



O LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO HUMANO DE MIGRAR

THE STRATEGIC LITIGATION ON INTER-AMERICAN SYSTEM ON HUMAN RIGHTS IN LIGHT TO THE HUMAN RIGHT TO MIGRATE

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro

Pós-Doutoranda pela Nova School of Law - Lisboa (2020). Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Pesquisa em Pós-Doutorado na área de Direito Internacional e Comparado concluída pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Doutora em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (2020). Doutora (2015) e Mestre (2006) em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (1998).

Resumo

O artigo tem o objetivo de analisar a contribuição do litígio estratégico realizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a concretização do direito humano de migrar, com o estudo dos relatórios e da natureza jurídica das Recomendações, apresentando o mecanismo do *follow up*, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concluindo com a demonstração da contribuição do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para a evolução do direito humano de migrar. O artigo adota o método dedutivo para apresentar, como resultado da pesquisa, a importância do litígio estratégico, da *soft law* e dos mecanismos existentes no Sistema Interamericano para a materialização do direito humano de migrar. Os resultados alcançados com a pesquisa permitem afirmar que, embora o indivíduo não tenha o acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a petição individual, de competência da Comissão Interamericana, pode contribuir para a concretização dos direitos humanos com a realização do litígio estratégico. O trabalho conclui pela importância do litígio estratégico e das normas *soft law* para a evolução dos direitos humanos na era da globalização dos riscos e do direito cosmopolita.

Palavras-chave: Direito humano de migrar. Follow up. Litígio estratégico. Soft Law.

Abstract

The article aims to analyze the contribution of the strategic litigation carried

out by the Inter-American Human Rights System to the realization of the human right to migrate, by studying the reports and the legal nature of the Recommendations, presenting the follow-up mechanism, as well as the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, concluding with the demonstration of the contribution of the Inter-American System of Human Rights Protection to the evolution of the human right to migrate. The article adopts the deductive method to present, as a result of the research, the importance of strategic litigation, soft law and the mechanisms existing in the inter-American system for the materialization of the human right to migrate. The results of the research show that, although the individual does not have direct access to the Inter-American Court of Human Rights, the individual petition of the Inter-American Commission can contribute to the realization of human rights through the realization of the strategic litigation. The paper concludes by the importance of strategic litigation and soft law norms for the evolution of human rights in the era of risk globalization and cosmopolitan law.

Key-words: Human right to migrate. Follow up Strategic Litigation. Soft Law.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo tem o objetivo de estudar a contribuição do litígio estratégico no Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a concretização do direito humano de migrar.

Inicialmente, o artigo apresentará a previsão normativa a respeito da função da CIDH de elaborar relatórios anuais, temáticos e de países, bem como a função de elaborar Recomendações aos Estados com a finalidade de fomentar a evolução dos direitos humanos nos regimes jurídicos domésticos e, para tanto, serão analisados o Estatuto e o Regulamento da CIDH.

Para demonstrar a contribuição da CIDH para a evolução do direito humano de migrar, o artigo analisará os relatórios e as respectivas Resoluções elaboradas pela Comissão relativamente à Venezuela, ao México e à República Dominicana apenas no contexto da mobilidade humana.

O trabalho também abordará casos de migração, remetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão, para demonstrar como os dois órgãos dialogam entre si e como a Comissão, ao realizar o litígio estratégico, contribui para a evolução dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O artigo ainda estudará a efetividade das Recomendações da CIDH, através do mecanismo de *follow up*, bem como a natureza jurídica das Recomendações de *soft*

law, para defender a tese de que não são totalmente destituídas de força legal no contexto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Concluirá com a tese de que o direito de migrar é um direito humano demonstrando como a CIDH e a CorteIDH vem contribuindo para implementar um pensamento decolonial para garantir o respeito à dignidade humana das pessoas que se encontram em situação de mobilidade humana.

O método dedutivo será utilizado para o desenvolvimento do trabalho, com base na análise da doutrina e da jurisprudência da CIDH e da CorteIDH.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem como fundamento a Organização dos Estados Americanos, constituída pela Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, além de estar assentado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.¹

A Organização dos Estados Americanos é uma organização de natureza jurídica intergovernamental, cuja estrutura e organização não permitem o acesso direto do cidadão à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que congrega os interesses peculiares dos Estados pertencentes à região.²

Como sistema regional de proteção aos direitos humanos, atua de forma complementar ao sistema global, ao consignar os interesses regionais dos Estados Americanos, sem olvidar dos tratados internacionais do sistema global que compõem o *hard core* da proteção dos direitos humanos.

Embora seja uma organização interestatal, a Organização dos Estados Americanos trabalha para que o sistema em estudo não se exima de sua principal função de propagar a evolução dos direitos humanos em âmbito regional. Entretanto, verifica-se uma dificuldade maior do que na União Europeia, por exemplo, de se implementar as decisões do sistema nos ordenamentos jurídicos internos, devido a aparente falta de eficácia e de efetividade das decisões e do sistema, respectivamente (CARVALHO RAMOS, 2012).

¹Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em : https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em 28.08.2019. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 28.08.2019.

² Sobre a diferença entre os organizações interestatais e supranacionais, consultar a obra de Wagner Menezes. *Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nesse contexto, vale ressaltar a dificuldade de realização do controle de convencionalidade pelos Estados, que apresentam empecilhos à adoção de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos humanos no âmbito de sua soberania, bem como a adaptação de suas leis à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A Organização dos Estados Americanos é composta por diversos órgãos, com funções específicas e típicas, mas que, *prima facie*, carecem de força cogente e coercitiva para adequar os Estados à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A natureza jurídica intergovernamental da OEA ainda contribui para que os Estados aleguem a preservação da soberania estatal, para fundamentar o não cumprimento de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que não se justifica, conforme será adiante demonstrado, uma vez que existem ferramentas eficazes para a coercibilidade dos mecanismos do sistema dentro dos Estados, a exemplo das Recomendações, do sistema de *follow-up* e da Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como a provocação da Corte se dá através das remessas de casos pela Comissão, é inegável a contribuição deste órgão para a evolução da jurisprudência da Corte e, acima de tudo, para a concretização dos direitos humanos no âmbito regional com a realização do litígio estratégico para a condução de casos essenciais para o sistema e para a região (CANÇADO TRINDADE, 2013).

Feitas as breves considerações ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, cumpre ressaltar a previsão normativa que fundamenta as principais funções da referida Comissão.

3. A PREVISÃO NORMATIVA DAS FUNÇÕES DA CIDH RELATIVAS AO TRABALHO / O ESTATUTO E O REGULAMENTO DA CORTEIDH

A CIDH é um órgão consultivo da OEA que se destina a promover a observância e a defesa dos direitos humanos, considerados direitos humanos em seu Estatuto como os direitos definidos na Convenção Americana de Direitos Humanos em relação aos Estados parte e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em relação aos Estados que não são parte. É um órgão que representa todos os Estados Membros da OEA, composto por sete membros de reputação ilibada e de notório e

reconhecido saber em direitos humanos.³

Dentre suas funções, destacam-se, principalmente, a de estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América, formular Recomendações aos governos dos Estados para que adotem medidas progressivas para os direitos humanos e a de preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções.

