XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GILMAR ANTONIO BEDIN

MAURIDES BATISTA DE MACEDO FILHA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin

Maurides Batista De Macedo Filha – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-790-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

O marco inicial da emancipação e do reconhecimento constitucional dos direitos humanos já possui uma tradição de aproximadamente 250 anos de história (Declarações de 1776 e 1789). Essa processo enfrentou grandes desafios, mas se consolidou como um marco civilizacional. Na sociedade internacional, contudo, a referida trajetória é bem mais recente e está profundamente vinculada aos graves fatos que aconteceram durante a Segunda Guerra Mundial.

Tal referência é muito importante por que começaram a indicar uma grande mudança histórica: a ideia de que as soberanias dos Estados deveriam ser de alguma forma limitadas. Essa percepção decorre da constatação que o número de mortos na guerra podia ser contados aos milhões e que, muitas destas mortes, foram friamente planejadas por políticas oficiais de determinado Estado. Em consequência, as lições foram grandes. Entre essas uma se destaca: a necessidade de refletir sobre os atos cometidos. É que muitos dos atos que envolveram a Segunda Guerra Mundial implicaram uma ruptura com os direitos humanos e com a ideia de dignidade humana.

A consciência desta ruptura deixava claro que era fundamental a reconstrução dos direitos humanos e sua afirmação para além das fronteiras nacionais. Neste sentido, estava claro que, como lembra Flávia Piovesan, o tema da violação dos direitos humanos não poderia mais "ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional como legítima preocupação da comunidade internacional" (Piovesan, 2004, p. 118).

Este movimento do Segundo Pós-Guerra caminhou para a conversão dos direitos humanos em um dos temas centrais da sociedade internacional (Gomes, 2000) e impulsionou a elaboração, no decorrer dos últimos setenta anos, de um conjunto muito importante de documentos legais e que atualmente formam a base da proteção internacional dos direitos humanos.

A proteção referida indica que houve uma universalização da preocupação com a proteção das pessoas, seja nas relações internas ou externas, e que os seus principais instrumentos legais construídos de um conjunto de prerrogativas que passaram a "fazer parte do patrimônio da humanidade" (Douzinas, 2009, p. 18). Assim, fica claro que a proteção

internacional dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras e estabelece limites a todas as atividades estatais e ao exercício da soberania do Estado, mesmo nas situações de grandes conflitos.

Desta forma, foi formado o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Este sistema protege os direitos de qualquer ser humano quando o Estado é negligente, é omisso ou é o autor da violação dos direitos (Piovesan, 2004) e pressupõe que os Estados sejam instituições políticas que aceitam a mediação de normas coletivamente definidas para a regulamentação de suas ações e para a limitação de suas prerrogativas políticas, econômicas e jurídicas.

Nesse contexto, é importante lembrar da grande importância que adquiriu também a formação dos chamados Sistemas Regionais de Direitos Humanos. De fato, o mundo possui, na atualidade, três sistemas regionais importante e já claramente consolidados ou em amplo processo de consolidação. Os três sistemas regionais são o Sistema Europeu de Direitos Humanos, O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Sistema Africano de Direitos Humanos.

Os três subsistemas regionais possuem um papel fundamental na atualidade. Essa relevância é justificada seja pela atuação dos seus órgãos administrativos (de supervisão, de prevenção e de orientação) e judiciais (de solução de conflitos específicos) – cada vez mais efetiva – como pela maior convergência cultural dos Estados que compõe o respectivo sistema regional. Daí, portanto, a sua maior legitimidade política e seu sentido de pertencimento mais efetivo.

O Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II do XXVIII Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, realizado em Goiânia no dia 20 de junho de 2019, reuniu trabalhos que abordaram e aprofundaram muito dos temas que envolvem a proteção internacional dos direitos humanos. São temas que desafiam o leitor a refletir sobre variados aspectos, desde uma análise histórica dos Direitos Humanos até temas que passam pela análise do atual cenário nacional e internacional.

Daí o destaque dado pelos artigos aos seguintes temas: Da igualdade formal à igualdade material: uma análise histórica a partir das três gerações de direitos humanos; A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil; A responsabilidade internacional do Estado e controle de convencionalidade; A tutela do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise sob a perspectiva do caso Poblete Vilches vs. Chile; Principais influências das convenções internacionais no

programa de Compliance adotado na lei nº 12.846/2013 (lei anticorrupção); Os refugiados: limites e desafios jurídicos no campo da fronteira conceitual; O princípio pro homine e a lei de migração: breves considerações; O Estado Constitucional Cooperativo: contexto, traços fundamentais e sua materialização no Estado Constitucional Europeu; Direitos humanos na perspectiva do direito internacional europeu; Imperialismo dos direitos humanos? O tratamento controverso da proibição de edição de leis de anistia como norma de Jus Cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A violência sexual contra à mulher na guerra da Bósnia-Herzegovina: o estupro como arma e crime de guerra; Interação transnacional no Mercosul para proteção dos direitos humanos; O ritual de passagem dos índios Mardudjara e a (não) universalidade dos direitos humanos uma particular concepção sobre dignidade humana a partir do respeito à diversidade cultural; Direito à consulta prévia, livre e informada no Brasil: o caso dos indígenas Awá-Guajá no maranhão; O direito ao desenvolvimento para os povos quilombolas como direito humano; Justiça de transição espanhola: uma página ainda não virada; O método tópico de Theodor Viehweg e a questão jurídica dos deslocamentos humanos: uma análise antinômica entre a dignidade da pessoa humana e a soberania dos estados.

Todos temas, como se pode ver, muito atuais, e trazem uma visão multifacetada dos Direitos Humanos e do Direito Internacional e destacam a discussão sobre a importância dos direitos humanos fundamentais como uma construção histórica e como um marco civilizatório fundamental.

