

CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS IMPERATIVOS: REAVIVAR O DIÁLOGO ENTRE OS TRIBUNAIS INTERNACIONAL E REGIONAIS*

.....

Catherine Maia

Professora da Universidade Lusófona do Porto (Portugal)

Visiting Professor da Sciences Po Paris (França).

RESUMO

Da análise da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça e dos tribunais regionais dos direitos humanos europeu, interamericano e africano sob o prisma da consagração da noção de *jus cogens*, surge um diálogo amplamente moribundo entre os juizes. Uma consagração prudente e totalmente autocentrada pelo juiz internacional opõe-se a uma consagração contrastada e amplamente autocentrada pelos juizes regionais.

Palavras-chave

Jus cogens; normas imperativas; direitos humanos, Tribunal Internacional de Justiça; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos; Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

From the analysis of the jurisprudence of the International Court of Justice and of the European, Inter-American and African regional human rights courts under the prism of the consecration of the notion of *jus cogens*, a largely moribund dialogue between the judges emerges. A cautious and totally self-contained consecration by the international judge is contrasting with a heterogeneous and tendentially self-contained consecration by the regional judges.

Keywords

Jus cogens; peremptory norms; human rights; International Court of Justice; European Court of Human Rights; African Court on Human

and Peoples' Rights; Inter-American Court of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

De origem longínqua, a noção de *jus cogens* ou de norma imperativa foi consagrada em direito positivo em 1969, no termo dos trabalhos da Comissão do Direito Internacional (CDI), com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT). Instrumento de codificação no domínio dos tratados entre Estados, a CVDT dedica várias disposições ao *jus cogens*, entre as quais as duas disposições centrais, os artigos 53 e 64, fornecem uma definição geral focada na sua função.

Destas disposições resulta que uma norma imperativa difere de uma norma ordinária ou dispositiva em certas características: trata-se, em primeiro lugar, de uma norma que não admite qualquer derrogação sob pena de nulidade absoluta; trata-se, em segundo lugar, de uma norma de direito positivo, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, que pode ser alterada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma índole.

Porém, destas disposições não resulta um critério de identificação que permita materializar tais normas com um grau de precisão suficiente. Se não era esse o mandato da CDI, uma definição tão geral equivalia a prever uma sanção para uma infração imprecisamente determinada e geria um sentimento de insegurança jurídica junto dos destinatários dessas normas que são os Estados.

Na ausência de uma definição mais precisa, foram apresentados vários exemplos tanto no âmbito da CDI como durante a Conferência de Viena (1968-1969). Tratando-se de normas

que se assemelham a normas constitucionais no sentido material, baseadas na exigência de prevalência dos interesses coletivos da comunidade internacional sobre os interesses individuais dos Estados, rapidamente se tornou evidente que esta noção abrangia diversos direitos humanos, devido à sua importância essencial. Todavia, os redatores da CVDT consideraram preferível deixar de lado a elaboração de uma lista de exemplos para evitar o congelamento de uma noção afigurando-se inerentemente evolutiva, e esperar que o conteúdo destas normas fosse divulgado pela prática dos Estados e dos tribunais internacionais.

No plano da prática estatal, os Estados pouco participaram na divulgação do *jus cogens*. Tanto antes como depois de 1969, é com parcimônia que qualificam como imperativas as normas que aplicam. No plano da prática jurisprudencial, sem pretender à exaustividade, os resultados de uma investigação empírica demonstram que certos direitos humanos foram reconhecidos como imperativos tanto pela jurisdição internacional como pelas jurisdições regionais. Estas jurisdições, formalmente independentes entre si, não iniciaram, nesta matéria, uma real dinâmica de diálogo através de referências cruzadas às suas decisões que poderiam ter contribuído para consolidar a consagração do *jus cogens* ou fornecer precisões quanto à sua substância, seu alcance ou seus efeitos.

Embora a CVDT tenha designado o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) como a jurisdição competente para qualquer litígio relativo à aplicação ou à interpretação do *jus cogens* em razão da autoridade da sua jurisprudência sobre o desenvolvimento do direito internacional, não houve uma centralização da identificação das normas imperativas pelo juiz internacional, que permanece cauteloso e totalmente autocentrado (I). Pelo contrário, houve um movimento de descentralização no qual se inscreveram os juízes regionais, que trabalharam de forma contrastada e amplamente autocentrada na materialização das normas imperativas (II).

2. UMA CAUTELOSA E TOTALMENTE AUTOCENTRADA CONSAGRAÇÃO DO *JUS COGENS* PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Na Conferência de Viena, os debates em torno do reconhecimento do *jus cogens* revelaram rapidamente a necessidade de uma

determinação objetiva do seu conteúdo por parte do juiz internacional, levando diversos Estados a condicionar a sua aceitação da CVDT ao estabelecimento de uma ligação entre esta noção e o TIJ.

Colocar o TIJ no centro do mecanismo de garantia das normas imperativas apresenta várias vantagens. Estabelecido pela Carta das Nações Unidas, é o “principal órgão judiciário” da ONU. Contrariamente às jurisdições especializadas de outras organizações internacionais cujo campo operatório é limitado pelo seu ato constitutivo, o TIJ é o único tribunal que combina uma competência universal, uma vez que todos os membros das Nações Unidas são partes no seu Estatuto anexo à Carta, e uma competência geral, uma vez que é levado a tomar decisões vinculativas e definitivas para as partes que podem dizer respeito a “qualquer questão de direito internacional”. Apesar desta posição privilegiada na ordem jurídica internacional, o TIJ tem sido lento a consagrar o *jus cogens*. Seguindo uma estratégia geral de contornamento (1), as suas posições tardias e limitadas sobre esta matéria foram realizadas no termo de um monólogo (2).

2.1. Uma estratégia geral de contornamento

Devido a um sistema de jurisdição facultativa baseado no consensualismo, que ordena não desagradar ou assustar os Estados com uma noção que pode aparecer demasiado revolucionária, o TIJ implementou uma estratégia geral de contornamento. Tal estratégia conservadora, que ressalta nitidamente da sua jurisprudência, visa evitar qualquer tomada de posição explícita sobre a natureza das normas aplicadas, o que se manifesta de diversas formas.

Em primeiro lugar, o TIJ retransmite a voz de outros atores sem decidir ele próprio a questão do *jus cogens*. Assim, aquando da sua primeira evocação direta do direito imperativo no acórdão de 1986 relativo às *Atividades militares e paramilitares na Nicarágua*, o TIJ salienta que os Estados designam frequentemente a proibição do uso da força como um “princípio fundamental ou essencial”, ele cita uma passagem dos trabalhos da CDI qualificando esta proibição como um “exemplo notável” de norma imperativa, e observa que as partes no diferendo admitem esta natureza imperativa sem, no entanto, retomar este qualificativo por sua conta.