Em seu Regulamento, verifica-se a reprodução da sua característica de órgão autônomo da OEA, com a principal função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e de servir como órgão consultivo da OEA, pois representa todos os Estados que a compõem com sete membros com reputação ilibada e notório saber em direitos humanos.⁴

Merece destaque a prerrogativa da CIDH de remeter casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, se o Estado envolvido tiver aceito a jurisdição da Corte e se a Comissão considerar que este não deu andamento adequado às Recomendações, contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do Regulamento.⁵

Referida prerrogativa da Comissão é uma das mais relevantes, uma vez que contribui para a realização dos direitos humanos envolvendo casos de alta gravidade através do litígio estratégico.⁶ E, nesse contexto, interessante destacar o litígio

³ A propósito, consultar Antonio Augusto Cançado Trindade. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>. Acesso em 10.10.2019.

⁴ Artigo 1º do Regulamento da CIDH: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em 28.08.2019.

⁵ Artigo 50 do Regulamento da CIDH: A comunicação apresentada por um Estado parte na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos que haja aceito a competência da Comissão para receber e examinar comunicações contra outros Estados partes será transmitida ao Estado parte de que se trate, tenha este aceito ou não a competência da Comissão. Se não a aceitou, a comunicação será enviada para que esse Estado possa exercer a opção que lhe cabe nos termos do artigo 45, parágrafo 3, da Convenção, para reconhecer essa competência no caso específico a que se refira a comunicação. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em 28.08.2019.

⁶ Ainda na lição de Conteraras, “Desde ese momento se considera que las clínicas del litigio deben buscar cambios sociales vinculando el proceso de formación del jurista con el interés público, intentando potenciar la sensibilidad social de estudiantes y profesionistas, al tiempo que se fortalece su adhesión a los valores de cierta deontología profesional.⁷ En este sentido, las clínicas de derechos humanos e interés público son un espacio de práctica de litigio de interés público y reflexión jurídica, en el que se trabaja sobre casos reales de violaciones de derechos humanos para que a través de ellas se genere, entre estudiantes y profesionales del derecho, un mayor grado de conciencia social así como la interacción con situaciones que se están llevando a cabo en la realidad y no sólo de manera hipotética. Mediante la enseñanza clínica se procura proveer un efectivo acceso a la justicia a víctimas que no tienen acceso a una defensa legal y que los y las estudiantes adquieran destreza profesional y

estratégico como:

Os direitos humanos são compostos por ações de atividade judicial destinadas a garantir a justiciabilidade dos direitos humanos perante instâncias nacionais ou internacionais, cujo objetivo é avançar na modificação estrutural das regras e procedimentos do direito interno, a fim de cobrir um caso ou situação pontual uma mudança legal com extensas implicações sociais. (CONTRERAS, 2011, p. 13)⁷

Assim, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos se diferencia do Sistema Regional Europeu por não permitir o acesso direto dos indivíduos ao seu órgão jurisdicional, o que, a princípio, parece ser uma restrição a um direito fundamental, mas ao contrário, representa uma vantagem no contexto do litígio estratégico, uma vez que referido instituto contribui para a modificação estrutural do ordenamento jurídico interno dos Estados através de casos paradigmáticos.

Portanto, a realização do litígio estratégico pelo Sistema Interamericano, especificamente pela Comissão, não caracteriza exclusão de direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de conferir maior eficácia e efetividade aos direitos humanos, no contexto de uma organização interestatal e intergovernamental, o que atende aos interesses interamericanos.

A CIDH ainda tem a função de apresentar relatórios anuais e outros relatórios sobre direitos humanos relativos a um determinado Estado, de acordo com os artigos 59 e 60 de seu Regulamento.⁸

Os relatórios anuais são apresentados à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, com a análise da situação dos direitos humanos na região, as Recomendações aos Estados sobre as medidas necessárias para fortalecimento dos direitos humanos, um relato sobre a origem, as bases jurídicas, a estrutura e fins da

entiendan el derecho como una herramienta de cambio social y generador de políticas públicas. Estas clínicas de litigio con compromiso social utilizan una estrategia que es conocida como litigio estratégico o paradigmático, pero también como litigio de interés público o de las causas justas.”(Litígio estratégico em Direitos Humanos. Modelo para armar. Juan Carlos Gutierrez Contreras (coord.) Comissão Mexicana de Defensa y promoción de los derechos humanos. A.C. Te Mac Arthur Foundation. 2011. (<http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>. Acesso em 10.06.2019).

⁷ “en derechos humanos se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar con un caso o situación puntual un cambio legal con implicaciones sociales extensas.” (CONTRERAS, 2011, p. 13).

⁸ Artigo 59 e 60 do Regulamento da CIDH. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em 28.08.2019.

CIDH, a lista do período de sessões, a súmula das atividades de cooperação, relatórios sobre petições e casos individuais, relação de medidas provisionais e exposição do progresso alcançado na consecução da Convenção Americana de Direitos Humanos e na Declaração Americana.

A CIDH ainda poderá elaborar relatórios sobre os direitos humanos nos Estados, de acordo com o artigo 60 de seu Regulamento que, ao serem processados, são remetidos aos Estados para que formulem as observações que julgarem pertinentes, dentro do prazo estabelecido pela Comissão. Recebidas as observações dos Estados, a Comissão as avaliará e decidirá se manterá ou modificará seu relatório. Caso os Estados não apresentem nenhuma observação ao relatório, a Comissão o publicará da forma como julgar apropriado. Ao ser aprovado o relatório, a CIDH, por intermédio da Secretaria-Geral, o transmitirá aos Estados Membros e à Assembleia Geral.

Ao elaborar um relatório, a CIDH analisa detalhadamente a situação dos direitos humanos em determinado país, o que ressalta a posição do Estado frente ao Sistema Interamericano.

De maneira concreta, a CIDH centra sua análise nas obrigações contidas na Declaração Americana e na Carta da OEA, bem como em outros tratados interamericanos de direitos humanos dos quais o Estado é parte, bem como na Carta Democrática Interamericana, e apresenta Recomendações ao Estado no sentido de propiciar a melhoria dos direitos humanos no país. Além disso, os relatórios podem estabelecer as bases para a apreciação das petições individuais submetidas à CIDH e de eventual encaminhamento de casos à Corte Interamericana.

Assim, os relatórios contribuem, de maneira relevante e particular para a evolução dos direitos humanos nos países, uma vez que os Estados são compelidos a observar as Recomendações, que, embora não tenham a natureza de *hard law*, em sentido estrito, não são desprovidas de força legal, conforme será adiante explicitado.

Portanto, com a elaboração dos relatórios, a CIDH constrói uma base jurídica e jurisprudencial relevante a partir dos documentos interamericanos para dialogar com a jurisprudência da Corte Interamericana.

Como já foi dito, o objetivo do trabalho é analisar a importância dos relatórios relativos a determinados países no que diz respeito ao direito humano de migrar, o que será analisado nos relatórios da Venezuela, do México e da República Dominicana, uma vez que a proteção dos direitos humanos dos migrantes que estão no contexto da mobilidade humana, tem sido uma das grandes preocupações da Comissão

Interamericana.