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ e URI)

Profa. Dra. Mauridês Macedo (UFG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

IMPERIALISMO DOS DIREITOS HUMANOS? O TRATAMENTO CONTROVERSO DA PROIBIÇÃO DE EDIÇÃO DE LEIS DE ANISTIA COMO NORMA DE JUS COGENS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

IMPERIALISM OF HUMAN RIGHTS? THE CONTROVERSY TREATMENT OF AMNESTY LAWS PROHIBITION BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Andre Pires Gontijo [1]

Resumo

Com a finalidade de investigar se a Corte IDH expande a sua jurisprudência por meio da norma de jus cogens, o artigo busca demonstrar o tratamento da proibição de edição de leis de anistia como norma de jus cogens. Não há uma regra escrita na Convenção Americana, e sim uma imposição da Corte IDH por meio de seus precedentes. Metodologia dogmática instrumental, com exame doutrinário e de precedentes, pretende-se investigar a norma de jus cogens e o estabelecimento do imperialismo dos direitos humanos pela Corte IDH. A hipótese é de um discurso impositivo em direitos humanos e será infirmada parcialmente.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito internacional dos direitos humanos, Corte interamericana de direitos humanos, Jus cogens, Proibição da edição de leis de anistia, Imperialismo dos direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The article investigates whether the IACHR expands its jurisprudence through jus cogens norm. The research seeks to demonstrate the treatment of the prohibition of amnesty laws as jus cogens norms. There is no written rule in the America Convention, but na imposition of IACHR through its precedents. With analysis of doctrine and precedents, it is intended to investigate the jus cogens norm and the establishment of human rights imperialism by IACHR. The hypothesis holds a tax discourse of human rights and will be partially denied.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International human rights law, Inter-american court of human rights, Jus cogens, Prohibition of amnesty laws, Imperialism of human rights

[1] Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor Titular do UniCEUB. Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência do Centro Universitário UNIEURO.

1 INTRODUÇÃO

Para ter protagonismo no cenário internacional é preciso contribuir para a formação do acervo normativo do direito internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) cumpre este papel, visto que "estimula" a criação de "novos direitos humanos" por meio de seu conjunto de precedentes.

Determinados temas – como a proibição de edição de leis de anistia – são tratados pela Corte IDH como uma regra de *jus cogens*. O *jus cogens* consiste no conjunto de normas que se impõem objetivamente aos Estados no plano do direito internacional. Assemelham-se às normas de ordem pública que limitam a liberdade das pessoas no âmbito do direito interno[1].

O objetivo do presente artigo é discutir a possibilidade de a Corte IDH se valer da regra de *jus cogens* para expandir sua jurisprudência em matéria de direitos humanos. Considerar determinado tema como (ou equiparado a) regra de *jus cogens* contribui para a construção judicial do discurso dos direitos humanos definido pela Corte IDH.

A Corte IDH trata o tema da proibição de anistia como norma de *jus cogens*. Pelo seu entendimento, as leis de anistia adotadas pelos Estados criam uma situação de impunidade, definida pela Corte IDH como grave violação de direitos humanos.

Este conceito tem em si uma argumentação descendente[2] que, por um lado, busca a objetividade do direito internacional no plano regional. Trata-se de argumento comunitário[3], utilizado para restringir a autonomia dos Estados em relação a este tema.

De outro lado, no entanto, não há no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana) uma proibição expressa, referente à edição das leis de anistia. No âmbito da jurisprudência da Corte IDH, a proibição à edição de leis

---

[1] 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 (2014, p. 153): "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".

[2] As perspectivas ou os discursos "ascendente" (parte da ordem jurídica e autonomia do Estado para expressar sua vontade e construir o acervo normativo do plano internacional, junto com os demais atores) ou "descendente" (parte da moral universal em direção à limitação da autonomia dos Estados) são baseados nos ensinamentos de 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.

[3] De igual forma, Koskenniemi (2005) se vale da expressão para indicar um argumento que beneficia a coletividade, em detrimento do argumento individual para a autonomia de cada Estado no plano internacional.

de anistia pelos Estados consiste em resguardar diferentes dispositivos da Convenção Americana, acrescidos da interpretação da Corte IDH sobre estes dispositivos. Logo, não há uma regra escrita, e sim a imposição da Corte IDH sobre os Estados, com a criação de um conjunto ou de um "bloco interpretativo" (ou bloco convencional) de precedentes.

Neste cenário, a problemática do presente artigo circunscreve-se no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com ênfase na discussão sobre Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial o tratamento jurisprudencial da Corte IDH em relação às normas de *jus cogens*.

Como questionamento, indaga-se: ao considerar o tema de proibição de edição de leis de anistia pelos Estados como norma de *jus cogens,* a Corte IDH busca consolidar a sua visão sobre os direitos humanos? Busca a Corte IDH estabelecer o "imperialismo"[4] dos direitos humanos?

A hipótese inicial é afirmativa no sentido de que a Corte IDH pretende que sua visão (ou discurso) sobre determinado direito humano prevaleça, equiparando o entendimento interpretativo (discurso) deste direito a uma norma de *jus cogens*.

Para determinados autores, este discurso promovido pela Corte IDH tem a feição de inquisição dos direitos humanos (REZEK, 2014). A crítica justifica-se diante da pantomina instalada pela Corte de San José da Costa Rica. A Corte IDH não elabora um discurso uniforme sobre a proteção humana. Ao contrário, defende bandeiras diferentes relacionadas aos direitos humanos. O julgamento da Corte IDH promove uma restrição aos demais direitos humanos previstos nos sistemas jurídicos nacionais. Para a Corte IDH, não basta que a vítima tenha acesso à justiça no âmbito do Estado. É preciso que os responsáveis pela violação de determinados direitos sejam punidos[5]. Com isto, há o sacrifício dos demais direitos humanos previstos no sistema jurídico doméstico, o que importa na restrição excessiva à autonomia dos Estados.

---

[4] Koskenniemi (2005, p. 479) considera como ficção moralista transformar o mundo em uma aparente comunidade. Para ele, como os valores são subjetivos, argumentos oriundos da justiça natural, interesses comuns ou uma visão natural aparentam um imperialismo disfarçado. Isto porque não há uma percepção imediata de qual é a natureza humana. Este tipo de tema é objeto de convenções entre os Estados. Pensar de forma contrária seria se engajar em utopias nostálgicas, de modo que cada argumento descendente seria considerado como ameaçador.

