu muito claramente no seu Curso de Haia, no qual apelou a uma resolução da questão da jurisdição obrigatória¹³². Por um lado, criticou o atual sistema da Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória do Artigo 36(2) do Estatuto da CIJ como sendo indicativo do fracasso da função judicial internacional em seguir a evolução da comunidade internacional como ordem

129 Case of Castillo Petruzzi et al. v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of September 4, 1998. Series C No. 41, (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade); Case of Castillo Páez v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of January 30, 1996. Series C No. 24 (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade); Case of Loayza Tamayo v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of January 31, 1996. Series C No. 25 (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade).

130 CANÇADO TRINDADE, 2002, pp. 259-277.

131 Case of the Miguel Castro Castro Prison v. Peru. Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 2, 2008 Series C No. 181. Concurring Opinion of Judge Cançado Trindade, Paras 134-138,

132 CANÇADO TRINDADE, 2010, ch XXV.

jurídica¹³³. Por outro lado, defendeu a consolidação da jurisdição obrigatória como a satisfação da necessidade de um “sistema de relações internacionais que respeite o direito”.¹³⁴

O seu suporte à jurisdição obrigatória foi também articulado em suas dissidências na CIJ. No caso *Croácia v Sérvia* (2015), recordou que, no acórdão sobre jurisdição, a Corte havia sugerido que a “boa administração da justiça” poderia ser aplicada para permitir-lhe analisar de forma mais flexível se a condição da existência de uma disputa foi satisfeita¹³⁵. Contudo, Cançado Trindade lamentou que a Corte tenha rejeitado a sua jurisdição no caso sobre violações do direito internacional consuetudinário com base em razões puramente factuais, sem abordar claramente a existência de uma “base jurídica de jurisdição sobre reclamações de alegadas violações” de obrigações costumeiras¹³⁶.

No caso sobre a *Aplicação da Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial (Geórgia v Rússia)* (2011)¹³⁷, queixou-se que a CIJ não esclareceu como a natureza *erga omnes* de um direito pode alterar a interpretação de cláusulas compromissórias em tratados garantindo jurisdição à Corte¹³⁸. A posição inicial da Geórgia sobre a jurisdição foi de fato bastante conservadora, uma vez que optou por formular as suas reivindicações de jurisdição exclusivamente sob a forma de obrigações baseadas em tratados, sem tratar do carácter *erga omnes* da discriminação racial. Durante as audiências, Cançado Trindade perguntou as partes se a natureza especial dos tratados de direitos humanos, como a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial, poderia ter influência ou incidência sobre a interpretação e aplicação de uma cláusula compromissória contida nos mesmos. Esta questão teve um impacto na estratégia da Geórgia¹³⁹. Em sua resposta escrita à pergunta, a Geórgia recordou que a proibição da discriminação racial havia sido listada como uma obrigação *erga omnes* no caso *Barcelona Traction*, para concluir que “[o] carácter dos tratados de direitos humanos - em particular a sua natureza não-sinalagmática - fornece um fundamento para a interpretação ampla das suas cláusulas compromissórias, afastando uma interpretação restrita ou

133 Particularmente p. 222-223.

134 Particularmente p. 218.

135 Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia) (Preliminary Objections) [2008] ICJ Rep 412, 441, para 85.

136 eparate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras 141-2

137 Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation) (Preliminary Objections), Judgment of 1 April 2011.

138 Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras 71-78.

139 ICJ, CR 2010/11, 35-6.

restritiva”¹⁴⁰. No entanto, a Corte não aceitou as alegações da Geórgia sobre este ponto, optando por uma interpretação restritiva da cláusula compromissória na Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial.

Ainda que as tentativas do Cançado Trindade na CIJ de matizar a base voluntarista da jurisdição internacional tenham sido, em linhas gerais, malsucedidas, nota-se que, enquanto ele foi juiz na Haia, a CIJ finalmente reconheceu, ainda que sem o apoio unânime dos juízes¹⁴¹, a relação entre *erga omnes partes* e *locus standi in judicio*. Trata-se de posição sustentada pela primeira vez no caso *Hissène Habré* (2012)¹⁴² e reiterada em decisões subsequentes¹⁴³.

