

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

Raquel Frescura Ceolin

**MIGRAÇÕES FORÇADAS NA AMÉRICA LATINA: UM DIÁLOGO A
PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS E A
ATUAÇÃO DA CORTE IDH**

Santa Maria, RS
2021

Raquel Frescura Ceolin

**MIGRAÇÕES FORÇADAS NA AMÉRICA LATINA: UM DIÁLOGO A PARTIR DA
TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DA CORTE IDH**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), sob Área de Concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase na Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização”, como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS
2021

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001

Ceolin, Raquel
Migrações forçadas na América Latina: Um diálogo a partir da teoria crítica de direitos humanos e a atuação da Corte IDH / Raquel Ceolin.- 2021.
215 p.; 30 cm

Orientadora: Valéria Ribas do Nascimento
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Direito, RS, 2021

1. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. Teoria crítica. 3. Direitos Humanos. 4. Imigração. I. Ribas do Nascimento, Valéria II. Título.

Sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFSM. Dados fornecidos pelo autor(a). Sob supervisão da Direção da Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central. Bibliotecária responsável Paula Schoenfeldt Patta CRB 10/1728.

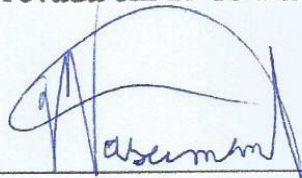
Declaro, RAQUEL CEOLIN, para os devidos fins e sob as penas da lei, que a pesquisa constante neste trabalho de conclusão de curso (Dissertação) foi por mim elaborada e que as informações necessárias objeto de consulta em literatura e outras fontes estão devidamente referenciadas. Declaro, ainda, que este trabalho ou parte dele não foi apresentado anteriormente para obtenção de qualquer outro grau acadêmico, estando ciente de que a inveracidade da presente declaração poderá resultar na anulação da titulação pela Universidade, entre outras consequências legais.

Raquel Frescura Ceolin

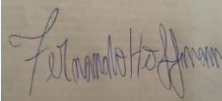
**MIGRAÇÕES FORÇADAS NA AMÉRICA LATINA: UM DIÁLOGO A PARTIR DA
TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DA CORTE IDH**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), sob Área de Concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase na Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização”, como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Aprovada em 13 de maio de 2021:



Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)



Fernando Hoffmam, Dr. (UFSM)



Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Dr. (UNIJUI)

AGRADECIMENTOS

Finalizo essa etapa com o sentimento de gratidão, por cada momento que o processo de fazer um Mestrado me proporcionou, tanto na (des)construção de conhecimentos como de evolução acadêmica e pessoal.

Isso só foi possível pelo constante apoio daqueles que se fizeram presentes – alguns mesmo que de longe – durante essa trajetória. Dentre esses, cabe agradecer, primeiramente – e não poderia ser diferente – aos dois sujeitos que me ensinaram, desde criança, os valores que cultivo e a valorizar cada passo dado na caminhada da vida, (mãe) Vilma e (pai) Iلسon. Se estou concluindo mais essa etapa é pelo contínuo apoio e incentivo de vocês, saibam que tenho muito orgulho de carregar um pouco de cada um em mim. Do mesmo modo, agradeço pelo apoio e amor dos meus irmãos, Rafael e Ana Laura, dos quais sinto saudade diariamente.

Ao amor, apoio e compreensão do meu companheiro de vida, Vitor. A tua companhia, companheirismo e saber que podia contar com teu apoio e, sempre, com uma palavra de conforto – de que ia dar tudo certo – fizeram dessa caminhada mais leve. Sou muito grata por nós.

À minha querida orientadora, Professora Dra. Valéria Ribas do Nascimento, pela orientação, disponibilidade, carinho e por compartilhar o conhecimento durante toda essa trajetória – o que me proporcionou e inspirou o contato mais intenso com as obras de Joaquín Herrera Flores. Grata pelos diálogos que clarearam minhas ideias no começo da pesquisa.

Ao Professor Dr. Fernando Hoffmam que, pela orientação e contato já no final da graduação, quando eu nem imaginava que poderia fazer um Mestrado, tornou possível minha aproximação à área da pesquisa e foi a maior inspiração para que eu decidisse seguir na trajetória acadêmica. O teu apoio, incentivo e ensinamentos me fizeram acreditar que seria possível embarcar nessa jornada e serviram – servem – de exemplo para minha formação pessoal e profissional. Grata por ter tido a oportunidade de ser tua aluna e cruzar teu caminho.

Aos meus colegas do Mestrado, especialmente ao grupo “Confraria” – Alisson, Daniela e Vanessa. O suporte e amizade de vocês foram fundamentais neste percurso.

À Universidade Federal de Santa Maria, na pessoa dos professores do Programa de Pós Graduação em Direito, pela oportunidade de fazer o Mestrado em uma universidade pública, gratuita e de qualidade.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento da pesquisa.

RESUMO

MIGRAÇÕES FORÇADAS NA AMÉRICA LATINA: UM DIÁLOGO A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DE DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DA CORTE IDH

AUTORA: Raquel Frescura Ceolin

ORIENTADORA: Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

A marca da concepção hegemônica e eurocêntrica dos direitos humanos é a universalidade e a previsão desses enquanto garantidos a todos em condição de igualdade e sem qualquer discriminação. Contudo, ao se observar a realidade, observa-se o abismo que há entre o que se diz e o que se faz em direitos humanos. Isso porque esses direitos são constantemente violados a determinados grupos sociais, como os imigrantes em contexto de migração forçada, os quais não tem acesso aos bens necessários a uma vida digna. Daí a importância de refletir sobre esses direitos a partir das lentes da teoria crítica, sobretudo pelos aportes elaborados por Joaquín Herrera Flores em um diálogo com autores latino-americanos – teoria de base definida para a presente pesquisa. Para tanto, a região delimitada foi a da América Latina, contemplada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), de modo a compreender os fluxos migratórios que se colocam nesse contexto e o cenário dos direitos humanos em uma região marcada pela desigualdade social e um movimento pendular entre autoritarismos e democracias – sendo a democracia indissociável dos direitos humanos. Com isso, o questionamento que orienta o estudo é o seguinte: quais os limites e perspectivas existentes no SIDH, sobretudo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere aos imigrantes em contexto de migração forçada? O caminho utilizado para responder essa problemática encontra respaldo no método dialético, tendo em vista que o objeto da pesquisa será abordado a partir de suas contradições, ou seja, de uma revisão crítica dos direitos humanos desde a concepção hegemônica às lentes da teoria crítica, de modo a desvelar o fenômeno migratório, especialmente das migrações forçadas, nessa ótica. Quanto aos métodos de procedimento, tem-se o monográfico e o histórico. As técnicas de pesquisa são de revisão bibliográfica e documental, para estabelecer os contornos teóricos e conceituais da investigação e, por fim, será realizada uma investigação empírica dos casos contenciosos e opiniões consultivas da Corte IDH, com a análise qualitativa dos documentos selecionados. Nesse sentido, a primeira seção estuda os direitos humanos desde a concepção hegemônica às lentes da teoria crítica, assim como o cenário desses direitos na América Latina e o fenômeno migratório na região, definindo os conceitos pertinentes ao decorrer da pesquisa. A segunda seção tem como foco a investigação dos casos contenciosos e opiniões consultivas da Corte IDH em torno dos direitos humanos de imigrantes, possibilitando uma reflexão crítica acerca desses direitos, especialmente a partir de elementos selecionados da figura do diamante ético de Herrera Flores – a fim de compreender os direitos humanos em sua (real) complexidade. Concluiu-se, diante das premissas levantadas, que em que pese as decisões da Corte IDH ainda careçam de cumprimento e repercussões efetivas no âmbito do Estado-nação, o SIDH é um relevante e fundamental mecanismo de proteção dos direitos humanos no contexto regional, a partir das perspectivas emancipadoras dos direitos humanos de imigrantes adotadas pela Corte IDH em caráter consultivo e contencioso.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Teoria Crítica. Direitos Humanos. Migração.

ABSTRACT

FORCED MIGRATIONS IN LATIN AMERICA: A DIALOGUE FROM THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS AND THE PERFORMANCE OF THE INTER-AMERICAN COURT

AUTHOR: Raquel Frescura Ceolin

ADVISOR: Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

The hallmark of the hegemonic and Eurocentric conception of human rights is the universality and the foresight of these while guaranteed to everyone on an equal basis and without any discrimination. However, when observing reality, one observes the gap between what is said and what is done in human rights. This is because these rights are constantly violated to certain social groups, such as immigrants in the context of forced migration, who do not have access to the goods necessary for a dignified life. Hence the importance of reflecting on these rights from the perspective of critical theory, especially due to contributions made by Joaquín Herrera Flores in a dialogue with Latin American authors - the basic theory defined for the present research. For that, the delimited region was that of Latin America, contemplated by the Inter-American Human Rights System (ISHR), in order to understand the migratory flows that are placed in this context and the human rights scenario in a region marked by social inequality and a pendular movement between authoritarianisms and democracies - democracy being inseparable from human rights. With this, the question that guides the study is the following: what are the limits and perspectives existing in the ISHR, especially within the scope of the Inter-American Court of Human Rights, with regard to immigrants in the context of forced migration? The way used to answer this problem is supported by the dialectical method, considering that the object of the research will be approached from its contradictions, that is, from a critical review of human rights from the hegemonic conception to the lens of critical theory, from in order to unveil the migratory phenomenon, especially of forced migrations, in this perspective. As for the methods of procedure, there is the monographic and the historical. The research techniques are based on a bibliographic and documentary review, in order to establish the theoretical and conceptual outlines of the investigation and, finally, an empirical investigation of the contentious cases and advisory opinions of the Inter-American Court will be carried out, with a qualitative analysis of the selected documents. In this sense, the first section studies human rights from the hegemonic conception to the lens of critical theory, as well as the scenario of these rights in Latin America and the migratory phenomenon in the region, defining the pertinent concepts during the course of the research. The second section focuses on investigating contentious cases and advisory opinions of the Inter-American Court on the human rights of immigrants, enabling a critical reflection on these rights, especially from elements selected from the figure of the ethical diamond of Herrera Flores - in order to to understand human rights in their (real) complexity. It was concluded, in light of the assumptions raised, that despite the decisions of the Inter-American Court still lack compliance and effective repercussions within the scope of the nation-state, the IAHR is a relevant and fundamental mechanism for the protection of human rights in the regional context, the from the emancipatory perspectives of the human rights of immigrants adopted by the Inter-American Court in an advisory and contentious manner.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Critical Theory. Human rights. Immigration.

*A vida continuará, queiramos ou não, depois de
nossa passagem por ela. Os bosques seguirão
produzindo oxigênio e frutos. Os mares continuarão
nos proporcionando chuva e sal. As pessoas que
amamos seguirão nos amando, talvez ainda mais do
que quando estávamos aqui com eles. A árvore, a
gota de água, o sentimento de amor estarão sempre
aí colorindo a vida com todas as cores do
arco-íris e com todas as misérias de nossas
necessidades. Nada é mais alto ou menor. Tudo é o
vivo, o que perdura, o que nos acolhe e nos recolhe.
(Joaquín Herrera Flores, 2009).*

LISTA DE QUADROS E ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Sin documento.

Figura 2 – Diamante Ético.

Figura 3 – Comunidad Asediada.

Figura 4 – Tirinha publicada sobre centro de detenção para imigrantes.

Figura 5 – No me quiero rendir.

Quadro 1 – Casos contenciosos e OC da Corte IDH a respeito dos direitos humanos de imigrantes.

LISTA DE ABREVIATURAS

- CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
- CCDH - Centro Cultural Dominicano-Haitiano
- CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos
- CEJIL - Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
- CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- CIPPT – Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura
- CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- DADH – Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- OC – Opinião Consultiva
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
- PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 DIREITOS HUMANOS E FLUXOS MIGRATÓRIOS NA AMÉRICA LATINA: DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH)	25
1.1 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS HUMANOS: DA CONCEPÇÃO HEGEMÔNICA ÀS LENTES DA TEORIA CRÍTICA DE JOAQUÍN HERRERA FLORES	27
1.1.1 Situando os direitos humanos enquanto tema internacional e a concepção hegemônica	27
1.1.2 Um olhar a partir da teoria crítica, definindo os principais aportes de Herrera Flores	36
1.2 O CENÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA E O PAPEL DO SIDH: ENTRE AUTORITARISMOS E DEMOCRACIAS	55
1.3 MIGRAÇÕES FORÇADAS NA CONTEMPORANEIDADE: IMIGRANTES NA AMÉRICA LATINA EM TEMPOS REMOTOS E EM TEMPOS DE PANDEMIA	72
2 MIGRAÇÕES FORÇADAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO: DESVELANDO POSSÍVEIS AVANÇOS E LIMITAÇÕES À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DE HERRERA FLORES	90
2.1 OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DE IMIGRANTES EM CONTEXTO DE MIGRAÇÃO FORÇADA	92
2.1.1 Opinião Consultiva 18 de 2003: Imigrante indocumentado como sujeito de direitos?	93
2.1.2 Opinião Consultiva 21 de 2014: Direitos e garantias de crianças em contexto migratório	102
2.2 DEMANDAS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: INVESTIGAÇÃO DE CASOS CONTENCIOSOS À SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES	112
2.2.1 Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana: Sobre existir, mas não pertencer	112
2.2.2 Vélez Loor vs. Panamá: A tortura como punição por “ser imigrante” e os impactos da pandemia do covid-19 nos centros de detenção	124
2.2.2.1 <i>Resolução da Presidência da Corte IDH de 26 de maio de 2020: Adoção de medidas urgentes no caso Vélez Loor vs. Panamá</i>	137
2.2.3 Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana: Vidas (des)consideradas	142
2.2.4 Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República dominicana: Separação familiar e a “não-identidade”	152
2.3 DAS DECISÕES TOMADAS E SUA (IN)EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DE IMIGRANTES: AVANÇOS E DESAFIOS NO SIDH À LUZ DO DIAMANTE ÉTICO DE DIREITOS HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES	156
CONCLUSÃO	197
REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

Falar sobre direitos humanos é também e, sobretudo, falar em defesa da humanidade e pela humanização. Há tempos a preocupação com a proteção de direitos humanos surgiu, mormente a partir de contextos de guerra e violência que tornaram necessário pensar sobre um mínimo de direitos a serem resguardados a todos os seres humanos, em condição de igualdade. Daí surgiram os direitos humanos em sua tradicional concepção universal, inerentes a todos de maneira igualitária, tendo como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A partir disso, pode-se falar na universalidade de direitos humanos e na proteção destes a todos os indivíduos. Essa previsão de direitos foi fundamental e um marco histórico da humanidade. Entretanto, deve-se reconhecer que a concepção tradicional, individualista e eurocêntrica de direitos humanos, assim como a abstração dos direitos humanos enquanto simplesmente universais acaba por deixar de lado – ou, por invisibilizar – a proteção de diversos grupos já historicamente vulnerabilizados¹.

Do mesmo modo, em tempos de globalização e ascensão do capitalismo, em que os interesses do capital e dos detentores de poder predominam, os direitos humanos são colocados em prova. Cenários de violência e abusos de poder tem sido constantes, motivo pelo qual entende-se fundamental (re)pensar esses direitos de forma que se considerem as lutas de milhões de pessoas e grupos que buscam, também, o seu lugar enquanto sujeitos de direitos humanos, efetivamente. Por óbvio, não se fala aqui no homem branco capitalista, mas naqueles constantemente invisibilizados pelo poder hegemônico, como ocorre com os imigrantes em contexto de migração forçada. Destarte, a pesquisa tomará como base a teoria crítica de direitos humanos, especialmente a partir das obras de Joaquín Herrera Flores.

Justifica-se a escolha pelo autor Joaquín Herrera Flores por se tratar de um dos expoentes da teoria crítica dos direitos humanos, o qual identificou no decorrer de suas obras os direitos humanos enquanto produto cultural criado no ocidente. Mesmo sendo de uma vertente europeia, o autor direcionou seu trabalho de modo a favorecer o empoderamento de pessoas e grupos vulnerabilizados, em um diálogo com as práticas sociais que buscam transformar a realidade, de modo que o seu pensamento crítico permite identificar teorias e evidenciar pressupostos nem sempre presentes na doutrina hegemônica dos direitos humanos e que afetam seu potencial emancipatório nos processos de luta pela dignidade humana. A partir

¹ Não é um insulto à inteligência e à sensibilidade humanas continuar a pensar que os direitos já são suficientemente garantidos ao aparecer em declarações internacionais e textos constitucionais, quando essa revolução neoliberal mudou o mundo sem tocar nem mesmo o que está contido nessas normas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 34).

das obras do autor, assumiu-se a possibilidade de um diálogo entre a vertente europeia e latino-americana, como através de obras de Manuel Eugenio Gándara Carballido e Helio Gallardo Martínez.

Nesse sentido, Carballido (2013) dispõe, em relação a Joaquín Herrera Flores, que embora seu contexto seja europeu, ou talvez precisamente porque o seja, ele compreendeu o esgotamento da modernidade no que tange a capacidade de gerar respostas e, além disso, de seu caráter globalizante e excludente, motivo pelo qual buscou, por um lado, dialogar com as tradições intelectuais de outros contextos e, por outro, explorar as formas de racionalidade que foram marginalizadas na própria teoria tradicional ocidental. Ainda, em um diálogo com o pensamento crítico latino-americano, Herrera Flores manteve uma tentativa de romper com os esquemas fechados de boa parte do pensamento europeu.

Por conseguinte, em um ambiente de intensa mobilidade humana – estima-se que existam cerca de 272 milhões de migrantes internacionais no mundo (OIM, 2019) – as noções de espaço-tempo foram alteradas, de modo que as fronteiras geográficas já não são impedimento da migração em massa. Diante disso, as migrações internacionais têm sido crescentes por diversos motivos, como por exemplo, devido a questões econômicas, políticas, de perseguição e violência, ambientais, entre outras. Isso faz com que as pessoas se obriguem a deixar o país de origem em busca de acolhimento em outros países, situação em que se “aventuram” em jornadas arriscadas, exaustivas e de extrema vulnerabilidade.

Enquanto região delimitada como objeto da presente pesquisa, a América Latina tem em sua história marcas deixadas por tempos coloniais, autoritários e ditatoriais. Nesses tempos, não havia a preocupação em torno dos direitos humanos. Isso porque nos regimes ditatoriais, que predominaram por tempos na região, aqueles que não faziam parte do sistema dominante eram considerados como indesejados, seres que não eram dignos de proteção. Em contrapartida, após anos de violência, a região passou por um movimento de transição democrática, de modo que foi surgindo a preocupação e a busca pela promoção dos direitos humanos em âmbito internacional e a partir da democratização dos regimes nos países da região, sendo a democracia condição de possibilidade para os direitos humanos – pois esses não são objetos de regimes autoritários e ditatoriais. Assim, para que se possa compreender as migrações e o cenário dos direitos humanos na América Latina, é fundamental dispor sobre o contexto histórico dessa região, entre democracias e autoritarismos.

Isto posto, as migrações forçadas – aquelas em que o imigrante se vê na necessidade de migrar e em que o elemento “vontade” não se faz presente – no contexto da América Latina levam a refletir sobre diversos aspectos. Primeiro, porque essa região por si só já tem como

característica a desigualdade social e a pobreza. Segundo, porque em situações de migração forçada as pessoas enfrentam inúmeras dificuldades, as quais se acentuam quando entrecruzadas com os fatores da desigualdade social. Além disso, a partir das migrações intrarregionais – parte desses novos fluxos – a região acaba sendo, de modo geral, tanto a região de origem quanto a de acolhida.

Diante desse cenário de violação de direitos humanos e aumento da imigração na América Latina, importa abordar o tratamento dado à temática no âmbito do sistema regional de proteção aos direitos humanos que contempla a região, qual seja, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Daí o seguinte questionamento, que orienta a pesquisa: quais os limites e perspectivas existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere aos imigrantes em contexto de migração forçada?

Em termos de relevância, faz-se relevante a pesquisa social e cientificamente, sendo que se trata de um estudo que abrange os direitos humanos em sua complexidade, a partir das lentes da teoria crítica e no contexto da mobilidade humana na América Latina, temas essenciais aos desafios que surgem no campo dos direitos humanos na contemporaneidade. Outrossim, a temática específica das migrações forçadas sob o viés da teoria crítica dos direitos humanos ainda é escassa no mundo acadêmico, de modo que, sem pretensão de esgotar o tema e com certa cautela, almeja-se possibilitar uma reflexão que fomente discussões em torno dos direitos humanos enquanto processos de lutas pela dignidade humana, identificando as lutas que se dão no contexto latino-americano em situações de migração forçada e os principais desafios que surgem nesse âmbito.

Ainda, conforme relatório da Organização Internacional para as Migrações (2019), nas publicações acadêmicas sobre migração predominam as perspectivas dos países de destino, especialmente em relação à Europa. Assim, busca-se possibilitar outra reflexão, levando em consideração as perspectivas e lutas que se dão no contexto latino-americano, de forma contra hegemônica. Além disso, o presente trabalho também encontra suas justificativas pessoais no comprometimento dessa pesquisadora com a temática dos direitos humanos ligada às migrações internacionais e a busca pela proteção de direitos e, para além disso, pela dignidade humana daqueles que, muitas vezes, são invisíveis aos olhos da sociedade – e do direito. A presente pesquisa encontra, do mesmo modo, forte correlação com a área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, do Programa de Mestrado em Direito da UFSM, e sobretudo, com a Linha de Pesquisa 2, que trata dos Direitos na Sociedade em Rede, na medida em que investiga os direitos humanos no contexto da mobilidade humana internacional.

Sob tal prisma, o estudo tem como tema central o tratamento dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada na América Latina a partir da atuação da Corte IDH, em um diálogo com a teoria crítica de direitos humanos de Herrera Flores. Intenta-se, assim, estudar os possíveis avanços, contribuições e limitações do SIDH – enquanto potencial emancipador ou limitador no que se refere à proteção de direitos humanos de imigrantes na região.

De acordo com esse objetivo geral, o trabalho desenvolve-se a partir de dois objetivos específicos: compreender os direitos humanos em um diálogo com a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores e identificar a temática das migrações forçadas na América Latina expondo o cenário histórico, teórico e conceitual, assim como compreender a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos enquanto sistema regional que abrange a região definida – entre autoritarismos e democracias; e investigar as opiniões consultivas e os casos contenciosos selecionados no âmbito da Corte IDH que envolvem imigrantes em contexto de migração forçada, a fim de identificar possíveis avanços, contribuições e limitações do SIDH no que tange à proteção de direitos humanos desses imigrantes.

Assim, o caminho utilizado para a presente pesquisa encontra respaldo no método dialético, tendo em vista que o objeto da pesquisa será abordado a partir de suas contradições, ou seja, de uma revisão crítica dos direitos humanos desde a concepção hegemônica às lentes da teoria crítica, de modo a desvelar o fenômeno migratório, especialmente das migrações forçadas, nessa ótica. Para Zago (2013), em oposição ao pensamento de senso comum, a dialética busca compreender a “coisa em si”, diante de uma compreensão da realidade e do fenômeno. Deste modo, para o autor, a dialética é um esforço para perceber as relações reais (sociais e históricas) por entre as formas com que se apresentam os fenômenos. Lamy (2011) dispõe, nesse sentido, que a realidade humana não é algo definitivo, é sempre histórica e socialmente superável. Portanto, o foco do método dialético é a mudança, o dinamismo das tramas de relações e da realidade.

Dessa forma, considerando o contexto histórico-social e em constante transformação em que se dão as migrações forçadas na América Latina, pretende-se compreender os direitos humanos dos imigrantes a partir de uma aproximação à realidade, sobretudo pela atuação da Corte IDH, em um esforço para compreender as relações que se colocam nesse âmbito e as consequências aos direitos humanos dos imigrantes. Como a base teórica é centrada na teoria crítica de direitos humanos, sobretudo a partir das lentes de Herrera Flores, busca-se, também, a compreensão sobre as possíveis contradições/conflitos entre a teoria hegemônica e a teoria crítica, com o que será possível lançar uma reflexão crítica em torno desses direitos, levando

em consideração os direitos humanos em sua complexidade, a partir dos processos de luta pela dignidade humana que ocorrem no contexto latino-americano e que chegam ao âmbito do SIDH.

Quanto ao método de procedimento, foi utilizado o monográfico e o histórico. Para responder à questão formulada, será realizada uma investigação empírica dos casos contenciosos e opiniões consultivas da Corte IDH. Já as técnicas de pesquisa se orientam através de revisão bibliográfica e documental, para estabelecer os contornos teóricos e conceituais da investigação, e de análise qualitativa dos documentos selecionados da Corte IDH, de modo a coletar todas as informações que possam contribuir com a definição das características essenciais dos casos que tenham abordado situações de migração forçada, com a finalidade de identificar os processos de luta pela dignidade humana na América Latina e os principais desafios que se colocam.

No que diz respeito às premissas levantadas, o estudo trabalha com duas hipóteses preliminares. A primeira delas permite conceber o SIDH como relevante mecanismo de proteção e concretização dos direitos humanos dos imigrantes em contexto de migração forçada, enquanto instituição promotora desses direitos diante de perspectivas emancipadoras, com repercussões positivas e efetivas no âmbito do Estado-nação. A segunda hipótese elaborada permite considerar o SIDH como relevante mecanismo de proteção e concretização dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada, diante de perspectivas emancipadoras desses direitos, contudo, com algumas limitações, posto que ainda carece de repercussões efetivas no âmbito do Estado-nação.

Para melhor investigação da temática o presente estudo está dividido em duas seções principais. Na primeira, objetiva-se compreender os direitos humanos em sua concepção tradicional e, após, a partir de um diálogo com a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores, elencando os principais aportes elaborados pelo autor, além de identificar o cenário desses direitos na região latino-americana – entre democracias e autoritarismos – e a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos enquanto instituição que abrange a região, na proteção e promoção dos direitos humanos. A partir disso, pretende-se identificar a temática das migrações forçadas na América Latina, definindo e conceituando as categorias pertinentes ao andamento da pesquisa, bem como, contextualizar os fluxos migratórios em seus diversos aspectos.

De tal modo, a segunda seção destina-se a investigar de forma aprofundada as opiniões consultivas e casos contenciosos selecionados no âmbito da Corte IDH a fim de identificar as perspectivas e limitações, ora, os possíveis avanços, contribuições e desafios do SIDH no que

tange à proteção de direitos humanos de imigrantes no contexto da América Latina, o que se almeja fazer em um diálogo com a base teórica estudada. Isso tornará possível lançar uma reflexão crítica sobre a proteção de direitos humanos de imigrantes, fomentando discussões sobre a (in)efetividade de direitos de milhões de pessoas pelas quais nenhum Estado efetivamente se responsabiliza e que, ao mesmo tempo, necessitam de um olhar atento ligado à realidade.

1 DIREITOS HUMANOS E FLUXOS MIGRATÓRIOS NA AMÉRICA LATINA: DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH)

Figura 1 – Sin documento.



Fonte: (Exposição RefugiArte, 2020/2021 – obra de Imyra, Brasil).

Dentre os desafios da contemporaneidade, ressalta-se a busca pela efetivação de direitos humanos para além da teoria. Consequências do colonialismo e do capitalismo, diversas injustiças e violações de direitos humanos ocorreram, intensificando vulnerabilidades de grupos específicos, ao passo que a concepção hegemônica eurocêntrica e individualista de direitos humanos demonstra limitações no que se refere à proteção de direitos daqueles que se encontram em situações precárias. Com isso, não se pretende negar a importância da previsão desses direitos em âmbito internacional. Ao contrário, se reconhece que a previsão desses direitos foi um marco na história da humanidade, como resposta às múltiplas violações de direitos em tempos marcados por guerras e violência. Que os direitos humanos foram uma conquista à humanidade, isso é fato. Por outro lado, também se sabe que esses direitos foram

historicamente marcados por lutas pela dignidade humana, daí a importância de considerá-los enquanto um projeto inacabado e não como um dado já realmente alcançado.

Com o passar do tempo as lutas por dignidade e direitos tomam formas diferentes e se transformam. Os caminhos em busca da dignidade humana são inúmeros e, dentre eles, destacam-se os enfrentados pelos imigrantes que necessitam deixar o país de origem e buscar acolhimento em outros locais.

Como se observa a América Latina é uma região marcada pela desigualdade social – aprofundada pelas crises políticas e antidemocráticas – e também pelas migrações. Nos últimos anos o número de imigrantes da e para a região têm aumentado, fazendo-se necessário refletir acerca da proteção de direitos humanos desses migrantes que encontram diversos obstáculos à uma vida digna – tanto no local de origem quanto no de destino.

A região latino-americana passou por fases distintas ao longo dos anos, entre ditaduras e transições democráticas. As lutas em busca da dignidade humana fizeram parte da região – e ainda fazem – de muitas formas, sobretudo considerando a desigualdade social, o colonialismo, a escravização e as migrações forçadas - processos que demandam lutas pela efetivação de direitos humanos para além do campo teórico.

A partir das atrocidades que ocorreram na região e das conseqüentes – e necessárias – lutas por direitos e justiça, foi criado um sistema regional de proteção aos direitos humanos, qual seja, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Esse sistema de proteção surgiu em tempos de autoritarismo, buscando desestabilizar os regimes ditatoriais e exigindo justiça acerca das barbaridades cometidas. Enquanto sistema regional de proteção, também buscou ser eficaz quanto às falhas ou omissões dos sistemas nacionais, de modo a atuar no combate às violações de direitos humanos dos grupos mais vulneráveis.

A presente seção, deste modo, destina-se à compreensão dos direitos humanos, identificando, primeiramente, a concepção tradicional e hegemônica e, após, um olhar a partir das lentes da teoria crítica de Joaquín Herrera Flores, possibilitando um compreender esses direitos considerando as lutas que os requerem e, entre tantas lutas, objetiva-se aqui abordar as relativas às migrações forçadas na América Latina. No âmbito do SIDH, nesse sentido, é possível desvelar as peculiaridades das lutas por direitos na região, demonstrando os contextos e as características das lutas que chegam à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – objeto da pesquisa e no decorrer dessa denominada “Corte IDH”, “Corte” ou “Tribunal” – enquanto órgão atuante na proteção de direitos na América Latina. Isto posto, cabe refletir, em um primeiro momento, sobre os direitos humanos em sua complexidade.

1.1 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS HUMANOS: DA CONCEPÇÃO HEGEMÔNICA ÀS LENTES DA TEORIA CRÍTICA DE JOAQUÍN HERRERA FLORES

Após períodos marcados por violentas guerras, sobretudo devido às atrocidades cometidas pelos regimes nazistas, surgiu a necessidade de se buscar uma proteção de direitos em âmbito internacional, com a intenção de proteger o ser humano para além das fronteiras do Estado-nação. Muitas heranças – negativas – deixadas por esses regimes e tempos, foram acentuadas pelo capitalismo, promovendo violações de direitos àqueles que não se enquadravam nos padrões do homem burguês, branco e capitalista.

Deste modo, surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A partir disso, diversos Tratados e Convenções foram elaborados a fim de minimizar as mazelas deixadas, com o que se proclamaram – abstrata e genericamente – os direitos humanos enquanto universais e inerentes a todos em condição de igualdade.

Contudo, questiona-se quem realmente é o sujeito de direitos humanos estabelecido nesses instrumentos. Como afirmar que há universal e igualitariamente a garantia dos direitos humanos a todos enquanto milhões de pessoas sofrem, diariamente (e historicamente), violações de direitos, da mesma forma que não tem condições de acesso aos bens necessários à uma vida digna? É por esse e outros motivos que se entende pertinente abordar os direitos humanos a partir das lentes da teoria crítica, a fim de compreender os processos de lutas em busca da dignidade humana daqueles que foram constantemente invisibilizados na história da humanidade. Para tanto, é necessário, primeiro, identificar o contexto do surgimento desses direitos e a concepção hegemônica.

1.1.1 Situando os direitos humanos enquanto tema internacional e a concepção hegemônica

Diante da necessidade de proteger os seres humanos das atrocidades cometidas historicamente, foi se instaurando o campo dos direitos humanos enquanto temática internacional. Isso porque os Estados já encontravam limitações no que tange a proteção desses direitos, privilegiando, muitas vezes, aqueles que se encontravam em situações mais favoráveis e deixando de lado a proteção daqueles que serviam apenas para responder aos interesses dos mais poderosos, os quais não eram reconhecidos como seres merecedores de proteção e de dignidade humana – acentuavam-se, assim, as vulnerabilidades dos que já viviam em condições

precárias. A partir disso, foi necessário pensar os direitos humanos para além das fronteiras do Estado-nação.

Mesmo que a noção de direitos humanos tenha se estabelecido no ordenamento jurídico em passado de certa forma recente, a percepção e crença na sacralidade humana é manifestada ao longo de toda evolução do pensamento ocidental. Os direitos humanos eram, então, concebidos como naturais e impostos por Deus. “A maioria dos déspotas oniscientes da Antiguidade, sempre inspirada pelos deuses, ordenou a confecção de leis e códigos que traduziam seus próprios anseios de perpetuar-se no poder”. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 113).

No mesmo sentido, é possível identificar as raízes históricas da luta pela dignificação do homem e de seus direitos na Idade Antiga, com o que se pode mencionar o Código de Hammurabi, o pensamento de Amenófis IV, a visão de Zaratustra ou Zoroastro. Cabe, também, citar Antígona², personagem de Sófocles que personificaria esse entendimento quando, em resposta ao rei que lhe questiona sobre o sepultamento de um de seus irmãos – Polinice – diz Antígona que agiu em nome de uma lei muito mais antiga que o próprio rei, uma lei que se perde na origem dos tempos e ninguém sabe quando foi promulgada. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Assim, para além das disposições teóricas em torno dos direitos humanos, desde muito tempo há a crença na dignidade humana. Com isso, as lutas pelos direitos humanos e pela dignidade humana sempre fizeram parte da história da humanidade, entre tempos com crenças baseadas nos deuses e tempos de violência e atrocidades, em que muitos povos precisaram lutar buscando o mínimo para uma vida digna, inclusive, o reconhecimento enquanto sujeito de direitos.

De tal modo, a origem dos direitos humanos se produziu muito antes do seu reconhecimento teórico, normativo e institucional. Isso se deu através das reivindicações e lutas que se desenvolveram a partir de movimentos sociais como o da burguesia perante a ordem medieval, da classe trabalhadora frente ao capitalismo e ao domínio burguês, das mulheres contra o patriarcado, dos indígenas, negros, imigrantes, etc. (RUBIO, 2018).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra, o qual se desenvolveu após as monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler. Isso porque já

² “Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! (SÓFOCLES, 2005, p. 30).

havia a crença de que um sistema de proteção internacional dos direitos humanos poderia prevenir atrocidades como as ocorridas, motivo pelo qual se objetivou criar uma organização internacional que pudesse atuar efetivamente em relação aos direitos humanos. (GUERRA, 2013).

Dessa forma, a fim de contextualizar historicamente os direitos humanos, Herrera Flores (2005) dispõe sobre três fases. A primeira, com origens nas Declarações do século XVIII, caracteriza-se precipuamente pela proteção dos direitos do cidadão burguês, servindo à expansão colonialista e imperialista das potências europeias.

Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade compreendeu o valor supremo da dignidade humana. A partir dos massacres que ocorreram, foi se criando um movimento de indignação e busca pela proteção de direitos humanos. As brutalidades dos regimes totalitários e das duas grandes guerras fizeram com que os líderes das grandes potências instituíssem, em junho de 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). Os direitos humanos, assim, ganharam força através da atuação da ONU, onde foram produzidos diversos Tratados internacionais para a proteção dos mencionados direitos. Em dezembro de 1948, uma das primeiras diligências da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Daí tem-se a segunda fase, que se inaugura com a mencionada Declaração Universal de 1948, com ênfase no caráter individual dos direitos, podendo-se denominar como a fase dos direitos humanos individuais e universalizados. Inserida no período da Guerra Fria, momento em que houve a construção da hegemonia norte-americana sobre o resto do mundo, esta fase acabou sendo funcional à acumulação de capital e à generalização social, política, econômica e cultural em uma nova fase do capitalismo transnacional. (COMPARATO, 2005; GUERRA, 2013; HERRERA FLORES, 2005; SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010)³.

A DUDH foi criada, então, a partir da noção de que a proteção do sujeito passou a ser um tema de caráter internacional. Estabelecendo uma série de direitos, no entanto, a DUDH não possui caráter obrigatório e vinculante do ponto de vista jurídico. Por esse motivo, com o intuito de ampliar o horizonte de proteção dos direitos humanos, além da referida Declaração Universal, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos,

³ É curioso observar como o Ocidente enfatiza a individualidade dos direitos, esquecendo praticamente por completo a existência de deveres correlatos. Isso resta mais evidente quando vemos outras Declarações de Direitos como, por exemplo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (abril de 1948), que dedica todo o capítulo II ao reconhecimento dos deveres das pessoas, e o capítulo V da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. (HERRERA FLORES, 2009, p. 97).

Sociais e Culturais (PIDESC) foram elaborados, ambos em 1966. Esses Pactos entraram em vigência somente no ano de 1976, depois que 35 Estados os ratificaram.

Com efeito, os Pactos mencionados, além de agasalhar um rol de direitos já contemplados na DUDH, acabaram por ampliar esse rol com a disposição de novos direitos. Cabe destacar que enquanto o PIDCP elenca uma série de direitos para o indivíduo, com a ideia de liberdades negativas, o PIDESC se caracteriza por liberdades positivas, prevendo um rol de deveres aos Estados. (GUERRA, 2013).

Já a terceira fase se dá com a Convenção de Viena de 1993, coincidindo com o final da Guerra Fria e com a generalização irrestrita da relação social do capital em todo o mundo. Essa fase na história dos direitos humanos, respaldada nas convenções da década de 1990, pode ser chamada de fase de “direitos humanos integrais”. Aqui, mesmo que timidamente, já se começava a perceber uma mudança em relação aos direitos humanos, de modo que a diferença entre os direitos individuais e sociais foi se atenuando – mesmo que a predominância do capitalismo e os próprios mecanismos legais que garantem esses direitos continuem bloqueando a efetividade dos direitos sociais. (HERRERA FLORES, 2005).

Por outro lado, na atualidade têm surgido uma nova tendência aos direitos humanos, agora dirigidos mais diretamente contra as consequências do capitalismo global e seu caráter genocida e antidemocrático. Tem-se, assim, novos processos que buscam reconfigurar a concepção eurocêntrica de direitos humanos, colocando em questão a natureza individualista, essencialista, estatista e formalista de direitos que primou de 1948 até quase a última década do século XX. (HERRERA FLORES, 2005).

Com o advento da globalização e ascensão do neoliberalismo, os direitos humanos acabaram ficando em segundo plano. Os interesses daqueles detentores de poder e das grandes empresas predominam, em um ambiente em que o objetivo é cada vez mais a acumulação de capital às custas do que for preciso. Para visualizar essa situação, basta mencionar as milhões de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade sem a garantia de qualquer direito, como acontece com as vítimas de trabalho escravo ao redor do mundo, muitas dessas imigrantes e refugiados.

Não se pretende, nesse contexto, esgotar a discussão em torno da origem dos direitos humanos, a qual é plural e com diversas vertentes. No entanto, buscou-se compreender um pouco do contexto em que esses direitos foram surgindo ao longo da história, a fim de situar as distintas fases que tornaram o discurso que se tem hoje possível e, para além disso, identificar os desafios que surgem nesse âmbito.

Por esse e tantos outros motivos e violações de direitos, que se entende necessário (re)pensar os direitos humanos a partir das emergências da sociedade contemporânea, de modo que se considere e traga para o plano da visibilidade aqueles que foram historicamente colocados à mercê e à serviço dos interesses do capital. Para tanto, busca-se um diálogo a partir das lentes da teoria crítica de Joaquín Herrera Flores e dos principais aportes teóricos elaborados pelo autor. Antes disso, é preciso refletir sobre a perspectiva clássica e tradicional com o que se deu a visão hegemônica dos direitos humanos.

Ao falar sobre os direitos humanos a partir da perspectiva tradicional hegemônica, deve-se ter em mente algumas questões. Primeiro, a inserção desse conceito no quadro da Guerra Fria, entre os países capitalistas e comunistas, em que se reduziu a problemática dos direitos humanos à defesa e garantia dos direitos individuais do sujeito capitalista em detrimento dos direitos sociais. Segundo, o reconhecimento dos direitos se dava no quadro geoestratégico da descolonização, o que acabou por reduzir o papel libertador dos chamados direitos de autodeterminação, implicando na consolidação de um sistema jurídico internacional baseado na supremacia dos desejos dos Estados centrais sobre os Estados periféricos e semiperiféricos. Terceiro, e por fim, a generalização de uma ideologia-mundo que se expressou com a definição de “humanista” – essencialista e abstrata. Com isso, os direitos humanos constituíram-se como produto cultural surgido no Ocidente⁴, especialmente porque, de um lado, se necessitavam de justificações ideológicas às expansões coloniais e, para além disso, porque era necessário enfrentar a globalização das opressões e injustiças que o expansionismo produzira. Todos esses elementos assumiram uma redução em torno dos direitos humanos a margens individualistas, estatistas, etnocêntricas e formalistas (BRAGATO; DAMACENA, 2013).

Ao questionar o que são e o que significam os direitos humanos, Herrera Flores (2009) trabalha com o fenômeno a partir da reflexão sobre o “quê” e o “para quê” dos direitos humanos, ora, sobre o que são – plano da realidade – e o que significam – plano das razões – esses direitos. A partir da perspectiva tradicional e hegemônica os planos se confundem. Veja-se na DUDH, que em seu preâmbulo dispõe dos direitos humanos enquanto um ideal a se conseguir, enquanto nos primeiros artigos já os afirmam enquanto uma realidade alcançada.

Na concepção hegemônica, os direitos “são os direitos”, ou seja, os direitos não seriam mais que uma plataforma para obter mais direitos. Seguindo essa lógica, bastante simplista, há

⁴ Cabe esclarecer que quando se falar em ocidente ao longo do trabalho, entende-se o seguinte: “Por Ocidente, refiro-me a uma noção que, muito mais que uma indicação geográfica, é uma concepção ideológica que engloba, em seu centro, além da Europa Ocidental, certos contextos espaço-temporais considerados suas extensões, como é o caso dos Estados Unidos da América, Canadá, Nova Zelândia e Austrália, enquanto a América Latina constitui a sua periferia”. (BRAGATO, 2011, p. 14).

a ideia de que se tem os direitos mesmo sem ter as condições adequadas para poder exercê-los. Quando os direitos se apresentam como postulados generalizáveis à humanidade, estes tornam-se campos de batalha em que os interesses de poder se enfrentam a fim de institucionalizar seus pontos de vista como universalmente válidos⁵. É daí que surgem as inquietações do autor, ao questionar sobre os bens que tais direitos devem garantir e as condições materiais para exigí-los, assim como as lutas sociais que devem ser colocadas em prática a fim de garantir um acesso mais justo a uma vida digna. (HERRERA FLORES, 2009).

Veja-se que essa abstração em relação aos direitos coloca a problemática de como efetivamente exercê-los ou exigí-los em um ambiente de diversidade e desigualdade. Isto pois, mesmo que haja a previsão teórica dos direitos humanos enquanto direitos universais, sabe-se que o acesso a esses direitos e sua efetivação não se dá de forma igualitária na realidade.

Nesse sentido, os direitos humanos como conhecidos foram concebidos atendendo sobretudo o processo de luta da burguesia, a partir de sua concepção de mundo e de ser humano. O problema, contudo, centra-se no fato de que essa visão foi postulada como a única possível, fazendo com que, para muitos, principalmente àqueles que pertencem a outras culturas não ocidentais, os direitos humanos acabem por representar os valores eurocêntricos, frutos de processos colonizadores e hegemônicos. (CARBALLIDO, 2013; RUBIO, 2010).

Com isso, a hegemonia de uma concepção universal da dignidade humana, baseada em pressupostos ocidentais, ignora as experiências culturais de países do Sul global, por exemplo, enquanto reduz o mundo ao entendimento que o ocidente tem dele. Para esclarecer o que se entende por visão hegemônica ou tradicional dos direitos humanos, Sousa Santos define algumas características em torno dessa visão, quais sejam: os direitos partem de uma concepção de natureza humana de caráter individual, autossustentado e qualitativamente diferente da natureza não humana; são universalmente válidos independentemente do contexto político, cultural e social em que operam e dos diferentes regimes de direitos humanos ao redor do mundo; o que se considera enquanto violação dos direitos humanos é definido pelas Declarações universais, instituições e organizações não governamentais – sobretudo baseadas no Norte global; o respeito pelos direitos humanos é mais problemático no Sul do que no Norte global; e por fim, o fenômeno dos duplos critérios de avaliação da observância dos direitos humanos de modo algum compromete a validade universal desses direitos. Ainda, o termo

⁵ Segundo, quando percebemos que um conjunto de direitos - nesse caso, direitos individuais - tem prioridade sobre outros - direitos sociais - começamos a suspeitar que o que está subjacente a essa prioridade é o reforço dessa funcionalidade dos direitos em relação aos interesses hegemônicos, porque o que acaba sendo feito é separar - idealizá-los - os direitos prioritários do circuito de reação cultural, legitimando um pouco mais a metodologia da ação social dominante. (HERRERA FLORES, 2005, p. 100).

“humanos” acabou impondo uma concepção liberal-individualista da ideia de humanidade, expressando uma essência abstrata da pessoa, enquanto o termo “direito” serviu para abordar os direitos humanos como se pudessem naturalmente e por si mesmos ser garantidos, sem a necessidade de outras instâncias. (HERRERA FLORES, 2008; SANTOS, 2014; SANTOS, 2019).

Desde essa perspectiva, aos poucos o discurso dominante dos direitos humanos passou a ser o da dignidade humana em consonância com as políticas liberais, com o desenvolvimento capitalista e com o colonialismo, servindo como discurso ideológico para intervir na realidade e levando em consideração os interesses das classes sociais detentoras do poder e da ideologia dominante – com a pretensão de definir “o humano” em geral, se abstraiu os direitos da realidade. Deve-se ter em mente que o mesmo discurso, entretanto, passou por diversas significações em contextos históricos distintos, ora legitimando práticas revolucionárias, ora práticas contrarrevolucionárias. (CARBALLIDO, 2013; SANTOS, 2014).

Como observado, essa concepção hegemônica tem conduzido a uma visão estrita dos direitos, em que predominam as liberdades individuais, que se dão por garantidas ao serem incluídas nos textos normativos. Contudo, esses não fazem referência às condições sociais, econômicas e culturais que permitem a efetivação dos direitos, de modo que o mental acaba triunfando sobre o corporal. Disso tudo pode-se extrair que o Ocidente tem um modo próprio de classificar, ordenar e organizar a realidade a partir de um falso universalismo, aprofundando a lacuna entre o que se diz e o que se faz em torno dos direitos humanos. Seus discursos e práticas transitam por abstrações que reconhecem a dignidade de todos sem atributos, ao mesmo tempo que se dão sobre a base trágica de exclusões que são marcadas por particularidades, como em relação a nacionalidade, ao sentimento de pertencimento, ao racismo, classe, machismo, etc.

⁶. Além disso, o ocidente tem, desde os primórdios do processo de colonização, protagonizado grandes absurdos contra as populações não-ocidentais. (HERRERA FLORES, 2005; HERRERA FLORES, 2009; RUBIO, 2018).

A problemática dos direitos humanos envolve, para Herrera Flores (2009), a racionalidade que está na base da ideologia jurídica e política hegemônica, a qual é predominantemente neoliberal e neoconservadora. A partir dessa perspectiva, em que as liberdades individuais predominam em relação aos direitos sociais, se justifica o

⁶ Os direitos humanos hegemônicos ou convencionais são-no, a nosso ver, por resultarem da sua origem monocultural ocidental, sem que isso ponha em causa a sua ambição universal, por terem estado ao serviço dos duplos critérios e das justificações imperialistas na arena geopolítica, e por se constituírem hoje como denominadores mínimos de direitos congruentes com a ordem global individualista, neoliberal e nortecêntrica. (SANTOS; MARTINS, 2019, p. 13).

descumprimento dos direitos humanos, causando a violação de direitos sobretudo àqueles que se encontram em situações mais vulneráveis.

Assim, ao lado de uma cultura universal dos direitos humanos, pode-se dizer que há uma cultura eurocêntrica e hegemônica dos mesmos, baseada na superioridade do padrão de vida europeu e na irracionalidade dos demais povos. Ao mesmo tempo, a história mostra que os atributos definidos pelos europeus para estabelecer a pertença ou não à humanidade sempre foram negados ao outro não europeu. É o que se visualiza com os povos indígenas na América, com os negros na África, e assim por diante. Com isso, a estreiteza e seletividade nos propósitos dessa visão fazem com que a mesma seja incapaz de confrontar as sistemáticas injustiças e opressões causadas pelo colonialismo, capitalismo e patriarcado. (BRAGATO; DAMACENA, 2013; SANTOS; MARTINS, 2019).

Essa ideologia que se globalizou e se apresenta como natural, pode levar a armadilha de pensar que os direitos humanos se reduzem a certas liberdades sustentadas no ar e que, pelo fato de que os direitos são inerentes a todos, estes não precisam de lutas para efetivação. “Não há pior caminho para os direitos humanos que reduzi-los a direitos já conseguidos e já fundamentados”. (HERRERA FLORES, 2009, p. 129).

Enquanto discurso de emancipação, os direitos humanos foram concebidos para vigorar do lado de cá da linha abissal, ou seja, nas sociedades metropolitanas. Os direitos humanos tradicionais, parte da modernidade ocidental, tem como limite ontológico a impossibilidade de reconhecer a plena humanidade dos sujeitos que se encontram abissalmente excluídos. Sousa Santos dispõe sobre a linha abissal no sentido de que esta linha produz divisões e exclusões radicais no mundo, sendo que para além de não ter sido eliminada com o fim do colonialismo, continua acontecendo sob outras formas, como pelo neocolonialismo, xenofobia, racismo, aos imigrantes indocumentados, entre outros. Nesse cenário, grande parte da população mundial não é sujeito de direitos humanos, ora, é apenas objeto desses discursos. Pergunta-se, então, se os direitos humanos tradicionais servem eficazmente a luta dos explorados, dos excluídos e discriminados. Não se quer, com isso, tirar a importância dos direitos humanos, pois não se questiona o fato de que esses direitos são a linguagem hegemônica da dignidade humana, de modo incontornável. Entretanto, é fundamental questionar se os direitos humanos, mesmo fazendo parte da hegemonia que consolida e legitima sua opressão, não poderão ser usados para a subverter, de modo contra hegemônico. (SANTOS, 2014; SANTOS; MARTINS, 2019).

Quando se fala nos grupos excluídos da visão hegemônica, fala-se em uma série de experiências de contrastes diferentes em coletivos com seus próprios horizontes de sentido e necessidades. Cita-se os indígenas, as mulheres, os imigrantes, refugiados, grupos étnicos, entre

outros, que tiveram que se adaptar ao imaginário da modernidade liberal burguesa e colonial, cujo horizonte de sentido possui tanto lógicas de emancipação como de dominação e exclusão, ao subalternizar aqueles que não atendem aos padrões ocidentais e capitalistas. Nesses termos, deve-se evitar qualquer abordagem que simplifique a complexidade dos direitos. Isso implicaria em uma deformação de perigosas consequências àqueles que sofrem cotidianamente as injustiças de uma ordem global que intensifica cada vez mais as desigualdades e busca tornar imperceptíveis as causas dessas. (HERRERA FLORES, 2009; RUBIO, 2018).

Outro fator trabalhado por Herrera Flores quanto a concepção hegemônica diz respeito a questão da universalidade. Os direitos humanos sempre foram apresentados como resultado das lutas e reivindicações europeias e norte-americanas, enquanto a teoria tradicional defende esses direitos como universais com uma noção de dignidade ocidental. Seguindo esse raciocínio, questiona o autor de que universalidade se está falando: da dos privilégios ou da pobreza e opressão? Por que ao se observar a realidade, vê-se que determinados grupos encontram inúmeros obstáculos ao buscar garantias jurídicas para o acesso aos bens necessários a uma vida digna. Isso se visualiza na situação das mulheres, dos povos indígenas, dos imigrantes e refugiados, assim como de todos os grupos humanos excluídos dos benefícios da modernidade ocidental. (HERRERA FLORES, 2005).

A dificuldade de cumprimento dos direitos humanos é imensa, sobretudo em determinados espaços sociais. Por isso, leciona Rubio que a universalidade dos direitos humanos se constrói sobre discursos que defendem inclusões nominais e abstratas, se alicerçando em um “como se” universal de todas as pessoas. No entanto, na base dessa abstração, visualizam-se inúmeras exclusões concretas e cotidianas, individuais e coletivas⁷, marcadas por questões como a nacionalidade, a condição de classe, o racismo, a imigração e a condição de migrante, por exemplo. (RUBIO, 2017; RUBIO, 2018).

Ainda, sob o manto da universalidade e integralidade há uma ambivalência no tratamento jurídico dos diversos direitos humanos, posto que foram diferenciados entre categorias. Com isso, a proteção desses direitos descortina-se como relativa e parcial, sendo

⁷ Movemo-nos em uma bipolaridade que nos permite respeitar e reconhecer os direitos em uns casos e, por isso, presumir alegremente que somos exemplo de universalidade, de civilização, de progresso e de esperança para a humanidade e, simultaneamente, justificar o descumprimento dos direitos em outros casos ou, inclusive, ignorar e desconhecer a existência de outros direitos quando afetam a determinadas coletividades que são prescindíveis, por razões de Estado, de segurança, de força maior, por motivos sexuais ou critérios de desenvolvimento ou de competitividade estabelecidos pelo sistema econômico e mercantil próprio de nossas sociedades capitalistas. Inclusive essa condição cultural bipolar e dicotômica, se complementa com uma “atitude autista”, a qual, entre inações e omissões tolera o sofrimento humano de muitos imigrantes e/ou mulheres agredidas e violentadas, a impunidade dos autores de delitos de colarinho branco e a criminalização de coletividades que tentam lutar pela vulneração dos direitos que se relacionam com o desfrute de uma casa, o uso e a posse da terra, uma saúde pública universal ou um trabalho digno. (RUBIO, 2017, p. 4).

que a universalidade foco do discurso hegemônico falha ao refletir na compreensão dividida dos direitos, com foco nos direitos civis e políticos – das liberdades civis e políticas negativas –, ao mesmo tempo em que tolera a não realização dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir da justificativa da progressividade e dos recursos disponíveis à sua realização. É nesse sentido que a autora dispõe sobre a finitude da promessa de universalidade e integralidade dos direitos humanos, pois esses se apresentam com dois Pactos, divididos entre categorias com tratamento jurídico desigual. Esse processo de universalidade, como posto, acabou por consentir com o crescimento das desigualdades e exclusão social no mundo. (FACHIN, 2015).

A partir disso, não se quer negar a universalidade dos direitos humanos, apenas se questiona sua dissipação partida em um cenário mundial marcado pela desigualdade. Isso tudo demonstra a necessidade de mirar os direitos humanos enquanto um todo indivisível e, além disso, de universalizar as condições mínimas e necessárias a uma vida digna, que não seja constantemente marcada pelo sofrimento humano (FACHIN, 2015), pois são essas condições que tornarão efetivos os direitos humanos para além da teoria.

Conforme se observa na sociedade contemporânea, as lutas pela dignidade humana são características de determinados grupos que, devido a extrema desigualdade social, são colocados à mercê da própria sorte. Isso resta claro ao se deparar com a situação de milhões de imigrantes e refugiados que, vítimas de uma globalização capitalista e neoliberal, necessitam deixar seu país de origem justamente por não dispor das condições necessárias a uma vida digna.

A violação de direitos humanos para esses grupos de pessoas ocorre de forma constante. Assim, pensar os direitos humanos de forma abstrata, compreendendo-os enquanto algo já alcançado, acaba por deixar de lado a vida e as lutas de inúmeras pessoas que também merecem viver em condições dignas.

Daí a importância de (re)pensar os direitos humanos a partir da teoria crítica, refletindo sobre os diferentes modos de compreender a dignidade e, para além disso, nos variados processos de lutas pela dignidade humana e pela proteção dos direitos humanos, as quais se dão em contextos plurais, com sociedades e demandas plurais. Busca-se, assim, empoderar as lutas por reivindicações aos bens necessários a uma vida digna, àqueles grupos que não se enquadram nos padrões ocidentais, como ocorre com os imigrantes em contextos de migração forçada.

1.1.2 Um olhar a partir da teoria crítica, definindo os principais aportes de Herrera Flores

Compreendido o contexto histórico e hegemônico dos direitos humanos, enquanto manifestação do pensamento ocidental e eurocêntrico, cabe traçar um outro olhar sobre esses direitos. Sendo assim, é fundamental elencar os principais aportes elaborados por Joaquín Herrera Flores a partir dos seus estudos em torno da teoria crítica de direitos humanos, que servirão de base no decorrer da presente pesquisa.

Carballido (2013) adverte que a premissa que caracteriza a teoria crítica frente a teoria tradicional, é o seu propósito de transformação social. No mesmo sentido, para Herrera Flores (2009, p. 179), uma teoria crítica dos direitos humanos deverá partir do convencimento de que tudo o que se é, a nível social e individual, pode ser transformado.

As perspectivas críticas, então, sustentam a necessidade de resgatar as vinculações entre direito e sociedade, de modo a demonstrar o caráter histórico, político e relacional dos direitos. Deve-se, dessa forma, partir de uma reflexão desde o “outro” concreto, seres humanos de carne e osso, com problemas concretos, que lutam diariamente para satisfazer suas necessidades. Além disso, desde a perspectiva crítica busca-se traçar um olhar a partir dos grupos discriminados ou excluídos, que sofrem constantes violações aos direitos humanos. (FLORES; MÉDICI, 2004; MÉDICI, 2011).

A fim de traçar um olhar em torno dos direitos humanos a partir da teoria crítica, tendo como base teórica algumas das obras basilares de Joaquín Herrera Flores, em diálogo com outros autores referência no tema, cabe delinear os principais aportes trabalhados pelo autor no decorrer de suas obras. É a partir desses aportes que se pretende investigar, posteriormente, como se dão as lutas de direitos humanos no contexto latino-americano, sobretudo no âmbito do SIDH, levando em consideração lutas concretas de pessoas e grupos concretos, ora, de diversos imigrantes em situação de migração forçada.

a) O abismo entre “o que se diz e o que se faz” e os Direitos Humanos como produtos culturais⁸

Dentre as discussões sobre direitos humanos, tem-se a problemática da efetividade desses direitos. Isso porque quando se observa a realidade, o número de pessoas e grupos que se encontram em condições de vulnerabilidade, sem ter acesso aos bens necessários a uma vida digna, é incontável. Assim, para além da teoria, questiona-se sobre a proteção efetiva dos

⁸ Os elementos definidos entre “a) – e)” foram inspirados nas obras estudadas de Herrera Flores de modo a identificar os principais aportes elaborados pelo autor.

direitos humanos, considerando o abismo entre o que se diz e o que se faz em torno desses direitos.

Gallardo (2008; 2010) dispõe que o maior e mais intenso desafio no campo dos direitos humanos é a distância que existe – e que foi socialmente produzida – entre o discurso que os afirma, a norma que os reconhece e seu cumprimento efetivo. Há, para o autor, um abismo entre o que se diz e o que se pratica; uma distância entre o compromisso social e a reivindicação de direitos; um compromisso político insuficiente com a cultura dos direitos humanos; e a impunidade e cinismo nas instituições de poder.

Deste modo, a separação entre a teoria e a prática e o que se diz e se faz, entre a dimensão formal, normativa e abstrata e sua dimensão concreta, fática e sócio prática são uns dos problemas fundamentais dos direitos humanos. Rubio alerta que poucos estudos partem da premissa de que talvez essa separação entre o dito e o feito resida também na forma de pensar os direitos humanos, a partir de uma cultura interessadamente conformista, acomodada e passiva, para quem importa pensa-los como o são. É sobre esse discurso descompromissado que se adota a atitude de seguir deixando as coisas como estão, com uma lógica normalizadora de exclusões em que só se reconhece direitos a alguns grupos ou coletividades e desconhece a outros – por circunstâncias muito ligadas ao racial, ao sexual, a nacionalidade, a condição de classe, entre outros fatores. (RUBIO, 2017; 2018).

Observa-se, dessa maneira, o distanciamento entre o dito e feito no que tange aos direitos humanos. Mesmo que previstos teoricamente, os direitos humanos não são efetivamente garantidos a grande parte da população. Em cenários de desigualdade e exclusão social, milhões de pessoas não são afetadas pelo discurso dos direitos humanos, assim como não sentem os efeitos desses, pelo contrário, sentem as mazelas de uma sociedade desigual em que determinados grupos vivem em condições precárias sem qualquer proteção.

Nesse sentido, a própria expressão “o que se diz e o que se faz” oculta no “se” diferenciadas práticas de poder, ao passo que nem todo mundo disse, nem disse da mesma maneira, direitos humanos. Por exemplo, alguns Estados rechaçam outros por violar ou não promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, esses Estados também rechaçam a competência de uma Corte Penal Internacional para julgar seus cidadãos, sobretudo os políticos e militares ante a eventuais violações de direitos humanos, como a prática de tortura ou o genocídio. Através desse discurso, se diz que a segurança nacional desses Estados poderosos pode exigir a prática da tortura e do genocídio e que esses delitos devem seguir impunes em benefício de todos. Enquanto isso, essa problemática acaba sendo objeto de negociação para os Estados civilizados e menos poderosos geopoliticamente que aceitam a jurisdição da Corte

Internacional. Assim se visualiza a distância entre o dito e o feito no campo dos direitos humanos. (GALLARDO, 2008).

Considerando a região objeto do presente estudo, qual seja, a América Latina, esse distanciamento se mostra latente. Nesse âmbito, a Organização dos Estados Americanos (OEA), por exemplo, sustenta que o principal problema de direitos humanos na região da América Latina é que não se concedem fundos suficientes para suas atividades. No entanto, sobre isso, Gallardo (2008) adverte que nem uma palavra foi dita sobre a precariedade dos Estados da região, nem meia frase sobre as relações entre o modelo econômico orientado para a liberalização e exploração e o empobrecimento da população que trabalha em condições precárias, ou seja, nada se disse sobre os direitos econômicos e sociais, nem sobre os estagnados e burocráticos sistemas judiciais latino-americanos. Nada sobre a dominação de gênero, nem sobre a falta de proteção aos imigrantes forçados, como se a precária realidade latino-americana não existisse e os problemas fossem tão somente de desfinanciamento.

Nesse ambiente, os direitos humanos são objeto de diversos discursos atravessados por relações de poder, em que há um claro distanciamento entre a teoria e a prática. Veja-se que esses direitos surgiram em contextos determinados, de modo a responder às necessidades desses contextos. Assim, Herrera Flores (2005) leciona que os direitos humanos devem ser considerados como produtos culturais surgidos em um determinado momento histórico, como reação frente aos entornos de relações que predominavam. Ou seja, os direitos humanos devem ser vistos como produtos e instrumento que desde o seu começo foram instituindo processos de reação em relação às novas formas de interpretar o mundo.

Enquanto produtos culturais, os direitos humanos fazem parte da tendência humana de construir e garantir condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitem aos seres humanos criar caminhos de luta pela dignidade humana. Essa definição revela uma concepção de direitos como algo que existe como ato e como poder, ora, como algo a ser conquistado, alcançado por práticas sociais de subjetivação e humanização. (HERRERA FLORES, 2005).

