

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS: DELINEAMENTOS DE UM
DIREITO COMUM LATINO-AMERICANO EM
CONSTRUÇÃO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Márcio Morais Brum

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS: DELINEAMENTOS DE UM DIREITO
COMUM LATINO-AMERICANO EM CONSTRUÇÃO**

por

Márcio Morais Brum

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para a obtenção do grau de **Bacharel em Direito.**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação**

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
DELINEAMENTOS DE UM DIREITO COMUM LATINO-
AMERICANO EM CONSTRUÇÃO**

elaborada por
Márcio Morais Brum

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Dr^a Jânia Maria Lopes Saldanha
(Presidente/Orientadora)

Dr^a Maria Beatriz Oliveira da Silva

Dr^a Giuliana Redin

Santa Maria, 28 de Novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial à Professora Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, minha Mestra, pelo permanente acompanhamento ao longo do Curso, pelos ensinamentos valiosos, além da parceria e confiança.

Agradeço, também, às Professoras Dra. Maria Beatriz Oliveira da Silva e Dra. Giuliana Redin, pela gentil aceitação do convite para comporem a banca examinadora.

Agradeço, ainda, à Rafaela da Cruz Mello pela forte amizade e parceria na pesquisa acadêmica, ao longo da Graduação.

*Cego é quem pensa que o protesto acabou
Que a voz se calou, que o pilar desabou
Os alicerces foram sequer abalados
Mais de 30 passados, estão mais reforçados
Veja só, instalaram minas
Na intenção de reduzir o mito a ruínas
Entre achados e perdidos
Escritos, livros, glórias
A foto mais reproduzida da história
Sonhos, divinos, latinos, união
Aztecas, incas, maias, civilização
Criatividade, berço da humanidade
Creia, leia, é verdade...
Um conteúdo louco, de tudo um pouco
Ódio, amor, desembarque no sufoco
A África tem por ele grande respeito
O Rio Congo recebeu-o em seu leito
Então, grite bem alto pra você ouvir
Sonhos ninguém pode destruir
E sim transformá-los, nunca apagá-los
Realizá-los, isso faz sorrir
A voz se eterniza aos 39
Quem mata não te cala, te promove.*

(Sonhos Latinos – GOG)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DELINEAMENTOS DE UM DIREITO COMUM LATINO- AMERICANO EM CONSTRUÇÃO

AUTOR: MÁRCIO MORAIS BRUM
ORIENTADORA: JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA
Data e Local da Defesa: Santa Maria, 28 de Novembro de 2014.

O trabalho tem por objetivo central estudar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o princípio da igualdade e não discriminação, verificar se houve mudanças interpretativas ao longo das últimas décadas e examinar de que forma sua jurisprudência influencia nas jurisdições e governos nacionais latino-americanos, fazendo avançar o processo de internacionalização do direito e construção de um direito comum latino-americano dos direitos humanos. A pesquisa se justifica por três principais razões: pela realidade da desigualdade estrutural presente na região; pelo papel do direito na proteção de conquistas democráticas e impedimento de retrocessos civilizacionais; e pela importância do direito internacional neste processo. A pesquisa empregou o método de abordagem dialético, vez que a investigação teve como objeto processos de integração jurídica em curso na região, caracterizados pela relação conflituosa entre a multiplicidade normativa existente. Descobriu-se que a jurisprudência do Tribunal sempre expressou uma concepção material de igualdade, entendida como igual possibilidade de gozo dos direitos fundamentais. Nos casos relacionados a direitos sociais de trabalhadores migrantes indocumentados, todavia, não há alargamento interpretativo para um ideal de justiça social distributiva, orientada pelo critério socioeconômico. Diante disso, concluiu-se haver um processo inacabado de afirmação de um direito comum latino-americano, assentado em uma concepção substancial de igualdade, da qual deriva aos Estados o dever de solucionar as desigualdades estruturais internas.

Palavras-chave: Corte Interamericana; Princípio da Igualdade; Direito Comum.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE LEGAL PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE JURISPRUDENCE OF INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: DESIGNS OF A LATIN-AMERICAN RECIPROCAL LAW ON BUILDING

Author: MÁRCIO MORAIS BRUM
Adviser: JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA
Date and Place of Defense: Santa Maria, November, 2014.

This work aims to study the position of Inter-American Court of Human Rights about the principle of equality and non-discrimination, verifying if any changes of interpretation had happened during the last decades and discuss in what way the Court's jurisprudence influence the national Latin-American jurisdictions and governments, advancing the process of internationalization of Law and the building of a Latin-American reciprocal Law on human rights. The research finds three justifications: the reality of distinguished structural of the States in the zone; the function of Law in protecting the democratic achievements and precluding civilizational throwbacks; and the relevance of international Law in this process. The research applied the dialectic's approach method, once the investigation has as object the processes of juridical integration happening in the zone marked by the conflictual relation between the existent normative multiplicities. The results shows that the Court's jurisprudence always expressed a material conception of equality, understood as equal possibility of fruiting the fundamental rights. However, in the cases related to social rights of migrant's workers with no documents, there was no extensive interpretation in order of an ideal of social justice distributive, governed by a social-economic criterion. Thus, the research concludes that there is an unfinished affirmation process of a Latin-American reciprocal Law, based in a substantial conception of equality, from what emerges to the States the duty to figure out the inequalities in the internal structures.

Key-words: Inter-American Court; Principle of equality; Reciprocal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ANTES E DURANTE AS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RELACIONADO A DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E O DIREITO COMUM EM MATÉRIA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	11
1.1. A hermenêutica do princípio da igualdade em demandas relacionadas aos direitos civis e políticos	12
1.1.1. Opinião Consultiva 4/84: Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização	13
1.1.2. Opinião Consultiva 8/87: O Habeas Corpus Diante da Suspensão de Garantias 15	
1.1.3. Opinião Consultiva 9/87: Garantias Judiciais em Estados de Emergência	15
1.1.4. Opinião Consultiva 11/90: Exceções ao Esgotamento de Recursos Internos	16
1.1.5. Caso El Amparo vs. Venezuela (1995)	16
1.1.6. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (1997)	17
1.1.7. Opinião Consultiva 16/99: O Direito à Informação sobre Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal	18
1.2. Uma concepção formal do princípio da igualdade?	20
1.3. Delineamentos de um direito comum latino-americano consolidado no período: a proibição das anistias e o dever de reparação às vítimas	28
PARTE II - A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS APÓS AS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RELACIONADO A DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO COMUM SOBRE O DEVER DE ESPECIAL PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS	33
2.1. A hermenêutica do princípio da igualdade em demandas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais: o caso dos trabalhadores migrantes indocumentados ..	36
2.1.1. Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados – Opinião Consultiva 18/2003	38
2.1.2. Caso Vélez Loor Vs. Panamá	41
2.1.3. Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (2012)	41
2.1.4. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia (2013)	43
2.1.5. Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou Necessidade de Proteção Internacional – Opinião Consultiva 21/2014	44
2.2. Qual concepção material de igualdade?	46
2.3. Delineamentos de um direito comum latino-americano em fase de consolidação: o caráter <i>jus cogens</i> dos direitos sociais e o dever de proteção dos grupos vulneráveis	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre a igualdade social e seu oposto, a desigualdade, ocupa o pensamento humano há séculos. A razão do interesse pelo assunto, por certo, não se restringe ao mero desejo de especulação filosófica em torno da “ideia de igualdade”, mas advém da realidade histórica da desigualdade, que tem sido constante motivo de inquietações, embates políticos e revoltas sociais. Na literatura, inúmeros foram os autores que retrataram as desigualdades sociais do seu tempo, como Honoré de Balzac, Jane Austen e Victor Hugo, na Europa, Pablo Neruda e Eduardo Galeano, na América Latina. Na filosofia, o problema aparece já em Aristóteles, para quem a ideia de igualdade estaria associada à ideia de justiça.

Mas a que tipo de igualdade o ser humano aspira? Ou melhor, igualdade em quê? Por evidente, há diferenças naturais entre os homens como sexo, etnia, força física, habilidades, entre outras, que são explicáveis e querer aboli-las seria um contrassenso. Na verdade, a real causa das inquietações humanas tem sido as desigualdades artificialmente introduzidas, desprovidas de justificativa moral e contrárias aos princípios de justiça. Tratam-se, sobretudo, das desigualdades enquanto ausência de reconhecimento de identidades (discriminação em razão de gênero, orientação sexual, idade, etnia e outros) e das disparidades econômicas (distributivas) injustificadas.

Em sua obra mais recente, *O Capital no Século XXI*, Thomas Piketty (2014, p. 33) inicia afirmando que “a distribuição da riqueza é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade”. Ao longo da obra, explica-se que a lógica de acumulação do capital hoje é a mesma do século XIX, em que a taxa de rendimento do capital é sempre maior que a taxa de crescimento da economia. Isto elucidado, segundo o autor, o principal motivo pelo qual a concentração do capital atualmente atinge níveis incompatíveis com os princípios de justiça social que estão na base das sociedades modernas.

Não há dúvida de que se trata de um fenômeno global que atinge inclusive nações desenvolvidas. Países europeus, hoje, diante das sucessivas crises econômicas, passam a dismantlar o modelo do Estado de bem-estar social construído a partir da segunda metade do século passado, e instituir severas políticas de austeridade social, com cortes de gastos públicos em setores fundamentais como salários, saúde e educação. Tais medidas, prejudiciais às camadas da população que necessitam dos serviços públicos, contribuí para o aumento da desigualdade social nesses países.

Já em regiões do planeta menos desenvolvidas economicamente, como a América Latina, a desigualdade social estrutural é um problema histórico que só se agrava em épocas

de crise. Conforme dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a região da América Latina e Caribe, ainda que não seja a mais pobre, continua sendo a mais desigual do mundo (AMÉRICA LATINA, 2011), realidade esta que se mantém, embora, nos últimos anos, a desigualdade na distribuição de renda tenha diminuído. Neste contexto, o Brasil, apesar dos programas de distribuição de renda implementados na última década, figura em quarto lugar no *ranking* dos mais desiguais da América Latina (BRASIL, 2013)¹.

Somado ao problema das desigualdades econômicas, persistem ainda, na região, outras modalidades de desigualdade que afetam grupos específicos. Dentre as principais, estão as desigualdades de gênero, etnia, orientação sexual e nacionalidade, situação que gera um permanente estado de tensão, conflito e violência, que prejudica os processos de integração regional. São estas especificidades da realidade local latino-americana que motivam a escolha do tema a ser desenvolvido neste trabalho. Afinal, como bem percebe Salem Daie (2014, p. 04), “a experiência desta desigualdade estrutural funda nossos afetos, nossa memória, nosso imaginário. Tudo isso nos fala profundamente, como não fala a um europeu”.

Certamente, a desigualdade estrutural que afeta os países da América Latina requer soluções políticas e econômicas. Mas ao jurista é também fundamental indagar sobre o papel do direito nesse processo. Embora o sistema jurídico, por si só, seja incapaz de produzir os avanços sociais necessários, é, sem dúvida, competente para proteger importantes conquistas democráticas e evitar retrocessos civilizacionais.

Ademais, dentro do âmbito jurídico deve ser especialmente ressaltada a importância do direito internacional, tendo em vista duas razões principais: primeiro, porque as desigualdades sociais ultrapassam fronteiras nacionais, deixando de ser um problema restrito aos limites dos Estados e, segundo, porque diante da globalização do capital e da *lex mercatoria*, torna-se indispensável a internacionalização e consolidação, em escala mundial, dos direitos econômicos, sociais e culturais, como esfera jurídica autônoma com poder de resistência às imposições do mercado. Trata-se da necessidade de afirmação radical dos direitos humanos como valores acima de quaisquer interesses nacionais e individualistas.

É por este motivo que o presente trabalho se propõe a estudar a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo relacionada à matéria dos direitos

¹ Certamente, identificar riqueza extremamente concentrada no Brasil não constitui nenhuma novidade. Mas a compreensão das razões que produzem uma repartição tão desigual da renda, bem como sua reprodução, continua sendo motivo de interesse, especialmente para se pensar medidas de superação (POCHMANN, 2007), inclusive na seara jurídica. Pochmann aponta como principal motivo da perversão distributiva no Brasil a concentração do poder, e, na raiz deste fator, está a fragilidade da democracia existente no país. Esta conclusão pode ser estendida aos demais países da América Latina que, assim como Brasil, passaram por ditaduras militares há poucas décadas e ainda não lograram por completo a consolidação de suas democracias.

econômicos, sociais e culturais, e verificar sua influência na criação de normas e políticas nacionais de combate à desigualdade estrutural. Para tanto, o estudo terá como objeto central a interpretação do princípio da igualdade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De acordo com o artigo 24 do Pacto de San Jose da Costa Rica, “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”. O que exatamente isto significa? A impossibilidade de qualquer tratamento jurídico diferenciado? E como ficaria a situação de quem necessita de proteção jurídica especial, devido a condições particulares de vulnerabilidade? Tendo em vista que todas as decisões da Corte Interamericana que envolvam discussão sobre a igualdade devem ser fundamentadas no artigo 24 do Pacto, faz-se imprescindível investigar qual a compreensão hermenêutica do Tribunal sobre o dispositivo e de que forma sua jurisprudência influencia as jurisdições e governos nacionais, fazendo avançar o processo de internacionalização do direito e construção de um direito comum latino-americano dos direitos humanos.

A pesquisa emprega o método dialético, vez que os exercícios de análise e síntese da investigação têm como objeto processos de integração jurídica em curso na região, caracterizados pela relação conflituosa e contraditória entre a multiplicidade normativa existente, da qual gradativamente surgem mudanças qualitativas que podem definir os rumos de um direito comum em construção. Em outras palavras, o método dialético é apropriado em razão de se ter como objeto de estudo decisões de uma Corte Internacional que, não raro, colidem com decisões e interesses dos Estados, gerando conflitos principiológicos e normativos entre o nacional e o não nacional, que devem ser abordados dialeticamente.

Para responder a questão do problema foi realizado um estudo histórico da atuação da Corte Interamericana, especialmente da sua jurisprudência sobre o princípio da igualdade. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, que incluiu a análise de obras jurídicas, filosóficas e sociológicas sobre o tema trabalhado, bem como a apreciação de decisões da Corte Interamericana referentes ao princípio da igualdade e não discriminação.

Partindo-se da identificação de duas principais fases de atuação da Corte IDH – a primeira, da criação da Corte até o fim da década de 1990; e a segunda, do início dos anos 2000 até os dias atuais – o trabalho está organizado em duas partes (Parte I e Parte II), correspondentes às mencionadas fases de atuação do Tribunal, e cada parte contém 3 (três) subtítulos destinados, respectivamente, ao estudo de casos, ao exame da interpretação do princípio da igualdade pela Corte e à análise da influência dos seus julgados no processo de afirmação de um direito comum latino-americano.

PARTE I – A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ANTES E DURANTE AS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RELACIONADO A DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E O DIREITO COMUM EM MATÉRIA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Geralmente se divide a história de atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) em três momentos distintos². O primeiro deles, correspondente ao período inicial de atuação do SIDH, onde enfrentou as violações em massa cometidas sob sistemas de terrorismo de Estado. Naquele momento, o principal papel do sistema era o de último recurso de justiça para as vítimas das violações que não tinham amparo nos sistemas de justiça internos, devastados ou manipulados.

A segunda etapa, relativa ao período das transições pós-ditatoriais da década de 80 e início da década de 90. Naquele momento, o SIDH já apresentava um sentido mais amplo, na medida em que procurou acompanhar os processos políticos de tratamento do passado autoritário e seus resquícios nas instituições democráticas. Foi aí que o SIDH delineou os princípios sobre memória, verdade e justiça, fixou os limites das leis de anistia, estabeleceu as bases para a proteção da liberdade de expressão, proibição de censura prévia, etc.

A terceira e última etapa, correspondente ao cenário atual de jovens democracias representativas, que deram passos importantes como o aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e proteção da liberdade de expressão, mas que ainda apresentam, em razão da “baixa densidade dos Estados de Direito” (PIOVESAN, 2012, p.138), sérias fragilidades institucionais, como sistemas de justiça inefetivos e sistemas policiais e penitenciários violentos. Além disso, são enormes os níveis de desigualdade e exclusão, o que provoca um clima de instabilidade política e explica o crescimento das demandas por igualdade de grupos e coletividades em situação de exclusão social, que sofrem padrões de violência institucional e não possuem acesso à proteção social ou judicial.

Neste contexto, segundo defende Abramovich (2009), a história da jurisprudência do SIDH é marcada pela evolução de um conceito de igualdade formal, elaborado na fase de transição, para um conceito de igualdade material, que tem se consolidado atualmente, momento em que a temática da discriminação estrutural se apresenta com mais força no tipo de casos apreciados pelo Sistema. Nas palavras do autor, “se avança de uma ideia de igualdade como não discriminação a uma ideia de igualdade como proteção de grupos subordinados” (p. 18).