3.4 TERCEIRA TENTATIVA CONTRA-HEGEMÔNICA: EXPANDIR AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO *JUS COGENS*

Na visão do Cançado Trindade, as normas do *jus cogens* implicam um efeito fundamental: a aniquilação dos efeitos jurídicos de quaisquer atos em curso ou concluídos que sejam contrários a uma norma de *jus cogens*. Este efeito processualmente poderoso é geralmente limitado à nulidade de tratados, nos termos dos artigos 53 e 64 da CVDT. No entanto, muito tem sido dito sobre a necessidade de pensar *jus cogens* para além do direito dos tratados. Continuando seus esforços na CtIADH, foi precisamente isto que Cançado Trindade fez em várias das suas opiniões individuais na Haia, elaborando sobre esta potência processual do *jus cogens*.

Nas suas opiniões no caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha v Itália)*, Cançado Trindade utilizou o *jus cogens* em várias ocasiões. Em

140 ICJ, GR 2010/19, 24 September 2010, 3-4, reproduced in the Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para 74. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “The character of human rights treaties — in particular their non-synallagmatic character — provides a reason for the broad interpretation of compromissory clauses, and not for their narrow or restrictive interpretation”.

141 A juíza Xue tem insistido que o caráter *erga omnes partes* da obrigação alegadamente violada não é suficiente para garantir *locus standi in judicio*: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, Dissenting opinion of Judge Xue; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, Separate Opinion of Vice- President Xue; Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (The Gambia V. Myanmar), Judgment of 22 July 2022, Preliminary objections, Dissenting Opinion of Judge Xue.

142 Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, paras 67-70.

143 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, paras 41-42; Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (The Gambia V. Myanmar), Judgment of 22 July 2022, Preliminary objections, paras 106-114.

primeiro lugar, opôs-se ao fato de a Corte ter rejeitado o pedido reconvenicional italiano com base em considerações sucintas nos dois breves parágrafos 28 e 29 da Ordem relativa¹⁴⁴. Recordou, na sua dissensão, o potencial processual do *jus cogens*, que tinha de ter incidência sobre as renúncias de reclamações¹⁴⁵.

Na sua opinião dissidente sobre o mérito no caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado*, lamentou como o raciocínio altamente formalista da Corte, baseado na dicotomia procedimento/substância¹⁴⁶, resultou numa “desconstrução sem fundamento” do *jus cogens*, privando esse conceito dos seus efeitos e consequências legais¹⁴⁷. Diferente de seus pares, o brasileiro se voltou ao potencial processual das normas do *jus cogens* de forma mais geral. Defendeu que o direito de acesso à justiça não é apenas um corolário lógico da violação de uma regra de *jus cogens*, mas é na realidade uma regra de *jus cogens* em si¹⁴⁸. Aqui vemos uma tentativa de transpor a sua visão do acesso à justiça desenvolvida na jurisprudência da CtIADH para o contexto da CIJ.

Naturalmente, Cançado Trindade foi duramente criticado por essa postura. Marco Milanović escreveu:

o que, a meu ver, faz um grande juiz, em última análise, é principalmente a sua conexão com a Corte na qual atua. Não o número de referências a seu nome no *ICJ Reports*, não a “progressividade” intransigente de seus pontos de vista, mas a capacidade de pensar estrategicamente, persuadir colegas, construir coalizões e maiorias, produzir resultados e consequências tangíveis dentro da Corte e estabelecer bases sólidas para desenvolvimentos futuros, mesmo quando em minoria. Disso eu tenho certeza¹⁴⁹.

Podemos nos perguntar se esta posição lapidária sobre o que é uma boa postura judicial não está subestimando ou pelo menos limitando o espectro das possibilidades de reações contra-hegemônicas. Um juiz que não se compromete, mas quer dar voz a uma estrutura diametralmente diferente de argumentação jurídica não está em uma posição radical que precisa ser valorizada com o mesmo grau de intensidade?

144 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010, p. 310

145 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010, p. 329, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para 151-156.

146 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, paras 92-97.

147 Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para 296.

148 Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para 224.