4. ANÁLISE DOS RELATÓRIOS DA VENEZUELA, DO MÉXICO E DA REPÚBLICA DOMINICANA EM RELAÇÃO AO DIREITO HUMANO DE MIGRAR

4.1. RELATÓRIO DA VENEZUELA

A CIDH elaborou o relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela, aprovado em 31.12.2017, que será analisado apenas no que diz respeito à mobilidade humana.⁹

A elaboração do relatório relativo à Venezuela se deu em decorrência da grave deterioração dos direitos humanos no país e a grave crise política, econômica e social que se intensificou a partir de 2017 com a indevida ingerência do Poder Executivo nos demais poderes, causando impacto no princípio da separação dos poderes.¹⁰

Ao elaborar o relatório, a CIDH analisa detalhadamente a situação dos direitos humanos no país, ressalta o seu contexto, bem como a posição do Estado frente ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.¹¹ Na verdade, a CIDH centra a sua análise nas obrigações contidas na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e na Carta da OEA do mesmo ano, bem como em outros tratados interamericanos.

O resultado do relatório é a elaboração de Recomendações, tema que será analisado oportunamente no desenvolvimento do trabalho.

A situação de degradação dos direitos humanos, na Venezuela, chamou a atenção e despertou a preocupação do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, que publicou uma Resolução com destaque às violações aos direitos humanos e abusos cometidos nos protestos que ocorreram na Venezuela no período de 1.04.2017 a 31.07.2017.¹²

⁹ CIDH. Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em 10.07.2019.

¹⁰ CIDH. Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela. Parágrafo 43 do Relatório, p. 29. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em 10.07.2019.

¹¹ CIDH. Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela. Páginas 29 a 44 do relatório. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em 10.07.2019.

¹² Sobre a Resolução, consultar: <https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-pede-que-venezuela-aceite-assistencia-humanitaria/>. Acesso em 20.07.2019.

Além disso, o Conselho Permanente da OEA concordou em não reconhecer a legitimidade do governo no período de Nicolas Maduro, a partir de 10.01.2019.¹³

Em razão da grave degradação dos direitos humanos na Venezuela, um grande fluxo migratório para países vizinhos foi desencadeado, em especial para o Brasil e para a Colômbia, além do aumento no número de pedidos de asilo.

A CIDH concluiu o seu relatório com as seguintes Recomendações à Venezuela: a) a necessidade de ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; b) a reversão da decisão de se retirar da OEA; c) de tornar sem efeito as medidas que impedem as pessoas de deixarem o território venezuelano e de solicitar asilo ou outra forma de proteção em outro Estado.

4.2. RELATÓRIO DO MÉXICO DE 2013 E DE 2015

Com base no artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos e com o artigo 58 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a CIDH elaborou um relatório para avaliar a situação dos direitos humanos das pessoas que se encontram no contexto da mobilidade humana no México, o que abrange migração internacional e deslocamentos internos, com o objetivo de formular Recomendações ao Estado.¹⁴

¹³ Resolução 2929/2018 da OEA: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-001/19. Acesso em 20.08.2019.

¹⁴ Artigo 41 da CADH/1969: A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13.07.2019. Artigo 58 do Regulamento da CIDH: A Comissão apresentará um relatório anual à Assembléia Geral da Organização. Ademais, a Comissão preparará os estudos e relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções e os publicará conforme considerar oportuno. Aprovada a sua publicação, a Comissão os transmitirá por meio da Secretaria-Geral aos Estados membros da Organização e aos seus órgãos pertinentes. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em 11.07.2019.

O relatório analisou a grave situação de violência, insegurança e discriminação que enfrentam as pessoas em situação migratória irregular, em trânsito para o México, o que inclui sequestros, homicídios, desaparecimentos forçados, violência sexual, tráfico de pessoas e tráfico de migrantes dentre outros.¹⁵

O documento ainda analisou a questão da detenção migratória, do acesso dos migrantes ao devido processo legal e dos problemas enfrentados por solicitantes de asilo e refugiados que se encontram em campos de refugiados, e constatou que as pessoas em situação de mobilidade humana no México estão sujeitas à discriminação, não tem acesso aos serviços públicos e não têm seus direitos trabalhistas observados.

O relatório também se justifica devido ao fato de o México ser o país do mundo que reflete de maneira mais clara as várias facetas da migração internacional, devido à sua proximidade com os Estados Unidos da América.

Para concluir o Relatório, a CIDH elaborou diversas Recomendações por tema e, no que tange à questão da mobilidade humana, em geral, tais Recomendações dizem respeito à necessidade de o México respeitar os direitos humanos dos migrantes, de garantir o acesso dos migrantes ao devido processo legal, para o requerimento do reconhecimento de sua condição de refugiados ou para a solicitação de asilo, bem como a necessidade de se propiciar o acesso dos migrantes aos serviços públicos para garantia de sua dignidade.

A postura do Estado Mexicano, em relação às pessoas em situação de mobilidade humana, preocupou a CIDH que elaborou um segundo relatório em 2015, devido às medidas adotadas pelo Estado para o combate do tráfico de drogas e de pessoas e para solucionar a questão dos desaparecimentos forçado, bem como em razão da prática da tortura e ao aumento do rol das prerrogativas das Forças Armadas, o que acarretou mais violência.¹⁶

Conforme mencionado, o México tem grave problema em relação a mobilidade humana devido a sua posição geográfica, o que confere ao Estado a característica de país de trânsito dos migrantes que buscam outros países de destino.

Dessa forma, a migração transnacional irregular representa uma das principais formas de atuação do crime organizado no México, o que se explica pelos altos

¹⁵ CIDH. Relatório México. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>. Acesso em 12.07.2019.

¹⁶ CIDH. Relatório México. Relatório disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>. Acesso em 05.07.2019.

benefícios que gera e pelo baixo risco de punição, devido aos altos níveis de impunidade.

A exploração da migração irregular é, portanto, uma atividade altamente rentável, o que se deve ao alcance transnacional das organizações criminosas, à convergência das rotas migratórias e rotas de tráfico de drogas e armas com o agravante do envolvimento do aparato estatal.

Devido à necessidade de proteção aos direitos dos migrantes, a CIDH elaborou as seguintes Recomendações ao México: a) a necessidade de cumprimento das Recomendações feitas no relatório anterior; b) a criação de políticas públicas para analisar e avaliar o deslocamento interno; c) a elaboração de uma legislação nacional que se adapte aos princípios do deslocamento interno; e d) a criação de uma instituição federal para promoção da proteção às pessoas em deslocamento interno.

4.3. RELATÓRIO DA REPÚBLICA DOMINICANA DE 2015

Desde 1990, a CIDH se preocupa com a dificuldade que enfrentam os filhos de migrantes haitianos nascidos em território dominicano, para adquirir a nacionalidade dominicana, de acordo com o princípio *jus soli*.¹⁷

O relatório tem como ponto central a decisão do Tribunal Constitucional da República Dominicana (TC/0168/13), que redefiniu, com efeitos retroativos, o critério para aquisição da nacionalidade pela aplicação do princípio *jus solis*. Com referida decisão, o Tribunal equiparou o conceito de estrangeiro em situação irregular com estrangeiro em trânsito, para estender a proibição de aquisição da nacionalidade a pessoas nessa situação, e conceder efeitos retroativos à decisão para revogar todos os documentos de concessão de nacionalidade dominicana desde 1929 a 2007, o que deixou as pessoas envolvidas em situação de apátrida.