² Quem apresenta em detalhes esta periodização é Abramovich (2009).

Isto significa a evolução de uma noção clássica de igualdade, que visa a eliminação de privilégios e diferenças injustas ou arbitrárias, cria regras idênticas para todos e defende uma espécie de neutralidade ou “cegueira” do Estado frente às diferenças, para uma noção de igualdade substantiva, que exige do Estado o trabalho para produzir equilíbrios sociais, a partir da proteção especial de determinados grupos que sofrem processos históricos ou estruturais de discriminação.

Diferente de Abramovich, que divide a história da Corte em três momentos, neste trabalho, por questão metodológica, são identificadas duas grandes fases, conforme explanado na introdução. O item a seguir (1.1), será destinado à análise do tipo de demandas submetidas à Corte durante sua primeira fase de atuação, centrando-se a atenção nos casos fundamentados no princípio da igualdade e não discriminação. A seguir (1.2), serão estudados e classificados os conceitos, definições e interpretações do princípio apresentados pelo Tribunal nos casos analisados. E, por fim (1.3), buscar-se-á fazer uma síntese do entendimento jurisprudencial da Corte e apontar de que maneira este gerou/gera influência nas instituições nacionais da região.

1.1. A hermenêutica do princípio da igualdade em demandas relacionadas aos direitos civis e políticos

Desde o início dos trabalhos da Corte, em 1979³, até o fim da década de 90, a grande maioria dos casos submetidos ao Tribunal estiveram relacionados às violações de direitos civis e políticos ocorridas durante os regimes autoritários latino-americanos. Dentre os principais casos levados à Corte, podem ser citados: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1987; Aloboetoe e outros Vs. Suriname, 1991; Cayara Vs. Perú, 1993; Caballero Delgado e Santana Vs. Colômbia, 1994; Caso de la “Panel Blanca” Vs. Guatemala, 1996; Cantoral Benavides Vs. Perú, 1998; Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 1999; e Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, 2000.

Nestes casos, as denúncias apontavam para a violação dos direitos à vida, liberdade pessoal, integridade pessoal, liberdade de pensamento e expressão, proteção judicial, obrigação de respeitar direitos e dever de adotar disposições de direito interno, previstos, respectivamente, nos artigos 4, 7, 5, 13, 25, 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em razão da especificidade das matérias, o princípio da igualdade, previsto no artigo 24 da Convenção, praticamente não figurou como objeto das denúncias.

³ A primeira reunião da Corte celebrou-se nos dias 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington.

De fato, até o ano 2000, o princípio da igualdade foi mencionado pela Corte Interamericana em apenas 7 (sete) ocasiões. A pesquisa foi realizada no site da Corte, delimitada para o período de 1979 a 2000. Procurou-se pela expressão, em espanhol, “igualdad”. Dentre os 7 casos encontrados, 5 são Opiniões Consultivas (OC-4/84, OC-8/87, OC-9/87, OC-11/90 e OC-16/99) e 2 são casos contenciosos decididos pela Corte em 1995 e 1997 (Caso El Amparo vs. Venezuela e Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua).

1.1.1. Opinião Consultiva 4/84: Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização

A Opinião Consultiva 4/84, solicitada pelo governo da Costa Rica, diz respeito à proposta de modificação da Constituição do país, relacionada ao tema da naturalização. Dentre outros questionamentos, o Estado perguntou à Corte sobre a compatibilidade da proposta de mudança constitucional com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial, o artigo 24.

Em resposta, a Corte inicialmente afirma que, diante do reconhecimento da igualdade perante a lei, é proibido todo tratamento discriminatório de origem legal. Assim, os Estados-Partes estão impedidos de introduzir em seu ordenamento jurídico regulações discriminatórias referentes à proteção pela lei. No entendimento do Tribunal, a noção de igualdade está ligada à unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, é incompatível com o imperativo da igualdade toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a um tratamento privilegiado a este, ou que, ao contrário, por considerá-lo inferior, dispense um tratamento hostil ou discriminatório no gozo de direitos. Em suma, não são admissíveis diferenças de tratamento entre os seres humanos, que não correspondam a sua única e idêntica natureza (CORTE IDH, 1984, par. 55).

Entretanto, a Corte considera ainda que, em razão do mesmo motivo, deve-se concluir que nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana. (par. 56). Para embasar essa ideia, a Corte cita julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual, “baseando-se nos princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos”, definiu que só é discriminatória uma distinção quando “carece de justificação objetiva e razoável” (CEDH, 1968, p. 34).

Com efeito, para o Tribunal, existem certas desigualdades de fato que podem ser traduzidas legitimamente em desigualdades de tratamento jurídico, sem que tais situações contrariem a justiça. Pelo contrário, a diferença de trato jurídico pode ser veículo para realizar a igualdade real e proteger os juridicamente débeis. Nesse sentido, o Tribunal esclarece que:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (par. 57).

Debruçando-se sobre o caso apresentado pela Costa Rica, a Corte reconhece a soberania do Estado para resolver sobre critérios que irão orientar a concessão ou não da nacionalidade aos estrangeiros que aspiram a sua obtenção, assim como para estabelecer certas diferenças razoáveis com base em circunstâncias de fato que, por razões objetivas, aproximam mais alguns do que outros aspirantes à nacionalidade do sistema de valores e interesses da sociedade costarriquense.

Um caso de distinção não discriminatória, citado pela Corte, seria a fixação de requisitos menos exigentes em relação ao tempo de residência no país para a obtenção da nacionalidade por centroamericanos, ibero-americanos e espanhóis, frente aos demais estrangeiros. Segundo o Tribunal, não seria contrário à natureza e aos fins da concessão da nacionalidade, facilitá-la em favor dos que possuem laços históricos, culturais, e espirituais muito mais estreitos com os costarriquenses (par. 60).

Diferente, porém, é a posição da Corte em relação ao artigo 14 do projeto apresentado. Tal dispositivo tecia considerações especiais para a obtenção da nacionalidade costarriquense pela “mulher estrangeira que case com costarriquense”. Desse modo, estabelecia o matrimônio como determinante da troca de nacionalidade apenas pela mulher e não pelo marido (Par. 64). Em oposição, a Corte explica que no século XX teve origem um movimento contrário aos princípios tradicionais, tanto em função do reconhecimento da capacidade decisiva da mulher, como pela difusão da igualdade entre os sexos dentro do conceito da não discriminação em razão do mesmo (par. 65). Em consequência, não se justifica e deve ser considerada discriminatória o tratamento diferenciado entre os cônjuges no projeto de reforma constitucional da Costa Rica (par. 67).

1.1.2. Opinião Consultiva 8/87: O Habeas Corpus Diante da Suspensão de Garantias

Depois da OC-4/84, o Tribunal voltou a mencionar o princípio da igualdade e não discriminação apenas em 1987, por ocasião da OC-8/87. Trata-se de opinião solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre “o habeas corpus frente a suspensão de garantias”. Na época, alguns Estados entendiam que, em situações de emergência, um dos direitos cujo exercício poderia ser suspenso seria a proteção judicial do habeas corpus. Alguns, inclusive, haviam promulgado leis especiais e iniciado práticas que deixavam pessoas detidas em situação de total incomunicabilidade durante longos períodos durante os quais não lhes era possível nem mesmo ingressar com pedido de habeas corpus.

Frente a tais situações, a Comissão Interamericana, considerando que é precisamente nestas circunstâncias excepcionais que o recurso de habeas corpus adquire a sua maior importância, solicitou à Corte opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 25.1 e 7.6 em relação com o artigo 27.2, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em resposta, no que diz respeito ao princípio da igualdade, a Corte limitou-se a declarar que a análise do artigo 27 deve partir da consideração de que é um preceito concebido apenas para situações excepcionais e que as disposições adotadas pelos Estados em tais circunstâncias não devem violar outras obrigações internacionais, “nem devem conter discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social” (CORTE IDH, 1987a, par. 19).

Neste caso, portanto, no que diz respeito ao princípio da igualdade e não discriminação, a Corte apenas cita *ipsis litteris* o que dispõe o artigo 27 da Convenção, sem tecer considerações sobre o assunto.

1.1.3. Opinião Consultiva 9/87: Garantias Judiciais em Estados de Emergência

Semelhante é o que ocorre na terceira vez em que o princípio aparece em manifestação da Corte. Trata-se de Opinião Consultiva solicitada pelo governo da República do Uruguai, sobre “garantias judiciais em estados de emergência”. Na ocasião, o Estado apresentou questionamentos à Corte sobre o alcance da proibição de suspender garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos mencionados no artigo 27 da Convenção. Da mesma forma como na opinião consultiva anterior, neste caso, a Corte apenas cita o artigo 27

da Convenção, em sua literalidade, sem tecer comentários específicos acerca do princípio da igualdade e não discriminação.

1.1.4. Opinião Consultiva 11/90: Exceções ao Esgotamento de Recursos Internos

Trata-se de questionamento submetido à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para que respondesse às seguintes perguntas: O requisito do esgotamento dos recursos jurídicos internos se aplica a um indigente que, devido a circunstâncias econômicas, não é capaz de fazer uso dos recursos jurídicos do país? E, o requisito do esgotamento dos recursos jurídicos internos se aplica a um reclamante individual que, por não obter representação legal devido a um temor generalizado nos círculos jurídicos, não pode fazer uso dos recursos que lhe são oferecidos pelas leis do país?

Em suas considerações sobre o assunto, a Corte afirma que a Convenção proíbe o Estado de discriminar por diversas razões, dentre elas a posição econômica. Logo, se uma pessoa que busca a proteção da lei para fazer valer os direitos garantidos pela Convenção encontra em sua posição econômica (indigência) um empecilho, por não poder pagar assistência jurídica ou arcar com as custas do processo, tem-se uma discriminação por motivos econômicos e a pessoa resta colocada em condições de desigualdade perante a lei. Portanto, em resposta à primeira pergunta, a Corte explana que nestes casos o indivíduo fica dispensado de esgotar os recursos internos.

Em relação à segunda pergunta, o Tribunal afirma serem aplicáveis os mesmos princípios básicos relativos à primeira. Ou seja, se uma pessoa se vê impedida, por não obter representação legal devido a um temor generalizado nos círculos jurídicos, de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito convencionalmente garantido, não se pode exigir o esgotamento desses recursos. Portanto, diante de situações concretas de desigualdade, a Corte admite a possibilidade de um tratamento jurídico diferenciado com vistas a assegurar a efetividade real de direitos garantidos pela Convenção.

1.1.5. Caso El Amparo vs. Venezuela (1995)

Posteriormente, o princípio da igualdade voltou a ser invocado pela Comissão Interamericana, no Caso El Amparo vs. Venezuela. O caso foi submetido à Corte para que decidisse sobre a violação, por parte do governo venezuelano, de diversos artigos da

Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre eles o artigo 24, em razão da morte de 14 pessoas, em 1988. Na ocasião, um grupo de 16 pescadores trabalhava em uma embarcação quando foram surpreendidos por efetivos militares e policiais, na operação “Anguila III”, que assassinaram 14 dos 16 trabalhadores que se encontravam no local.

Todavia, em nota enviada à Corte em janeiro de 1995, o governo da Venezuela comunicou a aceitação da responsabilidade internacional do Estado pelos fatos ocorridos. Em razão disso, a Corte considerou cessada a controvérsia que deu origem ao caso e determinou que se ingressasse na etapa de reparações e pagamento de custas. Assim sendo, neste caso, não houve apreciação da alegada violação ao princípio da igualdade e não discriminação.

1.1.6. Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua (1997)

A sexta oportunidade em que houve referência expressa ao princípio da igualdade e não discriminação foi no Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. A controvérsia diz respeito a fatos ocorridos em 1990, ocasião em que o jovem Jean Paul Genie Lacayo, de 16 anos, deslocava-se de automóvel para sua casa, quando encontrou uma caravana de veículos com efetivos militares. Segundo a acusação, ao tentar ultrapassar os veículos militares, o jovem foi baleado e morreu em consequência de hemorragia.

Os pais da vítima ingressaram com ação judicial para a responsabilização dos autores do crime. Entretanto, segundo a acusação apresentada à Corte Interamericana, os agentes do governo realizaram ações que causaram a denegação de justiça. Entre elas, menciona-se o desaparecimento de provas, a desobediência de testemunhas militares em comparecer aos depoimentos e o não julgamento da causa em prazo razoável. Tais ações teriam impedido uma investigação imparcial para condenar os responsáveis e indenizar os familiares da vítima.

No caso, a Comissão sustenta que o governo infringiu, dentre outros, o artigo 24 da Convenção, uma vez que normas internas do país outorgavam uma ampla margem de discricionariedade e livre arbítrio aos altos comandantes militares na tarefa de julgar e sancionar os acusados. Entretanto, a Corte considerou que a aplicação das normas internas do país não violou o princípio da igualdade nem afetou a independência e imparcialidade dos juízes militares porque, no caso, não foi aplicado o decreto que autorizava integrarem a Corte Suprema de Justiça quatro membros adicionais de caráter castrense (par. 72).

Ademais, em uma das poucas referências que faz ao princípio da igualdade na sentença, a Corte afirma que não ficou demonstrado que o Sr. Raymond Genie Peñalba, pai da

vítima, ao comparecer como parte acusadora perante os tribunais militares, tenha se encontrado em situação de inferioridade em relação aos acusados ou aos juízes militares e, por conseguinte, não houve violação do direito à igualdade perante a lei, estabelecido no artigo 24 da Convenção, vez que “este direito só pode ser examinado neste caso em relação aos direitos processuais do afetado”. (par. 88).

1.1.7. Opinião Consultiva 16/99: O Direito à Informação sobre Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal

Por fim, a OC-16/1999 foi consulta realizada pelo México com relação às garantias judiciais mínimas e ao devido processo legal na aplicação da pena de morte imposta judicialmente a estrangeiros a quem o Estado receptor não tenha informado o seu direito a comunicar-se e a solicitar assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade. À respeito da Carta da OEA e da Declaração Americana de Direitos Humanos, o Estado mexicano pergunta: tratando-se de prisão de estrangeiro por delito sancionável com a pena capital, se conforma a omissão por parte do Estado receptor de notificar o detido ou condenado sobre os direitos que lhe confere o artigo 36.1.b da Convenção de Viena, levando-se em consideração o reconhecimento pela Declaração Americana do direito à igualdade perante a lei sem distinção alguma?

Em resposta, a Corte afirma que para que exista o devido processo legal é preciso que um acusado ou condenado possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados/condenados. Nesse sentido, para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real dos que são levados à justiça. Sem a existência de meios de compensação, não se poderia dizer que os que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e benefícios de um devido processo legal.

Conclui o Tribunal dizendo que se deve prover de tradutor a quem desconhece o idioma em que desenvolve o procedimento e se deve garantir ao estrangeiro o direito de ser informado oportunamente de que pode contar com a assistência consular. Estes são meios para que os acusados ou condenados estrangeiros possam fazer pleno uso de direitos que a lei reconhece a todas as pessoas.

A análise dos casos apresentados permite perceber que em apenas três o Tribunal tece considerações mais detalhadas sobre o princípio da igualdade e não discriminação: na OC-

4/84, na OC-11/90 e na OC-16/99. Nas demais Opiniões Consultivas e no caso contencioso El Amparo vs. Venezuela a Corte não chega a tecer considerações sobre a interpretação do princípio. No caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua, a Corte conclui que, diante dos fatos analisados, não houve violação do princípio da igualdade, considerando que este só poderia ser examinado em relação aos direitos processuais do afetado. Todavia, a Corte não esclarece o seu entendimento sobre igualdade processual.

Tal elucidação é feita na OC-16/99, onde afirma que para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real dos que são levados à justiça. No mesmo sentido, na OC-11/90, assevera-se que, diante de situações concretas de desigualdade, admite-se a possibilidade de tratamento jurídico diferenciado com vistas a assegurar a efetividade real de direitos garantidos pela Convenção⁴.

Mas é, sem dúvida, na Opinião Consultiva nº 4/84, a primeira delas, que a Corte Interamericana apresenta com maiores detalhes sua concepção sobre o princípio da igualdade. Esta foi a primeira vez, ainda no início da década de 80, que a Corte se manifestou sobre o conteúdo do artigo 24 da Convenção, ocasião em que já estabeleceu as principais diretrizes da sua interpretação. Como visto, a demanda teve como objeto o tema da naturalização, pertencente ao âmbito dos direitos civis e políticos, de primeira dimensão.

Debruçada sobre a demanda, a Corte estabeleceu as linhas gerais do princípio, reconhecendo que nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana. Com efeito, para o Tribunal, certas desigualdades de fato podem ser traduzidas legitimamente em desigualdades de tratamento jurídico, sem que tais situações contrariem a justiça. Pelo contrário, a diferença de trato jurídico pode ser veículo para realizar a igualdade real e proteger os juridicamente débeis.