Assim, compreender esses direitos enquanto produtos culturais que permitem processos de reação contextualizados e alternativos aos ambientes de relações sociais, também possibilita um afastamento da concepção adotada pela “ideologia-mundo” hegemônica. A partir disso, pode-se ter uma visão diversa, que abarque toda complexidade que os direitos humanos envolvem, em uma aproximação com o contexto em que as lutas para sua efetivação acontecem. Em outros termos, que leve em conta o fato de que determinados sujeitos não tem um mínimo de acesso aos bens necessários a uma vida digna.

Conforme Carballido (2013), no marco de seus estudos Herrera Flores dispôs que os direitos humanos, como produto cultural ocidental, desde sua origem foram marcados por uma natureza ambivalente, sendo que são entendidos como resposta à necessidade de um discurso ideológico justificador da expansão ocidental e, por outro lado, como resposta à necessidade de fazer frente às consequências da expansão globalizadora do ocidente ao redor do mundo. Assim, os direitos humanos foram se estabelecendo a partir da necessidade de se ter uma reação aos entornos de relações, em determinados contextos espaço-temporais.

Deste modo, Herrera Flores (2010) afirma que todo produto cultural surge em uma determinada realidade, quer dizer, em um histórico e específico marco de relações sociais. Com isso, entende-se que não há produtos culturais a margem do sistema de relações que constitui suas condições de existência, pois todos surgem como resposta a determinados contextos de relações. O autor adverte, também, que nada, nem a dignidade, nem a justiça e muito menos os direitos humanos, procedem de essências imutáveis que se situem para além da ação humana ao construir espaços de lutas pela dignidade humana.

Ainda, Herrera Flores opta por uma concepção do cultural que promova e estimule a capacidade de intervenção do ser humano sobre a realidade, que contribua para ver que a realidade vai se construindo em processos históricos e pode ser transformada, construída e reconstruída através do “fazer” humano e das lutas sociais. O processo cultural é, pois, um processo contínuo de construção, transformação e intercâmbio de signos. Por isso, os processos culturais não são dinâmicas isoladas do entorno de relações em que se dão, assim como estão sempre em relação com outros processos culturais, com o que se pode distinguir esses processos entre processos culturais dinâmicos (emancipadores) e processos culturais estáticos (reguladores). (CARBALLIDO, 2013; HERRERA FLORES, 2005).

Os processos culturais emancipadores ou abertos, denominados por Herrera Flores como “culturais propriamente ditos”, são aqueles que provém da interação com outros processos culturais, de modo a favorecer a criação de espaços de encontro, em que todos os atores possam disfrutar do acesso aos bens necessários a uma vida digna, com uma real possibilidade de formular e fazer valer suas convicções. Esses processos se caracterizam por promover transformações sociais. Já os processos culturais reguladores se caracterizam por um fechamento dos circuitos de reação cultural, impedindo que os atores possam produzir produtos culturais que lhes permitam compreender e intervir nos entornos de relações a partir de suas próprias necessidades. Ao impedir a interação com outras dinâmicas culturais, Herrera Flores caracteriza esses processos como coloniais, sendo que são processos fechados às transformações sociais, os quais impedem que os sujeitos possam construir suas próprias ações

alternativas aos conteúdos hegemônicos, restringindo a dinâmica democrática a seus aspectos meramente formais, acabando por bloquear a ação autônoma dos sujeitos e coletivos, impondo um determinado sistema hegemônico que responde a outros interesses. (CARBALLIDO, 2013; HERRERA FLORES, 2005).

Considerar os direitos humanos enquanto produtos culturais, possibilita compreender parte do abismo entre o que se diz e o que se faz. Isso porque os direitos humanos são perpassados por relações e forças de poder, em que predominam os interesses das potências hegemônicas. Ao mesmo tempo, se invisibiliza o sofrimento dos indivíduos e grupos marginalizados que não são objeto de uma proteção efetiva aos direitos humanos. Para essas pessoas, a distância entre o dito e o (não) feito é grande e tem como consequência constantes violações de direitos humanos, motivo pelo qual entende-se fundamental traçar uma perspectiva em torno dos direitos humanos que leve em consideração todos esses fatores e o potencial emancipador ou regulador dos processos que os envolvem.

b) Direitos humanos enquanto processos de lutas pela dignidade humana

Compreendendo os direitos humanos enquanto produtos culturais, Herrera Flores (2005) questiona o marco ideológico e conceitual dos direitos humanos que se dá com o jusnaturalismo e o pensamento ocidental. A partir disso, o autor propõe uma concepção histórica e contextualizada dos direitos humanos, que considere os processos de lutas em torno desses direitos.

Dessa maneira, para Herrera Flores (2010), deve-se resistir ao essencialismo da narração que se instituiu com o discurso ocidental sobre os direitos humanos. Assim, em sua integralidade, os direitos humanos podem ser definidos como o conjunto de processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.

Ressalta-se, então, a concepção de direitos humanos como dinâmicas e lutas, resultado de resistências contra a violência que as diversas manifestações de poder têm exercido contra indivíduos e coletivos vulnerabilizados. Esses processos de luta começaram a surgir historicamente a partir da consolidação de uma nova forma de produzir e distribuir bens, a partir do sistema capitalista, e como uma reação a esse modo de produção e suas consequências. (HERRERA FLORES, 2010).

Explica Carballido (2013) que, para Herrera Flores, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade humana. Assim, os valores reivindicados pelos

direitos humanos não são seguidos por consensos, mas, sobretudo, por resistências, mobilizações, lutas e enfrentamentos. (GALLARDO, 2008). Nesse sentido:

Os direitos humanos devem ser entendidos como os processos sociais, econômicos, políticos e culturais que, por um lado, configuram materialmente - por meio de processos de reconhecimento e mediação jurídica - aquele ato ético e político maduro e radical de construção de uma nova ordem; e, por outro lado, a matriz para a constituição de novas práticas sociais, de novas subjetividades antagônicas, revolucionárias e subversivas daquela ordem global que se opõe em absoluto ao conjunto imanente de valores - liberdade, igualdade, solidariedade - que tantas lutas e sacrifícios necessitaram para sua generalização. Por isso, o último e grande desafio que citamos nestas páginas e que deve constituir o foco que ilumina nossas práticas, é afirmar que o que convencionalmente chamamos de direitos humanos, não são meramente normas jurídicas nacionais ou internacionais, nem meras declarações idealistas ou abstratas, mas processos de luta que se dirigem abertamente contra a ordem genocida e antidemocrática do neoliberalismo globalizado. O sujeito antagônico se constitui nesse processo e se reproduz na riqueza de suas práticas sucessivas. Não há mais objetividade do que a “força da multidão que –como defendeu Deleuze– torna comum a luta e dá realidade à utopia”. (HERRERA FLORES, 2010, p. 109)

Sendo assim, os direitos humanos não devem ser entendidos como um dado, como algo já conquistado naturalmente. Ao contrário, eles devem ser investigados como produções, instrumentos que desde os primórdios da modernidade ocidental estavam instituindo processos de reação às mazelas do sistema capitalista e colonialista. Com isso se afirma que os direitos humanos são processos, representando lutas e dinâmicas históricas resultantes da resistência contra as diferentes manifestações de poder que o capital exerceu contra grupos e indivíduos. Se observa que o motor de surgimento de um direito está, portanto, na luta social que o reivindicou, a partir de movimentos sociais, das sociedades civis emergentes e suas mobilizações face a uma realidade que oprime e limita. (HERRERA FLORES, 2005; RUBIO, 2018).

A partir disso, importa considerar os direitos enquanto processos de lutas que os seres humanos colocam em prática para que possam ter o acesso aos bens necessários a uma vida digna⁹. (HERRERA FLORES, 2009). Nessa perspectiva, o autor dispõe não sobre os direitos propriamente ditos, mas sobre os bens exigíveis para uma vida com dignidade, quais sejam: educação, moradia, cidadania, alimentação, etc. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso a esses bens.

A promoção de processos de direitos humanos se dá por diversos motivos. A própria necessidade de ter acesso aos bens exigíveis para viver com dignidade é um deles, sobretudo

⁹ O que devemos deixar claro desde o início é que nesta questão da luta pela dignidade há muitos caminhos e muitas formas de ação. E que o mais urgente não é lançar proclamações universalistas, mas construir espaços de encontro entre essas formas de ação nas quais todos possam afirmar suas propostas e diferenças. (HERRERA FLORES, 2009, p. 36).

considerando que grande parte da população não tem seus direitos humanos efetivados. Assim, adverte Herrera Flores (2009) que o acesso aos bens sempre e em todo o momento se insere num amplo processo que faz com que uns tenham facilidade para obtê-los, enquanto para outros o acesso é muito dificultoso, quando não impossível, sendo que segundo a posição social ocupada, tem-se um maior acesso à educação, moradia, saúde, etc. devido aos processos de divisão social, étnica e territorial do fazer humano.

Os direitos humanos, pois, devem ser considerados enquanto a convenção terminológica e político-jurídica com a qual se materializa a vontade de encontro que induz a construção de relações sociais-políticas-econômicas-culturais que visem aumentar as potencialidades humanas¹⁰. Isto posto, deve-se resistir ao essencialismo das teorias que definiram o discurso ocidental sobre esses direitos. Busca-se, assim, conceber os direitos a partir de outra narrativa, em um discurso de alteridade, quer dizer, de resistência aos essencialismos e formalismos liberais, os quais são, como já demonstrado, funcionais ao desenvolvimento das injustiças da globalização neoliberal. (HERRERA FLORES, 2009).

Com efeito, os direitos humanos acabam por ser resultado das lutas sociais em busca da dignidade¹¹. Para que se tenha a dignidade humana garantida, não basta o simples acesso aos bens, mas um acesso igualitário e não hierarquizado por processos de divisão social que colocam uns em posições privilegiadas enquanto outros se encontram em situação de subordinação e opressão. (HERRERA FLORES, 2009). Para exemplificar esses privilégios, ao passo que a dignidade humana faz parte da vida daqueles detentores do poder – pelo menos no que tange ao acesso aos bens -, para grupos como os de imigrantes e refugiados ela se coloca cada vez mais distante, sendo que as jornadas de migração são permeadas de vulnerabilidade e violação de direitos básicos, em um cenário em que essas pessoas não tem um mínimo de acesso aos bens necessários a uma vida digna¹².

¹⁰ São o resultado de lutas sociais pela dignidade. Lutas que vão dirigidas ao empoderamento dos seres humanos aumentando sua potência de atuar e de reagir diante de seus entornos de relações. (HERRERA FLORES, 2008a, p. 01).

¹¹ As lutas podem manifestar-se por meio de demandas e reivindicações populares em forma de: a) a luta e a ação social; e b) a luta individual e cotidiana. Em ambos casos, Direitos Humanos tem mais a ver com processos de lutas por abrir e consolidar espaços de liberdade e dignidade humanas. Em concreto podem ser concebidos como o conjunto de práticas, ações e atuações sociopolíticas, simbólicas, culturais e institucionais tanto jurídicas como não jurídicas, realizadas por seres humanos quando reagem contra os excessos de qualquer tipo de poder que lhes impede que possam se auto constituir como sujeitos plurais e diferenciados. As lutas podem manifestar-se por meio de demandas e reivindicações populares em forma de movimentos sociais ou individualmente, na vida diária e ambientes cotidianos nos quais as pessoas convivem e reagem. (RUBIO, 2017, p. 16).

¹² Com isso não nos referimos a uma concepção da dignidade que imponha determinados “conteúdos” a qualquer forma de vida que lute cotidianamente por suas expectativas e suas necessidades. Falamos da ideia de “dignidade humana” que deriva das tradições críticas e antagonistas que foram marginalizadas ou ocultadas pela generalização da teoria tradicional que aqui questionamos. (HERRERA FLORES, 2009, p. 110).

Ao mesmo tempo em que se observa que os seres humanos não têm uma igualdade de acesso aos bens necessário a uma vida digna, é fundamental ressaltar que todos deveriam ter. Daí a importância de abordar os direitos humanos a partir da teoria crítica, o que possibilita considerá-los enquanto processos de lutas em busca da efetivação desses direitos para além do campo teórico-formal, considerando o contexto histórico-político-social em que essas lutas se colocam.

Segundo o autor, “nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana”. Pode-se afirmar, assim, que impedir que algum indivíduo ou grupo lute por seus objetivos e direitos, entre os quais se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente, seria por si só uma grande violação de direitos humanos. (HERRERA FLORES, 2009, p. 113)¹³.

O problema que surge com esses processos de lutas é que, por muitos motivos, eles são invisibilizados, ignorados ou minimizados a fim de enfraquecer o grau de importância de seus protagonistas. Isso resulta que as lutas não hegemônicas possam terminar silenciadas, eliminadas ou até ressignificadas por aqueles que detém o poder. (RUBIO, 2017; RUBIO, 2018).

Por isso, entende-se que não deve haver uma aceitação acrítica em torno dos direitos humanos. As lutas por dignidade humana e por iguais condições de acesso aos bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna, requerem uma reapropriação do direito, uma tarefa crítica de seu exercício e função social, e seu uso frente ao poder hegemônico. É a partir de uma ressignificação crítica dos direitos humanos que diversos autores têm desenvolvido e afirmado que o fundamento desses direitos está nas lutas para garantir condições de vida, em consonância com o que em cada momento histórico os povos entenderam como fundamental para a dignidade humana. Uma redefinição crítica dos direitos, então, confronta o caráter formalista, individualista e estatista que esses têm a partir da perspectiva liberal, permitindo identificá-los como espaços de resistência e processos de luta pela dignidade humana, de modo a recuperar sua dimensão utópica e sua dinâmica emancipadora. (CARBALLIDO, 2013).

¹³ Desse modo, reafirmamos o que as lutas da humanidade contra as injustiças e opressões aportaram à tradição ocidental antagonista. Assim fazemos apelando ao sufixo latino *tudine*, que significa “o que faz algo”. Por exemplo, multidão: o que faz muitos, o que nos une a outros. Então, das nossas lutas antagonistas, propomos uma ideia de dignidade baseada em dois conceitos que compartilham tal sufixo latino: a *atitude*, ou consecução de disposições para fazer algo, e a *aptidão*, ou aquisição do suficiente poder e capacidade para realizar o que estamos dispostos previamente a fazer. Se os direitos humanos, como produtos culturais ocidentais, facilitam e generalizam a todas e a todos “atitudes” e “aptidões” para fazer, estamos diante da possibilidade de criar “caminhos de dignidade” que possam ser trilhados não somente por nós, mas por todos aqueles que não se conformem com as ordens hegemônicas e queiram enfrentar as “falácias ideológicas” que bloqueiam a nossa capacidade cultural de propor alternativas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 110).

Pelo exposto, pode-se compreender a importância dos processos de lutas no contexto dos direitos humanos. Considerando esses direitos enquanto produtos culturais ocidentais, entende-se que foram elaborados para responder predominantemente aos interesses das forças hegemônicas. No entanto, se esquece – ou se faz esquecer – que por trás de todo o processo de construção dos direitos humanos descortinaram-se lutas e reivindicações em torno desses direitos, as quais por muitas vezes são invisibilizadas pelo discurso ocidental, como forma de silenciar o papel de outros protagonistas que fizeram parte dessas lutas. Além disso, entender os direitos humanos enquanto processos de lutas pela dignidade humana, permite que se busque identificar algumas dessas lutas em contextos de violações aos direitos humanos.

c) Por uma concepção sócio-histórica aproximada à realidade e a filosofia do impuro

Nesse contexto de processos de lutas de direitos humanos, entende-se importante considerar o contexto sócio-histórico em que essas lutas se dão, sendo essa uma das questões trabalhadas por Herrera Flores. Isso porque os direitos humanos e a dignidade humana não surgiram para além do contexto espaço-temporal, social e histórico em que foram elaborados. Ao contrário, compreender o contexto dos direitos em uma aproximação à realidade e ao ser humano concreto é fundamental. Nesse cenário, Herrera Flores leciona sobre a filosofia do impuro no que tange aos direitos humanos.

Para Gallardo (2008), a dignidade humana não está fora, nem acima, nem antes e tampouco ao final da história, pois ela deve ser sentida e praticada, ora, construída. Ao mesmo tempo, a história é protagonizada por práticas humanas, nas quais valores fazem ou não sentido, como a racionalidade, a pessoa, a concepção de dignidade – tudo construído socialmente, como resultado das interações e lutas sociais.

Assim, o caráter histórico e contextualizado dos direitos humanos leva a reconhecer o permanente dinamismo próprio desses direitos, de modo a superar posições fixistas. A partir do pensamento crítico busca-se uma aproximação contextualizada (sócio-histórica) dos direitos humanos, com o intuito de enfrentar a abstração da proposta liberal, superando a fragmentação das dimensões da realidade social e integrando o político, econômico e o sociocultural no campo dos direitos. (CARBALLIDO, 2013).

Ainda, a reivindicação por direitos e sua institucionalização se constitui sempre no campo das lutas sociais, geopolíticas e políticas dos diversos setores da população. Os direitos humanos, sendo assim, devem ser reconhecidos como produtos sócio-históricos elaborados a

partir de lutas sociais em busca de condições dignas de vida, respondendo às necessidades humanas nos contextos concretos de cada povo. Com isso se quer dizer que esses direitos não devem ser considerados como eternos, nem absolutos ou alheios à realidade, porque derivam de condições sócio-históricas e não se pode compreendê-los a margem das relações de poder em que surgem e a partir das quais reagem, servindo ora para legitimar a ordem hegemônica, ora para consolidar processos de luta por uma vida digna às vítimas de práticas de dominação e exclusão. (CARBALLIDO, 2010; CARBALLIDO, 2013).

É nesse sentido que Herrera Flores (2009) propõe uma concepção histórica e contextualizada dos direitos humanos, que não se distancie da realidade e dos sujeitos concretos. Com isso, o autor traz a ideia de que se deve recuperar a ação política dos seres humanos corporais, reconhecendo suas expectativas e necessidades e, além disso, entende fundamental trabalhar com uma filosofia impura dos direitos, ou seja, contaminada de contexto e que assuma a particularidade dos fenômenos.

Dessa maneira, Herrera Flores (2000) aposta na filosofia do impuro, no sentido de que só o impuro é reconhecível, descritível, sendo que está situado no espaço, tem contexto e é atravessado por um conjunto de situações. Frente a abstração da proposta ocidental do direito, o autor levanta a necessidade de uma filosofia impura a fim de reconhecer as condições concretas da dinâmica social e da qual surgem os direitos humanos. Carballido (2013) adverte que o impuro é dialogado, vinculado aos fenômenos de modo a estabelecer vínculos entre eles, submetendo-se às narrações que se constroem dotando a realidade de sentido¹⁴.

Conforme Herrera Flores (2000), a filosofia ocidental apostou desde o começo na Grécia por uma reflexão sobre o puro, o incontaminado, o único, e por um rechaço a tudo que era considerado impuro, contaminado, plural. Enquanto o puro abomina o tempo, se situa na origem de tudo, idealiza um passado, postula um futuro no qual nunca se chegará, acaba por negar o presente e as possibilidades de transformação. Em contrapartida, o autor afirma que o único que se pode conhecer é aquele que tem disparidades, pois somente o impuro pode ser objeto do conhecimento – o que se pode conhecer é o que está situado, que tem posição e espaço concreto – e vai se transformando com o passar do tempo. Ao ser narrável a causa de sua inserção na história, pode-se entender as razões de sua mobilidade, de suas transformações e mudanças.

Para investigar um direito humano desde a perspectiva do impuro, deve-se estudar esses direitos levando em consideração sua posição e os vínculos que se dão em um espaço concreto

¹⁴ Daí o esforço das potências imperiais do século XIX e início do século XX para reprimir as produções culturais dos países submetidos ao poder colonial. Negar-lhes a possibilidade de narrar significa expulsá-los da história e da cultura. (HERRERA FLORES, 2000, p.12, tradução nossa).

e determinado. Isso conduziria a reconhecer a disposição desses direitos em relação aos outros e reconhecer as narrativas que sobre esses foram elaboradas, considerando a contínua transformação do real. Uma filosofia do impuro, conseqüentemente, compreenderá os direitos humanos a partir da realidade do corpóreo, assumindo-os sem pudor; do tempo, no que tange a possibilidade de mudanças e transformações; da alteridade, da diferença e da pluralidade; e do espaço, do contexto simbólico e físico em que esses direitos e suas lutas se dão. (FLORES, 2000).

A chamada “filosofia do impuro”, portanto, é fator fundamental para compreender a teoria crítica dos direitos humanos, sendo que simboliza especialmente dois aspectos relevantes. O primeiro diz respeito a ideia de uma visão contextualizada dos direitos humanos, enquanto o segundo remete a compreensão de que não existem garantias transcendentais, puras ou morais que não sejam parte da conduta humana e do entorno de relações sociais. De acordo com esses elementos, chega-se à concepção de direitos humanos enquanto espaços de encontro e de luta pela dignidade humana, contaminados de contextos.

Deste modo, percebe-se a importância de uma abordagem dos direitos humanos aproximada à realidade, ao sujeito em sua corporalidade e que leve em conta os contextos histórico-sociais em que os distintos processos de lutas se colocam. Além disso, a partir da filosofia do impuro pode-se reflexionar sobre os direitos humanos em sua dimensão concreta, próxima do real, dos sujeitos, dos contextos, com a possibilidade de transformação, evolução e em um cenário em que se busca a alteridade e o reconhecimento das diferenças e pluralidades.

d) Recuperar o político e superar o formalismo sem desconhecer a importância das garantias jurídicas

Ao reivindicar uma posição em torno dos direitos humanos que se aproxime da realidade, cabe dispor sobre a necessidade de recuperar o político e superar os formalismos sem, no entanto, desconhecer a relevância e o papel das garantias e instituições jurídicas. Recuperar o político, no sentido de pôr em cenário a potência do sujeito nas lutas dos direitos humanos, criando condições que facilitem a expansão das potencialidades humanas, como as referentes às lutas pelos direitos humanos e pela dignidade humana e pela possibilidade de ser parte desses processos, os quais por vezes chegam até o âmbito judiciário.

Nessa linha, Herrera Flores (2005) define os direitos humanos desde um plano político, como resultado dos processos de luta antagonistas que se deram contra a expansão material capitalista e a generalização ideológica desse sistema. Assim, o autor trabalha com os direitos

não como entidades naturais e infinitas, mas como reações antagonistas aos conjuntos de relações sociais que surgiram em determinado contexto espaço-temporal, qual seja, o da modernidade ocidental capitalista.

Segundo Gallardo (2008), determinar os direitos humanos como fenômeno político oportuna estabelecê-los na sociabilidade humana, traçando seu fundamento sócio-histórico e integrado e, ao mesmo tempo, estimar sua universalidade enquanto projeto, irradiação e processo, ao contrário da visão ocidental sobre os direitos humanos que os proclama como naturais, conquistados e próprios de cada indivíduo pela simples condição de ser humano. Nesse ambiente, adverte o autor que os direitos humanos são produtos criados por seres humanos em sua história econômica, política, sexual, espiritual, de modo que podem ser violados, revertidos ou anulados por práticas de poder e ações institucionalizadas.

Como toda instituição é resultado jurídico-político-econômico-social de uma certa forma de entender os conflitos sociais, o componente institucional dos direitos humanos é de extrema relevância. Herrera Flores (2009) entende, nesse sentido, as instituições como “espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade” (p. 123). Alerta, também, que falar de instituições é falar de relações de poder que primam em cada momento histórico e concreto. Daí a importância das lutas político-institucionais para levar à prática as ideias críticas em relação aos direitos humanos¹⁵.

Da mesma forma, Gallardo (2006) afirma que uma teoria crítica dos direitos humanos deve contemplar os instrumentos necessários para garantir que as conquistas ocasionadas pelas lutas populares sejam consolidadas. Isso pode se dar por meio dos instrumentos jurídicos e das garantias judiciais, sendo fundamental conhecer os diversos dispositivos jurídicos existentes e o uso que deles se faz nos processos de luta pela dignidade humana¹⁶.

Carballido (2013) elucida que resta clara a importância que as instituições tem nos processos de luta para Herrera Flores. Se bem é certo que as instituições exercem papel

¹⁵ Da mesma forma, tal como já foi apontado, uma faceta importante dos Direitos Humanos é seu processo de institucionalização e reconhecimento normativo tanto em escala nacional como internacional. Quando movimentos sociais como o da burguesia no processo de conformação das sociedades modernas (são paradigmáticas as revoluções inglesa, estadunidense e francesa), ou como o movimento dos trabalhadores no século XIX e os movimentos das mulheres e dos indígenas no século XX com seus antecedentes no passado, se levantaram para reivindicar maiores espaços de liberdade e denunciar distintas formas de excesso do poder (econômico, cultural, étnico, libidinal etc.), o objetivo do reconhecimento constitucional e jurídico se fez crucial para objetivar suas demandas. Daí a importância que tem a dimensão jurídico-positiva dos Direitos Humanos. (RUBIO, 2017, p. 10).

¹⁶ Os direitos humanos funcionam como esse contexto de narrações ao estabelecer “processualmente” as relações entre o mundo normativo e o mundo material, entre os limites e obstáculos da realidade e as demandas ético-culturais da comunidade. Se esse contexto de narrações nos conduz a um paradigma de passividade e de resignação ou a outro de contradição e resistência, dependerá de nossos “compromissos interpretativos” em relação com o estado de coisas dominante. (HERRERA FLORES, 2010, p. 96, tradução nossa).

fundamental nesse âmbito, também o é que essas instituições podem jogar ora um papel abertamente contrário aos interesses dos setores menos favorecidos, ora um papel de potencial promotor dos direitos humanos àqueles que se encontram em condições de vulnerabilidade.

Nesse sentido, para Herrera Flores (2010) falar sobre o componente formal e normativo não se limita ao conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico. Ao contrário, deve-se levar em conta o conjunto de regras que institucionalizaram determinados comportamentos e relegaram outros ao que é perseguido pelas instituições, pois essas regras marcam a atividade interpretativa. Com isso, os componentes estrutural/institucional influenciam e são influenciados pelo componente formal. Quanto ao componente estrutural/institucional, dispõe o autor que não consiste somente em descrever as instituições que criam as normas e as aplicam, mas, para além disso, deve-se falar do conteúdo que essas instituições deram às normas promulgadas ao combiná-las, selecioná-las e aplicá-las. Desde esse entendimento, busca-se compreender a interpretação e aplicação do direito a partir das entidades jurisdicionais de modo que se considere também os resultados que as atividades dessas conduziram, pois, o significado atribuído às normas em função da cultura jurídica dominante.

Toda essa reivindicação por direitos que chega nas instituições jurídicas parte de processos de luta pela dignidade humana e pela busca de espaços que permitam consolidar as diferentes lutas de atores sociais que, devido a opressão e violação de direitos, tentam transformar sua realidade e gerar condições dignas de vida. Com isso, não se pode ignorar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possibilitou esses processos de lutas em sentido contrário ao direito internacional mercantil. (GALLARDO, 2006)

Por conseguinte, ao observar as normas e as teorias sobre o direito, percebe-se as dificuldades que existem a nível jurídico para incluir as expectativas e valores de grande parte da população, sendo que o patriarcalismo, o formalismo e o individualismo estão na base dessas normas e da cultura jurídica dominante. Por isso, Herrera Flores (2010) propõe que se a burguesia teve êxito ao construir um procedimento que lhe permitiu elevar seus valores a categoria de normas, hoje em dia é fundamental fazer o mesmo desde os vulnerabilizados, possibilitando uma transformação do pensamento jurídico para que outros coletivos – marginalizados da concepção hegemônica – possam constituir outras normas e dar visibilidade às suas lutas – como os indígenas, as mulheres, os imigrantes, entre outros.

Diante disso, a ação política se converte em parte fundamental do processo pelo qual os direitos humanos se consolidam. Resta claro, assim, que uma posição crítica em relação ao direito não significa um desprezo pelo mesmo nem um desconhecimento de seu valor como instrumento de luta. Ao contrário, se por um lado se denuncia o formalismo, isso não implica

em deixar de lado as garantias jurídicas que foram conquistadas ao longo do tempo e permitiram uma maior possibilidade de exigir respeito ao que foi conquistado por meio das lutas sociais. (CARBALLIDO, 2013).

Ao buscar a recuperação do político, desse modo, busca-se potencializar a participação do sujeito nos processos de luta pelos direitos humanos. O sujeito corpóreo, concreto, parte da realidade social. Quando esses direitos não são efetivados – seja por serem produtos culturais que respondem a determinados interesses ou por haver um abismo entre o discurso que os promove e a prática que se revela – um dos caminhos em busca de transformação da realidade e de condições dignas de vida se dá através da atuação das instituições jurídicas, as quais podem funcionar tanto como potencial emancipador como limitador dos direitos humanos.

e) O diamante ético e a compreensão dos direitos humanos em sua complexidade

No decorrer de suas obras, Herrera Flores trabalha com a figura do diamante ético a fim de situar os direitos humanos e compreendê-los em sua complexidade. O autor buscou, a partir da ideia de reinventar e ressignificar os direitos humanos, definir uma figura que permitisse investigar esses direitos considerando os plurais elementos que constituem os processos de lutas pela dignidade humana.

Desde a teoria crítica e de uma visão complexa em torno dos direitos humanos, Herrera Flores (2000) definiu alguns eixos de investigação dos direitos a partir da definição de componentes da figura do diamante ético, sistematizando suas ideias acerca dos direitos humanos. Dessa forma, a figura do diamante representa e contempla os aportes elaborados pelo autor ao longo de suas contribuições no campo dos direitos humanos e das lentes da teoria crítica. Sendo assim, importa abordar os componentes do diamante ético, a fim de lançar bases para a investigação que será feita em capítulo posterior.

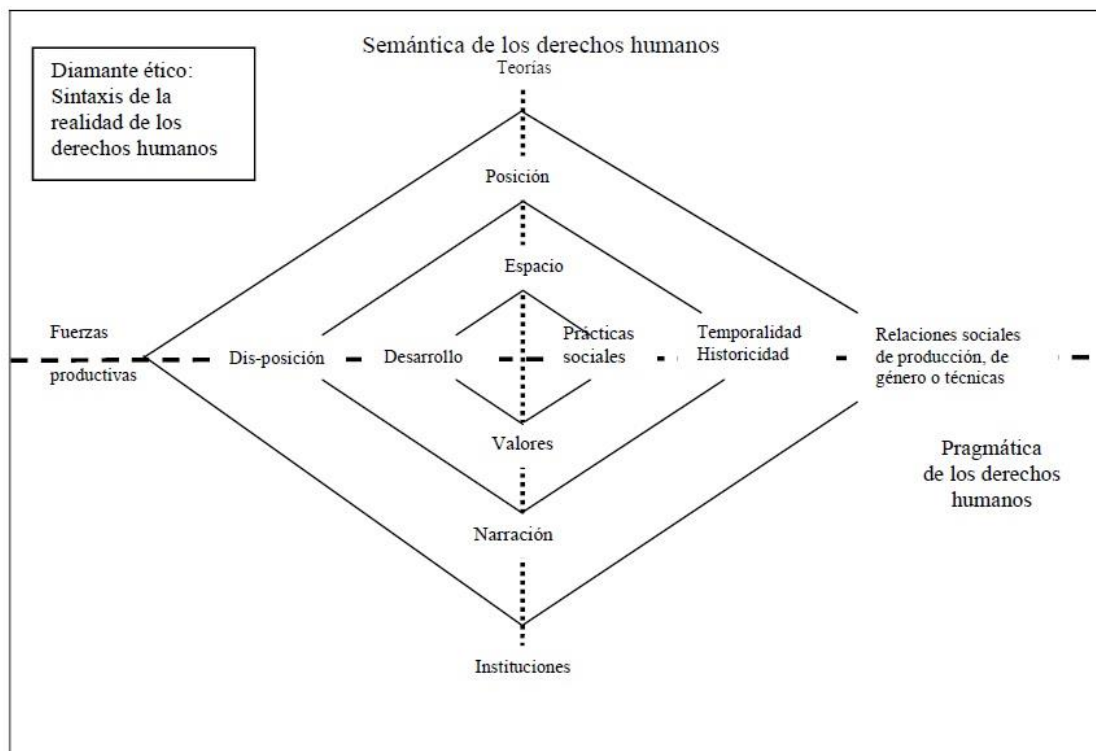
Segundo os aportes expostos anteriormente, o autor dirigiu seus estudos a fim de possibilitar o entendimento e uma prática dos direitos humanos que os considere desde seu contexto, sua pluralidade e historicidade, ao passo que se afaste das concepções puristas e absolutistas que predominam na racionalidade hegemônica. Assim, Herrera Flores (2000) dispõe que para se ter uma concepção complexa dos direitos humanos, é necessário encontrar uma figura que demonstre a complexidade e os elementos dos processos de direitos humanos em sua realidade.

A importância de considerar os direitos humanos em sua complexidade e a partir de seus múltiplos componentes se visualiza na abordagem de Herrera Flores (2000) com a figura

do diamante, de modo a oferecer uma figura útil para a compreensão de um “tema tão plural, híbrido e impuro” (p. 32). Com isso, Herrera Flores (2000; 2009) pretende difundir a possibilidade de se ter uma visão dos direitos humanos em sua real complexidade, constituindo o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consolidação das condições para que todos tenham acesso aos bens necessários a uma vida digna.

O diamante ético contempla, deste modo, três capas e dois eixos, todos interconectados. Quanto aos dois eixos, tem-se o conceitual/semântico/vertical e o pragmático/material/horizontal. Cabe destacar, então, as principais categorias dos dois eixos, com base nas propostas do autor (2000; 2009) e em um diálogo com o trabalho de Carballido (2013).

Figura 2 – Diamante Ético.



Fonte: (HERRERA FLORES, 2000, p. 43).

Primeiramente, no eixo horizontal, encontram-se os seguintes elementos: forças produtivas: conformadas pelos tipos e condições de trabalho, processos econômicos e tecnológicos; disposições: tomada de consciência da posição que se ocupa no processo de acesso aos bens e de como se atua nesse processo (se favorecido ou desfavorecido, explorado

ou beneficiado, por exemplo); desenvolvimento: processo e situação da criação das condições necessárias para o acesso aos bens básicos para uma vida digna, que ora permitem ora impedem esse acesso; práticas sociais: distintas formas de organização e ação que se originam a fim de intervir a favor ou contra uma determinada situação em torno do acesso aos bens; temporalidade/historicidade: análise de processos sociais considerando o contexto histórico em que se deram e os grupos e coletivos que foram parte, bem como, os efeitos e a atual situação desses processos no momento da análise; e relações sociais de produção: forma de se relacionar dos sujeitos que intervêm nos processos de produção de bens e serviços, incluindo a relação entre eles e com a natureza, determinando o modo como os distintos sujeitos, a partir da posição que ocupam, acessam ou não aos bens. (HERRERA FLORES, 2000; HERRERA FLORES, 2009; CARBALLIDO, 2013).

Já no eixo vertical, tem-se os seguintes fatores: teorias: diversas formas de observar um processo ou um fenômeno e que permitem ter uma ideia de suas características, incluindo as distintas maneiras de compreender os direitos humanos; posição: possibilita compreender o lugar que os sujeitos ocupam nas relações sociais e que determina a forma de acesso aos bens; espaços: se refere não limitadamente aos espaços geográficos, físicos, mas também aos culturais e humanos, em que ocorre o conjunto de relações sociais, os processos e fenômenos que se pretende estudar; valores: preferências individuais ou coletivas, minoritárias ou majoritárias a respeito de alguma coisa, situação social ou bem, ou seja, diz respeito a preferências sociais que se generalizam em um entorno de relações influenciando no modo de acesso aos bens; narrações: compreendem as múltiplas formas que se definem os processos e fenômenos, pois a partir das narrações se define aos seres humanos e se legitimam ou questionam as circunstâncias e situações; e instituições: normas, regras e procedimentos que articulam hierárquica e burocraticamente a resolução de um conflito ou satisfação de uma demanda, segundo um determinado marco de interesses e de orientações culturais e ideológicas. (HERRERA FLORES, 2000; HERRERA FLORES, 2009; CARBALLIDO, 2013).

A primeira capa do diamante contempla os elementos que conformam a sociedade a um nível geral – teorias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção. Nesse sentido, Herrera Flores (2009) destaca três questões: a importância de afirmar que não há somente uma teoria ou uma única linha histórica no desenvolvimento dos direitos humanos – se preponderam hoje as teorias próximas às propostas neoliberais, é importante demonstrar que existem outras linhas de pensamento importantes para fundamentar práticas democráticas em torno dos direitos humanos –; que é preciso ver como essas teorias se articulam com as práticas

e agentes sociais; e que as teorias não são resultado passivo das ideologias dominantes, uma vez que formam parte do processo de construção humana e social da realidade.

Com isso, é indispensável o conhecimento das instituições, posto que essas se envolvem nos processos de luta. Herrera Flores entende, dessa forma, as instituições como “espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade” (2009, p. 123). O componente institucional dos direitos humanos descortina-se, portanto, como relevante no contexto das lutas por direitos humanos.

Do mesmo modo, não se pode ter uma visão complexa dos direitos humanos sem levar em conta os contextos econômico e social em que se vive. Deve-se tomar conhecimento sobre as relações entre as forças produtivas e as relações sociais de produção, posto que a maneira como se produz e as relações humanas que essa conduz constituem uma base cultural e social muito importante na sociedade¹⁷. Quando o autor fala sobre relações sociais de produção, se refere aos diferentes modos de se relacionar social e politicamente em um mundo dominado pelo capitalismo, sendo que essas relações sociais de produção colocam os sujeitos em uma posição ou outra a respeito dos processos de divisão social, sexual, territorial e étnica do fazer humano. (HERRERA FLORES, 2009).

Na segunda capa do diamante, tem-se os elementos que se referem ao caráter impuro dos direitos humanos, quais sejam: posição, disposição, temporalidade/historicidade e narrações. Essa capa trata especialmente da questão de que os direitos humanos não são puros, descontaminados de contexto, pelo contrário, são contaminados de contextos, de história, de circunstâncias, ou seja, são produtos culturais afetados pela ação humana e não alheios a essa.

A posição traz a ideia de que as pessoas e grupos terão uma visão diferente dos direitos humanos conforme sua posição. Ora, por posição Herrera Flores (2009) entende o lugar material que se ocupa nos processos de divisão social, a qual pode ser tanto subordinada quanto privilegiada e determinará a forma com a qual se terá ou não o acesso aos bens necessários a uma vida digna. No mesmo sentido, é fundamental ver os direitos a partir do elemento chamado disposição, a partir do qual se pretende tomar consciência sobre a posição que se ocupa no

¹⁷ Estamos diante da perda de conquistas sociais em favor da competitividade e da flexibilidade, as quais incidem, sem controle público, tanto na contratação como na demissão. Outras questões complementares poderiam ser analisadas, como a situação da mulher na nova reestruturação produtiva, as gorjetas, os trabalhos temporários ou a nova divisão transnacional do trabalho, que faz com que os que produzem não sejam os que consomem e que estes cada vez se sintam mais afastados das esferas econômicas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 123, 124). Todos esses fatores relacionados a força produtiva levam a questionar também sobre a situação dos imigrantes nos contextos de produção e trabalho, principalmente considerando os imigrantes irregulares, os quais são submetidos a condições precárias de trabalho, a serviço das forças hegemônicas.

processo de acesso aos bens, de modo a permitir que se adote uma postura emancipadora ou conservadora.

Quanto a historicidade e temporalidade, Herrera Flores (2009) dispõe que todo fenômeno social tem sua causa, sendo importante conhecer a evolução temporal dos fenômenos de modo a compreender o caráter dinâmico dos processos sociais, posto que não há nenhum processo estático, sendo tudo passível de transformação. Conhecer as origens históricas possibilita entender porque se tem um estado de coisas e não outro, além de legitimar a busca de outras vias, alternativas à dominante, para se fundamentar os direitos humanos.

O último elemento da segunda capa é o das narrações. Sobre esse, Herrera Flores (2009) entende ser essencial estar atento às plurais e distintas narrações no campo dos direitos humanos. Isso porque um dos problemas do imperialismo colonial foi negar a possibilidade de os povos oprimidos contarem suas próprias narrações – “é possível dizer que o Ocidente não inventou a luta pela dignidade humana, mas formulou um discurso para dirigi-la em função de seus próprios interesses” (p. 126). Dessa forma, a teoria crítica permite um outro olhar sobre os direitos humanos que considere as narrações e lutas que foram invisibilizadas pela concepção hegemônica.

Todos esses aportes elencados a partir da teoria crítica de direitos humanos e das obras de Herrera Flores, em um diálogo com outros autores, permitem ampliar os horizontes de compreensão em torno dos direitos humanos, em um ambiente em que se busca ressignificar o discurso desses direitos de modo que se considere os plurais processos de luta pela dignidade humana. Ao mesmo tempo em que questiona a visão hegemônica e abstrata dos direitos humanos, o autor lança bases para um outro olhar, que possibilite o entendimento desses direitos em sua complexidade, recuperando as potencialidades dos sujeitos e a ação política, considerando o cenário concreto, corpóreo, aproximado à realidade e o contexto histórico e social em que todas essas lutas se dão¹⁸.

Já a terceira capa do diamante desenvolve a definição dos direitos humanos como resultado dos processos de luta pela dignidade humana. Essa capa contempla: espaços, valores, desenvolvimento e práticas sociais. Os espaços não se limitam ao físico, para além disso são simbólicos, se referem a situações diferenciadas de poder em todos os níveis de ação social. O segundo elemento é o dos valores, os quais outorgam sentido a ação social, “constituem o

¹⁸ Do mesmo modo, saber que na origem do que hoje entendemos por direitos humanos se deram conflitos de poder que confluíram na vitória de uns sobre outros, legitima-nos a poder procurar outras vias alternativas às dominantes. Tão legítimas foram aquelas lutas como o serão estas. Historizar é humanizar; e nada no humano é estático ou procede de alguma ordem transcendental. (HERRERA FLORES, 2009, p. 130, 131).

conjunto de preferências sociais que podem ser generalizadas além da satisfação imediata de uma necessidade” (p. 130), e orientam as escolhas do comportamento individual e coletivo, conformando a ideia de direitos humanos com a qual se luta ou defende. (HERRERA FLORES, 2009). O terceiro elemento é o do desenvolvimento, sendo que “não pode haver direitos humanos sem desenvolvimento” (p. 136), e esse influi nas condições para o acesso aos bens e acerca da dignidade humana. Tudo isso leva ao quarto e último elemento, das práticas sociais. Esse elemento propõe considerar e entender quais foram as práticas sociais dos movimentos, associações, organizações, etc., com as políticas de reconhecimento dos direitos e com ações comprometidas com a emancipação humana.

Todos os elementos constantes no diamante ético, em suas três capas, buscam propor uma visão alternativa e complexa dos direitos humanos. A partir da teoria crítica e da figura do diamante ético, pode-se buscar um olhar sobre os direitos humanos que leve em consideração as lutas por dignidade humana em seus múltiplos componentes e, além disso, que considere as reivindicações das minorias e das vozes que foram silenciadas ao longo da história.

Uma vez apresentados os principais aportes de Herrera Flores, pretende-se dispor sobre os processos de lutas pela dignidade humana no contexto da América Latina. Restou clara a importância de considerar os direitos humanos enquanto processos de lutas e produtos culturais, que se dão em contextos espaço-temporais delimitados, sendo assim, importa buscar compreender, mesmo que sem esgotar o tema, como esses distintos processos de luta pelos direitos humanos ocorreram na região latino-americana, região marcada por oscilações entre democracias e autoritarismo em um cenário de constantes violações de direitos humanos. Por isso, o SIDH será o ponto de investigação da presente pesquisa, enquanto sistema regional que compreende a América Latina e as lutas que chegam ao âmbito do sistema, por meio da Corte IDH.

1.2 O CENÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA E O PAPEL DO SIDH: ENTRE AUTORITARISMOS E DEMOCRACIAS

*Soy, soy lo que dejaron
Soy toda la sobra de lo que se robaron
Un pueblo escondido en la cima [...]
Soy una fábrica de humo
Mano de obra campesina para tu consumo*

Frente de frío en el medio del verano
El amor en los tiempos del cólera, ¡mi hermano!
Soy el Sol que nace y el día que muere
Con los mejores atardeceres
Soy el desarrollo en carne viva
Un discurso político sin saliva
Soy un pedazo de tierra que vale la pena [...]
La espina dorsal del planeta es mi cordillera [...]
Soy América Latina
Un pueblo sin piernas, pero que camina, ¡joye!
(Calle 13 – Latinoamérica).

Partindo da compreensão dos direitos humanos enquanto processos de lutas pela dignidade humana, é fundamental investigar como se dão essas lutas no contexto latino-americano. Para tanto, entende-se necessário traçar algumas características histórico-políticas da região, sobretudo considerando o cenário dos direitos humanos e o papel do Sistema Interamericano na busca pela efetivação de direitos na América Latina. Isso porque a região se caracteriza por um movimento pendular entre democracia e autoritarismo, sendo a democracia indispensável para que se tenha a proteção dos direitos humanos, enquanto em tempos de autoritarismos esses direitos não têm qualquer proteção, pelo contrário.

Entende-se, desta forma, que os direitos humanos são indissociáveis da democracia, pois essa é condição de possibilidade para a promoção daqueles. Em regimes democráticos, a busca pela efetivação de direitos e liberdades se dá de forma constante. Já em ditaduras e regimes autoritários, sequer se fala em direitos humanos, relegando esses ao plano da invisibilidade. Sendo assim, para melhor compreensão da problemática dos direitos humanos na América Latina, é basilar que se busque compreender, mesmo que brevemente e sem esgotar o tema, parte da história dessa região – entre democracias e tempos ditatoriais.

A América Latina é um continente que sempre se caracterizou por ser um cenário atravessado por migrações em massa, levantes populares, repressões, golpes de estado, fraudes eleitorais, corrupção, etc. Ao mesmo tempo, pode ser descrito como o continente das reformas, revoluções e contrarrevoluções, das esperanças e frustrações. Em um contexto de pobreza tanto a nível nacional, regional e global, na região se confirma a emergência de resistências políticas, culturais e sociais. (RUBIO, 2009). Marcada por regimes ditatoriais e transições democráticas, a região também é conhecida pelo elevado grau de desigualdade e exclusão social. Em tempos

ditatoriais, foram diversas as atrocidades cometidas e as violações aos direitos humanos, em um cenário de violência, prisões arbitrárias, perseguições e desaparecimentos forçados.

Nesse sentido, nos regimes ditatoriais os mais básicos direitos e liberdades foram violados. Com isso, pode-se dizer que a região é marcada, também, por lutas pela dignidade humana, considerando que os latino-americanos eram considerados como bárbaros enquanto povo colonizado e, assim, não se enquadravam nos padrões ocidentais e eurocêntricos do homem branco e burguês, com o que foram necessárias lutas em busca de reconhecimento – enquanto sujeito de direitos e sobretudo, enquanto ser humano merecedor de uma vida digna¹⁹.

Conforme Piovesan (2013), o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos foram dois períodos que demarcaram o contexto latino-americano. Presente na história da América Latina, a ditadura apresentou o desrespeito aos direitos humanos e a busca por uma suposta segurança aos indivíduos. (ANDRADE, 2007).

Nesse cenário, Andrade (2007) adverte que torturas, sequestros, desapareções e o genocídio acabaram se convertendo em uma realidade da região, envolvendo milhares de pessoas numa sociedade militarizada, cujo controle era baseado no terror e na violação generalizada aos direitos humanos. Isso tudo fez com que o desrespeito aos direitos humanos e àqueles que não eram protegidos pelo regime militar fosse a regra.

A partir da retórica do autoritarismo, buscava-se promover no pensamento popular a ideia de que a democracia era algo desnecessário às sociedades latino-americanas, assim como frisava-se a defesa da pátria, da economia e segurança nacional – sendo que a lógica da segurança nacional tem seu fundamento no protagonismo do governo nacional. Foi com esse discurso extremamente nacionalista que se justificaram as mais variadas e absurdas violações de direitos em ataques à dignidade humana. (ANDRADE, 2007; HINKELAMMERT, 2014).

Assim, na América Latina, foi se instaurando essa doutrina da segurança nacional e dos discursos em defesa da pátria, sobretudo a partir do golpe de 1964 no Brasil. Durante a Segunda Guerra Mundial, militares brasileiros participaram de ações bélicas na Itália e na África, momento em que passaram a tomar conhecimento do pensamento geopolítico desenvolvido na Alemanha, o qual impregnara o fascismo. (HINKELAMMERT, 2014).

Aos poucos, as ditaduras foram se instalando nos países e tomando o lugar dos regimes constitucionais, que já se encontravam enfraquecidos. Desse modo, os militares tomaram o poder, em 1954, no Paraguai, em 1964, no Brasil, em 1968, no Peru, em 1972, no Uruguai, em

¹⁹ Uma das heranças coloniais mais persistentes, numa clara genealogia das concepções ocidentais, é exatamente a representação da Ásia, da África e da América Latina como continentes do Terceiro Mundo. (SANTOS, 2019, p. 43).

1973, no Chile, e em 1976 na Argentina, por exemplo. Em outros países, como Guatemala, El Salvador e Honduras, os governos eleitos democraticamente se colocaram sob a tutela militar. (ANDRADE, 2007).

Além de se alinharem à política internacional norte-americana de combate ao comunismo e com a adoção de ideias liberais, os governos que chegaram ao poder nessa época tinham como marca o nacionalismo, o conservadorismo e práticas xenófobas – marcas que, de certa forma, ainda resistem em países da região –, características que orientavam suas ações no sentido de buscar a defesa da integridade e segurança nacional, mesmo que isso custasse a vida de milhares de pessoas que não eram consideradas como parte desses sistemas autoritários. Com isso se potencializaram as desigualdades sociais, a concentração de renda e a exclusão social. (ANDRADE, 2007; MENEZES, 2010).

Durante esses tempos de crise, ao mesmo tempo em que os discursos autoritários utilizavam da estratégia de proteção dos indivíduos e da pátria, na prática, a ditadura acabou por nulificar esses indivíduos. Todas essas brutalidades foram cometidas com a máxima da segurança nacional, a qual ultrapassava os limites da lei e sobretudo dos direitos humanos. (ANDRADE, 2007).

Todos os eventos que ocorreram em tempos de ditadura, fizeram com que os latino-americanos vivessem momentos de horror, com governos que não respeitavam aqueles que fossem contrários ao sistema. Disso tudo, pode-se dizer que a região passou por tempos sombrios, em um ambiente de colonização e ditaduras, em que apenas os que se enquadravam nos padrões da sociedade hegemônica tinham respeito enquanto sujeitos dignos. Já cantava Belchior, “eu sou apenas um rapaz latino-americano, sem dinheiro no banco sem parentes importantes e vindo do interior”, demonstrando a partir da música o sujeito latino-americano vindo de tempos de opressão, censuras e violação aos direitos e liberdades.

Dessa forma, especialmente nas décadas de 1970 e 1980 muitos governos latino-americanos praticaram violações de direitos humanos em níveis sem precedentes, conforme mencionado, momento em que seus líderes militares alegavam que as pressões internacionais em defesa dos direitos humanos eram uma violação à soberania e uma forma de imperialismo moral. Entretanto, esses argumentos foram menos convincentes na região, devido a tradição dessa em apoiar o direito internacional e os direitos humanos. Nesse momento, as organizações nacionais de direitos humanos, além de exigir que os governos respeitassem esses direitos, buscaram se alinhar às redes internacionais de direitos humanos a fim de divulgar as violações e visando mudanças. (LUTZ; SIKKINK, 2000).

Com o passar dos anos e a partir da falta de apoio do governo dos Estados Unidos às ditaduras militares e aos governos que violavam direitos humanos, o perfil dessas nos governos latino-americanos começou a mudar. (MENEZES, 2010). Com isso, foi se criando um movimento de transição democrática na região, a fim de buscar a liberdade e proteção de direitos dos indivíduos que já tinham sofrido muito com a violência das ditaduras.

Esse movimento de democratização na região começou através da iniciativa e pressão popular. Assim, foi o processo de democratização, deflagrado na década de 80 na região, que possibilitou a incorporação de relevantes mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Após um século de oscilações entre autoritarismos e democracias, a região passou por mudanças, de modo que todos os países, com exceção de Cuba, passaram a manter ou retornar à democracia eleitoral entre 1978 e 1991. (LUTZ; SIKKINK, 2000; MENEZES, 2010; PIOVESAN, 2013).

Veja-se que, antes de 1991, não havia qualquer norma regional suficiente contra os golpes militares, que já eram considerados como um padrão na região. Contudo, a força das normas e da defesa da democracia foi variando significativamente com o passar do tempo, fazendo com que qualquer interrupção democrática na região passasse a ser condenada imediatamente, amparada por sanções contra o Estado normatizador. (LUTZ; SIKKINK, 2000).

Segundo leciona Lagos (2018), a América Latina iniciou, a pouco mais de 30 anos, a época mais brilhante no que tange à recuperação das democracias nos países da região, de modo que, pela primeira vez, a região foi marcada por democracias em todos os países. Classifica-se essa fase como a “terceira onda” de democracias, a qual entende-se por concluída, conforme a autora, em 2018, sendo que ao menos dois países da região – Venezuela e Nicarágua – deixaram de cumprir com as regras mínimas que se exigem em um regime democrático, questões relatadas por diversas organizações internacionais que se juntaram para declarar as falhas dos regimes que governam os dois países.

Contudo, na maioria dos países latino-americanos, a democracia é simultaneamente débil e resistente, frágil, mas duradoura (VELASCO, 2007, p. 131), ao passo que esses regimes eleitorais estão longe de ser democracias “perfeitas”. (LUTZ; SIKKINK, 2000). São democracias que demonstram falhas e debilidades, ao mesmo tempo em que resistem no espaço-tempo se fazendo duradouras, por mais que sofram constantes ataques dos que se opõem ao sistema democrático.

Para Velasco (2007), as democracias na América Latina podem ser avaliadas de acordo com cinco critérios. O primeiro diz respeito às eleições, sendo que, com exceção de Cuba, todos os países da região têm – ou tiveram na maioria dos anos a partir de 1990 – governos civis

eleitos, assim como as eleições são reconhecidas como a única forma legítima para acessar o poder, o que se opõe a situação da década de 1970, momento em que apenas dois países da região tinham governos democráticos.

O segundo critério abordado pelo autor (VELASCO, 2007) se refere aos direitos civis e humanos a partir da ideia de que a democracia, mesmo em sua versão mínima, é um regime político com dois componentes básicos, quais sejam, de eleições competitivas e uma série de direitos do cidadão. Entende-se que os direitos humanos são centrais para a democracia, pois sem o direito à vida, liberdade, segurança física, entre outros, o exercício dos direitos civis e políticos é inviável.

Nessa linha, na trilha do processo de transição democrática, a partir dos anos 80 a maior parte dos países da região promulgou novas Constituições, realizando relevantes reformas. Dentre as particularidades de cada um nesse processo, pode-se encontrar elementos comuns, como os relativos “positivação constitucional” e ao conteúdo dos textos constitucionais, que marcaram um momento de expansão do Direito Constitucional na região alimentando o debate sobre o “novo constitucionalismo latino-americano”. (MELO, 2010). Contudo, ainda existem sérias lacunas no que tange aos direitos humanos, sendo que na maioria dos casos, os governos evitam violar esses direitos, mas não tem a capacidade para protegê-los ou promovê-los ativamente. (VELASCO, 2007).

Quanto ao terceiro critério, tem-se a questão legitimidade. De acordo com o relatório do Latinobarômetro (2002-2004), apenas 29% dos latino-americanos estavam satisfeitos com o funcionamento da democracia em seu país. Em contrapartida, 53% afirmaram que preferiam a democracia a qualquer outra forma de governo. (VELASCO, 2007).

Nesse âmbito, a pesquisa do Latinobarômetro de 2018 revela que em 23 anos de pesquisas realizadas, a democracia alcançou seu apoio mais alto em dois momentos. Primeiramente, no início das transições, quando em 1997 chegou a 63% e, em um segundo momento, em 2010 quando chegou a 61%. Ao contrário, em 2001 essa avaliação chegou ao nível mais baixo, em 48%. A partir de 2010 começou uma onda de protestos na região e o apoio à democracia voltou a declinar, chegando, novamente, a 48% em 2018 – mesmo ponto em que estava em 2001 no auge da crise asiática. Ainda conforme o estudo, outras pesquisas já alertavam sobre o enfraquecimento do apoio à democracia, constatando os sintomas de uma “diabetes democrática”. (LATINOBARÔMETRO, 2018).

Ao mesmo tempo, desde 2010 tem aumentado o número de cidadãos que se dizem “indiferentes” quanto ao regime político, sendo que em 2010 eram 16%, passando a 28% em 2018. Isso vem acompanhado de um distanciamento da política e da não identificação em

relação aos partidos, em um movimento de afastamento de muitos cidadãos, a partir de um sentimento de desencanto e frustração. (LATINOBARÔMETRO, 2018). Esse declínio em relação ao apoio à democracia se dá num contexto em que os protestos na região têm aumentado devido a frustração dos cidadãos latino-americanos com os governantes, em um ambiente de corrupção e falta de expectativa em relação a mudanças efetivas.

Outro dado abordado pela pesquisa diz respeito aos cidadãos que apoiam regimes autoritários, tendo o nível máximo de apoio chegado a 17%, durante 7 anos, com o mínimo de 13% em 2017 e voltando a aumentar em 2018 quando chegou em 15%. Isso mostra que muitos cidadãos latino-americanos estão se afastando da política, da democracia e suas instituições, sendo indiferentes em relação ao regime político. (LATINOBARÔMETRO, 2018).

A partir da pesquisa supracitada e considerando o critério da legitimidade apresentando por Velasco, pode-se dizer que há uma tensão de legitimidade na região. Isso porque os níveis de apoio à democracia têm variado, diminuindo nos últimos anos, devido a desaprovação de muitos governos latino-americanos e desencadeando uma onda de manifestações.

Seguindo, o quarto critério apresentado é o da fortaleza do Estado e do governo. Nesse sentido, um governo será mais democrático na medida em que as instituições e prática democráticas predominem. Em contraponto, a democracia será uma fachada se essas instituições forem limitadas e colonizadas por forças antidemocráticas. Assim, mesmo que os países da região não sofram por movimentos que pretendam chegar ao poder por meio do uso de armas – com exceção de Colômbia e Haiti, em certos momentos – os Estados latino-americanos são débeis em outros sentidos, como pode-se observar em relação às finanças públicas. (VELASCO, 2007).

Já o último critério apresentado diz respeito a resistência. Mesmo em meio a múltiplas debilidades, os regimes da América Latina têm demonstrado uma imensa capacidade para resistir e sobreviver. Entre 1985 e 2004, quinze presidentes da região, em dez países, foram destituídos ou obrigados a renunciar ao poder, sobretudo pelas graves crises políticas – cinco dessas crises se deram a partir de 2000 (Equador, Peru, Argentina, Bolívia e Haiti) e um país (Venezuela) tem passado por crises recorrentes nos últimos anos. Ainda, Velasco (2007) menciona que, na maioria da região, a democracia é uma questão quase exclusivamente de eleições competitivas e procedimentos eleitorais.

A partir dos critérios apresentados a fim de compreender um pouco das democracias latino-americanas, vê-se que essas passaram – e passam – por momentos de desafios, seja no que tange a legitimidade e a confiança dos cidadãos perante os governos, como pelas dificuldades enfrentadas pelos Estados financeiramente e pela falta de uma promoção ativa dos

direitos humanos. Ao mesmo tempo, percebe-se a marca da resistência na região e no povo latino-americano, sendo que mesmo em um ambiente de intensa desigualdade e de ataques aos direitos humanos e aos regimes democráticos, a região tem se mostrado resistente, em constantes lutas pela dignidade humana.

Outro fator importante é sobre os efeitos da desigualdade social em relação a democracia. Como se sabe, a América Latina tem como característica, infelizmente, a problemática da desigualdade social, sendo os níveis de pobreza e extrema pobreza alarmantes. O panorama social da América Latina de 2019 (CEPAL, 2020) demonstra que a desigualdade é uma característica estrutural e histórica nas sociedades latino-americanas, se mantendo, inclusive, em períodos de crescimento econômico. Como consequência, tem-se diversos obstáculos à erradicação da pobreza, ao desenvolvimento e à garantia de direitos. Isso se assenta em uma cultura do privilégio – traço histórico da região – em um cenário de intensa desigualdade – e em que há um entrecruzamento de desigualdades, como as de origem econômica, de gênero, territoriais, étnicas, raciais, etc.

Assim, a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade em todos seus níveis ainda são desafios para a região. Mesmo com avanços registrados na década passada, desde 2015 tem se observado retrocessos, o que se visualiza no aumento da pobreza extrema, emitindo fortes sinais de alerta. Demais fatores preocupantes são relacionados a questão do baixo crescimento econômico, aos desafios vinculados aos desastres ambientais, ao aumento e complexidade das migrações, entre outros. (CEPAL, 2020).

Em contrapartida à diminuição das taxas de pobreza e extrema pobreza entre 2002 e 2014, momento em que 66 milhões de pessoas superaram essa situação, a partir de 2015 os níveis passaram a aumentar. Em 2018, 185 milhões de pessoas se encontravam em situação de pobreza, das quais 66 milhões em situação de extrema pobreza. (CEPAL, 2020). Isso revela a situação de milhões de latino-americanos que se encontram em ambientes de vulnerabilidade e sem acesso aos bens necessários a uma vida digna, se refletindo, inclusive, na questão das migrações, sendo que muitas dessas pessoas se veem na necessidade de buscar condições de vida em outros locais que não o de origem.

Segundo Velasco (2007), para compreender os efeitos que a desigualdade social tem sobre a democracia na América Latina, deve-se atentar ao fato de que em todas democracias modernas, os indivíduos envolvidos em altos negócios exercem uma influência maior que a dos demais cidadãos. Ora, poucos cidadãos em condição de extremo privilégio influem na sociedade conseguindo benefícios, enquanto milhões de pessoas se encontram em condição de vulnerabilidade e pobreza. Isso resulta em privilégios para poucos e violação de direitos para

muitos – os quais não importam àqueles que estão no poder e dão prioridade ao desenvolvimento estritamente econômico em detrimento da proteção dos direitos humanos.

Além disso, considerando a indissociabilidade entre democracia e direitos humanos, é fundamental o fortalecimento das democracias na região, para que se avance também em relação aos direitos humanos e, conseqüentemente, na problemática da desigualdade social. Entretanto, preocupa o declínio que as democracias latino-americanas têm enfrentado.

Nesse sentido, ao abordar a questão da terceira onda de democracias na América Latina, Lagos (2018) dispõe que em vários países a história dessas democracias é a história de líderes com nome e sobrenome, onde o país fica em segundo plano, atrás de quem o governa, com a ideia de que o destino do país depende de uma única pessoa. Essa passou a ser uma das armadilhas do processo de consolidação da democracia, inclusive na América Latina, sendo que novos autoritarismos têm surgido em países que foram parte da transição democrática, colocando a democracia em um cenário de enfraquecimento.

Outrossim, os “novos autoritarismos latino-americanos” emergem das mesmas democracias que se transformam e não mais pelos clássicos golpes de Estado, em que os militares tomavam o poder. Ao contrário, isso tem se visualizado a partir das personalidades presidenciais que minam a autonomia dos demais poderes com a intenção de centrar em si todo o poder. Como exemplo, pode-se mencionar Venezuela, Nicarágua e Turquia, países que demonstram como as eleições permitem a instauração de autoritarismos, o que a autora denomina de “autoritarismos eleitorais”, pois mesmo que sejam de origem e tipo distinto, chegam por via das eleições. Ora, já não se trata dos autoritarismos militares – que fracassaram com a terceira onda –, mas de novas formas de dominação autoritária, as quais nem sempre são identificadas como tais. (LAGOS, 2018).