149 MILANOVIC, 2012. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

4. CONCLUSÃO

Andrea Bianchi uma vez escreveu:

Poder-se-ia parafrasear Voltaire e dizer: “Se o Cançado não existisse, seria preciso inventá-lo”. Não tanto pelos ... membro[s] consolidados da área, mas para todos aqueles estudantes que se aventuram no estudo do direito internacional e querem acreditar na força redentora dos direitos humanos e da justiça universal para um mundo melhor.¹⁵⁰

As tonalidades do *jus cogens* nas opiniões individuais do Cançado Trindade nos dois contextos distintos nos quais atuou como juiz — a CtIADH e a CIJ — diferem diametralmente; da mesma forma, a “força redentora dos direitos humanos e da justiça universal para um mundo melhor” teve de se adaptar aos dois diferentes cenários. Em suma, a retórica cançadiana quanto ao *jus cogens* assumiu um tom *construtivo* na CtIADH, voltado a positivamente desenvolver o *jus cogens* para fins de proteção dos direitos humanos tendo a Corte de San José como fiel aliada nessa empreitada, e um tom *desconstrutivo* na CIJ, centrado num discurso contra-hegemônico e combativo voltado a oferecer valores e princípios alternativos ao reinante voluntarismo estatal que a Corte de Haia se vê incapaz de abandonar.

Os anos da CtIADH foram particulares: a jurisprudência ainda estava em um estado incipiente e a Corte estava operando durante e logo após o período de redemocratização da América Latina com um objetivo claro em mente: eliminar ou tornar inaplicáveis aqueles institutos normativos internos que impedem o acesso à justiça por graves violações de direitos humanos. Esse contexto específico foi essencial para o sucesso do projeto do Cançado Trindade de expansão do *jus cogens* em San José. Seu projeto era duplo: o brasileiro pretendia ancorar a legitimidade da voz da CtIADH nas ferramentas do direito internacional, ao mesmo tempo em que encontrava na verticalização inerente ao *jus cogens* um meio para a transformação do direito internacional, em especial por meio de sua incessante humanização via a desconstrução de elementos voluntaristas centrados na *raison d'Etat* e a expansão e consolidação dos direitos humanos e das instituições voltadas a sua proteção. Além destes efeitos sistêmicos, o Cançado Trindade desencadeou, de forma sincronizada, o desenvolvimento do *jus cogens* enquanto instituto jurídico, promovendo a sua universalidade particular e força hierárquica.

Na CIJ, inevitavelmente as estruturas mobilizadas são mais resistentes à dinâmica do *jus cogens*: a sua verticalização não é facilmente digerida pelo metabolismo voluntarista do direito internacional clássico e o projeto de humanização é menos audível em um contexto em que a pessoa humana esteve por muito tempo escondida atrás da tela da ficção *Mavrommatis*. O tom da

150 BIANCHI, 2012. Tradução livre pelos autores do original em inglês.

voz dissidente radicalizou-se. Cançado Trindade falava a voz da razão humana, desconstruindo a *raison d'Etat* vigente ao questionar antigas estruturas e dogmas e ao sugerir novos caminhos. O *jus cogens* traduziu esta tonalidade claramente contra-hegemônica. Desde a sua opinião no caso *Hissène Habré* (2012), ele havia operado uma honesta e fundamental virada para a ética¹⁵¹, e não apenas uma simples tentativa de “[esconder] seus compromissos éticos por trás do verniz da neutralidade técnico-jurídica”¹⁵². No entanto, em suas opiniões mais recentes, esta reviravolta se tornou mais aguda, pois o brasileiro precisava falar a verdadeira voz de sua consciência. De fato, depois de sete anos na CIJ e seis anos antes de seu falecimento, Cançado Trindade disse: “Eu me sinto em paz com a minha consciência”¹⁵³. Ele certamente tinha tentado pedir ao direito internacional que sentisse o mesmo.

REFERÊNCIAS

ABELLO-GALVIS, Ricardo. La Jerarquía Normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución Jurisprudencial del Jus Cogens (1993-2012). In: *Revista del Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, vol. 12, n. 12, pp. 357-376, 2012;

AUST, Helmut Philipp. Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission. In: TLADI, Dire (org.), **Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputations**, Brill, pp. 227–256, 2021;

BIANCHI, Andrea. On Certainty. In: *EJIL:Talk!*, 16 February 2012, <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/>.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. El nuevo reglamento de la Corte interamericana de derechos humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 1., n. 3, pp. 259-277, 2002;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*. In: *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por*

151 Obligation to Prosecute or Extradite, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para 182.

152 GRAG, 2022. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “[conceal] his ethical commitments behind the veneer of legal-technical neutrality”

153 Mashall Islands case. Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, para 311. Tradução livre pelos autores do original em inglês, que segue: “I feel in peace with my conscience”.