Em segundo lugar, o TIJ refere-se apenas ao *jus cogens* quando esta questão não tem qualquer incidência sobre o caso. Neste sentido, no acórdão *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, o TIJ declara: “Nenhuma das Partes alegou que tivessem nascido normas imperativas do direito ambiental desde a conclusão do tratado [litigioso] e, portanto, o Tribunal não terá de considerar o alcance do artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”. É, aqui, com toda a serenidade que o TIJ faz esta alusão, sendo a validade do tratado em causa à luz do *jus cogens* afastada no caso em apreço. Do mesmo modo, no seu parecer consultivo de 2010 sobre a *Declaração de independência do Kosovo*, o TIJ recorda a condenação pelo Conselho de Segurança de certas declarações de independência, explicitando simultaneamente que a sua ilicitude decorria do facto de “serem ou terem sido acompanhadas por um recurso ilícito à força ou por outras violações graves de normas de direito internacional geral, em especial de natureza imperativa (*jus cogens*)”. Todavia, este reconhecimento da existência do *jus cogens* é tanto mais inofensivo quanto não é complementado pela identificação de uma norma específica.

O TIJ ainda se esquia à dificuldade da materialização das normas imperativas fazendo uma interpretação restritiva das questões levantadas nos casos que lhe são submetidos. O seu parecer consultivo de 1996 sobre a *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares* é sintomático desta autolimitação. Neste caso, o TIJ reconhece como “cardeais” e “intransgressíveis” certos princípios do direito internacional humanitário – a saber, a proteção da população e dos bens civis e a proibição do uso de armas que causam danos supérfluos ou sofrimento desnecessário. Contudo, o TIJ consagra um parágrafo inteiro para justificar a sua recusa em pronunciar-se sobre a natureza imperativa das regras do direito humanitário, indo esta questão além do pedido de parecer formulado.

Por último, o TIJ evita pronunciar a expressão tabu *jus cogens*, preferindo noções edulcoradas à noção original. Neste sentido, é frequente que o TIJ permaneça à beira da imperatividade, enfatizando a natureza fundamental, cardinal, intransgressível ou *erga omnes* de certas normas ou obrigações.

Esta prática é antiga e remonta muito antes da consagração do *jus cogens* em direito positivo. Assim, desde o seu primeiro acórdão de 1949, *Estreito de Corfu*, o TIJ afirma a existência de “considerações elementares de humanidade, mais absolutas ainda em tempo de paz do que em tempo de guerra”, admitindo assim a natureza absoluta de certos princípios gerais de direito humanitário. Esta valorização normativa encontra-se novamente no parecer consultivo de 1951 sobre as *Reservas à Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, em que o TIJ insiste no “objetivo puramente humano e civilizador” da convenção em causa, proclamando que: “[n]ão se pode sequer conceber uma convenção que ofereceria a um maior grau este duplo carácter, uma vez que visa, por um lado, salvaguardar a própria existência de certos grupos humanos, por outro lado, confirmar e sancionar os princípios morais mais elementares”.

Além disso, o ano seguinte à adoção da CVDI ficou marcado pelo reconhecimento do conceito de obrigações *erga omnes*, que mantém uma estreita conexão com o *jus cogens*. No seu acórdão *Barcelona Traction*, o TIJ afirma que devem ser distinguidas as obrigações bilaterais e as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional. Devido à “importância dos direitos em causa” as obrigações geradas são *erga omnes*, ou seja, “todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico na proteção desses direitos”, ilustrando o seu propósito com exemplos de normas geralmente consideradas imperativas, a saber: “a proibição dos atos de agressão e do genocídio, mas também princípios e regras relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção contra a prática da escravatura e a discriminação racial”.

A consagração da existência de obrigações *erga omnes* não permanecerá isolada. Posteriormente, será nomeadamente reiterada: no acórdão de 1995 sobre *Timor-Leste* quanto ao direito dos povos a disporem de si próprios; no acórdão de 1996 sobre a *Aplicação da Convenção sobre o genocídio* quanto à proibição do genocídio; ou ainda no parecer consultivo de 2004 sobre o *Muro no território palestino ocupado* quanto à autodeterminação dos povos e às obrigações decorrentes do direito internacional humanitário.

2.2. Tomadas de posição tardias e limitadas

O TIJ não só evita pronunciar-se acerca da questão do *jus cogens*, como também se pronunciou tardiamente.

Para além da relutância tenaz do TIJ, esta demora deve-se provavelmente também ao facto de os Estados, em razão das incertezas quanto à substância e aos efeitos do *jus cogens*, se terem absterido de o solicitar a respeito da aplicação e interpretação dos artigos 53 ou 64 da CVDT. Tanto quanto sabemos, antes ou depois de 1969, nenhum tratado foi anulado com base na sua violação de uma norma imperativa.

Apesar de o TIJ não ter ficado calado sobre o assunto, foi essencialmente fora da esfera convencional que consagrou a noção. No entanto, as suas tomadas de posição permanecem limitadas uma vez que, até à data, apenas duas normas foram admitidas como imperativas.

Foi apenas em 2006 que o TIJ reconheceu uma norma imperativa pela primeira vez no seu acórdão concernente a *Atividades armadas no território do Congo*. Neste caso, a República Democrática do Congo (RDC) tinha interposto um recurso contra o Ruanda em razão de violações maciças e graves dos direitos humanos e do direito internacional humanitário resultantes de atos de agressão armada perpetrados pelo Ruanda em território congolês. Neste caso, o consenso dos Estados quanto à qualificação imperativa da proibição do genocídio facilitou certamente a sua consagração pelo juiz internacional. Por um lado, a RDC salientava “o reconhecimento do carácter de *jus cogens* à proibição do genocídio na doutrina e jurisprudência recentes”, por outro lado, o Ruanda admitia que “as normas codificadas pelas disposições de fundo da Convenção sobre o genocídio [têm] o estatuto de *jus cogens* e criam direitos e obrigações *erga omnes*”. Por conseguinte, é sem risco de contestação que o TIJ faz sua esta qualificação.

Embora se pudesse esperar que esta primeira consagração fosse acompanhada de certos desenvolvimentos, o TIJ procede por mera afirmação. A natureza imperativa parece impor-se por si só como uma evidência, pois tal é “certamente o caso da proibição do genocídio”, o que dispensa qualquer demonstração. Do mesmo modo, embora, para reforçar a sua tomada de posição, se pudesse esperar referências

a outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, especialmente ao Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR), o TIJ procede num total isolacionismo.

Se se considerar que o principal objetivo da motivação das decisões judiciais é persuadir os seus destinatários, a saber os Estados, dificilmente se pode dizer que seja convincente neste caso. Contudo, é da mesma forma que o TIJ reafirmará a imperatividade da proibição do genocídio em 2007, quando reitera que “a norma que proíbe o genocídio constitu[i] seguramente uma norma imperativa do direito internacional (*jus cogens*)” e, novamente em 2015, quando recorda que “a proibição do genocídio revest[e] o carácter de uma norma imperativa (*jus cogens*)”.

Para além da interdição do genocídio, a proibição da tortura é uma segunda norma qualificada como imperativa pelo TIJ no seu acórdão de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar*. Desta vez, se a consagração do *jus cogens* é acompanhada de desenvolvimentos visando a demonstrar a prática geral e a convicção dos Estados quanto ao carácter fundamental de uma tal norma, novamente, não é feita qualquer referência a outras decisões judiciais ou quase-judiciais, especialmente ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (TPIJ).