Ainda, Lagos (2018) traz a reflexão de que anos atrás a preocupação era em torno da possibilidade de que os militares voltassem ao poder, o que foi considerado como inviável durante décadas. Entretanto, o que não foi previsto é que já não se necessita de militares para estabelecer autoritarismos, de modo que na “nova” América Latina não são necessários golpes de Estado, pois se pode chegar ao autoritarismo por meio das eleições²⁰.

²⁰ A luta pelos direitos humanos nas primeiras décadas do século XXI enfrenta novas formas de autoritarismo que convivem confortavelmente com regimes democráticos. São formas de fascismo social, como as tenho designado no meu trabalho. Se a voracidade de recursos naturais e de terra deste modelo de desenvolvimento continuar a influenciar os Estados e governos democráticos para, por um lado, fazer tábua rasa dos direitos de cidadania e humanos, incluindo os que estão consagrados pelo direito internacional e, por outro, para reprimir brutal e impunemente todos aqueles que ousam resistir-lhe, é possível que estejamos ante uma nova forma de fascismo social, o fascismo desenvolvimentista. (SANTOS, 2014, p. 66, 67).

Assim, as democracias latino-americanas – tão relevantes na história da região – tem passado por desafios no que tange a sua consolidação, enquanto surgem novos autoritarismos em ataques aos direitos e liberdades. Somado a isso, tem-se a desigualdade social, conforme mencionado, cenário em que milhões de latino-americanos se encontram em situação de vulnerabilidade e, logo, sem garantia dos direitos humanos.

Após situar, mesmo que brevemente e sem intenção de esgotar o tema, a América Latina no eixo histórico-político, pôde-se compreender um pouco do cenário dos direitos humanos na região ao longo dos anos. Com isso, cabe dispor que todos esses processos que a região enfrentou e o movimento pendular entre democracia e autoritarismo, o qual se reflete também no que tange aos direitos humanos, só demonstram o quanto essa é uma região marcada por opressão, mas, sobretudo, por lutas.

Lutas contra as atrocidades cometidas, lutas pela proteção dos direitos humanos e pela dignidade humana. Dignidade de um povo vítima da colonização e de autoritarismos, em um cenário de violação dos mais básicos direitos e liberdades. Isso tudo fez com que a América Latina fosse, ainda, parte relevante no processo de construção dos direitos humanos – mesmo sendo uma região vítima de tempos coloniais e ditatoriais, ou talvez por isso, a região também tem como marca a resistência, conforme apontado por Velasco. Resistência que se visualiza na participação da região no processo de construção dos direitos humanos.

Para Bragato (2011, p. 17), “significar o discurso dos direitos humanos passa pelo resgate do papel da América Latina no desenvolvimento histórico dos direitos humanos e na construção de uma peculiar visão humanista desencadeada pela conquista”. A autora traz o alerta de que elementos da história do protagonismo latino-americano nos processos de construção dos direitos humanos permanecem esquecidos ou obscurecidos.

Ao mesmo tempo, em contraponto, se constata que os países da região subscreveram os principais Tratados de direitos humanos adotados pela ONU. (PIOVESAN, 2013). Com isso, as lutas históricas e os valores latino-americanos têm contribuído de forma significativa para a consolidação do discurso em torno dos direitos humanos a nível internacional – mesmo que isso seja invisibilizado pelo discurso eurocêntrico hegemônico.

Dessa maneira, ainda que haja um histórico de violações aos direitos humanos no continente, muitos aspectos confirmam o protagonismo da região para a consolidação teórica desse discurso. Esse protagonismo, contudo, restou esquecido em face do discurso hegemônico. Antes mesmo da fundação da OEA e da ONU, os líderes latino-americanos perceberam a relevância dos direitos humanos como forma de proteger os povos dos Estados mais fracos das intervenções ilegais daqueles mais poderosos, sobretudo no que diz respeito aos Estados

Unidos. Nesse momento, muitos líderes frisaram a importância do Direito Internacional e a busca por uma harmonização entre as doutrinas de soberania e não-intervenção com os demais princípios do Direito Internacional e dos direitos humanos²¹. (BRAGATO, 2013).

Cabe ressaltar, desse modo, que a Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira ao contemplar direitos sociais e econômicos e, para além disso, não declarou a superioridade desses direitos em relação às liberdades. Assim, se antecipou uma tendência que se afirmaria no cenário internacional, qual seja, a da inter-relação, interdependência e indivisibilidade entre os direitos sociais e os direitos de cunho liberal. As nações latino-americanas foram as primeiras a, efetivamente, se comprometer com a problemática dos direitos humanos a nível internacional. Essa visão em torno dos direitos humanos enfatizava a correlação entre direitos e deveres, algo que não se visualizava na concepção individualista predominante no restante do ocidente e parte do discurso hegemônico. (CAROZZA, 2003; BRAGATO, 2013).

Além disso, a proteção de direitos humanos a nível internacional já vinha sendo objeto da atuação latino-americana desde 1938, quando ocorreu a Conferência Interamericana (que precedeu a OEA), momento em que se adotou a “Declaração em Defesa dos Direitos Humanos”. Acrescenta-se a isso o fato de que antes da reunião que ocasionou a criação da ONU, em 1945, a Conferência Interamericana, reunida no México, decidiu postular a inclusão de uma declaração de direitos na Carta da ONU. Essa proposição foi recebida com frieza pelas potências mundiais da época, entretanto, teve adesão da opinião pública sendo, enfim, adotada, não por meio da definição de uma carta de direitos, mas pelo compromisso da ONU com a proteção de direitos humanos em distintos momentos da Carta, incluindo a previsão da criação de uma Comissão de Direitos Humanos, lançando uma base importante para a posterior consolidação da Declaração Universal. (CAROZZA, 2003; BRAGATO, 2013).

Assim, a partir do compromisso de estabelecer uma declaração de direitos humanos, em 1948 se teve a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, com apoio unânime dos latino-americanos. Contudo, as origens desses processos têm ficado obscurecidas, assim como o papel que a diplomacia latino-americana teve para que a Declaração Universal tivesse aceitação entre as variadas culturas que foram parte nas discussões. (BRAGATO, 2013).

²¹ Por meio do Congresso do Panamá, em 1826, Colômbia, Equador, Panamá, Venezuela, México, América Central e Peru adotaram o Tratado da União Perpétua, Liga e Confederação, com a participação ativa de Simon Bolívar. Muito embora só a Colômbia (que, na época, incluía Equador, Panamá e Venezuela) tenha-no ratificado, o tratado teve importância histórica em razão de ter sido o precursor de uma série de reuniões regionais para tratar da defesa recíproca e de outras formas de cooperação na região. Além disso, antes da II Guerra Mundial, muitas convenções foram realizadas com vistas à proteção dos direitos humanos, especialmente das mulheres, trabalhadores, crianças e relacionada com preocupações de guerra. (BRAGATO, 2013, p. 23).

No que tange a participação da diplomacia latino-americana no processo de construção da Declaração Universal, dentre os modelos que o Secretariado da ONU havia coletado, estavam um modelo baseado em uma proposta dos cubanos na conferência de São Francisco e um esboço do Panamá, utilizados por Humphrey ao elaborar o primeiro esboço da Declaração. Nesse momento, Humphrey descreveu que o modelo do Panamá foi o melhor dos textos que ele havia trabalhado. Como exemplo das disposições extraídas dos modelos latino-americanos, tem-se a disposição acerca dos direitos econômicos e sociais. (CAROZZA, 2003).

Outro texto que teve importante influência na Declaração Universal foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada pela Organização dos Estados Americanos no início de 1948. Mesmo com propostas mais ambiciosas, os latino-americanos foram persuadidos no sentido de que a Declaração Universal²² não deveria ser parecida com as americanas em todos os detalhes. Com isso, representantes da região resolveram propor emendas mais limitadas, porém importantes. Por exemplo, o representante da República Dominicana propôs, com sucesso, a menção sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres no preâmbulo do documento; o delegado cubano propôs a referência às necessidades das famílias; e, o mexicano, propôs adicionar um artigo sobre recursos nos tribunais nacionais em relação às violações de direitos (BRAGATO, 2013; CAROZZA, 2003).

Nessa linha, pode-se observar o compromisso latino-americano em relação a proteção e positivação dos direitos humanos. Mesmo em tempos em que a ideia dos direitos humanos internacionais era vista com relutância pelos outros Estados, as vozes latino-americanas se fizeram presentes, em defesa dos direitos e, para além disso, da igualdade de direitos entre todas as raças e sexos. (CAROZZA, 2003). Ressalta-se, então, o protagonismo latino-americano na consolidação dos direitos humanos, mesmo com muitas limitações em relação às proposições apresentadas – em um cenário em que o discurso hegemônico e eurocêntrico predomina, assim como os interesses do homem branco e burguês.

Por esse motivo, a contribuição latino-americana “merece não apenas ser resgatada, mas situada como resultado da consciência firmada sobre postulados humanistas que formaram o referencial moral latino-americano. (p. 29)”. Essa visão latino-americana se deu em um contexto de lutas por reconhecimento de direitos, entre esses o dos indígenas e, para além desses, das disputas precedentes e que levaram às independências, o que fez com que a região

²² No processo de sua redação, seus autores se esforçaram para apresentar uma definição de “universal” da natureza humana. Diante das múltiplas dificuldades e das diferentes resistências com as quais se depararam, optaram, segundo o modo ocidental-liberal de pensamento, por “abstrair” as circunstâncias, as plurais e distintas circunstâncias em que se desenvolvem as vidas das pessoas. Essa foi a razão pela qual se adotou uma visão “ideal”, para não dizer metafísica, da pessoa humana. (HERRERA FLORES, 2009).

tivesse um ambiente propício para resistências e reivindicações de direitos humanos. (BRAGATO, 2013).

Antes do protagonismo no que tange a Declaração Universal, a região latino-americana foi pioneira ao proclamar sua Declaração regional, essa precedendo em meses aquela. A Nona Conferência dos Estados Americanos, reunida em Bogotá em 1948, além de proclamar a Carta da Organização dos Estados Americanos, contendo uma série de provisões gerais sobre os direitos humanos, proclamou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a qual, diferentemente da Declaração Universal, buscou estabelecer uma série de deveres aos indivíduos. Assim, a Declaração Americana dedica todo o capítulo segundo para a prescrição dos deveres, que dizem respeito à necessidade de que cada um contribua com o bem-estar coletivo e do outro. O que chama atenção e deve ser frisado, é o pioneirismo da Declaração Americana no que se refere à existência de um documento jurídico de cunho internacional com previsões sobre os direitos humanos (BRAGATO, 2013). Consequência das constantes lutas pela dignidade humana, marca na história da região.

Nesse viés, na tradição humanista latino-americana, constituindo-se como legado dos tempos de colonização, o ser humano é reconhecido em sua alteridade. Não foi por acaso a contribuição de acadêmicos, homens públicos e ativistas latino-americanos para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (BRAGATO, 2013).

Por conseguinte, a história da América Latina em torno dos direitos humanos não finaliza em 1948, de modo que as contribuições seguiram. Entre essas contribuições, cabe frisar a elaboração de um sistema regional de direitos humanos. No ciclo de evolução do Direito Internacional, surgiram sistemas regionais de direitos humanos, com caráter duplo de relevância, no sentido de que possuem a função de observar, validar e efetivar os direitos humanos e, além disso, de observar os regionalismos e o ambiente perante o qual atuam, contemplando para além da teoria as realidades regionais acerca dos direitos humanos e das necessidades de cada região. (CAROZZA, 2003; MENDES, 2015). Surge, então, o SIDH, contemplando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH, importante instrumento de proteção dos direitos humanos no contexto regional.

Deste modo, os sistemas regionais são basilares, demonstrando a concepção de alteridade em seu entorno, sendo que buscam reconhecer a biografia e as vivências dos indivíduos que compõe determinado local, ampliando a ponte entre direito e realidade. Isso porque as distintas partes do mundo não anseiam pelos mesmos direitos exatamente ao mesmo tempo, pois enquanto na Europa se necessita de maior efetivação quanto aos direitos políticos, na América Latina ainda se carece da eficácia de direitos em torno da dignidade humana, visto

que não há uma garantia dos mais básicos direitos como os fundamentais à uma vida digna. O regionalismo dos direitos humanos culmina, assim, na busca por efetivação dos mais ameaçados direitos de cada região do mundo, sem, contudo, deixar de observar as ações internacionais que possam produzir bons resultados em um ambiente de troca de experiências e diálogo, expandindo o debate acerca dos direitos humanos. Insta dispor que, antes da criação dos sistemas regionais, como o interamericano, se o indivíduo viesse a sofrer alguma lesão em relação ao exercício de seus direitos, não teria alternativa senão a estabelecida a nível nacional pelo Estado responsável (MENDES, 2015; GUERRA, 2012).

Ainda, conforme Bragato (2015), os sistemas regionais têm a vantagem de lidar melhor com os problemas culturais que desafiam a lógica universalista dos direitos humanos. Isso porque as Cortes regionais têm demonstrado sua capacidade de compreender e adaptar a legislação internacional às demandas plurais de culturas locais, sem comprometer o potencial emancipatório dos direitos humanos. Em relação a existência de uma cultura jurídica dominante, entende-se que o SIDH – objeto da presente pesquisa, sobretudo no que se refere à atuação da Corte IDH – cria formas de proteção a culturas contra-hegemônicas, possibilitando uma aproximação entre os indivíduos e seu entorno, porém sem a intenção de criar um caráter isolacionista. (MENDES, 2015).

Dessa forma, observa-se a relevância do SIDH no contexto da América Latina. Conforme exposto, a região passou por momentos de violência e opressão ao longo da história, em tempos coloniais e ditatoriais, além de enfrentar ataques aos regimes democráticos, o que faz com que seja fundamental a atuação de uma Corte regional de direitos humanos, no intuito de evitar que essas violações sejam constantes.

Enquanto sistema regional que abrange o contexto latino-americano, o SIDH foi criado e experimentou seu desenvolvimento inicial em uma região marcada pela Guerra Fria e por longos períodos de governo repressivo e autoritário, desde os anos 1950 até meados de 1980, momento em que buscou principalmente identificar padrões gerais em relação às violações de direitos humanos ao invés de focar em casos individuais. O Sistema Interamericano foi estabelecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), cujos principais instrumentos são a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), ambas adotadas em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 1969. Com o retorno à democracia na região, o SIDH ganhou forte influência, em particular com as transições democráticas, dando forma às lutas políticas sobre a justiça de transição e aos abusos cometidos durante os regimes militares. (ENGSTROM, 2017; GUERRA, 2019; MENDES, 2015)

Numa região de democracias fragilizadas e persistentes violações de direitos, o SIDH assume, portanto, importância significativa, sendo que consagra um parâmetro em termos de dignidade humana em um cenário em que ainda repercute a violência e o desrespeito aos direitos humanos – ainda, a região é considerada a mais desigual do mundo, outro fator que dificulta a implementação de direitos. Mesma importância tem a CIDH e a Corte IDH, organismos que podem contribuir de forma positiva a fim de moldar a conduta dos Estado em relação aos direitos humanos – mesmo com muitos desafios e obstáculos –, sendo que ambos os órgãos têm dado resposta a milhares de vítimas, através de um sistema de petições previsto na CADH, fixando parâmetros que, em maior ou menor grau, orientaram algumas reformas jurídicas e políticas relevantes na região. (BASCH; FILIPPINI; LAYA; NINO; ROSSI; SCHREIBER, 2010; SENGER, 2015).

Além disso, uma característica que acaba por distinguir o SIDH dos outros sistemas de direitos humanos, é sua competência de se adaptar, ao longo dos anos de existência, a situação espacial para responder às necessidades que cada momento histórico demandava. Como exemplo de ferramentas exitosas do sistema, tem-se as visitas *in loco*, a preparação e publicação de informes, adoção de medidas cautelares e sentenças judiciais, as soluções amistosas, os relatórios temáticos, a jurisprudência em matéria de reparações. Isso tudo surgiu, se fortaleceu e redefiniu em contextos e momentos históricos determinados, a fim de responder demandas pontuais, pois a ideia é que esse sistema não apenas reproduza as leis, mas antes compreenda o grupo envolvido e considere a sua forma de relação, levando em conta sua biografia e os anseios coletivos de determinada sociedade. (DULITZKY, 2008; MENDES, 2015).

Por conseguinte, a CIDH teve origem a partir da DADH, sendo o primeiro órgão criado no âmbito do SIDH, em 1959, com objetivo de garantir a promoção dos direitos e garantias previstos na mencionada Declaração. Desde sua criação, a Comissão tem se mostrado resistente aos mais variados desafios que surgem à continuidade institucional e, mesmo diante de conjunturas desfavoráveis, é importante notar que a CIDH além de se manter enquanto órgão interamericano, ampliou consideravelmente seu *status* institucional e poderes ao longo do tempo. As práticas da CIDH também buscam promover a alteridade e o reconhecimento da diferença, de modo a não transformar a diversidade em conflito, objetivando respeitar as culturas locais para além da cultura hegemônica dominante. (GUERRA, 2019; MENDES, 2015; RAMANZINI, 2017).

No começo do funcionamento do sistema as expectativas em torno da existência de uma Corte de direitos humanos na região eram baixas. Entretanto, entre 1969 e 1979, o SIDH passou por um momento de transição, com a adoção da CADH e a efetiva implementação da Corte

IDH. Mesmo assim, houve um decurso temporal entre a previsão legal em 1969 na CADH e a efetiva criação da Corte IDH, que se deu em 1979. (RAMANZINI, 2017).

Nesse sentido, a realidade latino-americana acaba por delinear a linha de atuação da Corte IDH, sendo que as violações de direitos humanos na região são, em grande medida, decorrentes do intenso grau de desigualdade, exclusão social e violência nos países membros, além da questão dos desafios aos regimes democráticos. (EIDT, 2015). Considerando as atrocidades que foram cometidas na região latino-americana, especialmente em tempos de golpes militares, conforme exposto, é clara a relevância e o papel de uma Corte de direitos humanos na região.

A Corte IDH, órgão jurisdicional do Sistema Regional, é uma instituição independente e autônoma, regulada pelos artigos 33, b e 52 a 73 da CADH, assim como pelas normas do seu estatuto, situada em São José, na Costa Rica. Ela é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas de reconhecida competência na matéria de direitos humanos. Quanto às funções da Corte IDH, tem-se a função contenciosa e a consultiva. No âmbito consultivo, os Estados integrantes da OEA podem solicitar parecer em relação à interpretação da CADH ou qualquer outro Tratado que se refira aos direitos humanos nos Estados americanos, além de poder dispor acerca da compatibilidade entre preceitos da legislação doméstica perante os instrumentos internacionais. Já no contexto contencioso, a Corte IDH determina se um Estado incorreu em responsabilidade internacional devido a violação dos direitos humanos consagrados na CADH. (GUERRA, 2011; GUERRA, 2012; VENTURA ROBLES, 2003).

Dessa maneira, demonstra-se o papel exercido pela Corte IDH no que tange à proteção de direitos humanos na América Latina. Tanto no âmbito consultivo quanto no contencioso, a Corte tem a função de promover os direitos humanos na região, de modo a evitar que mais violações ocorram de forma impune aos Estados americanos. Isso porque as vítimas dessas violações têm a opção de, para além do âmbito nacional, buscar a satisfação de seus direitos a nível internacional, através da atuação da Corte.

Foi após sete anos de sua instauração que a Corte foi chamada a decidir seus primeiros casos contenciosos. Isso se deu tanto pela morosidade dos Estados em reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte, como pela inércia da CIDH de ir ao Tribunal para resolver casos dos Estados que formularam tal reconhecimento. Com isso, a “Primeira Corte” expirou os seis anos de mandato sem exercer a competência contenciosa. (NIKKEN, 2003).

Um fator de importância conferido à Corte IDH, é o de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do território dos países que ratificaram a CADH, conforme

dispõe o art. 67 da mesma. A sentença proferida pela Corte pode determinar que o Estado faça cessar a violação, bem como indenizar a vítima ou seus familiares, sendo uma decisão de caráter obrigatório. (GUERRA, 2011; GUERRA, 2012).

Trindade (2003) adverte que, a fim de conferir maior participação dos indivíduos nas etapas dos procedimentos perante a Corte IDH, a partir de 1996 passaram a ocorrer mudanças em seu regulamento. Isso resultou na cristalização do direito de acesso direto dos indivíduos na jurisdição da Corte, mediante a adoção de um Protocolo Adicional a CADH. Pode-se mencionar, assim, o acesso direto dos indivíduos a jurisdição internacional da Corte IDH, como importante avanço nos processos e lutas pelos direitos humanos na região.

Entretanto, são muitos os desafios²³ para que se tenha a eficácia das decisões, assim como para o melhor funcionamento dos Sistemas Regionais, cujo desenvolvimento sofreu desaceleração após os ataques de 11 de setembro, momento em que passaram a dar prioridade a agenda da segurança em detrimento dos direitos humanos. Além disso, o SIDH necessita de maior democratização e mecanismos de eficácia, sendo que muitos Estados são relutantes em relação a implementação das decisões. Ao mesmo tempo, a demanda pelo SIDH nunca foi maior que nos últimos anos, pois o número de queixas apresentadas tem aumentado, indicando o quanto o Sistema é imprescindível, sobretudo para aqueles que tiveram seus direitos violados, e aos que são vulneráveis às violações. (BRAGATO, 2015; ENGSTROM, 2017).

Entre democracias e autoritarismos, a região da América Latina passou por tempos difíceis, violentos e desafiadores. No campo dos direitos humanos isso se mostrou latente, sendo que milhões de latino-americanos passaram por momentos de violência e opressão, em um ambiente em que não havia respeito aos direitos humanos e muito menos da dignidade humana.

Conforme se demonstrou, a democracia está estritamente relacionada com os direitos humanos, sendo condição de possibilidade para a proteção desses. Sendo assim, em um movimento pendular entre democracias e autoritarismos, o cenário dos direitos humanos na região latino-americana foi marcado por intensas violações. A partir disso, buscou-se promover a proteção dos direitos humanos na região de modo a diminuir essas violações, com o que surgiram Declarações internacionais e demais Tratados.

²³ O Sistema também enfrentou regularmente desafios de Estados e funcionários hostis à sua expansão e/ou a certas decisões. Uma crise no final da década de 1990 surgiu como resultado das tentativas do governo de Alberto Fujimori, no Peru, de se retirar da jurisdição do Tribunal. Ao longo das últimas décadas, o Brasil, a República Dominicana, o Equador, a Nicarágua, o Peru, Trinidad e Tobago e a Venezuela suspenderam de formas variadas o pagamento das taxas organizacionais, retiraram (temporariamente) seus embaixadores, e alegaram não estar vinculados a um determinado julgamento da Corte, ameaçando ou, realmente, denunciando a Convenção Americana. (ENGSTROM, 2017, p. 26).

Portanto, com a intenção de promover os direitos humanos na região de forma efetiva, foi criado o SIDH e a partir dele, a CIDH e a Corte IDH. Através desse sistema regional, os sujeitos latino-americanos passaram a ter a possibilidade de buscar a satisfação de suas demandas para além do âmbito nacional. Nesse contexto, muitas dessas lutas por direitos humanos acabam chegando ao âmbito da Corte IDH e, entre tantas lutas que a América Latina enfrentou e tem enfrentado, destacam-se as referentes às migrações forçadas, em que milhões de imigrantes necessitam deixar o local de origem e buscar condições de vida em outro lugar – o que se agrava considerando a desigualdade e exclusão social da região. Assim, entende-se fundamental compreender um pouco dos fluxos migratórios na América Latina para que, posteriormente, se investigue os processos de luta pela dignidade humana que chegam ao campo da Corte IDH em situações de migração forçada²⁴.

1.3 MIGRAÇÕES FORÇADAS NA CONTEMPORANEIDADE: IMIGRANTES NA AMÉRICA LATINA EM TEMPOS REMOTOS E EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Nossa borda, de fato, não é apenas uma questão de
espaços, são os barcos deslizando para nossas
costas, são todos aqueles que chegam,
que nos chegam e nos acontecem,
é uma borda que nos transpassa, nos divide,
nos revela dilacerados e disjuntos;
o “nós” e o “dentro” interrompidos pelo que vem,
a borda fazendo “irrupção e interrupção”
em pleno centro.
Essas bordas que não são mais bordas,
e sim feridas da cidade,
reveses da cidade na cidade,
mas também, e ainda,
vertentes da vida, lados do mundo,*

²⁴ Como se parte da concepção dos direitos humanos enquanto processos de luta pela dignidade humana e produtos culturais, os quais buscaram predominantemente responder aos interesses do homem branco e burguês e aos interesses liberais-individuais, cabe questionar qual proteção (não) recebem os milhões de imigrantes que se veem na necessidade de abandonar o país de origem em contexto de migração forçada. Isso porque esses indivíduos não são contemplados pelo discurso hegemônico dos direitos humanos, de modo que necessitam lutar pelo reconhecimento de direitos e, sobretudo, da própria dignidade humana – lutas que, por vezes, chegam ao âmbito do SIDH.

bons ou maus lados de um mesmo mundo.

(Marielle Macé, 2018, p. 25).

Os fluxos migratórios envolvem a movimentação de pessoas que deixam o local de origem com destino a outro e são ocasionados por diversos fatores. Conforme se observa, esses fluxos foram constantes na história da humanidade, seja devido às guerras e atrocidades cometidas, como por questões socioeconômicas e ambientais. Nesse cenário, imigrantes se veem na necessidade de deixar o país de origem em busca de melhores condições de vida, motivo que os leva a se “aventurar” em jornadas perigosas, exaustivas e desumanas.

Wermuth e Senger (2017) advertem que ao passo que a migração envolve pessoas que buscam fixar residência em país diverso ao de sua origem, deve-se excluir as viagens eventuais e de turismo para a configuração da migração, sendo que nesses movimentos as pessoas buscam ficar apenas por um tempo no local de destino. Com isso, entende-se que as demais práticas se inserem no conceito de migração, independente da motivação daquele que migra – seja devido a necessidade de fugir do local de origem em razão de situação de conflito, seja em busca de melhores condições de vida em um local novo.

A preocupação com a situação de milhões de pessoas que se encontram em deslocamento se mostra urgente, sendo que, conforme relatório da Organização Internacional para as Migrações (OIM) de 2019 (p. 20), estima-se que existam cerca de 272 milhões de migrantes internacionais no mundo, sendo quase dois terços desses, imigrantes de trabalho. Já a estimativa global mais recente do número total de crianças migrantes é de cerca de 31 milhões. São números alarmantes, sobretudo se tratando de contextos de migração forçada e com um expressivo número de menores de idade. Isso porque nesses fluxos migratórios as pessoas se veem obrigadas a deixar o local de origem, momento em que passam por muitos obstáculos e desafios, tanto no deslocamento como quando chegam ao país de destino e são recebidas de forma desumana – quando são recebidas e não barradas em fronteiras e centros de detenção.

Dessa maneira, na contemporaneidade vive-se uma fase marcada por novos desafios ligados à migração e globalização, em um ambiente em que há a abertura das fronteiras para o fluxo de mercadorias e àqueles que têm condições financeiras, enquanto as fronteiras²⁵ se fecham cada vez mais àqueles que vivem em condições vulneráveis e não tem acesso aos bens

²⁵ As barreiras construídas pelos Estados são feitas de pedra, tijolos, aço, ferro, cimento, arame farpado, mas também são feitas de uma política migratória baseada em uma legislação repressora e criminalizante, que delega o trato da imigração à polícia e é legitimada pela população local em razão do discurso amedrontador sobre os possíveis perigos que os imigrantes representam para a população autóctone. Discurso que é referendado, exagerado e difundido pelos meios de comunicação de uma forma geral. (SENGER; WERMUTH, 2017).

necessários a uma vida digna. Com os constantes fluxos migratórios os Estados não têm conseguido resolver as questões que surgem, como ocorre com os imigrantes que deixam seu país de origem e se veem à mercê da vulnerabilidade, sem acolhimento e tratamento humanitário no país receptor.

Nesse sentido, para Herrera Flores (2009), quando se pretende abordar com realismo os fluxos migratórios, deve-se encarar o fenômeno a partir de três reconhecimentos. Primeiro, de que o mundo tem como característica profundos desequilíbrios, tanto em relação a liberdades civis quanto a direitos sociais, econômicos e culturais. Em segundo, que as fronteiras são mecanismos essenciais ao mantimento das desigualdades entre as nações, sobretudo as fronteiras-fortalezas e, por fim, de que o controle das fronteiras representa a linha crítica de divisão entre o mundo desenvolvido, o centro e as periferias econômicas crescentemente subordinadas. Seguindo essa linha, Arango (2003) indica que o núcleo central de compreensão das migrações internacionais deve ser buscado fundamentalmente na extensão do modo de produção capitalista dos países do centro aos da periferia, com a incorporação de novas regiões na economia mundial. Antes facilitada pelo colonialismo, hoje essa incorporação é favorecida por regimes neocoloniais e empresas multinacionais.

Por conseguinte, Bauman (1999) dispõe que a globalização e a realidade das fronteiras foram um fenômeno de classe, sendo que no passado, assim como hoje, os ricos e poderosos da elite sempre foram de inclinação mais cosmopolita que o restante da população. Para o autor, em todas as épocas a elite tendeu a criar uma cultura própria que desprezava as fronteiras que confinavam as classes inferiores. Com isso, as elites escolhem o isolamento e pagam por ele, enquanto o restante da população é afastado e se vê forçado a pagar o preço psicológico, cultural, político e social do seu isolamento. Aqueles que são incapazes de ter uma vida separada pagando os custos de sua segurança, estão equivalentes aos chamados guetos do início dos tempos modernos, sendo postos para fora da cerca sem importar sua opinião, tendo acessos barrados, proibidos de ultrapassar os limites de sua localidade forçada, e assim totalmente excluídos da localidade “privada” e escolhida pela elite.

O autor (BAUMAN, 1999) segue, afirmando que aqueles que pertencem a elite, “os que vivem no alto”, viajam seguindo seus desejos, podendo escolher os destinos de acordo com o que lhes agrada. Já “os de baixo”, seguidamente são expulsos do local em que vivem e gostariam de ficar, sendo obrigados a se retirar de tal lugar como se estivessem constantemente e de qualquer forma se mudando, com um destino dificilmente agradável, o qual depende de outros, ou seja, que não o será por opção, o que claramente se concretiza na imagem dos imigrantes, que fazem parte daqueles “de baixo”, fora da elite e sem condições de idealizar e

seguir uma vida conforme sua própria vontade²⁶. Nesse sentido, tem-se a migração daqueles que escolhem fazê-la, e a migração daqueles que, por necessidade, tem que fazê-la. A migração forçada sempre fez parte da humanidade, assim, com os fluxos migratórios que tem se notado nos últimos anos, é essencial que se debata acerca do tratamento que é dado aos imigrantes quando deixam o seu país de origem e chegam ao país receptor²⁷.

Entretanto, como consequências da globalização e da migração constante, muros e cercas de arame farpado têm sido criados com o intuito de afastar aqueles considerados indesejáveis. O fato de ter nascido de um lado ou outro da fronteira, muitas vezes determina a possibilidade ou não de se disfrutar de certos direitos. Ao mesmo tempo, as restrições que são colocadas para alguns indivíduos ao cruzar fronteiras acabam por impedir o desfrute dos direitos em caráter violação aos direitos humanos. Entre as razões para fechamento das fronteiras pode-se mencionar três, com argumentos: econômicos – como para evitar que coloquem em risco o bem-estar econômico da sociedade receptora –; culturais – a fim de garantir a identidade e integridade da sociedade em questão –; e políticos – por exemplo, para salvaguardar os processos políticos internos de interferências que afetem seu desenvolvimento. (BAUMAN, 2017; VELASCO, 2008).

Nesse viés, pode-se verificar que há uma constante e corriqueira violação dos direitos humanos dos imigrantes, tanto no país de origem, quanto no caminho e quando chegam ao país de “acolhida”. Esse fato se dá, por um lado, por falta de interesse e de ação dos Estados em agir na defesa dos direitos dessas pessoas, e por outro, por parte da sociedade que ainda vê o imigrante como uma ameaça, como alguém que chega e permanece causando medo por ser desconhecido. Ao invés de se construírem pontes de solidariedade, se constroem muros de indiferença.

Assim, como desafio aos países receptores de imigrantes, tem-se a busca pela inserção dessas pessoas na sociedade de acolhimento, de modo a criar condições sociais e existenciais

²⁶ É muito fácil, sobretudo depois do 11 de Setembro, justificar a superioridade do valor da segurança sobre o resto de valores que inspiram os direitos humanos e, mais fácil ainda, considerar o imigrante ou o diferente como sendo o “bode expiatório” responsável por nossas frustrações e nossa incapacidade política para resolver os problemas da delinquência organizada, bem como o problema dos débeis sistemas de pensões que nos predizem um futuro incerto e problemático. O populismo de extrema direita se nutre dessas incapacidades dos Estados de Direito. Contra essa tendência, devemos reconhecer, primeiro, o papel benéfico que em todas as épocas históricas têm representado as migrações, as mesclas, as mestiçagens e, segundo, fazer chegar à opinião pública as vantagens trabalhistas, fiscais e culturais que a imigração proporciona a todos nós. (HERRERA FLORES, 2009, p. 162).

²⁷ As migrações, especialmente as não desejadas, põem à prova a estabilidade psíquica e emocional dos migrantes. Somente uma boa relação com os objetos internos, a aceitação das perdas e a elaboração das dores e dos lutos poderão permitir uma melhor integração entre os dois países, os dois tempos, o grupo de antes e o atual, o que dará lugar a uma organização e consolidação do sentimento de identidade, que corresponderá a alguém que segue sendo o mesmo apesar das mudanças e remodelações em sua vida. (SANTOS, 2016, p. 31 e 32).

que permitam suavizar os processos traumáticos que os fluxos migratórios envolvem. Os Estados-nação devem buscar gerir os processos de inserção dos imigrantes, respeitando a diversidade e permitindo a inclusão do imigrante na nova sociedade que o está recebendo, sem a imposição de assimilações culturais forçadas. (SANTOS, 2016).

No entanto, conforme se observa na contemporaneidade, ainda predomina na sociedade o medo do Outro, daquele que é diferente por ser desconhecido, o que acaba gerando um ambiente de insegurança, em que o imigrante é tratado como alguém indesejável, que de alguma forma prejudicará os nacionais. Questiona-se até que ponto essa predominância da soberania dos nacionais, da preocupação ampla e irrestrita com o “Eu” individual, pode ferir e prejudicar os direitos humanos do Outro, de uma coletividade de seres (in)visíveis aos olhos da “sociedade-mundo”.

Mesmo que se tenha informações sobre o que tem do outro lado da fronteira, o encontro com o diferente e o estranhamento com o outro sempre marcaram a mobilidade humana e os fluxos migratórios. Ao reforçar a ideia de unidade, o Estado-nação acabou institucionalizando a diversidade como algo a ser combatido. Assim, a população conservadora tem defendido uma posição de fechamento de fronteiras, sustentando uma ideia de que uma invasão de imigrantes colocaria em causa seus valores e condições de vida e trabalho, além daquelas posições que, mais extremas, ligam a questão da migração com os atos de terrorismo e violência. (LUCAS; SANTOS, 2016). Nesse viés:

Não se pode ingenuamente pensar que os problemas envolvendo estes fenômenos comecem e acabem com o controle dos fluxos, especialmente de entradas. É preciso considerar que, uma vez estando o imigrante instalado no país de destino, a gama de problemas possíveis de serem por ele enfrentados é bastante grande. Nos últimos anos, por exemplo, o tema começou até mesmo a interessar aos profissionais da saúde mental, em virtude do alto número de migrantes que passaram a demandar seus serviços pela ocorrência de transtornos psíquicos e por problemas que podiam ter uma relação direta com a migração. (SANTOS, 2016, p. 27 e 28).

Em contrapartida, as medidas de controle e supervisão nas fronteiras adotadas por muitos países são pouco efetivas, sendo que não analisam os fatores que impulsionam a migração em massa, nem as desigualdades enfrentadas por essas pessoas. Dessa maneira, atuam de forma superficial e simplista em um fenômeno extremamente complexo. (ALMEIDA; CORREA, 2017).

Nessa linha, em constante violação de direitos humanos e tratamento xenófobo no que tange às migrações, e por ainda predominar o interesse pela proteção dos nacionais em detrimento aos direitos humanos de todos, seja qual for a nacionalidade, não há uma preocupação dos países receptores em acolher de forma humana e digna os imigrantes. De fato,

esses são postos em alojamentos ou centros de detenção, em condições degradantes e sem o mínimo de condições para que se possa ter uma vida digna²⁸.

Com isso, deve-se buscar descriminalizar o movimento global de pessoas, seja pelo Estado, ou pela sociedade no geral, tratando cada ser humano com dignidade, independente do seu *status* ou cidadania política. Isso significa reconhecer que ultrapassar fronteiras e entrar em um país diferente não é um ato criminoso, mas uma liberdade humana e a busca pelo aperfeiçoamento humano em um mundo que se tem para compartilhar com os “vizinhos”. (BENHABIB, 2004).

Nesse sentido, pode-se dizer que mesmo havendo previsões legais e internacionais acerca da proteção de direitos humanos no que tange a mobilidade humana, ainda prevalece a violação de direitos, num mundo globalizado em que prevalecem os interesses daqueles detentores de poder e capital, enquanto se esquece – ou se faz esquecer – daqueles que, como seres humanos, necessitam de tratamento igualitário e para além disso, humanitário. Demonstram-se, assim, as mazelas da sociedade ao desprezar aqueles que por serem considerados estranhos e indesejáveis, são excluídos e colocados à mercê da própria sorte.

Ainda, nos países desenvolvidos, em que há tanto refugiados quanto imigrantes econômicos buscando asilo, os interesses empresariais se sobressaem. Esses países desejam o influxo de mão de obra barata, com habilidades promissoras e lucrativas (BAUMAN, 2017), abrindo, dessa forma, as fronteiras com interesses claramente econômicos e seletivos.

Para Sayad (1998), o imigrante é essencialmente uma força de trabalho. Força essa provisória, temporária. O autor relaciona a imigração com a busca pela mão de obra barata e de emprego. É o que acontece, por exemplo, quando a estadia do imigrante no local receptor é condicionada ao trabalho, única razão de ser que lhe é reconhecida. Com isso, se diz que o trabalho fez nascer o imigrante. Assim como quando ele termina, faz morrer a condição de imigrante, decretando sua negação e empurrando o indivíduo para uma zona de “nao-ser”²⁹.

Isso se visualiza na contemporaneidade, em que os interesses do capitalismo se sobressaem e a entrada de imigrantes em muitos países é condicionada ao emprego, de modo

²⁸ Os imigrantes muitas vezes enfrentam formas interrelacionadas de discriminação, pelas quais são discriminados não só pela origem nacional, situação migratória, ou, mais amplamente, por serem estrangeiros, mas também em razão de fatores como idade, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, pertença étnico-racial, deficiência, situação de pobreza ou pobreza extrema, entre outros. (CIDH, 2015, p. 15, tradução nossa).

²⁹ Assim, completa-se a estigmatização da figura do imigrante: além de possível terrorista, traficante ou criminoso, ele é também “ladrão” de empregos, um parasita social que, diante do enfraquecimento do *Welfare State*, encontra-se no país para prejudicar o nacional, ao invés de contribuir para o crescimento da comunidade receptora. (SENGER; WERMUTH, 2017, p. 11). É nesse sentido que os imigrantes passam por ataques e xenofobia ao chegar na sociedade receptora e se deparar com discursos preconceituosos a partir de uma ideia nacionalista em que os nacionais percebem o imigrante como ameaça, como alguém estranho que veio para tirar o trabalho dos nacionais.

que ele só será bem-vindo enquanto mão de obra barata, que servirá aos interesses do país. Essa situação faz com que esses imigrantes, que já se encontram vulneráveis, aceitem empregos muitas vezes em condições análogas à escravidão, sem quaisquer direitos resguardados³⁰.

Há também a ideia de que o imigrante deve sempre continuar sendo um imigrante. Isso porque sua estadia, muitas vezes subordinada ao trabalho, permanece provisória. Observa-se, assim, uma natureza fundamentalmente provisória e utilitária da presença do imigrante na sociedade receptora. No mesmo sentido, pode-se dizer que o país receptor manda, enquanto o imigrante, por ser o diferente, serve. Assim se está ante a lei da oferta e da procura, nesse caso aplicada à tragédia de milhões de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade ao fugir do empobrecimento de seus países, devido as mazelas do capitalismo globalizado. (HERRERA FLORES, 2009; SAYAD, 1998).

Com efeito, ao se observar as políticas que vêm sendo utilizadas em relação aos fluxos migratórios, percebe-se que ainda predomina a defesa pela separação mútua, o desejo de manter distância daqueles considerados estranhos, o que vem sendo feito através da construção de muros, ao invés de se buscar construir pontes e linhas diretas para comunicação. Tais políticas, a curto prazo, podem parecer reconfortantes, visto que colocam o desafio longe dos olhos, entretanto, as mesmas apenas armazenam explosivos para uma denotação futura – dessa forma o problema está longe de ser resolvido (BAUMAN, 2017).³¹

Conforme se observa, as maiores preocupações em âmbito Estatal dizem respeito ao controle do fluxo de migração pelos países receptores, principalmente quanto à entrada de imigrantes pobres em seus territórios. Nos últimos tempos, essas preocupações se concretizaram por meio de medidas políticas e jurídicas fortemente repressivas. (SANTOS, 2016).

³⁰ Também conhecemos todas as sequelas decorrentes dos processos de aculturação e de submissão dos imigrantes a condições trabalhistas e de vida cotidiana indignas a que ele próprio se submete para não entrar em conflito com o “cidadão” do país de acolhida. A imigração é um problema com claras conotações culturais, mas sobretudo de desequilíbrio na distribuição da riqueza. Se somente uma empresa transnacional detém um produto interior bruto superior ao de todos os países da África subsaariana; se os povos do Sul têm bloqueado seu desenvolvimento pela existência de uma dívida injusta, cujo pagamento está “assegurado” pelas instituições globais e multilaterais alheias ao mínimo controle democrático; e se sobre os países empobrecidos pela rapina das grandes corporações pairam com maior intensidade os verdadeiros problemas ambientais, populacionais e de saúde, está claro que as migrações e as diferenças culturais são motivadas pela desigualdade entre classes sociais e os desequilíbrios econômicos entre países, e não por questões bizantinas sobre o reconhecimento dos outros: os países que compram mandam, dizia Martí. (HERRERA FLORES, 2009, p. 148).

³¹ E assim, uma conclusão também precisa ficar clara: a única forma de escapar dos atuais desconfortos e sofrimentos futuros passa por rejeitar as traiçoeiras tentações da separação. Em vez de nos recusarmos a encarar as realidades dos desafios de nossa época, sintetizados na expressão “Um planeta, uma humanidade”, lavando as mãos e nos isolando das irritantes diferenças, dessemelhanças e estranhamentos autoimpostos, devemos procurar oportunidades de entrar num contato estreito e cada vez mais íntimo com eles – resultando, ao que se espera, numa fusão de horizontes, e não numa fissão induzida e planejada. (BAUMAN, 2017, p. 23).

Por conseguinte, bem expõe Bauman que:

O desejo dos famintos de ir para onde a comida é abundante é o que naturalmente se esperaria de seres humanos racionais; deixar que ajam de acordo com esse desejo é também o que parece correto e moral à consciência. É por sua inegável racionalidade e correção ética que o mundo racional e eticamente consciente se sente tão desanimado ante a perspectiva da migração em massa dos pobres e famintos; é tão difícil negar aos pobres e famintos, sem se sentir culpado, o direito de ir onde há abundância de comida; e é virtualmente impossível propor argumentos racionais convincentes provando que a migração seria para eles uma decisão irracional. O desafio é realmente espantoso: negas aos outros o mesmíssimo direito à liberdade de movimento que se elogia como a máxima realização do mundo globalizante e a garantia de sua crescente prosperidade (1999, p. 84).

Nesse momento, resta claro que há uma “estereotipização” quanto aos imigrantes, que são vistos como ameaça perante os nacionais do país de destino. Esses imigrantes são expostos a um cenário de violação de direitos humanos e condições desumanas, além de serem afetados por discursos xenófobos nas sociedades receptoras, sendo que a classe de imigrantes que mais sofre é aquela oriunda de países pobres e em decadência.

Na maioria dos casos, conseguem migrar, de forma regular, os imigrantes em situação de migração voluntária, o que faz com que esses imigrantes não sofram o mesmo tipo de estigma e preconceito que aqueles que se encontram em situação de migração forçada. (PEREIRA, 2019). Com isso, ressalta-se que o objeto desta pesquisa diz respeito aos imigrantes que se encontram em situações de migração forçada, sendo que esses são os que mais necessitam de proteção internacional, devido às mais variadas violações de direitos humanos que sofrem no deslocamento e quando chegam ao país receptor.

Entende-se pertinente, então, esclarecer algumas categorias conceituais que fazem parte das migrações internacionais e orientarão a pesquisa. No geral, importa falar em dois tipos de fluxos migratórios, os de migração voluntária e os de migração forçada. Enquanto as migrações voluntárias envolvem situações em que os imigrantes deixam o país de origem para procurar melhores condições de vida sem fatores externos a sua vontade, sem qualquer temor ou obrigação, as migrações forçadas, ao contrário, envolvem situações em que os imigrantes se veem na obrigação de deixar o país de origem, por diversos motivos³².

³²A mobilidade humana, seja internacional ou interna, é um fenômeno multicausal que pode se dar de maneira voluntária ou forçada. A primeira se dá quando a pessoa migra voluntariamente, sem nenhum tipo de coação. Já a segunda, a migração forçada, abrange aquelas situações em que a pessoa se viu obrigada a migrar porque sua vida, integridade ou liberdade foram ameaçadas em decorrência de várias formas de perseguição, por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opiniões políticas, conflito armado, violência generalizada, violações dos direitos humanos, outras circunstâncias que perturbaram a ordem pública ou desastres naturais, entre outras causas. (CIDH, 2015, p. 12, tradução nossa).

Adota-se, nesse sentido, uma postura não restritiva acerca da migração forçada, a partir do entendimento de que essa não se limita a problemática dos refugiados, abrangendo outras categorias de migrantes que não são acolhidos pelo instituto do refúgio e, ao mesmo tempo, não se enquadram nas migrações voluntárias, sendo que o deslocamento é imposto por múltiplos fatores em caráter complexidade e alheios a simples vontade de migrar. Cernadas (2016) adverte que uma visão simplista e limitadora sobre as migrações forçadas não é casual, “já que visa descartar todo tipo de aproximação a essa problemática – e às pessoas forçadas a se deslocarem – por uma perspectiva de direitos humanos” (p. 112), sendo que devido a essas práticas discursivas limitadoras e omissas a realidade, as pessoas que se deslocam em situações de extrema vulnerabilidade são apresentadas como sujeitos que tomam livremente a decisão de migrar, sem que haja uma necessidade de proteção de seus direitos humanos.

Para Apolinário e Jubilut (2010), as migrações voluntárias envolvem os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo por razões pessoais, sem intervenção de fator externo, aplicando-se às pessoas e membros da família que se mudam para outro país em busca de melhores condições sociais e materiais de vida, por exemplo. Já as migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo é inexistente ou minimizado, abrangendo uma vasta gama de situações, dentre as quais: dos refugiados; deslocados ambientais; deslocados internos; migrantes econômicos, entre outras.

Nessa linha, dentre os tipos de migração forçada, cabe mencionar alguns, sem, contudo, a intenção de catalogar o fenômeno, mas tão somente de buscar mecanismos para compreendê-lo em sua complexidade. Conforme concepção da ONU (2017), entendem-se por “imigrantes” os indivíduos que se deslocam para buscar melhores condições de vida, por exemplo, através da busca por empregos, educação, reunião familiar, entre outras razões³³. Além disso, também podem migrar devido às dificuldades ocasionadas por desastres naturais, fome ou pobreza.

Começando pelo chamado “imigrante econômico”, de modo geral, este deixa o país de origem devido às crises de caráter econômico, buscando melhores condições de vida ou emprego para si e/ou para sua família. Esses casos estão ligados também às crises de acesso ao trabalho e remuneração digna, o que é mais uma das severas consequências do capitalismo global. (PEREIRA, 2019).

Para Cernadas (2016) há que se atentar para um caráter tendencioso no conceito de “imigrante econômico”, pelo fato de que se atribui apenas ao fator econômico a decisão de uma

³³ Imigrante, num sentido geral é aquele que se desloca para outro país e ali permanece, e a imigração tem sido qualificada justamente pela entrada de indivíduos ou grupos num país estrangeiro com intenção de ali restabelecer sua residência. (SEYFERTH, 2008).

pessoa migrar, tornando invisível a natureza multidimensional desses deslocamentos. Há quem enquadre o imigrante econômico no âmbito das migrações voluntárias, como se o fator econômico fosse o único motivador de uma migração – livremente decidida – sem caráter forçado, ora, sem necessidade de proteção internacional. O autor entende como equivocada essa concepção, pois reduz algo complexo à mera razão econômica, enquanto existe uma gama de fatores que vão além dessa variável e podem motivar o deslocamento. Em contraponto, ele afirma que cabe ressaltar a relevância do fator econômico com um outro sentido, de modo a observar o sistema econômico vigente e seu impacto sobre os fatores estruturais dos processos migratórios (guerra, pobreza, violência institucional e sexual, desigualdade, necessidade do mercado de trabalho informal, tráfico de pessoas, etc.). Diante disso, a importância do fator econômico ao invés de levar em conta a motivação individual dos que migram, envolve as assimetrias entre países e regiões, as quais impactam na (in)estabilidade institucional e no fracasso de políticas de desenvolvimento humano nos países de origem, razões que são associadas com outros fatores (conflito armado, violência social, corrupção, etc.) e que, conjuntamente, conduzem ao deslocamento. Compartilha-se, assim, dessa visão.

Já a outra classe mencionada de imigrante forçado diz respeito às migrações envolvendo questões ambientais. Esse tipo de imigração se dá em decorrência das mudanças ambientais e climáticas, assim como catástrofes ambientais – furacões, tsunamis, entre outras. Neste caso, pode-se falar em “imigrante ambiental” ou “ecomigrante”, ao invés de “refugiados ambientais”³⁴, pelo fato de que essa condição não se encontra abrigada nos Tratados internacionais para refugiados - para o ACNUR, a situação de refúgio diz respeito ao “bem fundado temor de perseguição”, não contemplados os imigrantes do clima dessa forma. A questão é tão controversa que se referem a esses imigrantes com diversos termos, gerando uma confusão conceitual³⁵. (APOLINÁRIO; JUBILUT, 2010; PEREIRA, 2019).

Mais uma situação que requer atenção em meio aos fluxos migratórios, se refere a ausência de nacionalidade, com o que surgem os apátridas. Essas são pessoas consideradas sem pátria, ou seja, são aqueles indivíduos que não detém vínculo jurídico-político com nenhum Estado, ora, não fazem parte de nenhuma comunidade política e jurídica. Assim, o termo

³⁴ A tutela desses deslocados pelo Estatuto dos Refugiados se revela inadequada, inexistindo, até o momento, reconhecimento e proteção específicos no Direito Internacional, em escala global, a essas pessoas, que nem mesmo dispõem de designação capaz de conceder-lhes *status* específico. (SILVA, 2018, p. 249, 250)

³⁵ A migração resultante de um meio ambiente temporariamente ou permanente degradado é um fato incontestável; todavia, o direito internacional não tem disposições concernentes à correlação entre a degradação ambiental e a migração humana. Os poucos estudos sobre o tema focam normalmente em como a chegada de grandes levas de migrantes pode afetar o meio-ambiente, como no caso da construção de campos de refugiados, e não em como a degradação ambiental pode gerar deslocamentos. (APOLINÁRIO; JUBILUT, 2010, p. 288).

apátrida se refere ao indivíduo que perdeu a nacionalidade, a pertença a um Estado e, sendo assim, não possui nem identidade nacional, nem pátria. Isso acaba repercutindo em diversos aspectos na vida do apátrida, como em relação ao acesso aos serviços de saúde pública, acesso à educação pública, etc. Mesmo que de simples enunciado, a questão da apatridia esconde, na verdade, o complexo cerne da questão que é exatamente em torno do conceito de nacionalidade no âmbito do Estado-nação. Portanto, a questão essencial dos apátridas é a nacionalidade, posto que conforme a estrutura de soberania do Estado é este que define as regras para atribuir a determinados indivíduos a pertença ao mundo e o vínculo perante o Estado. (MOREIRA; SALA, 2018; PEREIRA, 2019; SEYFERTH, 2008).

Conforme as legislações internacionais, existem dois tipos de “apatridia”, quais sejam, de fato e de direito. O primeiro tipo envolve aquelas pessoas que não se encontram vinculadas aos critérios que atribuem a nacionalidade em nenhum país e, dessa forma, não detêm vínculo jurídico-político com nenhum país. Já o segundo, abarca os casos em que a pessoa não detém nacionalidade reconhecida por nenhum país, mas lhe é garantida a condição e o *status* de apátrida, momento em que seus direitos passam a valer como para qualquer estrangeiro. As pessoas que nascem em campos de refugiados muitas vezes são consideradas como apátridas. (PEREIRA, 2019).

García adverte que “ao contrário de outras condições de vulnerabilidade essencialmente sociais (ser criança, ser mulher, ser idoso, etc.), a das pessoas em mobilidade é especificamente criada, administrada e recriada pelo Estado” (2020, p. 125). A partir disso, os Estados criam e condicionam a condição do sujeito enquanto imigrante, classificando-o, muitas vezes, como imigrante ilegal, irregular ou indocumentado.

Cabe frisar, no entanto, que nenhuma pessoa pode ser considerada como ilegal. Cernadas (2016) aduz que a utilização generalizada do termo “ilegal” produziu de maneira explícita e implícita um extenso imaginário social estereotipado e negativo em escala global, desde o qual se apoiam mecanismos de controle migratório e a restrição ou negação dos direitos sociais, relacionando a migração a uma “invasão” e criando uma sensação de emergência que justifica práticas, inclusive, de estado de exceção. Ao mesmo tempo, García (2016) traz o alerta de que a ilegalidade tem funções específicas, sendo que por um lado se apresenta como algo que acontece de forma despersonalizada, onde se apaga a figura, o papel do Estado e a produção estruturante que está por trás dele, enquanto a problemática da ilegalidade se concretiza nas pessoas, as quais são chamadas de ilegais antes mesmo de serem parte do ordenamento jurídico.

Assim, o Estado intervém oficializando a ilegalidade³⁶, permitindo a apropriação do discurso sobre os imigrantes como criminosos e justificando estratégias criminais para lidar com a migração. Nesse ambiente, os imigrantes considerados “ilegais” não podem entrar nem sair do país, ora, não podem circular livremente, o que leva muitos imigrantes a buscarem os deslocamentos clandestinos e trabalhos informais. Nas sociedades de destino, o imigrante “ilegal” é uma das figuras mais difamadas. A esses imigrantes muitos problemas são atribuídos, como em relação ao emprego e a alegação de que os imigrantes vão acabar com o emprego dos nacionais, ao tráfico de drogas, terrorismo, prostituição e outros crimes. Para Sutcliffe (1998, p. 49), a “própria ilegalidade exclui o migrante ilegal de quase todas as formas “legítimas” de ganhar a vida”.

Em contrapartida, ressalta-se que nenhum imigrante é ilegal. Ao contrário disso, pode-se falar no imigrante irregular ou indocumentado, ou seja, aquele que não conseguiu se regularizar documentalmente no país de destino. Por diversos motivos os imigrantes encontram dificuldades na regularização, seja porque passaram por jornadas difíceis em que não conseguiram carregar consigo seus pertences e documentos, como pelas dificuldades impostas no país receptor no momento da chegada. Com isso, cabe dispor que os termos “imigrante irregular” ou “imigrante indocumentado” são os que serão utilizados no decorrer da presente pesquisa, para se referir aos imigrantes que se encontram em contexto de migração forçada e em situação irregular no país de destino.

A condição de imigrante irregular impõe limitações estruturais aos imigrantes, afetando o acesso ao bem-estar, a proteção social e gozo dos direitos humanos, se mantendo tanto no trânsito como na chegada ao país destino. Essa irregularidade também está associada à exploração de pessoas em trabalho forçado e ambientes inseguros, incluindo o tráfico, prostituição e sequestro, sendo que o imigrante irregular é altamente vulnerável a atuação das organizações criminosas, as quais se aproveitam dos imigrantes para fins de exploração em suas mais variadas formas. (CEPAL, 2018)

Nesse cenário, entre as classificações em torno dos imigrantes, percebe-se em comum o fator vulnerabilidade³⁷. Isso porque as pessoas que decidem migrar, em grande parte dos casos,

³⁶ Não existe um código de ética que diga que é imoral cruzar as fronteiras nacionais. Sua ilegalidade reflete uma situação política específica no país de destino. O que é legal num dia pode ser ilegal no dia seguinte; o que é legal em um país é ilegal em outro. Nesse sentido, a figura vilipendiada do imigrante ilegal é uma invenção ideológica e política das sociedades de acolhimento e não da criminalidade do imigrante. (SUTCLIFFE, 1998, p. 49)

³⁷ A partir de uma perspectiva de direitos humanos, a vulnerabilidade no contexto da migração se refere às circunstâncias determinadas pelo impacto negativo aos direitos básicos. As causas que levam à migração e determinam como se migra - de forma irregular, precária, arriscada -, assim como as condições de vida de migrantes no país em que transitam ou residem, são aquelas que criam ou aprofundam essa vulnerabilidade, mensurável pelos direitos que efetivamente exercem ou, melhor dizendo, que lhes são negados ou limitados. A

o fazem por passar por problemas e riscos no país de origem, sejam eles econômicos, sociais ou ambientais – os quais por vezes se entrecruzam. Os imigrantes em situação de migração forçada passam por condições de vulnerabilidade em distintos momentos, desde o local de origem, ao deslocamento e chegada no país de destino. Quando a esses imigrantes não é oportunizada a regularização documental, essa vulnerabilidade se acentua ainda mais, visto que são expostos a situações precárias e geralmente colocados para trabalhar no campo informal.

A partir da compreensão de algumas categorias que dizem respeito aos fluxos migratórios, cabe frisar que o objeto da presente pesquisa é em torno das migrações forçadas, com o que não se inclui, entretanto, a questão do refúgio. Com isso, pretende-se investigar as lutas pela dignidade humana de distintos imigrantes que se encontram em situação de migração forçada no contexto da América Latina. Como foi observado em item anterior, a região latino-americana passou por tempos sombrios e desafiadores, com violações dos direitos humanos e desrespeito àqueles que não fazem parte do sistema hegemônico, como ocorre com os imigrantes que enfrentam jornadas exaustivas ao buscar condições de vida em outro lugar, sobretudo considerando a desigualdade social que é constante na região.

Com efeito, Arango (2003) dispõe que ao longo do fim do século XX, as migrações internacionais experimentaram transformações profundas, sendo possível falar de uma nova era na história da mobilidade humana. Nesse momento, ao contrário do que prevalecia em tempos anteriores, a Ásia, África e América Latina substituíram a Europa como principais regiões de origem.

A desigualdade, enquanto característica histórica das sociedades latino-americanas, se manteve e se reproduziu até mesmo em períodos de crescimento econômico. Característica essa que se comporta como obstáculo à erradicação da pobreza, à garantia de direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável. Está assentada numa região complexa e heterogênea, de modo que as desigualdades socioeconômicas se entrecruzam com outros tipos de desigualdade, como as relacionadas com questões de gênero, territoriais, raciais, étnicas e geracionais. Quando se soma a isso o fator da imigração, este acaba se colocando como um vetor da desigualdade, acentuando as vulnerabilidades do sujeito em seus variados aspectos. (CEPAL, 2020; PEREIRA, 2019).

Nesse viés, a imigração se dá por várias motivações, as quais por vezes se entrelaçam. Na América Latina a busca por maiores oportunidades de emprego e por questões econômicas

vulnerabilidade não está na pessoa, ou em determinada condição de cada pessoa - nacionalidade, sexo, idade, origem étnica, etc. - mas sim nas restrições em seus direitos humanos, muitas vezes impostas baseadas nesses fatores. (CERNADAS, 2016, p. 103).

são as mais evidentes. Isso se dá em um contexto de desigualdades, altos níveis de pobreza e precariedade que tornam a possibilidade de emigrar para um contexto mais favorável atrativa. Desde meados da década de 2000 se identificou uma diminuição nos fluxos de emigração extrarregional da América Latina, ao mesmo tempo em que os fluxos de imigração dentro da própria região têm se intensificado. (MALDONADO; PIZZARO; MARTÍNEZ, 2018).

Com isso, verifica-se que as migrações forçadas envolvem diversas questões, em um ambiente em que se busca a proteção de direitos humanos de imigrantes para além das fronteiras do Estado-nação. O que esses fluxos migratórios têm em comum é o fato de que há um ser humano em deslocamento, por alguma situação que o colocou em um cenário de vulnerabilidade e desproteção, fazendo com que ele necessite deixar o local de origem e buscar acolhimento em outro lugar.

Considerando a desigualdade e exclusão social da região da América Latina, como exposto, assim como o aumento dos fluxos migratórios nessa região, entende-se urgente a reflexão sobre a proteção de direitos humanos de imigrantes que se deslocam nesses territórios. Como as migrações forçadas por si só já colocam o imigrante em situação de vulnerabilidade, quando esses fluxos ocorrem em regiões que tem como característica a pobreza e a desigualdade, a necessidade de proteção se torna ainda mais latente. Cabe, assim, compreender um pouco o contexto dos fluxos migratórios nessa região.

Os imigrantes europeus que, entre meados do século XIX, chegaram à América Latina, assim como a depressão mundial de 1930, representam o maior influxo de pessoas na história do subcontinente. Nessa época, os imigrantes representavam 35% da população no Uruguai e 30% na Argentina, por exemplo, enquanto mais de 80% da população na região da América do Sul era representada por esses imigrantes e seus descendentes³⁸. Com isso, pode-se dizer que a migração é um processo inseparável da história de todas sociedades, o que não é diferente com as latino-americanas. Não obstante, pode-se distinguir ciclos distintos ao longo da história – primeiro colonial e depois republicana – da região, em que sucessivas ondas migratórias ocorreram, tanto voluntárias quanto forçadas. Outrossim, os fluxos migratórios na região foram se intensificando desde o final do século XX. (CEPAL, 2018; MOYA 2018)

Ainda, a região da América Latina tem como característica a diversidade sociodemográfica, que resultou dos processos históricos que incluíram a conquista de território,

³⁸ A chegada de um número significativo de imigrantes europeus em todos os países de colonização, após a Segunda Guerra Mundial, reativou os vínculos com as pátrias e identidades pré-migratórias. Grupos, principalmente do norte da Europa, que tinham um senso de superioridade em relação à cultura “latina”, tendiam a manter uma identidade separada por mais tempo do que aqueles originários do sul da Europa. (MOYA, 2018, p. 56, 57).

a escravização de indígenas e afrodescendentes, o colonialismo, assim como movimentos migratórios forçados. Todos esses processos acabaram por reunir povos de diferentes grupos no mesmo território, este marcado pela alta exclusão social e conflitos de intolerância. (RANGEL, 2020).