⁴ Sobre o tema da igualdade processual, importantes são as lições de Rui Portanova. Para o autor, não comporta mais no jurista atual posição pacífica, complacente, estéril e preguiçosa de visão puramente formal e abstrata do princípio. Ao contrário, cumpre investigar os desequilíbrios existentes entre as partes e, depois, agir de maneira concreta e efetiva para equilibrar as posições dos interessados. Assim, “havendo desigualdade material e concreta entre as partes em litígio e o desconhecimento que um deles (ou seu advogado) pode ter de seus direitos, será necessário promover a igualização. Só assim se garante, nos exatos termos constitucionais, a perfeita integração do princípio do contraditório, do direito de ação e de ampla defesa” (p. 41). O autor conclui referindo que o princípio da igualdade é dinâmico, pois deve promover a igualização de condições entre as partes. Dessa forma, evita-se no processo o excesso e o abuso de poder sobre cidadãos, principalmente sobre os menos favorecidos na relação jurídica material ou processual (RUI PORTANOVA, 2008).

1.2. Uma concepção formal do princípio da igualdade?

Segundo leciona Abramovich, em sua primeira fase de atuação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressava uma concepção formal do princípio da igualdade. Estará correta a afirmação do autor? Para responder a questão é preciso, antes de tudo, ter claro o conceito jurídico-filosófico de igualdade formal. Porém, antes ainda, faz-se necessária uma breve revisão histórica do próprio conceito de igualdade.

Por certo, a ideia de igualdade entre os homens tem sido, ao longo dos últimos séculos, um central objeto de estudo da filosofia. Já na Grécia Antiga, Aristóteles havia debruçado-se sobre o conceito. Para o autor, a ideia de igualdade estaria associada à ideia de justiça: “a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça uma espécie de desigualdade” (ARISTÓTELES, 1991, p.104).⁵

Todavia, a teoria aristotélica da justiça não se aplicava a todos os habitantes da Grécia, já que não eram considerados cidadãos as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos. Em “A Política”, Aristóteles afirma que “a natureza ainda subordinou um dos dois animais ao outro. Em todas as espécies, o macho é evidentemente superior à fêmea: a espécie humana não é exceção” e, em relação aos escravos, o filósofo diz que “todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos”. (ARISTÓTELES, s/d, p.15).

Apenas na modernidade as doutrinas igualitárias passam a estender a ideia de igualdade a todos os homens, independentemente de gênero, idade, classe social ou nacionalidade. É na modernidade também que se formam de maneira mais marcante, em linhas gerais, duas principais correntes filosóficas em torno da ideia de igualdade: de um lado, as doutrinas não igualitárias, que tiveram como expoente Thomas Hobbes, e de outro, as doutrinas igualitárias, cujo expoente foi Jean-Jacques Rousseau.

Ambas vertentes doutrinárias possuem suas próprias ramificações, de modo que as doutrinas igualitárias, por exemplo, abarcam as teorias da “igualdade perante a lei”,

⁵ Na filosofia aristotélica, o justo apresenta-se como um meio-termo ou uma espécie de termo proporcional, onde a proporção é uma igualdade de razões. Logo, o igual seria o intermediário entre o maior e o menor e, por conseguinte, a justiça corretiva seria o intermediário entre a perda e o ganho. Neste sentido, a injustiça seria uma desigualdade, a qual o juiz procura igualar. Para ilustrar a situação, Aristóteles (1991, p. 105) explica: “é como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele [o juiz] retira a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la ao menor”. Desse modo, quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam o que lhes pertence, isto é, receberam o que é igual. Por esta razão, o pensamento aristotélico sobre a ideia de igualdade foi sintetizado na célebre epígrafe “deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual”.

“igualdade nos direitos”, “igualdade de oportunidades” e “igualdade de fato”. Neste trabalho, por razões que ficarão explícitas⁶, interessa particularmente o estudo das doutrinas igualitárias, de modo que serão expostas apenas as linhas gerais da vertente Hobbesiana.

Em Hobbes, os homens no estado de natureza são iguais, ponto em que sua teoria não difere da teoria igualitária de Rousseau. Para o filósofo, mesmo sendo naturalmente iguais, os homens se tornam desiguais em sociedade, sendo a desigualdade uma criação das leis civis (HOBBS, 2003). Todavia, o autor não apresenta nenhuma solução para a desigualdade social nem demonstra considerar que ela seja indesejada ou prejudicial.

Segundo Ferrajoli (2004), o paradigma hobbesiano se baseia em um modelo de relação entre direito e diferenças que é a “indiferença jurídica das diferenças”. Significa dizer que as diferenças não são valorizadas nem desvalorizadas, não são tuteladas nem reprimidas, assim como não são protegidas nem violadas. Em outros termos, na visão hobbesiana os homens são naturalmente iguais mas devem ser socialmente desiguais. Nesse sentido, sua doutrina pressupõe uma avaliação positiva de certas formas de desigualdade, seja entre indivíduos fisicamente mais fortes e mais fracos, mais inteligentes e menos inteligentes, pertencentes a uma ou outra raça, estirpe ou nação (BOBBIO, 1996).

As doutrinas não igualitárias partem de um juízo de valor segundo o qual determinadas formas de desigualdade são favoráveis ou mesmo necessárias ao melhor ordenamento e ao progresso social, devendo ser respeitadas ao invés de abolidas as desigualdades entre os homens. Segundo Bobbio, a doutrina hobbesiana

considera como finalidade suprema dos homens que vivem em sociedade não a maior igualdade possível, mas exclusivamente a paz social, e funda essa última na renúncia à igualdade natural e na constituição de um ordenamento no qual é traçada uma nítida linha de demarcação entre os que têm o dever de mandar e os que só têm o direito de obedecer (BOBBIO, 1996, p.38).

Em razão disso e diante do fato de que a maioria das sociedades hoje existentes são de fato sociedades desiguais, as doutrinas não igualitárias representam habitualmente a tendência a conservar o estado de coisas existente, ou seja, são doutrinas conservadoras.

Em semelhante linha de pensamento, John Locke afirmava que todos os que compartilham a mesma natureza, as mesmas faculdades e os mesmos poderes são iguais por natureza e devem participar dos mesmos direitos e privilégios comuns, sendo todos igualmente senhores de sua liberdade natural, sem depender da vontade nem da autoridade de outro homem. Porém, embora reconheça a igualdade natural entre os homens, Locke aceita a

⁶ Cabe esclarecer, desde logo, que este projeto parte de pesquisas anteriores cujos resultados demonstram que a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressa, em sua jurisprudência, ideais igualitários. A partir disso, pretende-se identificar qual dentre as teorias igualitárias embasa juridicamente suas decisões.

ideia de que a idade ou a virtude possam dar aos homens uma precedência justa, que os talentos e méritos possam colocar alguns acima do nível comum e que alguns podem ser sujeitados pelo nascimento. É o que se verifica na seguinte passagem:

Embora eu tenha dito anteriormente (Capítulo II) que, por natureza, todos os homens são iguais, não se pode supor que eu me referisse a todos os tipos de igualdade. A idade ou a virtude podem dar aos homens uma precedência justa. A excelência dos talentos e dos méritos pode colocar alguns acima do nível comum. O nascimento pode sujeitar alguns, e a aliança ou os benefícios podem sujeitar outros, reconhecendo-se aqueles a quem a natureza, a gratidão ou outros aspectos possam obrigar (LOCKE, s/d, p.49).

Assim, o filósofo vê os homens como naturalmente iguais, mas faz ressalva que alguns podem se destacar pela força ou pela inteligência, não sendo possível encontrar em sua filosofia preocupação no sentido de que os efeitos da desigualdade de forças e talentos possam ser socialmente indesejados ou prejudiciais. Observa que os homens, ao entrarem na sociedade, renunciam à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que passa então a ser depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira.

De modo oposto, as doutrinas igualitárias não vislumbram a desigualdade entre os homens como fato positivo ou benéfico ao desenvolvimento social. Isto não significa que numa sociedade igualitária todos devam ser iguais em tudo. Em “Discurso sobre a origem da desigualdade”, Rousseau faz uma diferenciação entre desigualdades naturais, produzidas pela natureza, e desigualdades sociais, produzidas a partir das relações econômicas, espirituais e políticas entre os homens:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2001, pp. 38-39).

Para o filósofo, é a sociedade que cria a desigualdade material entre os homens e altera suas inclinações naturais: “Basta-me ter provado que esse não é o estado original do homem, e que só o espírito da sociedade e a desigualdade que ela engendra modificam e alteram, assim, todas as nossas inclinações naturais” (ROUSSEAU, 2001, p.140). Portanto, sua meta é a eliminação das desigualdades sociais e não das desigualdades naturais, o que fica claro na seguinte passagem: “é manifestamente contra a lei de natureza, de qualquer maneira que a definamos, que uma criança mande num velho, que um imbecil conduza um homem sábio, ou

que um punhado de pessoas nade no supérfluo, enquanto à multidão esfomeada falta o necessário” (ROUSSEAU, 2001, p.141).

Fato é que atualmente as doutrinas igualitárias parecem preponderar sobre as não igualitárias. Bobbio (1996), no fim do século passado, observava uma “tendência irresistível” no sentido de uma igualdade cada vez maior e dizia que o igualitarismo, apesar da resistência que enfrenta a cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. Para o autor, “a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização” (BOBBIO, 1996, p.43).

Cumprir observar que a tendência a valorar negativamente as desigualdades é característica central dos marcos normativos nacionais e internacionais de direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus protocolos, entre outros. Por esta razão, não causa estranhamento que Tribunais Internacionais de Direitos Humanos expressem em sua jurisprudência valores e ideais igualitários. É o que se observa na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, objeto de estudo deste trabalho.

Todavia, diante das diversas concepções de igualdade, que variam de acordo com a resposta ao questionamento “igualdade em quê?”, faz-se necessário identificar, particularmente, qual compreensão do ideal igualitário serve de base às decisões da Corte Interamericana. Segundo a categorização de Bobbio, filosoficamente a igualdade pode ser percebida de quatro maneiras diversas: como igualdade diante da lei, igualdade nos direitos, igualdade de oportunidades ou igualdade de fato. A primeira delas – igualdade perante a lei – corresponde ao que comumente se denomina “igualdade formal”, enquanto as três demais concepções são variações da chamada “igualdade material” ou “substancial”.⁷

Dizer que todos os homens são iguais perante a lei equivale a afirmar que a lei é igual para todos. Este princípio é antigo e talvez seja a única determinação da ideia de igualdade universalmente acolhida (BOBBIO, 1996). Está positivado na Declaração Universal dos

⁷ No mesmo sentido, Flávia Piovesan (2005, p. 47) identifica que se destacam três vertentes no que tange à concepção da igualdade: “a) a igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)”.

Direitos Humanos, de 1948, no artigo VII; na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 24; no artigo da Constituição Federal Brasileira; no Artigo 9º da Constituição da África do Sul; Artigo 1º da Constituição Francesa; Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos da América; dentre outras.

O princípio da igualdade perante a lei representou um dos pilares do Estado Liberal (BOBBIO, 1996), sendo que a filosofia do direito moderna, que apregoa a liberdade, a igualdade entre os homens e o direito natural desenvolveu-se a partir das revoluções liberais inglesa, americana e francesa, como arma de combate ao absolutismo. Logo, a igualdade de todos os indivíduos perante a lei e ampla liberdade de negócios, que são fundamentos da atividade capitalista, foram as bandeiras da luta filosófica burguesa, iluminista, contra o absolutismo (MASCARO, 2002).

Arquitetar todos os homens como iguais perante a lei e proibir qualquer tipo de diferenciação de tratamento legal a determinados sujeito ou grupos é a atitude que Ferrajoli (2004) denomina “homologação jurídica das diferenças”⁸. Significa dizer que as diferenças são ao mesmo tempo valorizadas (reconhecidas) e negadas, não porque algumas sejam concebidas como valores e outras como desvalores, mas porque todas são desvalorizadas em nome uma igualdade abstrata.

Em outras palavras, se reconhece que existem diferenças de fato, mas juridicamente elas são desprezadas, neutralizadas ou homologadas. Assim, a diferença feminina, por exemplo, não sofre discriminação no plano jurídico, uma vez que é desconhecida, ocultada e mascarada. As mulheres possuem os mesmos direitos que os homens, enquanto se finge que são homens ou que se assemelham a eles no estilo de vida e nos comportamentos. Por conseguinte, a homologação jurídica das diferenças nada mais é do que a outra face da ideia de igualdade formal, modelo de assimilação próprio dos ordenamentos liberais (FERRAJOLI, 2004).

Seria esta a concepção de igualdade apregoada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no período analisado, de 1979 a 2000? Como visto, o Tribunal afirma a proibição de todo tratamento discriminatório de origem legal, considerando que a noção de igualdade

⁸ A doutrina de Ferrajoli sobre a relação entre direito e diferenças mostra-se adequada também à compreensão das distintas concepções do princípio da igualdade. O autor toma a diferença de sexo, em seu caráter originário e insuperável, como paradigma para iluminar as demais diferenças de identidade como língua, etnia, religião, opiniões políticas e similares, em oposição às desigualdade que, ao contrário, não têm nada a ver com as identidades das pessoas, mas tão somente com suas discriminações e disparidades de condições sociais. A partir de tal compreensão, o autor distingue quatro modelos de configuração jurídica das diferenças: indiferença jurídica das diferenças; diferenciação jurídica das diferenças; homologação jurídica das diferenças; e, valoração jurídica das diferenças (FERRAJOLI, 2004).

está diretamente ligada à unidade da natureza do gênero humano, sendo inseparável da dignidade da pessoa. Em razão disto, seria incompatível com o imperativo da igualdade toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a um tratamento privilegiado a este, ou que, por considerá-lo inferior, dispense um tratamento hostil ou discriminatório no gozo de direitos. Nestas primeiras considerações da Corte, de fato, trata da ideia de igualdade diante da lei, no sentido de que: a) proíbe o tratamento discriminatório pela lei; b) proíbe o privilégio legal ou o tratamento hostil a determinados grupos; e c) proíbe a criação de diferenças legais de tratamento entre os homens que não correspondam a sua natureza.

Em suma, o Tribunal veda aquilo que Ferrajoli chama de “diferenciação jurídica das diferenças”: a valorização de algumas identidades e desvalorização de outras, gerando uma hierarquização de identidades, característica de sociedades de casta, em fases mais arcaicas da experiência jurídica. Segundo esse modelo, as identidades valorizadas, conforme o sexo, etnia, crença religiosa, língua e renda, assumem *status* privilegiado em direito e poder, enquanto as identidades desvalorizadas – mulher, judeu, negro, herege, estrangeiro, apátrida, etc. – assumem *status* discriminatórios, fonte de exclusão, sujeição e perseguição (FERRAJOLI, 2004).

Nesse sentido, resta claro que a Corte proíbe o tratamento discriminatório que hostilize ou privilegie, sem justificativa razoável, determinados indivíduos ou grupos sociais. Lembre-se da contrariedade do Tribunal em relação ao dispositivo do projeto de reforma constitucional da Costa Rica que previa tratamento desigual de homens e mulheres na aquisição da nacionalidade.

Ao prosseguir discorrendo sobre o tema, a Corte pondera que nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana. Na verdade, só é discriminatória uma distinção quando a) carece de justificativa objetiva e razoável; b) conduz a situações contrárias à justiça e à razão; e c) persegue fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que de alguma forma repugnem a essencial unidade da natureza humana.

Importante, no ponto, o pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello. Conforme o autor “acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade” (MELLO, 2000, p. 15). Desse modo, pensa-se que as pessoas não poderiam, em hipótese alguma, ser desequiparadas pela lei em

função da raça, religião ou sexo. Porém, segundo o autor, descabe totalmente buscar aí a barreira insuperável do princípio da igualdade. Há situações, na verdade, em que estas características são determinantes da diferenciação legal, sem violar o imperativo da igualdade.

Portanto, não é no traço de diferenciação escolhido, seja ele um elemento característico das pessoas, coisas ou situações, que se deve buscar algum desacato ao princípio da igualdade. Na verdade, a violação do preceito estará na existência ou não de vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, vez que “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (MELLO, 2000, p. 18).

Ademais, o vínculo de correlação lógica deve ser pertinente aos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, deve resultar em diferenciação de tratamento jurídico “fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (MELLO, 2000, p.41). No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na OC-4/84, estabelece que há desigualdades de fato que podem legitimamente obter um tratamento jurídico desigual, sem que tais situações contrariem a justiça. Pelo contrário, a diferença de trato jurídico pode ser veículo para realizar a igualdade real e proteger os juridicamente débeis. Nestes casos, não haverá discriminação, pois não conduzem a situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas.

