

**CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO COMO MOVIMENTO DE
LIBERTAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
PROMOÇÃO DA DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL¹**

*COMPENSATORY CONSTITUCIONALISM AS INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS RELEASE MOVEMENT: PROMOTION OF INTERNATIONAL LAW
DESCOLONIZATION*

Alice Rocha da Silva²

André Pires Gontijo³

Resumo: A descolonização do Direito Internacional pode ser auxiliada pelo constitucionalismo compensatório efetuado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da compreensão do constitucionalismo compensatório como um instrumento manuseado por este tribunal regional busca-se definir de que modo a interpretação de determinados dispositivos convencionados pode influenciar na releitura de conceitos tradicionais do Direito Internacional ao produzir alterações no sistema nacional dos Estados. Pelo estudo da jurisprudência interamericana e reflexos no direito interno dos Estados busca-se a verificação de uma perspectiva ascendente ou descendente na construção e releitura de conceitos tradicionais que acabam compondo o bloco de constitucionalidade interamericano e com isso gerando um efeito descolonizador para o sistema internacional como um todo. Da análise de casos relacionados a lei de anistia e denúncias de violação de direitos humanos relacionadas a situações de desaparecimento forçado pode-se perceber esse movimento de descolonização de conceitos tradicionais do Direito Internacional rumo a um contexto internacional mais harmônico e condizente com o empenho na busca pela promoção e proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Descolonização do Direito Internacional; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Bloco de constitucionalidade interamericano; Constitucionalismo compensatório; Lei de anistia.

Abstract: The decolonization of International Law can be aided by the compensatory constitutionalism carried out by the Inter-American Court of Human Rights. From the understanding of compensatory constitutionalism as an instrument handled by this regional court, we seek to define how the interpretation of certain agreed provisions can influence the re-reading of traditional concepts of International Law by producing changes in the national system of States. Through the study of inter-American jurisprudence and reflections on the domestic law of the States, the aim is to verify an ascending or descending perspective in the construction and re-reading of traditional concepts that end up composing the inter-American

¹ Artigo submetido em 15/09/2021 e aprovado para publicação em 16/11/2021.

² Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Professora Titular no PPG-Dir do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal (IGESDF). E-mail: rochaalice@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0222-2737>.

³ Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professor Titular do CEUB. Professor do Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência do Centro Universitário UNIEURO. E-mail: andre.gontijo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0683-2679>.

constitutional block and thus generating a decolonizing effect for the international system as one all. From the analysis of cases related to the amnesty law and denunciations of human rights violations related to situations of forced disappearance, one can see this movement of decolonization of traditional concepts of international law towards a more harmonious international context and consistent with the effort in the search for the promotion and protection of human rights.

Keywords: International law Decolonization; Inter-American Court of Human Rights; Interamerican constitutionalism block; Compensatory constitutionalism; Amnesty law.

Introdução

O Direito Internacional passa por um processo de descolonização argumentativa a partir do constitucionalismo compensatório implementado pelas instituições de controle e monitoramento de tratados em Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos promove um processo de descolonização de conceitos clássicos do Direito Internacional. De forma perene e sólida, as instituições que compõem este ramo do direito estão revisitando tais conceitos e transformando a argumentação tradicional do Direito Internacional, o que conseqüentemente afeta a realidade nacional dos Estados. Interessante ainda considerar que os movimentos de construção de tais argumentos na perspectiva ascendente dos Estados começa a ceder espaço para essa descolonização descendente operacionalizada por órgãos internacionais e direcionada a modificação da realidade interna dos Estados.

Tradicionalmente, os Estados sempre tiveram papel principal nesse processo de formação dos conceitos argumentativos do Direito Internacional. Todavia, nos últimos anos, tem aumentado a influência de órgãos internacionais, sobretudo de natureza jurisdicional, na determinação de tais conceitos. De forma específica, propõe-se a análise do movimento de libertação e descolonização promovido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em relação a alguns pressupostos enraizados pelo Direito Internacional. Tal movimento é evidenciado pelo tratamento de temas que são objeto de resistência pelos Estados, tendo em vista a omissão ou negativa de proteção de determinados conteúdos essenciais aos Direitos Humanos por meio de suas constituições e instituições jurídicas nacionais.

A partir da determinação do *déficit* de proteção dos Direitos Humanos na perspectiva nacional, pretende-se verificar, a partir dos atos normativos e jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, como se dá o processo de modificação dos cenários nacionais a partir da ressignificação de conceitos clássicos de Direito Internacional

como *jus cogens* e costumes. Interessa ainda considerar a forma como a Corte IDH implementa a descolonização argumentativa do Direito Internacional por meio do constitucionalismo compensatório. Impressiona o alcance da ressignificação promovida pela Corte IDH a partir do discurso de proteção dos direitos humanos e com isso acaba por compensar a falta de proteção constitucional a tais preceitos fundamentais. A este movimento deu-se o nome “constitucionalismo compensatório”. Com isso, o autoritarismo e a opressão argumentativa do Direito Internacional passam a ser revisitados pela Corte IDH, que deslocaliza as métricas ditadas pelos Estados europeus e assume novas concepções de normatividade e justiça.

Investigar a descolonização de sentidos jurídicos pela Corte IDH significa determinar em quais níveis a argumentação interativa pode chegar, sobretudo em comparação com a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), e precisar como as cortes regionais se valem das transposições jurídicas e da fertilização cruzada em seus julgados, com uma perspectiva de inversão do cenário de denominação da argumentação jurídica.

1. A descolonização do Direito Internacional promovida pela Corte IDH: apontamentos do constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos

Descolonizar consiste em deslocalizar os sentidos jurídicos, a fim de que os nortes (ou paradigmas) sejam invertidos, as periferias argumentativas sejam reposicionadas e as métricas adotadas pelo padrão jurídico atual sejam destituídas (BRAGATO; CASTILHO, 2014; BELLO, 2015).

Isto não é diferente com o Direito Internacional. De um sistema “hermético” (ou um clube reservado aos Estados), o Direito Internacional – como ramo do direito – se vê envolto em diferentes linhas de pensamento e teorias legitimadoras dos movimentos que ocorrem diuturnamente, seja para manter o *status quo*, seja para modificar as métricas jurídicas estabelecidas pelos Estados.

No plano jurídico latino-americano, o constitucionalismo compensatório apresenta-se como o principal instrumento de interpretação desenvolvido pela Corte IDH, responsável pela implementação da descolonização dos direitos humanos no âmbito dos Estados da América Latina. Trata-se da compensação constitucional realizada pela Corte IDH em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos apresentado por estes sistemas jurídicos nacionais. Esta compensação apresenta repercussão jurídica em diferentes níveis. No plano internacional,

revela-se como um processo de expansão do Direito Internacional. Já no plano nacional, apresenta-se como um possível elemento de proteção da pessoa humana, a ser recepcionado pelo sistema jurídico dos Estados.