Em meio a esses fluxos migratórios, tem-se as migrações intrarregionais³⁹, as quais tem aumentado consideravelmente na região. Assim, os imigrantes provenientes da própria região são a maioria em relação com os do ultramar. Dentre os países receptores, Argentina, República Bolivariana de Venezuela, Costa Rica e República Dominicana são os que mais recebem imigrantes regionais. Nesse processo de aumento das migrações intrarregionais, tem se evidenciado também uma maior migração de menores de idade, acompanhados ou não, assim como de mulheres. (CEPAL, 2018).

Deste modo, as migrações intrarregionais⁴⁰ na América Latina levam a refletir sobre as lutas que os imigrantes enfrentam nessa região. A maior parte do novo deslocamento interno na América Latina ocorreu devido a conflitos ou situações de violência, não de desastres⁴¹. (OIM, 2019). Além da vulnerabilidade inerente da própria condição de imigrante forçado, os indivíduos que se deslocam entre esses países têm como agravante de sua condição a

³⁹ A intensificação da migração intrarregional corresponde a uma tendência que vinha se produzindo desde décadas atrás. Na atualidade, sabe-se que esses movimentos, alguns registrados pelos censos, incluem questões trabalhistas, incluindo a mobilidade temporária e o trânsito fronteiriço, e outras não estritamente trabalhistas que admitem uma complexa tipologia em que se destaca a mobilidade indígena, de crianças não acompanhadas, em busca de refúgio, cujas modalidades associadas a irregularidade, ao tráfico de pessoas e tráfico ilícito de imigrantes as fizeram caracterizar-se como fluxos mistos. Ademais, a imigração proveniente da região nunca deixou de crescer. Chama atenção que há pelo menos duas décadas (1980 – 2000) se havia registrado uma taxa de crescimento de pouco mais de 1%, enquanto os dados recentes mostram que esse crescimento havia acelerado, durante a última década, para 3,5%. (CEPAL, 2018, p. 20, tradução nossa).

⁴⁰ O crescimento significativo da migração intrarregional na América Latina, dado o contexto de assimetrias entre os países e as diversas desvantagens sociais sofridas pelos imigrantes de países provenientes de países relativamente menos desenvolvidos, pode estar ampliando a situação de vulnerabilidade e discriminação contra pessoas imigrantes com base em sua origem étnico-racial ou a cor de sua pele. (RANGEL, 2020, p. 09, tradução nossa).

⁴¹ Historicamente, a perseguição política tem sido a causa de importantes fluxos migratórios intrarregionais (como no caso das ditaduras militares dos anos 1960 e 1970) e também extrarregionais. Embora estaticamente minoritário, este segmento tem um amplo impacto qualitativo, quer nos locais de origem, quer nos locais de destino. As guerras civis também motivaram o deslocamento de grandes contingentes de migrantes, sendo a América Central o caso mais evidente, em particular durante os anos 1980 e 1990, com fluxos consideráveis para os Estados Unidos e México. Mais recentemente, a violência, ou seja, os contextos sociais com elevado conflito público e insegurança passaram a motivar os fluxos migratórios desesperados, onde a motivação principal é a busca forçada de melhores condições de vida, particularmente na América Central e México, com o fim de evitar violência e recrutamento forçado em organizações criminosas. Finalmente, os desastres naturais motivaram fluxos importantes de migração. Na região, do Haiti ou de Honduras, terremotos ou furacões alimentam, respectivamente, a migração intra e extrarregional. Esta diversidade de fatores e motivações opera de modo as vezes diferenciada para mulheres e homens, e se traduz no termo “pessoas migrantes” que agrupa múltiplas realidades, necessidades e motivações e, portanto, riscos e necessidades. (CEPAL, 2018, p. 13, tradução nossa).

significativa desigualdade social da região. Nesses casos, as condições de vulnerabilidade se iniciam no país de origem, permanecendo durante a trajetória e até o país receptor.

Segundo relatório que avaliou o período de 2010 a 2013, a migração para todos os países das Américas aumentou, sendo que a região da América Latina teve um aumento de 17%. Desses fluxos migratórios, a maior parte da imigração veio de países vizinhos, permanecendo entre esses. Conforme se expõe, na contemporaneidade a América Latina tem testemunhado uma de suas fases migratórias mais intensas. Desde que começou a crise da Venezuela, em 2014, em torno de 4 milhões de pessoas fugiram do país. Entre os migrantes da América Latina, 8 milhões optaram pela migração entre países da própria região. (CEPAL, 2020; HULSEMAN, 2019; SICREMI, 2015).

Todo esse contexto histórico das migrações na América Latina, somado a intensificação dos fluxos migratórios na região nos últimos anos, coloca como urgente a reflexão sobre as lutas que milhões de pessoas enfrentam ao se deslocar entre esses países. As dificuldades que os imigrantes encontram quando necessitam deixar o país de origem são diversas, e se acentuam se somadas a outros fatores de desigualdade.

Tanto no deslocamento como quando chega ao país receptor, o imigrante se vê em um ambiente de extrema precariedade, sem acesso ao mínimo de bens necessários a uma vida digna. Seja devido às guerras, violência, pobreza, questões econômicas e sociais – entre outros motivos – o que se verifica nessas situações de migração forçada é a vulnerabilidade do indivíduo que só está buscando condições de vida em local diverso que o de nascimento.

Na atualidade, outro fator que tem intensificado a vulnerabilidade dos imigrantes é a pandemia do Covid-19 (ou coronavírus). Surgida em 2019 afetando o mundo inteiro, a pandemia do coronavírus gerou uma crise mundial, com os mais variados efeitos na população. Conforme disposto em pesquisa da CEPAL (2020), essa crise sanitária produziu a pior contração econômica e social das últimas décadas, tanto globalmente quanto na América Latina.

No que tange especificamente aos fluxos migratórios, tem-se a situação das remessas de dinheiro, que são centrais para a economia de muitos países. Segundo a pesquisa da CEPAL (2020) as sequelas que isso deixará em termos de desemprego e pobreza entre os imigrantes e suas famílias fará com que sejam necessários anos para recuperar os níveis anteriores a pandemia. Ainda, os trabalhadores imigrantes estão entre os mais afetados, sendo que os setores em que esses trabalham também o foram.

Como tem se observado, as medidas de enfrentamento da pandemia giram em torno do distanciamento e isolamento social, com o que muitos países começaram a fechar as fronteiras. Como muitos imigrantes já não tinham acesso aos meios legais de deslocamento, a pandemia

acabou acentuando essa dificuldade, fazendo com que muitos desses imigrantes necessitem buscar alternativas clandestinas para que possam ingressar em determinado país ou até mesmo retornar ao de origem, além de, em outros casos, serem obrigados a permanecer em “abrigos” que não tem o mínimo de condições adequadas de higiene, alimentação, etc.

Villarreal (2020) dispõe que milhares de venezuelanos estão vivendo na rua em países como Colômbia e Peru, pois não puderam mais arcar com as custas nas pensões em que moravam. Ainda, os despejos indiscriminados de imigrantes e a falta de meios de subsistência causaram o retorno maciço de cidadãos venezuelanos ao país de origem – mesmo que esse enfrente um momento de intensa crise, desde antes da pandemia. Em cidades como Bogotá, surgiram declarações públicas de teor xenófobo que estimularam ações contra os imigrantes. Já o governo da Bolívia manteve mais de 200 imigrantes, sobretudo de famílias de trabalhadores sazonais bolivianos e peruanos⁴², provenientes do Chile, que acabaram sem recursos para permanecer no país devido ao fechamento de muitos postos de trabalho e perda de empregos – entre eles mulheres grávidas, crianças e idosos – em um acampamento militar na cidade fronteiriça de Pisiga. Diversas organizações de direitos humanos e a defensoria pública boliviana denunciaram as condições precárias dessa população no acampamento, ambiente em que os imigrantes enfrentam discriminação, dificuldades para alimentação, higiene e acesso aos recursos básicos. (MIGRAMUNDO, 2020).

Portanto, se é fato que os imigrantes já enfrentavam situações de extrema precariedade nos deslocamentos, com a pandemia isso se agravou. Disso tudo, fica a necessidade e urgência de uma reflexão sobre os direitos humanos de milhões de imigrantes que vivem em condições vulneráveis, sem o mínimo de acesso aos bens necessários a uma vida digna. Em tempos remotos, esses imigrantes enfrentavam os mais variados obstáculos desde a saída do país de origem até a chegada ao país de destino, tanto em termos sociais, econômicos quanto culturais. Já em tempos de pandemia, os imigrantes passaram a enfrentar essas mesmas dificuldades e outras a mais – e de forma mais acentuada. Na região da América Latina, que já é marcada pela intensa desigualdade social, as condições de precariedade e falta de acesso aos bens básicos é ainda mais manifesta.

Dessa maneira, entende-se relevante a compreensão do contexto em que esses fluxos ocorrem, desde o local que é de origem, mas também de chegada. É o que ocorre com a América

⁴² Um grupo de 50 peruanos começou a caminhar de Santiago do Chile para o norte do país, determinados a percorrer mais de 2.000 quilômetros para atrair a atenção da mídia e a ajuda do governo peruano a fim de chegar ao seu país de origem – recentemente, Bolívia e Peru acordaram repatriar alguns dos seus cidadãos em coordenação com as autoridades chilenas. (MIGRAMUNDO, 2020, p. 1).

Latina e as migrações intrarregionais. Intenta-se, assim, trazer visibilidade à temática das migrações forçadas em uma região que já foi historicamente colocada ao plano da invisibilidade – aos olhos da hegemonia global. Por esses motivos, delimitando os fluxos migratórios à região da América Latina – enquanto região de origem e chegada – é que se pretende investigar como se dá a proteção de direitos humanos de imigrantes no âmbito do SIDH, sobretudo a partir da atuação contenciosa e consultiva da Corte IDH.

As sistemáticas violações de direitos humanos que ocorrem na região e no contexto migratório – em tempos remotos e em tempos de pandemia – faz com que sejam necessárias lutas em busca da proteção dos direitos humanos e da própria dignidade humana, as quais, por vezes, chegam ao âmbito da Corte IDH. Em relação aos fluxos migratórios não é diferente, sendo que para além das dificuldades que essas pessoas enfrentam devido às condições da própria região, somam-se os obstáculos referentes aos fluxos migratórios em si.

É, também, devido a essas violações de direitos, que se entende fundamental a abordagem desses a partir das lentes da teoria crítica. Quando se observa que milhões de pessoas se encontram em deslocamento, e que nenhum Estado efetivamente se responsabiliza pela proteção desses indivíduos, questiona-se sobre a efetividade dos direitos humanos para além do campo teórico. Os imigrantes não têm sido contemplados pela universalidade dos direitos humanos em sua forma prática. É fato que os imigrantes que se encontram em situação de migração forçada não têm acesso aos bens necessários a uma vida digna. Logo, os direitos humanos não devem ser considerados enquanto algo já conquistado efetivamente. Isso colocaria no campo da invisibilidade e, de certa forma, desmereceria a luta que diversos grupos de pessoas enfrentam para buscar a plena satisfação de seus direitos e da dignidade humana.

Compreendidos os fluxos migratórios e definidas as questões conceituais que envolvem a temática e conduzirão a presente pesquisa, no item a seguir pretende-se investigar como se dá a proteção de direitos humanos aos imigrantes em situação de migração forçada pelo SIDH, através dos casos contenciosos e opiniões consultivas (OC) da Corte IDH. A partir disso, será possível compreender as perspectivas e limitações do Sistema Regional Interamericano de proteção dos direitos humanos no que tange aos fluxos migratórios – como potencial emancipador ou limitador desses direitos.

2 MIGRAÇÕES FORÇADAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO: DESVELANDO POSSÍVEIS AVANÇOS E LIMITAÇÕES À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DE HERRERA FLORES

Figura 3 – Comunidad Asediada.



Fonte: (Exposição RefugiArte 2020/2021 – obra de Salomón, El Salvador).

A temática das migrações internacionais, sobretudo das migrações forçadas, envolve os direitos humanos de milhões de imigrantes que se deslocam entre o país de origem e o de destino, momento em que enfrentam os mais variados desafios e obstáculos. Isso porque esses fluxos são marcados por violações de direitos humanos, em que os imigrantes sequer são reconhecidos como sujeitos de direitos e de uma vida digna. Diante disso, considerando as dificuldades que os imigrantes passam em torno dos direitos humanos, em um cenário em que a efetivação desses direitos se mostra distante, pretende-se identificar os processos de lutas pelos direitos humanos que essas pessoas enfrentam e que chegam ao âmbito do SIDH, especialmente a partir da atuação da Corte IDH.

Nesse sentido, dentre os diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, destacam-se no SIDH a DADH (1948), DUDH (1948), Carta da OEA (1951), CADH (1969), entre outros. Esses documentos servem de base para a proteção de direitos humanos no contexto regional, com o que se incluem os direitos de imigrantes em fluxos forçados, posto

que muitos Estados para além de não satisfazer plenamente esses direitos, os violam constantemente, fazendo com que algumas demandas cheguem ao âmbito da Corte IDH, tanto em sua função contenciosa como consultiva.

Como observado, a região latino-americana passou por tempos sombrios e de violações aos direitos humanos, em um movimento pendular entre democracia e autoritarismo. Nesse ambiente, o SIDH e a Corte IDH se revelam de extrema importância no que tange à proteção de direitos humanos em âmbito regional, com o objetivo de fazer com que o cenário de violação de direitos humanos não seja constante e, além disso, que os Estados passem a respeitar esses direitos efetivamente, inclusive àqueles que são constantemente invisibilizados pela sociedade hegemônica. Isso inclui os imigrantes que se deslocam entre os países da região e se veem à mercê da própria sorte, sem ter os seus direitos garantidos.

Dessa forma, a presente seção busca compreender de que maneira o SIDH está enfrentando as demandas sobre os direitos humanos de imigrantes, sobretudo a partir da atuação da Corte IDH, a fim de responder o questionamento identificando perspectivas, avanços e limitações do SIDH acerca dos direitos humanos de imigrantes. Com isso, será possível identificar, também, a (in)efetividade das decisões tomadas, lançando reflexões sobre a posição da Corte IDH nesse contexto, enquanto potencial emancipador ou limitador da proteção dos direitos humanos para além das fronteiras do Estado-nação. Para tanto, em um primeiro momento (2.1) pretende-se descrever, com um enfoque qualitativo, as Opiniões Consultivas solicitadas à Corte IDH acerca dos direitos humanos de imigrantes e (2.2) os casos contenciosos que chegaram ao âmbito da Corte envolvendo a violação de direitos de imigrantes. Por fim, (2.3) busca-se problematizar e compreender o conteúdo dos direitos envolvidos e violados nas OC e nos casos contenciosos, sobretudo a partir da retomada dos aportes da teoria crítica de direitos humanos elaborados por Herrera Flores, a fim de identificar os processos de lutas pelos direitos humanos que os imigrantes enfrentam e a interpretação do SIDH em torno desses direitos, definindo as principais perspectivas e limitações nesse âmbito. De tal modo, segue quadro informativo acerca dos casos contenciosos e opiniões consultivas selecionados e trabalhados nos itens a seguir.

Quadro 1 – Casos contenciosos e OC da Corte IDH a respeito dos direitos humanos de imigrantes.

ANO	DECISÃO/INFORME
2003	OC 18/2003: Direitos humanos e de caráter trabalhista aos trabalhadores imigrantes indocumentados.
2005	Caso "Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana": Direito à nacionalidade de crianças imigrantes, filhas de imigrantes e demais direitos decorrentes.
2010	Caso "Vélez Lloor vs. Panamá": Direitos humanos de imigrantes em situação irregular, ao devido processo, proteção contra a tortura e detenção arbitrária, direito ao acesso à saúde, água e alimentação adequada.
2012	Caso "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana": Direitos humanos de imigrantes em situação irregular, contra o tratamento discriminatório, detenção arbitrária, expulsão coletiva e uso indevido de violência e força militar.
2014	OC 21/2014: Direitos humanos de crianças imigrantes, sobretudo em condição irregular, desacompanhadas, separadas ou acompanhadas.
2014	"Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana": Direitos humanos de imigrantes em situação irregular, contra a detenção e expulsão coletiva e arbitrária, desrespeito aos direitos de proteção familiar, ao direito à nacionalidade e ao devido processo.
2020	Resolução da Corte IDH de 2020 no caso "Vélez Lloor vs. Panamá": Medida de urgência adotada pela Presidência da Corte em relação à pandemia do Covid-19 e a proteção dos direitos humanos de imigrantes que se encontram em centros de detenção, em atenção às recomendações da OMS.

Fonte: (Elaborado pela autora com base no Caderno de Jurisprudências da Corte IDH de 2020).

2.1 OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DE IMIGRANTES EM CONTEXTO DE MIGRAÇÃO FORÇADA

No presente subcapítulo, serão abordadas duas opiniões consultivas da Corte IDH no que tange à proteção de direitos humanos de imigrantes em contexto de mobilidade humana internacional. A seleção dessas se deu por meio do "Livro de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 2: Pessoas em situação de migração ou refúgio", de 2020. A partir desse livro e considerando que o objeto da presente pesquisa é em torno dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada, foram selecionadas as seguintes Opiniões Consultivas (OC): OC 18 de 2003 e OC 21 de 2014. Justifica-se a seleção dessas por tratarem da temática delimitada na pesquisa, assim como a exclusão das demais posto que tratavam especificamente de direitos de refugiados, classe distinta da trabalhada, a qual foi excluída da investigação para melhor delimitação do tema, sendo que no âmbito do direito internacional o tratamento a respeito de ambas é diferenciado.

2.1.1 Opinião Consultiva 18 de 2003: Imigrante indocumentado como sujeito de direitos?

O culpômetro indica que o imigrante vem roubar nosso emprego, e o perigômetro dispara a luz vermelha. Se é pobre, jovem e não é branco, o intruso, o que veio de longe, está condenado à primeira vista por indigência, inclinação ao caos ou porte de pele. E em qualquer caso, se não é pobre, nem jovem, nem escuro, ainda assim é mal vindo, porque chega disposto a trabalhar o dobro a troco da metade. O pânico da perda do emprego é um dos medos mais poderosos entre todos os medos que nos governam nestes tempos de medo, e o imigrante está sempre à mão na hora de acusar os responsáveis pelo desemprego, pela queda do salário, pela insegurança pública e por outras desgraças terríveis.

(Galeano, 2020, p. 126-127).

A primeira OC abordada é a nº 18 de 2003, solicitada pelo México em 10 de maio de 2002 à Corte IDH, com fundamento no artigo 64.1⁴³ da CADH, a qual será a base para as disposições a seguir. (CORTE IDH, 2003). Essa OC envolve sobretudo uma consulta acerca da privação e gozo de direitos trabalhistas aos trabalhadores imigrantes indocumentados e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios da igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva perante a lei, consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Inicialmente, o Estado mexicano teceu algumas considerações, as quais deram ensejo a consulta. Expressou, assim, sua preocupação com os trabalhadores imigrantes, os quais igualmente aos demais devem ter a garantia do gozo dos direitos humanos nos Estados em que residem, ao passo que sua condição de vulnerabilidade os torna um alvo fácil de violações de

⁴³ Artigo 64.1: Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. (CADH, 1969).

direitos humanos, baseadas principalmente em critérios de discriminação. Ainda, o México dispôs que preocupa profundamente a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da OEA, as quais por vezes acabam por negar, entre outros, os direitos laborais a partir de critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. Por exemplo, menciona-se: o pagamento de horas extras; salários; licenças maternidade; tempo de serviço, entre outros. Diante disso, o Estado mexicano solicitou ao Tribunal a interpretação acerca das seguintes normas: os artigos 3.1⁴⁴ e 17⁴⁵ da carta da OEA; o artigo II⁴⁶ da DADH; os artigos 1.1⁴⁷, 2⁴⁸ e 24⁴⁹ da CADH; os artigos 1⁵⁰, 2.1⁵¹ e 7⁵² da DUDH; e os artigos 2.1⁵³, 2.2⁵⁴, 5.2⁵⁵ e 26⁵⁶ do PIDCP.

⁴⁴ Artigo 3.1: Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas. (CARTA OEA, 1951).

⁴⁵ Artigo 17: Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal. (CARTA OEA, 1951).

⁴⁶ Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra. (DADH, 1948).

⁴⁷ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CADH, 1969).

⁴⁸ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (CADH, 1969).

⁴⁹ Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (CADH, 1969).

⁵⁰ Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (DUDH, 1948).

⁵¹ Artigo 2. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (DUDH, 1948).

⁵² Artigo 7. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (DUDH, 1948).

⁵³ Artigo 2.1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação. (PIDCP, 1966).

⁵⁴ Artigo 2.2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. (PIDCP, 1966).

⁵⁵ Artigo 5.2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. (PIDCP, 1966).

⁵⁶ Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de

Assim, o México solicitou a opinião da Corte IDH, no marco do princípio da igualdade jurídica consagrado no artigo II da DADH, no artigo 24 da CADH, no artigo 7 da DUDH e no artigo 26 do PIDCP, sobre os seguintes assuntos: se pode um Estado americano, através de sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicialmente distinto para os trabalhadores imigrantes indocumentados em relação ao gozo de seus direitos trabalhistas, em comparação aos residentes legais ou nacionais, no sentido de que a condição migratória seria um impeditivo para o gozo de tais direitos; se os artigos 2, p. 1, da DUDH, II da DADH, 2 e 26 do PIDCP, 1 e 24 da CADH, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado é condição necessária para que esse Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições, às pessoas sujeitas a sua jurisdição; se, à luz das disposições citadas, pode-se considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição migratória indocumentada de um trabalhador, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva perante a lei, impostas pelas disposições citadas.

Seguindo, com fundamento no artigo 2, p. 1 e 2 e artigo 5, p. 2, do PIDCP, questiona o Estado mexicano: qual seria a validade da interpretação de um Estado no sentido de subordinar ou condicionar, de qualquer maneira, a observância dos direitos humano-fundamentais, incluindo o direito a igualdade perante a lei e igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a realização dos objetivos das políticas migratórias contidos em suas leis, independente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, frente às obrigações internacionais derivadas do PIDCP e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*; e qual a natureza do princípio da não discriminação e do direito a proteção igualitária e efetiva perante a lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e nesse contexto, se podem ser considerados como a expressão de normas *jus cogens*, de modo que se a resposta a esse questionamento resulte afirmativa, questiona o Estado mexicano que efeitos jurídicos derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no marco da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2, p. 1 do PIDCP, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, I e 17 da Carta da OEA.

Em 2002, a Secretaria da Corte IDH, em cumprimento ao artigo 62.1 do Regulamento da Corte, transmitiu a referida solicitação aos demais Estados membros. Os Estados de

outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (PIDCP, 1966).

Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá e Costa Rica também apresentaram escritos acerca da temática. O Estado dos Estados Unidos da América apenas se manifestou informando que não apresentaria observações sobre a presente OC. Além disso, várias instituições internacionais e representantes de universidades apresentaram observações na condição de *amicus curiae*. No que tange à competência, a Corte IDH dispôs que é competente para abordar a interpretação de outras normas de direitos humanos distintas das dispostas na CADH, mesmo que não sejam provenientes do mesmo sistema regional de proteção, posto que são instrumentos que protegem os direitos humanos e são aplicáveis aos Estados americanos, assim como alegou que tudo que está indicado na presente OC se aplica a todos os Estados membros da OEA que assinaram indistintamente a Carta da OEA, a DADH, DUDH, ou ratificaram o PIDCP, independente de terem ou não ratificado a CADH ou algum de seus protocolos facultativos.

Primeiramente, no título VI, o Tribunal tratou da obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, de acordo com o artigo 1, p. 1 e 2 da CADH e artigos 2, p. 1, 2 e 3 do PIDCP, assim como sobre o caráter fundamental do princípio da igualdade e não discriminação, diante do artigo 3.1 e 17 da Carta da OEA, artigo 24 da CADH, artigo II da DADH, artigo 26 do PIDCP e artigo 2.1 da DUDH.

Em relação à obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, a Corte IDH estabeleceu que o artigo 1.1 da CADH é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos pode ser atribuída a um Estado Parte, posto que dito artigo coloca a cargo dos Estados os deveres fundamentais de respeito e garantia, de tal modo que tudo que prejudique os direitos humanos reconhecidos na CADH e que possa ser atribuído, conforme as regras de direito internacional, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos da Convenção. Segundo o referido artigo, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos na CADH, sendo que em toda circunstância em que um órgão ou funcionário de um Estado ou instituição pública lesione indevidamente um de tais direitos, observa-se uma inobservância do dever de respeito consagrado na Convenção. Essa conclusão é independente se o órgão ou funcionário atuou em contrário às disposições de direito interno ou ultrapassou os limites de sua competência, sendo que é um princípio do direito internacional que o Estado responda pelos atos ou omissões de seus agentes realizados em caráter oficial, mesmo que tenham agido fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.

No mesmo sentido, o Tribunal afirmou que o dever geral do artigo 2 da CADH implica a adoção de medidas em dois sentidos: de um lado, pela supressão de normas e práticas de qualquer natureza que violem as garantias previstas na Convenção; e de outro, com a emissão

de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à observância de ditas garantias. Já em relação ao artigo 2 do PIDCP, a Corte mencionou uma observação do Comitê de Direitos Humanos, segundo a qual tem-se que esse artigo deixa a critério dos Estados Partes a escolha do método de aplicação do próprio Pacto em seus territórios. Contudo, o Comitê reconhece que essa aplicação não depende exclusivamente da promulgação de disposições constitucionais ou legislativas, as quais muitas vezes são insuficientes, mas para além disso considera-se necessária a compreensão de que a obrigação prevista no Pacto não se limita ao simples respeito aos direitos humanos, mas também ao comprometimento dos Estados em garantir o gozo desses direitos a todas as pessoas submetidas a sua jurisdição, por meio de medidas concretas, partilhando a Corte do mesmo entendimento.

Uma vez estabelecida a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, no que tange aos princípios da igualdade e não discriminação, a Corte IDH passou a referir-se aos elementos constitutivos desses princípios. Na presente OC, a Corte IDH elucidou que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e os princípios da igualdade e não discriminação, posto que os Estados são obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício desses direitos sem discriminação alguma e, quando não respeitada essa obrigação, são expostos a responsabilidade internacional.

Entretanto, a Corte IDH dispôs que nem toda distinção pode ser considerada ofensiva, por si mesma, da dignidade humana. Assim, entende o Tribunal que os Estados podem estabelecer distinções, baseadas em desigualdades de fato, que constituam um instrumento para a proteção dos que devem ser protegidos, considerando a situação de maior ou menor vulnerabilidade ou desamparo em que se encontrem. Diante do exposto, o Tribunal considerou que os Estados devem respeitar e garantir os direitos humanos à luz dos princípios da igualdade e não discriminação, sendo todo tratamento discriminatório passível de responsabilização internacional.

Por conseguinte, a Corte IDH passou a analisar se os referidos princípios são de *jus cogens*. Nesse viés, o Tribunal referiu que em relação a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, considera-se evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir com essas obrigações sem discriminação alguma. Dito isso, os princípios da igualdade perante a lei e não discriminação, podem ser considerados como imperativos do direito internacional geral, sendo aplicáveis a todos os Estados, independentemente de ser parte ou não de determinado Tratado internacional, com o que os Estados não podem atuar contrariamente a esses princípios. Assim, a Corte IDH considera os referidos princípios como pertencentes ao *jus cogens*, não se admitindo qualquer ato jurídico

que entre em conflito com esses, assim como não se admite qualquer tratamento discriminatório em razão de gênero, raça, cor, idioma, religião, convicção, opinião política, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição.

De tal modo, o Tribunal tratou da aplicação dos princípios de igualdade e não discriminação especificamente em relação aos imigrantes. Nessa linha, dispôs que geralmente os imigrantes se encontram em situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos em relação aos nacionais de um Estado. Essa condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto em cada Estado, sendo mantida tanto por situações de desigualdade entre estrangeiros e nacionais, como por desigualdades estruturais. Menciona a Corte, também, que existem prejuízos acerca dos imigrantes que permitem a reprodução dessa vulnerabilidade, tais como a xenofobia e o racismo, que dificultam a integração dos imigrantes na sociedade receptora e levam as violações de direitos humanos à impunidade.

Nesse viés, a Corte IDH estabeleceu que a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que esse cumpra suas obrigações em torno dos direitos humanos e em respeito aos princípios em comento. Contudo, isso não significa que não se pode iniciar alguma ação contra os imigrantes que não cumpram com o ordenamento jurídico estatal, mas, o importante é que ao tomar qualquer medida, os Estados respeitem os direitos humanos e garantam o gozo e exercício desses a todas as pessoas que se encontrem em seu território, sem qualquer discriminação pela condição regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra. Assim, os Estados não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em prejuízo dos imigrantes. Não obstante, o Estado pode adotar um tratamento diferenciado entre imigrantes documentados e indocumentados, imigrantes e nacionais, sempre e quando esse tratamento seja razoável, objetivo, proporcional e não lesione os direitos humanos. Ao mesmo tempo, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados em seu território, os quais devem ser aplicados em conformidade com as garantias do devido processo e em respeito à dignidade humana. O devido processo é, segundo a Corte, um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independente do seu *status* migratório, assim como o direito à informação sobre a assistência consular. Esses direitos devem ser reconhecidos no marco das garantias mínimas que devem ser oferecidas a todos os imigrantes, independentemente de seu *status* migratório e sem qualquer discriminação.

A Corte IDH afirma, ainda, que as garantias mínimas do devido processo se aplicam em determinação de direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra. Isso porque é um direito humano obter todas as garantias que permitam alcançar decisões justas,

não estando a administração excluída de cumprir com esse dever, devendo o respeito às garantias tanto em procedimentos administrativos como em qualquer outro cuja decisão possa afetar os direitos das pessoas. Conforme dispõe a Corte, o direito às garantias de proteção judicial é violado por diversos motivos, dentre esses: pelo risco da pessoa quando recorre às instâncias administrativas ou judiciais de ser deportada, expulsada ou privada de sua liberdade; e pela negativa da prestação de um serviço público gratuito de defesa a seu favor, o que impede que se façam valer seus direitos em juízo, entre outros.

A partir disso, o Tribunal passou a dispor sobre os direitos dos trabalhadores imigrantes, sobretudo dos indocumentados. Em um primeiro momento, a Corte IDH mencionou a situação de vulnerabilidade que os trabalhadores imigrantes se encontram em relação aos nacionais, citando o preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migratórios e seus Familiares, segundo o qual a situação de vulnerabilidade que com frequência se encontram os trabalhadores imigrantes e suas famílias é devida, entre outros fatores, a ausência/omissão do Estado de origem e as dificuldades que esses enfrentam em razão de sua presença no Estado de destino. Os direitos dos trabalhadores imigrantes não são reconhecidos devidamente em todas as partes, ao passo que os trabalhadores indocumentados são empregados frequentemente em condições menos favoráveis que as de outros trabalhadores e, em determinadas empresas, constituem um incentivo para buscar esse tipo de mão de obra com o objetivo de obter benefícios de concorrência desleal.

Nesse cenário, a Corte entende que os direitos trabalhistas surgem da condição de trabalhador, entendida em sentido amplo, sendo que toda pessoa que realiza um trabalho remunerado, adquire essa condição e, conseqüentemente, os direitos dela decorrentes, sejam regulados a nível nacional ou internacional. Assim, os imigrantes que ingressam em determinado Estado e exercem um emprego, adquirem os direitos humanos trabalhistas, independentemente de sua condição migratória e sem discriminação alguma. Deste modo, a condição migratória de uma pessoa não pode constituir, de forma alguma, justificativa para privá-la do gozo e exercício de seus direitos humanos, entre esses os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de emprego, adquire direitos, por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular em um Estado. Ao mesmo tempo, o Estado e os particulares não são obrigados a fornecer emprego aos imigrantes indocumentados, mas, quando o fazem, devem respeitar os direitos desses imigrantes enquanto trabalhadores. Ainda, os Estados não podem permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores imigrantes, nem que a relação contratual entre esses viole os *standards* mínimos internacionais.

As relações laborais entre trabalhadores imigrantes e terceiros empregadores podem gerar a responsabilidade internacional do Estado de muitas formas. Com isso, os Estados são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudiquem os trabalhadores imigrantes, seja porque não lhes reconhecem os mesmos direitos que os nacionais, seja porque lhes reconhecem os mesmos direitos, mas com algum tipo de discriminação. Além disso, a Corte refere que há casos em que o próprio Estado diretamente viola os direitos humanos dos trabalhadores, como em relação a um trabalhador que recorre ao órgão judicial para reclamar seus direitos sem que esse lhe proporcione as devidas garantias nem proteção judicial.

O Tribunal dispõe, também, que como os instrumentos jurídicos que regulam os direitos trabalhistas são numerosos, a nível nacional e internacional, a interpretação dessas normas deve ser realizada conforme o princípio da aplicação da norma que melhor proteja a pessoa humana, nesse caso, o trabalhador imigrante. Isso é de suma importância, posto que nem sempre há a harmonia entre as distintas normas e sua aplicação e, dessa maneira, se uma norma interna favoreça mais o trabalhador que a norma internacional, deve-se aplicar a norma interna e vice-versa.

Em relação aos trabalhadores imigrantes, pode-se identificar certos direitos que são frequentemente violados, conforme refere o Tribunal: a proibição do trabalho forçado; a proibição e abolição do trabalho infantil; atenção especial à mulher trabalhadora e os direitos correspondentes; associação e liberdade sindical; negociação coletiva; salário justo pelo trabalho realizado; duração de jornada razoável; condições laborais adequadas; descanso; indenização, entre outros. É de grande relevância a garantia desses direitos aos trabalhadores imigrantes, tendo em conta o princípio da inalienabilidade de tais direitos, dos quais são titulares todos os trabalhadores, independente do *status* migratório, assim como o princípio fundamental da dignidade humana consagrado no artigo 1 da DUDH. A Corte considera que o exercício desses direitos garante ao trabalhador imigrante e seus familiares o desfrute de uma vida digna e, assim sendo, os trabalhadores imigrantes que se encontram em situação de vulnerabilidade e discriminação a respeito dos nacionais, possuem os mesmos direitos trabalhistas que esses.

Por fim, a Corte IDH tratou das obrigações estatais na determinação de políticas migratórias à luz dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, verificando se é compatível com o direito internacional dos direitos humanos que os Estados subordinem e condicionem a observância desses direitos a suas políticas migratórias. Cumpre dispor que a política migratória de um Estado é constituída por todo ato, medida ou omissão institucional que verse sobre a entrada, saída ou permanência de imigrantes dentro de seu território.

Nesse ambiente, o Tribunal considerou pertinente recordar o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual ao referir-se ao direito interno e a observância dos Tratados, dispõe que uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um Tratado. Assim, a Corte estabelece que a obrigação geral contida no artigo 2 da CADH inclui a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas que impliquem em uma violação às garantias previstas na Convenção. Com isso, as políticas migratórias devem ter presente o respeito aos direitos humanos, sendo executadas com o respeito e a garantia desses direitos, de forma objetiva, razoável e proporcional. Considerando que a presente OC trata dos direitos dos imigrantes indocumentados, o Tribunal adverte que os Estados podem estabelecer medidas atinentes ao ingresso, permanência e saída de imigrantes para desempenhar atividades trabalhistas em determinado setor de produção do Estado, porém essas medidas devem estar de acordo com as medidas de proteção dos direitos humanos e, em particular, dos direitos trabalhistas. Em hipótese alguma o Estado pode dispor de medidas que ocasionem na exploração laboral dos imigrantes, aproveitando-se da sua condição de vulnerabilidade e negando seus direitos trabalhistas. O que se deve garantir é que o trabalhador imigrante possa ter uma vida digna no Estado receptor, respeitando sua condição de vulnerabilidade e garantindo seus direitos humanos. Para além da adequação das normas internas, os Estados devem adotar práticas relativas à aplicação dessas normas e adequá-las ao direito internacional, com o que se incluem as práticas adotadas por órgãos ou funcionários estatais, que devem igualmente agir em conformidade com os direitos humanos.

Pelo exposto, estabelece a Corte IDH que: os Estados tem a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, adotando medidas positivas e evitando tomar iniciativas que limitem ou restrinjam esses direitos, suprimindo-as quando necessário; o descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, de uma obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera responsabilidade internacional; os princípios da igualdade e não discriminação possuem caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no âmbito internacional como interno; os princípios da igualdade e não discriminação são parte do direito internacional geral, sendo aplicáveis a todos os Estados, independente que sejam parte ou não de determinado Tratado internacional, tendo caráter de *jus cogens*; os referidos princípios são revestidos de caráter imperativo, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive do *status* migratório dos imigrantes; o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser oferecidas a todos os imigrantes, seja qual for o seu *status* migratório e sem discriminação alguma; a condição

migratória de uma pessoa não pode constituir justificativa para privá-la do gozo e exercício dos direitos humanos, entre esses, os de caráter trabalhista, seja o imigrante regular ou irregular; o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacional ou estrangeiro, não tolerando situações de discriminação em prejuízo desses; os trabalhadores, ao serem titulares de direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios para exercê-los e os imigrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que os demais; e os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e não discriminação à realização dos objetivos de suas políticas públicas, com o que se incluem as de cunho migratório.

2.1.2 Opinião Consultiva 21 de 2014: Direitos e garantias de crianças em contexto migratório

A segunda OC trabalhada é a nº 21 de 2014, solicitada pelos Estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – chamados de Estados solicitantes – em 11 de julho 2011, à Corte IDH, a qual será a base das exposições seguintes. (CORTE IDH, 2014). O objetivo dessa solicitação é em torno da proteção internacional das crianças em contexto de mobilidade humana, a fim de que a Corte determine com maior precisão quais são as obrigações dos Estados em relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito das crianças imigrantes, devido a sua condição migratória ou de seus pais, à luz da interpretação dos artigos 1.1, 2, 4.1⁵⁷, 5⁵⁸, 7⁵⁹, 8⁶⁰, 11⁶¹, 17⁶², 19, 22.7, 2.8, 25 e 29 da CADH, artigos 1⁶³, 6⁶⁴, 8⁶⁵, 25⁶⁶ e 27⁶⁷ da DADH

⁵⁷ Artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (CADH, 1969).

⁵⁸ Artigo 5. Direito à integridade pessoal. (CADH, 1969).

⁵⁹ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. (CADH, 1969).

⁶⁰ Artigo 8. Garantias judiciais. (CADH, 1969).

⁶¹ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. (CADH, 1969).

⁶² Artigo 17. Proteção da família. (CADH, 1969).

⁶³ Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. (DADH, 1948).

⁶⁴ Artigo VI. Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela. (DADH, 1948).

⁶⁵ Artigo VIII. Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade. (DADH, 1948).

⁶⁶ Artigo XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. (DADH, 1948).

⁶⁷ Artigo XXVII. Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais. (DADH, 1948).

e artigo 13⁶⁸ da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPPT).

Quanto às considerações dos Estados solicitantes em torno das motivações que originaram a solicitação, esses mencionaram que na América Latina se estimava que cerca de 25 milhões de pessoas haviam migrado para os países do Norte e Europa e cerca de 6 milhões haviam migrado entre países da própria região. Em meio a esses fluxos, uma grande quantidade era de crianças imigrantes, sendo que algumas migravam com os pais e familiares enquanto outras migravam desacompanhadas. As crianças migram por diversos motivos, seja em busca de reunião familiar, melhores condições econômicas, sociais e culturais de vida, assim como para fugir da extrema pobreza, degradação ambiental, violência e outras formas de abuso a que são submetidas.

Nesse cenário, os Estados dispõem que a utilização da privação de liberdade de imigrantes, com o que se incluem as crianças, associada a infração de normas migratórias, constitui uma questão que requer profunda preocupação em diferentes âmbitos. Isso porque mesmo que se tenha estabelecido o princípio da não criminalização, ainda restam muitas pendências em relação ao reconhecimento dos direitos humanos dos imigrantes e em particular das crianças imigrantes.

Diante disso, os Estados entendem necessário que a Corte IDH se manifeste e defina com precisão quais são as normas, princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos dos imigrantes, especialmente das crianças, sobre os seguintes temas: Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial às crianças e adolescentes imigrantes; sistema de garantias que deveria ser aplicado nesses procedimentos; normas para a aplicação de medidas cautelares em procedimentos migratórios com base no princípio da não detenção das crianças e adolescentes imigrantes; medidas de proteção de direitos que devem ser priorizadas e que não impliquem em restrições à liberdade pessoal; obrigações estatais em casos de custódia de crianças por motivos migratórios; garantias de devido processo ante medidas que impliquem na privação da liberdade de crianças no marco dos procedimentos migratórios; princípio da não

⁶⁸ Artigo 13. O delito a que se refere o artigo 2 será considerado incluído entre os delitos que são motivo de extradição em todo tratado de extradição celebrado entre Estados Partes. Os Estados Partes comprometem-se a incluir o delito de tortura como caso de extradição em todo tratado de extradição que celebrarem entre si no futuro; todo Estado Parte que sujeitar a extradição à existência de um tratado poderá, se receber de outro Estado Parte, com o qual não tiver tratado, uma solicitação de extradição, considerar esta Convenção como a base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de tortura. A extradição estará sujeita às demais condições exigíveis pelo direito do Estado requerido; os Estados Partes que não sujeitarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão esses delitos como casos de extradição entre eles, respeitando as condições exigidas pelo direito do Estado requerido; não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou ad hoc, no Estado requerente. (CIPPT, 1985).

devolução em relação às crianças imigrantes; procedimentos para identificação e tratamento de crianças eventuais solicitantes de asilo ou refúgio; e direito a vida familiar das crianças em casos em que for ordenada a expulsão, por motivos migratórios, de seus pais.

Com base nessas temáticas definidas como principais, os Estados solicitantes fizeram os seguintes questionamentos à Corte IDH: quais são, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 e 25 da CADH e artigos 1, 25 e 27 da DADH, os procedimentos que devem ser adotados a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos das crianças imigrantes, para determinar as necessidades de proteção internacional e adotar as medidas de proteção especial a que se requerem; quais são, conforme os artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da CADH e artigo 25 da DADH, as garantias de devido processo que devem reger os procedimentos migratórios que envolvam crianças; como se deve interpretar, de acordo com os artigos 1, 7, 8, 19 e 29 da CADH e artigo 25 da DADH, o princípio de última *ratio* de detenção como medida de precaução no marco dos procedimentos migratórios quando estejam envolvidas crianças imigrantes que se encontrem junto com seus pais e quando não acompanhadas; que características devem ter, segundo os artigos 2, 7, 19, 25 e 29 da CADH e artigo 25 da DADH, as medidas alternativas adequadas de proteção dos direitos da criança que deveriam constituir a resposta estatal prioritária a fim de evitar qualquer tipo de restrição à liberdade de movimento, e quais são as garantias do devido processo que deveriam ser aplicadas no procedimento de decisão acerca dessa medidas; quais são as condições básicas que deveriam preencher os espaços de alojamento das crianças imigrantes e quais são as obrigações prioritárias dos Estados a respeito das crianças, acompanhadas ou não, que se encontram sob sua custódia por razões migratórias, à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 e 19 da CADH e artigos 1 e 25 da DADH; quais são, de acordo com os artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da CADH e artigo 25 da DADH, as garantias de devido processo que devem reger os procedimentos migratórios que envolvam crianças, quando a esses procedimentos se apliquem medidas que restrinjam a liberdade pessoal das crianças; qual é o alcance e conteúdo do princípio da não devolução, à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 e 25 da CADH, artigo 13, IV da CIPPT e artigos 1, 25 e 27 da DADH, ao adotar medidas que possam implicar no retorno da criança a um determinado país; e qual é o alcance que deve ser conferido a proteção dos direitos da criança de não ser separada de seus pais nos casos em que se pode aplicar a medida de deportação a um ou ambos progenitores, como consequência de sua condição migratória, conforme os artigos 8, 17, 19 e 25 da CADH e artigos 6 e 25 da DADH. Além dos Estados solicitantes, diversas organizações internacionais e acadêmicas apresentaram suas observações em torno da temática.

Em suas considerações iniciais, a Corte IDH ressaltou que a migração internacional é um fenômeno complexo que pode envolver dois ou mais países, entre países de origem, destino e trânsito, tanto de imigrantes como de solicitantes de asilo ou refúgio. Isso porque a proteção internacional é aquela que um Estado oferece a uma pessoa estrangeira que se vê ameaçada ou em situação de vulnerabilidade no país de nacionalidade ou residência habitual e, mesmo que esteja ligada inicialmente a condição ou estatuto de refugiados, as diversas fontes de direito internacional dos direitos humanos e direito internacional humanitário revelam que essa noção abarca também outros tipos de marcos normativos de proteção, posto que em muitos casos a mobilidade humana internacional envolve pessoas que não se encontram na condição de refugiado, mas, de imigrante.

Passando para a interpretação das solicitações dos Estados, a Corte IDH dispõe primeiramente sobre as obrigações gerais e os princípios orientadores. Nesse âmbito, refere que o disposto no artigo 1.1 da CADH trata do dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos a respeito de toda a pessoa que se encontre sujeita a sua jurisdição, ora, que se encontre em seu território ou que de qualquer forma seja submetida a sua autoridade, responsabilidade ou controle e, nesse caso, ao tentar ingressar no mesmo, sem discriminação alguma. Essa obrigação diz respeito tanto ao Estado de destino quanto ao de origem. Em um segundo momento, a Corte abordou o artigo 2 da CADH, segundo o qual os Estados devem adequar as normas internas em relação a Convenção, tanto a partir da exclusão de normas e práticas que violem as garantias da Convenção, como pela adoção de normas que garantam a observância dessas garantias. Já o artigo 19 da CADH diz respeito a obrigação de se adotar medidas de proteção a favor de todas as crianças em virtude de sua condição como tal, a qual irradia efeitos na interpretação dos demais direitos, ao passo que a devida proteção às crianças deve levar em conta sua condição e características próprias e a necessidade de desenvolvimento, com o que devem ser oferecidas as condições necessárias para o pleno aproveitamento de suas potencialidades. Ainda, o Tribunal explica que as crianças possuem os mesmos direitos que os adultos e, para além, possuem direitos adicionais, os quais geram obrigação tanto para o Estado como para a sociedade e família, diferentemente dos outros direitos previstos na Convenção.

Assim, quando se trata da proteção dos direitos da criança, essa proteção deve se dar considerando os seguintes quatro princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, os quais devem inspirar de forma transversal e implementar-se com todo sistema de proteção integral: o princípio da não discriminação; princípio do interesse superior da criança; princípio de respeito ao direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento; e o princípio de respeito a opinião da criança em todo procedimento que a afete, de modo que seja garantida sua

participação. Além disso, a Corte considera que é preciso avaliar o requerimento de medidas especiais nos termos desses princípios e dos direitos humanos, assim como a partir da ponderação de fatores pessoais, como em relação ao fato de fazer parte de um grupo étnico minoritário, ser uma pessoa com incapacidade ou portadora de alguma doença, assim como qualquer outra característica da situação em que a criança se encontre, como ser vítima de tráfico, encontrar-se acompanhada ou não, a fim de determinar quais as medidas adicionais e específicas devem ser adotadas.

Os procedimentos para identificar a necessidade de proteção internacional da criança imigrante e, nesse caso, adotar medidas de proteção especial, foi outro fator apontado pela Corte IDH, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 e 25 da CADH e artigos 1, 25 e 27 da DADH. Nesse sentido, entre o leque de situações que podem levar uma criança a se deslocar de seu país de origem, o Tribunal considera relevante diferenciar entre aqueles que migram em busca de oportunidade para melhorar seu nível de vida, dos que requerem algum tipo de proteção internacional, incluindo, mas não se limitando a essa, a proteção de refugiados e solicitantes de asilo. Isso deve ser feito através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de proporcionar o tratamento adequado e individualizado que seja necessário mediante a adoção de medidas de proteção especial. Conforme os artigos 19 da CADH e 7 da DADH, as autoridades fronteiriças não devem impedir o ingresso de crianças estrangeiras no território nacional, mesmo quando se encontrem desacompanhadas, assim como não deve ser exigida qualquer documentação que essas não podem ter, devendo dirigi-las de imediato a um setor que possa avaliar suas necessidades de proteção, desde um enfoque que faça prevalecer sua condição de criança.

A Corte considera que o procedimento de avaliação inicial deve contar com mecanismos efetivos, com o objetivo de obter informações detalhadas acerca da chegada da criança, para determinar sua identidade e, se possível, a de seus pais e irmãos. Esse procedimento inicial deve se dar em um ambiente amigável, com profissionais competentes formados em técnicas de entrevistas que tenham em conta a idade e o gênero. Assim, esses procedimentos devem levar em conta: que a entrevista se realize em um idioma que a criança possa compreender; que seja centrado na criança, sensível ao gênero e assegure sua participação; que a análise considere a segurança e possibilidade de reunião familiar; que reconheça a cultura da criança e considere sua rejeição de se pronunciar na presença de adultos ou familiares; que possua um intérprete caso necessário; que conte com pessoal altamente qualificado para tratar com crianças; que providencie assessoria legal caso requerida; e que ofereça informação clara e compreensível sobre os direitos e obrigações que tem a criança e sobre a continuação do procedimento.

Além disso, segundo definido pela Corte, os procedimentos iniciais devem adotar práticas com os seguintes objetivos básicos: tratamento de acordo com sua condição de criança e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma; determinação da condição da criança como desacompanhada ou separada⁶⁹; determinação da nacionalidade ou de sua condição de apátrida; obtenção de informações sobre os motivos de sua saída do país de origem, separação familiar e se for o caso de suas vulnerabilidades ou qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade e tipo de proteção especial; e adoção, caso necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial.

Por conseguinte, o Tribunal dispôs sobre as garantias do devido processo aplicáveis em processos migratórios que envolvam crianças, de acordo com os artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da CADH e artigo 15 da DADH. Nesse contexto, a Corte refere que as garantias do devido processo são aplicáveis a todas as pessoas independentemente de sua idade, nacionalidade e *status* migratório, sendo diferenciadas em relação às crianças devido sua condição especial. Com isso, os processos que envolvam crianças devem conter as seguintes garantias: o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no marco do processo migratório; o direito de que os processos migratórios sejam executados por um juiz especializado; o direito da criança de ser ouvida e de participar nas diferentes etapas processuais; o direito de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete; o acesso efetivo a comunicação e assistência consular; o direito de ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com esse; o dever de designar um tutor em caso de crianças desacompanhadas ou separadas; direito de que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; o direito de recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior; e prazo razoável para a duração do processo.

No título seguinte, a Corte IDH tratou do princípio da não privação de liberdade de crianças por sua situação migratória irregular, conforme os artigos 1, 7, 8, 19 e 29 da CADH e artigo 25 da DADH. O Tribunal adota um critério amplo nessa questão, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, considerando que o componente particular que permite individualizar uma medida como privativa de liberdade para além da denominação específica que receba a nível local, diz respeito ao fato de que a pessoa, no presente caso as crianças, não podem ou não tem possibilidade de sair ou abandonar por vontade própria o recinto ou

⁶⁹ Considera-se a criança desacompanhada quando essa migra sem a presença de qualquer dos pais ou familiares e conhecidos e, separada, quando migra sem a presença dos pais, mas com a presença de algum familiar ou conhecido, ou seja, quando a criança não está completamente sozinha no fluxo migratório.

estabelecimento que se encontre, abrangendo qualquer situação que seja caracterizada dessa forma, com o que se aplicam todas as garantias associadas.

Em contextos migratórios, a privação de liberdade pode afetar solicitantes de asilo, refugiados, apátridas e imigrantes em situação irregular. No âmbito da presente consulta, a pergunta submetida se refere sobretudo a duas premissas do direito internacional dos direitos humanos e acolhidas pela jurisprudência da Corte: o princípio da última *ratio* da privação da liberdade das crianças; e a exigência de motivar a necessidade de recorrer às medidas privativas de liberdade de caráter preventivo por infrações da lei migratória. O Tribunal mencionou, nessa linha, o caso *Vélez Loo vs. Panamá*, segundo o qual reconheceu a incompatibilidade com a CADH das medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, em particular daqueles de caráter irregular.

Considerando que a presente OC envolve crianças em contexto migratório, o Tribunal buscou interpretar, à luz dos artigos 7 da CADH e 25 da DADH, o alcance das medidas privativas de liberdade no marco dos procedimentos migratórios quando envolvam crianças. Assim, a Corte compreende que a medida de privação de liberdade de crianças por razões exclusivamente migratórias excede o requisito de necessidade, toda vez que a medida não resulta absolutamente indispensável aos fins de assegurar seu comparecimento ao processo migratório ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação. Ainda, a privação de liberdade da criança de modo algum poderia ser entendida como uma medida que responda ao interesse superior da criança, posto que existem medidas menos gravosas. Com isso, a Corte IDH entende que a privação de liberdade de uma criança imigrante em situação irregular, decretada por esse único motivo, é arbitrária e, assim, contraria a CADH e DADH, posto que os Estados têm a obrigação, em consideração da condição de vulnerabilidade das crianças imigrantes em situação irregular, de acordo com o artigo 19 da CADH e 7 da DADH, de adotar medidas que resultem no cuidado e bem-estar da criança em proteção integral.

A Corte IDH dispôs, também, que as crianças imigrantes têm o direito de viver com sua família, a fim de satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas. Com isso, quando se trata de crianças que se encontrem junto com seus pais, o mantimento da unidade familiar em razão do interesse superior não constitui razão suficiente para legitimar ou justificar uma medida de privação de liberdade da criança juntamente com seus pais, obrigando as autoridades a adotar medidas alternativas à detenção da família.

Seguindo, o Tribunal abordou as características das medidas prioritárias de proteção integral dos direitos da criança imigrante e as garantias para sua aplicação. A primeira característica apontada pela Corte IDH é em relação ao caráter alternativo das medidas, em

oposição ao caráter privativo de liberdade, de modo que a liberdade é a regra para se resolver as questões migratórias. Essas medidas devem, então, se definir segundo a lógica da proteção integral, ora, proporcionando o pleno disfrute de todos os direitos reconhecidos na CADH sobre os direitos da criança e em outros instrumentos, em especial os relacionados ao direito à saúde, a alimentação adequada e educação, satisfazendo: as necessidades materiais, físicas e educativas básicas; o cuidado emocional; e a segurança da proteção efetiva contra qualquer tipo de abuso, exploração ou forma de violência.

Quando se trata de crianças desacompanhadas ou separadas, o direito internacional impõe sobre o Estado obrigações específicas atendendo a essa particular situação. Nesse viés, a Corte considera que as medidas a serem aplicadas às crianças em situação de migração irregular devem estar contempladas no ordenamento interno de cada Estado, assim como se deve regulamentar a forma procedimental de aplicação buscando com que se respeitem as seguintes garantias mínimas: contar com uma autoridade administrativa ou judicial competente; levar em conta as opiniões das crianças sobre suas preferências; fazer com que o interesse superior da criança seja uma consideração primordial ao tomar a decisão; e garantir o direito a revisão da decisão caso se considere que não é a medida adequada, a menos lesiva ou que se esteja utilizando-a de forma punitiva.

Outra questão abordada pela Corte IDH e de suma importância diz respeito às condições básicas dos espaços de alojamento das crianças imigrantes e as obrigações estatais correspondentes. Primeiramente, a Corte refere que em cumprimento dos compromissos internacionais, o Estado deve priorizar as medidas que zelem pelo cuidado da criança a partir da proteção integral e, quando for necessário o acolhimento da criança em um centro, é possível que os Estados recorram a medidas tais como os alojamentos para crianças, seja por um breve período ou o quanto necessário for para resolver a situação migratória.

Diante disso, esses alojamentos devem levar em conta algumas questões. Primeiro, o princípio de separação e direito a unidade familiar, no sentido de que as crianças devem ser abrigadas em locais de forma separada dos adultos e, quando for o caso de crianças que se encontrem junto com familiares, a regra é de que permaneçam junto com esses, evitando a possível desintegração familiar. Esses centros de alojamento devem permitir a saída do estabelecimento, ou seja, devem ser em um ambiente não privativo da liberdade. As condições materiais desses alojamentos devem permitir o desenvolvimento da criança, sendo fundamental que assegurem condições materiais, atendimento médico, assessoramento legal, apoio educativo, atenção integral, sendo um regime adequado para as crianças, considerando sua diversidade em torno da origem cultural, étnica, linguística e religiosa. Os profissionais que

atuarem nesses centros devem ser especializados e receber formação acerca da psicologia infantil, proteção da infância e dos direitos humanos da criança.

Em relação às medidas que impliquem em restrições ou privações de liberdade por razões migratórias, as garantias do devido processo devem ser respeitadas. Assim, a Corte IDH reconhece que as crianças, especialmente quando são imigrantes detidas em um meio social e jurídico diferente do seu e muitas vezes com idioma desconhecido, experimentam uma condição de extrema vulnerabilidade. Diante disso, medidas devem ser adotadas de forma a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz do interesse superior, de acordo com os seguintes aspectos: legalidade da privação de liberdade; proibição de detenções ou encarceramentos arbitrários; direito de ser informado sobre os motivos da detenção em um idioma conhecido; direito a ser levado, sem demora, a um juiz ou outro funcionário competente; direito a notificar um familiar, tutor ou representante legal e de se comunicar com o exterior, especialmente com os organismos internacionais especializados; direito à informação e acesso efetivo a assistência consular; direito a assistência jurídica através de um representante legal e, em caso de crianças não acompanhadas ou separadas, que se nomeie um tutor; direito a recorrer ante um juiz ou tribunal competente, a fim de que esse decida, sem demora, sobre a legalidade da detenção.

Em relação ao princípio da não devolução (*non-refoulement*), o Tribunal ressaltou que as crianças são titulares de todos os direitos previstos na CADH e na DADH. Esse princípio constitui importante proteção em torno das pessoas refugiadas ou solicitantes de refúgio, entretanto, a Corte considera que conforme o artigo 22.8 da Convenção, tem-se a proibição da devolução ou expulsão de qualquer estrangeiro quando seu direito a vida ou liberdade esteja em risco de violação em razão de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou opções políticas. Assim, estabelece o Tribunal que essa norma reconhece o direito, de qualquer estrangeiro, não somente de refugiados ou solicitantes de asilo – ora, não de uma só categoria –, à não devolução, quando sua vida, integridade ou liberdade esteja em risco, o que se aplica também às crianças imigrantes, a partir de uma concepção ampla da Corte em relação ao referido princípio e de modo a proteger os direitos humanos plenamente.

Por fim, o Tribunal tratou do direito à vida familiar das crianças no marco dos procedimentos de expulsão ou deportação de seus pais por motivos migratórios, de acordo com os artigos 11.2 e 17 da CADH e 6 da DADH. Nesse âmbito, a Corte IDH dispôs sobre o direito de proteção à família, reconhecendo que a família é um elemento fundamental da sociedade e deve ser protegida. Esse direito implica não somente em dispor e executar medidas de proteção da criança, mas também de favorecer, de maneira ampla, o desenvolvimento e a força do núcleo

familiar, toda vez que o disfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitua um elemento fundamental na vida da família. O questionamento sobre essa questão se centra em casos em que a expulsão dos pais, não nacionais do país receptor, se funde unicamente pela sua situação migratória irregular.

Nesse contexto, a Corte IDH dispõe que considera família a biológica, os familiares mais próximos, ressaltando que não existe um modelo único de família, com o que sua definição não deve restringir-se a noção tradicional de parentesco, incluindo aquelas de caráter não biológico, mas que constituem laços familiares. Contudo, existem dois elementos conflitivos nos casos de expulsão ou deportação de um ou ambos progenitores: a faculdade do Estado de implementar suas políticas migratórias; e o direito da criança à proteção da família e, em particular, ao disfrute da vida familiar mantendo a unidade familiar na maior medida possível. Assim, para superar esse conflito, é necessário avaliar que a medida: esteja prevista em lei e cumpra com os requisitos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade, ou seja, que seja necessária em uma sociedade democrática. Com isso, o Estado deverá avaliar as circunstâncias particulares do caso, entre os quais a Corte destaca: a história migratória, o lapso temporal da estadia e a extensão dos laços familiares com o país receptor; a consideração sobre a nacionalidade, guarda e residência dos filhos da pessoa que se pretende expulsar; a extensão do impacto gerado pela ruptura familiar devido a expulsão, incluindo as pessoas com quem a criança vive e o tempo que permaneceu na unidade familiar; a extensão da perturbação na vida diária da criança devido a alteração de sua situação familiar pela medida de expulsão, de forma que se pondere estritamente sobre essas circunstâncias à luz do interesse superior da criança em relação com o interesse público imperativo que se busque proteger.

Ainda, nos casos em que a criança tenha o direito à nacionalidade no país em que se pretende expulsar os pais em razão da situação migratória irregular, a criança conserva o direito de seguir disfrutando da vida familiar no referido país, posto que a ruptura da unidade familiar através da expulsão por razões migratórias pode trazer repercussões negativas na vida e desenvolvimento da criança, com o que seria irrazoável forçar os pais a abandonar o território devido a uma infração de caráter administrativo. Assim, a Corte IDH estima que qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pelas condições migratórias de um ou ambos progenitores deve, ao empregar a análise da ponderação, contemplar as circunstâncias particulares do caso concreto e garantir uma decisão individual, de acordo com os parâmetros desenvolvidos no decorrer da presente OC, assegurando os direitos das crianças em sentido amplo.

2.2 DEMANDAS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: INVESTIGAÇÃO DE CASOS CONTENCIOSOS À SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES

*[...] nas bordas da cidade e da vida visível,
onde um espaço abeira espaços completamente
diferentes, onde um tempo resvala em tempos
completamente diferentes; mas também,
e acima de tudo, onde espaços, tempos e grupos
humanos se abstêm uns dos outros,
no confinamento de alguns no seio de um estreito
enclave e na inencontrável experiência
de pôr-se lado a lado.
(Marielle Macé, 2018, p. 24).*

O subcapítulo em comento trata dos casos contenciosos que envolvem a violação de direitos humanos de imigrantes e que chegam ao SIDH, no âmbito da Corte IDH. Do mesmo modo, a seleção se deu através do “Livro de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 2: Pessoas em situação de migração ou refúgio”, de 2020. A partir desse foram selecionados quatro casos contenciosos: “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”; “Vélez Lóor vs. Panamá”; “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”; e “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”. Justifica-se a seleção dos referidos casos por tratarem de situações de violações de direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada, excluindo-se os demais por envolverem casos de refugiados ou asilados, os quais não são objeto da presente pesquisa, devido à delimitação e melhor discussão do tema, assim como por se tratarem de classes diferentes e que não se confundem no plano do direito internacional dos direitos humanos.

2.2.1 Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana: Sobre existir, mas não pertencer

O primeiro caso contencioso é o das meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, submetido à Corte IDH em 11 de julho de 2003, o qual será comentado a partir das disposições constantes na sentença proferida pela Corte, em 2005. (CORTE IDH, 2005). A denúncia, registrada sob o número 12.189 na CIDH, foi apresentada pelas vítimas Dilcia Oliven Yean,

Violeta Bosico Cofi e seus familiares, representados pelo “Movimiento de Mujeres Dominicano Haitianas”, “Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)” e “International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall) University of California, Berkeley” em face da República Dominicana, sob a alegação de que o Estado negou a emissão das certidões de nascimento das vítimas pelas autoridades de registro civil, gerando consequências prejudiciais a elas, em afronta às previsões dos artigos 1.1⁷⁰, 3⁷¹, 5⁷², 18⁷³, 19⁷⁴, 20⁷⁵ e 24⁷⁶ da CADH.