Portanto, o princípio da igualdade não é interpretado pelo Tribunal de maneira meramente formal. Se assim fosse, estaria vedado qualquer tipo de diferenciação de tratamento legal e as diferenças de fato seriam desvalorizadas em nome de uma igualdade abstrata. Ao contrário, desde sua primeira manifestação sobre o princípio da igualdade, a Corte reconhece a possibilidade e necessidade de tratamento jurídico diferenciado a indivíduos e grupos sociais desiguais.

Pode-se dizer que reconhece o dever de garantia daquilo que Bobbio denomina de igualdade nos direitos (ou dos direitos), que significa mais do que a simples igualdade diante da lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada. A igualdade nos direitos significa o igual gozo, pelos cidadãos, dos direitos fundamentais assegurados nas constituições e convenções internacionais de direitos humanos. Lembre-se da afirmação de Ferrajoli (2004) de que a moderna concepção de igualdade é precisamente uma igualdade em direitos, cuja base são os direitos fundamentais.

Veja-se que esta ideia de igualdade nos direitos está relacionada ao modelo de configuração jurídica das diferenças que o autor denomina “valorização jurídica das diferenças”, baseado no reconhecimento dos direitos fundamentais – políticos, civis e sociais – e ao mesmo tempo na exigência de um sistema de garantias capazes de assegurar sua efetividade, para que não fiquem restritos ao discurso. A valorização jurídica das diferenças significa que estas podem ser reconhecidas e valoradas partindo não da proclamação de uma igualdade abstrata, mas do fato de que pesam nas relações sociais fatores de desigualdade que conduzem a pensar e elaborar não só formulações normativas dos direitos mas também suas garantias de efetividade (FERRAJOLI, 2004, pp. 75-76).

Esta ideia de igualdade está inscrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (Revolução Francesa), cujo artigo 1º refere: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo I, nos seguintes termos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Além disso, a diferença entre igualdade perante a lei e igualdade nos direitos também é sublinhada no art. 21 da Constituição da Iugoslávia, o qual diz que os homens são iguais perante a lei e nos direitos.

Esta concepção de igualdade compreende, além do direito de os homens serem considerados iguais perante a lei, a possibilidade efetiva de gozarem dos direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, proclamados em praticamente todas as Constituições modernas.

Trata-se daquilo que Piovesan (2005, p. 47) classifica como “igualdade material” correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). Embora não envolva necessariamente a problemática da distribuição econômica, o tratamento jurídico diferenciado em razão do reconhecimento das diferentes identidades também é parte de uma concepção material de igualdade. Nancy Fraser (2000, p.55) explica que:

“O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o *status* na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um táxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição”.

Como visto, desde sua primeira manifestação sobre o princípio da igualdade, a Corte Interamericana reconhece como necessário o tratamento jurídico diferenciado a indivíduos e grupos sociais desiguais, a partir do reconhecimento das diferentes identidades, o que é fruto de uma interpretação substancial do princípio da igualdade. Desse modo, diverge-se de

Abramovich no ponto onde afirma que a evolução interpretativa da Corte tenha partido de uma noção clássica de igualdade formal, “que busca gerar regras iguais para todos e demanda do Estado uma forma de neutralidade ou “cegueira” frente à diferença” (ABRAMOVICH, 2009, p. 18).

No item 2.2 do trabalho, destinado ao estudo do princípio da igualdade aplicado a demandas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais, será retomado o estudo das concepções filosóficas da igualdade, onde serão trabalhadas as ideias de igualdade de oportunidades e igualdade de fato, ambas compreendidas como substanciais e relacionadas à distribuição e ao ideal de igualdade econômica.

Antes disso, porém, cabe verificar se, no contexto da internacionalização do direito, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos produzida ao longo do período analisado até aqui contribuiu, e de que forma, ao processo de construção de um “direito comum latino-americano” dos direitos humanos.

1.3. Delineamentos de um direito comum latino-americano consolidado no período: a proibição das anistias e o dever de reparação às vítimas

A marca atual do processo de internacionalização ou mundialização⁹ do Direito tem sido a existência de uma pluralidade de ordens normativas com tendências jurisdicionais distintas, diversidade de atores participantes do processo de criação e aplicação da norma e multiplicidade de espaços normativos que se entrecruzam. Neste cenário, verifica-se ainda a complicada existência de uma assincronia na evolução dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e aqueles que comandam o direito do comércio.

É o que alerta Mireille Delmas-Marty ao perceber que, em nível global, cresce cada vez mais a distância entre uma persistente lentidão na evolução dos direitos humanos e uma cada vez mais célere evolução do direito do comércio. A autora afirma haver dois tempos distintos: o “tempo do universalismo” e o “tempo da globalização”. O primeiro, relacionado à universalização dos direitos humanos, avança de maneira lenta e descontínua, pois sempre freado pelas soberanias nacionais, ao passo que a globalização da economia encontra-se em plena aceleração, pois ao capital não existem fronteiras. (DELMAS-MARTY, 2004a, p.208).

Diante desta realidade, marcada pelo livre trânsito do capital e por uma *lex mercatoria* dinâmica, eficiente e adaptada aos interesses econômicos, torna-se indispensável, de outro lado, a internacionalização e consolidação dos direitos humanos – sobretudo dos direitos

⁹ Conceito trabalhado por Mireille Delmas-Marty (2004a).

econômicos, sociais e culturais – como esfera jurídica autônoma com poder de resistência às imposições do mercado. Evidentemente, diferenças políticas e culturais entre povos de distintas nações dão origem a um intenso pluralismo jurídico, marcado por diferentes concepções de direitos humanos, que não permitiriam uma unificação global de conceitos.

Mas vislumbra-se a possibilidade real de uma harmonização das normas jurídicas de direitos humanos, baseada não em um princípio de identidade e condutora a uma unidade normativa, mas, ao contrário, permissiva de diferenças provenientes de fatores culturais, políticos e religiosos, desde que compatíveis com princípios fundadores comuns¹⁰. Daí falar-se em um “direito comum” dos direitos humanos. Esta harmonização jurídica seria a chave para o fortalecimento e consolidação da esfera normativa dos direitos humanos para além das fronteiras tradicionais dos Estados.

Na América Latina, o processo de integração jurídica é ainda incipiente se comparado ao exemplo da União Europeia. Mas a ideia de um *ius constitutionale commune latinoamericanum* é de larga data e tem adquirido um perfil renovado neste século XXI. De acordo com Von Bogdandy, o novo direito público promovido pelo *ius constitutionale commune latinoamericanum*, inspira-se em três princípios fundamentais – o respeito aos direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia – e tem como conceitos-chaves o diálogo, a inclusão e o pluralismo normativo (VON BOGDANDY, 2014).

O autor destaca que, no cenário regional, paralelamente às jurisdições constitucionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel fundamental de proteção e consolidação da democracia, a partir da aplicação dos princípios consagrados no Pacto de San Jose da Costa Rica e Protocolos adicionais. O Resultado é a existência de um sistema jurídico plural no qual se entrecruzam princípios, normas e regulamentos dos órgãos internacionais, supranacionais e estatais e a intensificação do diálogo entre tribunais, cujas

¹⁰ Delmas-Marty (2006) estabelece distinção entre os conceitos de unificação, uniformização e harmonização do direito. Por *unificação* entende a substituição dos diferentes corpos normativos nacionais por um direito único, positivado nas convenções internacionais. A tentativa forçada de unificação caracteriza o que chama de universalismo ingênuo, o qual prefere negar as diferenças ou reduzi-las por meio da escolha de um modelo tão homogêneo e unificado que se parece estranhamente com a hegemonia de uma cultura sobre as outras. Já a *uniformização* é uma forma de adaptação do direito nacional às regras internacionais. Por meio dela, o direito nacional não perde por completo sua identidade, preservando suas técnicas, mas serve como veículo de aplicação de regras internacionais idênticas, ainda que não únicas. Por fim, a *harmonização* difere das duas técnicas anteriores na medida em que não se baseia em um princípio de identidade e não conduz a uma unidade normativa. Ao contrário, admite certas diferenças provenientes de fatores culturais, políticos e religiosos, com a condição de serem compatíveis com princípios fundadores comuns. Para tanto, a autora chama atenção para a necessidade de combinar a lógica jurídica clássica (princípio de hierarquia, obrigação de identidade, decisão de conformidade) com uma lógica de gradação (princípio de harmonia, obrigação de proximidade, decisão de compatibilidade), onde a ideia de margem nacional de apreciação passa a ter central importância.

decisões se impõem não mais pela simples autoridade, como no passado, mas pelo convencimento da argumentação das sentenças, baseada em princípios fundamentais.

Por certo, este processo, que é dialético, não está imune a divergências e conflitos. Atualmente, o pluralismo jurídico da América Latina está relacionado não apenas às legislações infraconstitucionais, mas às próprias Constituições Nacionais. Ao mesmo tempo em que vigoram Constituições ainda fortemente influenciadas pelo movimento neoconstitucionalista Europeu, as mais recentes Constituições da Venezuela, Bolívia e Equador inauguram no Continente o chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que, de acordo com Bedin e Cenci (2013), não contrapõem o paradigma constitucionalista, mas o aperfeiçoam e o ressignificam, sobretudo pela ampliação dos mecanismos de democracia participativa, sofisticação de instrumentos de efetivação de direitos sociais e integração das minorias étnicas. Contudo, a recente saída da Venezuela¹¹ do Sistema Interamericano de Direitos Humanos demonstra que o processo de construção de um direito comum é complexo e permeado por conflitos de ordem política e ideológica.

No que tange ao princípio da igualdade, objeto de estudo deste trabalho, viu-se que pouco figurou nas demandas levadas à Corte no período de 1979 a 2000, em razão da especificidade das temáticas, em sua maior parte relacionadas a direitos civis e políticos violados no contexto dos regimes políticos autoritários que marcaram a região no fim do século passado. Mas apesar da poucas manifestações sobre o tema, a Corte estabeleceu diretrizes de interpretação do princípio a partir de uma concepção substancial.

Esta interpretação da Convenção assim como dos demais documentos do SIDH pela Corte torna-se obrigatória a todos os países signatários da Carta, por força do que estabelecem os artigos 1º, 2º e 62 do documento. De acordo com o artigo 62:

Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Ocorre que, em face das exíguas manifestações do Tribunal e da inexistência de reiteradas decisões sobre o princípio da igualdade, durante o período analisado, seria forçoso afirmar ter havido a consolidação de um entendimento jurisprudencial sobre o assunto nesta primeira fase de atuação da Corte. Na verdade, diante do conteúdo específico das demandas, o que se pode afirmar com segurança é ter havido consolidação do entendimento jurisprudencial

¹¹ Uma análise, neste momento, acerca das razões da saída da Venezuela do SIDH extrapolaria os objetivos deste trabalho. Porém, registre-se que o assunto merece ser cuidadosamente estudado, de modo a evitar conclusões simplistas sobre um processo complexo de transformações políticas no país.

relativo à proibição dos desaparecimentos forçados, proibição da tortura, proibição de tratamentos cruéis e degradantes, proibição de leis de anistia, dever de reparação das vítimas pelo Estado e dever de investigação e sanção dos responsáveis por crimes contra a humanidade.

No Caso *Barrios Altos vs. Perú*, de 2001, encontra-se a síntese da jurisprudência elaborada durante os anos anteriores. Na ocasião, a Corte declara que o Estado não cumpriu o estabelecido na Convenção em consequência da promulgação e aplicação de leis de anistia para violações de direitos humanos, expressando o entendimento de que tais normas são incompatíveis com a Convenção e, por isso, carecem de efeitos jurídicos.

Considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, assim como as de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos, como a tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (Corte IDH, 2001). Na mesma ocasião, afirma que a incompatibilidade com a Convenção Americana não se restringe apenas às denominadas “autoanistias”, pois se tem em atenção, para além do processo de adoção e da autoridade que institui a lei de anistia, a sua *ratio legis* de deixar impunes graves violações ao direito internacional dos direitos humanos.

Ademais, há um ponto que no entendimento da Corte é fundamental para a tese da invalidade das leis de anistia frente ao direito internacional dos direitos humanos: as leis de anistia afetam direitos inderrogáveis – o *minimum* universalmente reconhecido – que compõem o *jus cogens* internacional (Corte IDH, 2001, voto do juiz Cançado Trindade, par. 10). Desse modo, independentemente da assinatura ou da data de ratificação de Convenções Internacionais como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, os Estados latino-americanos possuem a obrigação internacional de investigar e punir os crimes de lesa humanidade cometidos pelas ditaduras implantadas na região a partir da década de 1960.

Foram estes parâmetros jurídicos sobre anulação de leis de anistia formulados pela Corte que deram substrato legal para a abertura de processos judiciais contra os responsáveis por crimes de lesa humanidade no Perú e na Argentina. Lembre-se, também, a condenação do Brasil no Caso *Guerrilha do Araguaia*, a qual tem servido para forçar o Estado a tomar providências no sentido de efetivar os direitos à memória, verdade e justiça, com alguns

importantes avanços práticos já conquistados, dentre eles a criação, em 2011, da Comissão Nacional da Verdade.

Portanto, a jurisprudência da Corte em matéria de justiça de transição teve e continua tendo importante impacto tanto na jurisprudência dos tribunais nacionais – embora a resistência do STF brasileiro – quanto na atuação dos demais poderes instituídos (executivo e legislativo) dos países da região, contribuindo para o aperfeiçoamento democrático, ao tratar das consequências do passado autoritário. Nesse sentido, a recepção da jurisprudência do Tribunal tem contribuído para a construção de uma comunidade jurídica em torno da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seus órgãos de garantia (GARZA, 2014).

PARTE II - A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS APÓS AS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RELACIONADO A DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO COMUM SOBRE O DEVER DE ESPECIAL PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Após as transições na América Latina, e ainda hoje, a Corte Interamericana continua a receber um elevado número de demandas relacionadas à proteção de direitos civis e políticos, em especial no que tange aos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade e às garantias judiciais do processo. Isto demonstra que, embora os países da região vivam hoje sob regimes considerados democráticos do ponto de vista da garantia da liberdade de pensamento e expressão e escolha dos governantes por meio de eleições, ainda há deficiências estruturais e institucionais que permitem a violações de direitos civis e políticos¹².

O fato é que, mesmo após os processos de transição política, persiste a exclusão de grande parcela das pessoas dos sistemas políticos e dos benefícios do desenvolvimento, o que representa limites estruturais ao gozo dos direitos econômicos, sociais, culturais e, também, dos direitos civis e políticos, afetados reflexamente pela inefetividade dos primeiros. Face a esta realidade, ainda são recorrentes as demandas em razão de violações de direitos de primeira dimensão, mas em paralelo há o surgimento e crescimento de um novo tipo de demanda, relacionado aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Diante do processo de globalização, a exclusão e a desigualdade social deixam de ser um problema exclusivamente interno dos Estados, na medida em que passam a ser perceptíveis e encaradas criticamente as disparidades entre os nacionais de diferentes países¹³, em estágios variados de desenvolvimento econômico. Daí a crítica de Ulrich Beck ao paradigma do “nacionalismo metodológico”, pois não há mais como demarcar a desigualdade social no espaço nacional do Estado. Neste sentido, afirma Beck:

A percepção da desigualdade social no cotidiano, na política e na ciência descansa sobre um quadro mundial, no qual se colocam as fronteiras territoriais, políticas, econômicas e culturais. Apesar disso, na prática, porém, o mundo se torna sempre conectado. Fronteiras territoriais, estatais, econômicas, sociais e culturais continuam a existir, mas elas não coexistem mais! Esta boa e comprovada medida empírica de

¹² No Brasil, a exemplo disso, onde já se passaram trinta anos desde o fim da ditadura civil-militar, em 1985, não foram superadas por completo certas práticas resultantes da arraigada cultura autoritária que remonta ao passado. O país conta com um aparato policial militar belicista e agentes sem formação adequada ao trabalho de proteção do cidadão; são recorrentes os casos de desaparecimentos, mortes e torturas, sobretudo nas periferias das grandes cidades, praticados por agentes do Estado; estes casos, na maioria absoluta das vezes, não são investigados e punidos; há décadas se denunciam as condições desumanas nas penitenciárias, sem que o problema seja resolvido; as garantias judiciais do processo são prejudicadas pela morosidade e baixa qualidade das decisões judiciais; e o direito de acesso à informação e liberdade de expressão são pouco efetivos, diante da concentração monopolista dos grandes meios de comunicação.

¹³ Conforme leciona Ulrich Beck (2008) “a igualdade social se transforma em uma expectativa global”.

interpenetração e interação para além das fronteiras nacionais é o que força uma nova medida de desigualdade social (BECK, 2008, p. 16, apud MACIEL, 2013, p. 93).