[5] Este direcionamento é denominado por Ezequiel Malarino (2010, p. 61) como "punitivización", conceito que diz respeito à implementação do discurso da Corte IDH, independentemente da organização jurídica interna do Estado, com os preceitos da legalidade, da segurança jurídica e dos valores contidos no princípio democrático e na autodeterminação dos povos. O Estado deve punir o responsável pela violação dos direitos humanos, mesmo que esta punição implique no desrespeito de outros direitos fundamentais contidos na ordem jurídica interna.

Para alcançar a hipótese, além do objetivo geral anunciado, são objetivos específicos do artigo: (i) examinar uma revisão bibliográfica sobre a norma de *jus cogens* no plano internacional e (ii) analisar um conjunto de julgamentos da Corte IDH que reflitam a equiparação da proibição da edição de leis de anistia como norma de *jus cogens*.

A metodologia predominante a ser utilizada será a dogmática-instrumental, com ênfase no estudo de precedentes da Corte IDH, da doutrina sobre direito internacional e sobre os direitos humanos que promovam o cotejo analítico e crítico dos conceitos operacionais com estes julgamentos, além do texto da Convenção Americana e de outros tratados que versem sobre a temática da norma de *jus cogens*.

Os referenciais teóricos utilizados serão os que realizam o exame crítico da norma de *jus cogens* (ALEXIDZE, 1981; BIANCHI, 2008; KOLB, 2015) em harmonia com aqueles que analisam os precedentes da Corte IDH (BINDER, 2011; BURGORGUE-LARSEN, 2014; CANÇADO TRINDADE, 2003; MALARINO, 2010) e as possíveis consequências para o plano internacional do tratamento dos direitos previstos na Convenção Americana como norma de *jus cogens* (KOSKENNIEMI, 2005; MARTIN-CHENUT, 2007; REZEK, 2014).

A justificativa teórico-acadêmica diz respeito ao avanço metodológico da Corte IDH, no sentido de seus julgados se tornarem mais elaborados, guardarem em si uma maior complexidade estrutural e demonstrarem a intenção de contribuir para o acervo normativo no plano internacional e, por consequência, modificar a ordem jurídica interna.

A justificativa social (e porque não pessoal) diz respeito à necessidade de se compensar o *déficit* de proteção dos direitos humanos que se observa na ordem jurídica interna dos Estados. Por exemplo, o Brasil já foi condenado em temáticas importantes no passado (Caso Ximenes Lopes, 2006; Gomes Lund, 2010) e, recentemente, logo após ser condenado por Trabalho Escravo (Corte IDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, 2016), promoveu alterações legislativas na esfera trabalhista[6].

Assim, a pesquisa irá retratar o desenvolvimento da norma de *jus cogens*, tanto no plano internacional, como também por meio de julgados que conferem tratamento metodológico à equiparação de determinados direitos humanos às normas de *jus cogens*.

[6] As alterações são a reforma trabalhista – Lei 13.467, de 13/7/2017, que alterou a CLT, bem como a Portaria 1.129/2017 do (hoje já extinto) Ministério do Trabalho, que abrandou as regras do trabalho escravo (uma possível troca política para os parlamentares da bancada ruralista permanecerem na coalização e auxiliarem o ex-Presidente Temer a ter sustentabilidade e governabilidade). Além de ter sido alvo de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (doravante STF) – vide, por exemplo, ADI 5.802/2017 –, a Portaria 1.293/2017 restabeleceu a sistemática anterior.

2 O DESENVOLVIMENTO DO *JUS COGENS* NO DIREITO INTERNACIONAL

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 (REZEK, 2014). Há divergência quanto à natureza e ao conteúdo do *jus cogens*. Pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante 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 que apenas pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza[7].

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 alguns Estados representativos da mesma. De fato, qualquer outra posição parece violar a igualdade soberana entre os Estados (GOMEZ ROBLEDO , 1981, p. 105-108).

A doutrina da norma de *jus cogens* mostra-se como um compromisso. Ela 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

[7] 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 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.

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, 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 NATIONS, 2006, p. 190). Este questionamento suscita o debate de como o *jus cogens* insere-se no plano internacional.

Esta discussão sobre a prevalência do *jus cogens* no plano internacional predomina entre os autores. Há a defesa de que as normas da Carta da ONU[8], por exemplo, não prevalecem na hipótese de conflito com as normas de *jus cogens* (FASSBENDER, 1998, p. 590). Este posicionamento torna a Carta da ONU um acordo internacional como qualquer outro tratado[9]. Isto é particularmente relevante em relação às resoluções do Conselho de Segurança, que em mais de uma vez já foi acusado de ir contra as normas de *jus cogens* (ZEMANEK, 1997, p. 231).

A estrutura formal da norma de *jus cogens* expressa supremacia no plano internacional. Cuida-se, nesse aspecto, do consentimento perceptivo de todos os integrantes da comunidade internacional. A imperatividade do *jus cogens* deriva de uma construção descendente dos Estados, formada a partir de regras da razão humana, como um consentimento coletivo entre os membros da comunidade. São, em parte, conjunto de

---

[8] O artigo 103 da Carta da ONU dispõe sobre a prevalência desta sobre os demais acordos internacionais: "Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta."

[9] No âmbito da CIJ, a opinião separada do Juiz Elihu Lauterpacht no Caso da Aplicação da Convenção de Genocídio defende que o *jus cogens* é um conceito superior – tanto no plano do costume internacional como no direito dos tratados – de maneira que a Carta da ONU estaria abaixo das normas de *jus cogens*. Esta aplicação se estenderia aos órgãos responsáveis pela jurisdição da Carta da ONU, como o Conselho de Segurança (CIJ. Caso Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, 1993. Voto separado do Juiz Elihu Lauterpacht, § 100).

valores éticos agregados pelo argumento comunitário, nos quais os Estados nada dizem contra (REZEK, 2014, p. 153-154)[10].