Filhas de Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, de nacionalidade dominicana, e de pais de origem haitiana, as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico nasceram na República Dominicana, em 15 de abril de 1996 e 13 de março de 1985 respectivamente, país em que seguiram vivendo com seus familiares. Ocorre que, em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos, foi solicitada a inscrição tardia do nascimento das duas perante o Estado, o que foi negado pelo oficial responsável, o qual considerou que os documentos apresentados pelas meninas eram insuficientes para proceder com o registro tardio, apresentando uma lista de onze requisitos a serem atendidos. Em 11 de setembro de 1997, recorreram da decisão ante o Procurador judicial de Monte Plata, o qual em 10 de julho de 1998 confirmou a decisão do oficial, negando o registro mais uma vez, por não estar amparado nos documentos e procedimentos necessários.

Para proceder com o registro civil das duas crianças, lhes foram exigidos os onze requisitos apresentados pelo Estado, além de doze requisitos indicados na resolução emitida pelo Procurador judicial em julho de 1998. Ora, o registro civil das duas crianças foi negado pelo não cumprimento dos onze ou doze requisitos exigidos. Entretanto, em suas alegações finais, o Estado dispôs que os documentos que deveriam ter sido apresentados eram três e que também não foram cumpridos. Disso tudo, observa-se que o Estado adotou posturas diferentes durante o trâmite do caso no SIDH em relação aos requisitos exigidos, demonstrando que na

⁷⁰ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CADH, 1969).

⁷¹ Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. (CADH, 1969).

⁷² Artigo 5. Direito à integridade pessoal. (CADH, 1969).

⁷³ Artigo 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário. (CADH, 1969).

⁷⁴ Artigo 19. Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (CADH, 1969).

⁷⁵ Artigo 20. Direito à nacionalidade. (CADH, 1969).

⁷⁶ Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (CADH, 1969).

República Dominicana não havia um critério uniforme para a exigência e aplicação de requisitos para registro civil tardio dos menores de 13 anos de idade.

Foi somente após reunião celebrada pela CIDH em 24 de agosto de 2001 na República Dominicana que o Estado comunicou às mães das duas meninas que o registro civil seria feito. Em 25 de setembro de 2001, o Estado entregou as certidões de nascimento das duas vítimas, lhes reconhecendo nacionalidade dominicana. Cabe frisar que conforme a Constituição dominicana o critério adotado para concessão de nacionalidade é do *jus soli*, com algumas exceções – das quais em nenhuma as meninas se enquadravam.

Quanto as alegações do Estado, este alegou que não haviam sido esgotados os recursos em âmbito nacional, assim como não houve o cumprimento da solução amistosa apresentada pela CIDH e acolhida pelo Estado, além de alegar a falta de competência da Corte IDH. Nesse contexto, a Corte IDH considerou que o Estado não tinha razão em suas alegações, primeiro, porque ao não expor expressamente quais seriam os recursos disponibilizados e aparentemente não esgotados em âmbito nacional para as vítimas, renunciou de forma implícita a um meio de defesa previsto na CADH em seu favor, incorrendo em admissão tácita da inexistência dos ditos recursos ou do esgotamento desses; em um segundo momento, quanto a solução amistosa, a Corte IDH entendeu não ter razão o Estado, sendo que os representantes tentaram um consenso mas o Estado afirmou que não poderia cumprir com todas as solicitações dos representantes, motivo pelo qual não houve consenso entre ambos e assim, não teria como ser efetiva a solução amistosa; por fim, quanto à competência, a Corte IDH alegou não haver razão para o Estado, mais uma vez, reconhecendo sua competência no presente caso.

No andamento do caso, algumas colocações foram feitas, expondo as dificuldades enfrentadas pelas famílias de imigrantes que vivem na República Dominicana. Tiramén Bosico Cofi, mãe de Violeta Bosico, expôs as dificuldades que passou em relação ao registro civil de seus filhos, como quando não conseguiu sequer documento comprovando que sua filha havia nascido na maternidade da cidade, pois não tinha dinheiro nem tempo para ir até o lugar conseguir o documento. Além disso, informou que dois de seus filhos seguiam sem registro, o que lhe causava medo, pois os filhos a qualquer momento poderiam ser detidos na rua por não portarem os documentos. Pelo mesmo motivo, uma das filhas sequer pôde estudar.

Samuel Martínez, antropólogo que se manifestou no presente caso, explicou que o registro civil muitas vezes é a única via que os domínico-haitianos dispõem para obter um documento oficial. Isso porque muitas haitianas na República Dominicana “optam” por fazer o parto em casa ao invés de ir a um centro médico, por não ter recursos econômicos e pela dificuldade de acessar os meios de transporte adequados desde os remotos assentamentos rurais

em que vivem, além de ter o temor de que os atendentes do hospital ou policiais as denunciem, já que muitas são residentes ilegais. Nesse ambiente, os haitianos e seus filhos se dispõem a trabalhar por salários inferiores ao que aceitariam os dominicanos para um trabalho que exige esforço ou perigo.

Ao mesmo tempo, conforme exposto, os imigrantes haitianos muitas vezes não conseguem acesso a trabalhos melhores por não conter a documentação requerida, assim como uma criança sem registro civil não pode se matricular nas escolas. Além disso, Martínez adverte que a pobreza, a falta de água potável, a infraestrutura e saneamento inadequados expõe esses imigrantes a um maior risco de adquirir doenças e ter complicações graves. Por fim, o antropólogo afirmou que a negação de um registro civil nega aos haitianos uma série de direitos humanos, frustrando as possibilidades de que alcancem seu potencial humano.

Partindo para as disposições da Corte IDH no julgamento do caso, pode-se extrair as seguintes observações acerca do caso e, para além disso, dos fluxos migratórios de modo geral. Quanto às migrações de haitianos para a República Dominicana⁷⁷, estas ocorrem desde o século 20, quando em torno de 100 mil pessoas se deslocaram ao país. A maioria desses haitianos e dos dominicanos de ascendência haitiana vivem em condições de pobreza, em zonas conhecidas como “*bateyes*”, assentamentos de trabalhadores agrícolas que trabalham nas plantações de cana de açúcar.

Em relação às violações cometidas pela República Dominicana, a Corte IDH estabeleceu um rol de artigos que foram violados. Primeiramente, tem-se os artigos 1.1⁷⁸, 3⁷⁹, 19⁸⁰, 20⁸¹, 24⁸² e 18⁸³ da CADH. Considerando que o presente caso envolve menores de idade,

⁷⁷ A República Dominicana realizou deportações de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana independentemente do *status* migratório dessas pessoas no país. Nestes casos as decisões foram tomadas sem o devido procedimento de averiguação prévia. Em alguns casos, as deportações atingiram dezenas de milhares de pessoas como ocorreu nos anos noventa. (CORTE IDH, 2005, tradução nossa).

⁷⁸ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CADH, 1969, p. 2).

⁷⁹ Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. (CADH, 1969, p. 2).

⁸⁰ Artigo 19 - Direitos da criança. Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (CADH, 1969, p. 8).

⁸¹ Artigo 20 - Direito à nacionalidade 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la. (CADH, 1969, p. 8).

⁸² Artigo 24 - Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. (CADH, 1969, p. 9).

⁸³ Artigo 18 - Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário. (CADH, 1969, p. 8).

a Corte IDH frisou que o Estado deveria ter levado em conta que as vítimas fazem jus a proteção especial, a partir dos deveres da família, da sociedade e do Estado, além de afirmar que há especial gravidade quando as vítimas de violações de direitos humanos são crianças. Nesses casos, deve prevalecer o melhor interesse da criança, o qual entende-se como a necessidade de satisfação de todos os direitos dos menores, obrigando o Estado e irradiando efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção. Além disso, a Corte IDH entende que os Estados devem, também, prestar atenção às necessidades e direitos das vítimas em consideração a sua condição de meninas/mulheres que pertencem a um determinado grupo ou situação de vulnerabilidade.

Conforme dispôs a CIDH no presente caso, o artigo 19, que trata dos direitos das crianças, foi violado pelo Estado por não cumprir com suas obrigações internacionais e não adotar as medidas necessárias que levem em conta o melhor interesse da criança e assegurem sua proteção. A CIDH afirmou que o art. 19 foi violado pelo fato de o Estado manter Dilcia e Violeta em condições de vulnerabilidade legal, social e econômica e, não garantir o direito à nacionalidade, deixando as duas expostas ao perigo de serem expulsas da República Dominicana, descumprindo suas obrigações internacionais de direitos humanos. Além disso, também mencionou que o Estado faltou com seu dever de garantir o direito à educação, sendo que Violeta foi impedida de se registrar na escola diurna por carecer de documentos. A Corte IDH optou por não se manifestar isoladamente acerca desse artigo, fazendo-o em conjunto com os demais.

O artigo 20 se refere ao direito à nacionalidade. A respeito do direito consagrado nesse artigo, a Corte IDH entende que a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social de conexão entre um indivíduo e um Estado. Esse é um direito fundamental da pessoa humana, consagrado na CADH, assim como em outros instrumentos internacionais. A importância da nacionalidade se centra no fato de que ela confere o vínculo jurídico-político que liga uma pessoa a um Estado, permitindo que o indivíduo adquira e exerça os direitos e responsabilidades próprios do pertencimento a uma comunidade política.

Especificamente quanto a nacionalidade, segue entendimento da Corte IDH:

A nacionalidade, conforme é aceita pela maioria, deve ser considerada como um estado natural do ser humano. Tal estado não é apenas a base de sua capacidade política, mas também de parte de sua capacidade civil. Assim, embora tradicionalmente se aceite que a determinação e regulamentação da nacionalidade sejam de competência de cada Estado, a evolução nesta matéria nos demonstra que o direito internacional impõe certos limites à discricionariedade dos Estados e que, no seu estado atual, na regulamentação da nacionalidade não só concorrem

competências dos Estados, mas também as demandas de proteção integral dos direitos humanos. [...] Com efeito, desde a perspectiva doutrinária clássica em que a nacionalidade poderia ser concebida como um atributo que o Estado conferia aos seus súditos, está evoluindo para um conceito de nacionalidade em que, além de ser competência do Estado, abrange o caráter de um direito da pessoa humana. (CORTE IDH, 2005, p. 60, tradução nossa).

Diante do entendimento da Corte IDH, frisa-se que, mesmo que os Estados tenham a competência e controle acerca da regulação da nacionalidade, os direitos humanos devem ser respeitados igualmente. Disposto na CADH, essa reconhece o direito à nacionalidade em dois sentidos: primeiro, pelo direito de ter uma nacionalidade e assim o vínculo jurídico-político perante um Estado; e segundo, através da proteção do indivíduo contra a privação de sua nacionalidade de forma arbitrária. Conforme dispõe a Corte IDH, a discricionariedade em torno da nacionalidade sofreu um constante processo de restrição de acordo com a evolução do direito internacional, objetivando uma maior proteção aos indivíduos frente ao Estado e, inclusive, de evitar e reduzir a condição de apatridia. Ao julgar o presente caso, a Corte IDH ressaltou algumas questões, expressas a seguir.

De acordo com os princípios de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação, ao regular os mecanismos de outorgamento da nacionalidade, os Estados devem se abster de produzir regulações discriminatórias ou que tenham efeitos nesse sentido, sendo que tem a obrigação de não adotar essas práticas. Ao mesmo tempo, os Estados devem evitar que o número de apátridas aumente. Dessa forma, a Corte IDH cita a Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia – firmada pela República Dominicana em dezembro de 1961, ratificada por 26 Estados e em vigor desde dezembro de 1975 –, segundo a qual os Estados devem conceder nacionalidade às pessoas nascidas em seu território e que de outro modo não teriam nacionalidade, ora, seriam consideradas apátridas. Essa Convenção dispõe que a nacionalidade se concederá de pleno direito no momento do nascimento, ou mediante solicitação apresentada perante a autoridade competente, a menos que o interessado não cumpra com alguns requisitos. Contudo, no decorrer do caso perante o SIDH, em suas alegações finais, o Estado alegou que os documentos que deveriam ter sido apresentados eram três e que não foram apresentados. Disso tudo, a Corte IDH firmou entendimento no sentido de que na República Dominicana não há um critério uniforme na exigência e aplicação de requisitos para concessão de nacionalidade tardia dos menores de 13 anos de idade. Na região, a lista de requisitos adotados varia conforme a idade e tem se diferenciado, sem seguir critérios objetivos, de acordo com a autoridade competente que a aplica. Outrossim, de acordo com o artigo 11 da Constituição do Estado o critério estabelecido é o de *jus soli*, admitindo duas exceções, à época do caso: quando os pais

são representantes diplomáticos ou quando estão em trânsito pelo país. A última hipótese, de trânsito, foi aplicada pelo Estado para negar a nacionalidade às duas crianças.

A respeito dessa exceção, tanto a CIDH como os representantes das vítimas alegaram que as autoridades haviam tomado essa posição em relação às crianças nascidas na República Dominicana de ascendência haitiana. Essa postura foi justificada pelo entendimento do Estado de que os pais das meninas eram trabalhadores haitianos considerados em trânsito no país.

Sendo assim, a Corte IDH mencionou informe da CIDH sobre os direitos humanos na República Dominicana e a interpretação das autoridades sobre a condição de pessoa em trânsito. Nesse sentido, a CIDH ressaltou que na República Dominicana vivem em torno de 500.000 trabalhadores haitianos indocumentados. Na maioria dos casos esses imigrantes têm residido no Estado por vinte ou quarenta anos, ao passo que muitos nasceram no território dominicano. A maioria enfrenta problemas pela situação de ilegalidade, que se transfere aos filhos, os quais são impedidos de obter nacionalidade dominicana devido a interpretação restritiva que as autoridades dominicanas fazem sobre pessoas em trânsito.

Diante disso, a Corte IDH frisou que o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e não discriminação independe do *status* migratório de uma pessoa. Ora, os Estados têm a obrigação de garantir esses princípios aos cidadãos e todos estrangeiros que se encontrem no país, sem qualquer discriminação pelo *status* regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa. Assim, a Corte IDH considera que: o *status* migratório não pode ser condição para a concessão de nacionalidade de nenhuma forma, sendo que a condição migratória não constitui justificativa para privar o imigrante do direito à nacionalidade; o *status* migratório não se transmite aos filhos do imigrante; e a condição de nascimento no território do Estado deve ser o único requisito a ser exigido para concessão de nacionalidade às pessoas que de outro modo não a conseguiriam, ficando na condição de apátrida.

Como ocorreu no presente caso, ao exigir uma série de documentos e requisitos para proceder com o registro tardio de nascimento, o Estado violou não somente os direitos consagrados na Constituição e em outras leis derivadas, mas também os direitos contidos na CADH, toda vez que são difíceis de cumprir, envolvem gastos e constituem obstáculos que impedem o gozo do direito à nacionalidade à maioria dos menores que se encontram na mesma situação, ou seja, as crianças dominicanas de ascendência haitiana. De fato, pelos trâmites exigidos, Dilcia e Violeta ficaram por quatro anos e quatro meses sem possuir certidão de nascimento, mesmo cumprindo os requisitos estabelecidos para os menores de 13 anos.

Ainda, o próprio regulamento acerca da migração na República Dominicana estabelece que são consideradas em trânsito as pessoas que tem a finalidade de passar pelo território, com o que se fixa um limite temporal que não excede dez dias. Quanto a essa questão, a Corte IDH dispôs que o Estado deve respeitar um limite temporal razoável e ser coerente. No presente caso, o Tribunal considerou que de modo algum o Estado poderia ter aplicado a exceção de “pessoas em trânsito”, posto que as mães das vítimas são dominicanas e essas nasceram na República Dominicana, sendo essa a condição definida pela Constituição local.

No caso em comento, Dilcia e Yean solicitaram o registro civil tardio, momento em que o pedido foi negado tanto pelo oficial do Estado como, posteriormente, pelo Procurador do distrito judicial de Monte Plata. A negativa das solicitações se baseou na exigência dos onze ou doze requisitos como mencionado. Entretanto, a Corte IDH entende que ao apresentar-se perante as autoridades do Estado, apresentando documento comprovando o nascimento no território dominicano e o documento de identidade de ambas as mães, a nacionalidade deveria ter sido concedida, posto que esses são os requisitos exigidos pela Constituição conforme a idade das crianças. Ao contrário, o Estado negou a nacionalidade por requisitos que não eram aplicáveis ao caso, em atitude arbitrária e discriminatória, sem critérios razoáveis ou objetivos, assim como de forma contrária ao melhor interesse das crianças, prejudicando as vítimas, sendo que essas permaneceram na condição de apátridas impedidas do gozo de seus direitos. Essa condição se manteve até setembro de 2001, impulsionando a condição de vulnerabilidade das vítimas, em razão da impossibilidade de receber proteção e benefícios perante o Estado, assim como por viver em constante medo de que fossem expulsadas e separadas da família pela falta de certidão de nascimento. A República Dominicana não cumpriu, assim, com sua obrigação de garantir os direitos consagrados na CADH, sobretudo dos artigos 20 e 24, relacionados com o artigo 19 e 1.1 do mesmo documento.

Já o artigo 24 estabelece o direito a igualdade. Diante disso, a Corte IDH entendeu que a República Dominicana violou o presente artigo devido ao tratamento dado às vítimas. Isso porque o tratamento recebido por elas foi em razão de sua ascendência, seu nome e o *status* migratório de seus pais. Além disso, o artigo 3 trata do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Esse é um requisito fundamental para o disfrute das liberdades básicas, sendo que confere o reconhecimento do indivíduo perante a lei. A normativa interna da República Dominicana (Lei n. 14-94) reconhece a relação entre a identidade legal e a proteção dos direitos fundamentais dos menores, garantindo o direito fundamental da dignidade das crianças, o que inclui o direito a identidade e explicitamente proíbe qualquer discriminação no outorgamento ou privação dos direitos fundamentais em razão de raça ou nacionalidade. Assim,

o Estado violou o presente artigo ao negar às vítimas o registro civil, ocasionando em sua exclusão da ordem jurídica e institucional do Estado, já que durante mais de quatro anos ambas ficaram sem certidão de nascimento.

Dessa forma, a Corte IDH considerou que a falta de reconhecimento da personalidade jurídica – posto que não foi concedida a nacionalidade – lesiona a dignidade humana, já que nega sua condição de sujeito e torna o indivíduo vulnerável frente a não observância de seus direitos pelos Estados. No caso concreto, a República Dominicana manteve as vítimas em um limbo legal, sendo que mesmo existindo e estando inseridas em um contexto social, elas não pertenciam a nenhum Estado, ora, não tinham personalidade jurídica. Além disso, foi violado da mesma maneira o artigo 18 da CADH, que trata do direito ao nome.

Nesse contexto, a Corte IDH explicou que além da vulnerabilidade de não possuir um nome, personalidade jurídica e nacionalidade outras foram impostas. Isso se visualiza pelo fato de que Violeta Bosico foi impedida de estudar, tendo que se matricular na escola noturna para maiores de dezoito anos, agravando sua condição de vulnerabilidade e em caráter violação a proteção especial da criança. Através da interpretação da Corte IDH, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, tendo sido, no presente caso, violado o direito à educação, de acordo com o artigo 19 da CADH, interpretado à luz da Convenção para os Direitos das crianças e do PIDESC, em relação com o dever de desenvolvimento progressivo constante no artigo 26 da CADH. Do mesmo modo, foi violado o artigo 17 da CADH, que aborda a proteção à família, devido a condição de vulnerabilidade que as vítimas e suas famílias foram expostas, conforme já mencionado.

Por fim, a Corte IDH mencionou a violação ao artigo 5º da CADH, o qual dispõe sobre o direito a integridade pessoal. Mesmo que essa violação tenha sido alegada somente pelos representantes das vítimas nas alegações finais e de forma extemporânea, a Corte IDH, respaldada no princípio *iura novit curia*, entendeu não ter impedimento para analisar a questão. Assim, tanto pela situação escolar de Violeta, como pela situação das mães e irmã das vítimas, que viveram por anos com o temor da expulsão, além das consequentes dificuldades enfrentadas, a Corte IDH considerou que a República Dominicana violou o referido artigo.

Em âmbito de reparações, sempre que possível, a reparação requer a plena restituição da situação anterior e, quando não for possível, o Tribunal internacional deve determinar as medidas que garantam os direitos envolvidos, a fim de evitar novas violações e de modo a reparar as consequências das infrações produzidas, assim como pode estabelecer indenizações que compensem os danos causados. Nesse contexto, com base no artigo 63.1 da CADH, a Corte IDH passou a dispor sobre as reparações a serem tomadas pela República Dominicana.

Primeiramente, a Corte IDH reconheceu como partes do processo Dilcia Yean e Violeta Bosico, devido às violações dos direitos consagrados nos artigos 3, 18, 20 e 24 da CADH, em relação com os artigos 19 e 1.1 da mesma. Além disso, considerou como partes também Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, mães das vítimas, e Teresa Tucent Mena, irmã de Violeta, pela violação ao artigo 5 relacionado ao artigo 1.1 da CADH.

Quanto aos danos causados, a CIDH não se referiu à danos materiais e indenizações acerca desses. Isso porque os danos envolvidos no presente caso são os de cunho imaterial. Assim, a Corte IDH passou a se pronunciar em torno desses, compreendendo que os danos imateriais podem envolver tanto o sofrimento e aflição causados às vítimas e seus familiares, como as alterações não pecuniárias nas condições de existência dessas.

Pelas violações sofridas pelas vítimas e a condição de extrema vulnerabilidade que essas foram colocadas pela República Dominicana ao negar-lhes a nacionalidade, a Corte IDH fixou entendimento no sentido de que o Estado dominicano deve pagar a quantidade de US\$ 8.000,00 a cada uma das vítimas, Violeta e Dilcia. Considerando que a situação vivenciada por elas impactou também os seus familiares, o Tribunal reconheceu o dano imaterial sofrido por Leonidas, Tiramén e Teresa, entretanto, entendeu ser suficiente como reparação a sentença por si e as demais medidas de satisfação e garantias de não repetição estabelecidas no decorrer da sentença.

Diante dessas medidas, a Corte IDH passou a considerar outros efeitos lesivos causados que poderiam ser reparados mediante a realização de atos do Poder Público. Com isso, foram determinadas as seguintes medidas: Publicação das partes pertinentes da sentença da Corte IDH no Diário Oficial e em outro de circulação nacional na República Dominicana; um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional e em desagravo às vítimas e seus familiares; que o Estado dominicano deve adotar em seu direito interno as medidas legislativas e administrativas ou de qualquer índole que sejam necessárias ao procedimento e requisitos condizentes para adquirir nacionalidade tardia; obrigação do Estado em pagar indenização às vítimas nos valores definidos pela Corte IDH; e o pagamento das custas e gastos gerados em âmbito interno e internacional ante o SIDH.

Por fim, cabe dispor sobre algumas considerações feitas pelo juiz A. A. Cançado Trindade no presente caso. O juiz frisou, em suas considerações, que essa foi a primeira vez na história da Corte IDH em que essa se pronunciou, em um caso contencioso, sobre o direito à nacionalidade na CADH. Seguindo, ele dispôs sobre os avanços conquistados em torno da nacionalidade, temática que não deve ser considerada somente desde o âmbito nacional, mas, para além desse, deve estar de acordo com os princípios gerais de direito internacional assim

como dos deveres que emanam desse campo. Para o juiz, encontram-se superadas as construções em matéria de nacionalidade pela doutrina tradicional e estadocêntrica. Quanto a questão da apatridia, apontou que mesmo antes da adoção da Convenção para reduzir casos de apatridia, havia o entendimento de que o tema deveria ser abordado tendo em conta a própria organização da comunidade internacional, que pressupõe que a condição normal de todos indivíduos é possuir uma nacionalidade, ao passo que a apatridia representa uma anomalia com consequências desastrosas aos envolvidos nessas situações. Por fim, Cançado Trindade firmou entendimento reconhecendo o amplo alcance dos deveres de proteção constantes no artigo 1.1 da CADH, de modo que, para ele, não cabe o argumento de que para ocorrer uma violação a esse artigo deve-se ter violado conjuntamente algum dos direitos previstos na CADH, posto que isso diz respeito a uma visão restritiva e desagregadora⁸⁴.

Por conseguinte, a partir das reparações estabelecidas pela Corte IDH, importa dispor sobre a supervisão de cumprimento da sentença, a partir de relatório publicado pela Corte IDH em 2019 (CORTE IDH, 2019). No caso em comento, dentre todos os casos que envolvem a República Dominicana, esse é o único em que a Corte IDH declarou o cumprimento de alguma medida de reparação. No entanto, não foram todas as medidas cumpridas pelo Estado, com o que se observa que esse tem se omitido diante de suas obrigações de informar sobre o cumprimento das decisões da Corte IDH.

Nessa linha, constatou-se que em julho de 2014 foi a última vez que o Estado dominicano dirigiu escritos à Corte IDH, em caso distinto do então trabalhado. Quanto ao presente caso, a última vez que o Estado se referiu a implementação das reparações pendentes de cumprimento foi na audiência de supervisão em maio de 2013, momento em que reconheceu que não havia cumprido todas as medidas e se comprometeu em dar seguimento ao cumprimento. Diante da omissão do Estado, em fevereiro de 2019 foi marcada nova audiência pública, entretanto o Estado não compareceu e tampouco apresentou informações à Corte.

Nesse cenário, a Corte frisou que a obrigação de cumprir o disposto em suas decisões está contemplada pelos princípios básicos do direito dos Tratados e do direito internacional, a partir dos quais os Estados devem cumprir suas obrigações convencionais de boa fé e não

84 Em suma, a Corte preservou, nesta sentença, os padrões de proteção consagrados em sua constante jurisprudência. A valiosa contribuição de sua Opinião Consultiva n. 18, sobre a condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados, (2003), assim como o legado relevante da Opinião Consultiva n. 17 (sobre a condição jurídica e direitos humanos da criança, 2002); relacionou os direitos violados entre si (direito à nacionalidade e direitos da criança, direitos ao nome e reconhecimento da personalidade jurídica e igualdade pessoal), perante a lei, e o direito à integridade em vez de trata-los de forma indevidamente compartimentada; e sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 1 (1) e 2 da Convenção Americana. Lamentaria muito se, no futuro, a Corte se afastasse dessa jurisprudência, que é a que maximiza a proteção dos direitos humanos no âmbito da Convenção Americana. (CORTE IDH, 2005, p. 98-99, tradução nossa).

podem por qualquer razão de ordem interna deixar de assumir a responsabilidade em torno dessas. No momento em que a República Dominicana não apresentou as informações solicitadas por múltiplos requerimentos, assim como faltou a audiência pública de 2019 e não cumpriu com todas medidas de reparação, incorreu em grave violação da obrigação de informar o Tribunal. Para a Corte, isso representa um afronte a um dos mecanismos desenvolvidos no SIDH mais efetivos para avançar no cumprimento das sentenças, qual seja, o das audiências de supervisão.

Mais de doze anos depois do vencimento do prazo definido pela Corte em sentença, o Estado dominicano não efetivou a medida de realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade e pedidos de desculpa às vítimas, assim como não cumpriu a medida de regular de forma simples, acessível e razoável o procedimento e os requisitos acerca da aquisição de nacionalidade tardia dominicana. Ao contrário, o Estado, mediante a emissão de normas e decisões judiciais posteriores⁸⁵ ao presente caso, dificultou o acesso ao direito à nacionalidade e personalidade jurídica. Além disso, a Lei 169.14 do Estado dominicano segue sendo aplicada, gerando um grande número de pessoas com problemas no acesso a nacionalidade e para os quais não há uma solução clara, assim o Estado continua contemplando uma norma discriminatória que nega nacionalidade aos filhos de imigrantes em situação irregular, em caráter contrário às disposições da CADH. Para a Corte, essa omissão do Estado consiste em uma falta grave, pois esse não cumpriu com a obrigação de não repetição das violações causadas no presente caso, colocando as pessoas envolvidas em situação de vulnerabilidade.

Ao final, a Corte manifestou sua preocupação sobre essa problemática, mantendo em aberto o procedimento de supervisão de sentença a respeito do caso das vítimas Violeta Bosico e Dilcia Yean. Isso porque o Estado não cumpriu com duas das reparações estabelecidas. Nesse momento, foi requerido que o Estado adote as medidas o mais rápido possível, assim como apresente para a Corte IDH um informe sobre o caso indicando as medidas adotadas para cumprir com suas obrigações

⁸⁵ Na decisão TC-0168-13 do Tribunal Constitucional da República Dominicana, de setembro de 2013, tem-se a disposição de que os filhos de imigrantes em situação irregular não têm direito à nacionalidade dominicana, mesmo que tenham nascido no território do Estado. Essa decisão seguiu produzindo efeitos jurídicos, sendo reiterada em diversas sentenças internas posteriores à decisão do presente caso. (CORTE IDH, 2019, p. 13).

2.2.2 Vélez Loor vs. Panamá: A tortura como punição por “ser imigrante” e os impactos da pandemia do covid-19 nos centros de detenção

O segundo caso estudado é o de Vélez Loor vs. Panamá, tendo como base, nas disposições a seguir acerca do caso, a sentença, com data de 23 de novembro de 2010, a partir da qual pretende-se extrair os principais conteúdos e direitos discutidos (CORTE IDH, 2010). Em outubro de 2009, a CIDH apresentou à Corte IDH demanda contra a República do Panamá, registrada perante a CIDH sob o n. 12.581, em razão do acontecido com a vítima, Tranquilino Vélez Loor, o qual foi representado pelo CEJIL. A demanda diz respeito à alegada detenção do sr. Jesús Tranquilino Vélez Loor, o qual foi posteriormente processado por delitos relacionados à sua condição migratória, sem que lhe fosse garantido o direito de defesa e sendo submetido a tortura e condições desumanas em diversos centros penitenciários panamenhos no momento de privação de sua liberdade, em 11 de novembro de 2002, até sua deportação à República do Equador, em 10 de setembro de 2003.

Jesús Tranquilino Vélez Loor foi detido no Posto Policial de Tupiza, na Província de Darién, na República do Panamá, em 11 de novembro de 2002, por não portar a documentação necessária para permanecer no país. O local em que a vítima foi detida é uma área de fronteira e de selva, em que há a falta de autoridades de migração fazendo com que o controle migratório fique a cargo da polícia nacional. Segundo consta em ofício, a vítima foi “enviada” ao Departamento de Migração e Naturalização de Darién em 12 de novembro de 2002. Nesse momento, foi preenchido um formulário de migração, denominado “filiação”, com informação do sr. Vélez Loor e, após, a Diretora nacional de migração e naturalização do governo emitiu a ordem de detenção nº 1.430, com o que a vítima foi transferida para a Prisão Pública de La Palma, já que, segundo consta, o departamento de migração não possuía celas especiais para alojar os imigrantes indocumentados.

Após constatar que o sr. Vélez Loor havia sido deportado do Panamá em 1996, por encontrar-se “ilegal” no território, a Diretora nacional de migração decidiu aplicar-lhe a pena de dois anos de prisão em um dos centros penitenciários do país, por ter omitido as advertências que possuía sobre a entrada no Panamá devido ao ocorrido anteriormente. Com isso, a vítima foi transferida para as instalações do Departamento Nacional de Migração na cidade do Panamá. Em 10 de setembro de 2003, ele foi deportado para o Equador. A norma que deu fundamento à privação de liberdade da vítima foi o Decreto-Lei 16/1960 sobre Migração, o qual foi revogado em 2008 – posteriormente aos fatos que motivaram o presente caso – motivo pelo qual o Tribunal se pronunciou sobre a lei vigente à época em que os fatos ocorreram.

Primeiramente, cabe dispor que em sede de exceções preliminares o Estado panamenho alegou a falta de esgotamento dos recursos internos, além da falta de competência da Corte IDH, ambas alegações rejeitadas pelo Tribunal. Em relação a segunda alegação, o Panamá dispôs que a Corte IDH não tinha competência para conhecer sobre o alegado descumprimento da obrigação de investigar estabelecida na Convenção contra a Tortura e em função dos artigos 33 e 62 da CADH que limitam a competência da Corte à interpretação da CADH, motivo pelo qual o Estado alegou não haver competência para julgar o presente caso, o que constituiria em uma atuação contrária ao princípio do consentimento. Caso a Corte indeferisse a exceção, o Estado solicitou que essa desenvolvesse de forma mais ampla sua jurisprudência acerca do assunto.

Ao analisar a questão, a Corte IDH recordou que diante dos argumentos formulados por alguns Estados de que cada Tratado interamericano requer declaração específica de aceitação de competência da Corte, esta determinou que pode exercer a competência contenciosa em relação aos instrumentos interamericanos distintos da CADH, quando se trate de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Isso porque a declaração especial de aceitação contenciosa da Corte segundo a CADH e conforme o art. 62 da mesma, permite que o Tribunal conheça tanto violações da Convenção como de outros instrumentos que lhe atribuam competência. Assim, mesmo que o artigo 8 da Convenção contra a Tortura não mencione explicitamente a Corte IDH, este Tribunal dispôs sobre sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção, com base num meio de interpretação complementar. No caso “Villagrán Morales e outros vs. Guatemala”, a Corte se referiu à razão histórica desse artigo, posto que no momento da redação da Convenção contra a Tortura ainda existiam países membros da OEA que não eram partes na CADH, salientando que diante de uma cláusula geral de competência que não se referisse especificamente pela Corte IDH, se abriu a possibilidade de que um maior número de Estados ratificasse a Convenção. Naquele momento, o importante foi atribuir competência para aplicar a Convenção contra a Tortura a um órgão internacional, quer seja um Comitê, Comissão ou Tribunal. Além disso, a Corte alegou a necessidade de que o sistema de proteção internacional deve ser entendido como um todo, conforme o disposto no artigo 29 da CADH. Sendo assim, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência constante sobre a matéria, reconhecendo sua competência para interpretar e aplicar a Convenção contra a Tortura e declarar a responsabilidade de algum Estado que tenha dado consentimento para se obrigar por esta Convenção, e tenha aceitado a competência da Corte IDH, como é o caso do Panamá.

Em âmbito de assuntos prévios, o Estado argumentou sobre a inadmissibilidade *ratione materiae* de novas pretensões por parte das representantes da vítima, alegando que essas introduziram no processo novas pretensões que não constavam na demanda apresentada pela CIDH. Quanto a essa questão, a Corte IDH reiterou que de acordo com sua jurisprudência a suposta vítima, seus familiares ou representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos dos já incluídos na demanda, na medida em que não aleguem fatos novos aos nela já compreendidos. Ao mesmo tempo, podem referir-se a fatos que permitam explicar, contextualizar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda responder às pretensões do demandante. No presente caso, em seus escritos, as representantes da vítima apresentaram declarações detalhadas sobre fatos que constituíram os alegados atos de tortura. De tal modo, o Tribunal considerou que esses fatos não podem ser considerados de forma autônoma como constitutivos de violação, entretanto, a informação apresentada a respeito dos alegados de tortura quanto ao modo, tempo e lugar em que teriam ocorrido, é complementar ao marco fático da demanda posto que esclarece fatos sobre os quais recairia o dever de investigar. Assim, a Corte dispôs que iria se referir a esses fatos unicamente com o objetivo de proceder à análise da alegada obrigação de investigar esses atos, incluída pela CIDH na demanda.

A segunda questão levantada pelo Estado foi a respeito da legitimidade do CEJIL para representar supostas vítimas sobre obrigações da Convenção contra a Tortura, momento em que defendeu que o CEJIL não tem legitimidade para atuar no presente caso. Essa alegação não prosperou, sendo que a Corte IDH considerou que na procuração conferida ao CEJIL não havia limitação expressa sobre os artigos que poderiam ser alegados no procedimento e, em razão disso, a Corte entendeu que a procuração cumpriu os requisitos estabelecidos além de não possuir nenhuma limitação que impedisse a alegação de violação de artigos da Convenção contra a Tortura.

O Estado do Panamá reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional por várias das alegadas violações dos direitos reconhecidos na Convenção. Em sua contestação, reconheceu a violação dos seguintes direitos: direito à liberdade pessoal; direito à integridade pessoal; e direito às garantias judiciais. Nesse aspecto, a Corte IDH considerou que o Estado não descreveu de forma clara os fatos da demanda que dão sustento a esse reconhecimento. Contudo, ao ter acatado as alegadas violações dos artigos mencionados, a Corte alegou que o Estado reconheceu os fatos que, segundo a demanda, configuram essas violações. Uma vez estabelecido o alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade por parte do Estado, o Tribunal passou a avaliar as questões controversas.

No mérito, a Corte IDH iniciou tratando dos direitos à liberdade pessoal, às garantias judiciais, ao princípio de legalidade e proteção judicial, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e ao dever de adotar disposições de direito interno. Conforme exposto, a base para a detenção do sr. Vélez Loor foi o Decreto-Lei 16/1960, sobre Migração.

Sobre a matéria, a Corte IDH frisou que no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias, os Estados podem definir os mecanismos de controle de ingresso e saída de seu território em relação aos imigrantes, desde que respeitadas as normas de proteção dos direitos humanos dispostas na CADH. Assim, mesmo que os Estados tenham discricionariedade para determinar suas políticas migratórias, os objetivos dessas políticas devem respeitar os direitos humanos dos imigrantes.

Considerando as peculiaridades que envolvem os fluxos migratórios, a Corte IDH compreende que os imigrantes indocumentados ou em situação irregular são identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade, sendo que são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos, assim como experimentam um nível elevado de desproteção em torno desses. Assim, a Corte, em aplicação do princípio de efeito útil e das necessidades de proteção em casos de pessoas e grupos em vulnerabilidade, dispôs que sua interpretação se daria de acordo com a evolução do *corpus juris* internacional existente em relação aos direitos humanos dos imigrantes, considerando que a comunidade internacional reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para esses grupos.

Diante disso, tem-se que a evolução dessa área no Direito Internacional desenvolveu limites à aplicação das políticas migratórias, impondo um apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana, qualquer que seja a condição do imigrante. Os Estados devem, então, respeitar os direitos humanos dos imigrantes e garantir o exercício e gozo desses direitos sem qualquer discriminação por sua estadia regular ou não, raça, nacionalidade, gênero ou qualquer outra.

Nesse sentido, a Corte IDH considerou pertinente realizar uma análise diferenciada em relação aos atos e diversos momentos nos quais a liberdade pessoal da vítima foi restringida. O primeiro ponto abordado, diz respeito a detenção do sr. Vélez Loor pela Polícia de Tupiza, em 11 de novembro de 2002. Nesse ponto, o Tribunal frisou que o caso se refere a uma pessoa estrangeira, que foi detida porque não se encontrava autorizada a ingressar e permanecer no Panamá, de modo que as medidas restritivas de liberdade pessoal aplicadas à vítima não estavam relacionadas com o cometimento de delito penal, mas eram tão somente uma reação a sua situação migratória irregular decorrente do ingresso no Estado por uma zona não autorizada, sem portar os documentos necessários e infringindo uma ordem prévia de deportação.

Conforme dispõe a Corte IDH, diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), a CADH não estabelece uma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é detida ou retida. Desse modo, essa garantia deve ser cumprida sempre que exista uma retenção ou detenção de uma pessoa em decorrência de sua condição migratória, conforme os princípios de controle judicial e imediação processual. Nesse cenário, a revisão judicial deve ser realizada sem demora, de tal modo que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, considerando sua condição de vulnerabilidade.

O Tribunal observou que o Decreto-Lei 16/1960 do Panamá, estabelecia que o estrangeiro seria colocado à disposição do Diretor do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça. No presente caso, o sr. Vélez Loor, após sua detenção em Tupiza, foi “enviado” ou posto à disposição do Departamento de Migração e Naturalização de Darién, pela Polícia Nacional, por meio de um ofício. Sendo assim, a Corte entendeu que colocar à disposição não necessariamente equivale a levar à presença do Diretor de Migração, posto que, como estabelecido, para atender à exigência do artigo 7.5 de “ser levado” sem demora perante um juiz ou funcionário competente, o detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade, a qual deve ouvi-lo pessoalmente a fim de avaliar todas as explicações que este lhe confira, para decidir sobre a liberação ou manutenção da privação de liberdade.

Por outro lado, a Corte IDH considerou que, no momento em que a vítima foi transferida para o povoado de Metetí, foi preenchido um formulário de “filiação”, com os dados pessoais e razões pelas quais migrara. Diante desse ato, a vítima não foi notificada por escrito das alternativas que estabelecia o artigo 58 do referido Decreto-Lei, em relação à obrigação que tinha de legalizar sua permanência ou abandonar o país por seus próprios meios, num prazo prudente não inferior a três dias e não superior a 30, sem prejuízo das demais sanções. Assim, a Corte estabeleceu que o Estado não apresentou elementos suficientes que demonstrassem o cumprimento das disposições do artigo 7.5 da Convenção.

Seguindo, a Corte IDH abordou a ordem de detenção 1.430 de 12 de novembro de 2002. Nessa ordem de detenção, se menciona que o sr. Vélez Loor havia sido posto à disposição do Departamento Nacional de Migração por ter sido detido porque não portava seus documentos legais e estava proibida sua entrada no território nacional. Por essas considerações resolveram ordenar a detenção da vítima, justificando essa decisão pela vítima encontrar-se ilegal e por razões de segurança e de ordem pública. A Corte verificou, assim, que a autoridade migratória que emitiu essa ordem mencionou como fundamento jurídico para proceder com essa medida

vários artigos do Decreto-Lei 16. A respeito disso, o Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que são arbitrárias as decisões que os órgãos internos adotem e que possam ferir os direitos humanos, como à liberdade pessoal, que não se encontrem devidamente fundamentadas. Com isso, foi disposto que a ordem de detenção emitida no presente caso era arbitrária, sendo que não continha os fundamentos que demonstrassem sua necessidade e, pelo contrário, parece que a ordem de detenção aos imigrantes em situação irregular ocorria de maneira automática depois da detenção inicial, sem considerar as circunstâncias individualizadas. Com isso, o Estado violou o artigo 7.3 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma.

Por conseguinte, a Corte passou a tratar dos recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção. Nesse momento, a Corte IDH observou que de acordo com artigo 86 do Decreto-Lei 16, todas as resoluções do Departamento de Migração do Ministério de Governo e Justiça se sujeitavam aos seguintes recursos administrativos: de reconsideração, perante o Diretor do Departamento de Migração; e o de apelação, perante o Ministro de Governo e Justiça. Já o artigo 7.6 da CADH é claro ao dispor que a autoridade que deve decidir a legalidade de prisão ou detenção deve ser um “juiz ou tribunal”. Dado que no presente caso a detenção foi ordenada por uma autoridade administrativa, o Tribunal considerou que a revisão por parte de um juiz ou tribunal é um requisito para garantir um adequado controle dos atos da administração que afetam direitos fundamentais. Com isso, a Corte considerou que tanto o Diretor Nacional de Migração, como o Ministro de Governo e Justiça, embora fossem competentes segundo a lei, não constituíam autoridade judicial, sendo assim, nenhum dos recursos disponíveis no âmbito nacional atendia às exigências do artigo 7.6 da CADH. Ainda, enquanto durou a detenção da vítima na Prisão Pública de La Palma, essa não teve acesso à Defensoria do Povo, pois na época dos fatos essa instituição não contava com escritórios na região de fronteira. Segundo informações, a Defensoria só teve conhecimento do caso entre maio e junho de 2003, em uma de suas visitas ao centro penitenciário La Joyita.

Assim, a Corte IDH frisou que a simples existência de recursos não é suficiente caso não se prove sua efetividade. Nesse caso, o Estado não demonstrou como, nas circunstâncias concretas em que se desenvolveu a detenção da vítima, esses recursos eram efetivos, levando em conta o fato de que era uma pessoa estrangeira que não contou com assistência jurídica, e sem o conhecimento das pessoas ou instituições que poderiam tê-la proporcionado. Assim, o Tribunal dispôs que o Estado violou o artigo 7.6 da CADH, em relação ao artigo 1.1, dado que não garantiu à vítima os recursos disponíveis para questionar a legalidade de sua detenção.

Em relação ao procedimento perante o Departamento Nacional de Migração e Naturalização entre 12 de novembro e 6 de dezembro de 2002, a Corte IDH passou a fazer

algumas considerações. Primeiramente, o Tribunal dispôs que o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório, com o que o Estado deve garantir que toda pessoa estrangeira, mesmo que seja um imigrante em situação irregular, tenha a possibilidade de fazer valer os seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. O procedimento que culminou no ato administrativo sancionatório que privou a vítima de liberdade, não apenas foi decidido sem que a parte fosse ouvida, como não oferecia a possibilidade de exercer o direito de defesa, de audiência ou do contraditório, como parte das garantias do devido processo legal, colocando o imigrante preso sob total arbítrio do poder sancionatório do Departamento Nacional de Migração. Diante disso, o Estado aceitou sua responsabilidade porque não houve comunicação formal escrita e detalhada à vítima, não se concedeu o tempo, os meios adequados de defesa e a assistência de um defensor, assim como não foi permitido o direito de defesa durante a tramitação do processo administrativo.

Nessa linha, a Corte IDH tem regulamentado que o direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo e não simplesmente objeto desse. Em procedimentos administrativos ou judiciais em que se possa adotar uma decisão que resulte na deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo. Em casos como o presente, em que a consequência do processo migratório pode ser uma privação de liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita é um imperativo do interesse da justiça. Portanto, a Corte IDH considerou que o fato de o Estado não ter possibilitado o direito de defesa perante a instância administrativa que determinou a aplicação da pena privativa de liberdade impactou em todo o processo, com o que o Estado violou o direito de ser ouvido, constante no artigo 8.1 da CADH, e o direito de contar com assistência jurídica, constante no artigo 8.2.d e 8.2.e, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento.

Outrossim, a Corte IDH passou a abordar o direito à informação e acesso efetivo à assistência consular. Nesse contexto, a Corte já se pronunciou sobre o direito à assistência consular em casos relativos à privação de liberdade de uma pessoa que não é nacional do país que a detém, com o que declarou que o direito do detido estrangeiro à informação sobre a assistência, disposto no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, é um direito individual e uma garantia mínima protegida dentro do SIDH.

O Tribunal observou que os imigrantes detidos em um meio social e jurídico diferente do seu, com um idioma muitas vezes desconhecido, experimentam uma condição de particular

vulnerabilidade, que o direito à informação a assistência consular busca remediar. Dos autos do presente caso, não se infere nenhum elemento probatório que demonstre que o Estado tenha notificado a vítima sobre esse direito. Quanto a isso, o sr. Vélez Loor declarou que durante o tempo em que esteve preso na prisão de La Palma foi entrevistado por funcionários de imigração, contudo, nunca teve conhecimento das gestões que o consulado equatoriano estava realizando em dezembro de 2002 em seu favor, assim como nunca soube como ocorria a deportação. A Corte observou que embora a vítima tenha se comunicado com funcionários consulares do Equador, o processo administrativo que se estendeu de 12 de novembro a 6 de dezembro de 2002, que resultou na privação de liberdade da vítima, não lhe ofereceu a possibilidade de exercer o direito de defesa, de audiência e contraditório. Em razão disso, a Corte IDH determinou que o Estado panamenho violou os artigos 7.4, 8.1 e 8.2.d da CADH em relação com o artigo 1.1 da mesma.

A privação de liberdade em aplicação do artigo 67 do Decreto-Lei 16/1960 foi outro ponto abordado pela Corte que, nessa seção, se pronunciou sobre a faculdade ou não dos Estados de estabelecer penas de caráter punitivo em relação ao descumprimento das leis migratórias, como a pena de dois anos de duração prevista no artigo 67 do referido Decreto, de modo a analisar se essa legislação era compatível com as exigências da CADH. Nesse âmbito, o artigo 7.2 da CADH estabelece que a privação de liberdade unicamente pode ocorrer com base nas causas e condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados ou pelas leis de acordo com ela aprovadas. No presente caso, a referida análise se relaciona com a compatibilidade de medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, sobretudo dos em condição irregular, com a CADH, com o que a Corte passou a verificar se no presente caso foram cumpridos os requisitos de estar disposta em lei, visar a um fim legítimo e ser idônea, necessária e proporcional.

Primeiramente, a Corte referiu que, em relação à possibilidade de estabelecer limitações ou restrições ao direito à liberdade pessoal, cumpre observar que diferente da CEDH, a CADH não estabelece explícita ou taxativamente as causas, casos ou circunstâncias que serão consideradas legítimas em uma sociedade democrática para habilitar uma medida privativa de liberdade. Quanto à finalidade legítima e a idoneidade da medida, a Corte IDH considerou que no presente caso, a finalidade de impor uma medida punitiva ao imigrante que reingressasse de maneira irregular no país após ordem de deportação prévia, não constitui uma finalidade legítima de acordo com a Convenção.

Em relação à necessidade da medida, o Tribunal dispôs que a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ter fins punitivos. Com isso, as medidas

privativas de liberdade apenas podem ser utilizadas quando for proporcional e necessário no caso específico e no menor tempo possível. Assim, o Estado deve dispor de um catálogo de medidas alternativas, ao passo que serão arbitrárias as políticas migratórias cujo foco central seja a detenção obrigatória dos imigrantes irregulares, sem que as autoridades verifiquem em cada caso, com avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar as medidas menos restritivas que sejam efetivas. Sendo assim, a Corte IDH considerou que o artigo 67 do Decreto 16 não visava uma finalidade legítima, assim como era desproporcional, posto que estabelecia uma sanção punitiva aos estrangeiros que eludissem uma ordem de deportação prévia e, com isso, dava lugar a detenções arbitrárias. O Estado violou, então, o artigo 7.3 em relação com o 1.1 da CADH.

Outro fator discutido pela Corte foi em relação a falta de notificação à vítima sobre a resolução 7.306/2002 que resultou na sua privação de liberdade. Isso porque o sr. Vélez Loor ficou em privação de liberdade por 10 meses, sem ter conhecimento acerca da referida resolução, o que foi reconhecido pelo Estado. O Tribunal considerou que a falta de notificação violou o artigo 8 da Convenção, sendo que colocou a vítima em um estado de incerteza a respeito de sua situação jurídica e tornou impraticável o exercício do direito de recorrer dessa sanção. Em razão disso, o Estado panamenho violou o artigo 8.2.h em relação com o 1.1 da CADH.

Além disso, a Corte tratou da ilegalidade do local de reclusão. A esse respeito, a Corte IDH considerou que a aplicação de uma pena ou sanção administrativa diferente materialmente da prevista em lei contraria o princípio de legalidade, pois se baseia em interpretações extensivas da lei penal. No caso em comento, considerou que a aplicação de uma sanção mais gravosa que a prevista no próprio dispositivo interno do Estado infringiu o princípio da legalidade e consequentemente descumpriu o artigo 9 da CADH, em relação com o 1.1.

Por conseguinte, em outro capítulo, o Tribunal passou a tratar do direito à integridade pessoal, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e obrigações dispostos na Convenção para Prevenir e Punir a Tortura. Nesse contexto, a Corte IDH frisou que conforme o artigo 5.1 e 5.2 da CADH, toda pessoa privada de liberdade tem direito de viver em condições de detenção compatíveis com a dignidade humana. Isso implica no dever de o Estado salvaguardar a saúde e o bem-estar dos reclusos, oferecendo-lhes assistência médica necessária.

No presente caso, na época da detenção da vítima existia apenas um albergue para imigrantes em todo o país, especificamente na cidade do Panamá, para abrigar imigrantes em situação irregular enquanto se analisava a deportação. Atualmente, o Panamá conta com dois albergues para imigrantes, na capital, razão pela qual as pessoas detidas em outras áreas, como

as fronteiriças, sejam imigrantes irregulares ou pessoas em busca de proteção internacional, são alojadas nos centros penitenciários das províncias ou nas delegacias de polícia, até que sejam trasladados aos referidos albergues. Com isso, ao ser detido na Província de Darién, a vítima foi trasladada, com outras quatro pessoas estrangeiras, à Prisão pública de La Palma, principal centro de reclusão da região.

O testemunho da vítima foi muito importante nesse contexto. Segundo alegado pelo sr. Vélez Loor, durante sua detenção também haviam detidos outros imigrantes, entre eles homens com os filhos e mulheres grávidas. Dentro das instalações, havia um quarto para as mulheres detidas, entretanto, era desprovido de segurança e de separação física. Em um primeiro momento, a vítima foi detida em uma cela com “os de bom comportamento” e idosos. Posteriormente, foi transferido para o Complexo Penitenciário La Joya-La Joyita, na seção destinada aos privados de liberdade estrangeiros, ambiente com superlotação. Diante disso, a Corte passou a tratar da questão sob a ótica de que as pessoas detidas por sua condição migratória irregular devem permanecer em lugares diferentes dos destinados aos acusados ou condenados por delitos penais.

Nesse momento, o Tribunal ressaltou a situação particular de vulnerabilidade dos imigrantes, a qual se vê aumentada quando, em decorrência de sua condição irregular, são privados de liberdade em centros penitenciários com pessoas punidas por práticas de crimes, fazendo com que os imigrantes sejam mais propensos a sofrer tratamentos abusivos. Assim, o Estado é obrigado a adotar medidas positivas, concretas e voltadas à garantia de que a situação da privação de liberdade não resulte em um risco maior de danos aos direitos humanos dos imigrantes.

Em relação às condições de detenção na prisão de La Palma e no centro penitenciário La Joyita, a Corte dispôs que, mesmo que o Estado tenha reconhecido parcialmente sua responsabilidade, restou controversia sobre as questões relacionadas ao fornecimento de água em La Joyita e ao atendimento médico prestado à vítima. A partir das provas dos autos, restou claro que durante uma visita de inspeção realizada pelo pessoal do Programa de Supervisão dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Defensoria do Povo do Panamá, em junho de 2003, um grupo de internos denunciou a falta de água potável por um período de 15 dias, ocasionando em casos de desidratação, diarreia e conjuntivite nos internos. Com isso, o Tribunal considerou que a ausência das condições mínimas que garantam o fornecimento de água potável constitui uma falta grave do Estado a seus deveres em relação às pessoas que se encontram sob sua custódia, assim como dispôs que o Estado tem o dever de proporcionar aos detidos revisão médica regular, com um médico que não tenha vínculos com as autoridades

penitenciárias ou de detenção, o que constitui fator importante contra a tortura e os maus-tratos, físicos ou mentais. A falta de atenção médica adequada poderia ser considerada como violação do artigo 5.1 e 5.2 da CADH.

A esse respeito, a Corte IDH observou que em março de 2003 o sr. Vélez Loor foi avaliado por apresentar dor de cabeça e náusea, resultado de uma fratura no crânio. Em outro momento, em abril de 2003, o médico determinou que a vítima apresentava um antecedente de fratura exposta de crânio, apresentando os mesmos sintomas referidos, sendo-lhe prescrita a realização de uma tomografia computadorizada cerebral, a qual não foi realizada devido ao custo.

A Corte determinou que, apesar dos recorrentes problemas de saúde apresentados⁸⁶ pela vítima e da necessidade do exame mencionado, esse não foi realizado e o sr. Vélez Loor não recebeu atenção médica adequada, o que pode ter tido consequências inclusive no seu estado de saúde atual, contrariando a obrigação de prestar atendimento digno. Assim, a Corte IDH reconheceu que as condições de detenção da prisão de La Palma e do centro La Joyita constituíram tratamentos cruéis, desumanos e degradantes contrários à dignidade do ser humano, configurando uma violação aos artigos 5.1 e 5.2 em relação ao 1.1 da CADH.

Diante dos fatos ocorridos, o Tribunal dispôs também sobre o dever de iniciar de ofício e imediato a investigação a respeito dos alegados atos de tortura. Ressaltou, assim, que de acordo com o artigo 1.1 da CADH, a obrigação de garantir os direitos previstos nos artigos 5.1 e 5.2 da mesma implica no dever de o Estado investigar possíveis atos de tortura. Essa obrigação é reforçada pelos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura. No caso em comento, as representantes declararam que desde o começo de sua detenção, a vítima foi maltratada por agentes estatais, assim como durante os 10 meses de detenção foi torturado em represália por reivindicar seus direitos. Inclusive, diante dos atos cometidos, em La Palma, o sr. Vélez Loor e outros imigrantes irregulares fizeram uma greve de fome para exigir sua imediata deportação, pelo que a vítima recebeu, como resposta, “uma pancada na espinha dorsal e uma paulada na cabeça com um pedaço de madeira” (p. 73).

Depois de ser deportado ao Equador, a vítima denunciou perante os organismos estatais ter sido objeto de atos de tortura e maus-tratos na prisão de La Palma e no centro La Joyita, dirigindo uma comunicação à Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional do

⁸⁶ Segundo o perito Flores Torrico, “tanto a dor de cabeça, a cefaleia, a visão distorcida, o lacrimejar que apresenta o senhor Vélez Loor, a vertigem e as náuseas podem perfeitamente relacionar-se com o golpe que recebeu na cabeça com um objeto contundente, que lhe causou uma ferida e uma cicatriz [...] na região frontoparietal direita”. (CORTE IDH, 2010, p. 70).

Equador e à Defensoria. A Corte constatou que em ambos escritos se deu notícia ao Panamá sobre as alegações de tortura, quando a vítima já não se encontrava no Estado. Cumpre observar, segundo o Tribunal, que a vítima costuma se abster de denunciar os atos de tortura ou maus-tratos, por temor, quando se encontra detida no local onde esses atos ocorreram. A Corte IDH ressaltou, assim, a necessidade de que se realizem inspeções periódicas nos centros de detenção, de modo a garantir a independência do pessoal médico e de saúde encarregado a prestar assistência aos detidos, com mecanismos efetivos e adequados. Na Convenção contra a Tortura, surgem dois pressupostos que acionam o dever estatal de investigar, quais sejam: quando se apresente uma denúncia; e quando exista razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura no âmbito de jurisdição de um Estado. A investigação desses atos constitui uma obrigação estatal imperativa decorrente do Direito Internacional, não podendo ser descartada. No presente caso, a Corte observou que as autoridades estatais não observaram os devidos cuidados, posto que as autoridades que tiveram conhecimento de tais denúncias não apresentaram essas às autoridades competentes a fim de iniciar imediatamente a investigação imparcial independente e minuciosa. Ao contrário, rebateram a veracidade dos atos denunciados sem uma investigação exaustiva, assim como o Estado negou que houvessem ocorrido os atos de tortura denunciados. A investigação só teve início em 10 de julho de 2009, após relatório emitido pela CIDH.

A Corte IDH concluiu que existem graves alegadas violações à integridade pessoal do sr. Vélez Loor que poderiam chegar a constituir tortura, as quais cabe aos tribunais internos investigar. Com isso, o Tribunal determinou que o Estado não iniciou a investigação, até julho de 2009, desse modo descumprindo o dever de garantia do direito à integridade pessoal reconhecido nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, em conexão com o artigo 1.1 da mesma, assim como as obrigações constantes nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura.

Por fim, a Corte IDH tratou das reparações, reconhecendo como parte lesada o sr. Vélez Loor, estabelecendo medidas de satisfação, reabilitação, obrigação de investigar e garantias de não repetição. Em âmbito de reabilitação, reconheceu a obrigação de o Estado panamenho oferecer tratamento médico e psicológico à vítima, no lugar em que essa resida, dispondo que o Estado deve dispor à vítima a quantia de US\$ 7.500,00 a título de tratamento e atendimento médico e psicológico especializado, medicamentos e outros gastos correlatos. Em sede de satisfação, determinou a publicação da sentença no Diário Oficial do Panamá, em um jornal de ampla circulação no Panamá e no Equador, assim como em um *sítio web* oficial, disponível por um ano. Quanto à obrigação de investigar, levando em conta que desde 10 de julho de 2009 vem-se realizando uma investigação, a Corte dispôs que o Estado deve continuar a conduzir

com a maior diligência e de forma eficaz, dentro de um prazo razoável, a investigação penal iniciada pelos fatos comunicados pela vítima. Por fim, em relação às garantias de não repetição, o Tribunal ordenou que fossem adotadas medidas para garantir a separação das pessoas detidas por razões migratórias das detidas por delitos penais, a partir de estabelecimentos que sejam adequados para esse fim, os quais devem oferecer as condições materiais e um regime apropriado aos imigrantes, dispondo de pessoal civil e devidamente qualificado, contando também com uma informação visível em vários idiomas sobre a condição legal dos detidos, fichas com nomes e telefones dos consulados, assessores jurídicos e organizações a que esses imigrantes possam recorrer; medidas de capacitação para funcionários estatais, posto que as violações dos direitos da vítima se caracterizaram pela ação ou omissão de funcionários do então Departamento Nacional de Migração e Naturalização e do Sistema Penitenciário Nacional, com o que o Estado deve executar um programa de formação e capacitação quanto às normas internacionais de direitos humanos dos imigrantes, fazendo especial menção à sentença do presente caso; implementação de programas de capacitação sobre a obrigação de iniciar investigações de ofício sempre que exista denúncia ou razão fundamentada para supor que se cometeu um ato de tortura; medidas para assegurar que a legislação interna em matéria migratória seja compatível com a CADH, situação em que a Corte tomou nota que o Panamá havia introduzido modificações em sua legislação durante o tempo em que o presente caso esteve no SIDH, ao passo que revogou o Decreto-Lei 16/1960, eliminando a possibilidade de sanções de natureza punitiva aos imigrantes que ingressarem no Estado violando ordens de deportação anteriores.

Quanto às indenizações devidas, tem-se as de cunho material, em que o Estado foi condenado a pagar a quantia de US\$ 2.500,00 a título de indenização pelas receitas que deixou de receber durante o tempo em que esteve detido, em violação ao artigo 7 da CADH, a quantia de US\$ 5.000,00 a título de reembolso pelas despesas jurídicas e outras decorrentes. Quanto aos danos imateriais, a Corte IDH considerou que a vítima foi exposta a condições de detenção cruéis, desumanas e degradantes, causando-lhe intensas dores corporais, sofrimentos e perdas emocionais, assim como consequências físicas e psicológicas que perduram, motivo pelo qual ordenou o pagamento de US\$ 20.000,00 a título de dano imaterial e, por fim, determinou o reembolso de US\$ 24.000,00 diretamente ao CEJIL.

Quanto a supervisão do cumprimento da sentença, tem-se a Resolução da Corte IDH de 13 de fevereiro de 2013 (CORTE IDH, 2013). A partir dessa Resolução, constatou-se que o Estado panamenho cumpriu com as obrigações tão somente de cunho pecuniário e de publicação da sentença. Em relação à recomendação de investigação sobre os atos de tortura

denunciados, tem-se que o Estado não cumpriu com essa obrigação, pois apesar de ter indicado que iniciou com as investigações, pelas informações dispostas a Corte entendeu que as investigações foram mínimas e não tiveram avanços significativos. Já sobre a recomendação de adotar as medidas necessárias para dispor de estabelecimentos com capacidade suficiente para abrigar imigrantes, a Corte dispôs que a informação prestada pelo Estado indica que seguiu existindo somente dois albergues, os quais se encontram na cidade do Panamá e, sendo assim, nada foi informado sobre a situação dos imigrantes que se encontram em outras áreas, como as fronteiriças. Do mesmo modo, não se teve informações suficientes e provas sobre a capacitação dos funcionários que trabalham nessa área, em relação aos *standards* internacionais de direitos humanos de imigrantes e também não foram prestadas informações suficientes acerca da obrigação de prestar capacitação sobre a necessidade de iniciar imediatamente investigação dos casos de tortura.