O constitucionalismo compensatório ocorre a partir da interação dos julgamentos da Corte IDH com os Estados da América Latina. A importância desta interação é verificada em virtude da diversidade de contextos normativos apresentados por estes Estados. Em determinadas Constituições, há o texto com a previsão de proteção do conteúdo dos direitos humanos, mas não há a aplicação pelos atores estatais. Em um segundo cenário, a Constituição não prevê a proteção dos direitos humanos em seu texto normativo. Em uma perspectiva avançada, determinadas Constituições estabelecem disposições contrárias ao texto da Convenção Americana. Em todos os cenários, a Corte IDH busca a interação pelo discurso do constitucionalismo compensatório, com o fim de que o Estado implemente a proteção dos direitos humanos.

Este discurso é uma tentativa de retirar as amarras do Direito Internacional tradicional e descrever novas métricas de um sistema multinível e com diferentes fontes normativas em curso, com o objetivo de proteger os direitos humanos na América Latina e de defender a construção do direito constitucional para além do Estado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (doravante Sistema Interamericano). Como exigências coletivas desta proposta, estão o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, da democracia, da responsabilidade e da transparência no exercício do poder público na região (GÓNGORA MERA, 2011, p. 6).

A partir do constitucionalismo compensatório, a Corte IDH passa a ter dinâmica própria, voltada para atender às demandas em matéria de direitos humanos oriundas dos Estados. Este discurso elaborado pela Corte IDH entra em conflito com a lógica tradicional do sistema jurídico em si. Em alguns casos, o constitucionalismo compensatório revela-se incoerente com as respostas oferecidas pelos Estados, que optaram por soluções distintas em matéria de direitos humanos. Neste contexto, as situações de cada Estado – e a depuração do processo de descolonização – transformam-se em velocidades próprias, diferentemente dos demais sistemas jurídicos nacionais.

O discurso do constitucionalismo compensatório pode ser um fator de transformação ou, eventualmente, de redução semântica da revisitação das métricas relacionadas aos direitos humanos. Nesse sentido, para demonstrar a descolonização promovida pela Corte IDH, o termo

constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos aparecerá como o instrumento manuseado pela Corte IDH para definir a interpretação de determinado dispositivo contido na Convenção Americana. Consiste em examinar as condições de produção dos textos pela Corte IDH, com o fim de analisar a estruturação destes textos em um enunciado normativo formulado por seus julgamentos.⁴

2. Das métricas “clássicas” à contextualização dos direitos humanos pela Corte IDH

Revisitar as métricas clássicas do Direito Internacional exige compreender como o argumento jurídico é construído e, a partir deste modelo, implementar o formato de descolonização do Direito Internacional dos Direitos Humanos (GOMES; GONÇALVES, 2018).

A proposta do discurso em matéria de direitos humanos assume diferentes tipos de feições. Para examinar o constitucionalismo compensatório adotado pela Corte IDH, a tese adotará o exame de perspectivas ascendente e descendente sobre os direitos humanos.⁵ Trata-se de padrões de discurso que constituem conjuntos de argumentos que se apresentam de forma individualizada. Determinado ponto sobre a ordem internacional pode ser um argumento descendente ou fazer parte de um discurso ascendente. Porém, é incapaz de ser os dois ao mesmo tempo. São padrões que se opõem entre si (KOSKENNIEMI, 2005, p. 59-60).

A perspectiva descendente é a mais próxima do processo de descolonização dos direitos humanos. Relaciona-se com aspectos da moral universal, em que uma ordem jurídica internacional se sobrepõe em relação ao comportamento dos Estados. Estes estariam vinculados a uma ordem jurídica objetiva, com fundamento no argumento comunitário. De outro lado, na perspectiva ascendente, apresenta-se com as métricas a serem revisitadas. Nesta perspectiva, o pressuposto é que a vontade dos Estados determina a formação da ordem jurídica internacional. A prevalência não seria do aspecto comunitário, mas da autonomia dos Estados frente ao Direito Internacional, para a solução de problemas específicos. Ambas as perspectivas

⁴ Este modelo é inspirado na abordagem realizada por Martti Koskenniemi, que considera o discurso em direitos humanos nas perspectivas ascendente (método indutivo, feição objetiva) e descendente (método dedutivo, feição subjetiva) utilizado pelos tribunais e pelos Estados no plano internacional (KOSKENNIEMI, Martti, 2005).

⁵ Esta perspectiva é baseada em KOSKENNIEMI (2005). Koskenniemi equipara as perspectivas ascendentes e descendentes à dicotomia referente aos métodos dedutivo e indutivo. O autor opta pelo estilo literário ascendente/descendente.

são criticadas: a primeira é criticada como utópica, por se aproximar de conceitos abstratos, como a moral universal da humanidade; a segunda recebe a crítica da apologia, pelo fato de o comportamento dos Estados permitir a flexibilidade infinita do argumento, acreditando-se que o Direito Internacional poderia resolver todos os problemas. O ponto forte destas perspectivas é que elas estão em constante debate, permitindo a construção dinâmica do argumento jurídico no plano internacional (KOSKENNIEMI, 2005, p. 59-60), o que, por sua vez, permite revisitar as métricas e impulsionar a descolonização da ideologia humanista dos direitos humanos (ROMAGUERA; TEIXEIRA; BRAGATO, 2014).

A abordagem da configuração das perspectivas ascendente e descendente do discurso em direitos humanos perante a Corte IDH – tendo como instrumento o constitucionalismo compensatório – pode afetar conceitos jurídicos tradicionais, tanto na esfera internacional como no plano normativo interno. Por influência do discurso relacionado ao constitucionalismo compensatório, o sistema jurídico abre-se para a possibilidade de criação de novos ou a intensificação de antigos processos de construção, implementação e controle de normas jurídicas em matéria de direitos humanos. Esta reconfiguração do sistema jurídico é realizada pela Corte IDH por meio do controle de convencionalidade, cuja disposição coloca em dúvida alguns fundamentos clássicos da teoria do Direito Internacional.