A doutrina constitucionalista considera o *jus cogens* como um corpo específico e superior de normas, que triunfa sobre os conflitos envolvendo os tratados e os costumes (Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido*, 2001, § 3) no âmbito do direito internacional. O *jus cogens* pode ser qualificado como uma norma constitucional (FISCHER-LESCANO, 2003, p. 743-749), em um sentido formal e material, presente no direito internacional (PETERS, 2006, p. 598; ALEXIDZE, 1981, p. 229)[11].

A proposta do *jus cogens* – contida na CVDT – demonstra-se hostil à ideia de consentimento como base necessária do direito internacional. Diferentemente do sistema jurídico nacional, em que há o domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, cujas regras imperativas – na maioria dos Estados – são criadas mediante o exercício da democracia – pelo voto e consenso nas assembleias –, no direito internacional existe um cenário menos representativo do interesse geral. No plano internacional, o Estado apresenta-se reticente em arriscar a sua individualidade e os seus interesses de política internacional com a atribuição de capacidades e competências soberanas ao contexto do *jus cogens,* cujas regras referentes ao seu reconhecimento ainda se encontram em formação (REZEK, 2014, p. 154).

A definição estabelecida pela CVDT reflete a ideia de que o *jus cogens* não é apenas o direito ordinário a partir do qual os Estados estão autorizados a derrogar ou a partir do qual eles podem estabelecer tratados. No entanto, a norma de *jus cogens* invoca inúmeras questões difíceis, nas quais estão incluídas a forma pela qual ela é identificada e em qual âmbito de atuação ela se situa (WET; VIDMAR, 2012, p. 47). Em regra, alguns autores consideram que o conceito de *jus cogens* tem sido invocado fora de seu contexto original no direito dos tratados e somente com impacto limitado (SHELTON, 2006).

As normas de *jus cogens* são frequentemente invocadas como hierarquicamente superiores pelos litigantes em processos judiciais no plano internacional. Grande parte dos tribunais internacionais tem sido relutante em aceitar a interpretação que confere

---

[10] Rezek tem a consciência de que os valores éticos foram agregados "ontem", em momentos diferentes da atual comunidade internacional, a qual possui novos membros e outros valores éticos e que discute se deve incluí-los ou não como *jus cogens*. Um dos exemplos disto é o caso acima citado, do congelamento de bens apreciado pelo TJUE.

[11] Vattel, citado por Alexidze, salienta que o *jus cogens* apresenta-se como direito necessário, sendo "inabalável, indispensável e inevitável, cujas obrigações impostas as nações não podem introduzir qualquer alteração por seus acordos e não podem libertar-se dessas obrigações, seja por atos unilaterais, seja por consentimento mútuo" (ALEXIDZE, 1981, p. 229).

superioridade hierárquica de forma ampla às normas desta natureza (WET; VIDMAR, 2012, p. 47-48).

Para ser considerado *jus cogens*, há a necessidade de a norma ser aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto. A partir desta premissa – e realizando um exame crítico sobre o discurso da Corte IDH –, alguma destas normas poderia ser considerada como *jus cogens* regional? Pela expressão comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, parte da doutrina considera ser improvável a possibilidade de *jus cogens* regional (REZEK, 2014, p. 154). Porém, outros defendem a ideia de que não haveria uma explicação convincente quanto ao ponto, permitindo-se a possibilidade de valores regionais (CASSESE, 2001, p. 139) conviverem de forma não conflitante com valores defendidos pela comunidade internacional (GAJA, 1981, p. 284).

Pela visão técnica e jurídica do *jus cogens*, não haveria razão para negar a existência de *jus cogens* regional. Estas normas podem ter algumas qualidades distintas da norma de *jus cogens* prevista a nível mundial. O *jus cogens* regional permaneceria obrigatório para proteger o sistema regional (como o europeu e o interamericano de direitos humanos, por exemplo) contra a derrogação pelos Estados que são partes deste sistema regional (KOLB, 2015, p. 124). No entanto, parece que o reconhecimento da existência de normas de *jus cogens* no plano regional seria inserir um complicador a mais na conceituação destas normas. Além do mais, a formação de *jus cogens* no âmbito regional poderia inibir a criação de normas de *jus cogens* no nível mundial, o que fracionaria os interesses da comunidade internacional (GALINDO, 2002, p. 109-110).

Diante da discussão jurídica em destaque, parte da doutrina (KOSKENNIEMI, 2005, p. 193) considera que as normas *jus cogens* são apenas um conjunto de regras que – tal como as outras regras – surgem do consentimento dos Estados e que são obrigatórias como qualquer outra regra comum (LAUTERPACHT, 1937, p. 357). Nesse sentido, somente as regras são obrigatórias e devem ser estabelecidas por critérios objetivos (processos de criação legislativa). As tentativas de criar diferentes categorias de regras ou o grau de normatividade de acordo com uma escala de significado são normativamente irrelevantes. Categorias como *soft law*, princípios gerais do direito internacional ou princípios fundamentais são para esta doutrina generalizações meramente descritivas de um conjunto determinado de regras, isto é, eles não teriam *status* normativo independente das regras (JENNINGS, 1967, p. 564).

Por outro lado, para o relatório da Comissão de Direito Internacional, a norma de *jus cogens* deve ser reconhecida pela prática internacional, pela jurisprudência dos

tribunais nacionais e internacionais e pela doutrina jurídica como normas peremptórias do direito internacional geral, visto que nenhum tratado nasce como *jus cogens*. Desde a incorporação no âmbito da CVDT, o relatório da Comissão considera que o ceticismo inicial em torno do *jus cogens* tende a desaparecer ao longo do tempo (UNITED NATIONS, 2006, p. 183-184).

Outro ponto controvertido diz respeito ao conteúdo da norma de *jus cogens.* Há uma dificuldade na identificação de seu conteúdo. A superioridade intrínseca desta regra particular é uma questão de opinião, na qual se necessita apreciar os valores sociais e morais envolvidos (VIRALLY, 1983, p. 176).