É interessante observar que esta moderação do TIJ contrasta fortemente com a ousadia dos juízes. Estes últimos, tanto nas suas declarações como nas suas opiniões individuais e, sobretudo, dissidentes, não hesitam em tomar posição sobre a índole imperativa das regras pertinentes para os casos julgados. Quer se trate, *inter alia*, do juiz Fernandes no acórdão *Direito de passagem no território indiano* de 1960, asseverando a existência de “regras de *jus cogens* que não podem ser derogadas por uma prática particular”, do juiz Tanaka no acórdão *Sudoeste africano* de 1966, defendendo que “não há dúvida de que o direito relativo à proteção dos direitos humanos pode ser considerado como fazendo parte do *jus cogens*”, do juiz Bedjaoui no parecer consultivo sobre a *Licitude do uso de armas nucleares* de 1996, salientando a transformação da fisionomia da sociedade internacional contemporânea onde as regras de *jus cogens* contribuem para uma conceção mais objetiva do direito internacional, dos juízes Simma e Elaraby, respetivamente no acórdão das *Plataformas petrolíferas* de 2003 e no parecer consultivo sobre o *Muro no território*

palestino ocupado, lamentando que o TIJ não tenha qualificado de imperativa a proibição do uso da força armada, ou dos juízes Robinson e Cançado Trindade no parecer consultivo sobre o *Arquipélago de Chagos* de 2019, deplorando que o TIJ não tenha reconhecido a imperatividade do direito dos povos à autodeterminação, a noção de *jus cogens* sempre esteve presente na mente dos juízes.

O juiz Cançado Trindade, em particular, depois de ter impulsionado uma dinâmica ao *jus cogens* enquanto juiz e presidente do Tribunal Interamericano, prossegue essa dinâmica desde 2009 no TIJ, onde continua a desenvolver e defender a noção nas suas opiniões, nas quais cita as decisões de outros órgãos, seja o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (Tribunal IDH), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tribunal EDH), a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão ADHP), ou ainda o Comité dos Direitos Humanos.

É certo que as posições dos juízes não têm vocação a refletir a posição oficial do TIJ, cuja jurisprudência apresenta um balanço extremamente modesto em matéria de consagração do *jus cogens*, pois não contribuiu para uma determinação mais precisa da sua substância ou efeitos, nem foi ocasião para reenvios a outros órgãos. No entanto, a frequência das referências entre os juízes augura a possibilidade, no futuro, de desenvolvimentos mais audaciosos, que tirariam o TIJ do seu isolamento.

3. UMA CONTRASTADA E AMPLAMENTE AUTOCENTRADA CONSAGRAÇÃO DO *JUS COGENS* PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS

Os Tribunais Europeu, Interamericano e Africano são jurisdições autônomas criadas no âmbito de uma organização regional, cujo objetivo é assegurar o cumprimento das respetivas convenções dos direitos humanos e determinar, nos processos que lhes são submetidos, de forma subsidiária aos tribunais nacionais, se um Estado é responsável por violações dos direitos consagrados regionalmente e, em caso afirmativo, ordenar uma reparação.

Apesar de dissemelhanças ligadas à sua origem e evolução histórica, os sistemas de proteção dos direitos humanos europeu,

interamericano e africano estão relativamente próximos pelos textos que os tribunais regionais são chamados a proteger e pelas garantias previstas.

Intercâmbios informais, tais como encontros ou visitas, deram origem ao que tem sido chamado um processo de fertilização cruzada ou recíproca, particularmente entre os Tribunais Europeu e Interamericano, devido à sua maior antiguidade e à inspiração que a jurisdição interamericana tem tradicionalmente encontrado na seu homóloga europeia.

Em matéria de *jus cogens*, no entanto, os tribunais regionais distinguem-se por jurisprudências contrastadas, que vão da cautela para os juízes africano e europeu (1) ao dinamismo para o juiz interamericano (2). Embora este contraste deva a sua razão de ser, em parte, aos casos que lhes são apresentados, é também inegável que estes tribunais regionais desenvolveram, ao sabor de um diálogo largamente moribundo, uma política judiciária mais ou menos ativa.

3.1. A cautela dos juízes africano e europeu

Dos três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o sistema africano é aquele cuja jurisprudência é a mais recente e a menos desenvolvida.

O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (Tribunal ADHP) foi criado pelo Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta ADHP) que estabelece um Tribunal Africano, adotado em 1998 pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana e entrado em vigor em 2004. Nos termos do Protocolo, o Tribunal ADHP pode pronunciar-se sobre as petições que lhe são apresentadas quer pela Comissão ADHP, quer pelos Estados Partes no Protocolo, quer por organizações intergovernamentais africanas, quer ainda por organizações não governamentais gozando do estatuto de observador junto da Comissão ADHP e indivíduos nacionais de Estados tendo emitido uma declaração especial de aceitação da competência do Tribunal ADHP para o efeito.

Até à data, nenhum caso deu lugar a uma consagração explícita de normas imperativas pelo Tribunal ADHP. E é de temer que a retirada, em 2020, da declaração de acesso direto à jurisdição

regional às organizações não governamentais e aos indivíduos por parte do Benim e da Costa do Marfim não vá no sentido de incentivar o Tribunal ADHP a tomar posições audaciosas nesta matéria, podendo o *jus cogens* ser visto como atentatório às soberanias estatais.

Existem, não obstante, alguns elementos do lado da Comissão ADHP que atestam que a noção não é desconhecida do sistema africano.

Em primeiro lugar, é de notar que, ao contrário dos principais tratados de proteção dos direitos humanos (a nível europeu, americano e internacional com o Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966), a Convenção ADHP não contém nenhuma “cláusula de derrogação” permitindo a suspensão de certos direitos para enfrentar uma situação de emergência nacional ou de circunstâncias excecionais. Longe de ser um descuido no momento da redação, o objetivo é afirmar o respeito pelos direitos humanos não só em tempo de paz, mas também em tempo de crise, frequente no continente africano. Esta singularidade é objeto de uma aplicação estrita por parte da Comissão ADHP, cuja jurisprudência recorda regularmente que a Carta ADHP, no seu conjunto, permanece em vigor independentemente das circunstâncias.

No entanto, nem todos os direitos da Carta ADHP são absolutos, pois alguns contêm cláusulas limitativas que permitem restrições justificadas por considerações de ordem pública. Nesse sentido, em 1999, a Comissão ADHP afirmou no caso *Amnesty International and others c. Sudão* a existência de “direitos ditos intangíveis ou aos quais não se pode derogar”. Se a Comissão ADHP não especifica quais são os direitos em causa, a intangibilidade e a inderrogabilidade aproximam-nos da imperatividade.

Em 2001, a Comissão ADHP considerou igualmente que algumas das garantias relativas ao direito de qualquer pessoa a que a sua causa seja ouvida revestem um caráter inderrogável, enquanto proteção mínima dos cidadãos sujeitos a regimes militares antidemocráticos. Uma vez mais, a terminologia está perto da noção de *jus cogens*.