2.2.2.1 Resolução da Presidência da Corte IDH de 26 de maio de 2020: Adoção de medidas urgentes no caso Vélez Loor vs. Panamá

Em âmbito de urgência, as representantes do presente caso submeteram à Corte IDH a solicitação de medidas urgentes, com o objetivo de que o Tribunal requeresse ao Panamá que adotasse medidas de proteção a favor dos imigrantes que estavam detidos no centro La Peñita na região de Darién, a fim de evitar danos irreparáveis em relação ao direito a vida, saúde e integridade pessoal, no contexto da atual crise sanitária do Covid-19. Isso porque desde o final de 2019 o mundo foi surpreendido pela propagação de um vírus altamente contagioso, denominado Covid-19 ou Coronavírus e definido como pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A partir da Resolução da Presidenta da Corte IDH, de 26 de maio de 2020 (CORTE IDH, 2020), abordar-se-á os principais fatores apontados.

Conforme o artigo 63.2 da CADH, em casos de extrema gravidade e urgência, ou quando seja necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte poderá tomar as medidas urgentes que considere pertinentes. Ainda, de acordo com o artigo 27.3 do Regulamento do Tribunal, em casos contenciosos submetidos à Corte, as vítimas ou seus representantes poderão apresentar diretamente ao Tribunal a solicitação de medidas urgentes, desde que tenha uma relação com o caso contencioso. O artigo 27.6 do mesmo Regulamento estabelece que se a Corte não estiver reunida, a Presidência poderá requerer ao Estado que adote as medidas necessárias. Na presente medida de urgência, as representantes solicitaram a proteção em relação ao direito a vida, saúde e integridade pessoal, devido as condições do centro em que os

imigrantes se encontram, dispondo que os fatores de risco dessa solicitação têm uma relação com a sentença do caso *Vélez Loor vs. Panamá*, posto que há grave situação de superlotação e de detenção dos imigrantes sem uma análise individualizada e que respeite a necessidade e proporcionalidade, constituindo uma transgressão às medidas ordenadas na sentença do caso contencioso.

Nesse sentido, essa solicitação foi fundamentada pelo descumprimento do Estado de uma das medidas estabelecidas na sentença, sendo que há uma grande deterioração no centro La Peñita, principal centro destinado ao alojamento dos imigrantes em Darién, gerando um risco grave e urgente de que se produzam danos irreparáveis aos direitos a vida, saúde e integridade dos imigrantes que permanecem no local, considerando a pandemia do Covid-19. Em resposta, o Estado alegou que adotou medidas de prevenção e contingência, tais como o fechamento de fronteiras, limitação do direito a circulação, quarentena e controle epidemiológico em zonas com rápido aumento de casos positivos, com o que se inclui a região de Darién. O Estado panamenho afirmou, ainda, que essas medidas implicaram a suspensão da Operação Fluxo Controlado, por meio da qual as autoridades trasladavam diariamente 100 pessoas de La Peñita a outra estação de atenção humanitária no norte do Panamá.

Em relação aos riscos que justificariam a adoção de medidas urgentes, as representantes abordaram quatro questões, expostas a seguir. Primeiramente, foi abordada a problemática das detenções automáticas e arbitrárias que, devido a pandemia, se converteram em detenções indefinidas. Nesse contexto as representantes indicaram que o Serviço Nacional de Fronteiras (SENAFRONT), aplica uma política de detenção automática e arbitrária em La Peñita, aos imigrantes que ingressam ao Estado pela selva de Darién. Referiram, assim, que essas detenções carecem de uma análise individualizada de sua necessidade e proporcionalidade, sendo que se realizam sem a participação de um juiz ou outra autoridade competente para emitir uma ordem de detenção ou liberação. Com isso, não existe a opção de implementar medidas alternativas menos privativas de liberdade e não se estabelece um prazo de detenção, ao passo que as medidas adotadas pelo Estado, de restrição de circulação e fechamento de fronteiras, exacerbaram a situação de privação de liberdade, de modo que as situações de detenção, que antes duravam semanas ou meses, no momento se converteram em detenções com prazo máximo indefinido.

O segundo ponto levantado pelas representantes foi sobre as condições inadequadas para prevenir o contágio do Covid-19. Há, nesse sentido, uma preocupação sobre a situação de superlotação existente em La Peñita, aprofundada pela crise sanitária, a qual impede a adoção de medidas de distanciamento social e higiene recomendadas pela OMS para evitar a

propagação do vírus. Em meados de 2019, foi constatada a falta de ventilação, graves carências de higiene, falta de duchas, pouco acesso aos produtos de uso pessoal, insuficiente acesso à água potável e alimentos, falta de informação e orientação e falta de separação de grupos com vulnerabilidades específicas. De fato, segundo informe da Organização Internacional para as Migrações (OIM) mencionado pela Corte, o estabelecimento La Peñita tem capacidade para abrigar 200 pessoas, entretanto, havia 1.766 pessoas à época, refletindo em um aumento de 738% e causando a superlotação. Já conforme escrito do Estado panamenho, no cenário da pandemia há 1.694 imigrantes em La Peñita, dos quais a maioria são de origem haitiana, 467 são menores de idade (245 meninos e 222 meninas), 66 mulheres grávidas, enquanto em Laja Blanca há 130 imigrantes, incluindo crianças (23 meninos e 15 meninas).

Em um terceiro momento, foi disposto que no local não há atenção médica primária para os imigrantes que ali se abrigam e, mesmo que haja uma ambulância perto do local, essa não conta com medicamento ou instrumentos de diagnóstico e tratamento de enfermidades, nem de remédios para aliviar infecções ou tratar os sintomas da doença. Devido as circunstâncias atuais da pandemia, detectaram também um aumento da ansiedade das pessoas detidas, sendo que os pedidos de traslado dos imigrantes a um centro de saúde são em muitos casos negados.

Por fim, o quarto fator apontado diz respeito a falta de medidas de resposta e prevenção ao Covid-19 em La Peñita. As representantes alegaram que o Estado não torna público os dados sobre o contágio de imigrantes, no entanto, de acordo com dados difundidos pelos meios de comunicação, a Defensoria do Povo do Panamá e organizações internacionais confirmaram casos positivos de Covid-19 em imigrantes e funcionários que trabalham no local. Nessa linha, explicaram que para abrigar as pessoas que testaram positivo e as que tem suspeita de ter contraído o vírus, foi habilitada a Estação de Lajas Blancas, mas não foram tomadas medidas para aliviar a superlotação e permitir que os imigrantes detidos pudessem evitar o contato com outras pessoas e implementar práticas de higiene. Ao contrário, nesse local é a população imigrante que tem trabalhado na limpeza das instalações, posto que há falta de funcionários para tanto.

Por conseguinte, nas considerações da Presidenta da Corte IDH, considerando que a Corte não estava reunida no momento da presente solicitação, foram frisados alguns pontos principais. A Presidenta dispôs que a situação descrita na solicitação poderia ensejar uma intervenção imediata a favor de um grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade, como são os imigrantes, vulnerabilidade que se vê aumentada pela pandemia e, conseqüentemente, requer particular proteção do Estado. Ela frisou que conforme declaração da Corte IDH sobre a atual

crise sanitária e os direitos humanos, os problemas e desafios devem ser abordados sob a perspectiva dos direitos humanos e respeitando as obrigações internacionais.

Quanto aos requisitos da medida de urgência, a Presidenta teceu algumas considerações. Primeiro, em relação a extrema gravidade, a Corte destacou que os imigrantes a quem se solicita proteção são pessoas que se encontram transitando pelo território panamenho e, mesmo que em atenção a crise sanitária também lhes apliquem restrições de direitos que sejam legítimas, as condições que os imigrantes têm sido expostos tanto em Laja Blanca como em La Peñita são de superlotação, favorecendo a contaminação pelo Covid-19. Essas condições refletem na gravidade do caso, posto que podem ocasionar danos irreparáveis a vida e integridade física das pessoas ali detidas por questões migratórias.

Sobre as alegações do Estado panamenho, a Presidenta da Corte referiu que reconhece o esforço e as ações empreendidas no marco da pandemia, a fim de minimizar os impactos negativos, assim como pela afirmação do Estado de que está seguindo as recomendações estabelecidas pela OMS. Contudo, afirmou que não pôde deixar de notar que essas afirmações do Estado são muito gerais, não esclarecendo se as graves condições descritas pelas representantes foram superadas, assim como não se explicou como os *standards* da OMS têm sido cumpridos, considerando o nível de superlotação dos ambientes. Dito isso, não é possível compreender como pode-se garantir uma ventilação e distanciamento adequados nesses locais, medidas imprescindíveis para evitar a propagação do vírus.

Deste modo, o requisito de urgência também foi constatado, posto que em 12 de maio de 2020 o Estado afirmou ter detectado 58 casos positivos entre imigrantes e funcionários. Todas essas condições que impedem as medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia fazem com que seja necessária a adoção de medidas imediatas. Ademais, tampouco ficou claro se o Estado identificou os imigrantes com fatores de risco que podem causar maiores complicações ou acentuar a vulnerabilidade, como em relação às grávidas.

O requisito de irreparabilidade do dano ficou constatado devido a situação de extrema gravidade e urgência dos imigrantes detidos em ambos locais, dos quais se constataram condições que podem causar consequências irreparáveis ao direito à vida, saúde e integridade pessoal. Seguindo, a Presidenta da Corte IDH estimou pertinente definir alguns requerimentos mínimos, conforme as recomendações disponíveis atualmente para implementação de medidas necessárias para garantir os direitos humanos das pessoas que se encontrem nas estações de recepção migratória no contexto da pandemia.

As medidas definidas pela Corte IDH foram as seguintes: reduzir a superlotação ao nível mais baixo possível, de forma que se possam respeitar as medidas de distanciamento social e

tendo em conta as pessoas do grupo de risco; determinar, quando possível, opções de acolhida familiar ou comunitária para as crianças e adolescentes imigrantes não acompanhados, assim como para aqueles que estejam junto com seus familiares, preservando a unidade familiar; garantir o respeito ao princípio de não devolução a todos estrangeiros, quando sua vida, segurança ou integridade pessoal esteja em risco; adotar medidas para prevenir o risco de violência e, em particular, aquela de caráter sexual, a que estão expostas as mulheres e crianças imigrantes; estabelecer protocolos ou planos de atuação para a prevenção do contágio de Covid-19 e em atenção aos imigrantes infectados, de acordo com as recomendações da OMS; assegurar-se de realizar controles de saúde de cada pessoa que ingresse nos estabelecimentos, verificando se tem febre ou demais sintomas; realizar exames em todos os casos considerados suspeitos e adotar as medidas de atenção médica, quarentena e isolamento necessárias; conceder aos imigrantes acesso gratuito e sem discriminação aos serviços de saúde, incluindo os necessários para enfrentar o Covid-19, garantindo uma prestação médica de qualidade e eficaz, assim como são as concedidas aos nacionais; proporcionar às mulheres grávidas acesso gratuito aos serviços de atenção em saúde sexual e reprodutiva, assim como aos serviços de maternidade, facilitando o acesso à saúde adequados às crianças; adotar medidas que sejam necessárias para superar as barreiras legais, de idioma e culturais que dificultem o acesso à saúde e informação; adotar medidas para assegurar ventilação natural, limpeza, desinfecção e colheita de resíduos para evitar que o vírus se propague; continuar com o fornecimento gratuito de máscaras, álcool gel, luvas, toalhas descartáveis, papel higiênico, sacos de lixo, entre outros elementos; promover mediante as informações necessárias, as medidas de higiene pessoal recomendadas pela OMS, tais como a higienização regular das mãos e do corpo com água e sabão para prevenir a transmissão do vírus e de outras enfermidades infecciosas; prover alimentação suficiente e água potável para consumo pessoal, com especial consideração aos requerimentos nutricionais pré e pós natal; possibilitar o acesso aos serviços de saúde mental para os imigrantes que requererem, tendo em conta a ansiedade e outras patologias que podem ocorrer em decorrência do temor ao Covid-19; garantir o acesso às estações de recepção migratória, da Defensoria do Povo e de outros mecanismos independentes de monitoramento, assim como das organizações internacionais e da sociedade civil; evitar que as medidas adotadas promovam xenofobia, racismo e qualquer outra forma de discriminação (p. 12-15).

Por fim, a Presidenta da Corte IDH resolveu: requerer ao Estado do Panamá que adote todas as medidas adequadas para proteger efetivamente os direitos à saúde, integridade pessoal e vida dos imigrantes que se encontram no centro La Peñita e Laja Blanca em Darién; requerer ao Panamá que assegure, de forma imediata e efetiva, o acesso aos serviços de saúde essenciais

sem discriminação a todas as pessoas que se encontrem nas referidas localidades, incluindo detecção precoce do Covid-19; requerer ao Estado que apresente um informe completo e detalhado sobre o cumprimento do disposto nos pontos da presente Resolução; requerer às representantes que apresentem suas observações; e dispor que a Secretaria da Corte notifique o Estado, as representantes da vítima e a CIDH sobre a presente Resolução.

2.2.3 Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana: Vidas (des)consideradas

O terceiro caso observado é o Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, cuja sentença é datada de 24 de outubro de 2012, a qual servirá como base das questões dispostas a seguir. (CORTE IDH, 2012). Em fevereiro de 2011, a CIDH submeteu à Corte IDH o presente caso, que diz respeito sobretudo ao uso excessivo de força militar contra um grupo de imigrantes haitianos, em que alguns foram mortos, outros feridos, detidos e expulsos do país. A Corte reconheceu como vítimas Joseph Pierre, Selafoi Pierre, Sylvie Felizor, Roland Israel, Rose Marie Dol, Josué Maxime, Michel François, Rose-Marie Petit-Homme/Estilien, Sonide nora, Alphonse Oremis, Renaud Timat, Honorio Winique, Joseph Devraïne e Noclair Florvilien, totalizando 14 imigrantes sobreviventes, além de 7 falecidos e 51 familiares desses. Os representantes das vítimas foram o “Grupo de Apoyo a los Repatriados y Refugiados”, o “Centro Cultural Dominicano Haitiano (CCDH)” e a “Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos da Universidade de Quebec”.

Quanto aos fatos do presente caso, em 17 de junho de 2000, um grupo de haitianos chegou ao território dominicano, na região de Santa María, onde foram recebidos por um dominicano, do qual não sabem os dados e em cuja casa passaram a noite e receberam comida. Na madrugada de 18 de junho, um caminhão amarelo, conduzido pelo sr. Félix Antonio Nuñez Peña, acompanhado pelo sr. Máximo Rubén de Jesús Espinal, ambos dominicanos, iniciou o trajeto à cidade de Santiago de los Caballeros, transportando aproximadamente 30 haitianos, entre esses um menor de idade, Roland Israel e uma mulher grávida, Sylvie Felizor, os quais encontravam-se na parte traseira do caminhão cobertos por uma lona. Ao passar por um posto de controle, os militares sinalizaram para que o caminhão parasse, entretanto, esse tomou um desvio e continuou o caminho. A partir disso, quatro militares embarcaram em seu carro e iniciaram a perseguição, sendo que depois de um tempo alcançaram o caminhão e realizaram vários disparos, com as armas de serviço e um fuzil, os quais impactaram a porta traseira e a cabine do caminhão. Durante o ocorrido, Máximo Rubén foi morto. Após percorrer o caminho por mais um tempo, o caminhão acabou capotando e o carro da patrulha se chocou com ele. Ao

verem que várias pessoas começaram a fugir, os militares efetuaram diversos disparos. Em decorrência dos disparos, perderam a vida Fritz Alce, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema, Pardis Fortiluse e Roselene Thermeus. Com a capotagem do caminhão, faleceu Jacqueline Maxime. Alguns imigrantes que foram levados ao hospital relataram que o atendimento foi escasso ou nulo.

Após o ocorrido, algumas pessoas foram detidas e levadas ao Destacamento Operativo de Inteligência Fronteiriça e horas mais tarde a um quartel militar. Nesse quartel, agentes ameaçaram obrigar os imigrantes a trabalhar no campo ou lhes propuseram que dessem dinheiro em troca de levar-lhes à fronteira com o Haiti. Diante disso, os imigrantes juntaram dinheiro e foram levados ao Haiti. Conforme informações das vítimas, essas não foram postas oficialmente sob detenção, não foram informadas de que haviam feito algo proibido ou ilegal, não foi permitido o contato com advogado ou com a embaixada haitiana ou qualquer outra pessoa.

Ao analisar o presente caso, a Corte IDH passou a tratar dos seguintes direitos violados: direitos à vida e integridade pessoal em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e o dever de adotar disposições de direito interno; direitos à liberdade pessoal, livre circulação e às garantias judiciais; direitos às garantias judiciais e proteção judicial; dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação.

Primeiramente, a Corte tratou dos direitos à vida e integridade pessoal. Nesse sentido, a Corte IDH dispôs que na análise do uso da força por parte de agentes do Estado deve-se levar em conta três momentos: as ações preventivas; as ações durante os fatos; e as ações posteriores aos fatos. Quanto às ações preventivas, a Corte constatou que não havia, no momento dos fatos, uma legislação na República Dominicana que tratasse dos parâmetros para o uso da força por parte dos agentes do Estado, sobretudo, ao que interessa no presente caso, pelos agentes da Polícia e do Exército que estavam exercendo funções de controle migratório na fronteira. Diante disso, a Corte IDH estabeleceu que existe um dever de o Estado adequar sua legislação nacional e vigiar os seus agentes para que respeitem o direito à vida. Além disso, o Estado deve capacitar seus agentes a fim de que conheçam as disposições legais acerca do uso de arma e, diante das infrações administrativas, como as migratórias, o Estado deve assegurar uma capacitação apropriada a enfrentar a situação considerando a vulnerabilidade dos imigrantes. Com isso, o Estado não cumpriu com sua obrigação de garantir os direitos à vida e integridade pessoal através de uma legislação adequada ao uso da força, tampouco demonstrou ter ofertado capacitação aos agentes estatais.

No que tange às ações durante o acontecimento dos fatos, a Corte abordou a legalidade, necessidade e proporcionalidade. Nesse sentido, a Corte observou que quando necessário o uso

da força, este deve realizar-se em respeito aos princípios da legalidade, absoluta necessidade e proporcionalidade. No presente caso, destacou o Tribunal que, apesar de o caminhão não ter atendido o sinal da autoridade de parar, gerando uma perseguição, em nenhum momento existiu agressão ou ataque por parte das pessoas que nele se encontravam, com o que os agentes agiram de maneira indiscriminada, com armas de alto calibre, causando mortes e ferimentos. Sendo assim, o Estado deveria ter agido com o emprego de meios menos lesivos para obter o controle de trânsito, como por meio da instalação de controles de trânsito, barricadas, redutores de velocidade, etc. Pelos fatos e provas dos autos, tem-se que o mesmo caminhão já havia sido detido em momento anterior, meses antes dos fatos, transportando 50 imigrantes indocumentados. Em conclusão, a Corte IDH entendeu que não se demonstrou a legalidade nem a absoluta necessidade que motivou o uso da força letal durante a perseguição, assim como nota-se que, no contexto de discriminação contra imigrantes, o uso excessivo da força, no presente caso, demonstrou a falta de implementação de medidas razoáveis e adequadas para lidar com essa situação. Isso tudo se caracteriza, segundo a Corte, em uma privação arbitrária da vida.

A partir das provas, pode-se verificar também que os agentes do Estado dispararam contra pessoas que fugiram tentando salvar suas vidas após a capotagem do caminhão. A Corte considerou que no caso em comento, da atuação do Estado em relação às pessoas que corriam, verifica-se o cometimento de execuções extrajudiciais, derivadas do emprego deliberado do uso de armas letais dirigidas a privá-las da vida, especialmente diante de sua condição de vulnerabilidade, posto que em momento algum os imigrantes representaram uma ameaça. Assim, o Tribunal concluiu que em virtude do uso ilegítimo, desnecessário e desproporcional da força, ao menos cinco sobreviventes foram feridos por projéteis de armas de fogo, outros cinco foram feridos pelo acidente e, segundo laudos médicos, essas pessoas sofreram violações à sua integridade psicofísica, fatos que permaneceram impunes. Com isso, a Corte IDH considerou o Estado responsável pela violação do dever de respeitar o direito à integridade pessoal, disposto no artigo 5.1⁸⁷ da CADH, em relação ao artigo 1.1⁸⁸ da mesma.

As ações posteriores aos fatos são observadas a partir da devida diligência e humanidade em relação ao dever de garantia do direito à vida e à integridade pessoal. Dos fatos do caso, a

⁸⁷ Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. (CADH, 1969).

⁸⁸ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CADH, 1969)

Corte constatou que em um comunicado da Secretaria das Forças Armadas, emitido logo após o incidente, foi anunciado que os militares atuaram em cumprimento do dever de vigiar e proteger seu território. Segundo informações prestadas por uma testemunha, jornalista que esteve presente no lugar dos fatos, esse não foi o primeiro caso entre imigrantes e as forças dominicanas, os quais acontecem em grande número. Essa testemunha comentou sobre o fato de que o chefe dos agentes deu ordens aos imigrantes sobreviventes para carregar os corpos dos que haviam morrido ou estavam feridos, em que esses foram colocados nas ambulâncias como se fossem objetos sem importar a gravidade dos ferimentos, além de que os militares tinham uma atitude intimidante e repressiva em relação às vítimas, tentando ocultar o acidente e negando o tiroteio. Em casos de privações coletivas da vida, a Corte considera que não são necessárias provas para demonstrar as graves consequências à integridade psíquica dos familiares das vítimas executadas, considerando violados o direito à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas executadas pelo sofrimento e angústia adicionais que estes sofreram por causa das ações ou omissões posteriores aos fatos, devido à ausência de recursos efetivos e à impunidade prolongada do caso, com o que foi violado o artigo 5.1 da CADH.

Em relação ao tratamento conferido aos sobreviventes, constatou-se que depois da perseguição e capotagem, os agentes exigiram que os sobreviventes levantassem o caminhão, retirassem e separassem os mortos e feridos, colocando-os na ambulância. De acordo com o presente caso, a Corte advertiu que a atenção médica, em casos de emergência, deve ser oferecida aos imigrantes em situação irregular a todo momento, proporcionando atenção sanitária integral e levando em conta as necessidades dos grupos vulneráveis, sem discriminação. Do conteúdo probatório do presente caso, verifica-se que não houve um controle do registro de ingresso e de alta dos imigrantes no hospital, com o que alguns imigrantes saíram por conta própria, constatando-se a falta de atenção médica às vítimas, a omissão de diagnóstico sobre sua situação e prescrição de tratamento, com caráter omissão na atenção que deveria ter sido oferecida, além de que nenhuma proteção especial foi oferecida ao menor de idade e a mulher grávida.

No que se refere aos corpos das vítimas falecidas, esses foram enterrados, pelos próprios sobreviventes – momento em que Vivandieu Dorzema, irmão de Nadege Dorzema, teve que cavar a fossa e enterrá-la, com grande angústia, conforme exposto por ele –, em uma fossa comum, com exceção apenas do nacional dominicano. A esse respeito, o Tribunal compreendeu que o direito dos familiares das vítimas de saber onde se encontram os restos de seus entes queridos constitui, além de uma exigência do direito de conhecer a verdade, uma medida de reparação e, sendo assim, faz nascer o dever correlato para o Estado de satisfazer essas justas

expectativas. Definiu-se, assim e segundo a Corte IDH, que o tratamento dado aos corpos dos falecidos, sem sua identificação e sem entrega aos familiares, manifesta um tratamento degradante, em violação ao artigo 5.1 em relação ao 1.1 da CADH.

Em título seguinte, a Corte IDH passou a tratar dos direitos à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à livre circulação. Do direito à liberdade pessoal, a Corte dispôs que em razão da detenção ter sido realizada dentro do território dominicano e não no ingresso através da fronteira, momento em que se poderia, em princípio, reter os imigrantes para identificação, a análise foi realizada à luz dos requisitos de excepcionalidade do artigo 7⁸⁹ da CADH, e não como uma privação de liberdade por razões de verificação de identidade e/ou controle fronteiriço. Nesse sentido, a Corte considerou que no que concerne à obrigação geral, qualquer violação dos incisos 2 a 7 do artigo 7 da CADH acarretará necessariamente a violação do 7.1 da mesma.

Nesse cenário, o Tribunal destacou a necessidade de garantir certos padrões mínimos nos centros de detenção policial, em particular, de que exista um registro de detidos a fim de que seja possível controlar a legalidade das detenções. No presente caso, nota-se que as autoridades não respeitaram essa obrigação, em violação ao artigo 7.2 da CADH. Quanto ao artigo 7.4 e diante dos fatos, em nenhum momento as vítimas foram informadas sobre as razões e motivos da privação de liberdade, de forma verbal ou escrita, configurando, portanto, violação aos artigos 7.2 e 7.4 da CADH. A arbitrariedade da detenção a que se refere o artigo 7.3 também foi constatada, posto que a Corte identificou que as autoridades não mantiveram os detidos com a intenção de apresentá-los perante um juiz ou outro funcionário competente para exercer funções judiciais, ou com objetivo de apresentar acusações de acordo com a normativa interna. Assim, o Tribunal considerou que as detenções não foram levadas a cabo com a finalidade de realizar um procedimento capaz de determinar as circunstâncias e o *status* jurídico dos detidos,

⁸⁹ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas; 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários; 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela; 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo; 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa; 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (CADH, 1969).

ou mesmo de realizar um procedimento migratório formal com vistas à sua deportação ou expulsão, em violação ao referido artigo da CADH. Ao mesmo tempo, foi violado o artigo 7.5 e a própria legislação interna dominicana, pois as detenções tiveram um período inferior às 48 horas exigidas constitucionalmente, assim como os imigrantes não foram postos em liberdade no território dominicano, mas foram expulsos pelos militares dominicanos. O artigo 7.6 dispõe sobre os recursos e, nesse âmbito, a Corte destacou que, em vista da expulsão acelerada dos imigrantes, esses não tiveram oportunidade de acionar um recurso adequado e, conseqüentemente, o Estado violou também o artigo 7.6 da CADH.

Por conseguinte, tem-se as alegações em torno da liberdade de circulação, expulsão coletiva e direito às garantias judiciais. Primeiramente, a Corte IDH dispôs que os imigrantes indocumentados em situação irregular são identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade, sendo que são mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos e sofrem, diante disso, um nível elevado de desproteção. Nesse ambiente de vulnerabilidade, destaca-se que as violações de direitos humanos cometidas contra os imigrantes permanecem muitas vezes na impunidade, devido à existência de fatores culturais que justificam esses fatos, à falta de acesso às estruturas de poder em uma sociedade determinada e a impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusório o efetivo acesso à justiça. Portanto, quando o Estado estabelece sua política migratória, deve ter plena observância da proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, constante no artigo 22.9⁹⁰ da CADH.

Em matéria de devido processo em casos de deportação ou expulsão, a Corte considerou que o devido processo deve ser garantido a toda pessoa, independente do *status* migratório, sem discriminação alguma, com o objetivo de que os imigrantes possam fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva. Considerando que os imigrantes necessitam de especial proteção, garantias mínimas ao estrangeiro sujeito a expulsão ou deportação devem ser tomadas. Nessa ótica, a Corte estabeleceu que para garantir os direitos do devido processo da pessoa estrangeira detida, ao menos três elementos devem ser assegurados: o direito a ser notificado sobre seus direitos, segundo a Convenção de Viena, o que deve ocorrer em conjunto com suas obrigações, de acordo com o artigo 7.4 da Convenção; o direito de acesso efetivo à comunicação com o funcionário consular; e o direito à própria assistência.

A expulsão coletiva encontra-se expressa no artigo 22.9 da CADH. No marco do SIDH, a Corte considera que o caráter coletivo de uma expulsão implica uma decisão que não desenvolve uma análise objetiva das circunstâncias individuais de cada imigrante, recaindo em

⁹⁰ Artigo 22. Direito de circulação e de residência: 9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros. (CADH, 1969)

arbitrariedade. Assim, o processo que possa resultar na expulsão deve ser individual e não deve discriminar os envolvidos pela nacionalidade, cor, raça, sexo, idioma, religião, opinião política, origem social ou outro *status*. Disso tudo, decorre que a expulsão coletiva dos imigrantes haitianos não seguiu os padrões internacionais, posto que não foram concedidas aos imigrantes nenhuma das garantias mínimas que lhes eram de direito enquanto estrangeiros. Deste modo, a Corte IDH dispôs que a República Dominicana violou o devido processo e as garantias judiciais, previstos no artigo 8.1⁹¹ e 22.9 em relação ao 1.1 da CADH.

No contexto do direito às garantias judiciais e proteção judicial, o Tribunal compreende que a obrigação de investigar os fatos que constituem violações de direitos humanos faz parte das obrigações derivadas do dever de garantir os direitos consagrados na CADH. Esse dever abrange prevenir razoavelmente as violações e investigar seriamente as que se tenham cometido. Ao tratar da questão, a Corte IDH elucidou que em um Estado democrático de direito, a justiça penal militar deve ser restritiva e excepcional, de maneira que se aplique unicamente na proteção de bens jurídicos especiais e que tenham sido violados por membros das forças militares no exercício de suas funções. Já foi consagrado na jurisprudência da Corte que a jurisdição militar – a qual não satisfaz os requisitos de imparcialidade e independência da CADH – não é o foro competente para investigar, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, cabendo à justiça ordinária.

No presente caso, as privações arbitrárias da vida, os ferimentos dos sobreviventes e as execuções extrajudiciais cometidas por militares dominicanos são atos que não possuem, de modo algum, relação com a disciplina ou missão militar. Ao contrário, a aplicação de fundamentos improcedentes na decisão do Conselho de Guerra de Apelação resultou na retirada dos supostos responsáveis da ação da justiça e deixou os fatos do caso na impunidade. Com isso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 8.1 e 25.1⁹² em relação ao 1.1 da CADH.

Da mesma forma tem-se a impunidade dos infratores e a questão do acesso à justiça, em que a partir do artigo 8 da CADH, as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidos e atuar nos respectivos

⁹¹ Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969).

⁹² Artigo 25. Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (CADH, 1969).

processos, tanto buscando esclarecimentos e reconhecimento dos responsáveis, como por uma devida reparação. Dos fatos do caso, observa-se que tanto o Juízo de Instrução do Distrito Judicial de Montecristi como a Suprema Corte de Justiça rejeitaram os recursos interpostos pelos familiares das vítimas falecidas para que o caso fosse investigado pela jurisdição ordinária. Assim, a Corte IDH destacou que o procedimento penal militar não permitia a participação de familiares das vítimas. Além disso, os ferimentos causados aos sobreviventes não foram investigados ou julgados pelo Estado passados mais de 12 anos de ocorridos os fatos, em que nenhuma pessoa foi condenada. Tudo isso privou os familiares e os sobreviventes do acesso à justiça, às garantias e proteção judicial, violando os artigos 8.1 e 25.1 em relação ao 1.1 da CADH.

Sobre o dever de adotar disposições de direito interno, a Corte IDH estabeleceu que não basta que a legislação interna determine as causas e competências dos tribunais militares, mas, além disso, a legislação deve definir claramente quem são militares, quais são as condutas delitivas típicas no âmbito militar, determinar a antijuridicidade da conduta ilícita, através da descrição da lesão ou do perigo de bens jurídicos gravemente atacados, para os quais se justifique o exercício do poder punitivo militar, e especificar a punição correspondente. Mesmo que tenha descumprido com as obrigações devidas à época dos fatos nesse âmbito, devido as reformas normativas que ocorreram na República Dominicana entre 2002 e 2010, determinando a competência da jurisdição ordinária para julgar os delitos cometidos por militares e estabelecendo a excepcionalidade da jurisdição militar exclusivamente para as faltas disciplinares e infrações de natureza estritamente militar, o Tribunal concluiu que o Estado corrigiu seu dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2⁹³ da CADH.

Por fim, a Corte IDH tratou do dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação. Nesse contexto, a Corte dispôs que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera responsabilidade internacional. Com isso, existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e os princípios de igualdade e não discriminação. Esses princípios constituem um elemento que se sobressai no sistema tutelar dos direitos humanos, ingressando no domínio do *jus cogens*. O Tribunal ressaltou que a obrigação geral decorrente do artigo 1.1 da CADH refere-se ao dever do Estado de respeitar e garantir

⁹³ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (CADH, 1969).

“sem discriminação” os direitos contidos na CADH, pelo que passou a analisar a questão à luz desse artigo.

Nesse cenário, a Corte alegou a dificuldade de demonstrar casos de preconceito racial por parte de quem é objeto de discriminação, concordando com o Tribunal Europeu no sentido de que em certos casos de violações de direitos humanos por motivos de discriminação, o ônus da prova também recai no Estado, o qual tem os meios de controle para esclarecer os fatos ocorridos em seu território. A esse respeito, foi mencionada a posição do Relator sobre discriminação e a Especialista Independente sobre minorias, ambos da ONU, assim como de diversos organismos internacionais, os quais se pronunciaram sobre práticas históricas de discriminação no território dominicano, que se manifestam no tratamento conferido aos imigrantes irregulares e no exercício de seus direitos. Quanto ao tratamento dado aos imigrantes, o Tribunal considera que é permissível que o Estado conceda tratamento diferenciado entre os documentados e os indocumentados, ou entre imigrantes e nacionais, sempre que seja razoável, objetivo e proporcional e não viole os direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não somente proíbe políticas e práticas discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória.

De fato, a Corte compreende que uma violação do direito à igualdade e não discriminação se produz mesmo diante de situações e casos de discriminação indireta, refletida no impacto desproporcional de normas, políticas, ações ou em outras medidas que, mesmo quando sejam ou aparentem ser neutras em sua formulação, ou tenham um alcance geral e não diferenciado, produzam efeitos negativos para certos grupos vulneráveis. Esse conceito de discriminação indireta também foi reconhecido por outros órgãos, entre os quais o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Isso implica no dever especial de proteção que o Estado deve exercer acerca das práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias. Sendo assim, a Corte IDH considerou que, no caso em comento, a situação de vulnerabilidade dos imigrantes se devia: a falta de medidas preventivas para tratar de forma adequada as situações relacionadas ao controle migratório; a violência usada através do uso ilegítimo e desproporcional da força contra pessoas imigrantes desarmadas; a falta de investigação dessa violência, a falta de declarações e participação das vítimas no processo penal e a impunidade dos fatos; as detenções e a expulsão coletiva sem as devidas garantias; a falta de atenção e tratamento médico adequado; e o tratamento degradante aos cadáveres e a falta de entrega aos familiares. Por esses motivos, a Corte IDH estabeleceu que no presente caso houve uma discriminação de fato em prejuízo das

vítimas por sua condição de imigrantes, o que derivou em uma marginalização no gozo dos direitos que a Corte declarou violados na sentença, concluindo que o Estado não respeitou nem garantiu, sem discriminação, os direitos previstos nos artigos 2, 3, 5, 7, 8, 22.9 e 25, em relação ao artigo 1.1 da CADH.

Em âmbito de reparações a Corte IDH estabeleceu: a obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, a partir da reabertura da investigação e determinação de responsabilidades individuais, na jurisdição ordinária, assegurando o pleno acesso e capacidade de atuar dos sobreviventes e familiares das vítimas em todas as etapas da investigação; a identificação e repatriação dos restos mortais das vítimas falecidas, determinando o paradeiro dos corpos e, mediante comprovação genética de filiação, de comum acordo com os familiares, estes deverão ser repatriados ao Haiti e entregues aos familiares; a reabilitação, com a assistência médica e psicológica às vítimas, com tratamentos individuais segundo o que cada uma necessite e, às vítimas que não residam no território dominicano, o Estado deve outorgar a quantia de US\$ 7.500,00, e aos demais a quantia de US\$ 3.500,00; a publicação da sentença, reconhecendo a responsabilidade internacional e pedindo desculpas públicas; medidas de capacitação para os funcionários públicos em matéria de direitos humanos; campanha sobre direitos dos imigrantes; adoção de medidas de direito interno; indenização acerca do dano material e imaterial; pagamento de custas e gastos; reembolso dos fatos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas.

Em 16 de dezembro de 2015, a Clínica Internacional de Defesa dos Direitos Humanos da Universidade de Quebec em Montreal e o Grupo de Apoio aos Repatriados e Refugiados, duas das organizações representantes das vítimas no presente caso, apresentaram à Corte IDH uma solicitação de medidas provisórias, resultando na Resolução da Corte IDH de fevereiro de 2016, a qual será a base das disposições a seguir. (CORTE IDH, 2016). O propósito dessa solicitação era de que o Estado dominicano adotasse as medidas necessárias para garantir o direito à vida, integridade pessoal e segurança pessoal da totalidade dos integrantes do CCDH, com sede em Santo Domingo, República Dominicana, assim como de alguns de seus familiares, em razão das supostas ameaças e atentados ocorridos sob sua jurisdição e como consequência de ações diretas de agentes das forças de segurança, de outros funcionários do Estado e de particulares que atuam sob a anuência ou tolerância das máximas autoridades do Estado.

Os referidos representantes elucidaram que os integrantes do CCDH recebem cotidianamente ameaças por parte de oficiais, ex-oficiais e militares devido ao seu trabalho na execução de sentença do caso Nadege Dorzema. Por um lado, buscavam negociar com os membros da CCDH para que as instâncias judiciais não fossem instauradas nos tribunais de

jurisdição ordinária e invocavam graves consequências para sua segurança se os responsáveis fossem acusados nos referidos tribunais. Alguns membros denunciaram sofrer ameaças, provocações e vigilância cotidiana de seu trabalho.

Como se sabe, é requisito que a solicitação de medidas provisórias tenha relação com o caso contencioso. A esse respeito, o Tribunal dispôs que depois de analisar os fatos e alegações supostamente relacionados com o caso Nadege Dorzema, concluiu que os relatos foram genéricos, sem especificar as circunstâncias de tempo, forma e lugar em que ocorreram, o que não permitiu apreciar uma relação com o caso contencioso julgado pelo Tribunal. Consequentemente, não se verificou uma conexão com o objeto da causa.

Por conseguinte, no tocante à supervisão do cumprimento de sentença, a partir da Resolução da Corte IDH de novembro de 2019 (CORTE IDH, 2019a), constata-se o Estado dominicano não cumpriu, durante mais de seis anos, sua obrigação de informar o Tribunal sobre as medidas adotadas para dar cumprimento à sentença, assim como não cumpriu com nenhuma das medidas e reparações ordenadas pela Corte IDH na sentença, permanecendo em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento das medidas estabelecidas.

2.2.4 Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República dominicana: Separação familiar e a “não-identidade”

Por fim, o último caso contencioso abordado é o de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, com sentença de agosto de 2014, documento base para as exposições seguintes. (CORTE IDH, 2014a). Esse caso se relaciona com a detenção arbitrária e expulsão sumária do território dominicano de vítimas haitianas e dominicanas de ascendência haitiana, inclusive de crianças, sem o devido procedimento de expulsão constante nas normas do direito interno, em um contexto de expulsões coletivas e massivas de imigrantes, documentados e indocumentados, os quais tinham residência permanente e um vínculo laboral e familiar na República Dominicana. Os representantes das vítimas no presente caso foram: Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Berkeley California; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Coalición Nacional para los Derechos de los Haitianos (NCHR); Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia; Grupo de Apoyo a los Repatriados y Refugiados (GARR); e Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA).

Em âmbito de exceções preliminares, o Estado alegou a incompetência da Corte IDH a determinados fatos, admitida parcialmente, com o que a Corte concluiu não ter competência

para analisar os fatos relacionados aos casos de expulsão e detenção de algumas vítimas, pois esses ocorreram antes de 1999, momento em que a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH; o não esgotamento dos recursos internos, negado pela Corte; e a incompetência do Estado perante aos membros da família Jean, também dispensado pela Corte.

Em suas exposições, a Corte IDH iniciou dispendo sobre a situação socioeconômica da população haitiana e de ascendência haitiana e a alegada discriminação contra essa. Em relação ao lugar em que esses imigrantes vivem, chamados “*bateyes*”, distante da cidade, tem-se a informação sobre as más condições de vida, falta de acesso aos serviços básicos e até mesmo a problemática das chuvas que, quando intensas, acabam impedindo por dias a comunicação com a cidade. Além disso, os índices de pobreza e extrema pobreza são muito mais altos nos *bateyes* do que na cidade. Em 2013, a CIDH visitou o local e expressou sua preocupação com a pobreza, exclusão e discriminação em torno dos imigrantes que lá vivem. Outrossim, em 1999, a CIDH relatou que historicamente tem-se denunciado que os trabalhadores haitianos que cruzam a fronteira dominicana para trabalhar no cultivo de cana são vítimas de abusos por partes das autoridades, desde assassinatos, maus tratos, expulsões massivas, exploração, condições de vida degradantes e pela falta de reconhecimento de direitos trabalhistas.

Um segundo ponto abordado foi sobre a problemática da obtenção de documentos oficiais de cidadania para haitianos e dominicanos de ascendência haitiana. A principal dificuldade enfrentada pelas crianças haitianas e de ascendência haitiana é na obtenção de uma certidão de nascimento em território dominicano perante o registro civil, tanto porque o acesso dos *bateyes* à cidade é difícil, requer dinheiro, como pelos obstáculos impostos pelas próprias autoridades públicas, que inclusive tratam com discriminação os pais das crianças, mesmo que o critério adotado pela legislação interna constitucional para obtenção de nacionalidade seja o do *jus soli*, desde 1994, com exceções já comentadas em caso anterior, as quais não se aplicam aos casos desses imigrantes. Contudo, em janeiro de 2010 foi publicada uma reforma na Constituição dominicana, adicionando uma terceira exceção a respeito da aquisição de nacionalidade, dispendo que não serão dominicanas as pessoas nascidas em território nacional, filhas e filhos de estrangeiros que estejam em trânsito ou residam ilegalmente no território.

Para melhor compreensão do presente caso, a Corte IDH passou a apreciar as declarações das famílias vítimas. Primeiramente, tem-se a família Medina (Willian Medina Ferreras, dominicano, Lilia Jean Pierre, e seus três filhos nascidos na República Dominicana, Awilda Medina Pérez, Luis Ney Medina e Carolina Isabel Medina), em que ao final de 1999, de madrugada, funcionários estatais chegaram em sua casa e todos os membros da família foram

levados para uma cadeia, sem prévia comprovação de sua documentação. Após, foram levados, em um furgão, com outras pessoas, para a fronteira com o Haiti, no entanto, não consta qualquer registro dessa deportação. Segundo o sr. Medina, no momento de detenção não receberam água nem alimentos. Em 2013, a cédula de identidade de Willian Medina foi objeto de pedido de nulidade, em virtude de ter demandado o Estado perante a CIDH, assim como a de seus filhos, a partir do que o cancelamento das identidades foi permitido pela Junta Eleitoral dominicana.

A família Fils-Aimé, cujos membros são Jeanty Fils-Aimé, que faleceu em 2009, Janise Mii, nascida no Haiti e os filhos Antonio, Diane, Endry e Nené, nascidos no território dominicano, cuja identidade foi feita no Haiti, posto que precisavam de documentos para ir à escola. Ao final de 1999, a família foi apreendida pelas autoridades, em um caminhão, onde haviam outras pessoas, e expulsos do território dominicano. O sr. Bersson Gelin também foi vítima de expulsão, pela segunda vez em 1999, com o que passou a morar no Haiti, sendo impedido de ver seu filho que reside na República Dominicana. Também não se tem registros sobre essas expulsões. Do mesmo modo foram expulsos os membros da família Sensión, compreendendo o sr. Antonio Sensión, Ana Virginia e filhas Ana Lidia Sesiión Nolasco e Reyita Antonia Sensión Nolasco, ambas com identidade dominicana.

Outra vítima de expulsão foi o sr. Rafaelito Pérez Chales, detido e expulso do país em 1999, quando voltava do trabalho. Os oficiais o questionaram sobre sua documentação, momento em que ele declarou que estava em sua casa e pediu para que fosse buscar, entretanto não foi permitido. A família Jean, com o sr. Víctor Jean, Marlene Mesidor e filhos, Markenson, Miguel, Victoria, Natalie, a qual tinha 4 meses no momento da expulsão, foi detida e expulsa de forma desumana, não sendo permitido nem que levassem o leite da recém-nascida. Do mesmo modo não há registro sobre essa expulsão.

Por conseguinte, a Corte IDH passou a tratar dos direitos violados no presente caso. Inicialmente, tem-se o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome, à nacionalidade e identidade, em relação com os direitos da criança, o direito a igualdade perante a lei e as obrigações de respeitar os direitos sem discriminação e adotar normas de direito interno. Em um segundo momento, foram abordados os direitos à liberdade pessoal, integridade pessoal, às garantias judiciais, de circulação e de residência e a proteção judicial, em relação com os direitos das crianças. Essas questões não serão abordadas de forma aprofundada nesse momento, posto que já o foram em caso abordado anteriormente, referente ao mesmo Estado.

Posteriormente, os direitos à proteção da honra e dignidade e à proteção da família, em relação com os direitos das crianças e a obrigação de respeitar os direitos, foram discutidos pelo Tribunal. Nesse contexto, a Corte IDH abordou a questão da separação familiar, consagrado no

artigo 17⁹⁴ da CADH. Como os membros de algumas das famílias foram separados nos momentos de expulsão, o Tribunal considerou que o Estado não cumpriu com a obrigação constante no artigo 17.1 da CADH, assim como não teve qualquer ação no sentido de buscar a reunião familiar desses membros, além de ter violado o artigo 19 em relação à algumas vítimas. Assim, a Corte alegou que o Estado violou o direito à proteção da honra e dignidade, pelas detenções arbitrárias e por invadir a vida privada familiar, reconhecidos no artigo 11.2⁹⁵ em relação ao 1.1 da CADH.

Diante do exposto, a Corte IDH declarou que o Estado violou os seguintes direitos, constantes na CADH: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, de nacionalidade e nome, consagrados nos artigos 3, 20 e 18; os direitos das crianças, constante no artigo 19; o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7 e seus incisos; a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros reconhecida no artigo 22.9; a proibição de expulsão de nacionais, constante nos artigos 22.1 e 22.5; o direito às garantias judiciais e proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1 e 25.1; o direito à proteção da família, elencado no artigo 17.1; o direito de proteção da honra e dignidade, e de não ser objeto de interferências arbitrárias na vida privada e familiar, definidos nos artigos 11.2; o dever de adotar medidas de direito interno, consagrado no artigo 2; o direito a identidade, a igualdade perante a lei, reconhecidos no artigo 24 e outros já citados;

Por fim, em âmbito de reparações, a Corte IDH definiu: o reconhecimento da nacionalidade das pessoas dominicanas e permissão de residência para os haitianos; a publicação da sentença; medidas de capacitação para funcionários estatais sobre os direitos humanos; a adoção de medidas de direito interno; que os procedimentos de expulsão e deportação cumpram com o devido processo e não sejam de caráter coletivo; pagamento de valores às famílias pelos danos materiais, devido às perdas que essas tiveram pela expulsão; o pagamento de valores referentes aos danos imateriais às famílias; o reembolso dos gastos e custas aos representantes; a reintegração dos gastos ao Fundo de assistência legal de vítimas.

No tocante ao cumprimento da sentença, disposto no relatório da Corte em 2019, (CORTE IDH, 2019), extrai-se que todas as medidas carecem de cumprimento. Ainda, o Estado dominicano sequer apresentou o primeiro informe requerido na sentença acerca do

⁹⁴ Artigo 17. Proteção da família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. (CADH, 1969).

⁹⁵ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade: 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (CADH, 1969).

cumprimento da mesma, motivo pelo qual se reiteraram as solicitações de entrega desse documento e ficou em aberto a supervisão do cumprimento de sentença.

2.3 DAS DECISÕES TOMADAS E SUA (IN)EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DE IMIGRANTES: AVANÇOS E DESAFIOS NO SIDH À LUZ DO DIAMANTE ÉTICO DE DIREITOS HUMANOS DE JOAQUÍN HERRERA FLORES

O que interessa aqui, e transtorna, é a evidência de que seria possível viver de outra maneira, e sobretudo acolher de outra maneira, considerar de outra maneira essas vidas, passíveis de lamento na exata medida em que são antes de tudo consideradas como vividas.
(Marielle Macé, 2018 p. 59-60).

Diante da descrição dos casos contenciosos e opiniões consultivas da Corte IDH, com um enfoque qualitativo, foi possível identificar os principais direitos envolvidos e a interpretação do SIDH em torno dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada, sobretudo na América Latina. Entre as atividades desenvolvidas pelo SIDH, tem-se as executadas pela Corte IDH, em âmbito consultivo e em âmbito contencioso, a partir das quais pode-se desvelar as perspectivas e possíveis avanços, limitações e contribuições do sistema regional interamericano a respeito da proteção dos variados direitos humanos daqueles que são constantemente invisibilizados pela visão hegemônica.

Como observado no primeiro capítulo da presente pesquisa, a partir da teoria tradicional e hegemônica de direitos humanos tem-se uma visão que acaba por excluir milhões de pessoas que não tem, efetivamente, seus direitos garantidos. Isso porque, enquanto a visão hegemônica contempla os direitos humanos enquanto universais e aplicáveis a todos sem qualquer distinção, como já conquistados, ao se observar a realidade se constatam violações de direitos que afetam principalmente determinados grupos de indivíduos, com o que a efetividade dos direitos humanos por si só acaba por ser algo distante da realidade.

Dessa maneira, buscou-se lançar um olhar em torno dos direitos humanos a partir da teoria crítica de direitos humanos e dos aportes elaborados pelo autor Joaquín Herrera Flores em um diálogo com outros autores, como Carballido e Gallardo. Compreendendo os direitos humanos enquanto processos de lutas, Herrera Flores dispôs que para além da visão

hegemônica, a qual entende-se limitada, deve-se buscar outra que contemple e considere os direitos humanos em sua complexidade. A partir disso, foram selecionados como lentes de investigação os principais aportes elaborados pelo autor, os quais importa retomar no presente capítulo, a fim de identificar os processos de lutas que se dão no contexto latino-americano, envolvendo direitos de imigrantes, a partir da atuação da Corte IDH. Primeiramente, cabe abordar o conteúdo e os principais direitos trabalhados pela Corte IDH nas opiniões consultivas e casos contenciosos selecionados.

Conforme observado, a primeira OC abordada foi a nº 18 de 2003, envolvendo questionamentos do Estado do México à Corte IDH em torno dos direitos de imigrantes, sobretudo daqueles de âmbito trabalhista e aos imigrantes indocumentados. A partir dessa OC, foram trabalhados pela Corte os direitos humanos trabalhistas dos imigrantes indocumentados em relação a obrigação de os Estados americanos de garantir os direitos de igualdade jurídica, não discriminação, proteção igualitária e efetiva perante a lei e obrigação de adotar medidas de direito interno. Assim, a Corte interpretou os direitos humanos trabalhistas, de imigrantes indocumentados, no sentido de que é dever dos Estados respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos imigrantes sem qualquer discriminação e independente de seu *status* migratório, esteja ele regularizado ou não, posto que ao ingressar em um país e adquirir uma relação de trabalho, o imigrante é considerado enquanto trabalhador e seja qual for sua condição faz *jus* a todos os direitos decorrentes. Os Estados, mesmo que tenham a liberdade de definir suas políticas migratórias, de ingresso e permanência de imigrantes, devem atuar em conformidade com os direitos humanos, a não discriminação, igualdade perante a lei e de modo a garantir todas as medidas de devido processo, posto que a condição migratória de uma pessoa não pode ser justificativa para privá-la do gozo e exercício dos direitos humanos, inclusive os de caráter trabalhista. (CORTE IDH, 2003).

A segunda OC abordada foi a nº 21 de 2014, solicitada por alguns Estados latino-americanos à Corte, acerca dos direitos humanos de crianças imigrantes e das obrigações dos Estados em relação às medidas a serem adotadas nesses casos, especialmente devido a condição migratória da criança ou de seus pais e familiares, à luz do dever de adotar disposições de direito interno, dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, circulação e residência, proteção judicial, proteção da honra e dignidade, proteção da família, dos direitos da criança, da constituição familiar e não expulsão. A Corte IDH decidiu, assim, que os Estados devem adotar medidas: de proteção a favor de todas as crianças em razão de sua condição como tal, irradiando efeitos nos demais direitos e levando em conta suas necessidades de desenvolvimento; em respeito a não discriminação, ao interesse superior da criança, ao

direito à vida e à atenção à opinião da criança em todo procedimento que a envolva; especiais e necessárias considerando a condição de criança; de identificação da criança e da sua situação como acompanhada, desacompanhada ou separada; que não impeçam o ingresso de crianças nas fronteiras; em um ambiente amigável e com profissionais capacitados; que garantam o devido processo nos procedimentos; que não privem a criança de liberdade por sua condição irregular; que garantam a reunião familiar sempre que possível; de proteção integral dos direitos da criança imigrante; que garantam as condições adequadas nos alojamentos que as crianças imigrantes forem abrigadas, em respeito ao princípio de reunião familiar e garantindo o pleno desenvolvimento das crianças; em respeito ao princípio da não devolução; e de proteção à família em sentido amplo. (CORTE IDH, 2014).

Para além das OC, foram trabalhados quatro casos contenciosos a respeito de violações de direitos humanos de imigrantes. O primeiro caso elucidado foi o “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. A discussão central desse caso envolveu o direito à nacionalidade, negado sobretudo às crianças imigrantes de descendência haitiana, como as meninas Yean e Bosico, que nasceram e residem na República Dominicana, em afronta aos direitos à nacionalidade, ao reconhecimento da personalidade jurídica, não discriminação, à integridade pessoal, ao nome, direitos da criança e igualdade perante a lei. A negação de uma nacionalidade e da certidão de nascimento irradiou efeitos negativos em outros âmbitos da vida das crianças e seus familiares, como o direito à educação, acesso à saúde e demais direitos que decorrem de um vínculo com um Estado, acentuando a condição de vulnerabilidade dessas crianças e colocando-as em uma situação de apatridia, o que é amplamente repudiado pelo cenário internacional dos direitos humanos. (CORTE IDH, 2005).

O segundo caso discutido foi o “Vélez Loor vs. Panamá”. (CORTE IDH, 2010). Esse caso envolveu diversas violações de direitos humanos ao imigrante Vélez Loor, desde a detenção irregular e ilegal aos atos de tortura e abuso, sem que lhe fossem garantidos os direitos de defesa e do devido processo, entre outros. A vítima foi detida no Panamá por estar na condição de imigrante indocumentado, a partir do que vários direitos foram violados, em atos desumanos, como os seguintes: direito à liberdade pessoal; direito à integridade pessoal; direito às garantias judiciais; direito às garantias mínimas do devido processo; princípio da legalidade; e obrigação de prevenir e punir a tortura. Ainda, a partir desse caso, em 2020, houve uma resolução da Presidência da Corte IDH em relação a adoção de medidas urgentes pelo Panamá no contexto da pandemia do Covid-19, devido às condições inadequadas dos centros de detenção dos imigrantes, sobretudo considerando as medidas necessárias de combate à

pandemia, as quais não estavam sendo efetivamente tomadas nesses espaços, violando os direitos humanos dos imigrantes que estavam detidos e sem condições de sair desses locais.

Já o terceiro caso contencioso foi o “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, envolvendo violações de direitos humanos a um grupo de imigrantes haitianos, sobretudo a partir do uso excessivo de força militar, o que resultou em mortos, feridos e sobreviventes, os quais foram expulsos e devolvidos à fronteira com o Haiti. Nesse caso, a Corte IDH entendeu como violados os seguintes direitos: direito à vida; integridade pessoal; liberdade pessoal; livre circulação; garantias judiciais; proteção judicial; dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação; proibição de expulsão coletiva de estrangeiros; devido processo; dever de adotar disposições de direito interno; e reconhecimento de personalidade jurídica. (CORTE IDH, 2012).

Por fim, o quarto caso abordado foi o “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, o qual diz respeito a detenção e expulsão do território dominicano de imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, inclusive de crianças, sem o devido processo em um contexto de expulsão coletiva. Nesse contexto, foram violados: o direito à proteção da família; os direitos da criança; a proteção da honra e dignidade, pelas detenções arbitrárias e pela invasão da vida privada familiar; direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à nacionalidade; direito ao nome; direito à liberdade pessoal; proibição da expulsão coletiva; proibição de expulsão de nacionais; direito às garantias judiciais; direito à proteção judicial; direito à identidade; direito à igualdade perante a lei; e dever de adotar medidas de direito interno. (CORTE IDH, 2014a).

Por conseguinte, cabe retomar os aportes definidos a partir das obras de Herrera Flores: O abismo entre “o que se diz e o que se faz” e os direitos humanos como produtos culturais; direitos humanos enquanto processos de lutas pela dignidade humana; concepção sócio-histórica aproximada à realidade e a filosofia do impuro; recuperar o político e superar o formalismo sem desconhecer a importância das garantias jurídicas; e o diamante ético e a compreensão dos direitos humanos em sua complexidade. Como ponto de reflexão da presente seção, foram selecionadas, especialmente, definições constantes nos eixos vertical e horizontal do diamante ético, a partir dos quais tem-se os seguintes elementos: teorias; forças produtivas; desenvolvimento; posição; espaços; narrações; e instituições.

Conforme Herrera Flores (2000), para que se investigue e compreenda os direitos humanos a partir do diamante ético, não é necessário que o faça a partir de todas as suas relações e conexões, com o que se tem a possibilidade de entrecruzar os elementos constantes nos distintos eixos do diamante. Isso porque o autor dispõe que se pode eleger como ponto de

reflexão quais relações ou conexões se pretende elucidar de um fenômeno, sem esquecer sua integração na totalidade da realidade. Assim, a partir de elementos dos eixos vertical e horizontal, entrecruzados e ora selecionados, busca-se uma reflexão em torno dos direitos humanos e de como se entendem esses direitos, seus sentidos, significados, obstáculos e potencialidades⁹⁶. Os três primeiros elementos, das teorias, posição e espaços, vão permitir compreender o fenômeno migratório no contexto das migrações forçadas, enquanto os quatro últimos, das forças produtivas, desenvolvimento, instituições e narrações, vão possibilitar refletir sobre os direitos humanos dos imigrantes e identificar a posição da Corte IDH no que tange a proteção e garantia desses direitos, especialmente no âmbito do SIDH.

Inicialmente, contemplado na primeira capa do diamante, tem-se o elemento das teorias, o qual não se limita, contudo, a necessidade de conhecer as teorias que se criaram sobre os direitos humanos. Conforme Herrera Flores (2000), para além de conhecer as teorias: é importante afirmar que não existe uma única teoria em torno dos direitos humanos, posto que várias podem coexistir, dado que não há uma única linha histórica no desenvolvimento das ideias jurídicas; busca-se compreender o conjunto de articulações que representam e interpretam as relações entre essas teorias e tradições com a vida real e concreta das pessoas; e parte-se da compreensão de que as ideias constituem e reproduzem práticas e formas concretas de produção cultural, formando parte do processo de construção humana e social da realidade. Com isso, considera-se relevante conhecer as teorias elaboradas no contexto dos direitos humanos porque essas consolidam funções e processos sociais, que ora servem como potencial limitador, ora emancipador, tanto dos direitos humanos como das potencialidades humanas.

Nesse campo, frisa-se sobretudo as duas concepções discutidas na presente pesquisa, quais sejam, a da concepção hegemônica/tradicional/ocidental/eurocêntrica dos direitos humanos e a teoria crítica dos direitos humanos. Enquanto a partir da primeira tem-se os direitos humanos enquanto universais, conquistados e aplicáveis a todos em condição de igualdade, sem qualquer discriminação de raça, cor, religião, etc., a segunda defende uma concepção contra-hegemônica que considere os direitos humanos em sua real complexidade, com uma aproximação à realidade e com um potencial transformador, trazendo ao plano da visibilidade a problemática de milhões de pessoas – sujeitos corpóreos com demandas e problemas reais – que não se veem acolhidas pela concepção hegemônica e tem seus direitos constantemente violados. É daí que se questiona como afirmar que os direitos humanos são universal e

⁹⁶ Segundo Herrera Flores (2000, p. 53, tradução nossa): “os direitos humanos não são apenas declarações textuais, nem são produtos de uma cultura particular. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que buscam reintegrar o ser humano no circuito de reprodução e manutenção da vida”.

igualmente garantidos a todos enquanto milhões de pessoas vivem em condições de miséria, violência, fome, vulnerabilidade, entre outras condições de precariedade que as colocam a margem da sociedade, como se não fossem sujeitos merecedores de uma vida digna, posto que o acesso aos bens necessários para que se tenha o mínimo para uma vida digna é uma realidade muito distante, assim como a própria divisão dos direitos humanos entre categorias acaba por privilegiar os direitos civis e políticos enquanto se aceita o não cumprimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, gerando e acentuando as desigualdades e vulnerabilidades sociais. É nesse cenário que se encontram os imigrantes em contextos de migração forçada e especialmente aqueles que vivem em condição irregular.

Nesse sentido, a partir das OCS e dos casos contenciosos trabalhados pela Corte IDH, pode-se identificar o conteúdo dos direitos discutidos e violados aos imigrantes e a interpretação da Corte em relação a esses. Se a partir da leitura dos dispositivos de direitos humanos aplicáveis aos imigrantes e ao próprio direito migratório, como os constantes na CADH (ex. art. 22.1⁹⁷ e 22.5⁹⁸), PIDCP (ex. art. 12, § 1, 2, 3 e 4⁹⁹), DUDH (ex. art. XIII¹⁰⁰) e Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os trabalhadores Migrantes e suas Famílias (art. 8¹⁰¹ e 39¹⁰²), verifica-se que não há específica e detalhadamente uma proteção adequada desses direitos em relação ao direito de imigrar, ou seja, de ingressar em algum Estado que não o de origem, sendo que se aplicam nesses casos direitos e concepções gerais a respeito do direito de

⁹⁷ Artigo 22 - Direito de circulação e de residência: 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais. (OEA, 1969).

⁹⁸ Artigo 22 - Direito de circulação e de residência: 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.

⁹⁹ Artigo 12: §1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência. §2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. §3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto. §4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país. (ONU, 1966).

¹⁰⁰ Artigo 13 - 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar. (ONU, 1948).

¹⁰¹ Artigo 8 - 1. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias podem sair livremente de qualquer Estado, incluindo o seu Estado de origem. Este direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente parte da Convenção. 2. Os trabalhadores migrantes e os membros da sua família têm o direito a regressar em qualquer momento ao seu Estado de origem e aí permanecer. (ONU, 1990).

¹⁰² Artigo 39 - 1. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias têm o direito de circular livremente no território do Estado de emprego e de aí escolher livremente a sua residência. 2. Os direitos referidos no n° 1 do presente artigo não podem ser sujeitos a restrições, com exceção das previstas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção. (ONU, 1990).

livre circulação e residência, pode-se dizer que esses instrumentos acabam por limitar a proteção de direitos humanos dos imigrantes no contexto regional.