A situação afetou de forma direta os cidadãos dominicanos, de ascendência haitiana, privando-os de sua nacionalidade, retroativamente, o que acarretou múltiplas formas de discriminação com base em critérios raciais, na situação migratória dos pais e na situação de pobreza, o que contribuiu para a inaceitável exposição dos migrantes a diversas e múltiplas formas de vulnerabilidade.¹⁸

¹⁷ CIDH. Relatório República Dominicana. Relatório disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/RepublicaDominicana-2015.pdf>. Acesso em 2.07.2019.

¹⁸ CIDH. Relatório República Dominicana. Parágrafo 11 do Relatório. Relatório disponível em:

Vale destacar o fato de a República Dominicana ter praticado deportações arbitrárias e expulsões coletivas, o que é vedado pelo Direito Internacional os Direitos Humanos. A propósito das deportações, importante esclarecer que o princípio do *non-refoulement* está previsto no artigo 33 da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e estabelece que nenhum Estado deve devolver nenhum indivíduo ou grupo de pessoas ao país de perseguição por raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opinião política. (TRAVISANUT, 2008, p. 205-246). Assim, a sentença em apreço gerou a vulnerabilidade das pessoas com a violação do direito humano à nacionalidade, da personalidade jurídica, da igualdade e da não-discriminação, o que gerou a discriminação estrutural.

Nesse contexto, a CIDH elaborou diversas Recomendações no sentido de fortalecimento do devido processo legal aos migrantes; de rechaço às expulsões coletivas; de criação de políticas públicas de educação sobre o tema da migração e de formação para funcionários dos órgãos públicos sobre migração, dentre outras.

5. A EFETIVIDADE DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, O SISTEMA DE *FOLLOW UP* E AS NORMAS *SOFT LAW*

Conforme salientado, o artigo 18 do Estatuto da CIDH estabelece que a formulação de Recomendações é uma das atribuições da Comissão, que as emite aos Estados para que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos em seus ordenamentos jurídicos internos.¹⁹

Importante reflexão deve ser realizada quanto ao exercício da função da Comissão de emitir Recomendações e de que forma referidos documentos impactam na evolução dos direitos humanos no âmbito doméstico.

Assim, se por um lado os Relatórios e as Recomendações são documentos de legitimidade limitada ou de autoridade inexistente, de outro modo são documentos que, devido a sua intensa produção, demonstram o crescimento da demanda pelo Sistema Interamericano.

Outra questão relevante sobre as Recomendações é a diferença entre *compliance* e efetividade das Recomendações. A propósito, importante destacar que

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/RepublicaDominicana-2015.pdf>. Acesso em 2.07.2019.

¹⁹ Artigo 18 do Estatuto da Comissão. Disponível em: idh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm. Acesso em 7.7.2019.

Compliance se refere à implementação das decisões, das regras e das Recomendações pelas instituições internacionais, e de como um Estado conforma ou identifica o comportamento dos atores a uma regra específica, o que é necessário para a efetividade se concretizar. Por sua vez, a efetividade reflete a capacidade de as instituições de adotar políticas públicas específicas e aplicá-las na legislação e na reforma das instituições domésticas (ENGSTROM, 2017, p. 1250-1285).

A propósito do tema, importante destacar o trecho da obra de Par Engstrom (2017, p. 1256-1257):

“Apesar disso, há três principais razões para mudar o foco analítico para além da conformidade com as regras, a fim de gerar uma melhor compreensão do impacto do SIDH. O primeiro diz respeito ao desenvolvimento normativo e institucional do SIDH, que destaca o papel do Sistema no avanço, na interpretação e no cumprimento dos padrões de direitos humanos. Em termos de elaboração de regras, tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte desempenham uma função crucial no desenvolvimento de normas de direitos humanos. O Sistema desenvolveu padrões regionais incorporando uma ampla gama de normas de direitos humanos.³ Em sua prática, o SIDH abordou progressivamente um conjunto cada vez mais amplo de questões de direitos humanos. O Tribunal desenvolveu jurisprudência progressiva dos direitos humanos por meio de suas decisões. A Comissão também desempenha uma função importante a esse respeito por meio de seus relatórios temáticos, desenvolvimento de diretrizes políticas (que variam de, por exemplo, liberdade de expressão, direitos dos detidos a direitos LGBT); em outras palavras, apesar de seu papel no desenvolvimento do soft law. O SIDH é cada vez mais ambicioso, não apenas em termos dos tipos de desafios de direitos humanos com os quais lida, mas também em termos do que exige dos Estados. Em particular, as políticas em evolução da Corte Interamericana de reparação agora abrangem desde compensação monetária a vítimas, reparações simbólicas (por exemplo, memoriais), demandas por reformas estatais e processos criminais de autores individuais. Como resultado, o SIDH emergiu como o ponto de referência central dos direitos humanos em sua região.”²⁰ e

²¹

²⁰ Cabe acrescentar que “Building on this last point, the third dimension of the IAHRs’ impact concerns its role in providing opportunities for domestic and transnational human rights actors to bring pressure for change in their domestic political and legal systems. The IAHRs is increasingly used for the implementation of regional human rights norms. The System offers an important platform for human rights NGOs; some of which have been very adept at integrating the IAHRs into their advocacy strategies in order to bring pressure for change in their domestic political and legal systems. Moreover, domestic judiciaries in particular have come to play more prominent roles as arenas of human rights compliance, leading to increasingly judicialized processes of compliance. Further study is required of the domestic judicial actors and institutions that act and could potentially act as ‘compliance constituencies’ and conduits of domestic implementation linking international human rights norms to domestic political and legal institutions and actors.⁴ Similarly, this signals the importance of not only contentious litigation of individual cases, but attempts to advance broader changes through friendly settlement procedures. This “change of paradigm” in human rights activism reflects the increasing use of individual cases to promote broader government policy, institutional, and judicial changes” (ENGSTROM, 2017, p. 1258-1259).

²¹ “These insights notwithstanding, there are three main set of reasons for shifting the analytical focus beyond rule compliance to generate a better understanding of the impact of the IAHRs. The first concerns the normative and institutional development of the IAHRs that highlights the System’s role in advancing, interpreting, and enforcing human rights standards. In terms of rule-making both the Inter-American Commission and the Court perform a crucial function in the development of human rights

Além de elaborar as Recomendações, a CIDH realiza seu *follow up*, ou seja, o acompanhamento das Recomendações, dos relatórios de Mérito publicados, dos Relatórios temáticos e de outras medidas.

Assim, a CIDH consolidou a prática do acompanhamento dos relatórios, ao produzir relatórios com o objetivo de realizar o *compliance* através das Recomendações que são prévias aos problemas.