Em outros casos, a Comissão ADHP faz uma consagração mais explícita. Assim, em 2006, no caso *Open Society Justice Initiative c. Costa do Marfim*, em que o queixoso alegava uma violação da igualdade perante a lei e da

igual proteção da lei, a Comissão ADHP remete para a jurisprudência do Tribunal IDH a fim de admitir, com ele, a natureza imperativa dos direitos em causa: “A Comissão identifica uma interconexão intrínseca entre a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, por um lado, e o direito ao gozo sem discriminação dos direitos garantidos pela Carta, por outro lado. Não é uma interdependência específica à Carta africana. Notavelmente, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos fusiona estas três prerrogativas jurídicas e trata-as como um princípio único. No seu parecer jurídico OC-18 de 17 de setembro de 2003, o Tribunal conclui que ‘o princípio da igualdade perante a lei, da igual proteção da lei e da não discriminação é uma norma de *jus cogens*, porque toda a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional se baseia neste princípio que transcende qualquer norma’”.

A consagração do *jus cogens* permanece, contudo, laboriosa. Em 2011, no caso *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Egipto*, a Comissão ADHP limita-se a afirmar que os queixosos argumentam que a proibição da tortura é uma norma imperativa. Apesar de a Comissão dispor de vários precedentes que conhece, já que se encontram citados em nota de rodapé, esta não retoma o qualificativo por conta própria.

Em 2015, não é pela via jurisprudencial, mas pela via da sua Observação Geral nº 3, que a Comissão ADHP reconhece como norma imperativa “universalmente vinculativa em todo tempo” o direito de não ser arbitrariamente privado da sua vida, consoante uma visão ampla e semelhante à do Tribunal IDH, sem, todavia, que esta seja mencionada.

O balanço do sistema africano no que diz respeito à consagração do *jus cogens* é, portanto, bastante escasso. Isto poderia ser visto como o resultado de instituições ainda jovens. Ora, chega-se à mesma constatação para o sistema europeu mais antigo.

Instituído em 1959, o Tribunal EDH é uma jurisdição regional competente para se pronunciar sobre queixas individuais ou interestatais alegando violações dos direitos enunciados na Convenção EDH de 1950 e seus Protocolos adotados sob a égide do Conselho da Europa agrupando 47 Estados membros. Em mais de 60 anos de existência, o Tribunal EDH proferiu vários milhares de acórdãos. Ora, a

expressão “*jus cogens*” não aparece em nenhum parecer consultivo e apenas em 36 acórdãos, a maior parte das vezes nas opiniões dos juízes, através da citação dos argumentos das partes ou de acórdãos anteriores, o que torna a consagração da noção na jurisprudência europeia muito ténue, para além de tardia.

A primeira referência ao *jus cogens* surgiu em 1971, ou seja, dois anos após a sua consagração pela CVDT, mas unicamente sob a caneta de um juiz na sua opinião separada e de forma inócua. A partir de 2001, encontrar-se-á a expressão sob a caneta de outros juízes, sem, contudo, a identificação de uma norma específica.

Estas tomadas de posição favoreceram certamente o reconhecimento do *jus cogens* pelo próprio Tribunal EDH em 2001. Foi, efetivamente, naquele ano que admitiu, no acórdão *Al-Adsani c. Reino Unido*, que a proibição da tortura é uma norma imperativa. Anteriormente, tal qualificação já tinha sido operada em dois casos aos quais se refere: em 1998, no acórdão *Furundžija* prolatado pelo TPIJ, primeira jurisdição a ter-se apoderado do poder de identificar normas de *jus cogens*, mas também em 1999, no acórdão *Pinochet* proferido pela Câmara dos Lordes britânica. É “com base nestes precedentes jurisprudenciais” que o Tribunal EDH reconheceu que “a proibição da tortura tornou-se uma regra imperativa”.

A imperatividade da proibição da tortura será, mais tarde, confirmada. No entanto, a obra de materialização do *jus cogens* mantém-se modesta. Com efeito, embora o reconhecimento da noção já não esteja em dúvida na jurisprudência europeia, são poucas as normas qualificadas como imperativas, com o subsequente reconhecimento da interdição do genocídio em 2007 e do princípio da legalidade no direito penal em 2012.

Ademais, sem dúvida em razão da sua antiguidade, que lhe permitiu dotar-se de um património de precedentes próprios, as referências extra-sistémicas continuam a ser ocasionais e, quando existem, destinam-se a consolidar uma visão restritiva da noção. Por exemplo, no acórdão de 2016 *Naït-Liman c. Suíça*, o Tribunal EDH cita os acórdãos do TIJ de 2006 e 2012, reconhecendo a imperatividade respetivamente da proibição do genocídio e da tortura, para seguir um raciocínio segundo o qual as normas substanciais e as normas

processuais não estão no mesmo plano, pelo que as primeiras (mesmo imperativas) não entram em conflito com as segundas (entre as quais consta a imunidade estatal).

A inibição do Tribunal EDH contrasta com a audácia demonstrada na jurisprudência recente não só por alguns juízes nas suas opiniões, especialmente o juiz português Pinto de Albuquerque, mas também pelas partes ou intervenientes terceiros, que mais facilmente utilizam o *jus cogens* a fim de aceitar ou rejeitar esta qualificação para com determinadas normas.

Na realidade, o contingente muito restrito de acórdãos do Tribunal EDH citando referências de outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, e especialmente da seu colega interamericana, segue, em matéria de *jus cogens*, a tendência geral. Durante muito tempo, a relação entre estes dois tribunais foi em sentido único, com apenas o Tribunal IDH a citar extensivamente o Tribunal EDH. A partir dos anos 2000, as citações tornaram-se recíprocas: por um lado, sob o efeito do alargamento do Conselho da Europa a novas democracias conhecendo graves violações e levando a um aumento dos recursos, o Tribunal EDH começou a referir-se ao Tribunal IDH, que dispõem de uma jurisprudência avançada em matéria de violações maciças; por outro lado, o Tribunal IDH, confrontado ao longo do tempo com democracias melhor estabelecidas onde são cometidas violações mais pontuais, continua a referir-se ao Tribunal EDH, cuja jurisprudência é mais antiga. No entanto, o Tribunal EDH permanece fundamentalmente um “tribunal no qual o *looking down* – às soluções e práticas dos Estados membros – prevalece sobre o *looking up* – à dimensão internacional da proteção dos direitos”. Contrariamente aos seus homólogos regionais, que podem interpretar qualquer instrumento de direitos humanos aplicável na região, o Tribunal EDH tende a elaborar uma ordem jurisprudencial autónoma, cultivando uma perspetiva predominantemente regionalista baseada nos textos europeus e privilegiando conceções jurídicas desenvolvidas pelos tribunais dos Estados membros.

3.2. O dinamismo do juiz interamericano

O Tribunal IDH, por seu lado, destaca-se nitidamente, tanto do TIJ como dos seus homólogos regionais, por uma jurisprudência resolutamente ousada.

