



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Bianca Guimarães Silva

**AMÉRICA PARA OS AMERICANOS OU PARA A HUMANIDADE? ESTUDO  
CRÍTICO DOS DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRAÇÕES  
INTERNACIONAIS**

BRASÍLIA

2022

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Bianca Guimarães Silva

**AMÉRICA PARA OS AMERICANOS OU PARA A HUMANIDADE? ESTUDO  
CRÍTICO DOS DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRAÇÕES  
INTERNACIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

**Orientador:** Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo

BRASÍLIA

2022

Após sessão pública de defesa desta Dissertação de Mestrado, a candidata Bianca Guimarães  
Silva foi considerada \_\_\_\_\_ pela Banca Examinadora

---

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo  
Universidade de Brasília (UnB)  
Orientador

---

Profa. Dra. Natália Medina Araújo  
Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB)  
Examinadora

---

Profa. Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff  
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)  
Examinadora

---

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias  
Universidade de Brasília (UnB)  
Examinadora (Suplente)

Brasília, 10 de maio de 2022

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi feito na primeira pessoa do plural: nós. Mais que nós, somos laços (afetivos). Digo isso, pois o contexto (pouco favorável) que circunscreveu esse mestrado não deixou outra alternativa além do afeto - mesmo que à distância. A pandemia, o isolamento social, o luto pelas inúmeras vidas perdidas, o lastimável projeto político negacionista em curso no Brasil e, a nível pessoal, a frustração por ter deixado Brasília temporariamente deram o tom a essa jornada na Pós-Graduação. No entanto, voltar à solidez do lar em Uberlândia foi o conforto que me proporcionou, na medida do possível, a paz.

Portanto (e por tanto), meus primeiros agradecimentos são direcionados aos meus pais, Enúbia e Luiz Marcos, e a Deus. Aos primeiros, sou grata pela vida, pelo amor, pelas renúncias em prol da nossa família e pelo privilégio da escolha. Eles me conduzem pelo caminho da fé e, se hoje consigo me dedicar à execução deste trabalho, é porque eles me proporcionam, com êxito, segurança emocional e financeira para embarcar neste projeto. Faltam palavras para agradecer o que vocês fazem por mim. Em especial, estendo os meus agradecimentos pelo apoio inestimável que recebo da minha família querida: meu irmão Luiz Marcos, minhas tias, tios, em especial, meus tios professores Rúbia e Wemerson, primas e primos, minhas avós Maria Madalena e Maria de Lourdes (*in memoriam*).

Ao Professor George Galindo, agradeço por reagir com entusiasmo a minha proposta, dedicar parte do seu precioso tempo para ler atentamente este trabalho, instigar provocações, calibrar os excessos e impulsionar o que há em potencial. Antes de conhecê-lo, já o tinha como referência profissional, no entanto, foi na nossa relação de orientador e orientada que pude admirá-lo enquanto pessoa por sua grandeza, muitas vezes, expressa em sua postura humilde, sensíveis doses poéticas e conselhos generosos a todos e todas que o cercam.

Nessas singelas páginas de agradecimentos, peço licença para retomar alguns capítulos da minha história e fazer jus aos que me acompanharam até aqui. A minha paixão pela pesquisa científica se inicia nos corredores da Faculdade de Direito "Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Sou imensamente grata pelas duas maiores inspirações que tive logo nos primeiros anos da graduação, prof. Thiago Paluma e profa. Tatiana Squeff. Paluma foi meu primeiro orientador e depositou grande confiança em mim desde o nosso primeiro contato. A partir dessa aproximação, ele me abriu inúmeras portas e me motivou a seguir nessa inquietante jornada acadêmica. À Tati, sou grata por ter me apresentado o principal insumo desta pesquisa: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre migrações internacionais.

Hoje me emociono ao falar da relação que construímos, desde os treinos para a Competição do IAMOOT até as inúmeras conversas instigantes e parcerias acadêmicas. Sua generosidade me cativou e fico extremamente feliz em contar com a sua amizade, humanidade e acolhimento nesta jornada da Pós-Graduação.

Também não poderia deixar de mencionar a minha gratidão à Assessoria Jurídica para Estrangeiros em Situação Irregular ou de Risco (AJESIR/UFU). Foi em 2015, nos nossos primeiros passos enquanto clínica jurídica, que eu me apaixonei pelas migrações internacionais e reconheci a sensibilidade do tema. Dedico esta dissertação a todos e todas migrantes e refugiados(as) que inspiram este trabalho, aos que cruzaram o meu caminho nas manhãs de sábado durante os atendimentos, e a tantos outros que não conheci, mas os honro.

Foi na faculdade também que consolidei grandes amizades que ocupam um espaço de profundo afeto na minha vida. Ana Beatriz Arantes Araújo, Andressa Nunes, Carolina Palhares, Karime Buissa, Natasha Grzybowski, Roberta Bevilacqua e Estevão Prado, obrigada por estarem há tantos anos na minha vida proporcionando os melhores sentimentos que a amizade genuína pode oferecer.

Camila Giacometo, Caroline Morgado, Isadora Araújo, Lívia Moraes, Marco Antônio Nahum, Mariana Ceolim e Gabriela Guimarães, companheiros(as) desde o período em que estivemos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, obrigada por acreditarem tanto em mim (mais do que eu mesma). Gabriella Coelho e Marcello Augusto, queridos amigos das idas e vindas de Brasília, faltam palavras para expressar o quão imprescindível foi o apoio de vocês nesses últimos anos. Estendo também os agradecimentos à Catharina Scodro do PPGD/USP por democratizar o acesso aos materiais desta pesquisa e ser uma entusiasta constante do meu trabalho.

Faço menção especial ao Pedro Machado, Gustavo Forapani, Rafael Henrique, Gabriel Queiroz, aos amigos e às amigas de fé do Grupo Kyrios, por tantas alegrias compartilhadas e parceria há tantos anos. A todos e todas vocês, e a tantos(as) outros(as) que colaboraram indiretamente com esse trabalho, muito obrigada pela generosidade, amizade e por entenderem tantas ausências e meio presenças.

Essa rede de afeto construída nos corredores acadêmicos da UFU também encontrou lugar na Universidade de Brasília. Ainda que não tenhamos tido o convívio presencial, jamais me esquecerei do apoio emocional e dos impulsos intelectuais dos(as) queridos(as) amigos(as) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Em especial, agradeço à Anne Brito, Jeff Cardoso, Pedro Fernandes e Mairu por tantas risadas, acolhimento e por

darem sentido à frase "ninguém solta a mão de ninguém". Também, sou grata à Patrícia Barros, Fabrício Henriques, Lucas de Freitas, Anderson Silva e Manuela Camargo, por compartilharem indicações bibliográficas essenciais para a execução deste trabalho, e também serem referências acadêmicas e pessoais. Livia Barros e Danilo, obrigada por compartilharem essa jornada tão intensa ao longo de três anos.

Sou grata também à generosidade dos(as) professores(as), Simone Rodrigues Pinto, Talita Rampin, Rebecca Igreja, Roberto Menezes e Janaina Penalva, e aos colegas que participaram das disciplinas que eles ministraram ao longo de 2020-1 e 2020-2 na Universidade de Brasília. Em especial, agradeço às professoras da linha 3, Inez Lopes e Carina Costa de Oliveira, que mesmo à distância, extrapolaram os limites da sala de aula e me abriram as portas para tantas oportunidades. De igual modo, não poderia deixar de agradecer pelas profundas reflexões proporcionadas pelos colegas das disciplinas *Momento e Tradição brasileira de Pensamento no Direito Internacional*, e *Abordagens e métodos na historiografia do direito internacional: Um estudo de caso sobre o pensamento jusinternacionalista brasileiro no Estado Novo*, ministradas pelo prof. George Galindo. Por oportuno, registro os meus sinceros agradecimentos à servidora Euzilene pela prestatividade em auxiliar, sem hesitar, com os trâmites administrativos na secretaria do PPGD/UnB.

Ao longo do mestrado, fui agraciada com oportunidades profissionais mais engrandecedoras do que um dia pude sonhar. Agradeço aos colegas do AILAB/UnB, em especial ao prof. Nilton, prof. Fabrício e Amanda Liz pela confiança durante o desenvolvimento do ALEI.

Não poderia deixar de mencionar também o Observatório das Migrações Internacionais, onde tanto sonhei estar desde antes do meu ingresso na UnB. No OBMigra, eu me realizo e sou desafiada todos os dias. Obrigada, prof. Leonardo Cavalcanti, Tadeu de Oliveira, Marília de Macêdo, Ana Paula Santos (Coordenadora Geral de Imigração Laboral - CGIL/MJSP) e Dra. Lígia Aziz (Diretora do Departamento de Migrações - DEMIG/MJSP), por terem sido tão incríveis comigo. Não há palavras que mensuram a minha admiração pelo trabalho realizado no Observatório em prol da migração e refúgio no Brasil. Estendo os agradecimentos a toda a equipe de pesquisadores(as) que me inspiram com tamanha competência e rigor científico.

Agradeço pelo aprendizado e tantas trocas nas reuniões virtuais em 2020, 2021 e 2022 dos Grupos de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/UFU), Crítica e Direito Internacional (C&DI/UnB), Grupo de Estudos e Pesquisa Direitos Humanos e

(De)Colonialidade (GEPDHD/UFU), Laboratório de Estudos sobre Migrações Internacionais (LAEMI/UnB) e Grupo de Estudos Direito Internacional Crítico (DICRI/UFU).

Ao Núcleo UFU Moot Court, à Competição Baiana de Direitos Humanos, ao Pré Moot e aos amigos(as) do IAMOOT 2019 sou grata pelos conhecimentos e jurisprudências internacionais compartilhadas. Saibam que inúmeras reflexões sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos desenvolvidas nesta dissertação foram incitadas pelos verdadeiros diálogos que tivemos ao longo desses anos.

Agradeço às professoras Natália Medina, Tatiana Squeff e Inez Lopes por terem aceitado, prontamente, o convite para serem examinadoras na banca de defesa da Dissertação. É uma honra poder contar com os comentários acurados de mulheres tão inspiradoras para a discussão deste trabalho.

Por fim, meus sinceros agradecimentos à Ana Clara pelo olhar atento durante a revisão textual. E também à Mariana Mendonça e Thaís Chimati por terem me acompanhado, profissionalmente, na busca pelo equilíbrio pessoal e profissional. À Mari, em especial, agradeço pelas inúmeras sessões de terapia que amenizaram as angústias da escrita científica e me permitiram compreender que esta dissertação *opera na falta*. Começou incompleta e assim também termina. Inicia debates que não pretendem se exaurir no texto que alcançou este papel. É dinâmica, silente em inúmeros pontos e, por vezes, contraditória. Não constitui uma sentença, verdade absoluta ou a opinião *ad aeternum* desta autora que a escreveu. E, por isso, caracteriza-se como crítica. Pois as ideias aqui apresentadas também estão inteiramente sujeitas a ela(s).

*Atravessei o mar  
Um sol da América do Sul me guia  
Trago uma mala de mão  
Dentro uma oração  
Um adeus*

*Eu sou um corpo  
Um ser  
Um corpo só  
Tem cor, tem corte  
E a história do meu lugar  
Eu sou a minha própria embarcação  
Sou minha própria sorte*

*E Je suis ici, ainda que não queiram não  
Je suis ici, ainda que eu não queria mais  
Je suis ici agora*

*Cada rua dessa cidade cinza sou eu  
Olhares brancos me fitam  
Há perigo nas esquinas  
E eu falo mais de três línguas*

*E palavra amor, cadê?  
Je suis ici, ainda que não queiram não*

*- Um corpo no mundo, Luedji Luna*

## RESUMO

A presente pesquisa averigua como ocorrem as interações entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as demais Cortes Internacionais por meio dos diálogos transjudiciais. Analisou-se como as contribuições de decisões estrangeiras à Corte impactam e são aplicadas. O estudo examina, prioritariamente, as interações entre o regional (Corte Interamericana) e o universal (Corte Europeia e Sistema ONU). Para tanto, escolheu-se tomar como referência o estudo de caso sobre migrações internacionais (1984-2018). Adota-se o uso das lentes das Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TWAIL) para confirmar a preferência da Corte IDH pela gramática universal em uma possível tentativa de projeção e afirmação no cenário internacional. Demonstrar tal constatação exigiu cumprir alguns objetivos, como apontar leituras *outras* para interpretar a atividade da Corte Interamericana; construir uma compreensão contextual histórico-social das origens do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tendo em vista eventos específicos e gerais, assim como fontes que inspiraram a criação do sistema; e, por fim, caracterizar analiticamente o perfil das decisões. Esse último objetivo foi realizado em um universo de dez sentenças e cinco opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana entre 1984 e 2018. A análise dos casos escolhidos permitiu comparar as menções de fontes regionais em relação às fontes estrangeiras para apontar (in)congruências entre os conceitos importados e a realidade local. Uma vez colocados em perspectiva sistemático-crítica, foi possível questionar os conceitos *mainstream* sobre migrações, assim como a sua aderência na realidade latino-americana. Percebeu-se que há a reprodução da gramática universalista nos casos examinados e pouca margem para construções inéditas. A utilização da abordagem universal pela Corte IDH foi reforçada pela assimetria existente entre as interações com a Corte EDH e a CIJ por meio da análise das decisões europeias mais citadas; pelas intenções universalistas demonstradas nas OC-1/82 e OC-10/89; pela atuação do magistrado Cançado Trindade rumo à *consciência jurídica universal*; e pela possível manutenção de uma estrutura colonial dentro da Corte IDH por meio da aculturação e dos binômios efetividade/inefetividade.

**Palavras-Chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; Universal; TWAIL; Migrações Internacionais; Diálogos Transjudiciais.

## ABSTRACT

The present study examines how the interactions between the Inter-American Court of Human Rights (IAHRC) and the other international courts occur through transjudicial dialogues. It looked at how foreign decisions influence the Court and the latter applied those decisions. The study primarily analyzes the relationships between the regional (IAHRC) and the universal (European Court of Human Rights and United Nations System). To that aim, we select international migration case law as a reference (1984-2018). We employ the lens of Third World Approaches to International Law (TWAIL) to confirm the IAHRC's predilection for universal grammar in a possible attempt of international projection and affirmation. Some objectives had to be fulfilled to demonstrate the argument: pointing to *other* readings to understand the Inter-American Court's work; providing a social-historical contextual overview of the history of International Human Rights Law and the Inter-American Human Rights System based on specific and general events, as well as sources that has inspired the system's creation; and, lastly, to characterize the decision profile analytically. To accomplish this last goal, we analyzed a universe of ten decisions and five advisory opinions issued between 1984 and 2018 by IAHRC. The examination of the selected cases allowed us to compare mentions of regional sources with mentions of international sources in order to highlight (in)congruences between imported conceptions and local reality. Once placed in a systematic-critical perspective, it was possible to question mainstream conceptions of migration and their adherence in Latin American reality. It was noticed that there is a reproduction of the universalistic grammar in the situations studied, with minimal scope for original formations. The IAHRC's employment of the universal approach was reinforced by the asymmetry of the interactions between the ECtHR and the ICJ by analyzing the most referenced European judgments; by the universalistic intentions demonstrated in OC-1/82 and OC-10/89; by the performance of judge Cançado Trindade towards the universal legal conscience; as well as the possibility of perpetuating a colonial structure within the IAHRC through acculturation and the effectiveness/ineffectiveness binomials.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; Universal; TWAIL; International Migrations; Transjudicial Dialogues.

## LISTA DE ABREVIACÕES

<b>ACNUR</b>	Agência da ONU para Refugiados
<b>AILL</b>	<i>American Institute of International Law</i> ou Instituto Americano de Direito Internacional
<b>CADH</b>	Convenção Americana de Direitos Humanos
<b>CDI</b>	Comissão de Direito Internacional
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>CIDH</b>	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
<b>CIJ</b>	Corte Internacional de Justiça
<b>CtEDH ou TEDH</b>	Corte Europeia de Direitos Humanos
<b>CtIDH ou Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Direitos Humanos
<b>CVDT</b>	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
<b>CVRC</b>	Convenção de Viena sobre Relações Consulares
<b>DADDH</b>	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
<b>DILA</b>	Direito Internacional Latino-Americano
<b>DUDH</b>	Declaração Universal dos Direitos Humanos
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>FMI</b>	Fundo Monetário Internacional
<b>IDI</b>	<i>Institut de Droit International</i> ou Instituto de Direito Internacional
<b>ILANUD</b>	Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente
<b>INTERPOL</b>	<i>The International Criminal Police Organization</i>
<b>LGBTQIA+</b>	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, <i>Queer</i> , Intersexuais, Assexuais e +
<b>OC</b>	Opinião Consultiva
<b>OEA</b>	Organização dos Estados Americanos
<b>OIT</b>	Organização Internacional do Trabalho
<b>ONGs</b>	Organizações Não-Governamentais
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
<b>RD</b>	República Dominicana

<b>SIDH</b>	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
<b>SVS</b>	<i>Savages-Victims-Saviors</i>
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional da República Dominicana
<b>TTD</b>	Teorias Transnacionais do Direito
<b>TWAIL</b>	<i>Third World Approaches to International Law</i> ou Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>1. AS ABORDAGENS TERCEIRO-MUNDISTAS AO DIREITO INTERNACIONAL (TWAIL) COMO FERRAMENTAS ANALÍTICAS DA MOBILIDADE HUMANA E DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>21</b>
<b>1.1 O Direito Internacional a partir das TWAIL desde o Sul Global .....</b>	<b>21</b>
1.1.1 Contextualizando a aproximação do Direito Internacional com o Terceiro Mundo .....	21
1.1.2 O encontro colonial como premissa central para a compreensão do Direito Internacional a partir das TWAIL.....	31
1.1.3 As consequências contemporâneas do encontro colonial a partir das lentes terceiro-mundistas .....	37
<b>1.2 A mobilidade humana além das categorias legais como objeto de análise ...</b>	<b>42</b>
1.2.1 A mobilidade humana e as múltiplas perspectivas históricas .....	42
1.2.2 As categorias migratórias como definições ambivalentes .....	46
1.2.3 As reminiscências coloniais nas definições de refúgio, apatridia e migrações forçadas .....	52
1.2.4 A mobilidade humana a partir de olhares amplos e múltiplos .....	56
<b>2. A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS E AS TENSÕES ENTRE O UNIVERSAL E O PARTICULAR.....</b>	<b>58</b>
<b>2.1 O local de enunciação e o local de recepção dos direitos humanos: os diálogos entre o regional e o universal.....</b>	<b>59</b>
2.1.1 A geolocalização dos direitos humanos como produto cultural europeu .....	59
2.1.2. A acomodação e reivindicação latino-americana ao direito internacional: entre universalismos e particularismos .....	70
2.1.3 Os direitos humanos no continente americano e as raízes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos .....	78
<b>2.2 Importação, exportação e construção argumentativa na Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>86</b>
2.2.1 O contexto institucional da Corte Interamericana e Europeia de Direitos Humanos .....	86
2.2.2 A importação e a exportação como estratégia argumentativa.....	90
2.2.3 Os diálogos e monólogos entre as Cortes: as teorias sobre os diálogos transjudiciais .....	92
<b>3. AS INTERAÇÕES ENTRE O PARTICULAR E O UNIVERSAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE MOBILIDADE HUMANA COMO ESTUDO DE CASO .....</b>	<b>99</b>
<b>3.1 Por fora do tabuleiro? Os entraves institucionais nos diálogos entre a Corte Interamericana, os Estados Unidos e a República Dominicana.....</b>	<b>99</b>
3.1.1. Estados Unidos: OC-16/99 e OC-18/03 .....	100
3.1.2. República Dominicana: Caso de las niñas Yean y Bosico, Caso Nadege Dorzema y otros, e Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas .....	123
<b>3.2 Por dentro do tabuleiro: temáticas centrais à mobilidade humana .....</b>	<b>137</b>
3.2.1 Nacionalidade e naturalização: reflexões a partir da OC-04/84 e dos casos Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú e Ivcher Bronstein Vs. Perú .....	137
3.2.2 Detenção arbitrária e acesso à justiça .....	147
3.2.3 Refúgio e asilo: posicionamentos e silenciamentos a partir do caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, OC-21/14 e OC-25/18.....	167
<b>4. PARA ALÉM DA PAROLE: reflexões críticas acerca dos diálogos transjudiciais ...</b>	<b>189</b>
<b>4.1 "América para a humanidade?" A perspectiva universalista da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>192</b>

<b>4.2</b>	<b>Percepções críticas sobre as interações entre a Corte Interamericana, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça .....</b>	<b>196</b>
<b>4.3</b>	<b>A gramática em comum e a circulação dos valores universais entre as Cortes Internacionais .....</b>	<b>207</b>
<b>4.4</b>	<b>Aculturação e os resquícios coloniais a partir dos binômios efetividade e inefetividade .....</b>	<b>214</b>
	<b><i>CONSIDERAÇÕES FINAIS</i>.....</b>	<b>218</b>
	<b><i>REFERÊNCIAS</i>.....</b>	<b>228</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a relevância das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH, Corte IDH ou Corte Interamericana) atraiu a atenção de pesquisadores e juristas latino-americanos. Essa importância também reverbera no Brasil, sobretudo, pela presença de juízes brasileiros no Tribunal, como Antônio Augusto Cançado Trindade, e pelos 11 casos contenciosos contra o Estado brasileiro. Fato é que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos expandiram os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao nível regional.