A revisão das métricas pela Corte IDH – por meio do constitucionalismo compensatório – pode ocorrer de duas formas. No primeiro momento, a redefinição das métricas parte da Corte IDH para os Estados (GÓNGORA MERA, 2011), mediante a doutrina do controle de convencionalidade (REY CANTOR, 2008; HITTERS, 2009; SAGÜÉS, 2010; NOGUEIRA ALCALÁ, 2012; MEJÍA-LEMONS, 2014). No segundo momento, a construção do processo de descolonização pode ocorrer pelo desenvolvimento do constitucionalismo pelos Estados (KNOP, 2000), seja no desenvolvimento de suas próprias competências constitucionais (KOH, 2004; VARELLA, 2013), seja na aplicação do conteúdo normativo desenvolvido pela Corte IDH, por meio do controle de convencionalidade exercido pelos juízes nacionais (GARCÍA-SAYÁN, 2010; FERRER MAC-GREGOR, 2011; GARCIA RAMIREZ, 2011).

Questão sensível ao processo de descolonização é a associação da figura do Estado com os direitos humanos. No primeiro momento, não é possível dissociar o Estado da construção dos direitos humanos.⁶ Na maioria dos casos, a implementação dos direitos humanos é

⁶ Neste particular, são as lições de Norberto Bobbio: “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos

realizada pelo Estado. Logo, o desenvolvimento destes direitos pelo Estado – no plano internacional – ocorre de forma voluntária. No cenário atual, grande parte dos Estados revela-se aberta⁷ para interagir com a rede de vínculos jurídicos apresentada pelo plano internacional. Isto ocorre em virtude da sua intensa juridificação pela constitucionalização das relações internacionais, a qual pressupõe a projeção dos elementos que compõe o conceito de Constituição para além das redomas do sistema jurídico interno (PETERS; J. AZNAR; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2010, p. 11-12).

No entanto, nem todos os Estados estão dispostos a descolonizar os direitos humanos a partir das novas métricas defendidas pelos tribunais internacionais. Assim, verifica-se a existência de diversos níveis de interação do Estado com o constitucionalismo compensatório elaborado pela Corte IDH em seus julgamentos, pois cada sistema jurídico nacional cria sua própria forma de interpretar o Direito Internacional. Há Estados que não promovem a abertura de seu sistema jurídico para a descolonização dos direitos humanos.⁸ Existem Estados que mantinham a relação entre o internacional e o nacional em funcionamento, mas recuaram na abertura do seu sistema jurídico e na revisitação das métricas⁹. Determinados Estados abrem-se de forma gradual ao plano internacional,¹⁰ enquanto outros buscam interagir de forma considerável.¹¹ Há, por fim, Estados que reconhecem a importância dos direitos humanos defendidos pela Corte IDH e abrem seu sistema jurídico de forma plena para a esfera do Direito

direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa). Essa inversão é estreitamente ligada à afirmação do que chamei de modelo jusnaturalista (...). O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista de sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão no mundo” (BOBBIO, 2004, p. 24).

⁷ A abertura estatal vincula-se à constituição aberta, responsável pela promoção do conteúdo essencial dos direitos humanos a partir da proteção da dignidade da pessoa humana. O Estado vincula-se a esta constituição aberta e demonstra-se suscetível de promover as interações com o cenário internacional, sobretudo mediante a cooperação, o que forma, para Peter Häberle, a estrutura do Estado Constitucional Cooperativo, capaz de implementar o conteúdo material dos direitos fundamentais por meio do método comparativo, a partir da cooperação entre Estados (HÄBERLE, 2003).

⁸ Atualmente, no plano da América Latina a Venezuela é o principal Estado que representa este cenário.

⁹ Exemplo a ser observado é a relação da Corte IDH com Trinidad e Tobago.

¹⁰ Brasil, Equador e Paraguai preenchem os requisitos desta hipótese como Estados que possuem uma abertura gradual e lenta para a esfera internacional e possibilidade de promover a descolonização dos direitos humanos.

¹¹ Avançam nesta promissora interação e descolonização: Argentina, Chile e Uruguai.

Internacional e do direito regional, buscando ressignificar seus conceitos e suas métricas em direitos humanos.¹²

A depender do nível de abertura do Estado, a interação das métricas revisitadas dos direitos humanos defendidas pelos tribunais internacionais e por diferentes órgãos de solução de controvérsia pode ocorrer por meio de cláusulas gerais previstas nos textos constitucionais. Nesse aspecto, as Constituições com maior abertura em seus textos permitem uma maior incidência da proteção dos direitos humanos construída no plano internacional e, por conseguinte, trilharam o caminho da descolonização.

A relação de abertura do texto constitucional irá variar de país para país. Por exemplo, no caso brasileiro, o texto constitucional permite a interpretação no sentido de que os direitos e garantias nela expressos não excluam outros dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (Constituição, artigo 5º, § 2º). Com a reforma constitucional de 2004, foi acrescentado o § 3º ao artigo 5º, que restringe esta hipótese interpretativa, no sentido de que para gozarem de *status* constitucional, os tratados de direitos humanos devem ser internalizados com procedimento semelhante aos da proposta de emenda à constituição, cuja alteração revela-se mais solene que a legislação comum.

Em Estados como a Colômbia, os tratados de direitos humanos ratificados pelo parlamento colombiano prevalecem sobre a ordem jurídica interna, inclusive sobre o texto constitucional, pois os direitos e deveres contidos na Constituição colombiana serão interpretados em conformidade com estes tratados ratificados. De outro lado, a reforma constitucional realizada na Argentina conferiu hierarquia constitucional a determinados tratados em matéria de direitos humanos, além de permitir que o parlamento aprove outros desta natureza no futuro. Em todos os casos, esta cláusula geral de abertura permite o avanço da descolonização, com a formação do bloco de constitucionalidade interamericano.

3. Bloco de constitucionalidade interamericano como ressignificação dos direitos humanos via Corte IDH

O termo bloco de constitucionalidade apresenta-se como conceito heterogêneo no âmbito dos países da América Latina. Trata-se de conceito com diversos significados, sendo

¹² Como exemplos desta interação plena e redefinição de métricas em direitos humanos estão Costa Rica, Colômbia, Peru e México.

possível delinear parâmetros comuns para sua versão latino-americana. O bloco de constitucionalidade é um instituto utilizado pelos sistemas jurídicos constitucionais contemporâneos. Sua principal função é de agregar todas as normativas que detêm *status* constitucional. O que há de comum em relação aos sistemas constitucionais da América Latina diz respeito a seu âmbito de aplicação inaugural, o qual se encontra no contexto da fiscalização abstrata de constitucionalidade realizada pelos diversos tipos de justiça constitucionais (FAVOREU, 2004).