A tese do autor adquire especial relevância ao se pensar o fenômeno mundial, particularmente intenso nas Américas, dos fluxos migratórios dos chamados trabalhadores fugitivos da pobreza, bem como compreender o papel que pode ser desempenhado pela jurisdição internacional de direitos humanos na definição de princípios norteadores para as políticas migratórias estatais, a partir de uma interpretação substancial do princípio da igualdade, questão que será abordada no item 2.2 do trabalho.

Adicionada à complexa situação de desigualdade distributiva, persistem ainda no Continente Americano outras modalidades de desigualdade que afetam determinados grupos sociais específicos. Dentre elas estão as desigualdades de gênero, raça, etnia, orientação sexual e nacionalidade, sendo pertinente, em relação a esta última, a afirmação de Ulrich Beck segundo a qual as desigualdades terminam se configurando, sobretudo, nas fronteiras dos Estados Nacionais (BECK, 2008, p. 8, apud MACIEL, 2013, p.89).

Estes fatores de desigualdade, sem dúvida, estão entre os motivos do crescimento das demandas ao SIDH por igualdade de grupos em situação de exclusão social. Uma pesquisa no site da Corte, utilizando a expressão “grupos vulneráveis” ou “grupos de especial proteção” apresenta uma lista significativa de casos recentes, separados em três grandes grupos temáticos principais: comunidades indígenas, migrantes e crianças. No total, foram encontrados 5 (cinco) diferentes casos relativos aos direitos dos migrantes, 13 (treze) casos referentes aos direitos das comunidades indígenas e 38 (trinta e oito) casos referentes aos direitos da criança, em um total de 56 (cinquenta e seis) casos relacionados a grupos de especial proteção. Destes, apenas 2 (dois) foram julgados antes do ano 2000.

Frente a esse crescimento das demandas judiciais em razão da inefetividade de direitos fundamentais, aponta-se como um dos principais desafios do SIDH, hoje, a capacidade de nortear, por meio da fixação de parâmetros e princípios, a atuação dos Estados na solução de casos concretos e influenciar na formulação de políticas públicas de combate à desigualdade estrutural.

Mas o aumento das demandas ao SIDH também pode ser visto pelo lado positivo. Na opinião de Diego García-Sayán, juiz da Corte Interamericana, a “avalanche” das novas denúncias pressupõe a multiplicação da demanda democrática, fator que contribui para a saúde do sistema, pois significa que os cidadãos sentem que têm direitos e que podem exercê-los, o que é “uma revolução na relação entre o indivíduo e o Estado” (GARCÍA-SAYAN, 2013).

Em razão desta nova realidade, o SIDH tem demandado dos países um papel cada vez mais ativo e menos neutro, que garanta não apenas o reconhecimento dos direitos, mas também a possibilidade efetiva de exercê-los. Acuña (2014) nota que a Corte tem criado uma série de postulados para o desenho das democracias da região, a partir do cânone de que não há direitos sem democracia, assim como não há democracia sem direitos humanos.

Na verdade, o novo sobre o tema da relação entre direito e democracia é que agora o debate também se apresenta no âmbito do direito internacional (TRINDADE, 2006). Relacionado a isso, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, passa-se a atribuir internacionalmente aos Estados não só obrigações mínimas e programáticas, mas também o dever positivo de respeitar e assegurar o gozo de direitos sociais de aplicabilidade imediata, como direitos sindicais, igualdade de remuneração, direito à educação primária gratuita, entre outros (TRINDADE, 2011).

Segundo Abramovich (2009), o Sistema já tem demandado uma postura mais pró-ativa e menos neutra dos Estados, de modo a garantir não só o reconhecimento dos direitos, mas sua efetividade real, incidindo na qualidade dos processos democráticos. Baseado nisso, afirma que a jurisprudência do SIDH evoluiu para um conceito material de igualdade que tem se consolidado atualmente, momento em que a temática da discriminação estrutural se apresenta com mais força no Sistema.

Tendo em vista que a Corte, desde o início de sua atuação, estabelece o dever de tratamento jurídico diferenciado a grupos e indivíduos em situação de desigualdade real, a partir de uma ideia substancial de reconhecimento de identidades e igualdade no gozo dos direitos, cumpre verificar se nos últimos anos terá havido um possível alargamento para uma ideia de igualdade econômica (distributiva), relacionada aos recursos materiais.

Para tanto, no item a seguir (2.1), será melhor investigado o tipo das demandas submetidas à Corte durante a segunda fase de atuação (2000-2014), com atenção para os casos fundamentados no princípio da igualdade. A seguir (2.2), será estudada a interpretação do princípio pela Corte nesse período e, por fim (2.3), será feita uma síntese da jurisprudência do Tribunal e apontamentos sobre a influência gerada nas jurisdições nacionais da região.

2.1. A hermenêutica do princípio da igualdade em demandas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais: o caso dos trabalhadores migrantes indocumentados

Viu-se na Parte I que até o ano 2000 o princípio da igualdade fora referido pela Corte Interamericana em apenas sete ocasiões, sendo todas elas ligadas à matéria dos civis e políticos. Ao contrário daquele período, após os anos 2000 sua jurisprudência é marcada por uma abundância de casos fundamentados na igualdade. Uma pesquisa com a expressão “igualdad” na página de buscas do Tribunal resultou em um total de 31 (trinta e um) casos analisados, de 2000 a 2014, nos quais houve apreciação específica da matéria. Nota-se que nem todos os casos relativos a grupos de especial proteção (total de 56) contiveram análise específica do princípio da igualdade.

Dos 31 casos, todavia, apenas 10 são demandas relacionadas a grupos de especial proteção, o que confirma o anteriormente afirmado no sentido de que, ao longo dos últimos anos, a Corte continua recebendo um elevado número de demandas relacionadas à proteção de direitos individuais de primeira dimensão, porém agora sendo consultada também sobre direitos sociais de grupos vulneráveis, ainda que em menor número.

Em face disso, deve-se indagar os motivos deste reduzido número de casos relacionados a direitos sociais em comparação ao número expressivamente maior dos casos envolvendo direitos civis e políticos. A resposta, provavelmente, está relacionada à extensão da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para decidir sobre direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

Ocorre que a categoria dos DESC não está na lista dos direitos com aplicabilidade imediata e individualmente demandáveis previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴. É o Protocolo de San Salvador o documento que prevê a proteção e garantia desses direitos no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, porém apenas os direitos sindicais e o direito à educação são justicáveis, isto é, podem ser objeto do sistema de petições individuais. Os demais direitos estão sujeitos somente a um mecanismo de supervisão, de acordo com o disposto no artigo 19 do Protocolo.

Entretanto, estas limitações não têm sido um obstáculo intransponível à proteção dos DESC pela Corte, face ao reconhecimento da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2002), na medida em que a efetiva garantia de uma série de direitos civis como direito à vida, à saúde, à integridade física e à liberdade só é possível se

¹⁴ A Convenção apenas estabelece o dever de progressividade na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, no artigo 26.

também houver a garantia de direitos de segunda e terceira dimensões. Por esta razão, a Corte determina medidas a serem adotadas pelos Estados em matéria econômica, social, cultural e ambiental, pela via reflexa ou por “ricochete” (MAZZUOLI e TEIXEIRA, 2013).

Conforme leciona Espiell (1986, p. 16) só o reconhecimento integral de todos estes direitos “pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais”. Daí a obrigação de se garantir um “conteúdo mínimo essencial perfeitamente definido”, que implica obrigações imediatas para os Estados, tendo em vista o estreito relacionamento com o gozo de outros direitos (FLORES, 2011, p. 1139).

Desta forma, o Tribunal protege o núcleo essencial dos DESC através de sua vinculação com outros direitos, previstos na Convenção Americana. Mas mesmo com as saídas encontradas pela Corte para poder adentrar na análise dos direitos de segunda dimensão, continua sendo mais difícil fazer chegar ao Tribunal demandas diretas por direitos econômicos, sociais e culturais, diante das restrições da Convenção e do próprio Protocolo de San Salvador.¹⁵

Feitas estas considerações prévias, passa-se ao estudo do princípio da igualdade aplicado aos casos referentes a grupos de especial proteção. Por questão metodológica, visando possibilitar uma análise e síntese mais detalhadas dos casos elencados, bem como em razão do limite de extensão estabelecido para o trabalho, decidiu-se restringir, por hora, o estudo aos casos relativos aos direitos dos migrantes, que são 5 (cinco) controvérsias¹⁶.

¹⁵ Para Sá Neto (2012), manter uma vinculação dos direitos econômicos e sociais com os direitos fundamentais de primeira dimensão seria sustentar que quem acuda ao Sistema Interamericano para sua proteção teria que demonstrar que estar-se-ia atingindo seus mínimos vitais, para poder ter êxito em suas petições. Na mesma linha de pensamento, um dos autores que questiona a concepção que tem assumido os órgãos do SIDH frente aos direitos sociais, econômicos e culturais é Carlos Rafael Urquilla Bonilla, quem, por sua vez, sugere que para lograr uma verdadeira proteção dos direitos humanos nas Américas se faz necessário não só uma reforma na Convenção Americana sobre Direitos Humanos mas também que haja uma transformação nos próprios órgãos dentro do Sistema, permitindo-se o verdadeiro alcance a esses direitos (Bonilla, s/d).

¹⁶ Os motivos da restrição do estudo aos casos referentes aos migrantes, e não aos demais grupos de especial proteção, foram basicamente dois: em primeiro lugar, devido à viabilidade quantitativa, uma vez que o estudo detalhado de todos os casos relativos a grupos vulneráveis exigiria um trabalho de maior fôlego e extensão; e, em segundo lugar, porque a migração – e sobretudo a migração de trabalhadores por motivos econômicos – é assunto estreitamente vinculado à esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, a qual abarca o direito humano fundamental ao trabalho decente.

2.1.1. Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados – Opinião Consultiva 18/2003

Em 2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva número 18, em resposta à petição do Estado mexicano que indagou sobre a interpretação do princípio da igualdade em relação aos direitos dos trabalhadores mexicanos indocumentados residentes nos Estados Unidos da América. Diante da recusa dos EUA em garantir direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados, o México questiona se a privação de direitos laborais, tendo como fundamento a condição migratória do um trabalhador, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, e qual seria o caráter do princípio da igualdade e não discriminação dentro da hierarquia das normas de direito internacional.

Em resposta aos questionamentos a Corte Interamericana inicialmente esclarece que há uma diferença entre distinção e discriminação. O termo discriminação é usado para fazer referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável e que redunde em detrimento dos direitos humanos. Por distinção, ao contrário, entendem-se as formas de diferenciação admissíveis, em virtude de serem razoáveis, proporcionais e objetivas.¹⁷

Em relação aos imigrantes econômicos, o Tribunal reconhece que se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, diante da ausência ou diferença de poder em comparação aos não migrantes. Refere que esta condição de vulnerabilidade se apresenta em um contexto histórico distinto para cada Estado e é mantida por situações de direito - desigualdade entre nacionais e estrangeiros nas leis - e de fato - desigualdades estruturais. Ademais, há prejuízos culturais aos migrantes, como discriminação étnica, xenofobia e racismo, que dificultam sua integração à sociedade e levam à impunidade das violações de seus direitos humanos (CORTE IDH, 2003, par. 113)^{18 19}.

¹⁷ Nesse sentido, o Tribunal considera que “[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana” (CORTE IDH, 2003, par. 91).

¹⁸ A Corte acrescenta ainda que “és pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre “Protección de los migrantes”, según la cual se debe tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben

O Tribunal afirma ser consciente de que, dentre outros fatores, o processo de mundialização e liberalização, com as crescentes disparidades econômicas e sociais entre muitos países e a marginalização de alguns na economia mundial, são fatores que contribuem para o surgimento de grandes movimentos migratórios entre os países, em razão do que a comunidade internacional reconhece a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes (CORTE IDH, 2003, pars. 115-117). Assim, compreende-se o fenômeno da migração como uma questão social, que transcende a esfera dos direitos individuais – civis e políticos – dos migrantes.

No que diz respeito aos trabalhadores migrantes indocumentados, a Corte ressalta que “a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação” (CORTE IDH, 2003, par. 118). Os direitos trabalhistas são parte de um ordenamento que visa proteger a categoria dos trabalhadores e surgem da simples condição de trabalhador, isto é, toda pessoa que realize atividade remunerada adquire imediatamente a condição de trabalhador e os direitos inerentes a esta condição. Logo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode servir de justificativa para privá-la do gozo de seus direitos humanos, inclusive laborais.

Dessa forma, a Corte procura definir uma série de princípios que devem orientar as políticas migratórias dos Estados, e em especial o reconhecimento de certos direitos sociais básicos aos imigrantes em situação irregular. Considera que em razão das desigualdades concretas existentes entre os trabalhadores nacionais e os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, é razoável que lhes seja dado um tratamento jurídico diferenciado, como medida de compensação, de modo que garante direitos trabalhistas até mesmo aos migrantes indocumentados, em razão da sua vulnerabilidade social.

Todavia, este dever de proteção restringe-se aos direitos trabalhistas em sentido estrito (salário, jornada de trabalho razoável, atenções especiais para as mulheres trabalhadoras, liberdade de associação e sindical, seguridade social, etc.) daqueles imigrantes que, a despeito

hacer frente los migrantes sin documentación o em situación irregular”. La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”. Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección [...]”.(CORTE IDH, 2003, par. 114).

¹⁹ Existe, de fato, uma discriminação institucionalizada por parte dos países globalizantes para com os migrantes, provenientes dos países globalizados. Como bem destaca García (s/d, p. 18) “ser nacional del Sur es un estigma”.

de sua situação irregular, tenham firmado relação empregatícia e prestado serviços no país²⁰. Isto não significa o reconhecimento do direito ao trabalho de qualquer indivíduo independentemente de sua condição migratória.

De fato, se o imigrante, ainda que em situação irregular, já desempenhou atividade laborativa em benefício de determinada empresa, privá-lo do direito à remuneração e demais verbas decorrentes do trabalho realizado seria manifestamente injusto e oportunizaria nítido enriquecimento ilícito do empregador. De maneira análoga, seria como a recusa ao pagamento do trabalho realizado por um adolescente menor de 16 anos sob o argumento de que não está legalmente autorizado para firmar contrato de trabalho.

A posição da Corte é clara quando faz a ressalva de que, apesar da proibição aos Estados de discriminar ou tolerar situações discriminatórias em prejuízo dos migrantes, podem outorgar um tratamento distinto entre os migrantes documentados e os migrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre e quando este tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional e não lesione direitos humanos. Nesse sentido, “os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de entradas e saídas de imigrantes indocumentados de seu território”, a exemplo da deportação, asseguradas as garantias do devido processo (CORTE IDH, 2003, par. 119).

Na mesma ocasião, o Tribunal reforça esta ideia ao afirmar que “o Estado e os particulares de um Estado não estão obrigados a brindar trabalho aos imigrantes indocumentados. Os Estados e os particulares, tais como os empregadores, podem abster-se de estabelecer uma relação de trabalho com os migrantes em situação irregular” (CORTE IDH, 2003, par. 135). Esta posição é mantida pela Corte nos julgamentos posteriores, a exemplo do caso *Vélez Lóor vs. Panamá*, em 2010.

Nota-se que, por um lado, o Tribunal reconhece que o problema das migrações de trabalhadores decorre do processo de mundialização e liberalização da economia, o qual gera crescentes disparidades econômicas e sociais entre muitos países, a marginalização de alguns na economia mundial e a vulnerabilidade de trabalhadores dos países periféricos em razão da

²⁰ Destaque-se que a obrigação de garantir direitos trabalhistas decorrentes de relações empregatícias já firmadas decorre também de determinação da OIT: “Si bien los Estados Miembros de la OIT tienen prerrogativas soberanas para determinar las condiciones de admisión y residencia de extranjeros, todos los trabajadores, independientemente de su situación jurídica, deberían poder gozar de sus derechos fundamentales, en consonancia con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998. El Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) obliga a las partes a «respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes» y prevé que cuando no es posible regularizar a los migrantes irregulares, se les debería dar acceso a «derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios” (OIT, 2013, p.14).

desigualdade estrutural. De outro lado, porém, reconhece aos Estados o direito de implantar e executar políticas migratórias de restrição à entrada de imigrantes em seus territórios, inclusive com a deportação de trabalhadores imigrantes em situação irregular, desde que se respeite o devido processo.

2.1.2. Caso Vélez Loor Vs. Panamá (2010)

A demanda diz respeito à detenção no Panamá do senhor Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, posteriormente processado por delitos relacionados a sua situação migratória, sem as devidas garantias e sem a possibilidade de ser ouvido e de exercer seu direito de defesa; à alegada falta de investigação das denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor às autoridades panamenhas; e às supostas condições desumanas de detenção às quais teria estado submetido em diferentes centros penitenciários panamenhos.