Brevemente, peço licença para assumir a primeira pessoa do singular por alguns instantes. A nível pessoal, as inquietações acerca deste estudo surgiram durante as minhas primeiras leituras das sentenças da Corte Interamericana, enquanto oradora na *Inter-American Human Rights Moot Court Competition*. Frequentemente, eu me questionava sobre quais motivos levavam os juízes da Corte a fazerem tantas remissões às fontes externas ao seu funcionamento. Me aguçava mais ainda a curiosidade, pois ao ler as sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH, TEDH ou Corte Europeia) e da Corte Internacional de Justiça (CIJ), era notável a assimetria entre as menções, visto que não havia reciprocidade. Ainda como aluna de graduação, busquei algumas respostas, mas não as encontrei.

No meu trabalho de conclusão de curso, me propus a sistematizar os parâmetros de proteção dos direitos humanos dos imigrantes e refugiados enunciados pela Corte Interamericana e verificar quais eram implementados pelo Brasil. Ainda que de modo meramente especulativo, me parecia que existia uma distância entre a realidade migratória da América Latina e o que era decidido pela Corte IDH. Muito embora os parâmetros contemplassem as necessidades iniciais daqueles que eles pretendiam proteger, soava como se eles se restringissem às fronteiras (seja na privação de liberdade ou na obtenção do *status* migratório e seus desdobramentos). Enquanto conhecimento do senso comum, eu especulava que os parâmetros interamericanos não protegiam as diversas nuances das vidas migrantes nas cidades, nas suas interseccionalidades e em seus diversos modos de vida.

Feita essa digressão subjetiva, aguçaram-se os questionamentos acerca da construção argumentativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inúmeras são as formas pelas quais os juízes podem chegar às suas convicções, dentre elas destacam-se os diálogos entre as Cortes. Ainda que a CtIDH seja rodeada por múltiplos tribunais internacionais em atividade concomitante a ela, cada órgão possui sua atuação autônoma, por vezes com mais cooperação

ou menos relação entre si. Neste sentido, a presente pesquisa investiga como ocorre a interação entre a CtIDH e os demais órgãos universais e regionais.

A problematização desse objeto incide em como os conceitos são empregados pela Corte Interamericana em matéria de migrações internacionais (1984-2018), como ocorre a interação da jurisprudência interamericana com as demais Cortes Internacionais e como as contribuições de decisões estrangeiras à Corte impactam e são aplicadas.

Com efeito, busca-se verificar o modo pelo qual a construção argumentativa ocorre e de qual maneira ela impacta o campo escolhido de análise. Parte-se da hipótese de que a cooperação não é desinteressada, tampouco natural. A partir de um prévio mapeamento bibliográfico sobre o tema, infere-se que a Corte Interamericana utiliza de forma acrítica os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça como forma de legitimar a atuação jurisprudencial latino-americana. Esclarece-se que a(s) hipótese(s) traçadas ao longo deste texto não são as únicas, tampouco inquestionáveis. Pelo contrário. Elas cumprem o papel de incitar novas possibilidades para o futuro e, eventualmente, revelar agendas escondidas por meio de uma leitura alternativa e crítica das narrativas históricas.<sup>1</sup>

Essa hipótese fundamenta-se pela visão crítica do Direito Internacional, na qual a experiência colonial produz efeitos até os dias atuais. As Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional (*Third World Approaches to International Law - TWAIL*) fornecem a perspectiva segundo a qual a estrutura do pensamento colonial persiste nas instituições de direito internacional e colabora para a difusão da universalidade e do eurocentrismo.

Neste estudo, adota-se a diferenciação entre "universal" e "europeu". Na maioria das vezes, o universal refere-se à Corte Internacional de Justiça e ao Sistema ONU, enquanto o europeu faz menção à Corte Europeia de Direitos Humanos. Essa distinção formal foi necessária, pois cada uma dessas Cortes influencia de maneira particular a Corte IDH. No entanto, reconhece-se que para o marco teórico adotado (as TWAIL), a separação epistemológica entre europeu e universal nem sempre é tão clara.<sup>2</sup> De igual modo, esclarece que o termo "Terceiro Mundo" aparece como sinônimo de "Sul Global", muito embora ambas também coexistam enquanto categorias analíticas distintas nos estudos acadêmicos.<sup>3</sup> Assim,

---

<sup>1</sup> GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 349.

<sup>2</sup> Sobre as discussões entre "universal" e "europeu", ver: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 36.

<sup>3</sup> Sobre as categorias "Terceiro Mundo" e "Sul Global", ver: RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 3-4.

este estudo, sem deixar de reconhecer as suas próprias limitações, busca dimensionar como a Europa e o conhecimento universal influenciam e persistem em instituições como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em razão da pluralidade temática abarcada pelas sentenças proferidas pelos juízes interamericanos desde 1988, escolheu-se um campo em disputa específico para o presente estudo de caso: as decisões sobre migrações internacionais. Por vezes, esse último termo será utilizado como sinônimo da expressão "mobilidade humana". Ambos referem-se às migrações internacionais em sentido amplo (embora, se reconheça que alguns doutrinadores realizam distinções epistemológicas entre eles). Ainda que o escopo seja abrangente, não incorporam-se os deslocamentos internos e/ou migrantes que não cruzam as fronteiras dos seus Estados. Essa opção metodológica foi feita a partir da necessidade de (tentar) reconhecer um padrão na jurisprudência da Corte Interamericana.

Esclarece-se também que a temática é analisada apenas como estudo de caso.<sup>4</sup> Portanto, ainda que se reconheçam as nuances interseccionais que as migrações carregam consigo, não é o objetivo central deste estudo apontar *o que deveria ser feito* pela Corte Interamericana e sim examinar o que *foi (e tem sido) feito*. Ressalta-se que escapam às pretensões deste trabalho discutir um modelo de atuação e/ou apontar correções ao veredito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desde 1984, antes mesmo da sua primeira sentença, a Corte Interamericana tem-se dedicado a formar um entendimento acerca do deslocamento humano. Portanto, o objeto analisado considera o marco temporal de 1984 a 2018 e refere-se a quinze documentos: cinco opiniões consultivas e dez sentenças. Em termos metodológicos, uma das sentenças foi analisada somente no tópico sobre o direito à nacionalidade (*Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*).<sup>5</sup>

Assim, também justifica-se a temática escolhida. Existem poucos estudos que utilizam as abordagens críticas para interpretar as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A maioria da produção acadêmica revela-se mais interessada em reproduzir e

---

<sup>4</sup> Esclarece-se que o método escolhido trata-se de uma pesquisa empírica de natureza documental. No entanto, não é possível generalizar o posicionamento global da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir das conclusões obtidas nesta pesquisa. A análise concentrou-se na temática migratória e, portanto, as conclusões referem-se exclusivamente a ela.

<sup>5</sup> No caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, o Estado peruano foi responsabilizado pela violação ao uso e gozo do direito à propriedade. O israelense Baruch Ivcher Bronstein, naturalizado peruano, era acionista majoritário de um meio de comunicação em pleno período ditatorial no país. Em razão desse contexto, a Corte Interamericana considerou que a restrição da nacionalidade foi um meio indireto de restringir a sua liberdade de expressão em veicular as notícias e opiniões contrárias ao governo.

Como liberdade de expressão é um tema reiterado na Corte Europeia, a Corte IDH menciona inúmeras decisões europeias. Entretanto, as referidas sentenças são específicas sobre o tema. Por isso, se toda a decisão fosse considerada, poderia haver um enviesamento excessivo, que desvirtuaria os objetivos aqui apresentados.

sistematizar os parâmetros delineados pelas sentenças interamericanas sem atentar às construções argumentativas escondidas nas narrativas jurisprudenciais.<sup>6</sup> Por outro lado, a jurisprudência sobre mobilidade humana também é pouco criticamente analisada. A escolha pelo olhar sob as Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional faz com que, possivelmente, surjam reflexões inéditas nesse campo.

A metodologia utilizada apoia-se na análise da jurisprudência interamericana, previamente selecionada, à luz do marco teórico indicado no primeiro capítulo. As decisões escolhidas foram aquelas que se encontravam no universo da mobilidade humana (migrações internacionais, refúgio, nacionalidade ou apatridia). A pesquisa, portanto, desenvolve-se em duas fases: (i) a primeira é mais teórica, a fim de delimitar os referenciais bibliográficos, os contextos históricos e identificar o estado da arte sobre o tema; (ii) a segunda fase, por sua vez, foca no estudo de caso da jurisprudência da Corte IDH. Para tanto, analisam-se as referências às fontes internas e externas ao Sistema Interamericano e, posteriormente, classificam-se as interações, conforme as teorias apresentadas no segundo capítulo. O olhar analítico concentra-se nas menções expressas ao longo das decisões e nas notas de rodapé.

A dissertação é dividida em quatro capítulos. Assim, o primeiro objetivo do presente estudo é apontar leituras *outras* para interpretar a atividade da Corte Interamericana. O primeiro capítulo apresenta as TWAIL enquanto ferramentas analíticas capazes de cuidar do marco teórico e metodológico deste estudo; em paralelo, dedicam-se algumas páginas ao campo das migrações internacionais e ao modo pelo qual ele também espelha algumas perspectivas coloniais.

O segundo capítulo também se alinha ao segundo objetivo específico desta pesquisa: construir uma compreensão contextual histórico-social das origens do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tendo em vista eventos específicos e gerais, assim como fontes que inspiraram a criação do sistema. Alcançar tal objetivo vai exigir ampliar o marco temporal proposto e fazer uma digressão na narrativa dos direitos humanos - tanto em perspectiva universal, quanto regional. Nessa parte também

---

<sup>6</sup> O presente estudo emerge como crítica aos próprios trabalhos anteriores realizados pela autora, que se dedicavam exclusivamente a sistematizar os parâmetros migratórios, ver: SILVA, Bianca G. *O Brasil e a observância dos padrões interamericanos de proteção dos direitos humanos dos migrantes: (in)congruências e reflexões*. 2019. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019; ESIS, Ivette; PALUMA, Thiago; SILVA, Bianca G. Os parâmetros de proteção das migrações no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 2, n. 59, p. 423-452, 2020; SQUEFF, Tatiana. A. F. R. C.; SILVA, Bianca G. O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, p. 757-783, 2021.

são apresentadas algumas teorias relacionadas aos diálogos transjudiciais, a partir das noções de locais de produção e locais de recepção.

O terceiro objetivo busca caracterizar analiticamente o perfil das decisões. O terceiro capítulo, portanto, cumpre essa intenção ao iniciar o estudo de caso aqui proposto. Conseqüentemente, é o conteúdo mais extenso. Essa parte é dividida em duas seções: a primeira aborda os casos relacionados aos países que possuem entraves institucionais com a Corte Interamericana e a segunda cuida dos casos por afinidades temáticas.

O trabalho de sistematização pressupõe: (i) analisar comparativamente as menções de fontes regionais em relação às fontes estrangeiras para apontar (in)congruências entre os conceitos importados e a realidade local; (ii) separar temáticas (e conceitos adotados) em categorias (aquelas que foram influenciadas pelas fontes estrangeiras e os conceitos inéditos criados no seio da Corte); (iii) interpretar analiticamente os documentos do sistema interamericano para identificar o perfil das jurisprudências e opiniões consultivas sobre migrações internacionais; e (iv) quantificar o número de menções a fontes do direito internacional de origem europeia em decisões e votos de juízes da Corte Interamericana.

Por fim,<sup>7</sup> o último capítulo discute algumas constatações evidenciadas ao longo da dissertação. Uma vez que os dados foram colocados em perspectiva sistemático-crítica, a análise dos resultados aponta a não existência de um pensamento genuinamente regional, isto é, livre de influências externas no tocante ao Direito Internacional e aos processos migratórios. Assim, retoma-se à provocação do título deste trabalho: “América para os americanos ou para a humanidade?”.<sup>8</sup> A utilização das lentes TWAIL questiona os conceitos tradicionais da *mainstream*, assim como a sua aplicabilidade na realidade latino-americana. O exame do SIDH e das decisões da Corte IDH em perspectiva crítica permite superar a visão do diálogo transjudicial pela mera busca de coerência sistêmica. Percebe-se que há a reprodução da gramática<sup>9</sup> universalista nos casos examinados e pouca margem para construções inéditas. A utilização da abordagem universal pela Corte IDH foi reforçada pela assimetria existente entre

---

<sup>7</sup> Em relação às traduções das citações, optou-se por traduzir livremente apenas as passagens originalmente em inglês ou francês. Os trechos em espanhol foram mantidos na língua original em razão da proximidade com o português.

<sup>8</sup> Ainda que a expressão “América para os americanos” seja vinculada à política estadunidense da Doutrina Monroe, ela foi adotada nesse contexto apenas para simbolizar um possível “afastamento das influências europeias”. Enquanto a expressão “América para a humanidade” representaria a projeção universal do continente.

<sup>9</sup> Em relação ao termo “gramática”, Koskenniemi esclarece “*No more is involved than taking seriously the views that, whatever else international law might be, at least it is how international lawyers argue, that how they argue can be explained in terms of their specific ‘competence’ and that this can be articulated in a limited number of rules that constitute the ‘grammar’ – the system of production of good legal arguments*”. Cf. KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 568.

as interações com a Corte EDH e a CIJ por meio da análise das decisões europeias mais citadas; pelas intenções universalistas demonstradas nas OC-1/82 e OC-10/89; pela atuação do magistrado Cançado Trindade rumo à *consciência jurídica universal*; e pela possível manutenção de uma estrutura colonial dentro da Corte IDH por meio da aculturação e dos binômios efetividade/inefetividade.

Portanto, a adoção dessa perspectiva crítica no desenvolvimento da pesquisa reforça a intenção de averiguar se o direito internacional é empregado — e como — para perpetuar subordinação de certos povos a outros em relações marcadas por assimetria.

## **1. AS ABORDAGENS TERCEIRO-MUNDISTAS AO DIREITO INTERNACIONAL (TWAIL) COMO FERRAMENTAS ANALÍTICAS DA MOBILIDADE HUMANA E DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Neste capítulo apresentam-se a metodologia, o marco teórico e o recorte do objeto. A primeira seção "*O Direito Internacional a partir das TWAIL desde o Sul Global*" demonstra a escolha metodológica e teórica das análises feitas nesta pesquisa, as quais se situam a partir da perspectiva das Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TWAIL). Na segunda seção "*A mobilidade humana além das categorias legais como objeto de análise*", evidenciam-se as implicações históricas e contemporâneas do eurocentrismo na mobilidade humana. A partir dessa construção, opta-se por analisar a jurisprudência interamericana sobre migrações internacionais em sentido amplo (além das categorias hegemônicas), a fim de identificar certo padrão de comportamento ou argumentativo.

### ***1.1 O Direito Internacional a partir das TWAIL desde o Sul Global***

Nesta primeira subseção discutir-se-á o uso das Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional como arcabouço teórico e metodológico para a execução deste estudo. Na primeira parte serão demonstradas as implicações analíticas da aproximação do Direito Internacional com a perspectiva crítica das vozes do Terceiro Mundo. A partir dessa compreensão, na segunda parte, será apresentada a premissa central dos estudos críticos TWAIL, ou seja, o encontro colonial entre o europeu e o não europeu e suas implicações. Por fim, a terceira parte discute alguns desafios contemporâneos a partir do legado colonial.

#### ***1.1.1 Contextualizando a aproximação do Direito Internacional com o Terceiro Mundo***

O Direito Internacional é um sistema jurídico com abrangência universal. Embora agregue diferentes culturas e povos, as doutrinas internacionalistas são aplicadas em todos os continentes. Esse fenômeno é consequência das relações de poder existentes desde o período em que a disciplina foi criada. A expansão imperial dos europeus em relação às terras e povos não europeus foi basilar para a fundamentação de um conjunto de normas capazes de legitimar

as conquistas hegemônicas.<sup>10</sup> Diante desses fatos, é possível adotar diferentes posturas e, inclusive, silenciá-los ou incorporá-los às análises atuais em Direito Internacional.

Eslava, Obregón e Urueña pontuam que as aproximações das relações imperialistas e o Direito Internacional podem adotar a perspectiva restringida ou ampliada.<sup>11</sup> A primeira caracteriza-se pela construção de consensos universais sem considerar o imperialismo como fator central e/ou estabelecê-lo como algo ultrapassado. Dessa maneira, o mundo estaria geopoliticamente dividido em Estados Nacionais mediados pela linguagem e arquitetura institucional do Direito Internacional.<sup>12</sup> Anne Orford pontua que o demérito conferido à relação sobre imperialismo e Direito Internacional atualmente, também é essencial à manutenção do *status quo*.<sup>13</sup> A concepção que o presente e o futuro estão desvinculados de projeções antepassadas reforça as relações de poder e a hegemonia.

A perspectiva ampliada, por sua vez, parte do pressuposto que as relações de poder coloniais e imperiais reverberam nas normas, instituições e no *modus operandi* do sistema internacional até hoje, gerando efeitos estruturais.<sup>14</sup> A dita "esfera de influência" europeia ainda produz consequências, e os países terceiro-mundistas ainda são lugares geoestratégicos de dominação. Segundo os autores supracitados, "o imperialismo se entende como um aparato cultural, econômico, militar, institucional e jurídico que continua organizando o acesso aos recursos e ao poder em escala global".<sup>15</sup> Diante dessas perspectivas, adota-se a visão ampliada para a análise que se pretende neste estudo.

A partir da perspectiva ampliada, assume-se, portanto, a postura crítica como mecanismo de cumprir com "um compromisso ético em mudar o estado de coisas atual com base na investigação do passado".<sup>16</sup> Segundo Gordon, o uso crítico da história no argumento jurídico pretende questionar a autoridade do passado e apresentar

---

<sup>10</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 32; ANGHIE, Antony. Finding the Peripheries. Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law. *40 Harvard International Law Journal*, 1999.

<sup>11</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 19.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>13</sup> ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. *IILJ Working Paper 2012/2 (History and Theory of International Law Series)*, *U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 600*, 2011, p. 1; RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 5.