Considerando-se como o “relé regional do universal”, ela fez, desde o início e ainda hoje, referências regulares a fontes extra-sistêmicas, citando amplamente o Tribunal EDH, mas também outros órgãos judiciais ou quase-judiciais, como o TIJ ou o Comité dos Direitos Humanos, e até a jurisprudência de tribunais constitucionais ou supremos dos Estados membros e mesmo de Estados terceiros. Trata-se, para o Tribunal IDH, não só de optar sempre pela interpretação mais favorável aos indivíduos, mas igualmente de convencer os Estados e reforçar a sua autoridade no continente.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi, de facto, lento a ser estabelecido. Foi prevista uma garantia judiciária na Convenção Americana dos Direitos do Homem (Convenção ADH) em 1969. Todavia, o Tribunal IDH só foi criado em 1978, sem permitir um acesso direto aos indivíduos, os quais devem enviar as suas queixas à Comissão ADH. Apenas 24 dos 35 Estados da OEA ratificaram a Convenção ADH e apenas 21 aceitaram a competência do Tribunal IDH, englobando – com a exceção notável do norte do continente (Estados Unidos e Canadá) – países da América Latina que apresentam uma homogeneidade cultural e uma analogia no seu desenvolvimento democrático, marcado por processos de transição nos anos 1990.

Estas difíceis premissas explicam, em parte, por que razão o Tribunal IDH se mostra audacioso. Com menos casos do que o seu homólogo europeu, mas lidando com violações graves e sistemáticas, aproveita todas as oportunidades para recordar aos Estados os seus compromissos na área da proteção dos direitos humanos. Nesta ótica, o recurso ao *jus cogens* pode ser encarado como o desejo do juiz interamericano de lutar contra a impunidade e de enraizar no continente uma cultura democrática respeitadora dos direitos humanos.

Assim, desde o início dos anos 2000, o Tribunal IDH, que habitualmente se refere à jurisprudência do Tribunal EDH, tem vindo a fazer menos referências quando estão em causa normas imperativas. Isso, por uma boa razão. Pois, a partir dessa época, os reconhecimentos de direitos humanos imperativos aumentaram na jurisprudência do Tribunal IDH, ao ponto de ser reconhecido como a jurisdição que mais consagrou normas imperativas e que mais

tem feito para consolidar esta noção no direito internacional.

Indireta e diretamente, no âmbito das suas funções contenciosa e consultiva, o Tribunal IAH consagrou diversas normas imperativas em vários casos, alguns dos quais podem ser citados aqui entre os mais significativos da sua jurisprudência.

Em primeiro lugar, as referências indiretas são frequentes, o Tribunal IDH citando os argumentos dos requerentes, testemunhas ou peritos, sem tomar posição, ou contentando-se com uma alusão ao *jus cogens* quando enfatiza o caráter inderrogável ou fundamental de certos direitos.

No seu parecer consultivo de 1997 *Informes de la Comisión Interamericana*, o Tribunal IDH afirma que o TIJ anunciou o advento do *jus cogens* ao reconhecer que princípios humanitários se impõem aos Estados, independentemente das suas obrigações convencionais no seu parecer de 1951 sobre as *Reservas à Convenção sobre o genocídio*.

No seu acórdão de 1999 “*Niños de la calle*” *c. Guatemala*, o Tribunal IDH cita amplamente a Comissão, que qualificou o direito à vida de norma imperativa. Sem retomar esta qualificação, o Tribunal IDH insiste na importância fundamental deste direito, sem o qual são impossíveis o gozo e exercício dos outros direitos humanos.

No acórdão *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador* de 2004, o Tribunal IDH cita, entre os argumentos apresentados pelos representantes das vítimas, o facto de os desaparecimentos forçados violarem direitos fundamentais inderrogáveis, constituírem uma afronta à humanidade e serem contrários ao *jus cogens*.

Em seguida, as referências diretas são igualmente abundantes, e são frequentemente reiteradas na linha de uma jurisprudência constante.

Assim, no acórdão *Aloeboetoe y otros c. Suriname* de 1993, em que estava em causa um acordo do século XVIII organizando práticas escravagistas, o Tribunal IDH observa que, mesmo que tal acordo, celebrado entre uma tribo e um Estado, pudesse ser qualificado de tratado internacional, seria hoje nulo, porque contrário ao *jus cogens superveniens*, reconhecendo implicitamente como imperativa a proibição da escravidão.

No acórdão *Maritza Urrutia c. Guatemala* de 2003, o Tribunal IDH indica que todas as formas de tortura, tanto físicas como psicológicas, são estritamente proibidas. Esta proibição é absoluta e “inderrogável” na aceção do artigo 27(2) da Convenção ADH, ou seja, não pode ser suspensa mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como a guerra, a luta contra o terrorismo, o estado de sítio ou de emergência ou outras calamidades nacionais. Além disso, esta proibição pertence hoje ao domínio do *jus cogens*, uma afirmação feita surpreendentemente sem referência ao acórdão *Al-Adsani* do Tribunal EDH proferido dois anos antes.

Desde então, a lista dos direitos humanos imperativos continuará a enriquecer-se, acompanhando-se de precisões quanto aos seus efeitos, com o reconhecimento da imperatividade das seguintes normas: a interdição das execuções extrajudiciais; a proibição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, sendo tais atos atentatórios à integridade das pessoas; a proscrição dos desaparecimentos forçados ligada ao dever de investigar e punir os responsáveis e ao direito de acesso à justiça para as vítimas e suas famílias com vista a impedir que um sistema de impunidade perdure num contexto de violações maciças; os princípios da igualdade perante a lei e da não discriminação decorrendo diretamente da unidade do género humano e inseparáveis da dignidade da pessoa, a proibição de cometer crimes contra a humanidade impondo ao Estado os deveres de prevenir e sancionar tais violações.

O Tribunal IDH alargou assim progressivamente o campo material do *jus cogens*, principalmente sob o impulso do juiz Cançado Trindade, cujas convicções jusnaturalistas acabaram por conquistar a maioria dos juizes.

Mas o ímpeto dado pelo do juiz brasileiro não se extinguiu após a sua partida para o TIJ em 2009. Pelo contrário, a obra de consagração do *jus cogens* prosseguiu, menos com o reconhecimento de novos direitos do que com a consolidação do leque de direitos já identificados, remetendo menos para referências extra-sistémicas do que para referências principalmente intra-sistémicas.

Desde então, é referindo-se essencialmente à sua própria jurisprudência que o Tribunal IDH tem reiterado incansavelmente que o estatuto de normas imperativas foi alcançado pelas seguintes normas: a proscrição da tortura que é absoluta, a interdição dos desaparecimentos

forçados, a proibição da escravatura como crime imprescritível implicando para o Estado a obrigação de investigar e estabelecer as responsabilidades individuais, incluindo a escravatura sexual; o princípio da igualdade derivado da unidade da natureza do género humano e inseparável da dignidade da pessoa; o princípio da não repulsão cuja ancoragem no *jus cogens* foi admitida pelos Estados do continente na Declaração e Plano de Ação do Brasil de 2014; a proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; ou o direito à integridade pessoal.