Na quadra atual, o bloco de constitucionalidade passou por uma resignificação de sua aplicação. Há o alargamento do conceito, a fim de abarcar o conteúdo material de tratados internacionais em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2012). Na configuração do Direito Constitucional comum latino-americano, a expansão do bloco de constitucionalidade oferece grande potencial para a convergência de padrões normativos e descolonização dos direitos humanos. Com a ideia de bloco constitucionalidade associada ao conjunto de valores constitucionais, o instituto superaria a categoria constitucional dos Estados e atingiria outros instrumentos normativos com o conteúdo constitucional revelado, resignificando, neste patamar, a Convenção Americana.

Nesse contexto, a resignificação em “bloco de constitucionalidade interamericano” apresenta o bloco de constitucionalidade como uma matriz interpretativa. Por meio deste instrumento, a Corte IDH promove a releitura do Direito Internacional, utilizando-se de suas premissas para descolonizar os direitos humanos via constitucionalismo compensatório.

A matriz interpretativa do bloco de constitucionalidade interamericano reproduz a dinâmica natural da Corte IDH. É preciso adaptar a interpretação dos *standards* em matéria de direitos humanos com as novas necessidades apresentadas pelos indivíduos e, assim, resignificar e ampliar seu âmbito de proteção (ACOSTA ALVARADO, 2011), como, por exemplo, o uso da regra do efeito útil (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 91) e a interpretação resignificativa e em prol da pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 2005), concretizando novas métricas para uma interpretação evolucionista do Direito Internacional, resignificando e reinterpretando a vontade dos Estados.¹³

O bloco de constitucionalidade interamericano constitui a criação normativa da Corte IDH por meio do controle de convencionalidade (SAGÜÉS, 2010), e por ela exercido a partir

¹³ No âmbito da Corte IDH, esta resignificação ocorreu, por exemplo, nos casos relacionados à propriedade coletiva e aos povos indígenas (Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, 2005 e Corte IDH. *Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname*, 2005).

de seus julgamentos¹⁴. O que busca a Corte IDH não é apenas criar o controle de convencionalidade, mas também fortalecer o parâmetro deste controle (GONÇALVES, 2013, p. 418). A Corte IDH almeja ir além do que outros tribunais internacionais – como a CIJ – e tornar auto executável não apenas o texto da Convenção Americana, mas também a interpretação deste texto realizada por ela, contida em seu bloco convencional.

Nesse contexto, por meio do bloco de constitucionalidade interamericano, o constitucionalismo compensatório exercido pela Corte IDH promove um movimento de libertação e descolonização dos pressupostos enraizados pelo Direito Internacional. Esta ressignificação ocorre a partir do momento que a Corte IDH coloca em pauta temas que são objeto de resistência, pelos Estados, que deixam de ressignificar e proteger determinados conteúdos essenciais por meio de suas constituições e instituições jurídicas. O *déficit* de proteção dos direitos humanos a nível nacional leva a Corte IDH a promover a construção de novos cenários na luta contra violação dos direitos humanos, ressignificando conceitos considerados clássicos do Direito Internacional. Temas como o direito à memória e à verdade (BRAGATO; COUTINHO, 2012) ganham especial contorno nesta ressignificação. Um exemplo interessante dessa ação pode ser apresentado a partir dos casos envolvendo as leis de anistia nacionais.

4. Descolonização a partir das leis de anistia

A Corte IDH também forma seu bloco de constitucionalidade por meio da criação e ressignificação de novos direitos em sua jurisprudência. As novas métricas apresentam-se em casos que representam as principais controvérsias suscitadas à Corte IDH relacionadas à proibição de edição de leis de anistia, e cujo pronunciamento contribuiu para a formação do acervo normativo do Direito Internacional.

Pelo entendimento da Corte IDH, as leis de anistia adotadas pelos Estados criam uma situação de impunidade (BRAGATO; COUTINHO, 2012), definida pela Corte IDH como grave violação de direitos humanos. Este conceito tem em si uma argumentação descendente

¹⁴ A terminologia “bloco de constitucionalidade interamericano” é utilizada para distinguir o produto criado pela Corte IDH do instituto bloco de constitucionalidade, em constante uso pelas Cortes Constitucionais. Algumas outras expressões podem ser aplicáveis a esta criação da Corte IDH. Já se encontra em debate na academia a possibilidade do uso da expressão “bloco de normatividade” (GONTIJO, 2014). De outro lado, Valerio Mazzuoli (2013, p. 412-413), por exemplo, prefere a expressão bloco de convencionalidade, a ser utilizada em áreas temáticas específicas, pela proximidade com o conteúdo material contido nas constituições.

que, por um lado, busca a objetividade do Direito Internacional no plano regional. Trata-se de argumento comunitário, utilizado para descolonizar a posição dos Estados (autonomia) em relação a este tema.

A ressignificação da anistia envolve o conjunto de argumentos descendentes – relacionados às graves violações de direitos humanos – com um conjunto de argumentos considerados ascendentes – dispositivos da Convenção Americana e interpretações da Corte IDH –, mas que possuem uma finalidade descendente.

Temas correlatos à abordagem da anistia – como o direito à verdade e o desaparecimento forçado de pessoas – e técnicas utilizadas pela Corte IDH – como a declaração de não produção de efeitos de legislação dos Estados, que se assemelha à declaração de nulidade do controle de constitucionalidade dos Estados (BURGORGUE-LARSEN, 2014) – compõe o cenário de criação do bloco convencional. Com este cenário, a Corte IDH busca descolonizar os direitos humanos definidos pelos Estados, em especial ao considerar o tema da anistia como norma de *jus cogens*.

O *jus cogens* consiste no conjunto de normas que se impõem objetivamente aos Estados no plano do Direito Internacional, de modo semelhante às normas de ordem pública que limitam a liberdade das pessoas no âmbito do direito interno.¹⁵ Há divergência quanto à natureza e ao conteúdo do *jus cogens*. Pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), o *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, que deve ser aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto. Para o *jus cogens*, nenhuma derrogação é permitida e apenas pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.¹⁶

¹⁵ O *jus cogens* é “nome de arte” conferido ao direito “que obriga”, o direito “imperativo”, o direito “peremptório”. Foi teorizado por juristas de expressão alemã, antes da Segunda Guerra Mundial, como Alfred Verdross e Friedrich von Heydte. Sobre a comparação com o direito interno, nas palavras de Francisco Rezek “Rousseau enfatiza a diversidade entre a ordem estatal doméstica e a ordem internacional na crítica que faz à teoria do *jus cogens*: no primeiro caso existe subordinação irrecusável, de sorte que o Estado define as normas de ordem pública e com elas limita, por sua autoridade, a liberdade dos particulares de contratar. Não se sabe quem pode legitimamente definir o suposto Direito Internacional imperativo. Além disso, não há como nivelar a estatura do tratado, em Direito Internacional público, à do contrato em direito interno” (REZEK, 2014, p. 153).