el Comité Jurídico Interamericano — 2008, Washington D.C., OAS General Secretariat, pp. 3-29, 2009;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 1., n. 9, pp. 29-44, 2009;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for Humankind: Towards A New Jus Gentium - General Course on Public International Law.** vol I 316 Recueil des Cours 9, Brill, 2010;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CANNIZZARO, Enzo. On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Present and Future of Jus Cogens*, Roma: Sapienza Editrice, Roma, pp.133-134, 2015;

CARROLL, William K. Crisis, Movements, Counter-Hegemony: in Search of the New. In: *Interface*, vol 2, n. 2, pp. 168-198, 2010;

CASSESE, Antonio. For an Enhanced Role of Jus Cogens. In: CASSESE, Antonio (org.), **Realizing Utopia: The Future of International Law.** Oxford: OUP, pp. 158-169, 2012;

CONTRERAS-GARDUNO, Diana; ALVAREZ-RIO, Ignacio. A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 1., n. 14, p. 113-132, 2014;

COX, Robert; SCHILTHUIS, Albert, Hegemony and Counterhegemony. In: RITZER, George. *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Globalization*, Londres: Blackwell Publishing, 2012.

DANILENKO, Gennady M. International Jus Cogens: Issues of Law-Making. In: *European Journal of International Law*, vol. 2, n. 1, 1991, pp. 42 – 65, 1991;

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, pp. 531 - 622, 2011;

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. In: *AJIL Unbound*, vol. 109, pp. 93-99, 2015;

GIANNINO, Domenico. Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity. In: *Transnational Legal Theory*, 10:1, 6-29, 2012;

GRAG, Ayan. In Memoriam: Judge A.A. Cançado Trindade's Legacy at the International Court of Justice, *Opinio Juris*, 7 June 2022, <http://opiniojuris.org/2022/06/07/in-memoriam-judge-a-a-cancado-trindades-legacy-at-the-international-court-of-justice/>;

HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism. In: *Revue québécoise de droit international*, pp. 57-97, 2011;

HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, Mikael Rask. Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European and African Human Rights Systems. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n. 1, pp. 136-160, 2018;

LIMA, Lucas Carlos; MAROTTI, Loris. An Unlikely Duo? Regionalism and Jus Cogens in International Law. In: *Goettingen Journal of International Law*, vol. 12, n. 1, 2022;

MAIA, Catherine. Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. In: HENNEBEL, Ludovic ; TIGROUDJA, Hélène (orgs.). **Le particularisme interaméricain des droits de l'homme**, Paris : Pedone, pp. 271-311, 2009 ;

MALLINDER, Louise. The End of Amnesty or Regional Overreach? Interpreting The Erosion of South America's Amnesty Laws. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, n. 3, pp. 645-680, 2016;

MILANOVIC, Marco. Judging Judges: A Statistical Exercise. In: *EJIL:Talk!*, 12 March 2012, <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/>.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: *EJIL*, vol. 19 n. 1, pp. 101-123, 2008;

ÖZSU, Umut. An anti-imperialist universalism? Jus Cogens and the politics of international law. In: KOSKENNIEMI, Martti, RECH, Walter, et FONSECA, Manuel Jiménez (orgs.), *International Law and Empire: Historical Explorations*, Oxford : OUP, pp. 295-314, 2016;

RIVIER, Raphaëlle. **Droit Impératif et Jurisdiction international**. Doutorado da Paris II Panthéon-Assas, 2001 ;

RUIZ FABRI, H el ene. Comment on Article 66. In: CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre (orgs.). **The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary**. Oxford: OUP, pp.1518-20, 2011;

RUIZ FABRI, H el ene. Enhancing the Rhetoric of Jus Cogens. In: *EJIL*, vol. 23, pp. 1049-1058, 2012;

RUIZ FABRI, H el ene; STOPPIONI, Edoardo. Jus Cogens before International Courts: The Mega-Political Side of the Story. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 84, n. 4, pp. 153-173, 2021;

STOPPIONI, Edoardo. National Contestations of the Legal Reasoning of International Courts and Tribunals: A Gramscian Discourse Analysis Approach. In: *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, n. 2, pp. 178-202, 2012;

TAMS, Christian J. All's Well That Ends Well: Comments on the ILCs Articles on State Responsibility. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, pp. 759-808, 2002;

UNGER, Roberto. **The Left Alternative**. Londres: Verso 2009.

VON VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law. In: *AJIL*, pp. 571-574, 1937;