O Tribunal IDH exhibe assim uma jurisprudência exuberante com referências às normas imperativas tanto frequentes quanto diversificadas. Ao longo do tempo, consolidou a consciencialização da importância da noção, desenvolvendo simultaneamente os seus efeitos. Mas esta consolidação, devido ao singular dinamismo do juiz interamericano no domínio do *jus cogens*, é marcada por um desfazamento em relação às outras jurisdições que tende a menos citar, uma prática que lhe é familiar noutras áreas, para se referir principalmente à sua própria jurisprudência e cultivar esta especificidade regional.

4. CONCLUSÃO

A análise comparativa da jurisprudência dos tribunais mundial e regionais revela uma obra de divulgação do *jus cogens* simultaneamente modesta e contrastada. Embora o Tribunal ADHP ainda não tenha tido casos que lhe permitissem tomar posição, tanto o TIJ como o Tribunal EDH apresentam uma moderação que contrasta fortemente com o vanguardismo do Tribunal IDH.

Além disso, a consagração jurisprudencial do *jus cogens* faz-se essencialmente numa base isolacionista. Raramente as jurisdições internacional e regionais se citam mutuamente, mesmo nos casos de convergência quanto ao reconhecimento de certos direitos imperativos.

Ora, mais do que qualquer outra norma ou categoria de normas com contornos bem definidos, as incertezas em torno do *jus cogens* tornam incontestavelmente necessária a reativação de um diálogo atualmente amplamente moribundo entre os juizes, a fim de evitar jurisprudências discordantes ou contraditórias quanto à identificação da sua substância e dos seus efeitos. Parafraseando o

juiz Skubiszewski, um tribunal “é o mais fiel à sua função quando, embora permaneça no plano do direito positivo, [tem] em conta as grandes correntes da evolução contemporânea. Uma jurisdição não precisa – e nem sequer deve – retomar uma doutrina de ‘ontem’, ou pior ainda, de ‘anteontem’”; deve olhar resolutamente para o futuro, a fim de assegurar o desenvolvimento progressivo do direito.

Tendo o *jus cogens* vocação a proteger valores essenciais para a comunidade internacional, no primeiro plano dos quais se encontram os direitos humanos, é certo que esse diálogo só seria benéfico para assegurar o melhor grau de proteção, tanto a nível regional quanto internacional, colocando o juiz como o guardião desta comunidade de valores.

NOTAS

- * O presente artigo corresponde à apresentação realizada numa conferência internacional organizada pelo Institut de Recherches sur l'Évolution de la Nation et de l'État (IRENEE), em Nancy (França), em setembro de 2019. As traduções exigidas pelo presente estudo são nossas.
1. Ver CDI, *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/693, 8 de março de 2016, §§ 18-41.
 2. Dos seus 85 artigos, a CVDT dedica os artigos 53 e 64 à definição do *jus cogens* e os artigos 44(5), 65, 66 e 71 ao regime aplicável em caso de violação.
 3. Ver sobre este ponto C. MIK, "Jus cogens in contemporary international law", *Polish yearbook of international law*, vol. 33, 2013, pp. 37-55.
 4. Ver *Anuário CDI*, 1963, vol. I, p. 68.
 5. Ver A/CONF.39/11, p. 280.
 6. Ver sobre este ponto C. MAIA, "De l'exclusion des normes protégeant des intérêts purement étatiques du concept de *jus cogens*", in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Rafaa Ben Achour*, Túnis, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pp. 499-523.
 7. De um ponto de vista metodológico, a análise empírica apresentada foi focada nas decisões utilizando a expressão "*jus cogens*" proferidas pelo TIJ e pelos tribunais regionais (europeu, africano e interamericano) no exercício das suas funções contenciosa e consultiva. Estas decisões foram identificadas através de uma pesquisa por palavras-chave nos sítios web dos respetivos tribunais e foram depois selecionadas em função da sua pertinência, com uma parte irredutível de arbitrariedade requerida pela exigência de concisão de um trabalho limitado.
 8. CVDT, artigo 66(a).
 9. Ver: A. KACZOROWSKA-IRELAND, "The International Court of Justice's vision of *jus cogens*", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 40, 2016, p. 86; C. MAIA, "Le juge international au cœur du dévoilement du droit impératif : entre nécessité et prudence", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 83, 2005, p. 2.
 10. Carta das Nações Unidas, artigo 92.
 11. Estatuto do TIJ, artigo 36(2)(b).
 12. TIJ, *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (Nicarágua c. Estados Unidos da América), acórdão de 27 de junho de 1986, *CIJ Recueil* 1986, § 190.
 13. TIJ, *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria c. Eslováquia), acórdão de 25 de setembro de 1997, *CIJ Recueil* 1997, § 112.
 14. TIJ, *Conformidade da declaração unilateral de independência do Kosovo com o direito internacional*, parecer consultivo de 22 de julho de 2010, *CIJ Recueil* 2010, § 81.
 15. TIJ, *Licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares*, parecer consultivo de 8 de julho de 1996, *CIJ Recueil* 1996, § 83.
 16. TIJ, *Estreito de Corfu* (Reino Unido c. Albânia), acórdão de 9 de abril de 1949, *CIJ Recueil* 1949, p. 22.
 17. TIJ, *Reservas à Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, parecer consultivo de 28 de maio de 1951, *CIJ Recueil* 1951, p. 23.
 18. TIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Bélgica c. Espanha), acórdão de 5 de fevereiro de 1970, *CIJ Recueil* 1970, § 33.
 19. *Ibid.*, § 34.
 20. TIJ, *Timor-Leste* (Portugal c. Austrália), acórdão de 30 de junho de 1995, *CIJ Recueil* 1995, § 29.
 21. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro), acórdão de 11 de julho de 1996, *CIJ Recueil* 1996, § 31.
 22. TIJ, *Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *CIJ Recueil* 2004, § 155.
 23. Ver sobre este aspeto C. MAIA, "*Jus cogens* et (in)application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969", in T. GARCIA, L. CHAN-TUNG (dir.), *La Convention de Vienne sur le droit des traités : bilan et perspectives 50 ans après son adoption*, Paris, Pedone, 2019, pp. 57-76.
 24. TIJ, *Atividades armadas no território do Congo* (RDC c. Ruanda), acórdão de 3 de fevereiro de 2006, *CIJ Recueil* 2006, respetivamente §§ 58 e 60.
 25. *Ibid.*, § 64. Convém precisar que este reconhecimento explícito foi facilitado pela