A efetividade e a eficácia das Recomendações é tema relevante para a Comissão, o que ficou ressaltado no New 2017-2021 Strategic Plan of the IACHR (Program 21) que se destina a desenvolver futuras ações coordenadas para o acompanhamento das Recomendações com a utilização dos mecanismos da IACHR.²²

Por sua importância, cabe a discussão a respeito da natureza jurídica de *soft law* das Recomendações, que tem seu contraponto na *hard law*, decorrente da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969, com força vinculante para os Estados, por ser elaborada dentro dos critérios rigorosos e formais exigidos para a positivação do direito internacional.

De acordo com Dupuy (1991, p. 420),

“*Soft law* é um termo paradoxal para definir um fenômeno ambíguo. Paradoxal, porque, de um ponto de vista geral e clássico, o estado de direito é geralmente considerado “rígido”, por exemplo, obrigatório, ou simplesmente não existe. Ambíguo porque a realidade assim designada, considerando seus efeitos legais e sua manifestação, é muitas vezes difícil de identificar claramente.”²³

Relevante destacar que a *hard law* teve papel significativo na evolução do direito internacional e foi um modelo necessário para a conformação do paradigma

standards. The System has developed regional standards incorporating a wide range of human rights norms.³ In its practice, the IAHRs has progressively addressed an increasingly expansive set of human rights issues. The Court has developed progressive human rights jurisprudence through its rulings. The Commission also serves an important function in this regard through its thematic reports, development of policy guidelines (ranging from, e.g. freedom of expression, rights of detainees, to LGBT rights); in other words, though its role in the development of soft law. The IAHRs is increasingly ambitious not only in terms of the types of human rights challenges it deals with, but also in terms of what it demands from states. In particular, the Inter-American Court’s evolving policies of reparations now span from monetary compensation to victims, symbolic reparations (e.g. memorials), to demands for state reforms and criminal prosecutions of individual perpetrators. As a result, the IAHRs has emerged as the central human rights reference point in its region.”

²² Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/StrategicPlan2017/docs/StrategicPlan2017-2021.pdf>. Acesso em 20.07.2019.

²³ “Soft law is a paradoxical term for defining an ambiguous phenomenon. Paradoxical, because, from a general and classical point of view, the rule of law is usually considered “hard”, e.g., compulsory, or it simply does not exist. Ambiguous because the reality thus designated, considering its legal effects as well as its manifestation, is often difficult to identify clearly”.

westfaliano²⁴ de prevalência da soberania estatal, devido à necessidade de estabilização da sociedade internacional, o que decorre, portanto, da própria expressão do princípio da soberania estatal, no qual o Estado é o principal sujeito de direito.²⁵

Por isso, seu processo de elaboração é rigoroso, formal, demorado e dispendioso. Todavia, ao contrário do que possa parecer, a *soft law*, embora desprovida de força cogente no contexto tradicional da soberania estatal, pode se apresentar como um modelo mais eficiente para atender às necessidades da sociedade global, uma vez que nasce do consenso dos Estados e segue um processo mais maleável e preciso para o cumprimento paulatino das medidas elencadas.

Assim, para atender aos interesses da sociedade global, a *soft law* pode ser mais eficaz, tendo em vista que o momento é de cooperação internacional e não de exacerbação da soberania estatal, o que decorre da ideia de que os problemas globais necessitam de soluções globais (JESSUP, 1965).

Além disso, a *soft law* agrega outros documentos, diferentes participantes, diante de critérios não formais com fontes não escritas no sentido de alcançar soluções pelo consenso, o que acarreta impactos positivos no contexto da cooperação internacional, e suscita a necessidade de se revisitar o rol das fontes do direito internacional, conforme registrado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CASTAÑEDA, 2013, p. 335-403).

Por ter a capacidade de criar expectativas para condução do futuro do direito internacional, a *soft law* é uma fonte não tradicional do direito internacional, pois não é lei em sentido estrito, mas também não é totalmente desprovida de autoridade, nem de natureza legal.

Ademais, é um elemento de comprometimento de boa-fé e influencia as políticas públicas dos Estados, além de ser um instrumento para solucionar controvérsias internacionais, como uma resposta para as necessidades legais enfrentadas pela comunidade internacional, reflexo do direito internacional contemporâneo, o que contribui para que os Estados atuem coletivamente.

Além disso, representa um novo fenômeno relacionado ao processo de elaboração das leis no direito internacional, oriundo da teoria das fontes do direito internacional, utilizado para explicar a natureza jurídica da Declaração Universal dos

²⁴ Paz de Westfalia – Tratados de Münster e Osnabruck.

²⁵ A respeito do tema da *soft Law*, consultar a tese de doutorado de Tatiana Cardoso Squeff, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, cujo título é A efetivação do direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonizar: *soft law* como fonte libertadora e de resistência.

Direitos Humanos de 1948, sendo, portanto, uma consequência da forma como são travadas as relações internacionais atualmente.²⁶

Assim, a *soft law* deve ser considerada como norma obrigatória, ainda que não seja tradicionalmente caracterizada como *hard law*, uma vez que estabelece regras de conduta, princípios ou *standards* aplicáveis à comunidade internacional, passível de utilização pelas Organizações não-Governamentais, que têm a dificuldade de se valer das fontes tradicionais, aptas a responder prontamente aos desafios da sociedade internacional, devido à sua flexibilidade e adaptabilidade.

Com isso, é possível defender a tese da natureza obrigatória das decisões da CIDH para os países que fazem parte da OEA, que assinaram a Declaração Americana e ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ainda é possível afirmar que, em virtude dos princípios do Direito Internacional Público, os Estados se comprometem a respeitar com boa-fé as obrigações derivadas dos tratados internacionais e, dessa forma, as Recomendações são parte das funções básicas da CIDH e, se elas forem ignoradas de forma sistemática, o mecanismo perde, em parte, sua razão de ser.

Em alguns países, a CADH forma o bloco de constitucionalidade e muitos tribunais domésticos já ratificaram a obrigatoriedade das decisões da Comissão, a exemplo da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina em 2013 e da Colômbia.

Nessa seara, o exemplo mais conhecido é o da Colômbia, cuja Constituição de 1991 contém uma disposição similar àquela citada da Constituição Espanhola (artigo 93):

*“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Com base nessa disposição, o Tribunal Constitucional Colombiano construiu uma noção própria de “bloco de constitucionalidade”, que possui dois sentidos: no primeiro (*stricto sensu*), o bloco é formado pelos princípios e normas de valor constitucional, isto é, o texto da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos cuja limitação esteja proibida mesmo durante estados de exceção; no segundo (*lato sensu*), o bloco é formado por todas aquelas normas, de diferente hierarquia, que servem como parâmetro para controlar a constitucionalidade das leis, isto é, os demais tratados de direitos humanos, as*

²⁶ O conceito de *soft law* foi cunhado pelo Prof. Arnold McNair como o resultado dos princípios operativos abstratos, oriundos da interpretação judicial e, atualmente, vem sendo estudado dentro do contexto da teoria das fontes do direito internacional. (Fabián Augusto Cárdenas Castañeda. A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, p.372).

leis orgânicas e algumas leis estatutárias. Apesar dessa distinção, o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal considera que todos os tratados internacionais de direitos humanos servem para interpretar os direitos constitucionais, o que inclui a incorporação da jurisprudência de tribunais internacionais, cabendo-lhe harmonizar os direitos reconhecidos na Constituição e nos tratados.” (MAUÉS, 2013, p. 225-226).