<sup>14</sup> ESLAVA; OBREGÓN; URUEÑA, op. cit., p. 19.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>16</sup> GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 350.

continuidades/descontinuidades na narrativa.<sup>17</sup> A atitude crítica também revela as múltiplas possibilidades de um mesmo período histórico ao desfazer a autoridade advinda das narrativas históricas. Essa postura tende a revelar a convivência de diversos significados para o mesmo evento.<sup>18</sup> Além disso, a percepção sobre o sujeito sob a perspectiva crítica também difere das visões dos jusnaturalistas e dos positivistas jurídicos. O sujeito é compreendido dentro de um contexto histórico-sociocultural em constante transformação, que se distingue da visão estatística, "neutra" e imutável do cientificismo lógico-dedutivo.<sup>19</sup>

No Direito Internacional, a corrente crítica também é conhecida como *newstream*, a qual busca compreender o papel da disciplina nas relações de poder.<sup>20</sup> Em um cenário de questionamento do entendimento clássico do Direito Internacional (*mainstream*), a *newstream* tem oferecido ferramentas analíticas capazes de ampliar a compreensão sobre o *status quo* do Direito Internacional.<sup>21</sup> Conforme Cass, a *newstream* tem apresentado três desafios: conceitual, metodológico e estratégico.<sup>22</sup> Em relação ao primeiro, percebe-se o impacto em três áreas fundamentais: cultura (*mainstream* tende a incluir certos grupos e excluir outros); a relação entre história e soberania (isto é, a narrativa linear do progresso e do desenvolvimento); e o papel da linguagem na construção da doutrina jurídica (a importância das manobras linguísticas e práticas argumentativas para além do sistema de normas).<sup>23</sup>

Quanto ao desafio metodológico, Cass revela alguns métodos utilizados pela *newstream*, como a polaridade ou dualidade das construções argumentativas para expor a natureza indeterminada do direito internacional.<sup>24</sup> Além disso, Cass salienta que os autores adotam uma metodologia própria, que atravessa as noções metodológicas clássicas, muitas vezes pela narrativa mais pessoal ou transdisciplinar.<sup>25</sup> Ela também enfatiza a linguagem mais pessoal e coloquial, a fim de realçar ausências e silenciamentos, como um estilo metodológico da *newstream*.<sup>26</sup> Por fim, em relação ao desafio estratégico, Cass parece identificar alguns

---

<sup>17</sup> GORDON, Robert W. The struggle over the past. *Cleveland State Law Review*, v. 44, n. 2, 1996, p. 125.

<sup>18</sup> GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 343.

<sup>19</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; AFONSO, Henrique W. Para contar as outras estórias: Direito Internacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 29, n. 1, 2013, p. 158.

<sup>20</sup> CASS, Deborah Z. Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 65, 1996, p. 341.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 345.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 365-366.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 369.

pontos cruciais, dentre eles: (i) o primeiro trata de contextualizar os problemas jurídicos conforme suas múltiplas perspectivas; (ii) o segundo seria a reescrita da história doutrinária a partir de uma compreensão distinta dos conceitos fundantes do Direito Internacional;<sup>27</sup> (iii) e o terceiro diz respeito à harmonização entre a análise legal e a perspectiva política a fim de desvelar o silêncio jurídico sobre a política.<sup>28</sup>

Assim, os esforços dos jusinternacionalistas da *newstream* concentraram-se, sobretudo, na revisitação da história do Direito Internacional - o que foi nomeado de "giro historiográfico".<sup>29</sup> Essa expressão relaciona-se, além do exercício anteriormente citado, também com "a necessidade de superar as barreiras que separam a teoria da história da disciplina".<sup>30</sup> Tal perspectiva pressupõe a adoção das lentes críticas e ampliadas enunciadas por Gordon, Orford, Eslava, Obregón e Urueña anteriormente, para visitar o passado. Essa postura permite identificar diferentes leituras a partir dos mesmos eventos, personalidades e argumentações.

Em relação ao giro historiográfico (*Historiographical Turn*), Galindo destaca que os trabalhos historiográficos visam superar o pragmatismo, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, que tendem a colocar as análises historiográficas e teóricas fora do protagonismo. Tal perspectiva pragmática tornou a disciplina historicamente frágil e tendenciosa às agendas hegemônicas.<sup>31</sup>

Deste modo, a partir dos desafios apresentados pela *newstream* do Direito Internacional, a interpretação crítica conferida às sentenças da Corte Interamericana será através das lentes das *Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional* (TWAIL, acrônimo em inglês para *Third World Approaches to International Law*). As TWAIL não pretendem produzir uma única e exclusiva autoridade crítica, tampouco produzir conhecimento hierarquizado.<sup>32</sup> Presume-se que o Direito Internacional possui natureza ambivalente capaz de ser utilizado tanto para reafirmar os tradicionais usos hegemônicos, quanto para fundamentar forças libertárias.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> CASS, Deborah Z. Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 65, 1996, p. 375-376.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>29</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, p. 541; BARROS, Patrícia. *Saúde Global e Organização Mundial da Saúde: Uma perspectiva crítica a partir do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 37-38.

<sup>30</sup> GALINDO, op. cit., p. 541.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>32</sup> GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 27.

<sup>33</sup> PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 460; ESLAVA, ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s)

Neste sentido, as TWAIL buscam "desafiar a hegemonia das narrativas dominantes do Direito Internacional".<sup>34</sup>

As TWAIL serão adotadas como arcabouço teórico e metodológico, isto é, como ferramenta analítica<sup>35</sup> para a execução deste estudo. Ainda que o presente trabalho utilize prioritariamente as TWAIL como ferramentas analíticas, a arquitetura do conhecimento terceiro-mundista não se restringe somente às ideias das TWAIL. A natureza mista permite a combinação entre diferentes narrativas, teorias e formas de conhecimento.<sup>36</sup> Justifica-se a escolha pelas TWAIL, sobretudo, por três características que as distinguem das demais teorias: a ênfase na interdisciplinaridade e a comunicabilidade entre as áreas do conhecimento, a relutância em adotar a perspectiva meramente jurídico-positivista e a contextualização histórica dos fenômenos, eventos e jusinternacionalistas.<sup>37</sup>

As abordagens terceiro-mundistas ao Direito Internacional apresentam-se como movimento político e intelectual,<sup>38</sup> teoria, metodologia,<sup>39</sup> escola de pensamento,<sup>40</sup> e tantas outras perspectivas múltiplas.<sup>41</sup> Mickelson pontua que o Terceiro Mundo não se constituiria por um bloco homogêneo, e sim vozes distintas que formariam *a chorus of voice*.<sup>42</sup> Ainda que resguardadas as críticas aos termos positivistas "teoria" e "metodologia", Obiora Okafor engajou a discussão se as TWAIL seriam teoria ou metodologia (até mesmo ambos).<sup>43</sup>

De acordo com o autor e a definição adotada por ele do termo "teoria", as TWAIL enquadram-se como tal por adotar um sistema de ideias que explica algo, bem como apresentar um modelo ou marco *self-consistent* para descrever o comportamento de um conjunto de

---

Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 31.

<sup>34</sup> GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 37.

<sup>35</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 380; OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 175.

<sup>36</sup> GATHII, op. cit., p. 37.

<sup>37</sup> MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, 1997, p. 397.

<sup>38</sup> MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 36; MICKELSON, Karin. Taking stock of TWAIL histories. *International Community Law Review*, v. 10, n. 4, 2008, p. 360.

<sup>39</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p.77.

<sup>40</sup> OKAFOR, Obiora. Critical third world approaches to international law (TWAIL): Theory, methodology, or both? *International Community Law Review*. The Hague, vol. 10, No. 4, 2008, p. 377-378.

<sup>41</sup> RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a, p. 262; OKAFOR, 2008, p. 377-378.

<sup>42</sup> MICKELSON, op. cit., p. 360.

<sup>43</sup> OKAFOR [2008], op. cit., p. 376.

fenômenos naturais ou sociais. Neste contexto, destacam-se, por exemplo, as teorias terceiro-mundistas para os direitos humanos formuladas por Baxi e Mutua (que serão apresentadas no capítulo seguinte). Por outro lado, as TWAIL também oferecem um conjunto de métodos usados para a análise das instituições e do direito internacional. Assim, as TWAIL caracterizam-se pela sua ampla abordagem, que comporta tanto teorias quanto metodologias.<sup>44</sup>

Autores como Makau Matua, Anghie e Chimni<sup>45</sup> defendem que, além de ser uma escola de pensamento, as TWAIL devem comprometer-se com a prática e a linguagem emancipatórias. Deste modo, precisam ser reativas ao projeto imperialista, mas também pró-ativas nas transformações da realidade do Terceiro Mundo.<sup>46</sup> Badaru aponta que os estudiosos das TWAIL devem pensar em alternativas para que as vozes terceiro-mundistas sejam ouvidas e empoderadas,<sup>47</sup> uma vez que as práticas e regras internacionais afetam sobremaneira suas vidas. O pensamento crítico TWAIL visa a olhar para a história a partir do ponto de vista dos povos do Terceiro Mundo, isto é, enunciar histórias silenciadas e/ou não contadas e identificar o modo pelo qual a estrutura colonialista persiste no Direito Internacional.<sup>48</sup>

Neste sentido, insta mencionar que a Conferência de Bandung de 1955<sup>49</sup> é considerada um marco por ter inaugurado "a emergência do Movimento dos Países Não Alinhados do Terceiro Mundo".<sup>50</sup> A coalizão era vista como estratégica para estruturar a agenda política, que buscasse superar o legado colonial - materializada por meio dos "Dez Princípios de Bandung". Além disso, essa aliança demonstrou uma nova compreensão geopolítica dos países do Terceiro Mundo, tendo em vista que a Guerra Fria foi travada no território dos países não alinhados.<sup>51</sup> O

---

<sup>44</sup> OKAFOR, Obiora. Critical third world approaches to international law (TWAIL): Theory, methodology, or both? *International Community Law Review*. The Hague, vol. 10, No. 4, 2008, p. 377.

<sup>45</sup> MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 38; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 79.

<sup>46</sup> MUTUA, op. cit., p. 38; BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 380.

<sup>47</sup> BADARU, op. cit., p. 386.

<sup>48</sup> MICKELSON, Karin; ODUMOSU, Ibrionke; PARMAR, Pooja. Situating Third World approaches to international law (TWAIL): inspirations, challenges and possibilities. *International Community Law Review*, v. 10, 2008, p. 351.

<sup>49</sup> Sobre a Conferência de Bandung de 1955, ver: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki (Ed.). *Bandung, global history, and international law: critical pasts and pending futures*. Cambridge University Press, 2017; VEÇOSO, F. F. C.. Bandung in the Shadow: the Brazilian Experience. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki (Ed.). *Bandung, global history, and international law: critical pasts and pending futures*. Cambridge University Press, 2017, p. 411-428.

<sup>50</sup> BISSIO, Beatriz. Bandung, não alinhados e mídia: o papel da revista "Cadernos do Terceiro Mundo" no diálogo sul-sul. *Austral Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 4, n. 8, 2015, p. 29.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 32.

evento foi convocado por duas lideranças importantes, Ahmed Sukarno, da Indonésia, e Jawaharlal Nehru, da Índia.<sup>52</sup>

Apesar da representatividade geopolítica à época de Bandung, o ponto de partida para a discussão das TWAIL está centrado no significado de "Terceiro Mundo", sobretudo após o final da Guerra Fria. O termo caiu em desuso pela *mainstream* ou frequentemente é associado ao Sul Global - subdesenvolvido ou em desenvolvimento.<sup>53</sup> Ainda que a expressão “terceiro mundo” tenha sido refutada por assumir uma forma generalista e não contemplar as complexidades dos países situados na Ásia, África e América Latina, ela ainda é utilizada por fornecer uma compreensão crítica (e, por vezes, alternativa) do Direito Internacional.<sup>54</sup> A inclusão da América Latina sob a rubrica do Terceiro Mundo deu-se após o reconhecimento de que mesmo após vários anos de independência política, a região permanecia economicamente marginalizada, assim como os Estados recém descolonizados em 1970 e 1980 da Ásia e África.<sup>55</sup> Entretanto, no Brasil, por exemplo, como ressaltado por Galindo, as TWAIL ainda são pouco exploradas pelos juristas brasileiros, seja pelo desconhecimento, seja pela necessidade de importar acriticamente os argumentos jurídicos emanados pelo Norte Global.<sup>56</sup>

Okafor pontua que os países terceiro-mundistas tendem a se auto identificar como tal, ainda que seja necessário ter certa flexibilidade geográfica para situá-los.<sup>57</sup> Trata-se de uma dimensão quase-geográfica com relevância política e social.<sup>58</sup> A insistência no uso do Terceiro Mundo, portanto, revela-se como contra-hegemônica para romper com os padrões de saberes.<sup>59</sup> Resiste-se, portanto, à ideia de que a categoria "Terceiro Mundo" seja vista como não civilizada e ainda alocada como "Outro" pelo Norte Global.<sup>60</sup>

Chimni e Badaru explicam que o contínuo subdesenvolvimento e marginalização desses povos é representativo para elaborar a categoria Terceiro Mundo.<sup>61</sup> Como destaca Mutua, tal

---

<sup>52</sup> BISSIO, Beatriz. Bandung, não alinhados e mídia: o papel da revista “Cadernos do Terceiro Mundo” no diálogo sul-sul. *Austral Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 4, n. 8, 2015, p. 29.

<sup>53</sup> MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, 1997, p. 356.

<sup>54</sup> GALINDO, George. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, 2013, p. 46; OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 175; MICKELSON, op. cit., p. 357.

<sup>55</sup> MICKELSON, op. cit., p. 362-363.

<sup>56</sup> GALINDO, op. cit., p. 46-47.

<sup>57</sup> OKAFOR, op. cit., p. 175.

<sup>58</sup> MICKELSON, op. cit., p. 360.

<sup>59</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 3.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>61</sup> CHIMNI, B. S. Third World approaches to International law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006, p. 5; BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches

similaridade os uniu em uma voz singular e diferenciada, que emana uma forma própria de consciência intelectual e política.<sup>62</sup> Deste modo, o uso da categoria "Terceiro Mundo" coexiste com outras práticas de resistência às políticas hegemônicas. Portanto, a existência de categorias regionais não invalida o uso do Terceiro Mundo com alcance global.<sup>63</sup>

Segundo Makau Mutua, as TWAIL seriam conduzidas, substancialmente, por três objetivos: (i) entender e desconstruir as subordinações dos não europeus por meio dos usos das normas e instituições do direito internacional; (ii) buscar alternativas para a governança internacional; e (iii) erradicar o subdesenvolvimento do Terceiro Mundo.<sup>64</sup> Assim, as TWAIL propõem democratizar as estruturas institucionais, por meio da revisitação e da eventual mudança das normas, processos e instituições, a fim de aliviar o sofrimento causado pelas injustiças internacionais, sejam elas de natureza política, econômica ou jurídica.<sup>65</sup> Esses estudos, muitas vezes situados fora das perspectivas propriamente jurídicas, dedicam-se a analisar e ressignificar os efeitos concretos causados pelas relações coloniais entre os europeus e os povos dominados. Como destacam Eslava e Pahuja, as TWAIL compartilham sensibilidades e orientação política, isto é, existe um engajamento estratégico com o Direito Internacional.<sup>66</sup>

Okafor apresenta algumas maneiras pelas quais as TWAIL podem ser utilizadas enquanto ferramentas analíticas ou "sensibilidades".<sup>67</sup> A primeira delas seria valer-se da perspectiva histórica como indispensável na compreensão do sistema internacional. Assim, seria possível mapear as continuidades e descontinuidades nas relações de poder do passado e do presente. Em tal sentido, encontra-se o giro historiográfico e a importância da reanálise do encontro colonial e da expansão do conhecimento eurocêntrico. Dentre as características analíticas das perspectiva terceiro-mundista, a revisitação de eventos históricos, como a dominação colonial dos europeus nos territórios não-europeus, constitui uma chave interpretativa fundamental para compreender a construção das narrativas hegemônicas. De

---

to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 379.

<sup>62</sup> MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 35.

<sup>63</sup> CHIMNI, B. S. Third World approaches to International law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006, p. 5.

<sup>64</sup> MUTUA, op. cit., p. 31.

<sup>65</sup> Ibid., p. 36-38.

<sup>66</sup> ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. *Trade, Law and Development*, v. 3, n. 1, 2011, p. 104.

<sup>67</sup> OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 178.

igual modo, parte-se do pressuposto que as formas contemporâneas de dominação não podem ser analisadas de forma isolada sem considerar o legado colonial.<sup>68</sup>

A segunda sensibilidade seria a perspectiva igualitária entre os povos do Terceiro Mundo.<sup>69</sup> E a terceira e última sensibilidade seria por meio da resistência TWAIL aos trabalhos hegemônicos.<sup>70</sup> Orford pontua que o "o passado, em outras palavras, pode ser uma fonte de obrigações ao presente".<sup>71</sup> O passado pode persistir em diversas formas no direito, seja pelo costume, precedentes ou tradições jurídicas.<sup>72</sup> Deste modo, o passado também pode ser fonte legitimadora da perpetuação de relações imperialistas.

Gathii destaca que as vozes TWAIL têm-se expandido de forma heterogênea, plural e policêntrica. Trata-se de uma área em "transição, expansão, definição, contestação interna sobre a variada agenda dos seus pesquisadores, tudo ao mesmo tempo".<sup>73</sup> Deste modo, guardada a necessária cautela quanto às periodizações,<sup>74</sup> alguns autores localizam a história das *Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional* entre TWAIL I e TWAIL II.<sup>75</sup> A terceira fase da TWAIL ainda seria incipiente e motivada pelo fenômeno do 11 de setembro de 2001.<sup>76</sup> Pontua-se que essa divisão se afasta das caracterizações simplistas obtidas pelas dicotomias.<sup>77</sup> Rejeita-se também a noção de movimento unidirecional ou evolutivo, isto é, a geração/onda/categoria posterior pretende completar as ausências da anterior. As TWAIL I, II, e possivelmente III não correspondem, portanto, a uma gradual progressão entre si.<sup>78</sup>

Dentre as distinções entre as TWAIL I e as TWAIL II, observa-se que a primeira geração se concentra no Estado-nação (*state-centric*)<sup>79</sup>. De acordo com Shetty, as TWAIL I

<sup>68</sup> GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 34; OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 177.

<sup>69</sup> OKAFOR, op. cit., p. 179.

<sup>70</sup> Ibid., p. 179-180.

<sup>71</sup> ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. *IILJ Working Paper 2012/2 (History and Theory of International Law Series)*, *U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 600*, 2011, p. 2.

<sup>72</sup> Ibid., p. 9.

<sup>73</sup> GATHII, op. cit., p. 34.

<sup>74</sup> Cf. GALINDO, George. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, 2013, p. 50; MICKELSON, Karin. Taking stock of TWAIL histories. *International Community Law Review*, v. 10, n. 4, 2008, p. 360.

<sup>75</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 380; GALINDO, George. Splitting TWAIL? *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 33, No. 3, 2016, p. 42; GALINDO [2013], op. cit., p. 46-68.

<sup>76</sup> De acordo com Galindo, "tais eventos marcariam a volta da centralidade do Estado nas análises da TWAIL, e não mais em grupos marginalizados ou instituições internacionais". GALINDO [2013], op. cit., p. 50.

<sup>77</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 79.

<sup>78</sup> MICKELSON, op. cit., p. 361.

<sup>79</sup> BADARU, op. cit., p. 380.

dedicam-se à forma como os países imperialistas oprimem os demais por meio do Direito Internacional. Também analisam as relações entre soberania e igualdade entre os Estados, bem como enfatizam a concepção de que os países do Terceiro Mundo não eram alheios ao Direito Internacional.<sup>80</sup> Essa corrente possui uma visão mais otimista sobre o Direito Internacional, e também acredita no uso da disciplina como ferramenta para alcançar o bem e a justiça social dos povos do Terceiro Mundo, por meio da participação em fóruns internacionais.<sup>81</sup>

As TWAIL I acreditam que a Organização das Nações Unidas (ONU) seria responsável por emancipar as necessidades dos Estados terceiro-mundistas por meio de iniciativas diplomáticas. Neste contexto, por exemplo, utilizaram-se das resoluções da Assembleia Geral da ONU, que eram supostamente deliberadas em foro mais democrático e participativo.<sup>82</sup> Além disso, as TWAIL I identificaram que a mera independência política não era suficiente para reduzir desigualdades, portanto, propuseram a ideia de uma Nova Ordem Econômica Internacional para reivindicar sua visão de mundo. Segundo Mickelson, o uso da expressão "Terceiro Mundo" foi usado para designar uma coalizão política representada por grupos como "Movimento dos Não Alinhados" e Grupo dos 77 das Nações Unidas.<sup>83</sup> Essa iniciativa foi importante na tentativa de assegurar a independência econômica dos países terceiro-mundistas.<sup>84</sup> As propostas da Nova Ordem Econômica Internacional revelavam o otimismo dos Estados recém-formados com as relações de poder dentro do sistema econômico mundial.<sup>85</sup> No entanto, posteriormente, foi frustrada em razão da recusa dos países ocidentais em cumprir atos internacionais aos quais eles não tivessem consentido.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> SHETTY, Vikrant Dayanand. Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law. *King's Student L. Rev.*, v. 3, 2011, p. 73; GALINDO, George. Splitting TWAIL? *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 33, No. 3, 2016, p. 43.