¹⁶ A CVDT, em seu artigo 53, expressa que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. O artigo 64 da referida Convenção consolida a força e a importância da norma imperativa de Direito Internacional: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O tratamento especial às normas consideradas *jus cogens* ainda é verificado na Convenção de Viena nos artigos 44, item 5, que remete à indivisibilidade das disposições de um tratado, 66, letra “a”, que remete o conflito

Inicialmente, o *jus cogens* apresenta-se como discurso descendente e que está em um nível não-consensual. Nessa perspectiva, parece conectar os Estados independentemente do consentimento destes (VIRALLY, 1983, p. 176). Mas uma norma que não esteja fazendo qualquer referência ao que os Estados têm consentido aparentemente estaria em colapso no âmbito do direito natural, o que seria considerado um discurso utópico, uma questão de opinião política e subjetiva. No entanto, ao se referir à necessidade de reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados, nessa medida o *jus cogens* torna-se um discurso ascendente e de nível consensual entre os Estados (KOSKENNIEMI, 2005, p. 323). Além disso, o consentimento subjetivo de cada Estado parece ser necessário, vez que o artigo 53 da CVDT fala da comunidade como um todo e não apenas de alguns Estados representativos da mesma. De fato, para as métricas “tradicionais” do Direito Internacional, qualquer outra posição parece violar a igualdade soberana entre os Estados (GOMEZ ROBLEDO, 1981, p. 105-108).

As métricas “tradicionais” da norma de *jus cogens* mostram-no como um compromisso, que acomoda uma perspectiva descendente com uma ascendente. Ao mesmo tempo que são normas peremptórias que vinculam independentemente do consentimento, o seu conteúdo é determinado pelo consentimento dos Estados. Este cenário demonstra uma convivência aparente entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, entre a justiça natural e o consentimento. Esta convivência será separada quando se tentar qualificar o *jus cogens* como uma norma pertencente a um nível não-consensual. Determinado Estado pode argumentar que uma norma peremptória não pode ser oposta a ele porque nunca a reconheceu como *jus cogens* (KOSKENNIEMI, 2005, p. 324).

Nesse contexto, para as métricas “tradicionais”, se for necessário obter o consentimento subjetivo do Estado, o *jus cogens* perde o caráter distintivo em relação aos tratados, costumes e princípios gerais do Direito Internacional – considerados como normas comuns. Isto denota a perspectiva da apologia em relação ao *jus cogens*. Porém, se o consentimento do Estado não for necessário, o *jus cogens* será considerado como uma norma pertencente a uma moral natural, o que se encaixa em uma perspectiva utópica (KOSKENNIEMI, 2005, p. 324-325). Assim, se o *jus cogens* é responsável por limitar o que pode ser acordado juridicamente pelos Estados, pode seu conteúdo – simultaneamente – ser dependente do que for acordado entre os Estados? (UNITED NATION INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, p. 190). Este

com o *jus cogens* para a Corte Internacional de Justiça e 71, que reflete as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral.

questionamento suscita o debate da ressignificação de como o *jus cogens* insere-se no plano internacional, sobretudo no Sistema Interamericano.

No processo de descolonização dos direitos humanos, a dúvida objetiva consiste em saber se é possível estabelecer a ideia de *jus cogens* regional¹⁷. A métrica “tradicional” do Direito Internacional indica que não haveria espaço para o *jus cogens* regional (UNITED NATION CONFERENCE ON THE LAW OF TREATIES, 1969, p. 327, § 73). Há a defesa expressa (FINKELSTEIN, 2013; REZEK, 2014, p. 154) de que esta modalidade não existe, sobretudo porque seria invocar o *jus cogens* fora do seu contexto original (SHELTON, 2006). Outro argumento seria o enfraquecimento do instituto a nível mundial, com o fracionamento dos interesses dos Estados, além de inserir um complicador maior na conceituação do instituto (GALINDO, 2002, p. 109-110).

No entanto, há autores que compreendem a importância da ressignificação das métricas e consideram a possibilidade de se estabelecer o *jus cogens* regional (KOLB, 2015, p. 124), de modo que valores regionais¹⁸ – responsáveis pela proteção de sistemas como o europeu e o interamericano – poderiam conviver de forma não conflitante com os valores defendidos pela comunidade internacional (GAJA, 1981, p. 284). Há a expansão e o fortalecimento do Direito Internacional regional, o qual se utiliza de vias complexas para o seu desenvolvimento – como a adoção de costumes regionais¹⁹ e a realização de conferências e convenções a este nível –, mas que, pelas métricas “tradicionalistas”, deveriam se submeter à compatibilidade com os costumes e as convenções reguladas pelo Direito Internacional geral. O *jus cogens* apresenta-se como instrumento que poderá propiciar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 67-68 e 189-190), inclusive a nível regional. Porém, na lógica das métricas “tradicionalistas”, não é de interesse dos atores dominantes que a norma de *jus cogens* se desenvolva.²⁰

A discussão em torno do *jus cogens* regional deve levar em conta não apenas as críticas, como também a necessidade de ressignificação de seu processo de criação. No plano do Direito

¹⁷ O instituto pressupõe a universalidade. Por essa razão, o problema não é uma corte identificar algo como *jus cogens*, mas dizer que o instituto é apenas regional. A universalidade do instituto justifica-se pelo fato de ter sido criado para não se utilizar o costume. Daí o ceticismo em relação à ideia de *jus cogens* regional.

¹⁸ A defesa de valores regionais é mencionada por Antonio Cassese (2001, p. 139), ao abordar o debate entre os países em desenvolvimento e os países socialistas.

¹⁹ A esse respeito, a CIJ reconheceu a possibilidade de formação do costume regional no caso Haya de la Torre (CIJ. Caso Haya de La Torre, 1951).

²⁰ Esta opinião é de VARELLA (2013, p. 321). Corroborando com ela, no sentido do *jus cogens* ser considerado um instrumento de manipulação política dos atores dominantes, destaca-se a opinião de CHRISTENSON (1987).