O reconhecimento da obrigatoriedade das recomendações da CIDH é relevante não somente para fortalecer a Comissão, mas também para dar significado e eficácia às obrigações que os Estados-Parte assumiram perante a Comissão, como consequência do princípio da boa-fé.²⁷

A adoção de práticas institucionais, para acompanhamento de decisões, também é justificada para garantir o devido processo legal e seus componentes fundamentais, os direitos das vítimas à obtenção de uma decisão em tempo razoável e o direito a uma proteção judicial efetiva, ou seja, a obrigação de os Estados promoverem remédios rápidos, simples e efetivos para a satisfação dos direitos afetados.

Assim, um remédio pode ser inefetivo para promover um direito fundamental, quando ele não proporciona um mecanismo apropriado para executar decisões e não é apto a prever problemas futuros que possam surgir quanto à implementação das decisões.

Os relatórios e as Recomendações, decorrentes dos relatórios, contribuíram para a formação do litígio estratégico a respeito do direito humano de migrar na Comissão e, por isso, no próximo capítulo, serão analisados alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para demonstrar a importância dos mecanismos acima estudados, para a evolução dos direitos humanos no Sistema Interamericano.

6. CASOS SOBRE MIGRAÇÃO JULGADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O primeiro caso relevante para a tese é o Parecer Consultivo nº 16/99, solicitado pelos Estados Unidos do México a respeito da privação do desfrute e exercício de

²⁷ Artigo 2.2. da Carta de São Francisco de 1945: “ Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 16.11.2019.

certos direitos trabalhistas dos migrantes²⁸ e sobre a obrigação dos Estados de garantir os princípios da igualdade, não discriminação e proteção igualitária.²⁹ Consta, de referido parecer consultivo, que os Estados têm o dever de respeitar os direitos fundamentais mediante a adoção de medidas positivas que eliminem as práticas que violem um direito fundamental, sob pena de responsabilidade internacional.

Por ter ingressado no domínio do *jus cogens*, o dever de respeito ao princípio da igualdade e não discriminação é aplicável a todos os Estados, independentemente de ser parte ou não em determinado tratado internacional, o que acarreta obrigação *erga omnes* aos Estados e aos particulares.³⁰

Tal aspecto, de extrema relevância para corroborar as ideias defendidas, pois os direitos fundamentais são de incidência *erga omnes*, obrigando todos os Estados a cumprir com seu dever de respeito à igualdade e a não discriminação e a tratar o ser humano com respeito e dignidade, inclusive diante de seu *status* migratório.

O parecer em estudo concluiu pela obrigatoriedade de o Estado respeitar os direitos trabalhistas dos imigrantes, independentemente de serem regulares ou irregulares, uma vez que a comunidade internacional tem como um dos pilares a liberdade de movimento e o intercâmbio comercial, o que informa a concepção de um direito internacional universal.

O movimento de pessoas e o intercâmbio comercial nem sempre são motivados pela livre manifestação da vontade dos indivíduos, envolvidos na situação de migração. Na maioria dos casos, tais deslocamentos se devem a problemas econômicos,

²⁸ Migrante é toda pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum para outro lugar, região ou país (Glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/imdh/glossario/Acesso em 19.11.2019>). As disparidades econômicas com o advento da globalização são responsáveis pelos movimentos migratórios que englobam tanto a imigração (entrada) quanto a emigração (saída). Há a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, de 1990. Nesse contexto, trabalhador migrante é aquela pessoa que está para ser contratada, está contratada ou foi contratada para uma atividade remunerada em um Estado do qual ela não é cidadã (art. 2º da Convenção). A Convenção protege, mesmo que indiretamente, os chamados migrantes econômicos, pois ao migrarem para o trabalho, devem ter os direitos do trabalhador migrante respeitados.

²⁹ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Migração, refúgio e apátridas. p. 7-66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>. Acesso em 19.11.2019.

³⁰ A explicação da afirmação pode ser encontrada no texto de Antonio Augusto Cançado Trindade. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>. Acesso em 10.10.2019.

³⁰ Artigo 1º do Regulamento da CIDH: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em 19.11.2019.

desastres naturais, conflitos armados e violações a direitos humanos. O desenraizamento dos deslocados acarreta traumas, por vezes insuperáveis, pois o abandono do lar, a perda dos bens pessoais, a separação de famílias inteiras e a falta de contato com a língua materna geram um sentimento permanente de injustiça.

Com o deslocamento forçado e a ruptura das relações atinentes à vida dos refugiados, o sentimento de perda só pode ser abrandado pelo espírito de solidariedade entre os Estados, no sentido de propiciar a reconstrução da comunidade internacional, considerando-se o indivíduo, e não somente o refugiado, como cidadão universal. A jurisprudência da corte interamericana tem ressaltado a necessidade de restituir ao ser humano a posição central como sujeito de direito interno e internacional, abandonando-se o critério estatocêntrico, com a prevalência da dignidade humana, o que ficou ressaltado no parecer consultivo em exame.

Outro precedente importante diz respeito à denúncia relativa às crianças Yean e Bosico versus República Dominicana, de nº 12.189, que também merece destaque no trabalho, por se referir à negativa de reconhecimento da personalidade jurídica às crianças envolvidas, com a vedação da emissão de certidão de nascimento, apesar de terem nascido naquele país, que adota o critério do *jus soli*, o que impossibilitou que uma das crianças frequentasse a escola por um ano, além de ter causado a degradação de outros direitos fundamentais.³¹

O caso em apreço faz ressurgir a discussão a respeito da nacionalidade, como forma de aquisição de direitos e como meio de exercício da cidadania. No caso, é possível afirmar que as tradicionais teorias a respeito da nacionalidade, original ou adquirida, estão superadas sob a ótica da discricionariedade estatal, pois a nacionalidade é um direito inerente à pessoa humana que se destina a evitar a apatridia. As crianças envolvidas no caso, por terem ascendência haitiana embora nascidas na República Dominicana, tiveram o reconhecimento de sua personalidade jurídica negada, o que acarretou consequências no âmbito do desenvolvimento de sua personalidade, com a negativa de aceitação de matrícula escolar, por exemplo.

Outra decisão que merece ser relatada, ficou registrada na sentença de 23.11.2010, no caso Vélez Loors v. Panamá, que se refere à detenção, no Panamá, do Sr. Vélez, de origem equatoriana, acusado de ter praticado delitos relacionados à situação migratória. O processo transcorreu sem as garantias do devido processo

³¹Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Migração, refúgio e apátridas. p. 7-66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>. Acesso em 19.11.2019.

legal, tendo sido o Sr. Vélez submetido à tortura e a condições desumanas de detenção, o que reflete a discriminação e a criminalização da migração, com o reconhecimento da responsabilidade civil internacional do Estado do Panamá. Tanto os nacionais, como os estrangeiros, migrantes, refugiados e apátridas devem ter acesso ao direito fundamental do devido processo legal, sob pena de responsabilidade do Estado envolvido na violação de tais direitos, pelos mesmos fundamentos registrados em relação aos casos acima mencionados.³²

A sentença de 24.10.2012 relativa ao caso Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana também merece destaque, por refletir o desrespeito aos migrantes haitianos, atingidos pelo uso excessivo de força por militares dominicanos, o que resultou na morte de sete pessoas e na expulsão de outras, sem respeito às garantias de sua condição de migrantes. O caso acarretou consequências jurídicas na seara da responsabilidade internacional do Estado violador.³³

A jurisprudência ora colacionada possibilita afirmar que, embora o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos exija a análise do caso pela Comissão Interamericana para ser submetido à Corte, a personalidade jurídica do indivíduo tem sido a tônica principal das decisões, o que demonstra a preocupação com o resgate do ser humano enquanto elemento central do sistema jurídico universal.