<sup>81</sup> GALINDO, George. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, 2013, p. 48; BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 380; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 81; ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 110.

<sup>82</sup> ANGHIE; CHIMNI, op. cit., p. 81; ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 38-39; MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, 1997, p. 357.

<sup>83</sup> MICKELSON, op. cit., p. 357.

<sup>84</sup> ANGHIE; CHIMNI, op. cit., p. 82; ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 748; MICKELSON, op. cit., p. 362.

<sup>85</sup> MICKELSON, op. cit., p. 365.

<sup>86</sup> ANGHIE, op. cit., p. 748.

As TWAIL II, por sua vez, buscaram (e ainda buscam) evidenciar como as relações coloniais estão interligadas com o desenvolvimento do Direito Internacional. Deste modo, dedicam-se a investigar as instituições internacionais e grupos marginalizados (*people-centric*)<sup>87</sup> e, não somente, a centralidade do Estado. Além disso, critica-se também a violência e o autoritarismo contra os povos terceiro-mundistas nos processos de formação estatal.<sup>88</sup> Deste modo, as TWAIL II atestam a tese segundo a qual "o colonialismo é central na formação do Direito Internacional".<sup>89</sup>

As TWAIL inserem-se no pensamento pós-colonial em razão da crítica à continuidade da dependência jurídica, política e econômica nos países do Terceiro Mundo, embora a dominação territorial tenha sido formalmente desfeita.<sup>90</sup> O termo "pós-colonial", como ressaltado por Pahuja, denota a continuação, ao invés de determinar um momento posterior ou além do colonialismo.<sup>91</sup> Deste modo, o legado colonial é examinado para repensar os fundamentos da disciplina e suas continuidades até os dias atuais. As TWAIL, por sua vez, pretendem situar o encontro colonial entre os europeus e não europeus no centro do debate para analisar o Direito Internacional, como será visto a seguir.<sup>92</sup>

### *1.1.2 O encontro colonial como premissa central para a compreensão do Direito Internacional a partir das TWAIL*

O objetivo desta subseção é demonstrar a formação da alegoria "Outro/não europeu/ não civilizado", como consequência do encontro colonial, e atestar que a dinâmica da diferença foi decisiva para a criação do Direito Internacional e seus mecanismos institucionais. Busca-se enfatizar que o uso de binários no período colonial (civilizado/bárbaro; branco/preto;

---

<sup>87</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 381; SHETTY, Vikrant Dayanand. Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law. *King's Student L. Rev.*, v. 3, 2011, p. 74.

<sup>88</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 83.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>90</sup> RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a, p. 262; MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 34; ANGHIE, 2006, p. 748-749; GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 37-38.

<sup>91</sup> PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 469; ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013, p. 198.

<sup>92</sup> GATHII, op. cit., p. 30; OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 176.

rico/pobre) continua a ser reinventado pelos países hegemônicos por meio de expressões como desenvolvimento/subdesenvolvimento e centro/periferia.<sup>93</sup>

Uma das principais características da expansão imperial dos povos europeus ao longo dos séculos XVI ao XVII foi a dominação territorial, política e sociocultural dos não-europeus. Neste contexto, emergiram diversos mecanismos para legitimar as relações de poder e subordinação existentes à época. Dentre eles, o conceito de "missão civilizatória" foi amplamente explorado para justificar as opressões europeias. Algumas categorias, como o vocabulário sobre "progresso", "modernidade", "humanidade" e "civilização"<sup>94</sup>, foram difundidos para pacificar e desenvolver os colonizados - vistos como o "Outro".<sup>95</sup>

Neste sentido, Pahuja defende a ideia de circularidade articulada entre o europeu e o não-europeu. O paradoxo da "autoconstituição circular do Outro" seria compreendido em razão do universal ser formado pela exclusão identitária dos não-europeus e pela inclusão desses como receptores/assimiladores do conhecimento europeu. Essa concepção chama atenção para a existência de uma relação complexa entre emissor/receptor, sujeito/objeto. Assim, funda-se o que é e o que não é.<sup>96</sup> Os europeus seriam a representação do que é puro, ordenado, superior e limpo, enquanto o Outro seria a representação da desordem, bagunça, inferioridade e sujeira. Portanto, o último reflete-se como atrasado, não desenvolvido, o qual precisa ser educado e amadurecido.<sup>97</sup> A criação da narrativa de raças inferiores e raças superiores fomentou a contínua intervenção ocidental em territórios do Terceiro Mundo.<sup>98</sup>

A obra *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*, do influente jusinternacionalista Martti Koskenniemi<sup>99</sup> também fala sobre essa relação antagônica. Conforme Galindo, esse livro representa a primeira manifestação do giro

---

<sup>93</sup> ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013, p. 196.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>95</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 37-38.

<sup>96</sup> PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 461-463; BAXI, Upendra. What May the “Third World” Expect From International Law? *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 715.

<sup>97</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 8-9.

<sup>98</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 85; PAHUJA, *op. cit.*, p. 460-461; ANGHIE, *op. cit.*, p. 84.

<sup>99</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005., p. 540.

historiográfico no Direito Internacional.<sup>100</sup> O objetivo da obra é compreender as práticas argumentativas de juristas em momentos e lugares diferentes através de uma perspectiva histórica entre 1870 e 1960.<sup>101</sup> Em uma de suas importantes incursões, ele aborda o discurso de inclusão-exclusão explorado pelo Direito Internacional. Assim, a exclusão seria operada em razão da impossibilidade cultural de estender os direitos europeus aos nativos, e ao mesmo tempo, a inclusão dos nativos no Direito Internacional por meio do humanitarismo universal.<sup>102</sup>

Na obra *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, escrita por Antony Anghie, o autor explica que no contexto da "missão civilizatória", a dinâmica da diferença foi articulada pelo direito internacional como forma de estabelecer a distinção entre os civilizados e os não civilizados. Esse *gap* justificaria a criação de doutrinas para civilizá-los. Dessa forma, *um* conjunto específico de valores foi identificado como dominante e universal.<sup>103</sup> Neste sentido, o programa civilizatório era formado pela narrativa da expansão comercial - que conferiria avanço e progresso - e pelo desenvolvimento moral dos povos bárbaros.<sup>104</sup> Essas doutrinas foram criadas e executadas por meio da legitimidade da linguagem do Direito Internacional.<sup>105</sup> A disciplina emerge no contexto de delimitar o marco regulatório entre os europeus e não europeus, bem como a interação com o território.<sup>106</sup> Como apontam Eslava e Pahuja, o *ethos* europeu é reafirmado por meio dos vocábulos jusinternacionalistas da "soberania", "autodeterminação" e "Estado-Nação".<sup>107</sup>

Conforme pontua Anghie, ainda que o Direito Internacional tenha sido criado na Europa,<sup>108</sup> a disciplina legitimou a violência, seja para pacificar os não Europeus ou desenvolvê-los.<sup>109</sup> Desde o encontro colonial entre os espanhóis e os ameríndios, a violência

<sup>100</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, p. 543.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 541.

<sup>102</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001, p. 130.

<sup>103</sup> ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013, p. 211.

<sup>104</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 97.

<sup>105</sup> ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 742; RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 8-9.

<sup>106</sup> ANGHIE [2006], *op. cit.*, p. 746; ANGHIE [2004], *op. cit.*, p. 37.

<sup>107</sup> ESLAVA; PAHUJA, *op. cit.*, p. 196.

<sup>108</sup> ANGHIE [2006], *op. cit.*, p. 740.

<sup>109</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 85; ANGHIE [2006], *op. cit.*, p. 744; ANGHIE [2004], *op. cit.*, p. 38; GATHII, James Thuo. International Law and Eurocentricity. *The European Journal of International Law*, v. 9, n. 1, 1998, p. 197.

dos europeus foi caracterizada como "libertadora, transformadora e humanitária".<sup>110</sup> Anghie destaca que a resistência nativa era vista como agressão e, portanto, legitimava o uso da força pelos colonizadores.<sup>111</sup>

Neste sentido, as doutrinas e princípios do Direito Internacional foram criados, substancialmente, a partir do encontro colonial. Por meio dessa formação, houve a expansão da gramática da universalidade. Deste modo, a Europa foi geolocalizada como central e as outras regiões como periféricas. A produção do conhecimento é hierarquizada e verticalizada.<sup>112</sup> Traçou-se, portanto, a noção de direcionalidade pré-determinada na evolução social, onde o máximo estágio evolutivo seria a Europa. O conhecimento emergia a partir da perspectiva eurocêntrica e era assimilado pelos não europeus.<sup>113</sup>

Koskenniemi identificou essa linguagem como *language of the standard*.<sup>114</sup> De tal modo, "o progresso iria gradualmente trazer civilidade às comunidades não europeias. E tornar-se civilizados significa tornar-se a imagem e semelhança dos europeus em si".<sup>115</sup> Entretanto, essa gramática era repleta de paradoxos, pois os não europeus dependiam exclusivamente da aprovação dos europeus para alcançar tal grau de civilidade.<sup>116</sup>

Muitos historiadores da *mainstream*, como apontado por David Kennedy, localizam a história do Direito Internacional em uma narrativa unidirecional e progressiva marcada por três fases:<sup>117</sup> (i) a primeira seria nomeada como "pré-moderna" (antes de 1648); (ii) a segunda trata-se do período "tradicional", entre 1648 a 1900, marcada pela transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico; (iii) e, por fim, a terceira seria a institucionalização do pragmatismo,

<sup>110</sup> ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 744; ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 25.

<sup>111</sup> ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 394.

<sup>112</sup> MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 36; RAMINA, Larissa. Framing the Concept of TWAIL: Third World Approaches to International Law. *Revista Justiça do Direito*, v. 32, p. 5-26, 2018b, p. 17; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 86; GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 37; ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 34.

<sup>113</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998, p. 6.

<sup>114</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge University Press, 2001, p. 135.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>117</sup> KENNEDY, David. A new stream of international legal scholarship. *Wisconsin International Law Journal*, v. 07, n. 01, 1988, p. 12.

logo após a Primeira Guerra Mundial.<sup>118</sup> Como aponta Araújo, as três fases representam "linguagens diferentes que vocalizam uma mesma e única tradição colonial, e a sucessão de um por outro acaba por servir ao encobrimento das relações entre a disciplina e o imperialismo".<sup>119</sup>

O Direito Internacional foi (e ainda é) marcado pelas narrativas jusnaturalistas e do positivo jurídico. O primeiro, aplicado nos séculos XV e XVI, era orientado pelos princípios de justiça e moralidade, o qual a universalidade do Direito Internacional era proveniente da racionalidade humana e aplicado a todas as pessoas.<sup>120</sup> O segundo, por sua vez, distinguia-se por dividir os povos entre civilizados e não civilizados, e aplicar o direito apenas aos Estados soberanos.<sup>121</sup> A narrativa do positivismo foi revestida sob os auspícios da linguagem científica e neutra como forma de legitimar a sua rigorosidade, consistência e precisão técnica.<sup>122</sup> Deste modo, os termos e classificações positivistas poderiam ser aplicados para além de análises e contextos particulares por serem universais.<sup>123</sup>

O positivismo, enquanto gramática jurídica hegemônica, prescreve que o Estado era o autor exclusivo das leis, isto é, a soberania era a maior autoridade hierárquica.<sup>124</sup> O Estado também era o principal sujeito de Direito Internacional. Deste modo, possui legitimidade para consentir (ou não), tomar decisões internas e externas, e relacionar-se com os demais Estados. O positivismo, em consonância com outras elaborações da antropologia, filosofia, ciências e economia,<sup>125</sup> portanto, consolidou-se como "aparato analítico"<sup>126</sup> para justificar a implementação de doutrinas e teorias.

Uma das doutrinas mais conhecidas e centrais do Direito Internacional é a doutrina da soberania. Consolidada a partir do Tratado de Westphalia de 1648, ela previa que os Estados soberanos eram iguais. Essa premissa foi crucial para a consolidação do colonialismo e da descolonização por meio do Direito Internacional.<sup>127</sup> Os mecanismos de exclusão, inclusão e

---

<sup>118</sup> KENNEDY, David. A new stream of international legal scholarship. *Wisconsin International Law Journal*, v. 07, n. 01, 1988, p. 12.

<sup>119</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 26.

<sup>120</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 41-42; MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013. p. 50-51.

<sup>121</sup> ANGHIE, op. cit., p. 35.

<sup>122</sup> ANGHIE, op. cit., p. 49; KENNEDY, op. cit., p. 12-13.

<sup>123</sup> ANGHIE, op. cit., p. 74; KENNEDY, op. cit., p. 12-13.

<sup>124</sup> ANGHIE, op. cit., p. 33; KENNEDY, op. cit., p. 13.

<sup>125</sup> ANGHIE, op. cit., p. 66.

<sup>126</sup> Ibid., p. 33.

<sup>127</sup> Ibid., p. 740.

transformação são essenciais à doutrina da soberania pela qual os países hegemônicos operam.<sup>128</sup> A doutrina da soberania legitima apenas uma concepção específica de sociedade e organização política. Por meio da soberania, criaram-se regras específicas e práticas culturais para excluir os não europeus da categoria "civilizados".<sup>129</sup> Conforme pontua Anghie, a falta de soberania dos territórios não europeus era suficiente para legitimar as ações tomadas pelo país soberano, pois faltava legitimidade jurídica aos povos não europeus para questionar tal ato.<sup>130</sup>

Neste contexto, tornou-se imprescindível a existência de uma estrutura de poder e tomada de decisões, que pudesse "reconhecer" a existência ou não da soberania.<sup>131</sup> A "sociedade internacional", portanto, cumpria esse papel. Regida pela epistemologia positivista e composta apenas por Estados soberanos, ela define o que é o Direito Internacional. De igual modo, a interação entre seus membros se dá através dos mecanismos jurídicos, e a própria sociedade é constituída pela lei ("*society constituted law and law constituted society*").<sup>132</sup> Ela possui legitimidade para incluir e excluir membros por meio da dinâmica da diferença, isto é, soberanos e não soberanos, europeus e não europeus, civilizados e não civilizados.<sup>133</sup> Assim, essa estrutura possibilitou a afirmação e manutenção da hegemonia dos países imperialistas ao longo das décadas.

Deste modo, os países do Terceiro Mundo não tiveram outra alternativa a não ser acomodar-se nos moldes da gramática dos Estados-Nação e soberanos.<sup>134</sup> Como Anghie enfatiza, "a soberania no mundo não europeu trata-se mais de alienação e subordinação do que empoderamento".<sup>135</sup> O direito à autodeterminação, portanto, surge a partir da assimilação da noção de Estado Nacional nos territórios colonizados. Assim, os europeus controlavam a forma de organização política, econômica e social dos recém Estados nacionais.<sup>136</sup> Entretanto, como

---

<sup>128</sup> ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 741.

<sup>129</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 37; p. 82-83.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 55-56; ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 395.

<sup>134</sup> FAKHRI, Michael. Third world sovereignty, indigenous sovereignty, and food sovereignty: living with sovereignty despite the map. *Transnational Legal Theory*, v. 9, n. 3-4, p. 218-253, 2018.

<sup>135</sup> ANGHIE, op. cit., p. 104.

<sup>136</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 29.

observado por Anghie, existem dois modelos distintos de soberania: o que comportaria os Estados soberanos europeus, e o outro destinado aos recém Estados não europeus.<sup>137</sup>

Pahuja chama atenção para a noção de comunidade internacional e a narrativa de escala unidirecional do desenvolvimento das nações entre subdesenvolvidas e desenvolvidas.<sup>138</sup> As intervenções contemporâneas fundamentam-se nessas meta-narrativas globais a fim do alcance de determinado estágio finalístico. Há, portanto, a relação circular entre as nações e a comunidade internacional.<sup>139</sup> O Direito Internacional, como será visto na subseção a seguir, "cumpriria um trabalho similar ao que cumpriu no marco do colonialismo tradicional: perpetuar e legitimar estruturas assimétricas de poder".<sup>140</sup>

### *1.1.3 As consequências contemporâneas do encontro colonial a partir das lentes terceiro-mundistas*

A análise crítica também envolve analisar fatos contemporâneos e tentar traçar paralelos com as práticas hegemônicas pretéritas. Não somente apontar, mas também identificar as contradições e tensões existentes nas ações imperialistas. Esse objetivo é o que se pretende neste subcapítulo. Até hoje, estruturas coloniais são mantidas, mas ressignificadas em novos vocabulários.<sup>141</sup> A soberania, a autodeterminação e a igualdade entre as nações carregam em si as marcas do imperialismo do Norte Global.<sup>142</sup>

Desta maneira, Eslava, Obregón e Urueña chamam atenção para a constituição do Direito Internacional sob o prisma do consentimento e da igualdade soberana. O consentimento estatal é consequência da sua vontade soberana, portanto, entende-se que o fato é legítimo.<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 107; ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 396.

<sup>138</sup> PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 465; ANGHIE [2004], op. cit., p. 103-108.

<sup>139</sup> PAHUJA, op. cit., p. 465.

<sup>140</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 43.

<sup>141</sup> GALINDO, George. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, 2013, p. 49; BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 380; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 86.

<sup>142</sup> GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011, p. 31.

<sup>143</sup> ESLAVA; OBREGÓN; URUEÑA, op. cit., p. 75.

Embora formalmente a situação pareça voluntária, estruturalmente a decisão foi motivada pelas opções oferecidas por normas e regras definidas pela arquitetura hegemônica e imperialista. Neste contexto, citam-se como exemplos: (i) a implementação de ajustes estruturais neoliberais fomentados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) nos países latino-americanos endividados; (ii) a acomodação aos moldes do Estado-Nação no período de descolonização dos territórios africanos e asiáticos;<sup>144</sup> e (iii) a adequação à gramática dos direitos humanos e a democracia imposta pelos países ocidentais em desfavor dos países do Oriente Médio.<sup>145</sup>

Entre esses três exemplos das contradições do Direito Internacional, a suposta Guerra ao Terror constitui um importante desdobramento de práticas hegemônicas<sup>146</sup> e merece ser brevemente analisada - sobretudo pelo massivo fluxo migratório produzido por suas consequências. As medidas adotadas pelos Estados Unidos da América (EUA), após os ataques de 11 de setembro de 2001, demonstram que a linha entre a autodefesa e a agressão é muito tênue.<sup>147</sup> Kennedy pontua que a amplitude dos conceitos de autodefesa, proporcionalidade e necessidade configuram mais uma zona cinzenta e discricionária do que uma proteção assertiva e bem delineada.<sup>148</sup> As distinções entre países democráticos ou não, liberais ou não, também corroboram com a manutenção da narrativa civilizadora e atuam com o efeito legitimador para invasões e intervenções humanitárias em outros países, sobretudo terceiro-mundistas. Como pontua Anghie, a promoção de formas de governo ocidental - supostamente - assegurariam que o terrorismo não encontre terreno fértil sob governos autoritários.<sup>149</sup>

Neste sentido, torna-se difícil não relacionar as políticas imperialistas coloniais com a política externa estadunidense contemporânea.<sup>150</sup> Embora países do Norte Global, como Estados Unidos da América, recusem a fazer parte da maioria dos tratados de direitos humanos, nota-se que estiveram nas discussões, *drafts* e elaboração desses instrumentos.<sup>151</sup> Os EUA articularam a narrativa dos direitos humanos em favor da sua política externa por diversas vezes.

---

<sup>144</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 76; p. 79; MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 69-70.

<sup>145</sup> ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 398-399.

<sup>146</sup> Cf. OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005.