Cabe dispor que para Pereira (2019), o artigo XIII da DUDH estabelece dois pontos em relação ao direito humano de migrar: sobre a liberdade de locomoção e residência e sobre o direito de emigrar. O autor afirma que a melhor forma de interpretar esse artigo consiste em reafirmar o direito de migrar como um direito humano, comportando tanto as migrações voluntárias como as forçadas. Contudo, se por um lado se pode – e deve – interpretar a DUDH nesse sentido, definindo o direito de migrar enquanto um direito humano, observa-se que os dispositivos internacionais que tratam do tema o fazem de forma abstrata e limitada e, além disso, não há nada específico sobre o direito de imigrar, acentuando a vulnerabilidade de proteção de imigrantes em contexto de migração forçada e irregular, por exemplo. Isso porque esses instrumentos fazem referência ao direito de liberdade de circulação e de sair de um Estado, ao passo que não se tem qualquer menção sobre o direito de imigrar, ou seja, ingressar em determinado Estado diferente do qual o sujeito seja nacional. Como exemplo, cabe retomar os artigos supracitados, os quais mencionam os direitos de circulação e residência e de saída do Estado, incluindo as expressões “que se encontre legalmente no território”, “direito de entrar em seu próprio país”, “Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar”, ou seja, tem-se a previsão de proteção ao direito de circulação e residência em determinado Estado, desde que a pessoa “se encontre legalmente” nele, do direito de sair livremente de qualquer país, e do direito de ingressar em seu próprio país, com o que em nenhum momento faz-se referência específica ao direito de imigrar, de ingressar em país distinto do de nacionalidade, assim como restringe-se a garantia desses direitos àqueles que estejam em situação legal/regular em determinado país, deixando os imigrantes, sobretudo os irregulares, em um limbo de proteção.

Segundo Carballido (2013, p. 69, tradução nossa), “não é suficiente mostrar o que é; é preciso perguntar por que não é, por que foi negado em sua possibilidade de ser”. Dentre os casos discutidos, pode-se mencionar nesse contexto os casos “Vélez Loo vs. Panamá”, “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” e “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, nos quais ocorreram violações aos direitos humanos de imigrantes que haviam ingressado e permanecido de forma irregular nesses países. Em todos esses casos, os imigrantes foram indevidamente detidos e expulsos dos países simplesmente por estarem indocumentados e em situação irregular, sem que lhes fossem garantidos quaisquer direitos, como o devido processo, as garantias judiciais, a não discriminação, entre outros, assim como sequer foi dada a possibilidade de obter a regularização nos países, diante de um

tratamento desumano e discriminatório, inclusive envolvendo crianças imigrantes que tinham o direito à nacionalidade no país do qual foram expulsas com suas famílias de forma arbitrária. Questiona-se, assim, se há efetivamente e universalmente garantido o direito humano de imigrar, com a garantia de todos os direitos decorrentes e sobretudo com um tratamento baseado nos direitos humanos e na dignidade humana, posto que ao analisar esses casos observa-se que os imigrantes, de modo geral dado que esse tratamento não se limita aos envolvidos nos casos, são constantemente tratados como seres indignos, sem qualquer garantia e proteção. Não há, diante desse tratamento, como se falar – como se faz a partir da concepção hegemônica dos direitos humanos – que os direitos humanos são universal e igualmente garantidos a todas as pessoas em condição de igualdade. Isso faria com que a vida e história de milhões de pessoas fosse relegada ao campo da invisibilidade e da indiferença.

Conforme disposto, a partir das lições de Herrera Flores (2000) o elemento das teorias inclui essas e a sua compreensão com a vida real e concreta das pessoas. A partir da observação dos casos contenciosos, pode-se dizer que a teoria hegemônica dos direitos humanos se distancia da realidade, considerando as insistentes violações de direitos que os imigrantes sofrem e o quanto lhes é negada a possibilidade de pertencer a uma comunidade. Como as ideais e teorias constituem práticas e formas concretas de produção cultural, refletindo e sendo parte do processo de construção humana e social da realidade, a partir da concepção hegemônica e tradicional dos direitos humanos predomina a visão eurocêntrica e ocidental desses direitos, a qual acaba por não acolher efetivamente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, como os imigrantes indocumentados ou em situação irregular.

Em contrapartida, a partir da teoria crítica defende-se o potencial transformador dos direitos humanos e a consideração desses levando em conta os sujeitos em sua corporalidade, a realidade das relações sociais e o acesso aos bens necessários para uma vida digna. (HERRERA FLORES, 2005). Diante da posição defendida pela Corte IDH nos referidos casos, em que essa defende a garantia do direito migratório, dos direitos humanos e de todas as garantias decorrentes do devido processo, das garantias judiciais, entre outras, pode-se afirmar que a Corte tem uma visão que, por um lado é baseada na soberania dos Estados-nação e na legislação internacional, ao reconhecer a plena liberdade de os Estados definirem suas políticas migratórias de ingresso e permanência no país, porém ampla em torno dos direitos humanos dos imigrantes, posto que estabeleceu que os Estados tem o dever de conceder todas as garantias e os direitos humanos dos imigrantes que se encontrem em seus territórios, independentemente de seu *status* migratório, esteja ele em situação irregular ou indocumentado. O simples fato de o imigrante se encontrar em condição irregular em um Estado não é justificativa ou motivo para

que esse Estado o expulse sem qualquer garantia, como aos recursos e proteção judicial cabíveis. Assim, mesmo que os mencionados dispositivos legais possam ser considerados como limitados no que tange a proteção dos imigrantes, a Corte IDH tem atuado como potencial emancipador dos direitos humanos dos imigrantes, com uma interpretação não restritiva.

O segundo elemento abordado é o da posição, disposto na segunda capa do diamante ético e referente ao caráter impuro dos direitos humanos, sendo que esses não são puros ou descontaminados de contexto, ao contrário, são contaminados de contextos, histórias, circunstâncias, ao passo que são produtos culturais afetados pela ação humana. Nesse âmbito, dispõe Herrera Flores que os direitos humanos devem ser entendidos e concretizados levando em consideração sua posição, posto que não são entidades isoladas de suas circunstâncias, compreendendo essas enquanto tudo o que rodeia o lugar onde a vida se desenvolve. Além disso, para o autor, a posição traz a ideia de que as pessoas e grupos tem uma visão diversa dos direitos humanos conforme sua posição, entendendo essa como o lugar material que se ocupa nos processos de divisão social, podendo ser tanto privilegiada como subordinada, de modo a determinar a forma com a qual se terá acesso ou não aos bens necessários a uma vida digna. (2000; 2009).

Diante desse elemento, cabe refletir sobre os direitos humanos dos imigrantes e compreender o fenômeno migratório e a posição dos imigrantes a partir da condição de privilégio ou subordinação em relação ao lugar ocupado nos processos e relações sociais, que se refletem nos direitos humanos. Com isso, pretende-se refletir sobre a posição ocupada pelos imigrantes no contexto migratório e o quanto isso dificulta ou facilita o acesso aos bens necessário a uma vida digna. Ao se observar os casos abordados e julgados pela Corte IDH, pode-se visualizar o fenômeno migratório nesse sentido.

Conforme se observa, os imigrantes enfrentam diversas dificuldades tanto no país de origem quanto durante o trânsito e na chegada ao país de destino. A simples condição de ser imigrante indocumentado os coloca em uma posição de irregularidade e invisibilização no que tange aos seus direitos e ao acesso aos bens necessários a uma vida digna. No caso “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” (CORTE IDH, 2005), por exemplo, vê-se algumas dificuldades enfrentadas pelas famílias de imigrantes que se encontram em situação irregular, as quais vivem em locais distantes da cidade, conhecidos como assentamentos rurais, e não tem tempo ou condições financeiras de se locomover, considerando a dificuldade de acesso à cidade, o que faz com que muitas mães imigrantes não possam procurar atendimento médico nos hospitais da cidade, com o que “optam” por ter seus partos realizados em casa e não nos hospitais. Além disso, por se encontrarem em condição de irregularidade, muitas famílias vivem

com o constante medo de procurar ajuda e serviços públicos e serem denunciadas por funcionários, o que causaria sua expulsão ou deportação.

Nessa posição de irregularidade, muitos imigrantes acabam vivendo em condições desumanas e aceitam trabalhos informais em condições precárias. Geralmente são trabalhos que envolvem grande esforço ou perigo e não são aceitos pelos nacionais, ao mesmo tempo em que os imigrantes tem dificuldades de conseguir trabalhos melhores por não possuírem a documentação necessária. Isso tudo os coloca, também, em uma posição de subordinação, em que o acesso aos bens necessários a uma vida digna é uma realidade distante, sendo que a pobreza, a falta de água potável, de infraestrutura e saneamento básico são questões que afetam diretamente as famílias de imigrantes que se encontram nesses locais. (CORTE IDH, 2005).

Como a irregularidade acaba por distanciar os imigrantes do acesso aos serviços públicos, como o dos hospitais, muitas famílias têm no registro de nascimento tardio a única opção de regularizar seus filhos. Entretanto, conforme se depreende do caso em comento (CORTE IDH, 2005), o próprio direito à nacionalidade é negado às crianças imigrantes e filhas de imigrantes, mesmo que o critério adotado no país seja o *jus soli*, ou seja, critério que, em teoria, deveria garantir o direito à nacionalidade dessas crianças. Esse tratamento se dá em um ambiente de estereotipização do imigrante como um sujeito estranho, indesejável, em que até mesmo quando a lei garante um direito, esse é negado com base em preconceitos e discriminação, pelo simples fato de ser imigrante. Quando se nega o direito à nacionalidade às crianças imigrantes, ao mesmo tempo se nega todos os direitos decorrentes desse vínculo com um Estado, colocando as crianças em uma zona de “não-ser”, na condição de apátridas e em condição de vulnerabilidade, impedindo o acesso aos bens necessários a uma vida digna.

Essas situações expostas no presente caso, possibilitam compreender a posição que os imigrantes ocupam nas relações sociais, determinando a forma de acesso aos bens, assim como a posição do próprio fenômeno migratório no seio da sociedade. Isso porque a realidade dos fluxos migratórios, sobretudo dos imigrantes em situação de irregularidade, se mostra com a constante violação de direitos, seja o de pertencer a uma comunidade e ter um vínculo com um Estado, de ter o registro de nascimento, o direito à nacionalidade e todos decorrentes desse, seja em relação às condições de trabalho que esses imigrantes se veem obrigados a aceitar. É nesse cenário que os imigrantes são postos em uma posição de subordinação, sendo obrigados a viver em condições precárias, desumanas e sem qualquer proteção, mesmo que a partir da teoria hegemônica dos direitos humanos sejam considerados como sujeitos de direitos em condição de igualdade com os demais e sem discriminação. Como afirmou Herrera Flores (2000), os direitos humanos são contaminados de contextos, são impuros, produtos culturais afetados pela

ação humana. A partir disso, os contextos e circunstâncias do fenômeno migratório colocam os imigrantes em uma posição, nos processos de divisão social, de alvos de violações dos direitos humanos e da estereotipização enquanto sujeitos estranhos, indesejados e não merecedores do acesso aos bens necessários a uma vida digna como os nacionais dos países de destino.

A irregularidade no contexto migratório impõe uma limitação estrutural em relação ao acesso ao bem-estar, proteção social e ao gozo dos direitos humanos. São múltiplos os obstáculos que os imigrantes irregulares enfrentam, em várias áreas da vida em sociedade, como pôde-se visualizar dos casos e OC abordados, como por exemplo em relação ao acesso ao trabalho formal, cujo requisito indispensável é a regularidade, assim como a questão da própria cidadania ou de como os Estados, a partir dos marcos legais e procedimentos administrativos, regulam o acesso restringido ao direito à cidadania. (CEPAL, 2018).

Outrossim, a irregularidade também está associada a exploração de pessoas, as quais são expostas a trabalhos forçados, inseguros e informais. Os imigrantes irregulares são altamente vulneráveis às organizações criminosas que se aproveitam das pessoas com fins de exploração sexual ou trabalhista. Esses imigrantes assumem o custo econômico e pessoal da travessia, de modo que sua condição de irregularidade pode se manifestar tanto em trânsito, quanto na chegada ao destino, momentos em que o acesso que o imigrante tem aos bens e serviços que dispõe os sistemas de proteção social e públicos é muito reduzido, quando não inexistente. A questão da irregularidade e das dificuldades dela decorrentes são questões extremamente preocupantes, posto que a migração irregular se tornou uma característica central dos fluxos migratórios. Considerando o caráter historicamente estrutural da vinculação entre migração e capitalismo, é possível afirmar que a migração irregular foi crescendo paralelamente ao crescimento das demandas de mão de obra barata e trabalho precário nas áreas informais ou submersas das economias dos países de destino, sendo que políticas migratórias restritivas foram sendo adotadas, de modo a dificultar a regularidade e, assim, estimular mecanismos irregulares e a exploração dos imigrantes, os quais são aceitos somente quando e como convém, no modo do provisório. (CERNADAS; GARCÍA; SALAS, 2014; CEPAL, 2018; SAYAD, 1998).

Nessa ótica, na região latino-americana, os fluxos migratórios envolvem riscos, dificuldades e abusos, provenientes tanto de atores estatais como da sociedade em geral. A maioria dos países da região segue guiando-se por uma visão utilitarista das migrações, com o que se define a imigração enquanto desejada de acordo com os interesses e necessidades do país de destino, ora, de certos atores econômicos. Em tempos capitalistas, a temática da migração é guiada também para responder aos interesses econômicos, de modo que as políticas

migratórias são elaboradas de forma unilateral e desde uma lógica nacional, negando a complexidade do fenômeno migratório e dos fatores que moldam esses enquanto regulares ou irregulares, gerando violações de direitos humanos aos imigrantes. Em muitos países as políticas vigentes evidenciam práticas como privação de liberdade, deportações arbitrárias, expulsões coletivas, contrárias aos Tratados internacionais e muitas vezes até mesmo à própria legislação nacional. Isso tudo se reflete na condição de vulnerabilidade que os imigrantes enfrentam ao se “aventurar” em fluxos migratórios em condição irregular, momento em que os seus direitos humanos são constantemente invisibilizados e desrespeitados – mesmo que esses direitos sejam, sob o viés tradicional, garantidos a todos sem qualquer discriminação. (CERNADAS; GARCÍA; SALAS, 2014).

Diante disso, cabe abordar o terceiro elemento do diamante ético, o dos espaços, contemplado na terceira capa do diamante. Conforme Herrera Flores (2000), os espaços não se limitam ao físico, mas, para além disso, são os simbólicos, dizem respeito a situações diferenciadas de poder em todos os níveis de ação social. Falar de espaços não consiste em fazê-lo pelos contextos físicos ou dos lugares, mas sim da construção simbólica de processos em que se criam, reproduzem e transformam os sistemas de objetos e de ações. São espaços culturais e humanos em que se dão as relações sociais, os processos e fenômenos que se pretende estudar, com o que os direitos devem ser estudados desde as diferentes posições que ocupam em contextos determinados. Com isso, importa refletir sobre os espaços dos fenômenos migratórios, sobretudo dos que envolvem as migrações forçadas, com a reflexão de se, por um lado, esses espaços fortalecem a situação hegemônica, de ordem, ou, por outro, se colocam em espaços subordinados. Isso porque para conhecer e praticar os direitos é preciso situá-los nesses espaços simbólicos em que as relações de poder colocam os indivíduos em diferentes planos.

Ao compreender e contextualizar o fenômeno migratório na América Latina no primeiro capítulo e ao se observar os casos contenciosos e OC trabalhados pela Corte IDH, foi possível identificar como fator comum a vulnerabilidade. A partir da posição de irregularidade e do elemento dos espaços, a fim de melhor compreender o fenômeno migratório, pode-se falar no fator vulnerabilidade, diante dos espaços simbólicos que se dão no entorno das relações sociais e pelas formas de poder, considerando que os imigrantes em condição irregular e em contexto de migração forçada se encontram em espaços de vulnerabilidade, acentuada tanto pelo poder dominante que invisibiliza os desafios dessas migrações, quanto pela sociedade que, em muitos casos, ainda vê o imigrante enquanto um ser estranho e indesejável, com um olhar marcado pela xenofobia.

Para Gallardo (2008), desde o ponto de vista da vulnerabilidade, tem-se cidadãos de diferentes naturezas, conforme a vulnerabilidade dos espaços sociais que ocupam e, também, pela grande ou pouca capacidade de questionamento, a partir desses espaços, da eficácia e legitimidade da ordem social. Nos fluxos migratórios, os espaços ocupados pelos imigrantes nas relações sociais são marcados pela vulnerabilidade, posto que esses são constantemente invisibilizados pela ordem social e, dessa forma, são ignorados enquanto sujeitos ativos, colocados à margem da sociedade em diferentes aspectos.

Desde esses espaços, considerando as formas de poder vigentes e a ascensão do capitalismo, os imigrantes são expostos a múltiplos fatores de vulnerabilidade. Isso se visualiza a partir da estigmatização em torno do sujeito imigrante, o qual é visto a partir de uma visão utilitarista e xenófoba. Nos casos “Vélez Loor vs. Panamá” e “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, por exemplo, os imigrantes foram expostos a espaços de vulnerabilidade e violência, sem qualquer possibilidade de questionar a legitimidade das ações a que foram submetidos. Esses imigrantes foram sujeitados, assim, a espaços de intensa vulnerabilidade, ante situações de violações aos mais básicos direitos e a dignidade humana, vivenciando e sendo vítimas de práticas de violência, tortura, falta de acesso à água, alimentos, entre outras questões, que os colocaram em espaços subordinados.

Ao mesmo tempo, esses espaços fortalecem o sistema hegemônico, ao passo que desconsideram os imigrantes enquanto sujeitos dignos e de direitos, considerando que quem tem o poder, ou seja, os Estados e seus atores, determina a conformação de maiorias e minorias, decidindo, a partir das relações sociais e de poder, quem tem acesso aos direitos e bens necessários a uma vida digna e quem, enquanto minoria, não deve ter. Os espaços de vulnerabilidade que os imigrantes ocupam também se visualizam, em tempos capitalistas e considerando a relação entre o capitalismo e as migrações, na área trabalhista, em que os imigrantes são postos em trabalhos informais, inseguros e por vezes perigosos, sem ter seus direitos garantidos como os nacionais, sem receber salários compatíveis, com clara utilização de mão de obra barata, situação em que o imigrante é visto enquanto sujeito útil aos interesses do capitalismo e dos atores econômicos que dominam nos Estados de destino.

Com os três primeiros elementos abordados (HERRERA FLORES, 2000; 2009), foi possível identificar algumas características do fenômeno migratório estudado na presente pesquisa. Se a partir das teorias pode-se evidenciar que a concepção hegemônica e tradicional dos direitos humanos se distancia da realidade no que tange aos fluxos migratórios e aos direitos humanos dos imigrantes, vislumbrou-se demonstrar com a teoria crítica dos direitos humanos que esses necessitam ser investigados desde uma aproximação com a realidade e considerando

seu potencial transformador, posto que os direitos humanos são contaminados de contextos e circunstâncias, afetados pela ação humana, devendo ser (re)pensados de acordo com as transformações sociais e as demandas reais. O segundo elemento permitiu identificar a posição de irregularidade que caracteriza os fluxos migratórios forçados, o que se reflete diretamente nos direitos dos imigrantes. Isso porque ao se encontrar em situação irregular, o imigrante não tem seus direitos garantidos, assim como o acesso aos bens necessários a uma vida digna é escasso, quando não inexistente, tornando o sujeito mais vulnerável às violações de direitos humanos, aos tratamentos desumanos e a exploração laboral, por exemplo. Daí tem-se o terceiro elemento, dos espaços, com o que se identificou a vulnerabilidade que marca essas migrações, colocando os imigrantes em espaços de subordinação e vulnerabilidade, sendo que considerando as formas de poder vigentes e o capitalismo, os imigrantes ocupam espaços que acentuam a condição de precariedade ao passo que são considerados enquanto seres indesejados e, quando desejados, o são pelo viés utilitarista, a fim de atender as demandas de mão de obra barata e aos interesses do capitalismo, sem que possam, em muitos casos e desde as posições e espaços que ocupam, questionar a legitimidade dessas ações a que são expostos. Todas essas características permitem compreender o fenômeno migratório em contextos forçados considerando sua complexidade, a partir do que se pretende, com os demais elementos discutidos a seguir, contextualizar o fenômeno migratório na sociedade capitalista, os direitos humanos dos imigrantes em relação à realidade e a posição da Corte IDH nessa linha.

Nesse sentido, cabe começar abordando em conjunto o elemento das forças produtivas e relações sociais de produção, dispostos na primeira capa do diamante ético. Isso porque, segundo refere Herrera Flores (2000), não se pode ter uma visão complexa dos direitos humanos sem considerar os contextos econômico e social em que se vive. Com isso, deve-se tomar conhecimento acerca da relação entre as forças produtivas e as relações sociais de produção, sendo que a maneira como se produz e as relações humanas que essa conduz constituem uma base cultural e social relevante na sociedade. As forças produtivas são conformadas pelos tipos e condições de trabalho, processos econômicos e tecnológicos, enquanto as relações sociais de produção dizem respeito a forma de se relacionar dos sujeitos que intervêm nos processos de produção de bens e serviços, incluindo a relação entre eles e com a natureza, de modo a determinar como os distintos sujeitos, diante da posição que ocupam, acessam ou não aos bens necessários a uma vida digna. Sendo assim, quando o autor fala sobre as relações sociais de produção, se refere, também, aos diversos modos de se relacionar social e politicamente em um mundo dominado pelo capitalismo, posto que as relações sociais de produção colocam os

sujeitos em uma posição ou outra a respeito dos processos de divisão social. (HERRERA FLORES, 2000; 2009).

Para discutir o fenômeno migratório a partir desse elemento, cabe abordar a OC nº 18/2003 da Corte IDH a respeito, sobretudo, dos direitos humanos de caráter trabalhista dos imigrantes em condição irregular e indocumentados. Assim, pretende-se identificar os principais direitos trabalhados pela Corte IDH e contextualizar esses no âmbito das migrações forçadas. A referida OC abordou especialmente o questionamento em torno da privação e gozo dos direitos trabalhistas aos trabalhadores imigrantes indocumentados nos Estados americanos.

Dando ensejo ao questionamento central dessa OC, tem-se as considerações do México sobre os direitos dos trabalhadores imigrantes. Isso porque, conforme dispôs o Estado, a condição de vulnerabilidade desses imigrantes acaba os tornando alvos de violações de direitos humanos, a partir de critérios de discriminação. O Estado demonstrou preocupação a respeito da incompatibilidade de interpretações, práticas e leis por parte de alguns Estados da OEA sobre os direitos dos imigrantes, ao passo que por vezes negam os direitos trabalhistas fundados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. Isso envolve direitos como o pagamento de horas extras, salários, licenças, tempo de serviço, entre outros. (CORTE IDH, 2003).

Conforme se observa dos fluxos migratórios forçados, tem-se como questão central desses a posição de irregularidade dos imigrantes. Diante dessa posição, os imigrantes, por não possuírem documentação e se encontrarem irregulares no Estado de destino, são expostos a trabalhos informais, muitas vezes em condições desumanas, sem ter quaisquer direitos garantidos e protegidos. Isso pois, para atender aos interesses capitalistas, o imigrante por vezes é visto como mão de obra barata, único motivo pelo qual é aceito em determinados locais.

Segundo elucida Sayad (1998), o imigrante só tem razão de ser no modo do provisório, sob a ótica de que permanecerá no local apenas enquanto for útil aos interesses nacionais. Assim, o imigrante só tem sua razão de ser pelo trabalho e no trabalho, enquanto se precisa dele, para aquilo que se precisa dele e onde se precisa dele. O autor dispõe, ainda, que a partir da oposição entre “nacional” e “não nacional” e, não sendo o imigrante nacional, se justifica a economia de exigências que se tem para com ele em matéria de igualdade de tratamento frente à lei e na prática.

Dados demonstrados por Rangel (2020) permitem visualizar a temática dos imigrantes indocumentados nesse contexto. Conforme a autora, na República Dominicana, por exemplo, o fluxo de imigrantes que entra no país é composto por 79,2% de haitianos, os quais se inserem nos setores agropecuários, de construção, comércio e outros serviços. Em 2012, 83,6% dos

trabalhadores imigrantes do setor agrário trabalhavam de maneira informal, enquanto para trabalhadores do setor de construção a taxa era de 91% na informalidade.

Nesse sentido, para Herrera Flores (2000), no contexto das forças produtivas e relações sociais de produção, para refletir sobre um direito humano como o direito ao trabalho, não basta conhecer as novas formas de produção de bens e os novos produtos tecnológicos que predominam na nova fase de acumulação capitalista. É relevante reconhecer que a produção passa por um processo de reestruturação e remanejamento, com consequências ao conceito de trabalho, como em relação a desregulamentação, flexibilidade, informalidade e outras questões, das quais pode-se ter como ponto da análise, por exemplo, a situação dos imigrantes na nova reestruturação produtiva, em que quem produz não é quem consome.

Assim, considerando as maneiras como se produz, as relações sociais de produção decorrentes e as reestruturações dos modos de trabalho em tempos de capitalismo, pode-se identificar como o sujeito imigrante está inserido nesse âmbito. Se as forças produtivas se referem aos tipos e condições de trabalho, pode-se dizer que nessa circunstância os imigrantes são expostos a tipos de trabalhos sobretudo informais e para os quais geralmente falta mão de obra nacional e, se as relações sociais de produção decorrentes dizem respeito a forma de se relacionar dos sujeitos e determinam como esses acessam ou não os bens necessários a uma vida digna, tem-se que os imigrantes indocumentados e em condição irregular, enquanto expostos a trabalhos informais e sem ter seus direitos garantidos, em tratamento desumano e exploratório, são colocados em uma posição de alvos de violações de direitos humanos e de falta de condições para acessar os bens necessários a uma vida digna. Isso porque, conforme se observa, os imigrantes trabalhadores indocumentados são explorados no mercado de trabalho, sendo desejados enquanto mão de obra barata com a ideia de que não terão os mesmos direitos que os nacionais e, assim, terão um custo reduzido para os empregadores.

A partir desses elementos, então, pode-se compreender como o trabalhador imigrante é tratado no que tange aos seus direitos. Se a falta de garantia dos direitos trabalhistas acentua a situação de vulnerabilidade desses imigrantes, cabe identificar qual é o posicionamento da Corte IDH nesse sentido. Na OC em comento (CORTE IDH, 2003), a Corte IDH expôs que geralmente os imigrantes se encontram em situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos em relação aos nacionais de um Estado. Em relação à situação de irregularidade, a Corte entendeu que o fato de um imigrante estar em condição irregular não pode ser justificativa para privá-lo do gozo dos direitos humanos, inclusive os de caráter trabalhista. Ao mesmo tempo, o Tribunal reconheceu que os Estados podem adotar tratamento diferenciado entre imigrantes documentados e indocumentados, nacionais e imigrantes, sempre e quando esse

tratamento seja razoável, objetivo, proporcional e não lesione os direitos humanos. Entretanto, o direito ao devido processo deve ser garantido sempre que necessário, a todos os imigrantes sem qualquer discriminação e com todas as garantias mínimas asseguradas.

A Corte IDH frisou (2003), por vezes, a vulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes, citando o preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migratórios e seus Familiares, segundo o qual a situação de vulnerabilidade que com frequência se encontram esses trabalhadores e seus familiares é devida, entre outras questões, a ausência do Estado de origem e as dificuldades que esses enfrentam em razão de sua presença no Estado de destino. Ressaltou, ainda, que os trabalhadores imigrantes indocumentados são, frequentemente, empregados em condições menos favoráveis que as de outros trabalhadores e, em determinadas empresas, constituem um incentivo para buscar esse tipo de mão de obra com o objetivo de obter benefícios de concorrência desleal.

Diante disso, o Tribunal (2003) estabeleceu que os direitos trabalhistas dos imigrantes surgem da condição de trabalhador, entendida em sentido amplo, sendo que toda pessoa que realiza um trabalho remunerado adquire essa condição e, como consequência, os direitos dela decorrentes. Com isso, os imigrantes que exercem um emprego no Estado de destino, independentemente de sua condição migratória, adquirem os direitos humanos trabalhistas, sem qualquer discriminação. Ao assumir uma relação de emprego esse imigrante adquire direitos, que devem ser garantidos e reconhecidos, esteja ele irregular ou regular. Em contrapartida, os Estados não são obrigados a fornecer emprego aos imigrantes indocumentados, mas, quando o fazem, devem respeitar e garantir os direitos desses imigrantes enquanto trabalhadores, respeitando os *standards* mínimos internacionais e, considerando que nem sempre há harmonia entre os instrumentos jurídicos que regulam os direitos trabalhistas, deve-se aplicar as normas a partir de uma interpretação em que se aplique a norma que melhor proteja a pessoa humana.

Demonstram-se, assim, algumas perspectivas da Corte IDH a respeito dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes. Considerando a interpretação da Corte no sentido de que os Estados devem garantir os direitos humanos dos imigrantes independentemente do *status* migratório, seja regular ou irregular, tendo como requisito apenas a relação de trabalho em si, entende-se que a Corte tem uma visão emancipadora a respeito desses direitos e da proteção dos imigrantes enquanto sujeitos de direitos humanos. Se a realidade que os imigrantes enfrentam no âmbito trabalhista é a dos trabalhos informais, do desrespeito aos direitos trabalhistas e da dificuldade de acesso aos bens necessários a uma vida digna, desde as forças produtivas e relações sociais de produção que se colocam, a posição da Corte no âmbito do SIDH é de extrema relevância, ao passo que a partir da OC 18/2003, definiu *standards* mínimos

a serem cumpridos pelos Estados em torno dos direitos humanos dos imigrantes que se encontrem em seus territórios, sobretudo aqueles de caráter trabalhista.

Isto posto, o elemento discutido a seguir é o do desenvolvimento. Esse elemento diz respeito aos processos de criação das condições necessárias para o acesso aos bens básicos para uma vida digna, que ora permitem, ora impedem esse acesso. Conforme Herrera Flores (2000), não pode haver direitos humanos sem que haja desenvolvimento, de modo que o desenvolvimento influi nas condições para o acesso aos bens e conseqüentemente na questão da dignidade humana. Nesse âmbito, questiona-se sobre o elemento do desenvolvimento nas relações e processos que envolvem o fenômeno migratório e as migrações forçadas, posto que esses fluxos tratam de migrações cujo fator central tem sido o da irregularidade que, como visto, acaba por impedir o acesso dos imigrantes e a efetivação de muitos dos direitos humanos. Como ponto de reflexão nesse contexto, cabe discutir sobre a OC nº 21/2014 e os casos contenciosos “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, “Vélez Llor vs. Panamá” e “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”.

Assim, cabe dispor inicialmente sobre a OC e os casos contenciosos mencionados, identificando os principais direitos e conteúdos envolvidos, tendo em conta desde já o elemento do desenvolvimento. Sendo o desenvolvimento indispensável para os direitos humanos e para o desenvolvimento das potencialidades humanas, a discussão nesse aspecto terá como ponto de reflexão os direitos das crianças imigrantes e seus familiares. Tanto a OC nº 21 de 2014 como os casos ora selecionados envolvem direitos de crianças em contexto migratório, desde o direito à nacionalidade aos decorrentes, como o direito à educação.

Na referida OC (2014), os Estados solicitantes mencionaram que na América Latina cerca de 6 milhões de pessoas haviam migrado entre os países da própria região, incluindo uma grande quantidade de crianças. Dentre essas crianças, algumas migram acompanhadas dos pais ou familiares enquanto outras migram desacompanhadas. Um dos questionamentos realizados na OC foi a respeito da utilização da privação da liberdade de imigrantes, incluindo as crianças, pela infração de normas migratórias, o que claramente influi no desenvolvimento dessas crianças e acarreta em violações dos direitos humanos.

Nessa linha, a Corte mencionou (2014) o caso “Vélez Llor vs. Panamá”, a partir do qual reconheceu a incompatibilidade com a CADH das medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, em particular os de caráter irregular. A Corte compreendeu, então, que a privação de liberdade de crianças imigrantes de modo algum pode ser entendida como uma medida que responda ao interesse superior da criança, posto que

existem medidas menos gravosas e essa seria considerada como arbitrária e contrária a CADH e a DADH.

Em relação à proteção das crianças imigrantes, a Corte IDH (2014) dispôs que essa proteção deve se dar respeitando os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, os quais devem implementar-se com todo sistema de proteção integral. Dentre esses, destacou-se o princípio da não discriminação, do interesse superior da criança, de respeito ao direito a vida, sobrevivência e desenvolvimento, e o princípio de respeito a opinião da criança em todo procedimento que a envolva. A Corte definiu, ainda, a necessidade de que os Estados avaliem o requerimento de medidas especiais nos termos desses princípios e dos direitos humanos, levando em conta fatores pessoais, como em relação ao fato de ser parte de um grupo étnico minoritário, possuir alguma incapacidade, assim como qualquer outra característica da criança, a fim de determinar quais medidas adicionais devem ser adotadas para a melhor proteção da criança.

Dessa forma, a Corte IDH (2014) expôs com detalhes, como se observou, todos os parâmetros que devem ser adotados e respeitados pelos Estados nos procedimentos migratórios que envolvam crianças. A partir desses, deve-se assegurar a privacidade, segurança, o tratamento individualizado, a consideração da opinião da criança, a realização do procedimento com profissionais qualificados e em um ambiente amigável, em um idioma compreendido pela criança e de modo que se reconheça sua cultura e lhe sejam disponibilizadas todas as informações pertinentes acerca dos procedimentos. Além disso, os procedimentos iniciais devem identificar a idade da criança, a sua condição enquanto acompanhada, desacompanhada ou separada, bem como sua nacionalidade ou condição de apátrida.

Quanto a reunião familiar, o Tribunal (2014) estabeleceu que as crianças imigrantes têm o direito de viver com sua família, a fim de satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas. Isso se relaciona claramente com o elemento do desenvolvimento, posto que a reunião familiar no contexto das migrações forçadas constitui, quando possível, fator essencial para o desenvolvimento da criança, sobretudo considerando que ela já se encontra em situação de vulnerabilidade enquanto imigrante e, ao se encontrar separada ou desacompanhada da família, isso se acentua, influenciando em seu desenvolvimento enquanto criança.

Nessa linha, a Corte (2014) dispôs que as medidas a serem aplicadas às crianças em situação irregular devem atender a proteção integral dos direitos da criança imigrante. Essas medidas devem ter um caráter alternativo em oposição ao privativo de liberdade, sendo definidas a partir da lógica da proteção integral, de modo a proporcionar o pleno disfrute de todos os direitos reconhecidos na CADH sobre os direitos da criança e em outros instrumentos,

como os relacionados ao direito à saúde, alimentação adequada e educação, satisfazendo as necessidades materiais, físicas e educativas básicas, o cuidado emocional, a segurança da proteção efetiva contra qualquer tipo de abuso, exploração ou forma de violência e alojamentos em condições adequadas e que permitam assegurar todos esses direitos, garantindo o pleno desenvolvimento da criança. Ainda, quando se tratar de crianças desacompanhadas ou separadas, o direito internacional impõe a adoção de medidas especiais atendendo a essa particular situação, com todas as garantias judiciais.

Além disso, a Corte (2014) definiu entendimento amplo em torno do princípio da não devolução (*non-refoulement*), que constitui proteção em torno das pessoas refugiadas ou solicitantes de asilo. Nessa circunstância, o entendimento da Corte foi no sentido de que esse princípio se aplica, também, conforme o artigo 22.8 da CADH, a qualquer estrangeiro quando seu direito a vida ou liberdade esteja em risco de violação, e não somente a refugiados ou solicitantes de asilo, o que se aplica, dessa forma, às crianças imigrantes e seus familiares.

Diante desses parâmetros estabelecidos pela Corte IDH (2014) na OC em comento, pode-se identificar as perspectivas do Tribunal em torno dos direitos humanos das crianças imigrantes. Com isso, entende-se que pelos *standards* definidos pela Corte, essa contemplou os direitos das crianças imigrantes de forma detalhada e em sentido amplo, reconhecendo direitos e garantias das crianças em contexto de migração forçada e em condição irregular e a responsabilidade dos Estados em garantir esses direitos e a proteção integral da criança, em caráter emancipatório dos direitos das crianças imigrantes.

Para Cernadas, García e Salas (2014), a mencionada OC pode ser tida como uma ferramenta transcendental para garantir e promover os direitos humanos das crianças e adolescentes imigrantes. Essa OC consolida *standards* de direitos e tem um importante impacto ao fixar diretrizes em relação as obrigações dos Estados da região em termos de adequação normativa, fixando limites para as políticas de controle migratório e de modo a promover a proteção integral dos direitos humanos das crianças e adolescentes imigrantes.

Em contrapartida, mesmo que se tenham esses parâmetros no âmbito do SIDH, ao se observar os casos contenciosos pode-se identificar, com maior aproximação à realidade, como os Estados tem atuado sobre as migrações que envolvem crianças e familiares. Cabe discutir, dessa maneira, os casos “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, “Vélez Loor vs. Panamá” e “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, posto que todos envolvem, com exceção do “Vélez Loor” que trata do direito à saúde, crianças imigrantes.

No caso “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” (CORTE IDH, 2005), foi solicitado o registro tardio de nascimento das crianças Yean e Bosico, o qual foi negado de forma arbitrária pelas autoridades competentes, momento em que lhes foram exigidos diversos documentos, para além dos previstos legalmente, com caráter discriminação. Conforme disposto, os imigrantes vivem em locais distantes da cidade, o que faz com que seja difícil o acesso aos hospitais – tanto pela falta de recursos econômicos como pelo temor da denúncia por parte dos funcionários – e, após o nascimento, aos locais que emitem a documentação de nascimento. Assim, os filhos de imigrantes que se encontram em situação irregular na República Dominicana são expostos a um limbo de proteção, posto que o direito à nacionalidade e registro de nascimento é negado, o que se reflete em outros direitos decorrentes da relação com um Estado e diretamente ao acesso aos bens necessários a uma vida digna e ao desenvolvimento. Considerando que o presente caso envolve menores de idade, a Corte IDH frisou que o Estado deveria ter levado em conta que as vítimas fazem *jus* a proteção especial, a partir dos deveres da família, da sociedade e do Estado, além de afirmar que há especial gravidade quando as vítimas de violações de direitos humanos são crianças.

Segundo o entendimento da Corte (2005), de acordo com os princípios de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação, ao regular os mecanismos de outorgamento da nacionalidade, os Estados devem se abster de produzir regulações discriminatórias ou que tenham efeitos nesse sentido, assim como devem evitar que o número de apátridas aumente. Ainda, cabe frisar que o critério adotado para concessão de nacionalidade na República Dominicana é o do *jus soli* e, considerando que as crianças nasceram em território dominicano e não se enquadravam em nenhuma das exceções constitucionais, faziam *jus* a concessão desse direito.

A Corte IDH (2005) considerou que a falta de reconhecimento da personalidade jurídica – posto que não foi concedida a nacionalidade – lesiona a dignidade humana, já que nega sua condição de sujeito e torna o indivíduo vulnerável frente a não observância de seus direitos pelos Estados. No caso concreto, a República Dominicana manteve as vítimas em um limbo legal, sendo que mesmo existindo e estando inseridas em um contexto social, elas não pertenciam a nenhum Estado, ora, não tinham personalidade jurídica, nem sequer o direito ao nome. Além disso, pode-se dizer que o desenvolvimento foi plenamente afetado, posto que a condição de vulnerabilidade a que as crianças foram expostas gerou efeitos inclusive no direito à educação, sendo que Violeta, por não possuir documentação, foi impedida de estudar na escola regular, tendo permitida somente a matrícula em turma noturna com adultos, em caráter violação da proteção integral da criança.

Nesse sentido, Cernadas, García e Salas (2014) advertem, acerca das migrações que envolvem crianças, que há uma falta de perspectiva da infância nas políticas migratórias, resultando em medidas inadequadas desde um enfoque dos direitos da criança, sendo essa característica comum na região latino-americana. Isso se reflete em questões essenciais, como na proteção da infância, na inexistência de informações sobre o impacto do fenômeno migratório na vida das crianças e adolescentes, na insuficiência dos programas de capacitação em direitos humanos da criança e na escassa aplicação dos *standards* sobre os direitos da criança nas legislações e políticas migratórias dos países. Com isso, as crianças imigrantes ou filhas de imigrantes se veem restringidas de acessar uma série de direitos civis e sociais devido ao seu *status* migratório ou de sua família, podendo-se mencionar as seguintes situações: as restrições ao exercício de direitos como o direito à saúde e educação; e os obstáculos para o registro do nascimento, o direito ao nome e nacionalidade, com especial intensidade na República Dominicana.

Dessa forma, diante do elemento do desenvolvimento e considerando a problemática central do presente caso que se refere em torno do direito à nacionalidade, pode-se dizer que ao negar a uma criança imigrante ou filha de imigrantes o direito à nacionalidade, ao nome, personalidade jurídica e registro de nascimento – mesmo quando, conforme a própria legislação interna, ela faria *jus* a esse direito e há, em âmbito internacional, cooperação no sentido de evitar a apatridia¹⁰³ –, nega-se o mais básico dos direitos e, para além disso, o desenvolvimento dessa criança em sentido amplo. Isso porque o elemento do desenvolvimento diz respeito aos processos de criação das condições necessárias para o acesso aos bens básicos para uma vida digna, e, ao negar a nacionalidade e o vínculo jurídico-político com um Estado às crianças em contexto migratório, as condições de acesso a esses bens se torna escassa, quando não inexistente, posto que tem reflexos em direitos como o da educação, de acesso aos serviços de saúde, entre outros, que afetam diretamente a vida das crianças e são completamente contrários a proteção integral, aos *standards* definidos pela Corte IDH e ao pleno desenvolvimento das potencialidades da criança.

O segundo caso contencioso discutido a partir do elemento do desenvolvimento é do “Vélez Loor vs. Panamá” (2010), cuja questão central a ser comentada é referente ao direito à saúde e aos centros de detenção e alojamento dos imigrantes. Nesse caso, o sr. Vélez Loor foi detido no Panamá por estar em condição irregular, sendo submetido a atos de violência, falta de alimentação, água potável e de acesso a um atendimento efetivo em saúde. A Corte IDH

¹⁰³ Na região, República Dominicana representa 99% de casos de apatridia, com ao menos 210.000 casos no final de 2014. (CIDH, 2015, p. 29)

reconheceu que os imigrantes em situação irregular ou indocumentados são os mais expostos às violações de direitos humanos.

Nesse ambiente, o Tribunal (2010) dispôs que mesmo que os Estados tenham liberdade acerca das políticas migratórias definindo os mecanismos de ingresso em seus territórios, as normas de direitos humanos devem ser respeitadas. Assim, no presente caso em diversos momentos o direito à liberdade pessoal da vítima foi violado, assim como o direito à saúde, posto que Vélez Loor teve problemas de saúde enquanto detido e, no fornecimento de atendimento médico, os exames solicitados foram negados pelos custos que teriam¹⁰⁴. O desenvolvimento, nesse contexto, acaba por ser inviável, sendo que o acesso aos bens necessários a uma vida digna foi completamente negado no momento de detenção da vítima, que foi exposta a condições desumanas e degradantes, incluindo atos de tortura, os quais não foram objeto de efetiva investigação por parte do Estado responsável.

Considerando as condições precárias dos centros de detenção em que os imigrantes são detidos no Panamá, em 2020 foi solicitado à Corte, pelo presente caso, a adoção de medidas urgentes, considerando a pandemia do Covid-19. Essa solicitação diz respeito sobretudo ao centro La Peñita, principal centro destinado ao alojamento de imigrantes na região, que estava com superlotação, além do fato de que os imigrantes foram expostos a detenções arbitrárias e sem um tratamento individualizado com base na proporcionalidade. (CORTE IDH, 2020).

No centro La Peñita, a adoção das medidas recomendadas pela OMS de contenção da pandemia foi inexecutável, posto que pela superlotação não havia como se adotar as principais medidas, como as de isolamento, distanciamento social e higiene. Foram identificados problemas como falta de fornecimento suficiente de água, alimentos, de ventilação, graves carências de higiene, falta de informação e de separação de grupos com maior vulnerabilidade. O centro, com capacidade para abrigar 200 pessoas, estava com o total de 1.766, incluindo crianças e mulheres grávidas, tendo casos positivos de Covid-19 sem os necessários atendimentos em saúde e medicamentos. A presidência da Corte, em âmbito de urgência, recebeu a solicitação e emitiu resolução determinando que o Estado panamenho adotasse medidas compatíveis com as recomendadas pela OMS em relação ao combate ao coronavírus, a fim de garantir o direito à saúde e aos serviços essenciais, e em respeito aos direitos humanos, de modo a proteger efetivamente os imigrantes que se encontravam em seu território (CORTE IDH, 2020).

¹⁰⁴ [...] como doente, é preciso que seja tratado (isso por ele mesmo, e talvez muito mais para a segurança dos “outros”), mas que seja da forma mais rápida e econômica, sem tomar sempre o tempo e o cuidado que uma situação particular requer. (SAYAD, 1998, p. 59).

Sobre o centro La Peñita, Winters (2019) explicou que nesse chegam imigrantes vindos de caminhos pela selva, sendo mantidos no local até que possam ser enviados para outro país. Nesse momento os imigrantes são contados, revistados, vacinados e as autoridades registram seus dados biométricos para compartilhar com a Interpol e decidir sobre o prosseguimento da viagem. O autor dispõe que La Peñita é considerada como uma comunidade indígena, com condições precárias, tanto para os imigrantes como para a comunidade que vive no local. O local do alojamento consiste em um grande galpão de espaço único, coberto de zinco, que anteriormente era utilizado para armazenar produtos agrícolas. No entorno do local há uma pequena área de cozinha e alguns banheiros portáteis, sendo localizado no meio da comunidade que, ao redor, em suas casas, faz pequenos negócios para gerar renda e apoiar os imigrantes, como a partir da venda de alimentos. A partir do caso em comento, pôde-se verificar claramente as más condições do local, reforçada pelo autor.

Se o desenvolvimento se refere aos processos e condições necessárias para o acesso aos bens para uma vida digna, é fato que os imigrantes que se encontram em contexto de migração forçada e condição irregular no Panamá tem sua situação de vulnerabilidade acentuada, posto que são abrigados em alojamentos precários e sem acesso aos mais básicos bens, como água potável, alimentação e tendo a saúde debilitada. Isso se acentua em tempos de pandemia, sendo que as medidas recomendadas pela OMS, como restou claro, não podem ser adotadas, colocando os imigrantes em risco e sem os serviços de saúde e atendimento médico necessários.

Figura 4 – Tirinha publicada sobre centro de detenção para imigrantes.

Imagen 1 - Dibujo publicado en el periódico popular El Siglo, 20 febrero 2019



Fonte: (WINTERS, 2019).

A partir da tirinha publicada em jornal de grande circulação (WINTERS, 2019), visualiza-se, também, a estigmatização em torno dos imigrantes e do fenômeno migratório por parte dos nacionais. Isso porque, diante das precárias condições do centro La Peñita, o Estado panamenho elaborou um projeto de obras e reformas, entretanto, esse foi mal visto pela sociedade nacional, conforme exposto na imagem. Demonstra-se, assim, que para além de ter seus direitos violados constantemente, sendo expostos a condições desumanas, os imigrantes ainda enfrentam o olhar xenófobo da sociedade que o vê como um ser estranho e indesejável, que vem para tirar algo dos nacionais. Nesse caso, o fato de o Estado investir dinheiro na reforma de um centro para imigrantes, fez com que o jornal de grande circulação no Panamá ironizasse a situação, demonstrando sua insatisfação em relação a ajuda aos imigrantes.

Assim, se o elemento do desenvolvimento demonstra que os imigrantes são constantemente impedidos de acessar os bens necessários para uma vida digna, incluindo os mais básicos como água, alimentação, saúde, entre outros, para além dessa preocupação, tem-se a questão do olhar que a sociedade do país de destino vê o imigrante, o que se reflete também nesse âmbito. Negam-lhes direitos, assim como pensam em negar-lhes a possibilidade de viver com o mínimo de dignidade humana.

Por fim, o último caso a ser discutido a partir do elemento do desenvolvimento é o “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana” (CORTE IDH, 2014a). O referido caso diz respeito sobretudo a detenção e expulsão arbitrária e coletiva do território dominicano de diversos imigrantes de origem haitiana e dominicanos de ascendência haitiana, inclusive de crianças, sem o devido processo e garantias judiciais. A principal característica desse caso centra-se na problemática da expulsão coletiva e massiva de imigrantes, documentados e indocumentados, incluindo imigrantes que tinham residência permanente e vínculo laboral e familiar no país, de forma arbitrária, discriminatória e sem a garantia de quaisquer de seus direitos.

Mais uma vez, a Corte IDH (2014a) mencionou a vulnerabilidade e a questão socioeconômica dos imigrantes de origem haitiana que se encontram na República Dominicana, assim como a discriminação com que esses são tratados. Como disposto em caso anterior, foi ressaltada a questão do local em que esses imigrantes vivem, afastados da cidade e com más condições de vida, falta de acesso aos serviços básicos e escassa comunicação com a cidade, demonstrando a preocupação da Corte com a pobreza, exclusão e discriminação em torno dos imigrantes. Conforme disposto pelo Tribunal (2014a), um dos fatores centrais da discriminação sofrida por esses imigrantes diz respeito a discriminação baseada na cor e nacionalidade, com o que a percepção da maioria dos dominicanos é de que sua tonalidade de pele os distingue dos

haitianos, os quais são, por vezes, chamados por termos como “ignorantes”, “sujos”, “ilegais” e “delinquentes”. Rangel (2020) dispõe, nesse contexto, que a temática das migrações na República Dominicana tem a condição étnico-racial como característica, de modo que a invisibilização da discriminação no país afeta seu combate, não somente em relação aos imigrantes haitianos, mas também aos dominicanos de pele mais escura, que são confundidos com imigrantes e, muitas vezes, detidos, em situação de vulnerabilidade e discriminação.

Um dos problemas centrais do presente caso (CORTE IDH, 2014a), se refere a questão da obtenção de documentação de cidadania para haitianos e dominicanos de ascendência haitiana. Isso se reflete diretamente na vida das crianças imigrantes, assim como exposto no caso “Las niñas Yean y Bosico”, de modo que a obtenção da certidão de nascimento e de cidadania no território dominicano é dificultada, tanto pelo problema de acesso à cidade, como pela discriminação imposta aos imigrantes pelas autoridades públicas, que impõe obstáculos ilegais para impedir a concessão da documentação.

Como mencionado no caso “Las niñas Yean y Bosico” o critério adotado na República Dominicana é do *jus soli*, admitindo exceções, das quais não se enquadram as crianças filhas de imigrantes. Entretanto, a partir do caso em comento, “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana” (CORTE IDH, 2014a), foi exposto que em 2010 foi publicada uma reforma na Constituição dominicana, adicionando uma terceira exceção a respeito da aquisição da nacionalidade, dispondo que não serão dominicanas as pessoas nascidas em território nacional, filhas e filhos de estrangeiros que estejam em trânsito ou residam ilegalmente no território. Essa reforma se deu no sentido de impedir o direito à nacionalidade das crianças filhas de imigrantes, sobretudo considerando que a maioria desses imigrantes, pelo menos o pai ou a mãe em alguns casos, se encontra em situação irregular no país. Assim, tem-se claramente uma ação do Estado a fim de impedir que essas crianças tenham uma nacionalidade e, conseqüentemente, um vínculo jurídico-político com o Estado, deixando-as em situação de apatridia e em um limbo de proteção, em caráter totalmente discriminatório, pelo simples fato de serem filhas de imigrantes.

A Corte (2014a) se manifestou acerca dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome, a nacionalidade e identidade, em relação aos direitos da criança e da igualdade perante a lei, determinando que os mesmos foram violados pelo Estado dominicano. Esses mesmos direitos são repetidamente violados pela República Dominicana, sendo que no caso abordado anteriormente, “Las niñas Yean y Bosico”, também o foram, em caráter discriminação às crianças filhas de imigrantes.

Já o outro problema central do presente caso diz respeito a detenção e expulsão arbitrária de famílias imigrantes do território dominicano. Como exposto em item anterior, dentre algumas particularidades no tratamento de cada família no momento da detenção e expulsão, tem-se comum o fato de que muitas famílias compostas por imigrantes foram vítimas de abusos de funcionários estatais, os quais invadiram suas casas, os levaram para cadeias e após, sem qualquer comprovação de documentação e devido processo, foram levados em um furgão para a fronteira com o Haiti, além de que não consta nenhum registro dessas deportações. Nesse âmbito, a Corte (2014a) estabeleceu que o Estado violou os direitos à proteção da honra e dignidade e a proteção da família, assim como os direitos das crianças e a reunião familiar. A República Dominicana, ao causar detenções e expulsões arbitrárias desses imigrantes, violou também a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros e a proibição de expulsão de nacionais, além dos direitos de proteção judicial, garantias judiciais e devido processo, entre outros.

Cernadas (2011) advertiu, a esse respeito, que uma das pendências nas leis latino-americanas em matéria de controle migratório, se refere à criminalização da migração irregular. O autor se refere a criminalização em sentido estrito, pelo fato de considerar como delito certas infrações à lei migratória, como em relação ao ingresso ou permanência de maneira irregular em um determinado território. Outra questão apontada pelo autor acerca da matéria de controle migratório é a privação de liberdade de migrantes não como pena, mas como medida cautelar no marco dos procedimentos de expulsão do país, posto que são muitos os países que preveem a detenção de imigrantes durante a tramitação desses procedimentos. Assim, são adotadas medidas de caráter criminal, com detenções prolongadas, arbitrárias e em estabelecimentos penitenciários, como ocorreu no caso comentado, em relação às infrações de índole administrativa. Isso também se visualiza, para o autor, no sentido de que em muitas leis não se estabelecem sanções de respostas alternativas que permitam a permanência no país de destino, seja por razões familiares, de emprego, ou pelo simples fato de priorizar uma medida que não implique na saída do território. Essa ausência faz com que prevaleça uma resposta simples, limitada e ineficaz, a de expulsão, sobre um fenômeno complexo e multidimensional como o da migração irregular.

Dessa forma, também não há como se falar em desenvolvimento e garantia dos direitos humanos quando os imigrantes e seus familiares são detidos e expulsos de forma arbitrária, sem qualquer garantia de devido processo, do país de destino. Ainda, sequer há desenvolvimento quando o mais básico dos direitos, da nacionalidade e registro de nascimento, é impedido às crianças filhas de imigrantes, deixando-as em situação de apatridia e sem qualquer proteção, o

que se reflete nos demais direitos. Tudo isso pela simples condição de ser imigrante e, sobretudo, ser imigrante em condição irregular.

Nesse sentido, conforme se extrai dos casos em comento e considerando o elemento do desenvolvimento, segundo o qual tem-se os processos de criação das condições necessárias para o acesso aos bens básicos para uma vida digna, que ora impedem ora permitem esse acesso, pôde-se identificar o fenômeno migratório e os direitos dos imigrantes nesse contexto. Assim, como visto a irregularidade tem sido o fator central das migrações internacionais, colocando os imigrantes em uma situação de vulnerabilidade que é acentuada por ações dos Estados de destino. A partir da OC nº 21/2014, na qual a Corte discutiu direitos das crianças imigrantes, foram definidos *standards* de proteção que devem ser cumpridos pelos Estados de forma ampla, de modo a promover os direitos humanos das crianças imigrantes. No entanto, diante dos casos contenciosos, foi possível identificar como os Estados tem atuado em relação aos direitos humanos dos imigrantes, com o que alguns temas centrais foram discutidos: no caso “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” tem-se a problemática principal do direito à nacionalidade que se refletiu em outros direitos das crianças filhas de imigrantes; no caso “Vélez Lloor vs. Panamá” foi exposta a questão do direito à saúde e dos centros de detenção para imigrantes, os quais possuem condições precárias e em violação aos direitos humanos, inclusive em tempos de pandemia; e o caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, em que foi discutida, também, a problemática do direito à nacionalidade às crianças filhas de imigrantes e os demais direitos consequentes, assim como a questão das detenções arbitrárias e expulsões coletivas de imigrantes em caráter desrespeito aos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Diante disso, sendo o desenvolvimento indispensável para os direitos humanos e para o desenvolvimento das potencialidades humanas, pode-se dizer que o fenômeno migratório, sobretudo o que envolve as migrações forçadas e em condição irregular, carecem de desenvolvimento ao mesmo tempo que carecem de garantia dos mais básicos direitos. Como visto, a forma com que os imigrantes, incluindo suas famílias e as crianças, são tratados, acaba acentuando sua condição de vulnerabilidade, ao passo que lhes negam os mais básicos direitos e, conseqüentemente, impedem o desenvolvimento de suas potencialidades e o acesso aos bens necessários para uma vida digna. Pela condição de ser imigrante em um mundo desigual em que os interesses do capitalismo se sobressaem, os imigrantes são vistos a partir das lentes da discriminação, de modo que são invisibilizados enquanto sujeitos de direitos e da dignidade humana.

Por conseguinte, tem-se o elemento das instituições, a partir do qual, para Herrera Flores (2009), é indispensável tomar conhecimento sobre as instituições, ao passo que essas se envolvem nos processos de luta pela dignidade humana e, dessa forma, se referem a espaços de mediação nos quais se consolidam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Com isso, o elemento institucional dos direitos humanos descortina-se como relevante no contexto dos processos de lutas pela dignidade humana, contemplando normas, regras e procedimentos que articulam hierárquica e burocraticamente a resolução de conflitos ou a satisfação de demandas.

Herrera Flores (2000) reforça a importância do elemento institucional dos direitos humanos, no sentido de que as instituições fornecem suporte para as teorias, dando-lhes a capacidade de durar, de serem transmitidas e de resistir a possíveis deformações. A partir desse elemento, intenta-se abordar a atuação da Corte IDH enquanto instituição no que tange aos direitos humanos relacionados ao fenômeno migratório, assim como os principais mecanismos de proteção dos direitos humanos dos imigrantes no SIDH, tendo como marco de discussão, sobretudo, os casos “Vélez Loor vs. Panamá”, “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” e “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”.

Primeiramente, cabe identificar, a partir dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos constantes no SIDH, as normas que dizem respeito ao direito migratório. Conforme exposto brevemente em ocasião anterior, o direito migratório pode ser compreendido como um direito humano a partir do artigo XIII da DUDH, entretanto, não há uma proteção direta e específica nos principais instrumentos do SIDH em relação ao direito de imigrar, posto que da leitura da CADH, DADH, e PIDCP, vê-se que, com exceção da DADH, os demais têm menção ao direito de livre circulação e de sair de um Estado, ou seja, de emigrar. A partir dos artigos 22.1 e 22.5 da CADH, art. 12, § 1º ao 4º do PIDCP e art. XIII da DUDH, pode-se identificar que há previsão abstrata ao direito migratório, de circulação e residência, sobretudo para pessoas que se encontrem legalmente em determinado território, o direito de ingressar no Estado do qual seja nacional e o direito de emigrar. São esses os artigos que podem ser considerados como referentes ao direito migratório, entretanto, só preveem diretamente o direito circulação e residência e de emigrar, ora, de sair de um Estado, enquanto o direito de imigrar, de ingressar em um Estado que não o nacional, não é expressamente previsto. Isso acaba deixando em um limbo de proteção os imigrantes que necessitam deixar o país de origem e buscar condições de vida em outros territórios – e não se enquadram na situação de refúgio –, posto que não há expressamente a garantia do direito de imigrar, especialmente se tratando

das migrações forçadas, em que muitos imigrantes estão indocumentados e, com isso, irregulares.

Não há previsão particular de tratamento e proteção de direitos especificamente para esses imigrantes, sendo que a migração regular é constantemente dificultada – não se trata aqui dos turistas ou imigrantes com condições financeiras que migram para determinados fins cujo elemento vontade é o característico –, ao passo que, quando conseguem ingressar de forma ilegal ou irregular em determinado Estado, ao serem encontrados, são expostos a tratamentos desumanos e sem qualquer direito garantido, como pôde-se observar dos casos contenciosos, sem a possibilidade de obter a regularização migratória a partir do devido processo e das garantias judiciais, direitos que não lhes são minimamente garantidos. Assim, considerando que já foram comentados alguns dos principais direitos envolvidos e violados pelos Estados nos casos contenciosos em ocasião anterior, o foco central de discussão nesse ponto, a partir do elemento das instituições, é em relação aos procedimentos usados nessas migrações e as garantias reconhecidas pela Corte IDH.

Diante dos casos contenciosos trabalhados, cabe retomar alguns nesse contexto. No caso “Vélez Lloor vs. Panamá”, o sr. Vélez Lloor foi detido, levado ao departamento de migração e, no momento que foi preenchido um documento com suas informações, a diretoria desse departamento do governo emitiu uma ordem de detenção, com o que a vítima foi transferida para a Prisão Pública de La Palma, pois não havia na região centros específicos para imigrantes. Já no caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, grupos de imigrantes foram detidos e levados a um quartel militar, em que agentes deram como possibilidade aos imigrantes trabalhar no campo ou pagar uma quantia para que fossem levados para a fronteira com o Haiti. Com isso, os imigrantes juntaram uma quantia em dinheiro e pagaram para os militares os levarem para a fronteira. As vítimas em momento algum foram postas oficialmente em detenção, não foram informadas de que haviam feito algo ilegal e não foi permitido contato com advogado ou com a embaixada haitiana, ou seja, não foi conferida qualquer possibilidade de defesa ou de regularização, assim como não foi garantido nenhum direito como o do devido processo e das garantias judiciais, em um procedimento claramente arbitrário. Do mesmo modo, no caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, grupos de imigrantes, incluindo famílias inteiras, foram detidos e expulsos do território dominicano de forma arbitrária, sem o devido procedimento de expulsão constante nas normas de direito interno e em um contexto de expulsão massiva e coletiva de imigrantes – o que é proibido pelo

direito internacional –, dentre imigrantes documentados e indocumentados, os quais possuíam vínculos laborais, familiares e residência permanente no Estado¹⁰⁵.

Nos casos em comento, pode-se identificar em comum a arbitrariedade dos procedimentos migratórios e o desrespeito aos direitos humanos dos imigrantes, das garantias judiciais e do devido processo. Em julgamento, a Corte IDH reconheceu as medidas restritivas de liberdade aplicadas às vítimas não estavam relacionadas com o cometimento de algum delito penal, mas eram tão somente uma reação a sua condição migratória irregular decorrente do ingresso no Estado por meios não autorizados e sem portar os documentos necessários.

A esse respeito, o Tribunal mencionou que, diferente da CEDH, a CADH não estabelece limites ao exercício da garantia constante no artigo 7.5, de que toda pessoa detida deve ser conduzida à presença de um juiz ou autoridade competente pela lei, tendo o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou posta em liberdade. Essa garantia deve ser cumprida sempre que exista a detenção de uma pessoa em decorrência de sua condição migratória, com o que a revisão judicial deve ser realizada sem demora, de modo que garanta o cumprimento da lei e o efetivo gozo dos direitos do detido, considerando sua condição de vulnerabilidade. Diante da atuação dos Estados nos referidos casos, esses violaram o artigo 7.5 da CADH, além de terem violado alguns dispositivos da própria legislação interna¹⁰⁶, como no caso do Panamá que violou artigo de um Decreto que estabelecia a obrigação de possibilitar ao detido a regularização de sua permanência no país ou de abandoná-lo por seus próprios meios em prazo prudente. Essas detenções foram, segundo a Corte, arbitrárias – as quais já são praticamente automáticas

¹⁰⁵ Cernadas, García e Salas (2014) advertem que, nas políticas migratórias latino-americanas, quase nenhum país estabeleceu medidas alternativas à detenção das famílias e praticamente não se tem exceções à detenção de adultos a fim de evitar a separação familiar com seus filhos. Dentre os países, os autores mencionam Venezuela e Uruguai que não permitem a detenção de adultos por razões migratórias, e Argentina e México que definiram um princípio de não detenção, com o que se vê que as medidas variam muito segundo cada país. No entanto, dispõem que a resposta ante a migração de crianças no território mexicano, é de sua detenção e posterior expulsão, sem contemplar os direitos nem garantias básicas, ora, sem considerar o interesse superior da criança. Essas detenções nos procedimentos migratórios, segundo os autores, são aplicadas por meio de eufemismos, como de segurança, apresentação, acomodação ou permanência e tem crescido ano após ano, tanto em relação às crianças desacompanhadas como às famílias imigrantes, sem o desenvolvimento de medidas alternativas.