A Comissão de Direito Internacional possui opinião diversa. Ao invés de se prender o conteúdo de *jus cogens* por meio de definições abstratas e prescritivas, a Comissão adotou o caminho trilhado pela Conferência de Viena de 1966. Diante da polêmica questão de nulidade do tratado diante de uma norma de *jus cogens*, a Conferência de 1966 optou por deixar a definição do conteúdo material do *jus cogens* aos Estados e aos tribunais internacionais. No entanto, esta opção apresenta certo risco, pois a ausência de conteúdo verificável ao *jus cogens* e a dificuldade para ver como ele poderia ser identificado o tornaria inoperável ou sujeito à utilização indevida (KOSKENNIEMI, 2005, p. 323). Sobre o ponto, há o avanço do preenchimento do conteúdo do *jus cogens* no campo doutrinário e jurisprudencial, em especial em relação aos direitos humanos.

3 O *JUS COGENS* COMO NORMA DE DIREITOS HUMANOS

Em matéria de direitos humanos, a estrutura metodológica do *jus cogens* compreende a formação de dois campos de normas jurídicas. O primeiro campo é composto por um núcleo universal, o qual é imponível a todos os Estados. O núcleo universal contém as regras previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aceita por todos os Estados, que as convalidaram pela Conferência de Viena, de 1993 (VARELLA, 2013, p. 320-321).

A expansão em torno desses núcleos significa a construção de valores fundamentais de convivência humana. Os valores fundamentais componentes do núcleo duro deste campo compreendem: (i) a restrição à tortura, ao tratamento desumano e degradante, bem como à escravidão; (ii) a não retroatividade da lei-penal; (iii) a restrição ao genocídio, além da proteção contra a privação da liberdade de forma abusiva; (iv) a proibição da morte e da execução sumária; (v) a proibição da deportação forçada; (vi) a discriminação racial sistemática (VARELLA, 2013, p. 320-321); (vii) o *apartheid*; (viii) a proibição do agressivo uso da força; (ix) o direito de autodefesa; (x) a proibição de

hostilidades direcionadas à população civil (regras básicas do direito internacional humanitário); (xi) crimes contra a humanidade; (xii) proibição da pirataria (UNITED NATIONS, 2006, p. 189); (x) princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e (xi) o princípio da autodeterminação (BROWNLIE, 2002, p. 515). Como os Estados aceitaram e reconheceram como valores fundamentais comuns, o seu cumprimento é realizado pela comunidade internacional (TURGIS, 2012, p. 58).

Por sua vez, o segundo campo normativo é composto por um conjunto variável de normas aceitas como padrões nacionais de direitos humanos, que derivam ou não das normas jurídicas contidas no âmbito de convenções internacionais de proteção humana. Os pontos divergentes sobre a questão remeteriam a compreender a composição do núcleo essencial. Isto é, se a identidade do direito é derivada do plano internacional, compatível com a harmonização pela margem nacional de apreciação dos Estados (DELMAS-MARTY, 2004, p. 14-18; SANDS, 1998, p. 85-89), ou se esta identidade decorre de normas derivadas do padrão cultural de direitos humanos de nações centrais – como os países europeus ou os Estados Unidos –, com restrições inerentes à implementação interpretativa nos Estados (NEVES, 2009).

Nesse contexto, o *jus cogens* está atrelado à evolução das normas voluntárias e necessárias no âmbito do direito internacional (ALEXIDZE, 1981, p. 233). O direito internacional necessário é composto pelas normas consideradas imprescindíveis para a atuação do Estado perante a comunidade internacional. De outro lado, o direito internacional voluntário remete-se ao conjunto de regras que são reguladas por dispositivos nacionais. No entanto, por livre consentimento, os Estados atribuem capacidades e competências soberanas para o plano internacional, com o objetivo de realizar regulação em conjunto com os demais Estados (VARELLA, 2013, p. 131), na busca por alcançar a objetividade do direito internacional (KOSKENNIEMI, 2005).

Em virtude do aumento da interdependência entre os Estados, esta distinção apresenta-se mais tênue. Grande parte desta aproximação é devida ao aumento dos processos econômicos e políticos, que influenciam o sistema jurídico. Assim, os processos de integração revelam-se tão importantes que o Estado não tem a opção de rejeitar determinadas normas elaboradas no plano internacional, sob pena de ser excluído dos conjuntos normativos que asseguram sua sobrevivência. Desse modo, os temas considerados internacionalizados pela vontade dos Estados tornam-se direito internacional necessário (VARELLA, 2013, p. 131-132).

Como visto, as normas consideradas *jus cogens* estão previstas na CVDT. Este instrumento internacional apresenta-se como uma consolidação dos costumes internacionais (BROWNLIE, 2002, p. 515). Inúmeros países – dentre eles o Brasil – apresentaram resistência em sua internalização, tendo em vista a previsão deste conjunto de normas peremptórias que alicerçam o direito internacional. Isto se justifica tendo em vista que os Estados sempre se apresentaram receosos para reconhecer limitações relacionadas ao seu poder de celebrar tratados (MEDEIROS, 1995).

A previsão de existência do *jus cogens* está disposta na CVDT, na medida em que este texto convencional criou uma hierarquia entre normas peremptórias de direito internacional e os demais tratados (ALEXIDZE, 1981, p. 247-248). A aceitação do *jus cogens* implica no fato de os Estados estarem criando uma autolimitação do seu livre consentimento no plano internacional. Trata-se do estabelecimento da objetividade do direito internacional – por meio deste argumento comunitário – em que se condiciona a liberdade dos Estados (KOSKENNIEMI, 2005) para se estabelecer parâmetros de convivência no âmbito da comunidade internacional.

Não há uma relação de normas aceitas como *jus cogens* pela comunidade internacional. Nesse aspecto, não há uma regulação procedimental acerca dos requisitos que uma norma internacional deve cumprir para ser considerada *jus cogens*. Assim, há obstáculos importantes para a consolidação do instituto. O critério existente associa o reconhecimento por um tribunal internacional com o conjunto de valores de determinada época. Atualmente, os direitos humanos apresentam-se como espécie normativa que preenche estes dois requisitos.

Ao lhe conferir natureza de norma de direitos humanos, a aceitação geral do *jus cogens* teria condições de colocá-lo como parte do topo da hierarquia normativa do direito internacional. No entanto, esta construção interpretativa implica em um problema de posicionamento teórico entre os autores. Por essa razão, a aproximação da definição e da implementação de *jus cogens* é realizada no plano jurisprudencial (WET; VIDMAR, 2012; ACOSTA ALVORADO, 2011).

A Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH) apreciou esta situação no Caso Jones e outros vs. Reino Unido (2004). Não obstante tenha debatido a relação do *jus cogens* com o conceito de tortura, a Corte EDH não considerou que houve ofensa ao artigo 6º, parágrafo primeiro da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Corte EDH fez prevalecer a imunidade de jurisdição do Estado sobre o conteúdo normativo do *jus cogens*.

Logo, a evolução do direito internacional demonstra que o *jus cogens* avança muito além dos tratados, estendendo-se a todo o direito internacional contemporâneo por meio dos precedentes jurisprudenciais. Ao ser atrelado ao conteúdo material dos direitos humanos (BIANCHI, 2008), o *jus cogens* projeta-se nos sistemas jurídicos nacionais, tornando inválido qualquer ato normativo incompatível com ele (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 75).

Neste contexto, a emergência das normas peremptórias do direito internacional em matéria de direitos humanos é amplamente reconhecida e difundida no âmbito dos julgamentos da Corte IDH. O tribunal interamericano apresenta-se como a jurisdição que mais associa a norma de *jus cogens* aos casos a elas submetidos. A discussão que se apresenta é a conotação desta associação. No âmbito do exercício de suas funções de proteção à pessoa humana, ao proceder com a afirmação do conteúdo material do *jus cogens* (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 75), a Corte IDH adota uma perspectiva descendente e subjetiva do tema, ou formula apontamentos ascendentes e objetivos, que são recepcionados pelos Estados? Este é o objeto de abordagem no próximo tópico.

4 O *JUS COGENS* NO CONTEXTO DA CORTE INTERAMERICANA: HÁ A FORMAÇÃO DO "IMPERIALISMO" DOS DIREITOS HUMANOS?

Para formar o seu entendimento sobre a equiparação das disposições da Convenção Americana a normas de *jus cogens*, a Corte IDH utiliza a perspectiva descendente para enquadrar temas de seu interesse como parte do conceito de graves violações de direitos humanos.

A proibição da edição de leis de anistia pelos Estados da América Latina apresenta-se como um destes principais temas no fortalecimento da jurisprudência da Corte IDH. Por um lado, 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, com instituições nacionais e sistemas democráticos frágeis (BINDER, 2011, p. 1204-1205).

De outro, 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 da jurisprudência da Corte – em formato de "bloco normativo de precedentes" ou "bloco convencional" (GONTIJO, 2016). 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.

Este tipo de abordagem da Corte IDH caminha para a instalação de uma situação de "imperialismo" dos direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2005, p. 479), sobretudo em relação à sua interpretação dos dispositivos convencionais. Sem o discurso uniforme sobre a proteção humana, a Corte IDH corre o sério risco de sacrificar os dispositivos de direito doméstico que realizam a proteção constitucional na ordem jurídica interna. Esta restrição excessiva à autonomia dos Estados pode levar a situações de descumprimento de seus julgamentos. Isto pode ocorrer, sobretudo, em função dos precedentes conterem uma perspectiva descendente e subjetiva dos direitos humanos, sem uma visão autocrítica, o que implicaria na consolidação da tendência imperialista e representaria a falha do projeto normativo (KOSKENNIEMI, 2005, p. 484).

No caso Barrios Altos vs. Peru, a Corte IDH criou a interpretação que proíbe os Estados anistiar graves violações de direitos humanos (Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Peru, 2001). Ela se utilizou da declaração de nulidade em razão da incompatibilidade da legislação nacional com o texto da Convenção Americana. Esta técnica guarda semelhança com a declaração de nulidade do controle de constitucionalidade, realizada pelas cortes constitucionais dos Estados (BURGORGUE-LARSEN, 2014).

Como elemento material de fundamentação do julgado, a Corte IDH considerou como inadmissíveis as disposições relacionadas à anistia, à prescrição e ao estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos. No rol destas graves violações, a Corte elenca atos como tortura, execuções sumárias (extralegais ou arbitrárias) e o desaparecimento forçado de pessoas. Todas estas condutas devem ser proibidas por contrariar direitos inderrogáveis, reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos (Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Peru, 2001, § 41).

Como consequência manifesta da incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana, a Corte IDH considerou que referidas leis carecem de efeitos

jurídicos. Nesse aspecto, a Corte proferiu sentença com declaração de nulidade da legislação peruana, por incompatibilidade com o texto convencional. Com isso, as autoridades peruanas não podem impedir a investigação dos fatos relacionados ao caso e nem a atribuição de responsabilização e sanção aos responsáveis (Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Peru, 2001, § 44).

É importante observar que a Corte IDH se utilizou de uma perspectiva descendente para examinar o caso. Ao cotejar a narrativa dos fatos e considera-las como graves violações dos direitos humanos, a Corte IDH interpretou os fatos sem ter um dispositivo expresso no texto da Convenção Americana, que não permita a edição de leis relacionadas à anistia. O argumento de que este tipo de lei torna a vítima indefesa e perpetua a impunidade demonstra o discurso da Corte como tribunal subjetivo, em que abre os termos e permite o uso de argumentos ambíguos. Usa do argumento descendente, de modo a criar a jurisprudência pela moral, e não pelo texto convencional (KOSKENNIEMI, 2005, p. 30-38).

Ainda que não tenha mencionado de forma explícita quando da contrariedade a direitos inderrogáveis, a Corte IDH referia-se à equiparação à norma de *jus cogens*. Nota-se aqui que a Corte IDH fez dois movimentos: (i) o primeiro, no que se refere a utilizar-se do conceito de tortura para enquadrar o caso, o que nesse ponto a Corte estaria apenas replicando o reconhecimento do *jus cogens* pelo direito internacional geral; (ii) de outro lado, o segundo expediente incluiu outros conceitos – como execuções sumárias (extralegais ou arbitrárias) e o desaparecimento forçado de pessoas. Neste ponto, há a inovação da Corte IDH em relação ao plano internacional, o que suscita questões importantes para a crítica.