<sup>147</sup> ANGHIE, op. cit., p. 389.

<sup>148</sup> KENNEDY, David. Reassessing international humanitarianism: the dark sides. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 143.

<sup>149</sup> ANGHIE, op. cit., p. 391.

<sup>150</sup> Ibid., p. 393.

<sup>151</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 67-68.

As intervenções humanitárias no Oriente Médio justificam-se pela tentativa de restabelecer a ordem, a democracia e os direitos humanos dos "nacionais não civilizados". Assim, a gramática dos direitos humanos é utilizada para perpetuar violações e desigualdades.<sup>152</sup> O apoio estadunidense ao estabelecimento de regimes democráticos em países não ocidentais viabilizou relações econômicas, comerciais e militares com os recém-formados governos da região.<sup>153</sup> Autores como Chimni e Anghie pontuam que os Estados do Terceiro Mundo nem sempre atuam em favor dos interesses do seu próprio povo.<sup>154</sup> De acordo com Anghie, o discurso dos direitos humanos é paradoxal por permitir intervenções do Direito Internacional no direito interno e, muitas vezes, legitimar intervenções arbitrárias dos países do Norte Global no Terceiro Mundo.<sup>155</sup> A retórica dos direitos humanos, da boa governança e da democracia, por vezes, revela-se perversa em razão dos interesses neoliberais, sobretudo após a Guerra Fria.<sup>156</sup>

Tal perversidade manifesta-se, por exemplo, no fechamento de fronteiras aos migrantes e refugiados em nome da segurança nacional dos países ocidentais para proteger-se das barbáries, da não civilização e do terror.<sup>157</sup> Também estão presentes em espaços controversos, como Guantánamo, que são reproduzidos sob os auspícios do Estado de Direito. E manifestam-se na construção do "Outro", geralmente materializado na pessoa migrante e refugiada. Deste modo, a luta contra o terrorismo e o fundamentalismo islâmico continua a criar categorias de "sub-humanidade". Até mesmo, como Rubio pontua, convertem-se em "não pessoas, em seres prescindíveis e sacrificáveis".<sup>158</sup> Esse fenômeno acentua a "cultura de excepcionalidade da injustiça" na qual situações anormais tornam-se cotidianas.<sup>159</sup> Há, ainda, a concepção de seres humanos superiores e inferiores, os quais os últimos possuem sua situação agravada quando as

---

<sup>152</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 383.

<sup>153</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 69.

<sup>154</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 78.

<sup>155</sup> ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 749.

<sup>156</sup> ANGHIE, op. cit., p. 749-750; CHIMNI, Bhupinder S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004, p. 5-6.

<sup>157</sup> ANGHIE [2006], op. cit., p. 750; ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 389.

<sup>158</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 191.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 191-192.

variáveis classe, raça, gênero e etnia são indissociáveis, isto é, se sobrepõem e se circunscrevem.<sup>160</sup>

Assim, o imperialismo, seja da Europa, seja dos EUA, integra o cotidiano das relações internacionais entre o Norte Global e o Terceiro Mundo.<sup>161</sup> No campo dos estudos terceiro-mundistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos, como será explorado no segundo capítulo, a perspectiva TWAIL discute a promoção da suposta narrativa universal sem considerar a realidade dos países do Terceiro Mundo. Privilegia-se a Europa e, exclusivamente, o conhecimento europeu. O contexto de expansão imperial, no qual foi difundido o sistema universal, manteve relações de poder e subordinação por meio de teorias racistas<sup>162</sup> e assimilações.<sup>163</sup> Assim, as demais histórias dos povos não europeus foram apagadas e silenciadas da História Mundial. Como aponta Rubio, "a ordem hegemônica é uma fábrica de significantes, e os meios de comunicação e agências especializadas são seus centros de difusão".<sup>164</sup>

Observa-se que a universalidade é basilar na existência do Direito Internacional. Deste modo, preocupa-se em questionar a universalidade e a viabilidade do uso dos direitos humanos nas particularidades contextuais dos Estados terceiro-mundistas.<sup>165</sup> Cumpre esclarecer que as TWAIL não se posicionam contra valores universais e, em certos casos, esses são possíveis, desde que sejam consensos e não imposições. Por essa razão, a forma de estabelecimento de tal universalidade importa.<sup>166</sup>

Eslava e Pahuja evidenciam a importância de se pensar sobre qual universalidade o Terceiro Mundo almeja e em relação a qual universal deve-se resistir.<sup>167</sup> Eles apontam três posturas no que diz respeito às lutas políticas: o conservadorismo, a reforma e a revolução.

<sup>160</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 192-193.

<sup>161</sup> ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 751.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 745.

<sup>163</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 84; GATHII, James Thuo. International Law and Eurocentricity. *The European Journal of International Law*, v. 9, n. 1, 1998, p. 200-201; ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 42.

<sup>164</sup> RUBIO, David Sánchez. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. *O direito alternativo*, v. 3, n. 1, 2016, p. 213.

<sup>165</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 381.

<sup>166</sup> MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000, p. 38.

<sup>167</sup> ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013, p. 202.

Cada uma delas engaja de alguma forma com o Direito Internacional.<sup>168</sup> As TWAIL se enquadram na terceira categoria, cujo objetivo é revelar as injustiças do sistema por meio da desobediência e o uso estratégico do direito, isto é, localizado no limiar entre direito e política.<sup>169</sup>

Deste modo, as TWAIL propõem uma universalidade aberta, isto é, o universal que não é apenas um.<sup>170</sup> Essa concepção não trata da mera busca pela pluralidade, pelo contrário, ela demonstra que "a impossibilidade de *uma* universalidade é justamente o que faz uma pluralidade possível".<sup>171</sup> Eslava e Pahuja parecem defender que a universalidade, posta como tal, coaduna com a universalização de um projeto de direito internacional particular.<sup>172</sup>

Em síntese, a escolha metodológica terceiro-mundista evidencia o potencial opressivo do discurso universal.<sup>173</sup> A jusinternacionalista Mickelson afirma que as TWAIL, ao questionarem a universalidade, são associadas à raiva ou à retórica. Ela justifica que o termo "retórica", embora talvez seja uma das características das TWAIL, também abre para possibilidades e cria espaços para futuros alternativos.<sup>174</sup> Como Badaru ressalta, essa visão convoca os(as) pesquisadores(as) a criarem agendas de pesquisas focadas em examinar os aspectos da universalidade, a fim de avaliar o que deve ser mantido e o que precisa ser ajustado.

Deste modo, a próxima subseção discutirá o campo de análise do estudo de caso da presente pesquisa: a mobilidade humana. Esse tema é uma área abordada pelas TWAIL por ser fortemente afetada por visões hegemônicas. Os esforços da próxima seção concentram-se em justificar o recorte amplo adotado neste estudo. Para tanto, será necessário desprender-se das amarras hegemônicas, muitas vezes causadas pelas categorias migratórias, as quais *incluem e excluem* imigrantes internacionais.

Antes de iniciar a próxima seção, recordam-se os múltiplos sentidos existentes nos conceitos de "inclusão e exclusão". Barros é enfática ao afirmar que "o ponto-chave dessa discussão é saber o que 'inclusão' e 'exclusão' significam, bastando lembrar que os índios americanos estavam incluídos no Direito Internacional segundo o sistema desenvolvido por

---

<sup>168</sup> ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013, p. 205.

<sup>169</sup> Ibid., p. 205.

<sup>170</sup> Ibid., p. 214.

<sup>171</sup> Ibid., p. 214.

<sup>172</sup> Ibid., p. 220.

<sup>173</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 384; RAMINA, Larissa. TWAIL – "Third World Approaches to International Law" and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a, p. 265-266.

<sup>174</sup> MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, 1997, p. 417.

Vitoria". Assim, o enquadramento ou não em determinadas categorias não necessariamente possui conotação positiva ou garantia de direitos. Barros explica que "é crucial, portanto, distinguir em quais condições um povo foi integrado ao Direito Internacional".<sup>175</sup> A perspectiva ampla, adotada em relação à mobilidade humana, permitirá a identificação de padrões comportamentais e argumentativos no ambiente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que será explicado no capítulo 3.

## ***1.2 A mobilidade humana além das categorias legais como objeto de análise***

Nesta subseção pretende-se adotar as lentes das TWAIL para traçar o recorte do objeto analisado nesta pesquisa. Argumenta-se que o ingresso seletivo nos Estados e a categorização migratória são consequências das continuidades e descontinuidades do legado colonial. Inicialmente, realiza-se uma retomada histórica para compreender as ambivalências em torno da mobilidade humana. Posteriormente, em perspectiva contemporânea, parte-se do pressuposto que as categorias migratórias são usadas com diferentes significados e objetivos, de acordo com as políticas estatais pretendidas.

A partir desta subseção, justifica-se a escolha metodológica da análise da jurisprudência interamericana migratória em sentido amplo. Entende-se que os recortes temáticos - como a análise somente das decisões sobre refúgio ou apenas sobre apatridia - seriam prejudiciais para a identificação de padrões ou comportamentos coloniais desde a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### ***1.2.1 A mobilidade humana e as múltiplas perspectivas históricas***

A questão indireta que motivou a elaboração desta subseção é: "*imigrar é um direito humano?*".<sup>176</sup> Embora não se pretenda fazer uma análise exaustiva, por não se tratar do objeto central deste estudo, é necessário analisar tangencialmente as ambivalências envolvendo a temática. Para tanto, optou-se por identificar os instrumentos estatais criados historicamente - desde o passaporte até as categorias migratórias contemporâneas - para restringir a livre circulação de pessoas entre espaços.

---

<sup>175</sup> BARROS, Patrícia. *Saúde Global e Organização Mundial da Saúde: Uma perspectiva crítica a partir do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 67.

<sup>176</sup> VALADEZ, Jorge M. Is immigration a human right?. *Cosmopolitanism in context: Perspectives from international law and political theory*, p. 221-248, 2010.

Parte-se do pressuposto que a liberdade de movimento, por si só, não representa a existência do direito de migrar. O êxito no mero deslocamento físico entre territórios nem sempre significa que o indivíduo *não* será constrangido e/ou impedido de estabelecer residência fixa ou temporária em outra comunidade política.<sup>177</sup> Deste modo, observa-se, como aponta Araújo, "que o Direito Internacional foi fundamental à afirmação e à universalização de um conceito de Estado de fronteiras de permeabilidade seletiva, a partir de doutrinas e tecnologias marcadas pelo encontro colonial".<sup>178</sup> A seguir, pretende-se resgatar, em perspectiva histórica, alguns mecanismos utilizados pelo Estado-nação para restringir a imigração (seja ela interna ou externa).

Em breve digressão histórica, observa-se que desde o período colonial, "a mobilidade, sob suas diversas formas, era central para a função do poder imperial e o desenvolvimento das sociedades coloniais modernas".<sup>179</sup> Os fluxos entre a metrópole e a colônia, assim como entre colônias abriam mercados e expandiam o domínio imperial. A mobilidade colonial incluía também o comércio de escravos.<sup>180</sup> No contexto de dominação geopolítica das Américas, Francisco de Vitória apresentou o *jus communications* (direito da sociedade de comunicação natural) como decorrência do *jus gentium* (direito das gentes).<sup>181</sup> Como pontua Araújo, do primeiro derivam dois direitos: *ius peregrinandi* e *ius migrationis*, ambos relacionados à livre circulação de pessoas.<sup>182</sup>

Ainda que esses direitos se perpetuassem entre os europeus, ao mesmo tempo, foi necessário restringir a mobilidade dos colonizados, isto é, dos povos indígenas.<sup>183</sup> De acordo com Mégrét e Ballantyne, as estratégias coloniais também se desenvolviam a partir da transformação dos povos nômades em produtores agrícolas sedentários.

Após a abolição da escravatura nas colônias britânicas, foram desenvolvidas "as formas modernas de controle migratório, transformando o direito natural de livre circulação em um

---

<sup>177</sup> VALADEZ, Jorge M. Is immigration a human right?. *Cosmopolitanism in context: Perspectives from international law and political theory*, 2010, p. 224; ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 11.

<sup>178</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 10.

<sup>179</sup> BALLANTYNE, Tony. Mobility, empire, colonisation. *History Australia*, v. 11, n. 2, 2014, p. 14.

<sup>180</sup> MÉGRET, Frédéric. The Contingency of International Migration Law: "Freedom of Movement", Race and Imperial Legacies. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021, p. 187.

<sup>181</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 91.

<sup>182</sup> "Regras como a liberdade de ir e vir, de se estabelecer e de receber o outro, além do livre comércio, baseadas no *ius communicationis*, possuem indiscutivelmente caráter recíproco, pelo menos em teoria, ainda que na prática todas essas liberdades interessassem apenas aos espanhóis". Cf. ARAÚJO, op. cit., p. 108; 95.

<sup>183</sup> BALLANTYNE, op. cit., p. 23.

‘problema’, que os Estados-nação emergentes iriam regular com sua autoridade exclusiva”.<sup>184</sup> A ciência da geografia - no âmbito da neutralidade científica - articulou ferramentas estratégicas, como os mapas, as fronteiras e as suas respectivas análises - para solidificar a relação entre o Estado e o território.<sup>185</sup> Assim, foi possível "apoiar as construções modernas sobre raça, nação e Estado".<sup>186</sup> Neste contexto, o uso do conceito de "raça" tornou-se fundamental para o controle do território.<sup>187</sup> Como recorda-se da tese de Anghie, apresentada na seção anterior, a doutrina da "soberania" separou os civilizados dos não civilizados e delineava quem pertencia ou não à sociedade internacional.

A regulação da mobilidade também ocorreu por meio do passaporte.<sup>188</sup> Esse documento foi central para o "monopólio estatal dos meios legítimos de movimento", conforme Torpey.<sup>189</sup> Neste sentido, ainda que os Estados não controlassem - efetivamente - toda circulação de pessoas, ele possuía autoridade para restringi-la.<sup>190</sup> O passaporte surgiu com o início do reinado de Luís XV para limitar a entrada de pessoas indesejadas (sobretudo, os escravos) utilizado tanto para a mobilidade interna quanto externa.<sup>191</sup> Entretanto, para resistir aos resquícios do Antigo Regime francês, a Constituição de 1791 aboliu o passaporte como mecanismo de restrição de liberdade de ir e vir, logo após a Revolução Francesa.<sup>192</sup>

Após ameaças, o Estado Moderno retomou a utilização do passaporte como mecanismo de controle da circulação. Neste contexto, também surge o conceito de emigrar. No período pós-Revolução Francesa (1789), os *émigrés* "eram os membros das ordens privilegiadas e que se exilaram com a eclosão da revolução e seu avanço".<sup>193</sup> Com o medo de que eles atacassem a França, emergiu a ideia de que os *émigrés* eram suspeitos. O controle de fronteiras internas e externas foi implementado por meio da vigilância dos passaportes.<sup>194</sup>

<sup>184</sup> MUNSHI, Sherally. Immigration, imperialism, and the legacies of Indian exclusion. *Yale JL & Human.*, v. 28, p. 51, 2016, p. 55; MONGIA, Radhika Viyas. Race, nationality, mobility: A history of the passport. *Public Culture*, v. 11, n. 3, p. 527-555, 1999.

<sup>185</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 45-46.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>188</sup> MONGIA, Radhika Viyas. Race, nationality, mobility: A history of the passport. *Public Culture*, v. 11, n. 3, p. 527-555, 1999, p. 531; MÉGRET, Frédéric. The Contingency of International Migration Law: "Freedom of Movement", Race and Imperial Legacies. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021, p. 193.

<sup>189</sup> TORPEY, John C. *The invention of the passport: Surveillance, citizenship and the state*. Cambridge University Press, 2000. p. 7.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>191</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 138-139.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 150-151.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 157.

Além dos *émigrés*, o estrangeiro no território francês também foi alvo de rechaço. Araújo aponta que "a Revolução Francesa, ao inventar o cidadão nacional e homogeneizar juridicamente a nação, em contraste com a heterogeneidade existente no Antigo Regime, criou, simultaneamente, o estrangeiro como uma categoria correlativa e excludente em relação ao cidadão nacional".<sup>195</sup> Mongia faz um importante apontamento que o passaporte cristaliza a nacionalidade, isto é, a interseção entre o Estado e a nação.

Neste sentido, o passaporte consolidou a diferença colonial por meio da resignificação do marcador "raça" para "nacionalidade", o que Mongia denomina como "regra da diferença pós-colonial".<sup>196</sup> Assim, distintas nacionalidades possuem diferentes acessos à mobilidade. Deste modo, o indivíduo é "classificado, categorizado e catalogado para, então, ser vigiado",<sup>197</sup> ou seja, "inscrito no corpo dos migrantes são os vestígios tanto do Estado como da nação-raça".<sup>198</sup> A nacionalidade, em outros termos, significa uma relação privilegiada e legitimada entre certas pessoas e o território nacional.<sup>199</sup> É fundamental compreender, portanto, que o "desenvolvimento do racismo moderno e do estado moderno são assim coproduzidos de tal forma a nacionalizar as fronteiras entre o estado e o território, que são explicitamente racializadas".<sup>200</sup>

Em outro cenário, na segunda metade do século XIX, alguns jusinternacionalistas do *Institut de Droit International* (IDI) advogaram em prol do "utópico" direito de imigrar.<sup>201</sup> Destaca-se que essa instituição é considerada como um dos principais marcos do Direito Internacional moderno, portanto, extremamente influente.<sup>202</sup> Em conjunto com a *Revue de droit international et de législation comparée* (primeira revista de Direito Internacional, publicada em 1868),<sup>203</sup> ambas se tornaram importantes canais de difusão do *l'esprit d'internationalité*.<sup>204</sup>

<sup>195</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 161.

<sup>196</sup> MONGIA, Radhika Viyas. Race, nationality, mobility: A history of the passport. *Public Culture*, v. 11, n. 3, p. 527-555, 1999, p. 555.

<sup>197</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 48.

<sup>198</sup> MONGIA, op. cit., p. 554.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 554; Araújo afirma que "trata-se não apenas de distinguir a massa dos cidadãos da dos não-cidadãos, mas também, sobretudo, de identificar quem são os cidadãos, e documentá-los, incorporando-os, com este ato de registro, ao Estado". Cf. ARAÚJO, op. cit., p. 49.

<sup>200</sup> MONGIA, op. cit., p. 554.

<sup>201</sup> MÉGRET, Frédéric. The Contingency of International Migration Law: "Freedom of Movement", Race and Imperial Legacies. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021, p. 182.

<sup>202</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005, p. 543; KOSKENNIEMI, 2001, p. 18.

<sup>203</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001, p. 14.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 13.

Koskenniemi o definiu como "um novo espírito que ensinou as nações e as raças a seguir certos princípios comuns não só nas suas relações mútuas, mas também na sua legislação interna". O jusinternacionalista ainda acrescenta que, "sem renunciar à sua autonomia, os Estados tinham vindo a cooperar e a reconhecer 'a unidade superior da grande sociedade humana'".<sup>205</sup>

Essa defesa fez-se em razão de um dos objetivos do direito internacional liberal. Como aponta Mégrét, "permitir a entrada dos estrangeiros não era apenas uma obrigação de direito internacional, mas uma marca dos Estados civilizados".<sup>206</sup> Assim, o direito de migrar estava perpetrado pelas "barreiras implícitas da civilização", isto é, a mobilidade intra-imperial.<sup>207</sup> Deste modo, a relativa livre circulação era permeada pelo contexto de imperialismo, assimetrias e racismo.<sup>208</sup>

Como aponta Mégrét, "a virada rumo às práticas migratórias excludentes também estava imbricada no fazer do direito internacional em si". Por um lado, era legítimo que o Estado fechasse suas fronteiras em prol do direito de autopreservação, muitas vezes fundadas na prevenção à fusão racial.<sup>209</sup> Por outro lado, por exemplo, o período entre guerras relacionou a mobilidade ao trabalho e foi articulado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) para atender as necessidades laborais dos países em razão do desemprego.<sup>210</sup> Deste modo, é possível perceber as argumentações ambivalentes em torno das migrações internacionais. Esse cenário de continuidades/descontinuidades reverbera até às perspectivas contemporâneas, como será apresentado a seguir.