- partida do juiz francês Gilbert Guillaume, que foi membro do TIJ de 1987 a 2005. No entanto, esta posição hostil ao *jus cogens* encontra-se noutros juízes franceses no TIJ. Ver nomeadamente, no acórdão de 2012 sobre as *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar*, a opinião individual do juiz Abraham (§ 27) e a opinião dissidente do juiz *ad hoc* Sur (§ 4).
26. A natureza imperativa da proibição do genocídio já tinha sido reconhecida pelo TPIR. Ver *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, julgamento de 21 de maio de 1999, § 88.
 27. Na sua opinião individual junta ao acórdão de 2006, o juiz *ad hoc* Dugard manifesta a sua surpresa que este primeiro apoio explícito ao *jus cogens* seja tão tardio e considera que o silêncio prolongado do TIJ é agravado pelo facto de outras jurisdições já terem tomado a iniciativa de reconhecer normas imperativas (§ 5).
 28. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Bósnia e Herzegovina c. Sérvia e Montenegro), acórdão de 26 de fevereiro de 2007, *CIJ Recueil* 2007, § 161.
 29. TIJ, *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Croácia c. Sérvia), acórdão de 3 de fevereiro de 2015, *CIJ Recueil* 2015, § 87.
 30. TIJ, *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar* (Bélgica c. Senegal), acórdão de 20 de julho de 2012, *CIJ Recueil* 2012, § 99.
 31. A natureza imperativa da proibição da tortura já tinha sido reconhecida pelo TPIJ. Ver TPIJ, *The Prosecutor Furundžija*, caso nº IT-95-17/1-T, julgamento de 10 de dezembro de 1998, §§ 153-157.
 32. TIJ, *Direito de passagem em território indiano* (Portugal c. Índia), acórdão de 12 de abril de 1960, *CIJ Recueil* 1960, opinião dissidente do juiz Fernandes, § 29.
 33. TIJ, *Sudoeste africano* (Etiópia c. África do Sul; Libéria c. África do Sul), acórdão de 18 de julho de 1966, *CIJ Recueil* 1966, opinião dissidente do juiz Tanaka, p. 298.
 32. TIJ, *Licitude da ameaça ou uso de armas nucleares*, parecer consultivo de 8 de julho de 1996, *CIJ Recueil* 1996, declaração do juiz Bedjaoui, § 13.
 35. TIJ, *Plataformas petrolíferas* (Irão c. Estados Unidos de América), acórdão de 6 de novembro de 2003, *CIJ Recueil* 2003, opinião individual do juiz Simma, § 6.
 36. TIJ, *Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004, *CIJ Recueil* 2004, opinião individual do juiz Elaraby, § 3.1.
 37. TIJ, *Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos das Ilhas Maurícias em 1965*, parecer consultivo de 25 de fevereiro de 2019, *CIJ Recueil* 2019, declaração conjunta dos juízes Cançado Trindade e Robinson, § 8.
 38. Ver nomeadamente: a opinião dissidente junta ao acórdão de 5 de outubro de 2016 sobre as *Obrigações referentes a negociações para a cessação da corrida por armas nucleares e para o desarmamento nuclear* (Ilhas Marshall c. Reino Unido), §§ 186-187; bem como a opinião dissidente junta ao acórdão de 3 de fevereiro de 2015 sobre a *Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio* (Croácia c. Sérvia), § 83.
 39. Uma importante distinção reside, especialmente, no direito de recurso individual, que é automático para o Tribunal EDH, facultativo para o Tribunal ADHP e excluído para o Tribunal IDH.
 40. Restrições aos direitos garantidos podem ser introduzidas por lei com intuito de proteger a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública. Em caso de perigo público ameaçando a vida da nação, a suspensão de certos direitos também é possível nos sistemas europeu e interamericano. Sobre o significado destas cláusulas de suspensão para a determinação das normas imperativas, ver C. MAIA: “De la signification des clauses de non-dérogation en matière d’identification des droits de l’homme impératifs”, in R. BEN ACHOUR, S. LAGHMANI (dir.), *Les droits de l’homme : une nouvelle cohérence pour le droit international?*, Paris, Pedone, 2008, pp. 39-62.
 41. Em 18 de julho de 2018, os presidentes respetivos dos Tribunais Interamericano, Europeu e Africano assinaram em San José (Costa Rica) uma Declaração conjunta pela qual foi decidida a criação de um Fórum permanente do diálogo institucional. O primeiro fórum, que foi realizado em 2019 em Kampala (Uganda), pretendeu consolidar o diálogo triangular, institucional e jurisprudencialmente, através da partilha de informações e das melhores práticas.

42. O Tribunal ADHP proferiu o seu primeiro acórdão em 2009. Em 31 de março de 2020, proferiu 90 acórdãos e 12 pareceres consultivos (fonte: en.african-court.org).
43. Em 30 de abril de 2020, apenas 30 Estados ratificaram o Protocolo.
44. Dos 54 Estados membros da União Africana, 9 emitiram essa declaração, entre os quais o Benim e a Costa do Marfim, que anunciaram, respetivamente em 25 de março e 29 de abril de 2020, a retirada das suas declarações, que será efetiva no prazo de 12 meses.
45. Comissão ADHP, *Amnesty International and others c. Sudão*, comunicações 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 15 de novembro de 1999, § 42.
46. Comissão ADHP, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project c. Nigéria*, comunicação 218/98, 7 de maio de 2001, §§ 26-27.
47. Comissão ADHP, *Open Society Justice Initiative c. Costa do Marfim*, comunicação 318/06, 27 de maio de 2016, § 154. Diz claramente que concorda com esta posição no parágrafo seguinte.
48. Comissão ADHP, *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Egípto*, comunicação 334/06, 1 de março de 2011, § 110. Na nota de rodapé 24 são citados uma observação geral do Comité contra a Tortura e um julgamento do TPIJ.
49. Observação Geral nº 3 sobre a Carta africana dos direitos humanos e dos povos: o direito à vida (artigo 4), 18 de novembro de 2015, § 5.
50. Esta jurisprudência abundante é o reflexo de uma carga de trabalho que aumentou desde o Protocolo nº 11, que impôs aos Estados membros a competência do Tribunal, ao mesmo tempo que introduziu a possibilidade de um recurso individual direto sem a filtragem da Comissão, reforma que foi seguida por um alargamento geográfico do Conselho da Europa.
51. Resultado de uma pesquisa com a expressão “*jus cogens*” na base de dados da jurisprudência do Tribunal EDH relativa aos acórdãos e pareceres em inglês (echr.coe.int, consultado em 30/04/2020).
52. Tribunal EDH, *Ringeisen c. Áustria*, queixa nº 2614/65, acórdão de 16 de julho de 1971, opinião separada do juiz Verdross (“as regras do direito internacional geral relativas ao esgotamento dos recursos internos não fazem parte do *jus cogens*”).
53. Ver nomeadamente: *McElhinney c. Irlanda*, queixa nº 31253/96, acórdão de 21 de novembro de 2001, opinião dissidente do juiz Loucaides; *Fogarty c. Reino Unido*, queixa nº 37112/97, acórdão de 21 de novembro de 2001, opinião concordante dos juízes Caflisch, Costa e Vajić.
54. Tribunal EDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, queixa nº 35763/97, acórdão de 21 de novembro de 2001, § 60.
55. Todavia, o Tribunal EDH observa que, contrariamente aos casos *Furundžija* e *Pinochet*, o que está em causa aqui não é a responsabilidade penal de um indivíduo, mas a imunidade de que um Estado continua a gozar perante os órgãos jurisdicionais de outro Estado onde são intentadas ações cíveis com fundamento em alegados atos de tortura (*ibid.*, § 61).
56. Ver Tribunal EDH: *Naït-Liman c. Suíça*, queixa nº 51357/07, acórdão de 15 de março de 2018, § 129; *Demir e Baïakara c. Turquia*, queixa nº 34503/97, 12 de novembro de 2008, § 73; *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, queixa nº 8139/09, acórdão de 17 de janeiro de 2012, § 266; *Volodina c. Rússia*, queixa nº 41261/17, acórdão de 9 de julho de 2019, § 8.
57. Ver Tribunal EDH: *Jorgic c. Alemanha*, queixa nº 74613/01, acórdão de 12 de julho de 2007, § 68 (a proibição do genocídio “pertence ao *jus cogens*” sem referência a outras decisões); *Vasiliauskas c. Lituânia*, queixa nº 35343/05, acórdão de 20 de outubro de 2015 (com referências ao TIJ e ao TPIR).
58. Tribunal EDH, *Ilenseher c. Alemanha*, queixas nº 10211/12 e 27505/14, acórdão de 4 de dezembro de 2018, § 75.
59. Tribunal EDH, *Naït-Liman c. Suíça*, queixa nº 51357/07, acórdão de 21 de junho de 2016, §§ 45 e 50.
60. Ver nomeadamente Tribunal EDH: *Sargsyan c. Azerbaijão*, queixa nº 40167/06, acórdão de 16 de junho de 2015, opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, § 21. Ver igualmente: *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, queixa nº 5809/08, acórdão de 21 de junho de 2016, opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque, à qual se juntaram os juízes Hajiyeve, Pejchal e Dedov, §§ 34-35; *Naït-Liman c. Suíça*, acórdão de 21 de junho de 2016, opinião dissidente comum dos juízes Karakaş, Vučinić et Kūris, § 2.
61. Ver nomeadamente Tribunal EDH: *Jones e outros c. Reino Unido*, queixas nº 34356/06 e 40528/06, 14 de janeiro de 2014, §§ 166 e