O caso dos cidadãos dominicanos e haitianos expulsas, também reflete a postura da República Dominicana de discriminação em relação aos dominicanos descendentes de haitianos nascidos no país, vítimas de detenção arbitrária e de expulsão sumária coletiva do território dominicano, além de serem privados da nacionalidade, pela negativa de concessão de documentos³⁴. O caso dialoga com o relatório apresentado pela CIDH em relação à situação dos direitos humanos na República Dominicana, em especial no que se refere aos direitos dos migrantes devido ao preconceito, xenofobia e discriminação em relação aos descendentes de haitianos no País. O precedente também reflete a postura contumaz da República Dominicana, pois dialoga com o caso das meninas Yean e Bosico.

Os casos ora relatados demonstram a intrínseca relação e o diálogo entre a CIDH e a CorteIDH, com destaque à importância dos Relatórios e das Recomendações

³² CORTEIDH. CASO Vélez loor vs. panamá. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em 16.11.2019.

³³ CorteIDH. Caso Nadege Dorzema v. República Dominicana. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf. Acesso em 16.11.2019.

³⁴ CorteIDH. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf. Acesso em 15.07.2019.

elaboradas pelo órgão, uma vez que referidos documentos formam as bases para o envio de casos à Corte, o que demonstra a atuação do sistema através do litígio estratégico.

7. O DIREITO HUMANO DE MIGRAR

A Organização das Nações Unidas afirma que há cerca de 244 milhões de pessoas fora de seus países de origem, por diversas razões, que incluem o deslocamento voluntário e o involuntário.³⁵ Enquanto para alguns migrar é uma experiência positiva e enriquecedora, para outros, é um grande desrespeito aos direitos fundamentais, mormente para aqueles que foram forçados, por questões humanitárias, a deixar seus países e buscar acolhimento em outro lugar, com a perda da noção de pertencimento, essencial para que o indivíduo exerça seus direitos da personalidade.

É de se lamentar a ideia crescente da marginalização da migração, decorrente de uma visão reducionista e utilitarista do direito de migrar pelo olhar da soberania estatal, o que acarreta a denegação dos direitos fundamentais dos migrantes, tais como moradia, saúde, trabalho educação, pertencimento, identidade, igualdade etc., o que reforça a discriminação, marginalização e xenofobia.

A respeito, importante destacar que:

Se considerarmos o exposto acima, em primeiro lugar, entendemos que, se uma pessoa está sendo degradada em seu país de origem e limitada no respeito a esses direitos fundamentais básicos, é lógico que eles querem fugir para um lugar diferente onde possam efetivar tais valores e desenvolver sua vida com foco em sua realização pessoal. Independentemente de tais limitações torná-lo um migrante econômico, refugiado ou candidato a asilo político, seu direito à mobilidade voluntária (embora seja de fato forçado pelas circunstâncias) é claro para encontrar a dignidade como pessoa novamente. (RODRIGUEZ, s/d)³⁶

A seleção de migrantes para fins trabalhistas, para a ocupação de cargos que os

³⁵ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx> (acesso em 16.10.2016)

³⁶ “Si tomamos como cierto lo anterior, en primera instancia comprendemos que si una persona está siendo degradada en su país de origen y viéndose limitada en el respeto de esos derechos fundamentales básicos, es lógico que quiera huir hacia algún lugar distinto donde sí pueda hacer efectivos tales valores y desarrollar su vida enfocándose a su realización personal. Independientemente de si tales limitaciones le conviertan en un migrante económico, refugiado o asilado político, su derecho a la movilización voluntaria (aunque en ciertamente es forzada por las circunstancias) se desprende con total claridad en virtud de hallar de nuevo dignidad como persona.” (RODRIGUEZ, s/d)

nacionais de determinados países não querem mais ocupar, a necessidade de se repovoar determinada região e a necessidade de se aumentar o recolhimento de impostos e a mão-de-obra barata escassa, são situações que levam um Estado a aceitar a entrada de migrantes, o que reflete a visão utilitarista e a coisificação do ser humano.^{37 38}

Esse aspecto atrai a discussão a respeito do olhar que deve ser empregado para se tratar a migração, ou seja, não pelo ideal do Estado, no contexto da supremacia da soberania estatal, mas pelo olhar do ser humano como sujeito de direito internacional de direitos humanos e elemento central na concretização dos direitos humanos universais.³⁹

O direito humano de migrar deve ser analisado de acordo com os princípios imperantes no direito internacional dos direitos humanos, com enfoque no princípio *pro persona* com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano, pois o Estado não é o fim em si mesmo, mas meio para se atingir a felicidade do ser humano, instrumento para que o ser humano seja considerado o fim do ordenamento jurídico decorrente do direito internacional dos direitos humanos.

A migração considerada como uma ameaça à segurança nacional e a criminalização da mobilidade humana decorrem, portanto, de uma visão reducionista e utilitarista do ser humano, que não se sustenta diante do mundo globalizado. Nesse sentido, não é o Estado que seleciona os indivíduos que poderão exercer direitos fundamentais dentro de seu território, mas os indivíduos que, ao optarem em se deslocar, têm o direito inerente à condição humana de gozar e exercer direitos fundamentais indispensáveis ao desenvolvimento de sua personalidade e necessários à concretização material de sua dignidade humana.

Sendo assim, é inaceitável que os Estados cooperem entre si para permitir e regular a circulação de bens e capitais entre fronteiras, mas deneguem o mesmo direito aos seres humanos. É preciso acrescentar que a migração é benéfica aos Estados, uma vez que os migrantes fazem circular bens, serviços e capitais na economia, com o recolhimento de impostos e com o exercício de uma atividade laboral.

³⁷ Immanuel Kant. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].

³⁸ A propósito do tema, conferir a obra da autora: *Refugiados e Apátridas no Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

³⁹ A respeito do assunto conferir Antonio Augusto Cançado Trindade. . *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991; *Os tribunais internacionais contemporâneos*, Brasília: FUNAG, 2013; *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2003.

Além disso, os migrantes contribuem com a consecução e difusão da interculturalidade, ou seja, não destroem a identidade nacional, mas agregam conceitos e valores à cultura do país de destino, o que contribui para o multiculturalismo, a interculturalidade e a diversidade.⁴⁰

A propósito do direito humano de migrar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 13, prevê o direito à mobilidade humana como um direito universal à liberdade de locomoção do indivíduo.⁴¹ E é importante acrescentar que o documento internacional em apreço já foi confirmado e corroborado por tratados internacionais posteriores e que sua natureza jurídica é de norma cogente, de direito público, de observância obrigatória por parte dos Estados, o que decorre do regime jurídico do direito internacional dos direitos humanos.