### 1.2.2 As categorias migratórias como definições ambivalentes

O objetivo desta subseção é demonstrar como os marcadores de seletividade estatal se redefinem ao longo dos tempos. Se na subseção anterior ficou evidente o uso do passaporte como mecanismo de permeabilidade seletiva estatal, na presente subseção pretende-se identificar as categorias migratórias como tal. As categorias jurídicas não surgem isoladas de

---

<sup>205</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001, p. 13.

<sup>206</sup> MÉGRET, Frédéric. The Contingency of International Migration Law: "Freedom of Movement", Race and Imperial Legacies. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021, p. 185.

<sup>207</sup> MÉGRET, op. cit., p. 185.

<sup>208</sup> Ibid., p. 196.

<sup>209</sup> Ibid., p. 191.

<sup>210</sup> Ibid., p. 192-193; SZABLA, Christopher. Contingent Movements? The differential decolonisations of International Refugee and Migration Law and Governance. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021, p. 200.

seu contexto, tampouco ocupam um lugar vazio no tempo e espaço. Como observado anteriormente, o passaporte surge como documento individual e com marcador estatal. Essa ferramenta torna-se instrumental nas medidas de controle fronteiriço e consequência direta para o uso do monopólio do Estado ao definir os imigrantes documentados e indocumentados.<sup>211</sup>

Quando se trata de migração, a gestão de pessoas em mobilidade é articulada e institucionalizada de acordo com interesses políticos, econômicos e sociais.<sup>212</sup> Zetter aponta que as categorias constroem imagens coniventes.<sup>213</sup> As classificações, portanto, assumem natureza dinâmica e ambivalente. Drotbohm e Winters destacam que "até as categorias com o mesmo nome podem assumir diferentes significados em lugares distintos".<sup>214</sup> Esse processo de categorização, sem dúvidas, não é um fenômeno espontâneo ou neutro.<sup>215</sup> As classificações são permeadas (e modeladas) pelos interesses políticos e morais, de acordo com o contexto em que estão inseridas.<sup>216</sup>

As categorizações que definem os corpos em movimento relacionam-se, sobretudo, com as perspectivas temporais e espaciais, mas não se limitam a isso.<sup>217</sup> Por exemplo, eventos como uma pandemia ou um desastre natural podem ocasionar a iminência de determinados fluxos migratórios. São processos voláteis e, muitas vezes, provisórios. O *status* migratório tende a relacionar-se com eventos específicos, intenções (ou ausência dela) e circunstâncias que permitem enquadrar determinado indivíduo em categorias legais. Essa "etiqueta" adere à identidade do imigrante gerando uma série de efeitos - tanto positivos quanto negativos.

Deste modo, surgem os binários como "refugiados/migrantes econômicos, qualificados/não qualificados, temporários/permanentes, regulares/irregulares, crianças/adultos".<sup>218</sup> Robertson aponta que, na Europa, parece prevalecer a dicotomia entre refugiados e imigrantes, enquanto nos Estados Unidos da América, chamam atenção as

---

<sup>211</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 51-52.

<sup>212</sup> DROTBOHM, Heike; WINTERS, Nanneke. The Event in Migrant Categorization: Exploring Eventfulness Across the Americas. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, v. 17, 2020, p. 5; ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 180.

<sup>213</sup> ZETTER [2007], op. cit., p. 173.

<sup>214</sup> DROTBOHM; WINTERS, op. cit., p. 5.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 3; ZETTER, Roger. Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity. *Journal of refugee studies*, v. 4, n. 1, 1991, p. 45.

<sup>216</sup> DROTBOHM; WINTERS, op. cit., p. 3; ZETTER [2007], op. cit., p. 180.

<sup>217</sup> DROTBOHM; WINTERS, op. cit., p. 3.

<sup>218</sup> ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. *Journal of Sociology*, v. 55, n. 2, 2019, p. 220.

discussões sobre regularidade e irregularidade.<sup>219</sup> As migrações na América Latina, por exemplo, possuem características próprias por, muitas vezes, serem definidas como deslocamentos irregulares e transitórios.<sup>220</sup> Também se demonstram como diversificadas e multidirecionais tanto em sua perspectiva intra-regional, quanto extra-continental.

Alguns corredores chamam mais atenção, como o fluxo da América Central à América do Norte, sobretudo em razão das rigorosas políticas migratórias nos países de recepção, como os Estados Unidos da América. Nesses fluxos latino-americanos, a gestão dos corpos migrantes, das fronteiras e do ingresso/retirada merecem destaque. Usualmente, os Estados optam por categorizar os imigrantes de acordo com critérios estatísticos e definidos de acordo com as circunstâncias, no entanto, as características pessoais dos indivíduos podem ser múltiplas ou variar ao longo do tempo, isto é, a motivação inicial para adquirir determinado *status* migratório pode mudar ou até mesmo desaparecer.<sup>221</sup> Esses processos ignoram a dinamicidade dos fluxos migratórios (tempo, espaço, relações e interseccionalidade) e optam por conceitos meramente legais. Na maioria dos casos, reduz-se às suas habilidades profissionais (qualificadas ou não), situação documental (irregular ou regular) e suas trajetórias (temporário ou permanente).<sup>222</sup>

Como define Robertson por meio do termo *status-making*, trata-se do "processo multidimensional no qual diferentes 'tipos' de migrantes são socialmente, culturalmente e politicamente categorizados em relação aos outros". Com esse conceito, o autor pretende ir além dos rótulos dicotômicos por meio da compreensão da experiência do imigrante, a partir do contexto complexo e diverso da mobilidade humana.<sup>223</sup> Deste modo, o conceito fixa-se a partir da perspectiva "*doubly intersectional*". Assim, existiriam duas camadas distintas, a saber: (i) a primeira, que relaciona o *status* jurídico com as facetas sociais de gênero, raça e classe; (ii) e a segunda, que problematiza a categoria legal em si, visto que a sua própria formação relaciona processos sociais, culturais, institucionais para além dos discursos jurídicos em si.<sup>224</sup> Assim, repensar as categorias migratórias também implica em repensar a multiplicidade da mobilidade humana, tanto em seu viés individual quanto coletivo.

---

<sup>219</sup> ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. *Journal of Sociology*, v. 55, n. 2, 2019, p. 222.

<sup>220</sup> DROTBOHM, Heike; WINTERS, Nanneke. The Event in Migrant Categorization: Exploring Eventfulness Across the Americas. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, v. 17, 2020, p. 7.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>222</sup> ROBERTSON, *op. cit.*, p. 220.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 222-223.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 225.

As categorias carregam consigo mais do que apenas a definição legal. É também uma construção discursiva e social do rótulo.<sup>225</sup> As taxonomias incluem conjuntos de valores e, muitas vezes, julgamentos, que estão além da esfera conceitual.<sup>226</sup> Como definido por Zetter, categorizar é um processo de (i) estereotipagem, (ii) controle e (iii) designação.<sup>227</sup> Explica-se essa tese, pois, (i) o primeiro é evidenciado ao agregar os indivíduos de suas subjetividades, os padronizar, os enquadrar em categorias bem definidas e transformar as suas histórias pessoais migratórias em *cases*;<sup>228</sup> (ii) em um segundo momento, a categorização permite controlar, isto é, designar o que pode ou não ser feito, e quais espaços e direitos são permitidos ou restringidos. Em categorias humanitárias, muitos recursos assistenciais são providos aos imigrantes, como casa, alimentação, higiene pessoal. Nestes casos, Zetter pontua que "esquemas que se pretendem oferecer autonomia a longo prazo, na verdade, de forma ambígua, criam ambientes de controle e dependência".<sup>229</sup>

Por último, (iii) a designação ocorre em processos burocráticos e não inclusivos. Supõe-se certa objetividade ao definir categorias, mas essa atividade não inclui os imigrantes, tampouco permite questionamentos.<sup>230</sup> Geralmente, essas definições ocupam o local de práticas institucionais difíceis de serem contestadas.<sup>231</sup> Assim, "o processo de desvincular o *case* das histórias pessoais para alcançar certa conformidade com os interesses estatais e institucionais representa o controle e a designação de certos tipos aceitáveis de *status* político".<sup>232</sup> Em 2007, Zetter reformulou algumas ideias lançadas em sua tese original (1991) e assinalou que a palavra *label*<sup>233</sup> seria mais significativa que categoria, designação ou *case*, por contemplar o processo de identificação e identidade.<sup>234</sup>

Como destacam Drotbohm e Winters, a categorização produz um duplo efeito a partir de diferentes perspectivas - tanto estatal quanto do imigrante. Em relação ao ponto de vista do Estado, "a categorização permite contar, monitorar e conduzir o movimento das pessoas"; por outro lado, aos migrantes "pode ser benéfica: reconhecimento, proteção e organização da

---

<sup>225</sup> ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. *Journal of Sociology*, v. 55, n. 2, 2019, p. 226; ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 186.

<sup>226</sup> ZETTER, Roger. Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity. *Journal of refugee studies*, v. 4, n. 1, 1991, p. 40; ROBERTSON, op. cit., p. 226.

<sup>227</sup> ZETTER [1991], op. cit., p. 44-45; ZETTER [2007], op. cit., p. 173.

<sup>228</sup> ZETTER [1991], op. cit., p. 44; ZETTER [2007], op. cit., p. 178.

<sup>229</sup> ZETTER [1991], op. cit., p. 55.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>231</sup> ROBERTSON, op. cit., p. 220.

<sup>232</sup> ZETTER [1991], op. cit., p. 59.

<sup>233</sup> Em tradução livre, etiqueta ou rótulo.

<sup>234</sup> ZETTER [2007], op. cit., p. 173.

continuidade da mobilidade, pelo menos momentânea".<sup>235</sup> Entretanto, o caráter provisório vulnera a condição de vida dos imigrantes, os trazendo instabilidade e insegurança. Muitas vezes, o *status* está condicionado ao evento (ou crise) e até mesmo aos interesses políticos do Estado.<sup>236</sup>

Entretanto, frequentemente, as categorias pré-existentes não são incompatíveis com a realidade dos imigrantes solicitantes. Deste modo, a natureza transitória assumida pela imigração faz com que as categorizações se apresentem como temporárias e, em muitos casos, assumam certo senso de excepcionalidade e urgência.<sup>237</sup> Essas novas etiquetas, fundadas sob os clamores humanitários, parecem conceder favores e não direitos.<sup>238</sup> Além disso, essas novas categorias fragmentam os *status* legais já existentes, e criam barreiras de acesso à regularização e à entrada.

Um exemplo sintomático dessa questão com caráter excepcional e temporário foi a criação do "visto humanitário" no Brasil, diante do iminente fluxo haitiano após o terremoto de 2010.<sup>239</sup> Embora não houvesse regulação própria no ordenamento jurídico doméstico, a categoria "acolhida humanitária" foi criada para recepcionar os imigrantes decorrentes da crise política, social e econômica no Haiti. Os principais objetivos dessa categoria inédita eram: (i) evitar a criação de precedentes ao estabelecer a categoria de deslocados/refugiados ambientais; (ii) evitar o reconhecimento da condição de refugiado aos casos que não observassem estritamente aos critérios da Convenção de 51 e do Protocolo de 67; e (iii) regularizar a estadia e a entrada de imigrantes haitianos indocumentados<sup>240</sup>. Ainda que do ponto de vista procedimental, o visto humanitário tenha facilitado os quesitos burocráticos, a acolhida humanitária tornou-se um exemplo para obstar o acesso dos imigrantes haitianos a outras formas protetivas, como o *status* de refugiado.<sup>241</sup>

Chimni, Robertson e Kennedy são enfáticos ao afirmar que as categorias jurídicas migratórias servem não somente para incluir, mas também para excluir.<sup>242</sup> Neste sentido, as

---

<sup>235</sup> DROTBOHM, Heike; WINTERS, Nanneke. The Event in Migrant Categorization: Exploring Eventfulness Across the Americas. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, v. 17, 2020, p. 15.

<sup>236</sup> ZETTER, Roger. Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity. *Journal of refugee studies*, v. 4, n. 1, 1991, p. 60.

<sup>237</sup> DROTBOHM; WINTERS, op. cit., p. 3.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 9. Apesar das críticas elencadas, reconhece-se a construção conceitual latino-americana em relação às novas "categorias" migratórias e o seu potencial protetivo em detrimento dos conceitos clássicos (tal qual o refúgio).

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>242</sup> CHIMNI, Bhupinder S. The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee studies*, v. 22, n. 1, 2009, p. 12; KENNEDY, David. Reassessing international humanitarianism: the dark sides. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 134;

reivindicações envolvendo a categoria "refúgio" reafirmam a disputa nas relações de poder e do conhecimento.<sup>243</sup> Deste modo, as transições entre as categorias de refugiados para migrantes forçados também servem a determinadas agendas hegemônicas.<sup>244</sup>

Assim como a criação brasileira da acolhida humanitária, *asylum seeker* também parece outra categorização que obsta o acesso ao refúgio. Zetter define a expressão de *asylum seeker* como "um rótulo *mainstream*, institucionalizado nos estatutos migratórios, políticas e práticas da maioria dos Estados europeus".<sup>245</sup> Esse tipo de categoria temporária não tem proteção específica no Direito Internacional. Dessa maneira, a existência de categorias como *asylum seekers* permite a criação de "instrumentos extraterritoriais de interdição", como o terceiro país seguro, retorno bilateral, repatriação, que criam barreiras burocráticas e institucionais de acesso ao "refúgio".<sup>246</sup>

Tais novas categorias temporárias também servem como "justificativa" para negar o pedido de reconhecimento da condição de refugiado.<sup>247</sup> De acordo com Zetter, "o rótulo refugiado tem oferecido potencial acesso; além de ser mais claro ao estabelecer os modos de entrada".<sup>248</sup> Enquanto, por outro lado, a ideia de "migração irregular" oferece a incerteza e a confusão para lidar com os fluxos migratórios. Deste modo, tem-se regulações diferentes para lidar com pessoas que estão sob riscos parecidos.<sup>249</sup>

Observa-se, portanto, que "tal exclusão é possibilitada pelo próprio sistema internacional de Estados soberanos e pelo Direito Internacional".<sup>250</sup> Assim, a suposta "reforma" ou atualização dos termos implica na remodelação do sujeito "Outro".<sup>251</sup> Chimni nota que a diferenciação e/ou alargamento das categorias migratórias é relevante para as instituições, sejam elas acadêmicas ou internacionais, em razão dos seus mandatos.<sup>252</sup> Na próxima subseção,

---

ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. *Journal of Sociology*, v. 55, n. 2, 2019, p. 223.

<sup>243</sup> CHIMNI, Bhupinder S. The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee studies*, v. 22, n. 1, 2009, p. 15. Esclarece-se que os autores Chimni e Hathaway estabelecem diálogos e posições, por vezes, distintas sobre o Direito Internacional dos Refugiados. Cf. CHIMNI, Bhupinder S. The geopolitics of refugee studies: A view from the South. *Journal of refugee studies*, v. 11, n. 4, 1998, p. 362-363.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>245</sup> ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 181.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 181-182.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>249</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 133.

<sup>250</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 61.

<sup>251</sup> CHIMNI, op. cit., p. 20.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 12.

pretende-se discutir as bases eurocêntricas da expressão refúgio e as implicações da sua modificação, conforme as necessidades dos "novos refugiados".

### 1.2.3 As reminiscências coloniais nas definições de refúgio, apatridia e migrações forçadas

Nesta subseção, pretende-se identificar o Direito Internacional dos Refugiados como produto cultural europeu, além de analisar as suas implicações históricas e contemporâneas. Observa-se que a criação da expressão "refúgio" está intimamente ligada às experiências europeias, sobretudo no pós-I Guerra Mundial.<sup>253</sup> Esse mecanismo foi articulado para regular o fluxo de pessoas russas e armênias entre 1917 e 1922, relacionadas aos deslocamentos causados pela Grande Guerra. Inclusive, o primeiro acordo sobre refugiados surgiu nesse contexto histórico, entre 1922 e 1926.<sup>254</sup> Como aponta Hathaway, "em vez de impor novas obrigações, os Estados europeus pretendiam que as primeiras convenções sobre refugiados regularizassem e coordenassem um dever moral de proteção recíproca já reconhecido por eles".<sup>255</sup>

Entre 1938 e 1950, a proteção assumiu novos contornos e dedicou-se aos refugiados da II Guerra Mundial. Também houve a transição da sua natureza, isto é, de uma proteção em bloco com fins humanitários tornou-se uma concepção mais individualizada, com foco mais seletivo.<sup>256</sup> Algumas entrelinhas dessa proteção devem ser destacadas. A primeira relaciona-se à ênfase nos direitos civis e políticos como parte da estratégia ocidental, e silenciamento dos direitos econômicos, sociais e culturais relacionados ao bloco socialista e ao Terceiro Mundo.<sup>257</sup> A segunda diz respeito às demarcações temporais e espaciais que excluía a maioria da população do globo do escopo da proteção do *refugee law*, como serão vistas a seguir.

Dentre os argumentos que defendiam a exclusiva proteção dos refugiados europeus, o primeiro afirmava que esse grupo precisava apenas de proteção internacional, sem que isso implicasse em qualquer assistência financeira direta e/ou material.<sup>258</sup> Ainda que esse argumento, alegado pelo delegado francês em Conferência na Organização das Nações Unidas, seja questionável, também houve outras representações que reagiram negativamente, com a possibilidade de conceder direitos aos refugiados de origens "desconhecidas".<sup>259</sup> Deste modo,

---

<sup>253</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 134.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 154.

o tratamento dos refugiados europeus seria a partir de uma convenção universal, enquanto as necessidades dos "refugiados não europeus" seriam acomodadas por mecanismos regionais e assistência humanitária de agências especializadas.<sup>260</sup>

Assim, em que pese nas palavras de Zetter o ponto de partida para o conceito de "refugiado" seja a Convenção de 1951,<sup>261</sup> observa-se, como demonstrado anteriormente, que o contexto histórico permite identificar origens europeias nesse conceito antes mesmo da existência do tratado universal. Após 1951, o Direito Internacional dos Refugiados tem sido conduzido pela tradição do positivismo jurídico.<sup>262</sup> Deste modo, alguns pontos devem ser destacados: (i) a proteção dos refugiados é desenhada a partir de uma seleção extremamente seletiva dos critérios e articulada pelo Ocidente; e (ii) o controle do processo de reconhecimento da condição de refúgio é feita pelas autoridades estatais, logo, permite que os critérios sejam articulados com base nos interesses nacionais.<sup>263</sup>

Esses pontos derivam das influências europeias no Direito Internacional, bem como a atuação da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), por meio da gramática supostamente neutra do humanitarismo.<sup>264</sup> Chimni compreende o humanitarismo como "conjunto de práticas materiais e culturais, que objetivam a promoção do bem-estar humano".<sup>265</sup> Neste sentido, é difícil desvincular o contexto histórico existente entre o imperialismo, colonialismo e ações humanitárias, conforme abordado nas seções anteriores. As práticas humanitárias contemporâneas também parecem cumprir políticas de civilização e incorporação do projeto colonial.<sup>266</sup>

Dentre as principais críticas aos elementos nucleares do refúgio, está a exclusão da realidade dos refugiados do Terceiro Mundo. Como Chimni aponta, as limitações da Convenção de 1951 perderam sua relevância e utilidade para a realidade ao longo dos anos, mas continuam a ser aplicadas.<sup>267</sup> Os "refugiados" do Terceiro Mundo já existiam quando a Convenção de 1951 estava sendo discutida, no entanto, não foram considerados.<sup>268</sup> Nos anos seguintes à entrada em

---

<sup>260</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 156.

<sup>261</sup> ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 176.

<sup>262</sup> CHIMNI, Bhupinder S. The geopolitics of refugee studies: A view from the South. *Journal of refugee studies*, v. 11, n. 4, 1998, p. 352.

<sup>263</sup> HATHAWAY, op. cit., p. 144.

<sup>264</sup> CHIMNI [1998], op. cit., p. 353.

<sup>265</sup> CHIMNI, Bhupinder S. The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee studies*, v. 22, n. 1, 2009, p. 20.