- 172 (noção utilizada pelos requerentes); *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, queixa nº 5809/08, acórdão de 21 de junho de 2016 (noção utilizada pelos governos francês e britânico autorizados a intervir no processo).
62. Ver nomeadamente Tribunal EDH, *Marguš c. Croácia*, queixa nº 4455/10, acórdão de 27 de maio de 2014 (§§ 57ss) e *Marguš c. Croácia*, queixa nº 4455/10, acórdão de 13 de novembro de 2012 (§§ 34ss), nos quais o Tribunal EDH cita excertos de várias decisões da Comissão e do Tribunal IDH.
63. T. GROPP, A.M. LECIS COCCO-ORTU, “Les références mutuelles entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l’homme: de l’influence au dialogue ?”, in L.-R. BASTA FLEINER, T. MARINKOVIC (dir.), *Key developments in constitutionalism and constitutional law*, Haia, Eleven International Publishing, 2014, p. 187, nota 48.
64. L. HENNEBEL, “La Cour interaméricaine des droits de l’homme : entre particularisme et universalisme”, in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 620.
65. Em 31 de maio de 2020, o Tribunal IDH proferiu 402 acórdãos e 26 pareceres (fonte: www.corteidh.or.cr). Para uma análise desta jurisprudência, ver E. SALMÓN, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011. Sobre algumas das suas especificidades, ver C. MAIA, “Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain (...)*, op. cit., pp. 271-311.
66. Tribunal IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), parecer consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997, Série A nº 15, § 16.
67. Tribunal IDH, “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*) c. *Guatemala*, acórdão de 19 de novembro de 1999, Série C nº 63, §§ 139 e 144.
68. Tribunal IDH, *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, acórdão de 23 de novembro de 2004, Série C nº 118, § 56.
69. Tribunal IDH, *Aloeboetoe y otros c. Suriname*, acórdão de 10 de setembro de 1993, Série C nº 15, § 57.
70. Tribunal IDH, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, acórdão de 27 de novembro de 2003, Série C nº 103, § 92.
71. Tribunal IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru*, acórdão de 8 de julho de 2004, Série C nº 110, § 76.
72. Tribunal IDH, *Caesar c. Trinidad e Tobago*, acórdão de 11 de março de 2005, Série C nº 123, § 100.
73. Tribunal IDH, *Goiburú y otros c. Paraguai*, acórdão de 22 de setembro de 2006, Série C nº 153, §§ 84 e 131; *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, acórdão de 4 de julho de 2007, Série C nº 166, § 96; *La Cantuta c. Peru*, acórdão de 29 de novembro de 2006, Série C nº 162, §§ 157 e 160.
74. Tribunal IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, parecer consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A nº 18, §§ 100-101; *Masacre de Mapiripán c. Colômbia*, acórdão de 15 de setembro de 2005, Série C nº 134, § 178; *Servellón García y otros c. Honduras*, acórdão de 21 de setembro de 2006, Série C nº 152, § 94; *Yatama c. Nicarágua*, acórdão de 23 de junho de 2005, Série C nº 127, § 184.
75. Tribunal IDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, acórdão de 26 de setembro de 2006, Série C nº 154, § 99; *La Cantuta c. Peru*, acórdão de 29 de novembro de 2006, Série C nº 162, § 157.
76. Tribunal IDH, *Azul Rojas Marín y otra c. Peru*, acórdão de 12 de março de 2020, Série C nº 402, § 140; *Valenzuela Ávila c. Guatemala*, acórdão de 11 de outubro de 2019, Série C nº 386, § 180.
77. Tribunal IDH, *García y familiares c. Guatemala*, acórdão de 29 de novembro de 2012, Série C nº 258, § 96; *Osorio Rivera y familiares c. Peru*, acórdão de 26 de novembro de 2013, Série C nº 274, § 112; *Rochac Hernández y otros c. El Salvador*, acórdão de 14 de outubro de 2014, Série C nº 285, § 92.
78. Tribunal IDH, *Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal c. Guatemala*, acórdão de 30 de novembro de 2016, Série C nº 328, § 216; *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde c. Brasil*, acórdão de 20 de outubro de 2016, Série C nº 318, §§ 412-413.
79. Tribunal IDH, *López Soto y otros c. Venezuela*, acórdão de 26 de setembro de 2018, Série C nº 362, § 176.

80. Tribunal IDH, *Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala*, acórdão de 24 de agosto de 2017, Série C nº 339, § 150; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, Série A nº 24, § 61.
81. Tribunal IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, parecer consultivo OC-21/14 de 19 agosto 2014, Série A nº 21, § 225.
82. Tribunal IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, parecer consultivo OC-25/18 de 30 de maio de 2018, Série A nº 25, § 98.
83. Tribunal IDH, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. México*, acórdão de 28 de novembro de 2018, Série C nº 371, § 178; *Herzog y otros c. Brasil*, acórdão de 15 de março de 2018, Série C nº 353, § 220.
84. Tribunal IDH, *Omeara Carrascal y otros c. Colômbia*, acórdão de 21 de novembro de 2018, Série C nº 368, § 192.
85. É possível também observar que se os tribunais penais internacionais se referem frequentemente à jurisprudência do Tribunal EDH e do Tribunal IDH, o recíproco não se verifica.
86. TIJ, *Timor-Leste* (Portugal c. Austrália), acórdão de 30 de junho de 1995, *CIJ Recueil* 1995, opinião dissidente do juiz Skubiszewski, § 46.