Internacional geral, não há acordo inequívoco e nem unanimidade do que possa ser considerado como norma de *jus cogens*. Nesse aspecto, talvez o mais importante seja a identificação do mecanismo pelo qual as normas de *jus cogens* podem ser criadas, pois uma vez elaboradas – mesmo nas métricas “tradicionais” do Direito Internacional, não podem ser revogadas. O artigo 53 da CVDT estabelece dois estágios sucessivos: (i) uma proposição que se firme como norma de Direito Internacional geral e (ii) que esta norma seja aceita como *jus cogens* pela totalidade da comunidade internacional de Estados. Cuida-se de processo extremamente rigoroso, visto que a fixação de um nível superior de normas cogentes tem sérias implicações para a comunidade jurídica internacional. Por essa razão, existem críticas à criação do *jus cogens* regional, porquanto deve-se evitar a imposição de normas imperativas a uma minoria – seja ela política ou ideológica. Caso contrário, o próprio conceito de *jus cogens* perderia seu valor em longo prazo (SHAW, 2010, p. 99).

No processo de descolonização dos direitos humanos, a Corte IDH – por meio de sua jurisprudência – atribui a natureza de *jus cogens* a determinadas obrigações jurídicas. Em função disto, foram selecionados casos para se examinar como a Corte IDH realiza esta ressignificação. A análise terá por objetivo verificar se a Corte IDH (i) utiliza o discurso descendente ou a perspectiva ascendente; (ii) apresenta-se como tribunal com conceitos abertos, ou se comporta como tribunal restritivo, delimitando os conceitos relacionados ao *jus cogens* e (iii) replica a conceituação do *jus cogens* presente no plano internacional ou cria uma nova métrica – o *jus cogens* regional.

Nesta perspectiva, o projeto normativo proposto pela Corte IDH visa a descolonização dos direitos humanos. A busca por legitimar o desenvolvimento jurisprudencial dos direitos humanos – seja fortalecendo o texto convencional existente, seja criando novas métricas – deve seguir os novos parâmetros – para além do Direito Internacional geral –, com o fim de se ressignificar o discurso do constitucionalismo compensatório. Nesse sentido, é importante examinar com apontamentos críticos o principal uso do *jus cogens* pela Corte IDH: a construção do bloco convencional sobre o tema relacionado às leis de anistia.

A proibição de edição de leis de anistia pelos Estados da América Latina apresenta-se como um dos principais temas responsáveis pela formação do bloco convencional da Corte IDH. Este tema reúne elementos importantes para o exame do constitucionalismo compensatório. Como a edição de leis de anistia cria uma situação de impunidade, a Corte IDH

utiliza a perspectiva descendente para ressignificar o tema como parte do conceito de grave violação de direitos humanos.

Cuida-se de argumento comunitário, cuja finalidade está em buscar a objetividade do Direito Internacional no plano regional e restringir a autonomia dos Estados (KOSKENNIEMI, 2005), em especial no que tange à elaboração de leis de anistia. O projeto normativo da Corte IDH parece ser necessário neste tema, haja vista que desempenha importante atuação contra o legado de impunidade (MARTIN-CHENUT, 2007). A Corte IDH desenvolveu algumas de suas abordagens inovadoras e de grande alcance para a proteção dos direitos humanos em sua jurisprudência sobre o tema. O dinamismo desempenhado pela Corte IDH parece ser particularmente necessário no contexto de graves violações de direitos humanos que ocorreram nos Estados latino-americanos, com instituições nacionais e sistemas democráticos frágeis (BINDER, 2011, p. 1204-1205).

Não há disposição expressa – no texto da Convenção Americana – que proíba a edição de leis de anistia pelos Estados. Aqui entra em cena o desenvolvimento do bloco convencional, com a ressignificação e criação de novas métricas em direitos humanos. A Corte IDH se utiliza de diversos dispositivos da Convenção Americana para criar uma interpretação que proíba a edição de referidas legislações pelos Estados. Além de não existir o texto expresso na Convenção Americana, a Corte IDH almeja capitular o tema como norma de *jus cogens*, o que agregaria valor ao bloco convencional e aumentaria a proteção sobre as disposições a serem protegidas.

No Caso *Gomes Lund vs. Brasil*, a Corte IDH fortalece a descolonização do padrão interpretativo em direitos humanos. A Corte considerou que a Lei de Anistia brasileira impede a investigação e a sanção de graves violações de direitos, as quais são incompatíveis com a Convenção Americana. Por essa razão, a Corte considerou que referida disposição normativa carece de efeitos jurídicos e não pode prosseguir representando um obstáculo, tanto para a investigação dos fatos, como para as possíveis identificação e punição dos responsáveis. Além disso, referido diploma legislativo não pode ter impacto equivalente em outros casos de graves violações de direitos humanos que tenham ocorrido no Brasil. Logo, a Corte IDH proferiu declaração de nulidade da Lei de Anistia brasileira por incompatibilidade com o texto da Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros [“Guerrilha do Araguaia”] vs. Brasil*, 2010, § 174).

No tocante às supostas vítimas elencadas pela Comissão, o Brasil foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado, o que implica na ofensa aos seguintes direitos contidos no texto convencional: (i) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); (ii) direito à vida (artigo 4º); (iii) direito à integridade pessoal (artigo 5º); e (iv) direito à liberdade pessoal (artigo 7º). Estes direitos foram interpretados com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos (artigo 1º, item 1), igualmente prevista na Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, §§ 125 e 325, ponto resolutivo n. 4).

Em relação ao desenvolvimento do bloco constitucional da Corte IDH, além de contemplar o conteúdo material apreciado em casos anteriores,²¹ o Caso Gomes Lund expandiu este conteúdo, agregando e ressignificando outros temas ao bloco convencional. O primeiro tema acrescido ao bloco convencional diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas. A Corte aprecia o tema – a partir de uma perspectiva integral –, em função da pluralidade de condutas que, relacionadas a um único fim, violam de maneira permanente os bens jurídicos protegidos pela Convenção.²²

A Corte IDH busca fundamentar o caso Gomes Lund a partir de uma perspectiva ascendente, demonstrando que o Direito Internacional retrata a questão do desaparecimento forçado. O plano internacional iniciou o debate pela busca do conceito operacional da questão na década de 1980 (ONU, 1983, §§ 130 a 132). Como destaque, o conceito continha a detenção ilegal por agentes estatais ou por grupo organizado privado atuando em nome do Estado, ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento.

Estas discussões provavelmente subsidiaram a Corte IDH na ressignificação e descolonização do conceito de desaparecimento forçado no Caso Velásquez Rodríguez²³. O conceito delineado pelo tribunal interamericano tem sido precursor na conscientização da gravidade e do caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas. Para

²¹ Destaque-se os casos *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* e *La Cantuta*.

²² Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009, § 101: “el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente bienes jurídicos protegidos por la Convención”.