A primeira delas é se a Corte pretende que a comunidade internacional reconheça estas novas hipóteses como normas de *jus cogens*. Parece que a Corte IDH busca alcançar o nível do direito internacional geral. Esta interpretação da Corte IDH conferiu uma interpretação ampliativa ao conceito de *jus cogens*, para além da seara do direito dos tratados (GALINDO, 2002, p. 360).

A norma de *jus cogens* é incompatível com as características existentes no direito internacional positivo atual, que permanece como direito de coordenação, em sua grande parte. Julgamentos da Corte IDH como este extrapolam não apenas a sistemática do instituto no plano internacional, mas também deste ambiente de coordenação. Logo, o reconhecimento do *jus cogens* nesta sociedade de Estados – que não tem poder legislativo definido e autoridades judiciárias segmentadas – apresenta-se perigosa, sobretudo pelo

subjetivismo – como demonstrado pela Corte IDH – que abre caminho para ao regresso ofensivo do direito natural. Logo, as tentativas para argumentar a partir de uma codificação natural são vistas como tentativas camufladas de impor argumentações subjetivas ou opiniões políticas sobre o auditório (KOSKENNIEMI, 2005, p. 18).

Posteriormente, no Caso Almonacid Arellano vs. Chile, a Corte IDH considerou que a execução extrajudicial cometida por agentes estatais contra a vítima foi um crime contra a humanidade. Por este crime, a Corte adota a definição do direito internacional, na qual este tipo de delito é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos, a qual afeta toda a humanidade.

Nesse ponto, a Corte IDH se inspirou na construção do direito internacional pela via do costume e das cláusulas gerais contidas nos princípios gerais do direito internacional. A Corte IDH considera que está incluída no rol interpretativo dos crimes contra a humanidade a prática de atos desumanos, como o assassinato cometido em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Logo, basta que apenas um ato ilícito para que se produza um crime contra a humanidade.

No ponto, a Corte IDH considera esta caracterização como crime contra a humanidade, uma ofensa a norma de *jus cogens*[12], de modo que a penalização para estes crimes é obrigatória, conforme o direito internacional (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,* 2006, § 99).

A Corte IDH considera que este tipo de crime produz a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos no âmbito da Convenção Americana. Por essa razão, a Corte compreende que este tipo de delito não pode se tornar impune. Logo, os Estados não podem se esquivar do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes contra a humanidade, em especial quando lhes aplica leis de anistia ou outro tipo de norma interna. Por essa razão, a Corte IDH considerou que os crimes contra a humanidade são delitos em que não se pode conceder anistia.

A Corte IDH trouxe para o âmbito do Sistema Interamericano conceitos existentes no direito internacional geral, mas cuja proteção e implementação não eram realizadas pelos Estados da América Latina. Desse modo, a real contribuição da Corte neste caso foi o fortalecimento da Convenção Americana mediante a sua interpretação.

[12] A proibição de crimes contra a humanidade é considerada também como norma de caráter de *jus cogens* por ALEXIDZE (1981, p. 263): "principles prohibiting crimes against humanity, as established in the Statutes of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, and in Geneva Conventions of 1949 on Victims of War".

Em especial, o texto convencional foi fortalecido ao considerar que determinadas práticas ofensivas aos direitos humanos são protegidas pelo direito internacional.

Além do mais, a Corte IDH contribuiu para o fortalecimento do acervo normativo do plano internacional, ao reforçar a ideia de que a proibição de cometer crimes contra a humanidade qualifica-se como norma de *jus cogens*. A Corte não tentou avançar para a criação de uma norma de *jus cogens* no plano regional. O objetivo do tribunal foi em fortalecer o entendimento sobre o texto convencional, agregando à sua interpretação elementos do direito internacional geral.

Assim como os Estados da América Latina apresentam suas diferenças em termos de organização jurídica, o discurso formulado pela Corte IDH também irá apresentar diferentes níveis de aceitação e concretude, a depender do caso em análise. Exemplo desta variação é o Caso Gomes Lund vs. Brasil, em que lógicas "próprias e distintas" se confrontam em relação ao tema de proibição da edição de leis de anistia.

O caso apresenta um paradoxo entre os discursos de apologia e de utopia em matéria de direitos humanos. A apologia diz respeito ao esforço da Corte IDH em reunir número expressivo de argumentos ascendentes – do plano internacional, disposições convencionais regionais e julgamentos da própria Corte, da Corte EDH e dos Estados da América Latina – para justificar a consolidação da construção jurisprudencial relacionado à proibição da edição de leis de anistia. A utopia refere-se à pretensão da Corte IDH – por meio da sua interpretação – em equiparar esta construção jurisprudencial à norma de *jus cogens* e aplicar esta construção sem ter o consentimento expresso dos Estados.

No ponto, 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 e 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. Desse modo, seguindo a linha dos casos anteriormente analisados, a Corte IDH proferiu declaração de nulidade da lei de anistia brasileira por incompatibilidade material com o texto da Convenção Americana (Corte IDH, Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010, § 174).

A Corte IDH busca fundamentar este caso a partir de uma perspectiva ascendente, demonstrando que o direito internacional retrata a questão do desaparecimento forçado desde a década de 1980 (ONU, 1981, § 4; ONU, 1983, §§ 130 e 132). O debate subsidiou a Corte IDH para construir o conceito de desaparecimento forçado no Caso Velásquez Rodríguez (1988, § 155). Além de influenciar 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. Como reforço da sua construção jurisprudencial, 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 vs. Brasil, 2010, §§ 104 e 105).

Logo, além de contribuir para a formação do acervo normativo internacional, a Corte IDH extrai seus argumentos do desenvolvimento do direito internacional existente. A inovação – nesta última referência – está na forma como implementa e relaciona o conteúdo material extraído com os Estados.

Nesse contexto, como inovação promovida no Caso Gomes Lund, além do exame do processo de adoção pelo Estado da Lei de Anistia, neste caso específico a Corte buscou analisar o motivo determinante de referida lei. Com efeito, ao verificar que o objetivo da Lei de Anistia brasileira não era apenas um "acordo político", mas sim deixar impunes as graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar instalado na época, a Corte fixou novo posicionamento sobre o tema.