<sup>266</sup> CHIMNI [2009], op. cit., p. 22.

<sup>267</sup> CHIMNI [1998], op. cit., p. 353.

<sup>268</sup> CHIMNI [1998], op. cit., p. 355; HATHAWAY, op. cit., p. 162.

vigor do tratado, a categoria foi supostamente reconstruída para ser utilizada a favor dos interesses dos países hegemônicos durante a Guerra Fria (refugiados eram os brancos, homens e anticomunistas).<sup>269</sup> Os Estados Unidos da América assumiram que as pessoas provenientes do bloco comunista se encaixavam no conceito legal de "*fear of persecution*".<sup>270</sup>

Posteriormente, após a queda do muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, o regime de *non-entrée* foi institucionalizado para barrar a entrada de solicitantes do reconhecimento da condição de refúgio do Sul Global.<sup>271</sup> Deste modo, justifica-se a negativa, alegando que alguns lugares já estão cheios demais, enquanto outros ainda estão vazios.<sup>272</sup> E aos refugiados reconhecidos, lhes são cabíveis três "soluções": o reassentamento em país terceiro, a integração local ou a repatriação voluntária.<sup>273</sup> Hathaway defende, portanto, que existe um conceito duplo que permeia o papel da *refugee law*. O primeiro é que a competência do ACNUR foi alargada para atender as necessidades dos refugiados e demais imigrantes em condições semelhantes, localizados, sobretudo, no Terceiro Mundo. E o segundo seria que o Protocolo de 1967, embora formalmente universalizasse o conceito de refúgio por meio da superação dos limites temporais e geográficos, ainda continua excluindo os "refugiados do Terceiro Mundo" e suas necessidades.<sup>274</sup>

Chimni parece concordar com a premissa que existe uma crise do Direito Internacional dos Refugiados atualmente.<sup>275</sup> A principal manifestação dessa suposta crise seria nas políticas restritivas nas fronteiras do Norte Global (*non-entrée regime*). O jurista propõe um modelo dialógico ao invés da manutenção da tomada de decisões unilaterais pelos Estados hegemônicos e pelo ACNUR.<sup>276</sup> O modelo dialógico seria composto pela cooperação entre Estados, organizações não-governamentais (ONGs), acadêmicos, ACNUR e os próprios refugiados(as). O diálogo seria estabelecido em bases institucionais. Chimni pontua a necessidade de coalizão dos países do Sul Global a fim de desobstruir as barreiras imperialistas.<sup>277</sup> Além disso, critica a

---

<sup>269</sup> CHIMNI, Bhupinder S. The geopolitics of refugee studies: A view from the South. *Journal of refugee studies*, v. 11, n. 4, 1998, p. 356; CHIMNI, Bhupinder S. The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee studies*, v. 22, n. 1, 2009, p. 17; ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 191 .

<sup>270</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 150.

<sup>271</sup> CHIMNI [1998], op. cit., p. 357.

<sup>272</sup> Ibid., p. 359.

<sup>273</sup> Ibid., p. 363.

<sup>274</sup> HATHAWAY, op. cit., p. 165.

<sup>275</sup> CHIMNI, Bhupinder S. Reforming the international refugee regime: a dialogic model. *Journal of Refugee Studies*, v. 14, n. 2, 2001, p. 151.

<sup>276</sup> Ibid., p. 151-152.

<sup>277</sup> Ibid., p. 155.

atuação pragmática do próprio ACNUR ao não ter autonomia plena, em razão das doações orçamentárias feitas pelos países do Norte Global.<sup>278</sup>

Ainda que o modelo dialógico e mais participativo seja uma alternativa do Sul Global apresentada por Chimni, Zetter aponta que o refúgio - em sua concepção clássica (Convenção de 51) - parece ser vista como privilégio.<sup>279</sup> Embora se reconheça a existência de instrumentos regionais, como a *Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África* (1969) e a Declaração de Cartagena de 1984 no continente americano, ambos documentos refletem as especificidades regionais com aplicação local. Eles foram adotados com o intuito de ampliar o escopo dos critérios de reconhecimento da condição de refugiado a partir das tradições dessas regiões, mas nem sempre parecem ter a mesma efetividade que a Convenção universal.<sup>280</sup>

Assim, constroem barreiras de acesso ao refúgio por meio da criação de categorias temporárias para acomodar grupos de imigrantes. Deste modo, ainda que novas teorias como os estudos sobre "*forced migrants*" ou "*mixed migration*"<sup>281</sup> contemplem as complexidades das migrações contemporâneas, elas também reduzem o escopo de proteção da Convenção de 51 e do Protocolo de 67, que são os únicos tratados protetivos com ampla ratificação no campo das migrações internacionais.<sup>282</sup> Como sustenta Araújo, "é a fragmentação conceitual que cria a mistura [*mixed migrations*], e não o contrário. Os fluxos migratórios são todos formados por pessoas migrantes, não são 'mistos' por sua natureza, mas sim pela divisão (artificial e excessivamente fragmentária) que os especialistas criaram".<sup>283</sup>

Outra concepção desafiadora que também remonta ao legado colonial é a ausência de nacionalidade ou apatridia. Ainda que houvesse muitas semelhanças entre os refugiados e apátridas, esses últimos não foram contemplados exclusivamente pela Convenção de 1951. No contexto das negociações da Convenção de 1951, houve embates em relação à proteção das pessoas apátridas. Por fim, apenas os *refugiados* foram protegidos, e aos apátridas foi

---

<sup>278</sup> CHIMNI, Bhupinder S. Reforming the international refugee regime: a dialogic model. *Journal of Refugee Studies*, v. 14, n. 2, 2001, p. 160-162; ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 194.

<sup>279</sup> ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 184.

<sup>280</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 176.

<sup>281</sup> ZETTER, op. cit., p. 189; CRAWLEY, Heaven; SKLEPARIS, Dimitris. Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 44, n. 1, 2018, p. 4.

<sup>282</sup> ZETTER, op. cit., p. 189.

<sup>283</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 178.

resguardado um regime jurídico próprio.<sup>284</sup> A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 configura-se como instrumento próprio para tal. Neste contexto, "não possuir nenhuma nacionalidade é uma anomalia, pois implica ser um estrangeiro, um *outsider*, em qualquer lugar do planeta".<sup>285</sup> Ambas as construções, tanto apatridia quanto refúgio, possuem origens eurocêntricas,<sup>286</sup> pois foram discutidas, negociadas e positivadas em arenas nas quais as vozes europeias se sobressaíram.

Deste modo, Crawley e Skleparis sugerem que as experiências e as motivações transitam no tempo e espaço que extrapolam os critérios fixos feitos pelas categorias legais institucionais. Entender como ocorre esse dinamismo nas trajetórias também auxiliaria a identificar novas possibilidades para compreender os processos migratórios, conforme se verá a seguir.<sup>287</sup>

#### 1.2.4 A mobilidade humana a partir de olhares amplos e múltiplos

Segundo Castles, "o debate sobre migração-mobilidade pode ser inserido num discurso político". O autor demonstra que as políticas migratórias tendem a adotar medidas de curto prazo para solucionar os "problemas" causados pela migração.<sup>288</sup> Neste sentido, o controle fronteiriço e as leis rígidas são articulados como barreiras ao ingresso de determinados imigrantes nos países de recepção. Entretanto, o sentimento de indesejável não se apresenta da mesma maneira para todos os imigrantes. Comumente, a mão de obra qualificada - sobretudo, do Norte Global - é considerada positiva e, por outro lado, as migrações forçadas ou refugiados são indesejados.<sup>289</sup> Deste modo, "o problema não é a migração em si, mas sim as condições de desigualdade sob as quais muitas das migrações Sul-Norte se realizam".<sup>290</sup>

Tendo em vista tal complexidade, torna-se desafiador construir uma teoria uníssona em relação às migrações. Alguns dos motivos elencados por Castles serão explorados neste estudo, como: (i) interdisciplinariedade; (ii) fragmentação em relação ao tempo e espaço; e (iii)

<sup>284</sup> HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990, p. 146-147.

<sup>285</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 181.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>287</sup> CRAWLEY, Heaven; SKLEPARIS, Dimitris. Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 44, 2018, p. 8.

<sup>288</sup> CASTLES, Stephen. Entendendo a migração global: uma perspectiva desde a transformação social. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 18, n. 35, 2010, p. 14.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 17.

interesses das agendas políticas e institucionais. Em relação à interdisciplinaridade, (i) mostra-se que as migrações não pertencem apenas a um único campo do conhecimento, tampouco pretende-se consensual. Assim, múltiplas ferramentas analíticas podem ser utilizadas. Como aponta Castles, "o viés disciplinar tem geralmente significado uma abordagem reducionista".<sup>291</sup> Deste modo, o estímulo ao diálogo entre as múltiplas disciplinas permite alcançar maior amplitude em análises migratórias.

Quanto às fragmentações, (ii) se também refere ao alto grau de especialização nos estudos de determinadas categorias, isto é, existem inúmeros subcampos na migração, que dificilmente dialogam entre si. Portanto, além de fomentar a monocausalidade, também dissociam os deslocamentos às suas verdadeiras causas múltiplas e históricas.<sup>292</sup> De acordo com Zetter, muitos países assumem a perspectiva a partir da visão assimilacionista e do modelo monocultural de integração para responder o tratamento ao "Outro";<sup>293</sup> no mesmo sentido, (iii) os interesses das agendas políticas e institucionais tendem a adotar soluções simplistas de curto prazo aos "problemas" causados pelos fluxos migratórios. A partir dessa lógica, surgem políticas que estimulam determinados migrantes e rechaçam outros grupos. Adota-se a lógica das relações de "custo-benefício", bem como há uma preocupação com a assimilação dos imigrantes na sociedade de recepção.<sup>294</sup>

Pelo viés dos imigrantes, sobretudo aqueles categorizados como indocumentados, tende-se a evitar o contato com as autoridades estatais por receio do rechaço e de medidas compulsórias de saída. Como Araújo alerta, "o migrante busca a invisibilidade, busca não ser reconhecido no espaço de jurisdição do Estado porque, paradoxalmente, somente enquanto ser invisível tem sua presença - talvez semi-presença - garantida".<sup>295</sup>

O objetivo desta subseção *A mobilidade humana além das categorias legais como objeto de análise* foi justificar a aplicação de um "amplo marco conceitual, capaz de auxiliar a integração das análises de processos migratórios específicos [...]".<sup>296</sup> Como Castles destaca, "um marco conceitual precisa ser capaz de acomodar todos os fatores e interações que formam um determinado processo migratório". No entanto, nenhuma definição está livre de

<sup>291</sup> CASTLES, Stephen. Entendendo a migração global: uma perspectiva desde a transformação social. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 18, n. 35, 2010, p. 19.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>293</sup> ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 187.

<sup>294</sup> CASTLES, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>295</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 55.

<sup>296</sup> CASTLES, *op. cit.*, p. 27-28.

ambiguidades, "a falta de coerência [...] pode ser um indicador de lacunas de conhecimento e de áreas de pesquisa, mas pode também demonstrar a necessidade de revisão do marco conceitual".<sup>297</sup>

Deste modo, essa seção discutiu o fenômeno da seletividade estatal a partir de marcadores ambivalentes, como o passaporte e as categorias migratórias. Essa tentativa buscou justificar a escolha metodológica pela análise da jurisprudência interamericana em mobilidade humana e/ou migrações em sentido amplo, ao invés de estudos específicos sobre as decisões temáticas por categorias como refúgio ou apatridia. Assim, evita-se a ideia da "fragmentação pós-moderna do conhecimento, baseada na ideia de que tudo é específico e que não há tendências sociais amplas ou padrões institucionais".<sup>298</sup>

Os domínios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados fomentam a relativização das fronteiras e a imagem supostamente "protetiva" do Direito Internacional Público.<sup>299</sup> Entretanto, no próximo capítulo pretende-se discutir sobre as implicações do uso da gramática dos direitos humanos. Como ressalta Araújo, "hoje, na era dos direitos humanos, os novos migrantes demandam por status igualitário. Mas a linguagem dos direitos não parece adequada a todas as demandas por igualdade de modo eficiente".<sup>300</sup>

Neste sentido, em um primeiro momento, o capítulo 2 pretende identificar os direitos humanos como produto situado a partir da Europa e exportado ao restante do mundo como universal. Posteriormente, verifica como ocorrem as tensões entre o universal e o particular em espaços institucionalizados, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **2. A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS E AS TENSÕES ENTRE O UNIVERSAL E O PARTICULAR**

Os direitos humanos não surgiram no vácuo. É necessário localizar em tempo e espaço o surgimento dessa gramática, que posteriormente foi exportada como universal ao mundo. Esse é o objetivo da primeira parte deste capítulo: situar os direitos humanos em duas perspectivas, isto é, a primeira como um produto cultural europeu, e a segunda como uma ferramenta estratégica utilizada por alguns juristas do continente americano, a partir do pan-

---

<sup>297</sup> CASTLES, Stephen. Entendendo a migração global: uma perspectiva desde a transformação social. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 18, n. 35, 2010, p. 28.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>299</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 173.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 62.

americanismo. Essas diferentes lentes pretendem evidenciar as múltiplas narrativas que coexistiram no tempo. Na segunda parte deste capítulo, analisam-se as interações entre o particular e o universal, sobretudo sob o ponto de vista do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A análise pretende identificar como se dão os diálogos judiciais (e por vezes, monólogos) entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

## ***2.1 O local de enunciação e o local de recepção dos direitos humanos: os diálogos entre o regional e o universal***

A primeira parte do capítulo apresenta duas narrativas sobre os direitos humanos, sem prejuízo da existência de tantas outras. Em um primeiro momento, a subseção "*A geolocalização dos direitos humanos como produto cultural europeu*" investiga a universalidade a partir da sua criação geolocalizada, sobretudo, no continente europeu. Para explicar esse fenômeno, foram utilizadas as lições críticas de Baxi e Mutua. Na segunda parte, "*A acomodação e reivindicação latino-americana ao Direito Internacional: entre universalismos e particularismos*", o foco volta-se para o Sul Global, especificamente, no continente americano. Na terceira parte, "*Os direitos humanos no continente americano e as raízes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*", o objetivo será demonstrar como a gramática dos direitos humanos foi articulada em um contexto de pan-americanismo. Essas subseções evidenciam a existência de múltiplas (e coexistentes) narrativas sobre os direitos humanos, que reiteradamente são silenciadas pela voz uníssona da *mainstream*.

### *2.1.1 A geolocalização dos direitos humanos como produto cultural europeu*

A análise detida da concepção de direitos humanos como produto cultural europeu faz-se necessária em razão dos impactos que a universalidade possui na vida de migrantes, refugiados e apátridas. Nas palavras de David Sánchez Rubio, "o reconhecimento de direitos se põe entre parênteses, se molda e condiciona, sendo o tratamento distinto, desigual e assimétrico".<sup>301</sup> A universalidade possui consequências nos deslocamentos internacionais, pois "o universal se dilui em função da nacionalidade e da procedência geográfica, limitando a

---

<sup>301</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 183.

entrada ou precarizando o reconhecimento de direitos internos àqueles que vieram de fora".<sup>302</sup> Assim, o universal pretende-se inclusivo em suas concepções formais, mas estabelece entraves de classe, idade, etnia e de gênero no plano fático.

Badaru apresenta as potenciais contribuições das TWAIL como ferramentas analíticas para o estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>303</sup> A primeira trata da transdisciplinaridade, isto é, o engajamento com outras disciplinas essenciais à área de estudo específica. A segunda diz respeito ao uso da perspectiva histórica para além da mera abordagem textual e institucional.<sup>304</sup> Assim, sob o viés das TWAIL, a análise é atravessada por elementos históricos, tais como o encontro colonial entre os europeus e não europeus, o qual reverbera nas instituições e nas normas até hoje.

Outra contribuição analítica das TWAIL é evidenciada através da compreensão dos limites do campo jurídico, ou seja, questões econômicas e sociais também colaboram para violação de direitos, e diante da ausência de políticas públicas para superar desigualdades, os direitos humanos continuarão sendo violados.<sup>305</sup> Essa limitação permite questionar as tentativas de enunciar todo e qualquer problema social e humano na linguagem dos direitos humanos.<sup>306</sup> Como Baxi pontua, "a conversão de necessidades em direitos, por mais problemática que seja, é a marca dos direitos humanos contemporâneos".<sup>307</sup>

No seio dessa crítica, o discurso dos direitos humanos, por sua vez, reiteradamente tem sido explorado pelos(as) autores(as) TWAILers, como Baxi e Mutua, os quais terão suas teses apresentadas nesta subseção. Essas discussões são pautadas na identificação da relação entre os direitos humanos, a universalidade e o Estado-centrismo. Pahuja pontua que o universal, a partir da perspectiva hegemônica, parte do pressuposto que o que está sendo universalizado já é universal. A circularidade paradoxal, explicada no primeiro capítulo, repete-se no sentido de que não há consenso. Há apenas emissor e receptor. E o conteúdo difundido é revestido pela "capa de legalidade".<sup>308</sup>

---

<sup>302</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 183-184.

<sup>303</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 382.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 384; KENNEDY, David. Reassessing international humanitarianism: the dark sides. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 133.

<sup>306</sup> BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 11; BAXI, Upendra. Too many, or too few, human rights. *Human Rights Law Review*, v. 1, 2001, p. 1.

<sup>307</sup> Tradução nossa. Cf. BAXI [1998], *op. cit.*, p. 11; BAXI [2001], *op. cit.*, p. 3.

<sup>308</sup> A "capa de legalidade" diz respeito à legitimidade do conteúdo difundido pelos europeus. PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 466.

Situar as origens, a genealogia ou a invenção dos "direitos humanos" não é uma tarefa fácil. A historiografia da disciplina demonstra que os debates não são homogêneos.<sup>309</sup> Muitas narrativas sobre o "começo" dos direitos humanos, portanto, coexistem. Parte da literatura *mainstream*, por exemplo, localiza a criação dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH). Entretanto, esse "ponto de partida" também é hegemônico, por adotar a visão onusiana, e não será estritamente adotado neste estudo. Ainda que resguardado o potencial anacronismo advindo da flexibilidade do conceito, é necessário resgatar o contexto histórico que pavimentou a construção dos direitos humanos em solo europeu, como demonstrado a seguir.

Tornar paroquial o papel europeu na criação da disciplina é fundamental, pois a partir dessa geolocalização demonstram-se as particularidades na criação dos direitos humanos, que foram exportadas ao restante do mundo. Em retrospectiva histórica, é possível perceber que as primeiras garantias, posteriormente positivadas como direitos, atendiam à proteção da burguesia contra a autoridade monárquica. Naquele momento, portanto, as prioridades eram o resguardo da propriedade privada e das liberdades individuais.<sup>310</sup> No entanto, essa proteção específica aos anseios europeus foi exportada aos demais países. Essa exportação aconteceu sob o manto da universalidade, isto é, "o sujeito de direitos humanos é abstrato e vazio e perde sua identidade concreta com sua condição de classe, gênero e características étnicas (...) abstrato, sem história e sem contexto".<sup>311</sup> Entretanto, esse vazio é ocultamente preenchido pelo localismo hegemônico.<sup>312</sup>

Mesmo que ciente da coexistência de múltiplas narrativas, é possível demonstrar aquelas comumente difundidas pela *mainstream*.<sup>313</sup> Alston as nomeia como *linear progress narratives* e *precise timeframe theories*. Deste modo, na história linear e unidirecional dos direitos humanos, de forma simplista, a Carta Magna e as Revoluções Francesa e Inglesa desempenharam o papel de pavimentar os primórdios da construção da disciplina e introduzi-

---

<sup>309</sup> ALSTON, Philip. Does the Past Matter - On the Origins of Human Rights. *Harvard Law Review*, vol. 126, no. 7, 2013, pp. 2043-2082.

<sup>310</sup> RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a, p. 263; BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 34; BARRETO, José-Manuel. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 157.

<sup>311</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 194-195.

<sup>312</sup> RUBIO, op. cit., p. 195.