²³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988, § 155): “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal”.

a Corte, o desaparecimento forçado vulnera inúmeros direitos protegidos pela Convenção. Esta situação coloca a vítima completamente indefesa, o que possibilita ofensas conexas, apresentando-se de maneira grave quando forma parte de um padrão sistemático ou prática tolerada pelo Estado (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 103).

Nesse aspecto, as características do conceito desenvolvido pelo caso Velásquez Rodríguez possibilitaram que a Corte IDH influenciasse e ressignificasse a formação do Direito Internacional. A influência não se limitou à Convenção Americana, mas alcançou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado,²⁴ o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,²⁵ bem como os grupos de trabalho organizados no âmbito da ONU (ONU, 1996, § 55)²⁶ e os julgamentos da Corte EDH (Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*, 1998).

Além de influenciar (e tentar descolonizar) o Direito Internacional, o bloco em torno do conceito de desaparecimento forçado alcançou as cortes constitucionais da América Latina, em um processo de interação múltipla da construção do direito pela jurisprudência da Corte IDH (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 104). Como reforço do bloco de constitucionalidade interamericano, a Corte IDH considera que a proibição à prática do delito de desaparecimento forçado de pessoas alcançou o caráter de norma de *jus cogens* (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 105).

²⁴ Artigo 2º: “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, o apoio ou o consentimento do Estado, seguido da recusa em reconhecer a privação de liberdade, ou do encobrimento do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, colocando-a assim fora do âmbito de proteção da lei.”

²⁵ Artigo 7º - Crimes contra humanidade:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

(...)

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

(...)

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

(...)

i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.”

²⁶ ONU. Grupo de Trabalho sobre o Desaparecimento Forçado ou Involuntário de Pessoas, Observação Geral ao artigo 4º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 15/01/1996. Informativo da Comissão de Direitos Humanos, documento E/CN. 4/1996/38, § 55.

No entanto, como novidade no desenvolvimento e na ressignificação do bloco convencional, a Corte associou o desaparecimento forçado de pessoas com o direito de acesso à justiça, o qual ela vem construindo em sua jurisprudência. No pensamento da Corte IDH, este direito impõe que as autoridades nacionais devem investigar o desaparecimento forçado de ofício (Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009, § 143).

A segunda novidade sobre o tema para a descolonização do Direito Internacional diz respeito à implementação do delito de desaparecimento forçado de pessoas no direito interno. Conforme delineado pela Corte IDH, para se alcançar uma investigação efetiva, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para o desenvolvimento da persecução penal. Para o tribunal interamericano, isto implica regulamentar o desaparecimento forçado como delito autônomo no âmbito do sistema jurídico interno (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 109).

Trata-se, sobretudo, de uma harmonização com a obrigação de implementar o conteúdo convencional por medidas legislativas, prevista pelo artigo 2º da Convenção Americana. Diante da complexidade que a questão envolve, o bloco de constitucionalidade elaborado pela Corte IDH apresenta-se como instrumento relevante para delinear o conceito de desaparecimento forçado, conjugando a jurisprudência da Corte IDH com o desenvolvimento do Direito Internacional sobre o tema²⁷.

Utilizado pela Corte IDH no caso Velásquez Rodríguez (1988, § 166), o direito à justiça²⁸ – que consiste na obrigação do Estado de investigar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos – adquire relevância diante da gravidade dos delitos cometidos e da natureza dos direitos lesionados. Diante do caráter de *jus cogens* da proibição do desaparecimento forçado de pessoas, esta categoria assume contornos importantes no desenvolvimento e na ressignificação do direito à justiça (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 137).

²⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, § 111: “En tal sentido, en el presente caso el análisis de las desapariciones forzadas debe abarcar el conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de este fenómeno es consecuente con la compleja violación de derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional”.

²⁸ O direito à justiça rotulado pela Corte IDH apresenta-se no plano do Direito Internacional geral como o princípio *aut dedere aut judicare*. Conhecido também como a obrigação de investigar e julgar, este instrumento jurídico existe no Direito Internacional geral em tratados internacionais, como o PIDCP, de 1966, e a Convenção contra a Tortura, de 1984. Mas a Corte IDH foi o primeiro tribunal internacional a utilizar desta obrigação, a qual foi reconhecida e utilizada recentemente pela CIJ, no caso Bélgica vs. Senegal (2012).

A obrigação de investigar a vulneração dos direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para proteger os direitos estabelecidos no texto convencional.²⁹ A Corte IDH considera este dever de investigar uma obrigação de meio (e não de resultado), a qual deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio.³⁰

Nesse contexto, uma das inovações que a Corte IDH promove no bloco convencional diz respeito à origem da obrigação de investigar. Além do parâmetro estabelecido pelo artigo 8º da Convenção, a obrigação de investigar deriva da legislação interna. Nesse aspecto, em seu sistema jurídico nacional, o Estado deve conter disposições normativas que permitam às vítimas ou seus familiares promoverem denúncias perante as autoridades do Estado, além de participarem processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos.³¹

Por essa razão, o implemento do direito à justiça exige que o Estado organize o seu aparato institucional, para o fim de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Ao permitir a manutenção da impunidade em seu sistema jurídico, o Estado está descumprindo o direito à justiça referente às pessoas sujeitas à sua jurisdição (Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988, § 176).

Além do mais, como desenvolvimento para o bloco convencional, a Corte IDH utiliza-se de diversos contenciosos presentes no Direito Internacional para reforçar seu

²⁹ Sobretudo, a obrigação de investigar é importante para a “efetivação do direito à memória e à verdade na busca pela superação as barbáries passadas, de modo a contribuir para a sua não repetição e, conseqüentemente, para o reforço das bases democráticas que sustentam o país” (BRAGATO; COUTINHO, 2012).

³⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* (2010, § 138): “El Tribunal reitera que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad”.

³¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* (2010, § 139): “La Corte también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación. Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querrelas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos”.

posicionamento em relação à sua criação jurisprudencial – o direito à justiça. Há uma influência recíproca entre as Cortes no plano internacional. Enquanto a Corte IDH se inspirou no Comitê de Direitos Humanos (ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Larrosa vs. Uruguai*, 1983, § 11.5; ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Gilboa vs. Uruguai*, 1985, § 7.2) para estabelecer parte dos argumentos no caso Velásquez Rodríguez, este, por sua vez, inspirou a ordem internacional – Corte EDH (Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*, 1998) e manifestação do TPI para Ex-Iugoslávia³² – em relação ao desenvolvimento do tema.