No que tange aos direitos decorrentes da sua condição migratória, a Corte basicamente reafirma o estabelecido na OC-18/03, ou seja, os migrantes indocumentados são identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade, pois são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos e experimentam um nível elevado de desproteção de seus direitos. No entanto, ressalva a faculdade dos Estados para definir políticas migratórias e estabelecer mecanismos de controle de ingresso em seu território, desde que essas políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana. Segundo o Tribunal, há certos limites à aplicação das políticas migratórias, que impõem um apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana, qualquer que seja a condição jurídica do migrante (CORTE IDH, 2010).

Por fim, afirma serem arbitrárias as políticas migratórias cujo eixo central seja a detenção obrigatória dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso, mediante uma avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar aqueles fins.

2.1.3. Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (2012)

O caso diz respeito ao uso excessivo de força por militares da República Dominicana contra um grupo de haitianos, no qual perderam a vida sete pessoas e resultaram feridas várias outras. Segundo a acusação, esses fatos estão inseridos em um contexto geral de

discriminação contra as pessoas haitianas na República Dominicana, assim como de deportações coletivas dos haitianos que chegam ao país.

Em suas considerações, o Tribunal reconhece que a migração de pessoas haitianas se dá, em maior medida, em virtude das condições de degradação ambiental e de pobreza no Haiti e da esperança de oportunidades laborais e melhores condições socioeconômicas na República Dominicana. Além disso, destaca que muitos dos haitianos na República Dominicana sofrem condições de pobreza e marginalidade derivada de seu status legal e falta de oportunidades (CORTE IDH, 2012, par. 39). Em razão disso, os migrantes indocumentados ou em situação irregular são considerados um grupo em situação de vulnerabilidade, pois são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos e sofrem, em consequência dessa situação, um nível elevado de desproteção de seus direitos (CORTE IDH, 2012, par. 152).

No tocante às violações às garantias judiciais estabelecidas na Convenção, a Corte afirma que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e, no caso concreto dos migrantes haitianos, entendeu que o Estado não justificou a existência de razões para sua expulsão do território dominicano sem que tivesse havido um procedimento formal adequado às garantias individuais de cada uma daquelas pessoas (CORTE IDH, 2012, par. 151).

Concluiu-se, assim, que a expulsão dos migrantes haitianos não seguiu os padrões internacionais na matéria nem os procedimentos previstos na normativa interna, o que, segundo a Corte, corrobora a conclusão do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, e da Especialista Independente sobre questões das minorias, sobre a existência de expulsões injustificadas e violatórias dos direitos de migrantes haitianos considerados ilegais por funcionários estatais (CORTE IDH, 2012, par. 176).

Todavia, no parágrafo 154, assim como nos casos anteriores, a Corte ressalva que o dever do Estado de respeitar os direitos humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem discriminação alguma por sua permanência regular ou irregular, não significa que não se possa iniciar nenhuma ação contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal.

Na sequência, recorda ser permitido ao Estado conceder tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes indocumentados, ou ainda entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento seja razoável, objetivo e proporcional e não viole os

direitos humanos. Trata-se do reconhecimento, pelo Tribunal, da faculdade do Estado de estabelecer sua política migratória, com o estabelecimento de mecanismos de controle para a entrada e saída de migrantes, desde que assegurado o devido processo (CORTE IDH, 2012, par. 233).

Percebe-se, portanto, que, de modo semelhante aos casos anteriores, a Corte reconhece o problema das migrações como decorrente das condições de degradação ambiental, pobreza e esperança de oportunidades laborais e melhores condições socioeconômicas no país de destino, ao mesmo tempo em que também reconhece aos Estados o direito de criar e executar políticas migratórias de restrição à entrada de imigrantes em seus territórios, inclusive com a deportação de imigrantes em situação não regular, contanto que respeitado o devido processo.

2.1.4. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia (2013)

O caso se refere à devolução da família Pacheco Tineo – composta pelo Senhor e Senhora Tineo e seus três filhos – pelo Estado da Bolívia ao Estado do Perú, em fevereiro de 2001, como consequência da recusa, pela Bolívia, de uma solicitação de reconhecimento do estatuto de refugiados dos membros da família e da decisão de expulsão adotada pelas autoridades migratórias do país. A família havia sido anteriormente processada no Perú por supostos delitos de terrorismo, onde estiveram detidos e foram vítimas de violação da integridade pessoal.

Os denunciantes alegam que a solicitação de asilo da família ao Estado boliviano fora julgada desfavoravelmente de maneira sumária, em violação às garantias do devido processo. Após a análise dos fatos, a Corte ressalta que os migrantes indocumentados são identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade, devido à grande exposição a violações de direitos humanos. Aduz ainda que, sendo o poder punitivo sempre a *ultima ratio*, em sociedades democráticas, a detenção de pessoas por não cumprimento de leis migratórias nunca deve ter fins punitivos, de modo que são arbitrárias as políticas migratórias que estabeleçam detenção obrigatória de migrantes irregulares (CORTE IDH, 2013, par. 131).

Ademais, com relação a isso, a Corte destaca a proibição, prevista no artigo 22.8 da Convenção Americana, da expulsão ou devolução de qualquer estrangeiro a outro país no qual seus direitos à vida ou à liberdade estejam em risco de violação por causa da raça, nacionalidade, religião, condição social²¹ ou opiniões políticas. Nos termos da sentença:

²¹ Considerando que as más condições sociais em determinados lugares afeta a saúde e até mesmo a vida de uma parcela da população, estariam os Estados receptores impedidos de deportar migrantes, mesmo que em situação

De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país em que se encuentre (CORTE IDH, 2013, par. 135).

Por fim, no parágrafo 129, o Tribunal reafirma que o reconhecimento do dever de especial proteção aos migrantes em situação de vulnerabilidade não significa que não se possa iniciar ação alguma contra os que não cumpram o ordenamento jurídico estatal. Porém, no caso concreto, declara por unanimidade que o Estado Plurinacional da Bolívia foi responsável pela violação do direito de buscar e receber asilo, do princípio da não devolução e dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, reconhecidos na Convenção Americana.

2.1.5. Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou Necessidade de Proteção Internacional – Opinião Consultiva 21/2014

A recente OC-21/14, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, trata do tema da migração infantil. Solicita-se à Corte que determine com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas a serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória. De acordo com os Estados solicitantes, do total de pessoas em trânsito migratório, uma quantidade crescente são meninos, meninas e adolescentes, alguns dos quais migram junto a seus pais (ou com um deles) ao mesmo tempo em que outros o fazem de forma não acompanhada ou separada.

Os motivos da migração desses jovens e crianças são diversos: procura de melhores condições econômicas, sociais ou culturais, para fugir da pobreza extrema, da degradação ambiental, de desastres naturais, da violência, do crime organizado, de conflitos internos, do abuso familiar ou de outras formas de abuso e perseguição às que se veem submetidos²².

O Tribunal entende que a devida proteção dos direitos das crianças, enquanto sujeitos de direitos, deve tomar em consideração suas características próprias. Nesse sentido, a Convenção e a Declaração consagram um tratamento preferencial às crianças em razão de sua peculiar vulnerabilidade e, dessa forma, procuram proporcionar a elas o instrumento adequado

irregular, para esses locais? Esta parece ser a melhor hermenêutica do dispositivo convencional, embora a Corte não se manifeste neste sentido.

²² Segundo o próprio Tribunal, dados do final de 2013 apontam que no continente americano havia aproximadamente 806.000 pessoas refugiadas e pessoas em situação similar à dos refugiados. Naquele ano, foram apresentados mais de 25.300 solicitações de asilo individuais de crianças desacompanhadas ou separadas dos pais em 77 países ao redor do mundo (par. 34).

para que se alcance a efetiva igualdade perante a lei de que gozam os adultos por sua condição como tais (CORTE IDH, 2014, par. 66).

Já as crianças migrantes podem se encontrar em uma situação de vulnerabilidade adicional que implica um risco agravado de violação de seus direitos. Os meninos e meninas migrantes, quando detidos em um meio social e jurídico diferente dos seus e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de extrema vulnerabilidade. Esta desigualdade real obriga à adoção de medidas que reduzam ou eliminem os obstáculos à defesa eficaz dos seus interesses (par. 190).

Quanto ao princípio de não devolução (*non-refoulement*), que é a pedra angular da proteção internacional das pessoas refugiadas e das pessoas solicitantes de asilo, a Corte afirma que o retorno da criança ao país de origem apenas poderá ser contemplado se resultar no interesse superior do menor, de maneira que se encontra proibido quando produz um risco de traduzir-se na violação dos direitos humanos fundamentais da criança²³.

Porém, uma situação complexa se apresenta quando os pais são deportados ao país de origem e ficam separados dos filhos. A esse respeito, a Corte estabelece que “qualquer decisão relativa à separação da criança de sua família deve estar justificada pelo interesse da criança” (par. 273). Entende-se que a criança “deve permanecer em seu núcleo familiar, exceto se existirem razões determinantes, em função de seu interesse superior, para optar por separá-la de sua família” (par. 273).

Ao mesmo tempo em que determina um extenso rol de garantias, porém, a Corte ressalva, como nos casos anteriores, o direito dos Estados receptores de elaborar e executar suas próprias políticas migratórias, incluindo o controle do ingresso, residência e expulsão de estrangeiros (par. 273). Desse modo, o direito da criança à vida familiar não está acima da faculdade dos Estados de implementar suas políticas migratórias em relação à expulsão dos genitores. Nos próprios termos do parecer:

Não obstante, o direito à vida familiar da criança, *per se*, não supera a faculdade dos Estados de implementar suas próprias políticas migratórias em consonância com os direitos humanos, no âmbito dos procedimentos relativos à expulsão de um ou de

²³ Conforme salientado em detalhes pela Corte: “a proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rejeitar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça contra ela, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviada a outro Estado onde possa correr estes riscos, encontra em outras normas de direitos humanos uma proteção adicional que se estende a outro tipo de graves violações a seus direitos humanos, entendidos e analisados com um enfoque de idade e de gênero, assim como dentro da lógica estabelecida pela própria Convenção sobre os Direitos da Criança, que faz da determinação do interesse superior, com as devidas garantias, um aspecto central ao adotar qualquer decisão relativa à criança e, especialmente, se estiver envolvido o princípio de não devolução” (par. 233).

ambos os progenitores. O certo é que a própria Convenção sobre os Direitos da Criança também contempla a possibilidade de separação familiar em razão da deportação de um ou de ambos os progenitores (CORTE IDH, 2014, par. 274).

Por fim, o próprio Tribunal reconhece que, em abstrato, a expulsão de um ou de ambos os progenitores praticamente em nenhuma circunstância redundaria no interesse superior da criança, mas o afetaria sempre negativamente. Então, impõe-se ao Estado, por determinação da Corte, a obrigação de realizar uma “ponderação adequada e rigorosa, ou estrita, entre a proteção da unidade familiar e os interesses estatais legítimos”, devendo determinar, no contexto de cada caso concreto, que a expulsão de um ou de ambos os progenitores não leve a uma ingerência abusiva ou arbitrária na vida familiar da criança (par. 278).

2.2. Qual concepção material de igualdade?

Diante dos casos e decisões apresentadas, é possível identificar que concepção de igualdade material lhes serve de fundamento? Teria a Corte evoluído de uma concepção de igualdade nos direitos para uma ideia mais substancial, de igualdade de oportunidades ou igualdade de fato? Antes de responder à pergunta, todavia, deve-se ter uma compreensão clara acerca das distinções das três concepções de igualdade substancial, quais sejam, igualdade nos direitos (já abordada na parte I, item 2.2, do trabalho), igualdade de oportunidades e igualdade de fato.

Ocorre que, dependendo do entendimento adotado pelo órgão jurisdicional, os resultados práticos das demandas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais podem ser completamente distintos, o que justifica a importância de se compreender a exata concepção de igualdade que embasa as decisões da Corte e norteia a implementação de medidas concretas de combate à desigualdade nos países da região.

Na filosofia jurídica, a ideia de igualdade de oportunidades, ou igualdade de chances ou de pontos de partida, pressupõe uma sociedade formada por indivíduos em competição para atingir determinados objetivos, e que seja justo que todos possam partir do mesmo ponto de largada. É uma ideia de igualdade mais substancial que a igualdade diante da lei ou a igualdade nos direitos, na medida em que adentra na esfera distributiva (BOBBIO, 1996).

Esta concepção foi difundida em consequência de uma visão conflitualista global da sociedade, segundo a qual toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos. Assim, tem como objetivo colocar todos os membros da sociedade em condições de competir pela vida a partir de posições iguais. Sendo assim, o

princípio da igualdade de oportunidades nada tem de reacionário ou progressista. O que acontece, na verdade, é a introdução artificial de uma desigualdade que se torna instrumento de igualdade, na medida em que corrige uma desigualdade anterior (BOBBIO, 1996).

Tais medidas positivas de equalização são aceitas e defendidas por autores liberais, conhecidos como liberais igualitários, em distinção aos liberais clássicos. Autores liberais contemporâneos, particularmente, apresentam inquietude com a igualdade formal por considerar que a influência de situações passadas pode representar fonte inaceitável de desigualdades presentes, as quais não podem ficar despercebidas na distribuição de justiça (FREITAS, 2013).

Nesta vertente filosófica, destacam-se John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen, entre os quais há semelhanças e diferenças teóricas. A justiça contratualista de Rawls autoriza que instituições sociais possam favorecer uma igualdade de oportunidades, de modo a estabelecer pontos de partida equitativos²⁴. Sem esse favorecimento, o futuro das pessoas seria diretamente afetado pelas suas condições iniciais de vida. Por isso, Rawls afirma não ser justo que "alguns tenham menos para que outros possam prosperar" (RAWLS, 1971, p. 8).

Dworkin (2000), da mesma forma, considera justo prover mais bem-estar para grupos de pessoas com mais dificuldades de atingir o bem-estar por seus próprios esforços ou méritos. Procura-se remediar as consequências de situações desvantajosas causadas por contingências alheias a própria vontade e responsabilidade do indivíduo. Já para Amartya Sen (2011), o nível de bem-estar efetivado não é o único elemento necessário para a valorização da vantagem individual, mas também a liberdade que o indivíduo desfruta para escolher entre diferentes modos de vida, sendo que o nível desta liberdade constitui o que chama de capacidade. Para o autor, o que deve ser igualado é esta capacidade individual.

Percebe-se a intenção dos referidos autores de considerar inaceitável a influência de situações passadas na criação de desigualdades presentes, sem se opor, todavia, à ambição privada. Pelo contrário, se “compatibilizam” com ela através da “proteção governamental ao direito natural da propriedade” (FREITAS, 2013, p.435). Basta perceber que Rawls, por ser liberal, defende a ideia de que os mercados competitivos e a propriedade particular no âmbito dos meios de produção são exemplos de instituições sociais importantes que devem ser preservadas. Ou seja, não se critica o *modus operandi* do sistema capitalista nem deseja

²⁴ Rawls sustenta que “os que possuem o mesmo talento e habilidade e a mesma disposição para fazer uso desses dons, deveriam ter as mesmas perspectivas de êxito independentemente de sua classe social de origem. [...] Em todas as partes da sociedade deve haver aproximadamente as mesmas perspectivas de cultura e realização para os que estão similarmente motivados e dotados” (RAWLS, 2002, p. 74).

alterar as normas político-econômicas assecuratórias do liberalismo econômico ou modificar substancialmente as regras de mercado.

Nesse sentido, mostra-se pertinente a crítica de Pérez Luño segundo a qual, ainda que funcione perfeitamente, eliminando a influência das contingências sociais, a teoria Rawlsiana permite que a distribuição de riqueza se dê, em última instância, conforme capacidades e talentos. Em outras palavras, a distribuição seria uma espécie de loteria natural, o que numa perspectiva moral é arbitrário (PÉREZ LUÑO, 1985, p. 275).

Mas a crítica principal às ideias Rawlsianas é a de que seus princípios de justiça, orientados a possibilitar uma progressiva igualdade na distribuição dos bens, negligenciam a íntima e necessária dependência entre tal distribuição e o processo produtivo dos mesmos. Assim, ao centrar-se mais na distribuição do que na produção, Rawls obscurece as raízes reais dessa distribuição (PÉREZ LUÑO, 1985, p. 278). As fragilidades de sua teoria são percebidas no seu próprio contraste em relação ao inexorável crescimento das desigualdades no planeta, conforme aponta recente pesquisa realizada por Piketty (2014).

Economistas contemporâneos assinalam, como já havia feito Marx no século XIX, que a desigualdade social não é acidental, mas o traço característico do próprio capitalismo, e se a desigualdade persistir e aumentar, a ordem democrática poderá ser fortemente ameaçada (ZIZEK, 2014). Daí o motivo pelo qual Piketty (2014) não vislumbra outro caminho para diminuir as desigualdades senão a severa intervenção do Estado e taxaço progressiva das grandes fortunas, até 80%, o que enfrenta enorme resistência dos super-ricos.