Assim, para a Corte, a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana – sobretudo em função da violação grave dos direitos humanos – não se apresenta apenas como uma questão formal. A partir deste caso, a Corte IDH passa a observar o aspecto material, a partir da interpretação sistemática dos artigos 8º e 25, em harmonia com as obrigações estabelecidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção (Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010, § 175).

Como crítica à Corte IDH, observa-se que ela se comporta como tribunal subjetivo, com o intuito de permitir que o conceito referente à proibição de leis de anistias esteja aberto e flexível a novas interpretações. Esta abertura e flexibilidade não apenas permite alcançar a perspectiva descendente, mas abre caminho para a consolidação do imperialismo em matéria de direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2005, p. 479). Esta incompatibilidade material – desde o caso Barrios Altos – sempre foi um requisito (ainda que implícito) para a declaração de incompatibilidade da disposição normativa interna com a Convenção Americana. O que a Corte IDH fez ao longo dos casos anteriores foi preparar o terreno para consolidar o seu entendimento, só que por uma perspectiva ascendente, isto é, com fundamento em precedentes normativos anteriores.

5 CONCLUSÃO

Como resposta à problemática da pesquisa, a Corte IDH produz um discurso descendente e subjetivo em direitos humanos, sem uma visão autocrítica, o que implica na consolidação de sua tendência imperialista. Isto consiste em não defender os direitos humanos em si, mas aquilo que representa os direitos humanos para a Corte IDH.

Como visto, o *jus cogens* é um instituto pertencente ao direito internacional geral. Leva-se tempo – e uma sequência de repetições e reconhecimentos, sobretudo pelos tribunais internacionais – para que determinada norma jurídica seja reconhecidamente válida como *jus cogens*.

Nada impede que a Corte IDH declare que determinado instituto jurídico seja equiparado a uma norma de *jus cogens*. Entendo que seria mais produtivo – e lógico – que a Corte IDH equiparasse determinado dispositivo convencional como *jus cogens* já reconhecido no plano internacional – ou mesmo em fase de provável reconhecimento, sobretudo por outros tribunais internacionais.

A subjetividade do tribunal interamericano também alcança a problemática da norma de *jus cogens*. A Corte IDH almeja que a proibição da edição de leis de anistia pelos Estados – e, por consequência, o combate ao delito de desaparecimento forçado de pessoas – também sejam considerados norma de *jus cogens*. Na minha opinião, por buscar o direito internacional em diferentes níveis – regional e universal – na tentativa de construir uma perspectiva ascendente, a Corte IDH não quer apenas configura-los como norma de *jus cogens* regional, e sim alça-los no âmbito universal.

O perigo desta construção é a ausência de consentimento expresso dos Estados (KOSKENNIEMI, 2005, p. 323-325). Sem o cumprimento dos requisitos do artigo 53 da CVDT, esta construção da Corte IDH não pode ser elevada ao patamar de *jus cogens*. Ainda assim, o perigo da tendência imperialista subsiste, pois há a possibilidade – ainda que remota – de que os Estados reconheçam esta construção pelo costume internacional. Mesmo determinado Estado não participando da construção deste costume, pode ele vir a estar obrigado a participar dele por vontade dos outros Estados (VARELLA, 2013, p. 132), em função da interdependência (KOSKENNIEMI, 2005, p. 477) instalada no plano internacional, visto a CVDT ser considerada uma consolidação dos costumes internacionais (BROWNLIE, 2002, p. 515).

Logo, ainda que o "imperialismo" em direitos humanos promovido pela Corte IDH seja um discurso descendente, a conformação dos Estados pode permitir a legitimação da construção jurisprudencial da Corte IDH, transformando não apenas em

argumentos ascendentes, como também legitimando a equiparação dos institutos da Convenção Americana como normas de *jus cogens*.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 18/3/2019.

ALEXIDZE, Levan. Legal nature of Jus cogens in contemporary international law. RCADI, tomo 172, p. 219-270, 1981.

BECKETT, Jason A. Behind relative normativity: rules and process as prerequisites of law. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 4, p. 627-650, 2001.

BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.

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

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

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-Planc-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional*: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

CIJ. Caso Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro). Ordem de 13/09/1993 – Novos pedidos de indicação de medidas cautelares. Voto separado do Juiz Elihu Lauterpacht, § 100.

CIJ. Caso Bélgica vs. Senegal, relacionado à obrigação de extraditar ou de processar. Julgamento de 20/07/2012, § 99.

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

Corte EDH. *Caso Jones e outros vs. Reino Unido*. Petições n.(s) 34356/06 e 40528/06. Quarta Seção. Mérito. Sentença de 02/06/2014.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.

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

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

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

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

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter As Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 529-619, 1998.

FASTENRATH, Ulrich. Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law*, v. 4, p. 305-340, 1993.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf>. Acesso em: 30/12/2013.

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

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

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

GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo Compensatório como Discurso em Matéria de Direitos Humanos*: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina. Brasília : UniCEUB, 2016.

JENNINGS, R.Y.. *General course on principles of international law*. RCADI, tomo 121, p. 323-605, 1967.

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.

LAUTERPACHT, H.. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, tomo 62, p. 95-422, 1937.

MALARINO, Ezequiel. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010.

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.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

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

ONU. Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 37º período de seções, documento E/CN.4/1435, de 22/01/1981.

ONU. Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 39º período de seções, documento E/CN.4/1983/14, de 21/01/1983.

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

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

ŠAHOVIC, Milan. Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats. RCADI, tomo 137, p. 243-310, 1972.

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

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.

SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

TURGIS, Sandrine. *Les intéractions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf>. Acesso em: 18/3/2019.

UNITED NATIONS. 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: 25/3/2019.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. 53th session. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 25/3/2019.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. 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.

UNITED NATIONS. SECURITY COUNCIL. Resolution 827, 25/05/1993. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22/3/2019.

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

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

WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law*: The Place of Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZEMANEK, Karl. *The legal foundations of the international system*: general course on public international law. RCADI, tomo 266, p. 9-335, 1997.