¹⁰⁶ Conforme Rangel (2020), a Sentença 168 de 2013 do Tribunal Constitucional dominicano, ordenou a expulsão de imigrantes haitianos irregulares e, além disso, anulou direitos das crianças dominicanas nascidas em território dominicano, filhas de imigrantes que não residiam legalmente no território. Para a autora, isso é reflexo de um processo de dez anos de reformas legais contra os imigrantes haitianos, a partir das quais buscaram instalar um sistema de controle migratório com dispositivos institucionais que restringem a mobilidade socioeconômica dos imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana. Esse sistema objetiva impedir a fuga socioeconômica, pelos imigrantes, da pobreza e do trabalho pesado, de modo a impedir a ascensão à classe média dos profissionalmente qualificados. Com isso, ressalta a autora que essas medidas não buscam a eliminação física dos imigrantes. O que se busca, na realidade, é a inclusão haitiana dentro de uma subclasse de caráter hereditário, de modo a concretizar a exclusão social legalizada e burocratizada, cujo objetivo é dissuadi-los de aspirar o bem-estar. Isso se dá por meio do controle, não somente da entrada, mas também de quem já se encontra em território dominicano com, inclusive, a expulsão de filhos de haitianos que são dominicanos.

em casos de imigrantes irregulares –, sem fundamentos que demonstrassem a necessidade e considerassem as circunstâncias individualizadas, assim como sem a possibilidade de uma defesa perante instância administrativa, das vítimas serem ouvidas, contar com assistência jurídica, exercer o direito à defesa, audiência e contraditório, violando os artigos 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2.d, 8.2.e da CADH. Além desses, foi violado o artigo 22.9 da Convenção, sendo que em dois desses casos o Estado dominicano expulsou coletivamente estrangeiros, o que é expressamente proibido.

Os Estados, assim, não garantiram padrões mínimos de proteção aos direitos humanos dos imigrantes. Segundo a Corte IDH, em matéria de devido processo e em casos de deportação ou expulsão, o devido processo deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório, sem discriminação alguma, de modo a garantir os direitos dos imigrantes sem arbitrariedade. A Corte também ressaltou, nesses casos, a necessidade de proteção em casos de pessoas e grupos em vulnerabilidade, de acordo com a evolução do *corpus juris* internacional, segundo o qual deve-se proteger os direitos humanos dos imigrantes a partir de medidas especiais, com limites às políticas migratórias e a garantia dos direitos do devido processo e demais decorrentes.

Como observado, se o elemento das instituições inclui as normas, regras e procedimentos, sendo espaços de mediação nos quais se consolidam os resultados das lutas pela dignidade humana, dos casos comentados, pôde-se identificar algumas limitações no SIDH em relação à garantia do direito de imigrar e dos direitos humanos dos imigrantes. No entanto, enquanto os Estados têm violado os direitos dos imigrantes de forma arbitrária e discriminatória, a Corte IDH, enquanto instituição, têm atuado segundo perspectivas abrangentes, de modo a proteger e garantir os direitos humanos dos imigrantes e definir *standards* a serem seguidos pelos Estados nos procedimentos migratórios, potencializando os direitos previstos nos instrumentos internacionais a partir de uma interpretação e posição emancipadora dos direitos humanos nos processos de lutas pela dignidade humana que são no contexto das migrações forçadas.

Por fim, o último elemento abordado é o das narrações, disposto na segunda capa do diamante. Essas compreendem as múltiplas formas segundo as quais se definem os processos e fenômenos, sendo que a partir delas se definem os seres humanos e se legitimam ou questionam fenômenos, circunstâncias e situações. Dessa maneira, Herrera Flores (2009) afirma ser essencial estar atento às plurais e distintas narrações no campo dos direitos humanos, posto que um dos problemas do imperialismo colonial foi negar a possibilidade de os povos oprimidos contarem suas próprias narrações sobre os direitos e a dignidade humana, com o que o Ocidente

firmou uma narração conforme seus próprios interesses. É a partir da teoria crítica de direitos humanos que se busca possibilitar um outro olhar sobre esses direitos, considerando as distintas narrações e processos de lutas pela dignidade humana que, de certa forma, foram invisibilizadas pela concepção hegemônica. Daí que se pretende identificar as narrações da Corte IDH em relação ao fenômeno migratório e às migrações forçadas, a partir das OC e casos contenciosos trabalhados na presente pesquisa.

Conforme dispõe Engstrom (2017), é relevante levar em consideração, ao analisar o SIDH e para melhor compreendê-lo, o desenvolvimento normativo e institucional, destacando o papel do SIDH no avanço, interpretação e aplicação dos padrões de direitos humanos. A Corte IDH desempenha um papel fundamental no desenvolvimento das normas de direitos humanos, desenvolvendo padrões regionais que incorporam uma ampla gama de normas de direitos humanos. Para o autor, o SIDH é cada vez mais ambicioso, tanto em termos dos desafios que envolvem os direitos humanos, como em relação ao que exige dos Estados, com políticas de reparação que contemplam a compensação monetária às vítimas e também as reparações simbólicas, com demandas de reformas estatais e persecução criminal dos infratores individuais. Assim, cabe a partir do elemento das narrações, identificar a posição da Corte em relação aos direitos humanos dos imigrantes, sobretudo a partir das OC e casos contenciosos abordados, de modo a elucidar os principais *standards* de proteção desses direitos e, por outro lado, abordar, em âmbito de reparações e cumprimento das decisões, a (in)efetividade das decisões da Corte IDH em relação aos Estados.

Da primeira OC trabalhada, nº 18 de 2003 (CORTE IDH, 2003), identificam-se alguns parâmetros de proteção definidos pela Corte em torno dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes indocumentados. Nesse viés, definiu o Tribunal que os Estados devem respeitar e garantir os direitos humanos de todo trabalhador imigrante, independentemente de seu status migratório e sem qualquer discriminação. Com isso, os Estados devem adotar medidas positivas e evitar aquelas que limitem o exercício dos direitos dos imigrantes, respeitando os princípios da igualdade e não discriminação, sendo esses fundamentais para a salvaguarda dos direitos humanos tanto em âmbito interno quanto internacional e aplicáveis a todos os Estados, sejam parte ou não de determinado Tratado internacional. Da mesma forma, o devido processo e as garantias judiciais devem ser garantidos a todos os imigrantes, ao passo que sua condição migratória não pode, de modo algum, ser justificativa para privá-lo do gozo e exercício dos direitos humanos, dentre os quais destacam-se os de caráter trabalhista, esteja o imigrante regular ou irregular. Sendo sujeitos desses direitos, os imigrantes devem ter garantidos todos os meios para exercê-los, posto que a relação trabalhista em determinado Estado é o único

requisito para que o imigrante faça *jus* aos direitos decorrentes dessa relação, independentemente de seu *status* migratório e da regularidade no Estado.

Dessa maneira, a Corte IDH (2003), no decorrer da referida OC, reconheceu algumas limitações em relação às políticas migratórias e obrigações dos Estados para com os imigrantes irregulares, como por exemplo, em relação ao fornecimento de empregos em que entendeu que os Estados podem adotar políticas migratórias em que não sejam obrigados a conceder empregos aos imigrantes irregulares. Contudo, pode-se dizer que o Tribunal adotou uma perspectiva abrangente em torno dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes irregulares, ao passo que estabeleceu parâmetros de proteção de direitos para essas pessoas diante de uma relação trabalhista, seja qual for seu *status* migratório, com o que ao ser parte de uma relação trabalhista o imigrante faz *jus* a todos os direitos decorrentes, não sendo sua condição migratória impeditivo para o exercício e gozo desses direitos. Com isso, os Estados tem a liberdade de estabelecer políticas migratórias que não contemplem os imigrantes irregulares em relação ao fornecimento de empregos, mas, quando a relação de emprego existe, seja entre o imigrante e o Estado ou entre o imigrante e entidades privadas, os direitos humanos devem ser garantidos, a fim de evitar, sobretudo, a exploração e o interesse em mão de obra barata dos imigrantes, os quais são vistos sob um viés utilitarista em muitos Estados, visão a ser combatida pela Corte IDH enquanto instituição promotora dos direitos humanos e da dignidade humana.

Por conseguinte, a segunda OC discutida, nº 21 de 2014 (CORTE IDH, 2014), dispôs especialmente sobre os direitos humanos das crianças em contexto migratório. A esse respeito, a Corte IDH definiu *standards* de proteção aos direitos humanos das crianças imigrantes e suas famílias, considerando a instituição familiar em sentido amplo e não se restringindo ao fator biológico. Assim, a Corte adotou uma narração emancipadora dos direitos humanos das crianças imigrantes, definindo obrigações para os Estados, os quais devem garantir esses direitos considerando todas as particularidades e necessidades que envolvem os fluxos migratórios de crianças, acompanhadas, desacompanhadas ou separadas.

Pelo exposto no item de discussão da presente OC, pode-se visualizar que a Corte IDH respondeu os questionamentos dos Estados a partir de uma interpretação emancipadora e potencializadora dos direitos humanos das crianças imigrantes. Foram abordadas desde as obrigações dos Estados nos procedimentos migratórios que envolvem crianças, definindo os parâmetros desses, ao tratamento que deve ser concedido às crianças imigrantes e seus familiares, com sua identificação, escuta efetiva, assessoria capacitada, em respeito ao interesse superior da criança, das garantias judiciais, do devido processo, reunião familiar, considerando as questões culturais, étnicas, linguísticas e qualquer particularidade a ser considerada em

conformidade com todos os princípios internacionais de proteção à criança, sem a privação de liberdade por sua situação migratória irregular. O Tribunal ampliou a interpretação em torno do princípio da não devolução, no sentido de que esse deve ser garantido a qualquer estrangeiro e não somente aos refugiados ou solicitantes de asilo, incluindo, assim, as crianças em contexto migratório. Além disso, a Corte também frisou que os alojamentos em que as crianças forem abrigadas devem ter condições adequadas, contemplando o fornecimento e garantia de água, alimentação, higiene, saúde, educação e todas as medidas necessárias a garantir o pleno desenvolvimento da criança em sua particular situação.

Na mesma linha tem-se o primeiro caso contencioso abordado, “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, o qual teve como centro de discussão os direitos humanos, sobretudo o direito à nacionalidade, das crianças filhas de imigrantes irregulares. Nesse caso, a Corte IDH adotou como perspectiva a promoção efetiva dos direitos humanos das crianças filhas de imigrantes, como as meninas Yean e Bosico, estabelecendo que os Estados devem garantir os mais básicos dos direitos, ora, os de nacionalidade, nome, personalidade jurídica, de modo a evitar a apatridia. Como observado nesse caso, o registro tardio de nascimento, por inúmeros fatores, é a única opção de regularização que as mães encontram para seus filhos em território estrangeiro, como na República Dominicana e, mesmo em casos em que o critério nacional adotado seja o *jus soli*, esse direito é violado em clara discriminação por se tratar de famílias de imigrantes. A Corte dispôs, assim, que os Estados devem levar em conta a condição especial de criança e suas necessidades, sobretudo considerando a situação de vulnerabilidade em que essas já se encontram no contexto migratório familiar. Assim, devem garantir o interesse superior da criança, concedendo nacionalidade e todos os direitos decorrentes do vínculo jurídico-político com um Estado, como o direito à educação, acesso à saúde e demais, reforçando o Tribunal que os Estados devem evitar a adoção de práticas discriminatórias que deixem as crianças na situação de apátridas. Para a Corte, o *status* migratório não pode ser uma condição para que se conceda a nacionalidade, posto que esse *status* não se transmite aos filhos do imigrante para privá-lo do exercício e gozo dos direitos humanos, sendo a condição de nascimento no território do Estado o único requisito a ser exigido às pessoas que de outro modo não conseguiriam obter nacionalidade, ficando na condição de apátrida.

Além disso, Cançado Trindade (CORTE IDH, 2014) ressaltou, no presente caso, que foi a primeira vez que a Corte IDH se manifestou, em caso contencioso, sobre o direito à nacionalidade na CADH e, com isso, considerou superadas as construções em matéria de nacionalidade pela doutrina tradicional e estadocêntrica. Isso é de extrema relevância, consolidando avanços em torno da nacionalidade, temática que não deve ser considerada

somente desde o âmbito nacional, mas, para além desse, deve estar de acordo com os princípios de direito internacional e deveres que emanam desse campo. Por fim, Cançado Trindade reforçou que a condição normal de todos os indivíduos é a de possuir uma nacionalidade, enquanto a apátrida representa uma anomalia com consequências desastrosas aos envolvidos.

Deste modo, pode-se dizer que a Corte adotou uma narrativa emancipadora e abrangente dos direitos humanos das crianças filhas de imigrantes, especialmente em relação ao direito à nacionalidade. Como observado, há uma cooperação a nível internacional a fim de evitar os casos de apátridas. Diante disso, o Tribunal estabeleceu parâmetros que os Estados devem respeitar para a concessão de nacionalidade das crianças filhas de imigrantes, sendo o requisito do nascimento no território o único a ser exigido para evitar que a criança fique na condição de apátrida e, assim, sem qualquer vínculo e proteção perante um Estado. Isso porque, a condição de apátrida deixa a criança em um limbo de proteção e sem a possibilidade de exercer efetivamente seus direitos humanos, como visto no presente caso, em que a negativa do registro de nascimento e da nacionalidade se refletiu em outros direitos, como o direito à educação, essencial para o pleno desenvolvimento das crianças.

No segundo caso trabalhado, “Vélez Loor vs. Panamá”, a Corte IDH enfrentou a questão da detenção arbitrária de imigrantes e o direito à saúde. Do mesmo modo, pode-se dizer que o Tribunal se posicionou enquanto promotor dos direitos humanos dos imigrantes, reconhecendo a liberdade de os Estados definir suas normas de controle de ingresso e saída de seu território, mas que essas devem respeitar e se pautar nos direitos humanos. A Corte reconheceu os diversos momentos em que a vítima foi privada de liberdade e exposta a tratamentos desumanos, definindo parâmetros e serem seguidos nos procedimentos migratórios que envolvam imigrantes indocumentados, com todas as garantias judiciais e devido processo, a fim de evitar detenções arbitrárias e a indevida criminalização da migração irregular. Diante das peculiaridades desse caso, o Tribunal estabeleceu que os Estados devem garantir que os imigrantes sejam abrigados em alojamentos adequados, com o fornecimento de água, alimentação, higiene e acesso aos serviços de saúde e não em penitenciárias como ocorreu com o sr. Vélez Loor, em caráter violação aos direitos humanos.

No presente caso, no âmbito de medidas urgentes, foi emitida uma Resolução, em 2020 (CORTE IDH, 2020), pela Presidência da Corte, em relação às medidas de combate e enfrentamento a pandemia do Covid-19. Isso pois, como no caso Vélez Loor foi abordada a questão dos alojamentos para imigrantes no Panamá, em tempos de pandemia a preocupação em torno desses foi acentuada, sendo que os imigrantes continuaram sendo detidos nesses centros, enquanto as condições permaneceram sem melhorias. As principais medidas

recomendadas pela OMS em relação à pandemia, como de isolamento, distanciamento social e higiene, não podiam ser cumpridas nesses locais, diante das condições e, sobretudo, da superlotação. Com isso, a Corte IDH definiu uma série de medidas a serem adotadas pelo Estado a fim de evitar a propagação do vírus e de modo a garantir a proteção dos imigrantes que estavam abrigados no local. Se em tempos remotos preocupavam as condições desses alojamentos, em que os direitos humanos dos imigrantes não eram garantidos, em tempos de pandemia essa preocupação se tornou alarmante, diante do perigo e da alta transmissão do vírus, considerando a particular situação de vulnerabilidade que os imigrantes já enfrentam no contexto das migrações forçadas. Pode-se afirmar, assim, que a Corte IDH se manifestou no sentido de promover e proteger os direitos humanos dos imigrantes, com uma perspectiva emancipadora, não sendo omissa diante dessa grave situação mundial.

O caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” (CORTE IDH, 2012) demonstrou a arbitrariedade do tratamento – desumano – concedido aos grupos de imigrantes que migram em situação irregular, ocasionando em violência e mortes. Nesse caso, a força militar foi utilizada para expulsar grupos de imigrantes do país, sem qualquer procedimento legal ou sequer registro das detenções. Nesse sentido, o Tribunal estabeleceu parâmetros a serem adotados nos procedimentos migratórios, os quais devem se basear nas garantias judiciais, devido processo e todos decorrentes, com uma análise individual a fim de evitar detenções e expulsões arbitrárias e coletivas, contrárias à lei.

No mesmo viés tem-se o último caso trabalhado, “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, o qual também diz respeito sobretudo a detenção e expulsão arbitrária e coletiva de imigrantes, além de envolver a problemática, mais uma vez, da negativa de nacionalidade das crianças filhas de imigrantes. No referido caso, a Corte reconheceu os direitos violados e reforçou a necessidade de os Estados adotarem procedimentos legais e adequados aos imigrantes em situação irregular, considerando a necessidade de proteção às famílias e crianças, à honra e dignidade, evitando a separação familiar e interferências arbitrárias na vida privada e familiar, e em consideração as garantias judiciais, de devido processo e interesse superior da criança. O Tribunal ressaltou, novamente, a obrigação dos Estados em conceder nacionalidade às crianças filhas de imigrantes nascidas em seu território, de modo a evitar a situação de apatridia.

Nessa linha, a Corte IDH reforçou alguns parâmetros já estabelecidos nos demais casos em relação aos direitos humanos dos imigrantes em contexto de migração forçada e situação irregular. Com isso, foi possível identificar os principais direitos envolvidos nesses casos e a posição da Corte em torno desses direitos, a qual se posicionou a partir de uma narrativa

emancipadora dos direitos humanos, definindo *standards* de proteção que os Estados devem cumprir, mesmo tendo liberdade em relação às suas políticas migratórias. Sendo assim, pode-se afirmar que, mesmo com algumas limitações das normas internacionais do SIDH a respeito do direito migratório, a Corte IDH tem se manifestado no sentido de promover os direitos humanos dos imigrantes, independentemente de seu *status* migratório e de modo a evitar que esses vivam em um limbo de proteção. Esse posicionamento é de extrema importância pois, mesmo que a partir da concepção hegemônica dos direitos humanos se considerem esses enquanto conquistados e garantidos a todos em condição de igualdade, na realidade o que se observa é que determinados grupos, como os imigrantes, são constantemente invisibilizados pela sociedade e não tem seus direitos efetivamente garantidos, pelo contrário, lhes são negados os mais básicos dos direitos, impedindo o acesso aos bens necessários a uma vida digna. Contar com a atuação da Corte IDH no âmbito do SIDH, defendendo os direitos humanos dos imigrantes e estabelecendo reparações que os Estados devem cumprir é, assim, fundamental.

Em contrapartida, mesmo que a Corte adote uma perspectiva abrangente sobre os direitos humanos dos imigrantes, cabe dispor sobre o cumprimento, pelos Estados, das medidas definidas. Garavito e Kauffman (2015) alegam que os casos que a Corte IDH enfrenta envolvem cada vez mais, em menor medida, as violações tradicionais dos direitos humanos que caracterizaram o sistema durante os primeiros anos de funcionamento, sendo que tem começado a trabalhar com mais frequência com casos que envolvem direitos econômicos, sociais e culturais, como os direitos à saúde e educação, e também de direitos coletivos, como pode-se observar dos casos com grupos de imigrantes.

Para os autores (2015), a implementação das medidas traz obstáculos e desafios únicos, sobretudo àquelas que não são de cunho pecuniário. Isso porque, para além das referidas medidas, a Corte IDH tem dado respostas às violações de direitos humanos através do ordenamento aos Estados do cumprimento de medidas de reformas legislativas e políticas, programas de formação, capacitação e educação para agentes do Estado e medidas dirigidas a comunidade, as quais podem incluir a concessão de moradias, acesso à água potável, alimentos, serviços de atenção médica e de educação, entre outros.

Como pôde-se observar dos casos contenciosos abordados, muitas dessas medidas foram ordenadas pela Corte. Dentre essas medidas, destacam-se: as de cunho pecuniário, mediante pagamento de indenizações; realização de atos públicos reconhecendo a responsabilidade internacional; publicação de partes da sentença no diário oficial e em jornais de circulação nacional; adoção de medidas legislativas e administrativas de direito interno; adoção de medidas com procedimentos e requisitos condizentes para adquirir nacionalidade

tardia; pagamento de custas e gastos; obrigação de investigar e garantias de não repetição; obrigação de oferecer tratamento médico e psicológico à vítima; obrigação de iniciar investigação sempre que haja denúncia ou razão fundamentada de atos de tortura; adoção de medidas para proteger os direitos à saúde, integridade pessoal e vida dos imigrantes que se encontram nos abrigos; identificação e repatriação dos restos mortais das vítimas falecidas; campanhas sobre os direitos dos imigrantes; o reconhecimento da nacionalidade e permissão de residência; e a adoção de procedimentos de expulsão e deportação em conformidade com o devido processo e de caráter não coletivo.

Dessa forma, observa-se que as medidas definidas pela Corte IDH têm contemplado tanto as de caráter material como imaterial e tem se posicionado acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isso é relevante no sentido de que, mesmo que não se tenha a previsão expressa de dispositivos sobre esses direitos especificamente, como o direito à educação e ao trabalho, na CADH, a Corte tem se manifestado a partir de uma perspectiva emancipadora, determinando o cumprimento e respeito desses direitos pelos Estados. Para Garavito e Kauffman (2015), essas medidas, baseadas nas necessidades da comunidade, são inovadoras e louváveis.

Contudo, a partir da supervisão do cumprimento das decisões, há uma preocupação no sentido de que os Estados têm cumprido sobretudo as de cunho pecuniário, como o Panamá e, entre os casos da República Dominicana, foi no “Las niñas Yean y Bosico” o único em que a Corte declarou o cumprimento de alguma medida de reparação. Assim, em todos os casos trabalhados, a supervisão de sentença segue em aberto, posto que os Estados não cumpriram com as principais medidas e sequer tem apresentado informes acerca do cumprimento das decisões. Garavito e Kauffman reforçam que desde 1989, quando a Corte emitiu sua primeira decisão, até 2008, somente em dois casos havia reconhecido o cumprimento completo das medidas e, em 2012 e 2013 o Tribunal finalizou outros casos, totalizando oito casos cumpridos em totalidade. Diante disso e da investigação na presente pesquisa dos casos contenciosos que envolvem imigrantes, verifica-se que em nenhum desses casos o cumprimento das decisões foi totalizado.

Engstrom (2017) dispõe que no caso da América Latina e do SIDH, no contexto de Estados frágeis ou fracos, é difícil estabelecer a responsabilidade estatal pelas violações de direitos humanos. Conforme o autor, poucos Estados latino-americanos têm mecanismos institucionais formais para assegurar a implementação das recomendações do SIDH. Assim, um dos principais desafios consiste no estabelecimento de procedimentos e mecanismos institucionais que assegurem a implementação das recomendações e das sentenças da Corte,

posto que há significativos obstáculos à comunicação e coordenação dentro das instituições estatais que limitam a implementação efetiva das reformas necessárias para a reparação e não repetição das violações de direitos humanos. Com isso, a influência do SIDH nas reformas internas está, muitas vezes, sujeita a significativas limitações.

Nesse sentido, observa-se que no SIDH, a partir da atuação da Corte IDH em casos contenciosos e OC, foi possível identificar os processos de lutas pela dignidade humana dos imigrantes no contexto latino-americano e os importantes *standards* de proteção aos direitos humanos dos imigrantes elaborados pela Corte, sobretudo no contexto das migrações forçadas e dos imigrantes em situação irregular ou indocumentada, objeto da presente pesquisa. Considerando a vulnerabilidade que esses imigrantes enfrentam desde o país de origem, ao trânsito e chegada no país de destino, em um ambiente em que não são contemplados pelo discurso hegemônico dos direitos humanos, o posicionamento da Corte, enquanto instituição regional, se mostra fundamental, diante da adoção de perspectivas emancipadoras dos direitos humanos dos imigrantes. Verificou-se, com a investigação dos casos e OC, que o SIDH tem avançado na proteção de direitos humanos dos imigrantes, mas também foi possível identificar algumas limitações em relação a proteção dos direitos humanos, sobretudo pela falta de efetividade das decisões da Corte diante do não cumprimento, pelos Estados, das medidas recomendadas, constituindo essa problemática alguns desafios no cenário regional latino-americano, sendo necessário se (re)pensar esses direitos que não são protegidos e garantidos, efetivamente, como se depreende da teoria hegemônica e tradicional dos direitos humanos.

Se demonstrou, assim, o abismo entre o que se diz e o que faz em direitos humanos. Isso ficou claro ao se observar as violações de direitos humanos cometidas contra os imigrantes em contexto de migração forçada e em condição irregular, mesmo quando, a partir da teoria hegemônica e dos mecanismos internacionais, esses tenham seus direitos garantidos em condição de igualdade com os demais. O que se diz é, desse modo, distante da realidade. O que se faz, pode ser visualizado sob dois aspectos: o que fazem os Estados e a sociedade quando violam esses direitos; e o que faz a Corte IDH, enquanto instituição regional de proteção dos direitos humanos e a partir de uma concepção aproximada à realidade, quando se posiciona acerca desses direitos, definindo *standards* de proteção aos direitos humanos dos imigrantes a partir de uma perspectiva emancipadora. Com isso, pode-se dizer que no contexto latino-americano os imigrantes enfrentam diversos obstáculos à efetivação de seus direitos, sendo necessários processos de luta pela dignidade humana e pelo acesso aos bens necessários a uma vida digna. Nesse cenário, o SIDH e a Corte IDH têm se mostrado como importantes atores, consolidando, para além da visão hegemônica dos direitos humanos, uma visão emancipadora

desses direitos levando em conta a vida de milhões de pessoas pelas quais nenhum Estado efetivamente se responsabiliza e merecem, como todos, um olhar a partir das lentes da dignidade humana, dos direitos humanos e de seu potencial transformador da realidade.

CONCLUSÃO

*Para falar das vidas que se tentam
(e com frequência se devastam) em nossas bordas,
é inútil, pois, convocar a ideia, avassaladora, de “vida nua”;
é sempre de “vidas” que é preciso tomar a medida.
Pois não há vidas nuas, não há vidas sem qualidade;
só há vidas desnudadas e desqualificadas
(desnudadas por algum fato de violência,
desqualificadas por alguma ausência de consideração,
isto é, antes de tudo, de direitos,
negligenciadas ou desprezadas por alguns
ou por alguma coisa que sejam responsáveis por elas).
“Não é uma vida”;
sim; mas não: é sempre uma vida;
e até para entender que ela não é vivível
é preciso entender que ela é absolutamente viva.
As vidas vividas sob condições de imensa indignância,
imensa destruição, imensa precariedade, têm, sob essas condições
de imensa indignância, imensa destruição e imensa precariedade,
de ser vividas, cada uma delas é atravessada em primeira pessoa,
e todas devem encontrar os recursos
e as possibilidades de reformar um cotidiano:
de preservar, experimentar, erguer,
melhorar, tentar, chorar,
sonhar até um cotidiano: essa vida, esse vivo que se arrisca
na situação política que lhe é imposta.
(Marielle Macé, 2018, p. 32).*

O estudo em torno dos direitos humanos se mostra desafiador e complexo, sobretudo considerando as novas estruturas vividas pela sociedade e os desafios que surgem nesse âmbito, como em relação ao fenômeno migratório. Se a inquietação a respeito da efetivação desses direitos – e da proteção desses às milhões de pessoas pelas quais nenhum Estado efetivamente se responsabiliza – motivou a escolha do objeto da pesquisa, esta conclui-se com

o sentimento de aflição e ao mesmo tempo sossego, de ainda e mais inquietação, mas afeição, no findar de um – profundo – processo de dois anos de pesquisa e transformação.

Nesse cenário, a presente pesquisa buscou aportar uma reflexão crítica em relação aos direitos humanos dos imigrantes em contexto de migração forçada na América Latina, compreendendo os possíveis conflitos e contradições existentes desde a concepção hegemônica dos direitos humanos às lentes da teoria crítica, principalmente a partir das obras de Herrera Flores. Daí que o SIDH, sobretudo a partir da atuação da Corte IDH em função contenciosa e consultiva, foi definido como sistema regional de investigação, de modo a identificar os limites e perspectivas existentes nesse sistema a respeito dos direitos humanos de imigrantes, sob a ótica dos aportes elaborados pelo referido autor.

Diante disso, o estudo teve como objetivo geral investigar como se dá a proteção de direitos humanos de imigrantes no âmbito do SIDH e, assim, da Corte IDH, a fim de identificar os processos de lutas pela efetivação dos direitos humanos dos imigrantes no contexto da América Latina e, com isso, os possíveis avanços, contribuições e limitações do SIDH no que se refere à proteção desses direitos. Para operacionalização da pesquisa foram estabelecidos dois objetivos específicos, dentre os quais o primeiro, materializado na primeira seção, se referia à compreensão dos direitos humanos desde a concepção hegemônica e eurocêntrica aos aportes elaborados por Herrera Flores a partir da teoria crítica, assim como à identificação da temática das migrações forçadas na região delimitada expondo o cenário histórico, teórico e conceitual nesse contexto, além da importância do SIDH enquanto sistema de proteção dos direitos humanos em uma região marcada pela desigualdade social e por um movimento pendular entre democracias e autoritarismos.

Essa análise permitiu concluir que há, claramente, uma dificuldade de cumprimento dos direitos humanos, especialmente em determinados espaços sociais. A partir da teoria hegemônica e eurocêntrica dos direitos humanos, pode-se dizer que esses foram construídos sob o manto da universalidade e da igualdade, ora, que são direitos universais garantidos a todos sem qualquer discriminação, seja de raça, cor, nacionalidade, religião, etc. A partir da abstração dos direitos humanos e da concepção desses enquanto algo já alcançado, somada a própria divisão desses direitos entre diferentes categorias – em que os de caráter civil e político são privilegiados enquanto se aceitam as violações aos de caráter econômico, social e cultural –, entretanto, visualizam-se inúmeras violações de direitos que afetam de sobremaneira os grupos mais vulneráveis. Isso porque, mesmo que se tenha, sob o viés da teoria hegemônica e eurocêntrica, a concepção de que os direitos humanos são aplicáveis a todos em condição de igualdade, o que se observa é que a efetivação desses direitos é uma realidade distante para

muitas pessoas. Daí as inquietações de Herrera Flores acerca da ideia da abstração dos direitos humanos enquanto garantidos a todos, enquanto sabe-se que o acesso aos bens necessários a uma vida digna não alcança grande parte da população – veja-se a situação de miséria, desproteção e falta de acesso aos bens básicos com que vivem milhões de pessoas.

Desde essas questões que se verificou a importância de uma abordagem a partir da teoria crítica de direitos humanos. Nesse âmbito, foi possível identificar os principais aportes elaborados por Herrera Flores, em um diálogo com autores latino-americanos, como Carballido e Gallardo. Considerando os direitos humanos enquanto produtos culturais criados no ocidente, os autores ressaltaram o abismo entre o que se diz e o que se faz em direitos humanos. Isto pois, se o que se diz é, pela concepção hegemônica e através dos mecanismos de direitos humanos, que esses direitos são garantidos a todos em condição de igualdade, o que se faz se afasta disso, sendo que para que esses direitos sejam efetivados são necessários processos de lutas pela dignidade humana, dentre lutas que foram historicamente invisibilizadas pelo poder hegemônico, em um ambiente em que milhões de pessoas não tem seus direitos garantidos e sequer o acesso aos bens necessários para uma vida digna. Ainda, a partir dos principais aportes elaborados pelo autor nessa seção, foram elencados elementos base para a investigação do capítulo seguinte.

No contexto dos direitos humanos e considerando que esses são indissociáveis da democracia, foi fundamental, também, compreender o cenário dos direitos humanos na América Latina desde o movimento pendular entre democracias e autoritarismos. Esse movimento marcou a história da região, sendo que em tempos ditatoriais e de autoritarismos não havia a preocupação em torno dos direitos humanos e atrocidades foram cometidas sem precedentes. Foi somente após o processo de democratização que a busca pela proteção desses direitos passou a ser parte da agenda pública. Contudo, não se pode deixar de mencionar que, mesmo sendo – ou talvez porque o seja – uma região marcada por violações de direitos humanos, a América Latina também foi relevante parte nos processos de construção desses direitos, mesmo que suas recomendações não tenham sido amplamente consideradas e que sua participação tenha sido, de certa forma, obscurecida pelas lentes hegemônicas.

Do mesmo modo, nessa primeira seção buscou-se contextualizar o fenômeno migratório na América Latina, assim como esclarecer os conceitos pertinentes à presente pesquisa a respeito das migrações. Nesse sentido, foi possível pontuar certas divergências em torno de conceitos de algumas classes de imigrantes e definir quais seriam os adotados no decorrer do estudo. Cabe frisar, nesse âmbito, que o objeto da presente pesquisa foi a respeito das migrações forçadas, nas quais, diferente das migrações voluntárias, o elemento “vontade” não se faz

presente, sendo que são migrações de pessoas que se veem na necessidade de deixar o país de origem e buscar condições de vida em outros locais, por múltiplos motivos, os quais por vezes se entrecruzam. Destacou-se, assim, o termo “imigrante irregular”, contemplando aqueles imigrantes que não se encontram regularizados, seja no trânsito ou já no país de destino, e aqueles indocumentados, ora, que não possuem a documentação necessária à sua regularização.

O segundo objetivo específico descortinou-se na segunda seção, a qual buscou investigar as opiniões consultivas e casos contenciosos selecionados no âmbito da Corte IDH que envolvem imigrantes em contexto de migração forçada, a fim de identificar qualitativamente as principais informações desses documentos e os direitos envolvidos. Com isso, se teve a possibilidade de elencar as perspectivas da Corte e possíveis avanços e limitações do SIDH em relação aos direitos humanos desses imigrantes, maiormente a partir de elementos do diamante ético de Herrera Flores, os quais permitiram investigar os direitos humanos e compreender o fenômeno migratório em sua real complexidade.

A partir dos elementos selecionados do diamante ético de Herrera Flores como lentes de investigação das OC e casos contenciosos, extraíram-se algumas características do fenômeno migratório e das migrações forçadas. Do elemento da posição se constatou a irregularidade que permeia esses fluxos, fazendo com que o imigrante irregular ocupe uma posição de subordinação em relação aos processos e relações sociais, a qual dificulta o acesso aos bens necessários a uma vida digna e, assim, impõe uma limitação ao acesso ao bem-estar social, a proteção e gozo dos direitos humanos. No mesmo sentido, do elemento dos espaços observou-se o fator vulnerabilidade comum às migrações forçadas e que, desde esses espaços de vulnerabilidade, o imigrante é exposto a múltiplas violações de direitos humanos, sem sequer poder questionar a legitimidade das decisões a que é submetido, diante de visões utilitaristas e xenófobas que acentuam sua vulnerabilidade.

O terceiro e o quarto elementos, das forças produtivas e das relações sociais de produção, permitiram compreender, mesmo que brevemente, um pouco do contexto econômico e social que perpassa por essas migrações. Com a análise a partir desses elementos, pode-se afirmar que os imigrantes são expostos sobretudo a trabalhos informais e para os quais geralmente falta mão de obra nacional e, além disso, que os imigrantes em condição irregular, enquanto expostos a esses trabalhos, são colocados em uma situação de alvos fáceis de violações de direitos humanos e, conseqüentemente, de falta de acesso aos bens necessários a uma vida digna. Isso porque em tempos capitalistas o imigrante é visto desde um viés utilitarista e no modo do provisório, sendo aceito como e quando convém – enquanto convém. Já desde o elemento do desenvolvimento, observou-se, para além disso, que os imigrantes irregulares são

constantemente impedidos de acessar aos bens necessários a uma vida digna e, com isso, de desenvolver plenamente suas potencialidades – como ocorreu com as crianças em contexto migratório e pelas expulsões arbitrárias de famílias de imigrantes.

Com os elementos das instituições e narrações, foi possível identificar os procedimentos adotados no contexto migratório, os principais instrumentos de proteção aos direitos humanos dos imigrantes no SIDH e a posição da Corte IDH nesse sentido. Verificaram-se, assim, as violações cometidas nos procedimentos migratórios, em que as garantias judiciais não são minimamente cumpridas, assim como algumas limitações do SIDH a respeito dos direitos dos imigrantes e do direito migratório em si. Em contraponto, a partir da narrativa da Corte IDH pode-se dizer que essa adotou, em todas OC e casos contenciosos, uma perspectiva emancipadora e positiva em torno dos direitos humanos dos imigrantes, definindo relevantes *standards* de proteção a serem cumpridos pelos Estados.

Por outro lado, se, de fato, a Corte IDH tem um posicionamento positivo a respeito desses direitos nas OC, a partir dos casos contenciosos foi possível identificar o tratamento que os Estados têm dado aos imigrantes que se encontram em seu território. Mesmo que se reconheça possíveis limitações diante dos Estados parte nesses casos, sendo a República Dominicana o Estado mais envolvido, e, nesse caso, o Estado mais violador dos direitos humanos de imigrantes em que as demandas chegam ao âmbito do SIDH, foi possível identificar os direitos e alguns desafios que se dão no contexto do fenômeno migratório e especialmente em casos de migrações forçadas, as quais, mesmo que não cheguem ao âmbito do SIDH, sabe-se que se produzem também em outros espaços e contextos diante da estigmatização em torno do sujeito imigrante. Os casos investigados foram “Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” (2005), “Vélez Lloor vs. Panamá” (2010), “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” (2012), “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana” (2014a). A partir desses casos, foram desvelados os processos de lutas pela dignidade humana no contexto das migrações forçadas na América Latina e no âmbito do SIDH, com o que foram verificadas as principais violações aos direitos humanos de imigrantes, conforme exposto de forma aprofundada na segunda seção da presente pesquisa.

Entre todos os casos trabalhados, foram identificadas algumas violações sofridas pelos imigrantes em contexto de migração forçada e em situação irregular. O posicionamento da Corte, a esse respeito, se deu através da construção de perspectivas emancipadoras dos direitos humanos dos imigrantes, definindo importantes *standards* de proteção a serem observados pelos Estados. Contudo, foi possível identificar algumas limitações em relação ao direito

migratório, sobretudo pelos instrumentos de proteção do SIDH. Isto pois, ao se observar os principais instrumentos de proteção contemplados pelo SIDH, verificou-se que, ao mesmo tempo em que se pode afirmar o direito migratório enquanto um direito humano, não há, especificamente e de forma clara, uma proteção ao direito de imigrar, sendo que se tem menções ao direito de emigrar, ou seja, de sair de um país, de livre circulação e residência, além do direito de ingressar no país do qual seja nacional, enquanto não se tem claramente normas a respeito do direito de imigrar, de ingressar em um Estado diverso do qual a pessoa seja nacional, além de não se ter previsões específicas sobre os procedimentos a serem adotados em casos de imigração irregular e em contextos de migração forçada. Isso acaba deixando os imigrantes que se encontram nessa situação sujeitos à arbitrariedade dos Estados. Com isso, diante das violações de direitos humanos sofridas pelos imigrantes que se encontram em situação de irregularidade e em fluxos de migrações forçadas, verificou-se a importância de serem adotadas normas específicas, a nível internacional, sobre o direito de imigrar e os procedimentos mínimos a serem adotados em relação a esses imigrantes, sendo esse um dos desafios que ainda se colocam aos direitos humanos e fluxos migratórios.

Em âmbito de cumprimento das decisões, verificou-se que os Estados não têm cumprido as reparações definidas pelo Tribunal, como as de reformas legislativas, programas de capacitação em direitos humanos, entre outras, ao passo que somente aquelas de cunho pecuniário têm sido cumpridas – quando são –, o que faz com que todas as supervisões de cumprimento de sentença dos casos envolvendo imigrantes ainda estejam em aberto no SIDH. Com isso, conclui-se pela inefetividade das decisões da Corte IDH no âmbito do Estado-nação, sendo essa uma das limitações à proteção dos direitos humanos dos imigrantes e um dos desafios que ainda se colocam ao sistema regional interamericano de direitos humanos. Em contrapartida, restou claro que a Corte, através de sua jurisprudência e das OC elaboradas, tem se posicionado pela defesa e promoção dos direitos humanos dos imigrantes de modo abrangente, diante de uma perspectiva emancipadora desses direitos e com relevante narrativa no contexto regional latino-americano.

Duas hipóteses preliminares foram levantadas para responder o questionamento em torno das perspectivas e limitações do SIDH, a partir da atuação da Corte IDH, na proteção dos direitos humanos de imigrantes na América Latina. Uma delas permitia conceber o SIDH, através da Corte IDH, como relevante mecanismo de proteção e concretização dos direitos humanos dos imigrantes em contexto de migração forçada, enquanto instituição promotora desses direitos diante de perspectivas emancipadoras, com repercussões positivas e efetivas no âmbito do Estado-nação. A segunda hipótese elaborada permitia considerar o SIDH, através da

Corte IDH, como relevante mecanismo de proteção dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada diante de perspectivas emancipadoras desses direitos, contudo, com algumas limitações posto que ainda carece de repercussões efetivas no âmbito do Estado-nação.

A observação das duas opiniões consultivas e dos quatro casos contenciosos permitiu conceber o SIDH, sobretudo a partir da atuação e posicionamento da Corte IDH, como relevante mecanismo de proteção dos direitos humanos de imigrantes em contexto de migração forçada, diante de perspectivas emancipadoras desses direitos, no entanto, com algumas limitações posto que ainda carece de repercussões efetivas no âmbito do Estado-nação e do fenômeno migratório. Isto pois, mesmo que a Corte IDH tenha adotado perspectivas abrangentes em torno dos direitos humanos dos imigrantes, definindo *standards* essenciais de proteção, a inefetividade de cumprimento das decisões por parte dos Estado e a definição específica de proteção ao direito de migrar e dos procedimentos mínimos a serem adotados em contexto de migração forçada ainda são desafios que se colocam ao sistema regional interamericano.

Em contrapartida, deve-se reconhecer a importância da atuação da Corte IDH no âmbito do SIDH, enquanto instituição promotora dos direitos humanos dos imigrantes a partir do reconhecimento de sua condição de vulnerabilidade e da definição de direitos e deveres a serem respeitados pelos Estados no contexto regional. Se a partir dos aportes de Herrera Flores tem-se que se deve superar o formalismo sem desconhecer a importância das garantias judiciais, pode-se dizer que o SIDH se coloca como importante espaço de mediação dos processos de luta pela garantia dos direitos humanos no contexto da América Latina.

Por fim, se a característica central da teoria crítica dos direitos humanos é em relação ao caráter de transformação desses direitos, entende-se que é necessário se (re)pensar esses direitos desde as lutas concretas e as necessidades reais dos sujeitos que sofrem, constantemente, a violação desses direitos, como os imigrantes irregulares e em contexto de migração forçada. Pretendeu-se, assim, lançar uma reflexão crítica acerca dos direitos humanos dos imigrantes em contexto de migração forçada, identificando parte do abismo entre o que se diz e o que faz em direitos humanos. Carballido (2013, p. 69) afirmou que “não é suficiente mostrar o que é; é preciso perguntar por que não é, por que foi negado em sua possibilidade de ser”. A presente pesquisa, sem intenção de esgotar o tema e com certa cautela, intentou refletir sobre o “por que não é” e o “por que foi negado em sua possibilidade de ser” do fenômeno migratório, dispondo sobre os principais desafios que se colocam nesse contexto e identificando os processos de lutas

pelos direitos humanos que se deram desde sujeitos reais, concretos – e considerados¹⁰⁷ – e em uma aproximação com a realidade. Pelo exposto, se a inquietação inicial a respeito da efetivação dos direitos humanos motivou a presente pesquisa, cabe dispor que novas inquietações surgiram a partir dessa. Porque pensar os direitos humanos é, e sempre será, um processo de constante reflexão e questionamentos, um pensar no outro – que é também “eu mesmo” –, na humanidade e pela humanidade – em constante transformação.

Figura 5 – No me quiero rendir.



Fonte: (Exposição RefugiArte 2020/2021 – obra de Amanda Rodríguez, Chile).

¹⁰⁷ “Considerar” seria, ao contrário, ir ver ali, levar em conta os vivos, suas vidas efetivas, uma vez que é desse modo e não de outros que essas vidas são furtadas ao presente – levar em conta suas práticas, seus dias, e então desenclausurar o que a sideração enclausura. (MACÉ, 2018, p. 28).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Valquiria. CORREA Marina Aparecida Pimenta da Cruz. **Políticas públicas de migração internacional e sua interface com os direitos humanos: diálogos de cooperação internacional, soberania estatal e controle migratório.** Revista Direito e Cidadania. UEMG, v. 2, n. 2, 2017. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/direitoecidadania/issue/view/195/showToc> Acesso em: 01/07/2019;

ANDRADE, Lucianara Fonseca. A importância da democracia, do Estado, do indivíduo e da proteção internacional na concretização dos direitos humanos na América Latina. In: **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo.** Márcio Luís de Oliveira (coord.) - Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci; JUBILUT, Liliana Lyra. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** Revista direito gv, São Paulo, n. 6, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1808-24322010000100013&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em: 02/07/2020;

ARANGO, Joaquín. **La explicación teórica de las migraciones: luces y sombras.** Migración y desarrollo, n. 1, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/660/66000102.pdf> Acesso em: 09/08/2020;

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. **A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento de suas Decisões.** SUR, v. 7, n. 12, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16025024.pdf> Acesso em: 25/07/2020;

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização as consequências humanas.** Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999;

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2017;

BENHABIB, Seyla. **Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos.** Ed. Gedisa, 2005;

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos.** Revista Jurídica da Presidência, V. 13 nº99, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/143> Acesso em: 12/07/2020;

BRAGATO, Fernanda Frizzo; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Das insuficiências do discurso dominante à contribuição latino-americana para a afirmação dos direitos humanos.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/401> Acesso em: 09/07/2020;

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **A proteção dos direitos humanos no âmbito regional. In: Sistemas regionais de direitos humanos: perspectivas diversas** [recurso eletrônico]. Organizador: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015;

CARBALLIDO, Manuel Eugenio G. **En torno a la universalidad de los derechos humanos: El aporte de Joaquín Herrera Flores.** Revista de derechos humanos y estudios sociales, v. 04, 2010. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%204/Redhes4-04.pdf> Acesso em: 20/06/2020;

CARBALLIDO, Manuel Eugenio Gándara. **Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: aportes en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores.** Tese de doutorado apresentada no Programa de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/handle/10433/628?show=full> Acesso em: 03/07/2020;

CAROZZA, P. **From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights.** Human Rights Quarterly, 25(2), 281-313. 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20069666>. Acesso em: 31/08/2020;

CEPAL. **Panorama Social da América Latina, 2019.** Resumo executivo (LC/PUB.2020/1-P), Santiago, 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/45090-panorama-social-america-latina-2019-resumo-executivo> Acesso em: 02/06/2020;

CEPAL. **Protección social y migración: Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas.** Org. Carlos Maldonado Valera; Jorge Martínez Pizarro; e Rodrigo Martínez. 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44021-proteccion-social-migracion-mirada-vulnerabilidades-lo-largo-ciclo-la-migracion> Acesso em: 20/08/2020;

CERNADAS, Pablo Ceriani. **Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana.** Revista Nueva Sociedad, n. 33, 2011. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/luces-y-sobras-en-la-legislacion-migratoria-latinoamericana/> Acesso em: 15/09/2020;

CERNADAS, Pablo Ceriani; GARCÍA, Lila; SALAS, Ana Gómez. **Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe.** REHMU, Rev. Interdiscip. Mobilidade Humana, ano XXII, n. 42, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852014000100002&script=sci_abstract&tlng=es Acesso em: 05/08/2020;

CERNADAS, Pablo Ceriani. **A linguagem como instrumento de política migratória.** SUR 23: v. 13 n. 23, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/09/8-sur-23-portugues-pablo-ceriani-cernadas.pdf> Acesso em: 09/08/2020;

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** 2015. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/topic,57f5047260,57f50920b9,58e3e30d4,0,IACHR,,.html> Acesso em: 14/06/2020;

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf. Acesso em: 20/09/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Série C No. 251. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_251_esp.pdf Acesso em: 12/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf. Acesso em: 16/09/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf Acesso em: 10/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=137&lang=es Acesso em: 15/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte IDH. **Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y Competencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yean_12_03_19.pdf Acesso em: 12/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte IDH. **Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/nadege_dorzema_22_11_19.pdf Acesso em: 11/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Velez_13_02_13.pdf Acesso em: 16/12/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte IDH. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_a_18_esp.pdf Acesso em: 19/11/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos nº 2: personas en situación de migración o refugio.** 2020. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf> Acesso em: 10/03/2020;

DULITZKY, Ariel. **50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios.** Revista IIDH, 2008. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22019.pdf> Acesso em: 18/07/2020;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.** Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf Acesso em: 15/11/2020;

EIDT, Elisa Berton. Processo no brasil e uma Análise da garantia perante as cortes europeia e Interamericana. In: **Sistemas regionais de direitos humanos: perspectivas diversas** [recurso eletrônico]. Organizador: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015;

ENGSTROM, Par. **Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 2, N. 8, p. 1250-1285, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1250.pdf> Acesso em: 09/08/2020;

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos: Uma história quase universal.** Trad. De Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&Pm, 2020;

GALEANO. **As veias abertas da América Latina.** Trad. de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&Pm, 2015;

GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. In: **Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Nuevos tempos, viejos retos. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedade, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7105748> Acesso em: 07/08/2020;

GARCÍA, Lila. **Estándares migratorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y derecho de migrar en Argentina.** Doctrina, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34436.pdf> Acesso em: 20/09/2020;

GARCÍA, Lila. **Estandares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio.** Estudios de Derecho, 77 (169), 119-144, 2020. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/340839> Acesso em: 18/07/2020;

GUERRA, Sidney. **A responsabilidade Internacional do Estado e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista de Direito brasileira, 2011. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2688> Acesso em: 04/08/2020;

GUERRA, Sidney. **A proteção internacional dos direitos Humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade**. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/365> Acesso em: 29/07/2020;

GUERRA, Sidney. Os Direitos Humanos no sistema internacional. In: Spengler, Fabiana Marion (org.) **Acesso à justiça, direitos humanos & mediação** [recurso eletrônico] Organização de Fabiana Marion Spengler, Gilmar Antonio Bedin – Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1771/20a%20Justi%C3%A7a%20Direitos%20Humanos%20%20Media%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1> Acesso em: 04/09/2020;

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **Os impactos da Declaração Universal dos Direitos Humanos sobre o desenvolvimento do novo Direito Internacional**. 2019. Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 7, nº 14, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8877> Acesso em: 10/08/2020;

GALLARDO, Helio. **Derechos humanos como movimiento social**. Colombia: Ediciones desde abajo, 2006. Disponível em: <http://polidoc.usac.edu.gt/library/index.php?title=25307&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@field1=encabezamiento@value1=LUCHAS%20SOCIALES%20@mode=advanced&recnum=7> Acesso em: 12/09/2020;

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos**. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2008. Disponível em: <https://searchworks.stanford.edu/view/8370268> Acesso em: 16/08/2020;

GALLARDO, Helio. Derechos Discriminados y Olvidados. In: **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica / org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. – 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1> Acesso em: 22/08/2020;

G1. **Foto chocante de menino morto vira símbolo da crise migratória europeia**. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/foto-chocante-de-menino-morto-vira-simbolo-da-crise-migratoria-europeia.html> Acesso em: 10/04/2020

HERRERA FLORES, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos**. En El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000;

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Os direitos humanos no contexto da globalização: três precisões conceituais**. Lugar comum, n. 25-26, 2008. Disponível em: http://uninomade.net/wp-content/files_mf/110810120946Os%20direitos%20humanos%20no%20contexto%20da%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%20tr%C3%AAs%20precis%C3%B5es%20conceituais%20-%20Joaqu%C3%ADn%20Herrera%20Flores.pdf Acesso em: 20/03/2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Entrevista com Joaquin Herrera: A reinvenção dos direitos humanos**. Constituição & democracia, 2008a. Disponível em: <https://terradereitos.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Texto-3.pdf> Acesso em: 10/06/2020;

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253519/mod_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinven%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf Acesso em: 09/03/2020;

HERRERA FLORES, Joaquín; MÉDICI, Alejandro Marcelo. Los derechos humanos y el orden global. 3 desafíos teórico-políticos. In: **Nuevos colonialismos del capital: Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos**. (Editores: David Sánchez Rubio, Norman J. Solórzano Alfaro e Isabel V. Lucena Cid). Barcelona: Icaria, 2004. Disponível em: <https://www.worldcat.org/title/nuevos-colonialismos-del-capital-propiedad-intelectual-biodiversidad-y-derechos-de-los-pueblos/oclc/991635620?referer=di&ht=edition> Acesso em: 04/06/2020;

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus direitos humanos**. Tradução; Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014. Disponível em: <https://www.paulus.com.br/loja/appendix/3815.pdf> Acesso em: 12/08/2020;

HULSEMAN, Laura. **América Latina vive momento de migração intensa: entenda o papel do Brasil – Humanista**. 2019. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/07/america-latina-vive-momento-de-migracao-intensa-entenda-o-papel-do-brasil/> Acesso em: 23/07/2020;

LAGOS, Marta. **El fin de la tercera ola de democracias**. Latinobarómetro, 2018. Disponível em: http://www.latinobarometro.org/latdocs/Annus_Horribilis.pdf Acesso em: 13/08/2020;

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Técnicas de Investigação, Argumentação e Redação**. Ed. Campus, 2011;

LATINOBARÓMETRO. **Informe 2018**. 2019. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp> Acesso em: 08/07/2020;

LUCAS, Douglas Cesar.; SANTOS, André Leonardo Copetti. População e Governamentalidade: A mobilidade humana (des)controlada. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e**

diversidade: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí, RS: Unijuí, 2016;

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. **International Human Rights Law and practice in Latin America.** International Organization, v. 54, n. 3, p. 639, Summer, 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2601347>>. Acesso em: 02/05/2020;

MACÉ, Marielle. **Siderar, considerar:** Migrantes, formas de vida. Tradução: Marcelo Jacques de Moraes. Bazar do tempo, 2018.

MALDONADO, Valera, C.; PIZARRO, J. Martínez; MARTÍNEZ, R. **Protección social y migración: una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas.** Documentos de Proyectos, Santiago: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44021-proteccion-social-migracion-mirada-vulnerabilidades-lo-largo-ciclo-la-migracion> Acesso em: 20/08/2020;

MARTINS, Bruno Sena. Direitos Humanos e a memória abissal: o Desastre de Bophal. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (Org.). **O pluriverso dos direitos humanos:** A diversidade das lutas pela dignidade. 1. ed., Belo Horizonte, Editora AutênciA, 2019;

MEDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica:** Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos. 1 ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27570> Acesso em: 10/07/2020;

MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina.** 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>. Acesso em: 10/06/2020;

MENDES, Tiago Meyer. A evolução do direito Internacional em seu Percurso histórico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a promoção dos Direitos humanos em âmbito Internacional. In: **Sistemas regionais de direitos humanos:** perspectivas diversas [recurso eletrônico]. Organizador: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015;

MENEZES, Wagner. **Derecho internacional en América Latina.** Brasília: FUNAG, 2010. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&path=83&product_id=266 Acesso em: 14/08/2020;

MIGRAMUNDO. **Mobilidade na imobilidade:** migrantes diante da Covid-19 na América Latina. 2020. Disponível em: <https://migramundo.com/mobilidade-na-imobilidade-migrantes-diante-da-covid-19-na-america-latina/> Acesso em: 07/07/2020;

MOREIRA, Julia Bertino; SALA, José Blanes Migrações Forçadas: categorização em torno de sujeitos migrantes. In: **Migrantes forçados:** conceitos e contextos / Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani, Rachel de Oliveira Lopes, organizadoras. – Boa Vista, RR: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=406:migrantes-forcados-conceitos-e-contextos> Acesso em: 05/06/2020;

MOYA, José. **Migração e formação histórica da América Latina em perspectiva global.** Sociologias, Porto Alegre, ano 20, n. 49, set-dez 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/soc/v20n49/pt_1807-0337-soc-20-49-24.pdf Acesso em: 07/08/2020;

NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Revista IIDH, 2003. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Fun%C3%A7%C3%A3o-consultiva.pdf> Acesso em: 07/10/2020;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos direitos civis e políticos.** 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em: 12/06/2020;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Qual a diferença entre “refugiados” e “migrantes”?** 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/qual-a-diferenca-entre-refugiados-migrantes/?fbclid=IwAR1Zr2iMx1IA6xcBJXK2ddJBn6jksBpCEALX0PD8QvBX6TuqfhQ35RxQcrY> Acesso em: 16/01/2020;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 03/04/2020;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 08/04/2020;

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. (OIM). **Informe sobre as migrações no mundo em 2020.** 2019. Disponível em: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020> Acesso em: 09/06/2020;

PEREIRA, Gustavo de Lima. **Direitos humanos e migrações forçadas: introdução ao direito migratório e ao direito dos refugiados no Brasil e no mundo.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma.** Revista Campo Jurídico, n. 01, 2013. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11> Acesso em: 04/05/2020;

RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. **Mudança Institucional em Regimes de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano e os Estados “em cima do muro.** Rev. Carta Inter., Belo Horizonte, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/618> Acesso em: 22/06/2020;

RANGEL, Marta. **Protección social y migración: el desafío de la inclusión sin racismo ni xenofobia.** Serie Políticas Sociales, n° 232, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/>

publicaciones/45244-proteccion-social-migracion-desafio-la-inclusion-sin-racismo-ni-xenofobia Acesso em: 20/07/2020;

RUBIO, David Sánchez. **Sobre el imaginario político latinoamericano a partir del contexto boliviano.** Presente, pasado y futuro de la democracia, 2009. Disponível em: <https://www.saavedrafajardo.org/Archivos/respublica/Suplementos/001/S001-082.pdf> Acesso em: 12/06/2020;

RUBIO, David Sánchez. Reflexiones E (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos. In: **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica / org. David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. – 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1> Acesso em: 12/06/2020;

RUBIO, David Sánchez. **Crítica a uma cultura estática e anestesiada de direitos humanos:** por uma recuperação das dimensões constituintes da luta pelos direitos. Revista Culturas Jurídicas, v. 4, n. 7, 2017. Disponível em: <http://www.cdes.org.br/SITE/PUBLICACOES/pub05conflitos2.pdf> Acesso em: 22/06/2020;

RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, luchas y praxis de liberación:** Algunos aportes a partir del pensamiento de Ignacio Ellacuría y otros autores críticos. 2018. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/86412> Acesso em: 18/06/2020;

SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfondo de; LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos Humanos, Imigração e Diversidade:** Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí/RS: Ed. Unijuí, 2016;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento** [livro eletrônico]. Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chaui. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4604349/mod_resource/content/1/Direitos_Humanos_Democracia_e_Desenvolvi-1.pdf Acesso em: 19/06/2020;

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (Org.). **O pluriverso dos direitos humanos:** A diversidade das lutas pela dignidade. 1. ed., Belo Horizonte, Editora Autênciã, 2019;

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (Org.). **O pluriverso dos direitos humanos:** A diversidade das lutas pela dignidade. 1. ed., Belo Horizonte, Editora Autênciã, 2019;

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração.** Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998;

SENGER, Ilise. Interamericanização do sistema europeu de direitos humanos e europeização do sistema Interamericano: Análise de casos. In: **Sistemas regionais de direitos humanos:**

perspectivas diversas [recurso eletrônico]. Organizador: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015;

SEYFERTH, Giralda. **Imigrantes, estrangeiros: a trajetória de uma categoria incomoda no campo político**. Trabalho apresentado na Mesa Redonda Imigrantes e Emigrantes: as transformações das relações do Estado Brasileiro com a Migração. 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, 2008. Disponível em: http://www.imigracaohistorica.info/uploads/1/3/0/0/130078887/seyferth_giralda._imigrantes_estrangeiros_a_trajet%C3%B3ria_de_uma_categoria_inc%C3%B4moda_no_campo_pol%C3%ADtico.pdf Acesso em: 10/07/2020;

SICREMI. **Migración internacional en las Américas**. 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/docs/publications/sicremi-2015-spanish.pdf> Acesso em: 14/07/2020;

SILVA, José Carlos Loureiro da. Sem Teto, Sem Terra, Sem Nome e Sem Tutela: os deslocados ambientais internacionais. In: **Migrantes forçados: conceitos e contextos** / Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani, Rachel de Oliveira Lopes, organizadoras. – Boa Vista, RR: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=406:migrantes-forcados-conceitos-e-contextos> Acesso em: 05/06/2020;

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, significados e funções**. 2010;

SÓFOCLES. **Antígone**. Tradução: J. B. de Mello e Souza. Fonte digital, Clássicos Jackson, vol. XXII, 2005. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/antigona.pdf> Acesso em: 07/04/2020.

SUTCLIFFE, Bob. **Nacido en otra parte: Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad**. Bilbao, Hegoa, 1998. Disponível em: <http://www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/obsinter/doc/nacotrpar/> Acesso em: 12/05/2020;

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El nuevo reglamento de la corte interamericana de derechos humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional. In: **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Antônio Augusto Cançado Trindade; Manuel E. Ventura Robles - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19237.pdf> Acesso em: 17/07/2020;

UNHCR. **RefugiArte: La crisis de refugiados ilustrada por artistas latinoamericanos**. 2020. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugiarte/es/>. Acesso em: 20/02/2021;

VELASCO, José Luis. Democratización y conflictos distributivos en América Latina. In: **La democracia en América Latina, un barco a la deriva**. Compilado por Waldo Ansaldi, 1ª edição – Buenos Aires: Fondo de la cultura econômica, 2007. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2007000100015 Acesso em: 22/07/2020;

VELASCO, Juan Carlos. **Desafíos políticos de los países de inmigración**. Publicado en “Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político”, México nº 3, 2008;

VILLARREAL, María. **Migrações na América Latina em tempos de coronavírus**. Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/migracoes-na-america-latina-em-tempo-de-coronavirus.shtml> Acesso em: 16/11/2020;

VENTURA ROBLES, Manuel E. La corte interamericana de Derechos humanos: camino hacia un Tribunal permanente. In: **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Antônio Augusto Cançado Trindade; Manuel E. Ventura Robles - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19237.pdf> Acesso em: 17/07/2020;

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SENGER, Ilise. **As migrações no mundo contemporâneo e o paradoxal papel dos direitos humanos: Proteção ou abandono?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/28869> Acesso em: 12/07/2020;

WINTERS, Nanneke. **Haciendo-lugar en tránsito: Reflexión sobre la migración africana y trabajo de campo en Darién, Panamá**. REHMU - Rev. Interdiscip. Mobilidade Humana, Brasília, v. 27, n. 56, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852019000200235 Acesso em: 10/12/2020;

ZAGO, Luis Henrique. **O método dialético e a análise do real**. Kriterion, Belo Horizonte, nº 127, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/kr/v54n127/n127a06.pdf> Acesso em: 10/05/2020;

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; AGNOLETTI, Vitória. **O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas**. vol. 9, num. 26, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12077> Acesso em: 23/07/2020.