Estes são os limites do liberalismo igualitário, apesar dos avanços logrados em comparação ao liberalismo clássico, assentado na ideia de igualdade formal. Isto conduz ao estudo da terceira concepção do ideal igualitário que, na classificação de Bobbio, denomina-se “igualdade de fato”, entendida como exigência ou ideal de igualdade real ou substancial entre os homens. Trata-se da igualdade relativa aos bens materiais, ou igualdade econômica, que se distingue da igualdade perante a lei e da igualdade de oportunidades na medida em que significa um maior grau de igualdade entre os homens (BOBBIO, 1996).

Por meio dela, não se exige que todos sejam tratados de modo idêntico em relação aos bens relevantes, mas sim que o critério de produção e distribuição desses bens seja o mais igualitário possível. Nesse sentido, Marx (2005) considera equivocado tomar como essencial a chamada distribuição e aferrar-se a ela, como se fosse o mais importante. Na verdade, a distribuição dos meios de consumo é, em cada momento, uma consequência da distribuição

das próprias condições de produção, sendo esta uma característica do modo mesmo de produção.

Então, se no capitalismo as condições materiais de produção são entregues ao empresário na forma de propriedade do capital e propriedade do solo, enquanto a massa de trabalhadores é proprietária apenas da força de trabalho, a atual distribuição dos meios de consumo é uma consequência natural. De outro modo, se as condições materiais de produção fossem propriedade coletiva dos próprios trabalhadores, isso levaria, por si só, a uma distribuição dos bens diferente da atual. Então, para Marx, ao invés da meta de "suprimir toda desigualdade social e política", o que deve se ter como objetivo é a abolição das diferenças de classe, a partir da qual desapareceriam por si mesmas as desigualdades sociais e políticas que delas emanam (MARX, 2005)²⁵.

Isso não significa que não haverá necessidade de regras de distribuição dos bens de consumo. Marx demonstra que, se o direito dos produtores for simplesmente proporcional ao trabalho que prestar, isso funciona com fonte de desigualdade, na medida em que alguns indivíduos são mais desenvolvidos, física e intelectualmente, do que outros e no mesmo tempo prestam mais trabalho ou podem trabalhar mais tempo. Logo, este direito igual é um direito desigual para trabalho desigual. Para evitar tais inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual na distribuição, segundo o princípio "de cada um segundo sua capacidade; a cada qual segundo suas necessidades" (MARX, 2005, p. 26).

De acordo com esta concepção, o princípio básico para superar a igualdade formal e avançar para a real não pode ser o do trabalho e tampouco o do mérito, mas das necessidades concretas dos indivíduos plenamente emancipados. Assim, supera-se dialeticamente a igualdade como elemento formal e o mero igualitarismo vulgar nivelador de fortunas (PÉREZ LUÑO, 1985, p. 273). Esta concepção do ideal igualitário, considerada a maior igualdade possível entre os homens é, portanto, a que inspira as doutrinas socialistas, segundo as quais o ideal de igualdade somente pode realizar-se plenamente além das fronteiras do capitalismo.

Ambas as concepções – igualdade de oportunidades e igualdade de fato –, assim como a ideia de igualdade nos direitos, são consideradas substanciais, na medida em que superam a simples ideia de igualdade jurídica ou formal. As distinções essenciais entre ambas (oportunidades e fato), no entanto, dizem respeito à importância que cada uma atribui ao

²⁵ Nesse sentido, Marx tece uma severa crítica ao socialismo vulgar: "o socialismo vulgar (e através dele uma parte da democracia) aprendeu com os economistas burgueses a considerar e tratar a distribuição como algo independente do modo de produção, e, portanto, a expor o socialismo como uma doutrina que gira principalmente em torno da distribuição. Uma vez que desde há muito tempo já está elucidada a verdadeira relação das coisas, porque voltar a marchar para trás?" (MARX, 2005, p. 27).

mérito individual ou às necessidades e capacidades dos indivíduos sociais, e à oposição ou não ao modelo econômico liberal, baseado no direito de propriedade e na competição dos mercados.

A questão a ser respondida, com base na doutrina apresentada, é: a jurisprudência da Corte Interamericana sobre a problemática econômico-social das migrações permite identificar alguma destas concepções de igualdade material como base de fundamentação? As medidas de tratamento jurídico diferenciado aos migrantes em situação de vulnerabilidade, como a garantia de alguns direitos trabalhistas e do devido processo legal nos procedimentos de deportação, estão relacionadas a que concepção de igualdade?

Ademais, quando a Corte, embora reconhecendo as causas econômicas dos fluxos migratórios e a desigualdade real entre os trabalhadores nacionais do país receptor e os trabalhadores migrantes, afirma que os Estados são soberanos para instituir suas políticas migratórias e que não estão obrigados a oferecer trabalho aos migrantes irregulares, atua no sentido de garantir uma igualdade de oportunidades?

Primeiramente, deve-se ter claro que a função da Corte é interpretar e aplicar as regras do Pacto de San Jose da Costa Rica, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, dentre os quais os previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. De acordo com o artigo 22 da Convenção Americana, que trata do direito de circulação e residência, “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” e “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”. Uma interpretação literal do texto permite concluir que a migração, em si, não é um direito.

Por sua vez, o art. 13 da Declaração Universal estabelece que “Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” e “Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Tais dispositivos também permitem interpretações diversas, amplas ou restritas, à luz dos princípios do direito internacional, dentre os quais está o da igualdade.

Como visto, em relação ao tema a Corte define uma série de princípios que devem orientar as políticas migratórias dos Estados, considerando que em razão das desigualdades concretas existentes entre os trabalhadores nacionais e os trabalhadores migrantes é razoável que lhes seja dado um tratamento jurídico diferenciado, como medida de compensação, de modo a garantir certos direitos trabalhistas até mesmo aos migrantes indocumentados, em razão da sua vulnerabilidade social.

Todavia, nota-se que este avanço têm alcance restrito, vez que as medidas protetivas aplicam-se somente aos trabalhadores indocumentados que, a despeito de sua condição migratória, tenham firmado relação de trabalho, ainda que informal e, em razão disso, façam jus ao pagamento pelos serviços prestados. Ou seja, não há reconhecimento, pelo Tribunal, de uma possível igualdade no direito ao trabalho para todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou condição migratória. Embora saiba que os fluxos migratórios são consequência das desigualdades produzidas pela mundialização e liberalização econômica, o Tribunal reconhece o direito dos Estados estabelecerem políticas migratórias restritivas, “desde que não violem direitos humanos”.

Contudo, deve-se questionar: como tutelar efetivamente direitos humanos ao mesmo tempo em que se permite a implementação de medidas impeditivas da entrada de trabalhadores migrantes “fugitivos da miséria” e das condições desumanas e indignas do seu local de origem, ainda que se respeite o devido processo legal nos procedimentos de deportação? A real condição dos migrantes não permite dizer que aspiram a uma “melhora na qualidade de vida”, mas sim a uma “qualidade mínima” que esteja dentro dos parâmetros de dignidade: migram para sobreviver (GARCÍA, s/d, p. 16).

Ademais, não serão as medidas restritivas uma forma de manutenção das desigualdades reais entre sujeitos habitantes de locais distintos do planeta? Hoje, um quinto da população mundial carece de tudo: alimentação, água potável e um teto para se abrigar. Ignorando as causas desta situação, os Estados-nação dominantes historicamente procuraram que as desigualdades globais se mantivessem encobertas e que parecessem legítimas e inalteráveis. Isto conduz Ulrich Beck (2009) a pensar que “a legitimação das desigualdades globais está baseada na dissimulação do Estado-nação. A perspectiva nacional se exime de olhar a miséria do mundo”.

Esta contradição resulta da ambiguidade do próprio discurso da globalização: de um lado se abrem as fronteiras à livre circulação dos bens e capitais, ao passo que, de outro, regulações cada vez mais rígidas são adotadas pelos Estados em matéria migratória. Ou seja, abrem-se as fronteiras ao capital mas não necessariamente ao seres humanos (GARCÍA, s/d). Nesse contexto, muitos imigrantes “levam a sério a igualdade pregada como direito à liberdade de movimento, mas se encontram com países e Estados que, justamente pela pressão das crescentes desigualdades internas, querem dar fim à norma de igualdade em suas fronteiras blindadas” (BECK, 2009).

Frente a essa realidade e percebendo os limites e fragilidades da própria jurisdição internacional em se opor aos interesses de Estado, Redin (2013, p. 123) observa que “a questão da imigração humana econômica internacional revela uma face da violação de direitos humanos cristalizada e banalizada pelo sistema normativo, inclusive internacional, e pela lógica tradicional do Estado”²⁶. Sua tese mostra-se correta na medida em que, como visto, o próprio Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos reconhece aos Estados o direito de implementar políticas migratórias restritivas, em nome do “legítimo interesse”, ainda que ressalve o “dever de respeitar direitos humanos”.

Certamente, a partir da concepção liberal de igualdade de oportunidades, não há como justificar medidas impeditivas do livre trânsito de pessoas pelo globo, à procura das mesmas oportunidades de trabalho que gozam os habitantes de locais economicamente mais desenvolvidos. Por óbvio, menos ainda tais medidas encontrariam justificativa em uma ideia de igualdade de fato ou real, de matriz socialista.

Portanto, é forçoso concluir que nas demandas relacionadas aos trabalhadores migrantes indocumentados²⁷, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que interprete substancialmente o princípio da igualdade quando reconhece a vulnerabilidade do migrante e o dever de tratamento jurídico diferenciado pelo Estado, não evolui para o reconhecimento de uma igualdade de oportunidades entre migrantes e nacionais dos países receptores, o que transcenderia a visão da desigualdade social como problema circunscrito às fronteiras dos Estados Nacionais e seria uma afirmação radical (à raiz) dos direitos humanos.

Nesse sentido, Torres-Marengo (2011, p. 65) destaca que uma circunstância que afeta em especial aos migrantes é a falta de abordagem pelos órgãos do Sistema Interamericano dos problemas do modelo de desenvolvimento econômico “cujo fracasso inegavelmente tem contribuído ao êxodo massivo dos pobres aos países ricos, em condições deploráveis e, em geral, às massivas violações de direitos humanos que em consequência enfrentam”.

Ocorre que, quando se reconhece como razão dos fluxos migratórios as disparidades sociais entre regiões do planeta, mas, concomitantemente, se tolera a criação pelos Estados de mecanismos de bloqueio a tais fluxos, deixam de ser abordadas possíveis soluções concretas ao problema da desigualdade estrutural que afeta a região. Nas palavras de García (s/d, p.18),

²⁶ A autora considera que “o acesso a melhores condições econômicas é a tentativa de uma certa igualdade humana, mas cuja clandestinidade, do ponto de vista político e jurídico, coloca o estrangeiro em condição de vulnerabilidade pela impossibilidade de ser visto ou ouvido” (REDIN, 2013, p. 127).

²⁷ Não há como afirmar o mesmo em relação aos demais grupos de especial proteção – indígenas, crianças, mulher e outros – vez que não fora analisada a jurisprudência relativa a essas matérias.

“trata-se de uma jurisdição empenhada em atenuar uma situação objetiva, sem que signifique um alento à entrada – legal ou ilegal – de estrangeiros em um determinado país”.

Registre-se que não está entre os objetivos deste trabalho identificar as razões desta “timidez” da jurisdição de direitos humanos no que diz respeito à problemática da migração econômica. Porém, quaisquer que sejam os motivos, importa notar que se perdem oportunidades de estabelecer medidas mais eficazes de proteção aos direitos humanos e menos submissas aos “interesses de Estado”. Um exemplo de avanço real na proteção dos direitos humanos dos migrantes indocumentados seria a afirmação de que, independentemente de sua condição jurídica, teriam direitos políticos e a possibilidade de exigir do Estado que os receba a garantia do direito de trabalhar em condições dignas.

Do mesmo modo, perde-se a chance de estabelecer aos governos o dever de criar vias de migração legal e, dado que a desigualdade de acesso às oportunidades provoca a imigração irregular, o dever de considerar as causas dessa desigualdade. Na mesma trilha, a jurisdição internacional de direitos humanos poderia determinar ou propor a regularização e criação de meios para promover a migração legal que inclua os migrantes subqualificados e semiqualficados (CIPDH, 2010, p. 12), bem como uma reforma integral do regime de migração para regularizar os migrantes em situação irregular e admitir os trabalhadores migrantes (OIT BRASIL, 2013, p.14).

Ocorre que sem incidir sobre as causas da migração econômica, a tendência natural é que pessoas privadas da oportunidade de trabalho decente em seus países de origem continuem cruzando fronteiras, com a probabilidade de que sejam um número cada vez maior. Como bem refere García (s/d, p.18), citando Valls (2003, p. 145), “desníveis de população e riqueza causam correntes migratórias massivas, imparáveis com leis e guardas fronteiriços já que obedecem a uma lei quase física de vasos comunicantes”.

2.3. Delineamentos de um direito comum latino-americano em fase de consolidação: o caráter *jus cogens* dos direitos sociais e o dever de proteção dos grupos vulneráveis

Malgrado as limitações da jurisprudência da Corte no que tange à problemática da migração econômica, o Tribunal consolida ao longo da última década o entendimento de que o princípio da igualdade e não discriminação alcançou o status de *jus cogens* internacional. Inicialmente, apenas as proibições da tortura e dos desaparecimentos forçados eram consideradas como pertencentes ao domínio do *jus cogens*, isto é, o conjunto de regras não convencionais imperativas que se sobrepõem à autonomia da vontade dos Estados e não

podem ser derogadas, quer por tratados, quer por costumes ou por princípios gerais de direito internacional.

Foi na oportunidade do julgamento da OC-18/2003 que o Tribunal, diante do questionamento sobre “qual seria o caráter do princípio da igualdade e não discriminação dentro da hierarquia das normas de direito internacional”, afirmou pela primeira vez que o princípio pertence ao domínio do *jus cogens* internacional: “este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção da lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, posto que sobre ele descansa todo o andaime jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico” (CORTE IDH, 2003, par. 101).

Afirma-se, ainda, no mesmo parágrafo, que “este princípio forma parte do direito internacional geral. Na atual etapa da evolução do direito internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*”. Posteriormente, o mesmo volta a ser afirmado pela Corte em diversas ocasiões, como na Opinião Consultiva 20/2009 (par. 54) e no julgamento dos casos Vélez Loor Vs. Panamá (par. 248) e Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana (par. 225).

Portanto, há o reconhecimento pela Corte da imperatividade e inderrogabilidade de direitos econômicos, sociais e culturais. Em verdade, já é tempo de deixar de “categorizar” os direitos humanos em civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais, já que se trata de uma artificialidade de uma época passada. Hoje, os direitos sociais, econômicos e culturais são abordados no marco da indivisibilidade de todos os direitos humanos, igualmente exigíveis, de modo que “o princípio da igualdade e não discriminação, que a Corte situou no domínio do *jus cogens*, informa, conforma e ampara todos os direitos humanos, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais” (TRINDADE, 2011, p. 273).

Está também assentado pelo Tribunal que a obrigação dos Estados de realizar o controle de convencionalidade de leis e atos do poder público deve levar em conta não apenas as disposições da Convenção Americana, mas também a interpretação da mesma que é feita pela Corte, intérprete última da Convenção, de modo que a hermenêutica do princípio da igualdade e o reconhecimento do caráter *jus cogens* dos direitos econômicos, sociais e culturais tornam-se obrigatórios aos Estados, vedando a possibilidade de retrocessos políticos e jurídicos em tais matérias.

No que tange à igualdade, como visto, o Tribunal Interamericano transpõe a ideia de igualdade formal e avança para o reconhecimento do ideal de igualdade nos direitos e dever

de especial proteção de grupos vulneráveis, a partir de uma concepção material de igualdade que leva em consideração as diferenças de identidades (sexuais, étnicas, nacionais, etc.). Neste sentido, Clérico e Aldao (2014) apontam que o projeto de um direito comum latino-americano não é cego ao contexto da região, marcado pelas desigualdades provenientes da má distribuição da riqueza e da falta de reconhecimento a certos grupos.

Na mesma trilha da jurisprudência da Corte, diversos países do Continente Americano passaram a adotar, nas últimas décadas, políticas sociais de tratamento diferenciado compensatório a grupos sociais vulneráveis, como é o caso das políticas de ações afirmativas instituidoras do sistema de cotas socioeconômicas e raciais para ingresso no ensino superior e em algumas profissões. Tais políticas, como se sabe, tiveram origem nos Estados Unidos, ainda na década de 60, durante a presidência de John F. Kennedy, como forma de promover a igualdade entre negros e brancos norte-americanos.