Como visto, o próprio tema anistia – que contribui para a formação do bloco convencional – não é reiteradamente discutido em outras instâncias do Direito Internacional, como a CIJ ou a Corte EDH. Considerar este tema como norma de *jus cogens* apresenta-se, portanto, como vital para a consolidação do bloco convencional e ressignificação dos direitos humanos no Sistema Interamericano. Dada a importância da interpretação conferida pela Corte IDH, a definição de novas métricas sobre o tema permite à Corte IDH avançar na sua proposta de constitucionalismo compensatório como discurso descolonizador e ressignificativo do Direito Internacional dos direitos humanos.

Considerações finais

Os resultados da descolonização do Direito Internacional dos direitos humanos poderá ser visto em duas perspectivas. Na primeira perspectiva – relacionada à própria Corte IDH –, o Tribunal interamericano passa a construir a sua própria perspectiva institucional. Um dos componentes de ressignificação institucional da Corte IDH é a criação, a partir da sequência de julgados, de um bloco de normatividade, que depois é assumido como bloco de convencionalidade. Esta ressignificação normativa constitui um dos principais instrumentos que a libertação das amarras do Direito Internacional clássico, e repercute diretamente no constitucionalismo compensatório, utilizado pela Corte IDH para promover o convencimento de sua posição e a ressignificação dos direitos humanos perante os Estados.

A segunda perspectiva é a aceitação, pelos Estados, desta nova roupagem dada pela Corte IDH ao Direito Internacional. O nível de aceitação implica em reconhecer o *déficit* de proteção dos direitos humanos a nível constitucional. Quanto maior a aceitação, pelos Estados,

³² O TPI para ex-Iugoslávia considerou que não haveria sentido aguardar, de um lado, a condenação de violações graves de direitos humanos e, por outro, autorizar medidas estatais que confirmam anistias aos perpetradores da vulneração de referidos direitos (TPI. Ex-Iugoslávia. *Caso Procurador vs. Furundžija*, 1998, § 155).

maior o nível de compensação constitucional promovido pela Corte IDH. Estados como Peru, Argentina, Costa Rica e Colômbia aceitaram o constitucionalismo compensatório promovido pela Corte IDH a tal ponto de ressignificar as respectivas ordens jurídicas internas, alterarem as suas constituições e atribuírem *status* constitucional (e supraconstitucional) aos julgamentos realizados pela Corte IDH. Existem Estados que repelem o constitucionalismo compensatório (Venezuela, Trinidad e Tobago) e Estados que, gradualmente, inserem este discurso como ressignificação de seus conceitos, como é o caso de Uruguai, Paraguai e do Brasil, por exemplo.

O constitucionalismo compensatório surge como uma tentativa de liberação de amarras do Direito Internacional tradicional apresentando novas métricas a serem implementadas em sistemas multi-nível que se complementam. Conceitos tradicionais como soberania ou autonomia cedem espaço à necessária proteção dos Direitos Humanos. A perspectiva é de que cada vez mais a construção do Direito Constitucional dos Estados acompanhe essa jurisprudência internacional. Podendo partir da via regional do Sistema Interamericano ou Europeu, mas alçando vãos mais altos ao assumir uma postura de harmonização de entendimentos condizentes com a proteção dos Direitos Humanos.

Referências

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Disponível em: <https://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law>. Acesso em: 25 out. 2021.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 7, n. 1, p. 49-61, 2015.

BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, p. 1203-1229, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. reimp. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos estudos jurídicos*, v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-

americano. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educ, p. 11-25, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, jan./jul. 2012.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CHRISTENSON, Gordon A. *Jus Cogens: Guardind Interests Fundamental to International Society*. *Virginia Journal of International Law*, v. 28, 1987, p. 585-648.

CIJ. Caso Bélgica vs. Senegal, relacionado à obrigação de extraditar ou de processar. Julgamento de 20/07/2012.

CIJ. Caso Haya de La Torre (Colômbia vs. Peru). Julgamento de 13/06/1951.

Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/7/2021.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAJA, Giorgio. *Jus cogens beyond the Vienna convention*. RCADI, tomo 172, 1981, p. 271-316.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/7/2021.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1835, 2010.

GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. Direitos humanos, descolonialismo e a contribuição brasileira para (re) interpretação dos conceitos de asilo e de refúgio. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 42, n. 2, p. 141-155, 2018.

GOMEZ ROBLEDO, Antonio. *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. RCADI, tomo 172, p. 9-218, 1981, p. 105-108.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, p. 398-425, 2013.

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

GONTIJO, André Pires. Diálogo entre os juízes: bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou bloco de normatividade interamericano? In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em:

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 13/7/2021.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 12/7/2021.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/7/2021.

KNOP, Karen. Here and There: International Law in Domestic Courts. *New York University Journal – International Law and Politics*, v. 32, 2000, p. 501-535.

KOH, Harold Hongju. International law as part of our law. *American Journal of International Law*, p. 43-57, 2004.

KOLB, Robert. *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*. Oxford: Bloomsbury, 2015.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l’homme en matière de lutte contre l’impunité. *Chronique internationale*, RSC 03, jul./set. 2007, p. 628-640.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MEJÍA-LEMONS, Diego Germán. On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Right’s Relevant Case Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 117-151.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 45, n. 135, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/7/2021.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Gilboa vs. Uruguai*. Comunicação n. 147/1983, Opinião de 1/11/1985.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Larrosa vs. Uruguai*. Comunicação n. 88/1981, Opinião de 25/03/1983.

ONU. Grupo de Trabalho sobre o Desaparecimento Forçado ou Involuntário de Pessoas, Observação Geral ao artigo 4º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 15/01/1996. Informativo da Comissão de Direitos Humanos, documento E/CN.4/1996/38.

ONU. Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 37º período de sessões, documento E/CN.4/1435, de 22/01/1981, § 4, e Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 39º período de sessões, documento E/CN.4/1983/14, de 21/01/1983.

PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 19, p. 67-93, 2012.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008;

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos direitos humanos. *Derecho y Cambio Social*, v. 11, n. 38, p. 4, 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla et. al. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHELTON, Dinah. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2 (Apr., 2006), p. 291-323.

TPI. Ex-Iugoslávia. *Caso Procurador vs. Furundžija*. Feito n. IT-95-17/1-T, julgamento de 10/12/1998.

UNITED NATION. CONFERENCE ON THE LAW OF TREATIES. Official Documents, 1st session. New York, 1969, p. 327, § 73. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf>. Acesso em: 13/7/2021.

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

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

VARELLA, Marcelo Dias. Building International Law from the Inside Out: The Making of International Law by Infra-State and Non-State Actors. Available at SSRN 2288209, 2013.

VIRALLY, Michel. *Panorama du droit international contemporain: cours général de droit international public*. RCADI, tomo 183, p. 9-382, 1983.