Desta forma, tem-se como norma de ordem pública e de observância obrigatória, decorrente do ordenamento e do sistema jurídico de direito internacional dos direitos humanos, a consideração do indivíduo como sujeito de direito internacional e não como objeto de direito, bem como a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano. Tais direitos e princípios vinculam todos os Estados, e prescindem de normas internas que restrinjam, afastem ou reduzam os direitos fundamentais dos migrantes.

Nesse sentido, qualquer visão reducionista do direito humano de migrar seria contrária aos direitos humanos, ou seja, ao sistema jurídico que sustenta o regime jurídico decorrente do direito internacional dos direitos humanos. Nesse contexto, é possível afirmar que os Estados têm o dever de adaptar suas normas internas, no sentido de consolidar o princípio da primazia do ser humano e o princípio da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, bem como o dever de implantar políticas públicas que respaldem o direito do cidadão universal migrar, o que corrobora o direito à mobilidade humana como um direito humano fundamental.

Ainda que os Estados não atuem de acordo com o regime jurídico decorrente do direito internacional dos direitos humanos, o Poder Judiciário pode contribuir para a aplicação das normas de ordem pública decorrentes desse sistema, ao realizar o diálogo das fontes entre as normas nacionais e internacionais, com aplicação da norma

⁴⁰ Boaventura Sousa Santos. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, junho 1997; e Vera Maria Ferrão Candau. Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos. - <http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf>.

⁴¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 13. 1. "Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.". Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 19.11.2019.

mais benéfica ao ser humano, consolidada, assim, a sua condição humana. (MARQUES, 2012)

Além disso, é importante ressaltar que nenhum imigrante é ilegal, assim como a postura dos Estados na criação de políticas públicas destinadas à criminalização da migração decorrente do voluntarismo estatal de conferir aos Estados a prerrogativa de reconhecer ou não os direitos fundamentais dos imigrantes é um equívoco, pois, conforme foi ressaltado, nenhum imigrante é ilegal! (KYMLICKA, 2006)

Os Estados têm o dever, portanto, de respeitar, proteger e concretizar os direitos fundamentais dos migrantes em seus territórios, não segregá-los ou confiná-los em locais em que fiquem distantes do convívio e da participação social, a tese do cidadão universal corrobora a ideia proposta.

Logo, não é a aquisição da nacionalidade ou o fato de o migrante estar de acordo com as normas de seleção dos Estados que cria e confere os direitos da personalidade fundamentais aos migrantes, mas a sua condição humana. Portanto, os direitos da personalidade fundamentais podem ser exercidos em qualquer parte do mundo, por qualquer pessoa, inclusive pelo migrante, independentemente de sua condição político-jurídica. (LOUREIRO, 2018).

Assim, as políticas estatais criadas para frear a mobilidade humana são inaceitáveis, pois há que se levar em consideração que o deslocamento forçado de alguns migrantes ocorre com o intuito de proteger suas vidas e de seus familiares, ou seja, por questões humanitárias. Nesse aspecto, os Estados têm o dever de aplicar o princípio da cooperação internacional e o princípio da solidariedade, com a acolhida dos migrantes e garantia de acesso aos meios e condições para a concretização de sua dignidade, restituindo a eles também a noção de pertencimento.

Enfim, não é aceitável, na medida em que a globalização se intensifica, que a mobilidade humana seja marginalizada pela comunidade internacional e que os Estados continuem ditando as regras para frear a migração. Assim, é necessário que haja um intenso movimento social no sentido de concretizar a noção de cidadão universal, para evitar a vulnerabilidade dos migrantes.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada demonstra a importância e relevância da contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a concretização do direito humano

de migrar e os mecanismos existentes na CIDH demonstram a importância do órgão para a solidificação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Dentre os mecanismos mais importantes, as Recomendações assumem papel de destaque para a atuação da CIDH no sentido de promover os direitos humanos nos ordenamentos jurídicos domésticos. Além disso, o mecanismo do *follow up* também contribui para a eficácia das Recomendações e para a efetividade do Sistema Interamericano.

Os Relatórios e as Recomendações estruturam os fundamentos para a jurisprudência da CIDH que dialoga com a jurisprudência da CorteIDH.

Todos os documentos e mecanismos abordados no artigo demonstram a importância da CIDH para a promoção dos direitos humanos no ambiente interamericano e, em especial, a inestimável contribuição do órgão para a concretização do direito humano de migrar, com a implantação de um pensamento decolonial, contrário à discriminação, à xenofobia e à exclusão.

É importante ressaltar que o litígio estratégico praticado pela CIDH, conforme ficou demonstrado no trabalho, é um mecanismo que contribui para a consolidação dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por não se permitir o acesso direto dos cidadãos à CorteIDH e pelo fato de o sistema intergovernamental ainda estar estruturado no contexto da soberania estatal.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Os tribunais internacionais contemporâneos**, Brasília: FUNAG, 2013; *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2003.

_____. **Jus Cogens**: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> Acesso em 10.10.2019.

CANDAU, V.M.F. Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos. - <http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf>.

Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em : https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em 28.08.2019.

CARVALHO RAMOS, A. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTAÑEDA, F. A. C. A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, 2013, p. 335-403.

CONTRERAS, Juan Carlos Gutierrez (coord.). Litígio estratégico em Direitos Humanos. Modelo para armar. Comissão Mexicana de Defesa y promoción de los derechos humanos. A.C. Te Mac Arthur Foundation. (<http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>. Acesso em 10.06.2019).

CorteIDH. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf. Acesso em 15.07.2019.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 28.08.2019.

DUPUY, P. M. Soft law and the international law of the environment. **Michigan Journal of International Law**, 1991, vol. 12, issue 2, pp. 420.)

ENGSTROM, P. Reconceptualising the impact of the Inter-American Human Rights System. **Revista Direito e Práxis**, vol. 08, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1250-1285.

JESSUP, P. C. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Migração, refúgio e apátridas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana

de Direitos Humanos, tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Brasília, Ministério da Justiça, 2014, p. 7-66.

KANT, I. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70 [s.d.].

KYMLICKA, W. **Fronteiras territoriais**. Madrid; Editorial Trotta, 2006.

LOUREIRO, C. **Refugiados e Apátridas no Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MARQUES, C. L. (coord). **O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito**: um tributo a Erik Jayme. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e interpretação constitucional. *Revista Sur*. 18. 215-235 (2013), p. 225-226. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em 16.11.2019.

MENEZES, W. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, J. D. **La migración es un derecho humano**.- www.academia.edu/1343450 – acesso em 16/10/2016).

SOUSA SANTOS, B. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho 1997.

SQUEFF, T. **A efetivação do direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonizar**: soft law como fonte libertadora e de resistência. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

TRAVISANUT, S. The Principe of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection. **Max Plank Yearbook of United Nations Law**, vol. 12, 2008, p. 205-246.

Recebido em 18/05/2020

Aprovado em 25/04/2021

Received in 18/05/2020

Approved in 25/04/2021