Hoje, diversos países da América Latina, como Peru, Argentina, México e Brasil (LINHARES, 2010) possuem políticas semelhantes de ações afirmativas no âmbito da educação. No Brasil, em 2012, por ocasião do julgamento da ADF 186, o Supremo Tribunal Federal validou, por unanimidade, a adoção de políticas de reserva de vagas para garantir o acesso de negros e índios a instituições de ensino superior em todo o país. O Tribunal decidiu que as políticas de cotas raciais nas universidades estão de acordo com a Constituição e são necessárias para corrigir o histórico de discriminação racial no país. No julgamento, apesar de o Tribunal brasileiro não fazer referências à Corte Interamericana, demonstra partilhar o mesmo entendimento em relação à interpretação substancial do princípio da igualdade.

Também no Brasil, a Lei Maria da Penha baseia-se numa concepção material de igualdade, que reconhece a vulnerabilidade e o dever de especial proteção da mulher. Neste caso, todavia, o país somente aprovou a lei após acusação, em 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de estar fechando os olhos à violência contra as mulheres. Este foi um caso emblemático de influência entre os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em matéria envolvendo grupo de especial proteção.

Neste contexto, pode-se dizer que há um processo (ainda que inacabado, por certo) de afirmação e consolidação de um direito comum regional baseado em uma concepção substancial de igualdade, da qual deriva o dever dos Estados criarem mecanismos de compensação às desigualdades estruturais. Antoniazzi (2014) percebe uma tendência em direção à consolidação dinâmica de um constitucionalismo regional destinado a salvaguardar direitos humanos fundamentais, tendo como base a Convenção Americana de Direitos

Humanos – CADH como “constituição” latino-americana – e demais instrumentos do ordenamento interamericano.

Outro avanço conquistado nas últimas décadas foi a inclusão dos direitos indígenas na agenda do SIDH, o que fortaleceu a luta indígena pela superação do paradigma da colonização. Como observa Schettini (2012), nos últimos anos as demandas dos povos indígenas vêm sendo progressivamente inseridas na ordem internacional e como resultado observa-se o surgimento de um novo corpo de normas e práticas de proteção que reconhecem os povos indígenas como sujeitos de direitos coletivos na esfera internacional. Neste processo, a jurisprudência da Corte vem exercendo um importante papel, contribuindo para a ruptura com o paradigma moderno de exclusão e de opressão dos indígenas na América.

Mas apesar do reconhecimento destes avanços, a autora possui uma visão crítica do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. Citando Herrera Flores, destaca que é sempre importante questionar até que ponto um imenso edifício normativo e jurisprudencial pode, de alguma forma, romper com a estrutura de dominação e de exploração das relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas do capitalismo (SCHETTINI, 2012).

A crítica se mostra pertinente e adquire claro sentido diante de situações como a de Belo Monte, onde a Comissão Interamericana enviou carta ao governo brasileiro solicitando a suspensão imediata do processo de licenciamento e execução da obra, para garantir a vida e a integridade pessoal dos povos indígenas, e, em resposta, o Estado classificou como "precipitadas e injustificáveis" as medidas solicitadas, negando-se ao seu cumprimento. Tais exemplos demonstram que, se de um lado, parece não haver resistência dos Estados em reconhecer a substancialidade do princípio da igualdade e aplicar medidas de tratamento jurídico diferenciado a grupos em situação de vulnerabilidade, de outro, continua a existir resistência para a efetiva proteção de alguns desses grupos, sobretudo quando grandes interesses econômicos estão em jogo.

Outro exemplo disso é a questão migratória. Embora a Corte estabeleça um conjunto de garantias mínimas para evitar o tratamento desumano aos milhões de migrantes em situação irregular, na prática estes seguem sendo objeto de discriminação, de modo que, segundo Torres-Marengo (2011, p. 64), a realidade do trato aos migrantes “dilui a efetividade da proteção do Sistema”. Esta escassa receptividade da jurisprudência do SIDH, aliada às limitações da própria Convenção e da Corte sobre o tema, constitui hoje o principal obstáculo para a proteção dos migrantes, o que se agrava diante da evidência de que a perspectiva do migrante parece estar fora da agenda dos Estados (TORRES-MARENCO, 2011, p. 69).

CONCLUSÃO

Conforme delimitado inicialmente, o objetivo deste estudo foi analisar a evolução histórica do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o princípio da igualdade e não discriminação, bem como verificar a influência de seus julgados no processo de construção de um direito comum latino-americano dos direitos humanos.

Por certo, a hermenêutica da igualdade esteve, em cada ocasião, ligada à matéria das demandas chegadas ao Tribunal. Num primeiro momento, a totalidade das controvérsias estiveram relacionadas a violações de direitos civis e políticos, no contexto das ditaduras e das transições políticas na região. Neste período, foram poucas as ocasiões em que a Corte fora chamada a manifestar-se sobre o princípio da igualdade, e desde suas primeiras considerações sobre o assunto demonstrou reconhecer a possibilidade e o dever de tratamento jurídico diferenciado a grupos e indivíduos socialmente desiguais.

Trata-se de uma compreensão da igualdade como igual possibilidade de gozo dos direitos fundamentais e não apenas como exclusão de discriminações injustificadas. Consiste, portanto, na ideia de igualdade materialmente concebida enquanto reconhecimento de identidades e valorização jurídica das diferenças.

A partir dos anos 90 houve uma diversificação do conteúdo das demandas chegadas à Corte, vez que paralelamente às controvérsias em matéria de direitos civis e políticos, passou-se a demandar ao Sistema medidas de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, sobretudo, envolvendo grupos sociais em situação de vulnerabilidade.

Sem dúvida, este novo tipo de demanda, diretamente ligado ao problema histórico da desigualdade estrutural que afeta a região, abre caminho para que os Órgãos do Sistema (Comissão e Corte) possam aprimorar sua jurisprudência sobre o princípio jurídico da igualdade, quiçá alargando a ideia de igualdade enquanto reconhecimento de identidades para outra que abarque ainda o ideal de justiça social distributiva, orientada pelo critério socioeconômico.

Interrogou-se, então, se esse possível alargamento interpretativo já seria identificável na jurisprudência da Corte, a partir de suas manifestações nos casos relacionados a grupos de especial proteção. Por viabilidade metodológica, restringiu-se o estudo para as controvérsias relativas aos trabalhadores migrantes indocumentados, diante dos quais, porém, forçosamente, se conclui não ter havido, até então, o desejado avanço na matéria.

Se, por um lado, há o reconhecimento de uma série de direitos trabalhistas, assim como do dever dos Estados respeitarem os direitos humanos na aplicação de suas políticas

migratórias – o que ratifica a compreensão material de igualdade enquanto reconhecimento das diferenças e proteção especial dos vulneráveis – por outro, diante das próprias limitações normativas internacionais sobre direitos migratórios, não há oposição à soberania dos Estados para instituir mecanismos de bloqueio dos fluxos migratórios em suas fronteiras, ainda que se ressalve o dever de garantia dos direitos humanos nos processos de deportação e expulsão.

Nota-se que a Corte orienta seus princípios de justiça a possibilitar uma progressiva igualdade social, sem contudo se manifestar sobre a íntima dependência entre a igualdade e o modelo político-econômico global de produção e distribuição de riqueza. Isto demonstra uma limitação do Sistema em não abordar diretamente os problemas do modelo de desenvolvimento econômico adotado na região – lembrando que até poucos anos a maioria dos países latino-americanos adotava modelos econômicos neoliberais, estimulados pelos EUA, como é o caso ainda hoje de México e Colômbia –, bem como em razão da ausência de aportes para a superação do paradigma da desigualdade social enquanto problema restrito às fronteiras nacionais.

Com base nas decisões analisadas, verifica-se que a Corte Interamericana, na esteira da filosofia liberal-igualitária, considera inaceitável a ideia de igualdade meramente formal, reconhecendo haver diferenças reais que merecem trato jurídico diferenciado, a exemplo da especial proteção a grupos sociais em situação de vulnerabilidade. Na mesma trilha do liberalismo-igualitário, demonstra não se opor diretamente ao *modus operandi* do capitalismo e às regras assecuratórias do livre mercado, da concorrência e do protecionismo aos mercados nacionais. Isto explica, em grande parte, a sua não interferência substancial nas políticas migratórias dos Estados, pois indiretamente geraria reflexos na própria economia.

Aliás, a sucumbência ao poder econômico afeta não só a jurisdição internacional, mas também governos e jurisdições nacionais, alguns inclusive considerados progressistas. Um bom exemplo é o caso Belo Monte, onde diante do gigantesco interesse econômico envolvido, o Brasil se negou ao cumprimento da recomendação de suspensão das obras feita pela Comissão Interamericana, gerando uma crise no interior do Sistema. Concomitantemente, o SIDH também sofre tensão decorrente da crítica de governos mais à esquerda, como é o caso da Venezuela, no sentido de que carece de suficiente legitimidade democrática e não se opõe aos perversos interesses políticos e econômicos dos Estados Unidos da América, na região.

Apesar das tensões, todavia, importantes progressos relacionados à questão da igualdade têm ocorrido nos últimos anos, alguns decorrentes da influência direta dos Órgãos do Sistema (Comissão e Corte), como a Lei Maria da Penha, no Brasil, e as leis de proteção

aos indígenas, em diversos países da região, e outros por influência indireta, como a instituição de políticas de ações afirmativas com reserva de vagas para determinados grupos em instituições de ensino e empregos. Diante disso, pode-se afirmar que há um processo, ainda que inacabado, de afirmação e consolidação de um direito comum latino-americano baseado em uma concepção substancial de igualdade, da qual deriva a obrigação dos Estados empenharem-se na solução do problema das desigualdades estruturais internas.

Registre-se que a intenção deste trabalho, ao analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o princípio da igualdade, foi apontar os avanços e limites de sua atuação, destacando as conquistas alcançadas e as barreiras a serem transpostas para uma afirmação radical dos direitos humanos. Sem dúvida, as conquistas devem ser valorizadas, mas não se pode perder de vista o longo caminho que ainda se tem a percorrer em direção à completa realização dos direitos humanos enquanto valores acima de quaisquer interesses econômicos nacionalistas e individualistas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. V. 6, n. 11. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index11.php>. Acesso em: 18 jun. 2014.

ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Biblioteca Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM**, 2014. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/30/ard/ard1.pdf>

AMÉRICA LATINA e Caribe tem maior desigualdade social do mundo, alerta PNUD. **Organização das Nações Unidas no Brasil**, São Paulo, 9 mai. 2011. Disponível em: <http://www.onu.org.br/america-latina-e-caribe-tem-maior-desigualdade-social-do-mundo-alerta-pnud/>. Acesso em: 18 jun. 2014.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. El Estado Abierto como Objetivo del Ius Constitutionale Commune: Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin, et. al. (Orgs.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Rasgos, potencialidades y desafíos. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

ARISTÓTELES. **A Política**. S/d. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Ética a Nicômaco**. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Disponível em: http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

BECK, Ulrich. A Revolta da Desigualdade. **Instituto Humanitas Unisinos (IHU)**, 2009. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/21984-a-revolta-da-desigualdade-artigo-de-ulrich-beck>. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. Desigualdades Sin Fronteras. **Instituto Goethe**, 2008. Disponível em: <http://www.goethe.de/ges/umw/prj/kuk/the/kul/es5669203.htm>. Acesso em 16 nov. 2014.

BEDIN, Gilmar Antonio e CENCI, Ana Righi. O Constitucionalismo e Sua Recepção na América Latina: Uma leitura das fragilidades do Estado constitucional na região e suas novas possibilidades de realização. In: In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira, et. al. (orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONILLA, Carlos Rafael Urquilla. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Biblioteca Jurídica da UNAM, S/d. Disponível em:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/30/pr/pr14.pdf>. Acesso em 17 nov. 2014.

BRASIL é 4º país mais desigual da América Latina. **Carta Capital**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-e-4o-pais-mais-desigual-da-america-latina-3068.html>. Acesso em: 18 jun. 2014.

CLÉRICO, Laura e ALDAO, Martín. De la Inclusión como Igualdad en Clave de Redistribución y Reconocimiento: Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin, et. al. (Orgs.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (CIPDH). **Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia**. 2010. Disponível em: http://www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf. Acesso em 17 nov. 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Caso Linguístico Belga** (mérito), 1968. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525>. Acesso em 23 nov. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Opinião Consultiva n. 4/1984**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 8/1987a**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 9/1987b**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 11/1990**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 16/1999**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 18/2003**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 29 jul. 2014.

_____. **Opinião Consultiva n. 21/2014**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Perú** (Fondo), 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em 17 jan. 2014.

_____. **Caso El Amparo vs. Venezuela** (Fondo), 1995. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_19_esp.pdf. Acesso em 23 nov. 2014.

_____. **Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua** (Fondo, Reparaciones y Costas), 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf. Acesso em 23 nov. 2014.

_____. **Caso Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana** (Fondo, Reparaciones y Costas), 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf. Acesso em 10 ago. 2014.

_____. **Caso Vélez Loor vs. Panamá** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em 10 ago. 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Critique de integration de l'integration normative**. Paris: presses Universitaire de France, 2006.

_____. **Les forces imaginantes du droit (II): Le Pluralisme Ordonné**. Paris. Seuil. 2004a.

_____. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

DAIE, Fábio Salem. Piketty, Desigualdade e Literatura. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2014. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/print.php?tipo=ac&id=3080>. Acesso em 23 nov. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ESPIELL, Hector Gros. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FLORES, Jorge Humberto Meza. La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIV, núm. 132. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2011.

FRASER, Nancy. Redistribución, Reconocimiento y Participación: Hacia un concepto integrado de la justicia. In: **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Informe mundial sobre la cultura, 2000-2001**.

FREITAS, Raquel Coelho de. A Igualdade Liberal. **Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza**, v. 34, n. 1, p. 409-446, jan./jun. 2013.

GARCÍA, Lila Emilse. En las fronteras, migración y derechos humanos en el nuevo orden jurídico internacional. **Biblioteca Jurídica da UNAM**, S/d. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2283/3.pdf>. Acesso em 16 nov. 2014.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. [Entrevista disponibilizada na internet em Dez. 2013]. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2013/12/17/internacional/1387311940_520992.html

GARZA, José Ma. Serna de la. El Concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: VON BOGDANDY, Armin, et. al. (Orgs.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Rasgos, potencialidades y desafíos. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINHARES, Milton. **Políticas Públicas de Inclusão Social na América Latina**: ações afirmativas no Brasil e México. 2010. 490f. (Tese de Doutorado em Integração da América Latina) - Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-31082012-114202/pt-br.php>. Acesso em 18 nov. 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. S/d. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf. Acesso em 16 nov. 2014.

MACIEL, Fabrício Barbosa. Ulrich Beck e a Crítica ao Nacionalismo Metodológico. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, Vol. 12, nº 25, Set/Dez 2013.

MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. Versão e-book eBooksBrasil.com, 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito**: Dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da convenção americana sobre direitos humanos. **Revista Direito GV**, nº 9(1), p.199-242, jan-jun. 2013, São Paulo, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Migración laboral y desarrollo**: La OIT sigue avanzando. 2013. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/meetingdocument/wcms_221810.pdf. Acesso em 17 nov. 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la Igualdad Material**. Universidad Complutense de Madrid. Madrid: 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20218.pdf>. Acesso em 09 ago. 2014.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **SciELO**, Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. Proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **ConJur**, 26 ago. 2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios?pagina=4. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, desafios e perspectivas à luz ds experiência brasileira. **Biblioteca Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM**, 2012. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/9.pdf>.

POCHMANN, Marcio. O país dos desiguais. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 06 out. 2007. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=30>. Acesso em: 18 jun. 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REDIN, Giuliana. O Direito Humano de Imigrar na Perspectiva do Espaço-Tempo Global. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira, et. al. (orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Versão e-book eBooksBrasil.com, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Proteção dos Direitos Econômicos e Sociais na América Latina. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, Ano 1, nº 7, 2012. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_07_4289_4318.pdf. Acesso em 17 nov. 2014.

SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 9, n. 17, dez. 2012.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TORRES-MARENCO, Verónica. La Migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Vniversitas**, Bogotá (Colombia), nº 122: 41-76, enero-junio de 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A nova dimensão do Direito Internacional Público**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

_____. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. **Conferência proferida no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA**. Rio de Janeiro, 2006.

Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407->

[490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf). Acesso em 28 jul. 2014.

_____. **La Ampliación del Contenido Material del Ius Cogens**. S/d. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

_____. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Fragmentos de memorias. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Ano 11, Vol. 11, Número 11 – 2011.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale commune latinoamericanum: Uma aclaración conceptual. In: VON BOGDANDY, Armin, et. al. (Orgs.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

ZIZEK, Slavoj. A utopia de Piketty. **Blog da Boitempo**, São Paulo, 30 mai. 2014. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2014/05/30/zizek-a-utopia-de-piketty/>. Acesso em: 22 jun. 2014.