<sup>313</sup> ALSTON, op. cit., p. 2063.

la na Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1789.<sup>314</sup> Posteriormente, após o Holocausto da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também foi simbólica nessa construção. José-Manuel Barreto indica que a primeira declaração coroou a modernidade, enquanto a segunda materializou a sua crise e declínio.<sup>315</sup> Essa narrativa é geolocalizada nas experiências regionais da Europa, mas legitimou os europeus como enunciadores dos direitos humanos.<sup>316</sup> Deste modo, "a burguesia reivindicou direitos circunscritos a *uma* forma de ser homem ou humano".<sup>317</sup>

O próprio termo "direitos humanos" carrega consigo inúmeras problemáticas, desde a sua criação até a sua aplicação.<sup>318</sup> Baxi expõe duas representações da discursividade dos direitos humanos: a moderna e a contemporânea. A primeira seria composta por fronteiras hierárquicas, estrutura excludente e determinadas formas de manifestação (o que pode e o que não pode ser normatizado). Essencialmente, o paradigma moderno foi fundado pela ideologia liberal e caracterizado pelas vozes eurocêtricas e estadocêtricas.<sup>319</sup> A segunda, por sua vez, coincide com o discurso subalterno, ou seja, a prática discursiva constitui-se uma realidade social. Os direitos humanos "contemporâneos" pretendem-se inclusivos, isto é, construídos a partir das articulações entre a sociedade civil (ONGs e movimentos sociais) e os Estados.<sup>320</sup>

Nesta concepção de Baxi, os direitos humanos sob o viés moderno perpetuam diversas formas de exclusão. A primeira e principal delas se concentra no questionamento de "quem é humano?".<sup>321</sup> Como aponta Walter Mignolo, os "humanos" protegidos pelos direitos humanos excluem a maioria da população mundial.<sup>322</sup> A construção ontológica dos direitos humanos suprimia, em suas fases iniciais, os escravos, pagãos, povos colonizados, estrangeiros e minorias (mulheres, crianças, deficientes físicos e mentais). A segunda exclusão manifesta-se

---

<sup>314</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 135.

<sup>315</sup> BARRETO, José-Manuel. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 142; RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 186, 195.

<sup>317</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, *op. cit.*, p. 187.

<sup>318</sup> BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 4.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 4; RUBIO, *op. cit.*, p. 186-187.

<sup>320</sup> BAXI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>322</sup> MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 44; RUBIO, *op. cit.*, p. 187-188.

por meio do cristianismo, o qual tornou-se ponto de referência religiosa e moral.<sup>323</sup> A narrativa era formada pela crença de que existia apenas um Deus e a Bíblia era o instrumento de enunciação do cristianismo na Terra. Deste modo, os cristãos eram os emissores do sagrado e do profano.<sup>324</sup> Como mostra Mignolo, "no final do século XVII, o ser 'humano' identificava-se mais com a burguesia do que com o cristianismo, mas ser cristão não desapareceu, permaneceu como referência".<sup>325</sup>

A partir dessa concepção, a não-humanidade conferia autonomia para que "o Outro" fosse explorado e comercializado.<sup>326</sup> Assim, "o Outro era o estranho e um exilado à linguagem e lógica dos direitos humanos que estavam sendo moldados, lentamente, mas certamente, no e para o Ocidente".<sup>327</sup> O colonialismo e o imperialismo operaram um papel imprescindível na propagação da narrativa racista de raças superiores (europeias) e raças inferiores (não europeus). Mignolo destaca que "a ideia de homem e humano é controlada por certas categorias de pensamento impregnadas das histórias e experiências regional e particular".<sup>328</sup> Assim, os direitos conferidos aos determinados e específicos humanos também correspondiam às necessidades eurocêntricas.

O paradigma contemporâneo dos direitos humanos, por sua vez, supostamente baseia-se na linguagem de direitos em prol das vozes de resistência. Busca-se, assim, enunciar os anseios específicos e identitários das redes que erguem os movimentos sociais. Ainda que essa representação pareça ser mais otimista que o paradigma moderno, Baxi chama atenção para a necessidade de "direitos humanos responsivos e o relativismo responsável, os quais interroguem o paradigma contemporâneo dos direitos humanos nas suas infundáveis renegociações das suas próprias bases".<sup>329</sup> Nestes mesmos moldes, também critica-se que as práticas empresariais globais enfraquecem os avanços normativos dos movimentos sociais.<sup>330</sup> É imperativo não esquecer que a gramática dos direitos humanos pretende operar de forma a

---

<sup>323</sup> MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 46; KENNEDY, David. A new stream of international legal scholarship. *Wisconsin International Law Journal*, v. 07, n. 01, 1988, p. 22-25; RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 189.

<sup>324</sup> MIGNOLO, op. cit., p. 47.

<sup>325</sup> Tradução nossa. Cf. Ibid., p. 53.

<sup>326</sup> BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 7; .

<sup>327</sup> Tradução nossa. Cf. Ibid., p. 7; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 85.

<sup>328</sup> Tradução nossa. Cf. MIGNOLO, op. cit., p. 48.

<sup>329</sup> Tradução nossa. Cf. BAXI, op. cit., p. 22.

<sup>330</sup> Ibid., p. 35.

minimizar o sofrimento humano.<sup>331</sup> Portanto, em contraste com o paradigma moderno, que impôs a crueldade como forma de buscar o progresso humano, a perspectiva contemporânea problematiza o sofrimento humano e suas formas de perpetuação, segundo a visão de Baxi.<sup>332</sup>

Pahuja também apresenta reflexões no sentido de que seja qual for o conteúdo normativo ou os fundamentos filosóficos, haverá busca por autoridade para sustentar o sistema. Deste modo, questiona se, mesmo com a refundação dos direitos humanos, "seria possível escapar da violência originária da construção de um sujeito de direito, e posteriormente do Outro".<sup>333</sup> Ainda que resguardadas as críticas a essa proposição, Pahuja pontua que o processo de reexame e/ou refundação também passaria por silenciar e oprimir outras vozes.

Deste modo, Baxi também apresenta as críticas em relação aos direitos humanos "contemporâneos", entre elas: (i) a autoria da produção dos direitos humanos; (ii) a política da universalidade e as políticas de identidade/diferença; e (iii) as questões de relativismo e multiculturalismo.<sup>334</sup>

Em relação à (i), autoria da produção dos direitos humanos, potencialmente, essa produção desenfreada também afasta a enunciação dos direitos humanos do sujeito violado, isto é, a participação ativa do próprio protagonista. O sofrimento humano perde-se nas entranhas das resoluções linguísticas - por vezes, neutra, racional e universal.<sup>335</sup> Baxi chama atenção para que "o pilar da emancipação [não] transforme-se no pilar da regulação".<sup>336</sup> Anghie também pontua que a perspectiva dos direitos humanos é paradoxal em razão da perpetuação cíclica da violência do Norte Global: "enquanto proclamam mais direitos humanos, os EUA persistem em violá-los, enquanto buscam prevenir o terrorismo, tem-se gerado mais violência".<sup>337</sup>

Koskeniemi destaca que os direitos humanos se tornaram os direitos positivados. Deste modo, são dependentes da ação legislativa para serem normatizados, além de ficarem à mercê da política para regularem quais direitos os Estados devem respeitar ou não.<sup>338</sup> Assim, "tal como outras partes do Estado de Direito, os direitos humanos tornaram-se uma política". Por fim,

---

<sup>331</sup> BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 10.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 10; 32-33.

<sup>333</sup> Tradução nossa. Cf. PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 468.

<sup>334</sup> Ver: BAXI, op. cit., p. 11-ss.

<sup>335</sup> BAXI, Upendra. Too many, or too few, human rights. *Human Rights Law Review*, v. 1, 2001, p. 2; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 89.

<sup>336</sup> Tradução nossa. Cf. BAXI [1998], op. cit., p. 16.

<sup>337</sup> Tradução nossa. Cf. ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006, p. 751.

<sup>338</sup> KOSKENIEMI, Martti. Human rights mainstreaming as a strategy for institutional power. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 1, n. 1, 2010, p. 4.

converte-se em mais um vocabulário para o Ocidente.<sup>339</sup> Isso permite que "os atores políticos sejam sempre capazes de vestir suas reivindicações na gramática dos direitos".<sup>340</sup> E também possibilita que os direitos sejam negociados politicamente.

Como parte dessa negociação, encontram-se, por exemplo, os embates sobre o terrorismo e as garantias dos direitos de liberdade de expressão e a segurança nacional, que culminam na discussão entre os direitos individuais e os direitos coletivos.<sup>341</sup> Em sentido semelhante, Okafor coloca que coexistem continuidades e descontinuidades na história, de modo que eventos que representam uma suposta ruptura (como a narrativa criada em torno do 11 de setembro de 2001) são justificativas para persuasão em massa.<sup>342</sup> O autor exemplifica a natureza de "excepcionalidade" conferida aos ataques da Al-Qaeda para construir políticas estadunidenses imperialistas, assim como os europeus alegaram tal novidade ao encontrar os povos indígenas nas Américas, isto é, "um problema que requer uma solução".<sup>343</sup>

David Kennedy também chama atenção para o foco exacerbado conferido à esfera pública. Muitas vezes, os direitos humanos concentram-se na atuação nacional como uníssona e livre de influências privadas. Geralmente, esquecem-se dos bastidores das alianças entre os governos e as corporações, bem como a influência privada na Administração Pública, por meio de lobby e corrupção, como aponta Chimni.<sup>344</sup>

Quanto à (ii), política da universalidade, Rubio pontua que é necessária a tomada de consciência que "os direitos humanos ocidentais são uma forma dentre tantas outras na luta pela dignidade",<sup>345</sup> ou seja, "todas as culturas possuem diversas concepções de dignidade humana, mas nem todas elas se concebem na forma dos direitos humanos".<sup>346</sup> Existem muitas outras formas de manifestação a partir da heterogeneidade e pluralidade de formas de manifestação social. No mesmo sentido, a universalidade apaga as nuances interseccionais, heterogeneidade e multiplicidade de formas de ser e existir/resistir.

---

<sup>339</sup> Tradução nossa. Cf. KOSKENNIEMI, Martti. Human rights mainstreaming as a strategy for institutional power. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 1, n. 1, 2010, p. 4.

<sup>340</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 5.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>342</sup> OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TWAAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, p. 187-188.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 187-188.

<sup>344</sup> KENNEDY, David. Reassessing international humanitarianism: the dark sides. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 136; CHIMNI, Bhupinder S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004, p. 4.

<sup>345</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 205.

<sup>346</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 205.

Neste contexto, a super-produção de normas de direitos humanos traz consigo algumas reflexões. Questionam-se, portanto, o valor, os custos, o significado e a utilidade dessa inflação normativa. Reflete-se ainda sobre as implicações da qualidade do que se está produzindo, a fim de evitar uma produção alienada de normas de direitos humanos.<sup>347</sup> Assim, o excesso ocasiona uma sobrecarga da gestão e também do cumprimento dessas normas.<sup>348</sup>

No que tange à (iii), as questões de relativismo e multiculturalismo, atenta-se, portanto, a imposição do Norte Global como "um exercício altruísta para as sociedades do Terceiro Mundo pouco iluminadas na sua tentativa histórica de auto-governança democrática".<sup>349</sup> Há preocupação legítima em relação à continuidade das meta-narrativas globais que serviram às tradições hegemônicas e, atualmente, apenas apresentam-se em uma nova roupagem.

Deste modo, os países terceiro-mundistas sofrem com as experiências de acomodação nos modelos hegemônicos perpetrados por meio da retórica da universalidade, interdependência, indivisibilidade e inalienabilidade dos direitos humanos. A gramática dos direitos humanos é exportada como "racional, neutra, objetiva e *justice-seeking*".<sup>350</sup> Essa exportação normativa também compromete a qualidade e a eficiência da plena aplicação das normas.<sup>351</sup>

Makau Mutua, por sua vez, teoriza o movimento de direitos humanos por meio da construção metafórica tridimensional intitulada como "selvagens-vítimas-salvadores" (SVS, acrônimo para *savages-victims-saviors* em inglês). A primeira dimensão seria dos selvagens, os quais possuem características exóticas e vivem sob a barbárie. A segunda dimensão é do salvador, isto é, seriam os direitos humanos - o *human rights corpus*. E a terceira seriam as vítimas, ou seja, as pessoas que tiveram seus direitos violados.<sup>352</sup>

O primeiro prisma direciona-se, sobretudo, às culturas distintas dos projetos culturais ocidentais. Neste caso, as culturas locais seriam vistas como práticas exóticas e peculiares, que devem ser assimiladas pela cultura universal dos direitos humanos. No entanto, a universalidade é a narrativa da cultura particular dos países do Norte Global.<sup>353</sup> Como exemplo, Mutua cita

---

<sup>347</sup> BAXI, Upendra. Too many, or too few, human rights. *Human Rights Law Review*, v. 1, 2001, p. 1.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 3; ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 86.

<sup>350</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 384.

<sup>351</sup> RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a, p. 265; BAXI, op. cit., p. 3.

<sup>352</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 10-11.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 23.

que o acesso à justiça nos moldes universais e valores liberais é composto pela igualdade processual e pelo devido processo legal. Essas obrigações implicam uma sociedade sob os auspícios da separação dos três poderes e independência judicial, isto é, protótipos ocidentais.<sup>354</sup> Essa gramática específica limita outras formas de resolução de conflitos, que diferem da via administrativa-judicial.

A construção da imagem do "selvagem" é fundamental para a legitimação de certos mitos culturais (por exemplo, a mutilação feminina em alguns ritos de passagem em países como o Quênia, na África).<sup>355</sup> O "Outro" e suas práticas culturais são vistos como atrasados e inferiores, que precisam ser "iluminados" pelos parâmetros protetivos. A partir da moralidade cristã, há também a concepção de "conversão", isto é, o "Outro" torna-se imagem e semelhança do conversor. Além disso, também reproduz a ideia de salvação.<sup>356</sup>

O segundo prisma, o salvador, parte do pressuposto que o Estado é neutro e a sua redenção seria atingida pela implementação da cultura dos direitos humanos como projeto "salvador".<sup>357</sup> O "bom Estado" é aquele que internaliza as normas de direitos humanos, enquanto o "mau Estado" seria representado pelas políticas autoritárias e antidemocráticas. A arquitetura de direitos humanos refere-se, essencialmente, àquela universal, cristã e eurocêntrica, em busca da promoção dos padrões estabelecidos pelos países ocidentais.<sup>358</sup>

A vítima, por sua vez, contempla o terceiro prisma da metáfora *savages-victims-saviors*. A alegoria é formada pela inocência e pela impotência diante dos abusos estatais.<sup>359</sup> Em termos étnico e racial, a vítima geralmente é concebida como não europeia e não branca.

Mutua também revela algumas deficiências da narrativa universal, como: (i) a linguagem, (ii) os pressupostos, e (iii) a hierarquia racial. Em relação ao primeiro, a retórica dos direitos humanos é estabelecida em termos genéricos e indefinidos para pautar seus objetivos e intenções, como dignidade, justiça e equidade.<sup>360</sup> Quanto ao segundo, o movimento de direitos humanos na perspectiva crítica SVS assume o pressuposto de que a Europa é o ponto de partida, e as outras culturas são periféricas.<sup>361</sup> Deste modo, a alta moralidade e os padrões protetivos são definidos pelo ocidente e impetrados nos países não europeus.<sup>362</sup> Em terceiro

---

<sup>354</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 24.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 15.

lugar, a crítica de Mutua também identifica as desigualdades raciais perpetuadas pela narrativa universal de direitos humanos. Ainda que seja necessária cautela com generalizações, a metáfora descreve a relação entre os salvadores brancos, e os selvagens e vítimas, isto é, as pessoas pretas.<sup>363</sup>

A construção metafórica tridimensional de Mutua traça paralelos com o encontro colonial e a missão civilizatória perpetrada pelos colonizadores ao longo dos séculos XV e XVI.<sup>364</sup> Um dos principais pontos arguidos pela teoria não é a resistência à universalidade por si só, mas o reexame da forma como a universalidade foi construída e é histórica e culturalmente perpetrada.<sup>365</sup> Deste modo, a prerrogativa imperialista de uma cultura sobre as outras viola o direito e o significado de liberdade das demais.<sup>366</sup> Conforme Makau Mutua, "os direitos humanos são do pacote cultural ocidental, que possui uma gramática, um sistema de governo e determinados pressupostos quanto às relações individuais e sociais".<sup>367</sup>

As raízes dos direitos humanos positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos confirmam essa origem liberal.<sup>368</sup> O movimento surgiu como resposta às atrocidades cometidas na própria Europa, isto é, o Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial.<sup>369</sup> A ênfase do documento foi no desenvolvimento dos direitos civis e políticos. Cumpre lembrar, inclusive, que os atuais Estados terceiro-mundistas africanos e asiáticos eram colônias europeias e não participaram da elaboração da DUDH. A América Latina, por sua vez, ainda que tenha participado e sugerido a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, como será visto nas próximas subseções, reproduziram - em grande parte - a visão liberal, que foi importada dos países europeus e estadunidenses.<sup>370</sup>

Ainda que a DUDH também consolide a passagem hegemônica da Inglaterra aos poderes dos Estados Unidos da América, a lógica imperialista se mantém.<sup>371</sup> Em paralelo às negociações diplomáticas, emergiu a Guerra Fria e narrativas sobre Primeiro, Segundo e Terceiro Mundo.<sup>372</sup> O Primeiro Mundo representava o ápice da humanidade, o Segundo Mundo

---

<sup>363</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 14.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>367</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 34.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>370</sup> MUTUA, Makau. The ideology of human rights. *Va. J. Int'l L.*, v. 36, p. 589-657, 1995.

<sup>371</sup> MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 54.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 55.

forjava-se como ameaça, em razão do comunismo, e o Terceiro Mundo permanecia à margem, à barbárie. O documento buscava recuperar a Europa após a Segunda Guerra Mundial, frear a ameaça comunista e atender interesses da política externa estadunidense por meio do apoio à descolonização dos países asiáticos e africanos.<sup>373</sup> Assim, como apontam Mignolo e Mutua, as violações de direitos humanos não ocorreriam nos países do Primeiro Mundo, e sim às margens.<sup>374</sup>

David Sánchez Rubio traça uma linha argumentativa parecida com Makau Mutua. Ele indica que os direitos humanos possuem "uma excessiva dimensão estatista, delegativa, formalista, burocrática e pós violatória", e isso provocaria uma "cultura jurídica social e popular minimalista, acomodada, passiva, indolente, adormecida e anestesiada".<sup>375</sup> Os direitos humanos, como postos sob o paradigma moderno, "deixam a impressão de que os direitos humanos somente têm importância a partir do momento em que são violados".<sup>376</sup> Rubio faz um apontamento interessante ao colocar que a forma como os direitos humanos foram construídos a partir da concepção periodizada em gerações, bloqueia as formas mais plurais para evitar uma "universalidade conflitante".<sup>377</sup>

Esse impedimento é mantido pelas estruturas de dominação que, ao mesmo tempo que os enuncia, também os inibe de concretizar no plano fático. Assim, Rubio enfatiza que o "Ocidente estabelece uma sociabilidade de inclusões abstratas sobre a base de exclusões concretas e cotidianas".<sup>378</sup> Essa realidade marca a natureza ambivalente dos direitos humanos. Por um lado, pode ser articulado como ferramenta de dominação sob a narrativa de um falso universalismo. E, por outro lado, pode se manifestar como instrumento emancipador.<sup>379</sup>

A partir dessa noção dos direitos humanos como produto cultural europeu, urge questionar a manutenção desse regime assimétrico, isto é, "a luta e a resistência da burguesia não podem condicionar, por se considerarem as únicas, outras lutas contra diversas opressões e reivindicações de ideias, valores, princípios de dignidades plurais".<sup>380</sup> A perspectiva TWAIL, por sua vez, auxilia a tomada de consciência em relação ao que pode ser mantido e o que deve

---

<sup>373</sup> MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 55.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>375</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 182-183.

<sup>376</sup> RUBIO, David Sánchez. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. *O direito alternativo*, v. 3, n. 1, 2016, p. 212.

<sup>377</sup> RUBIO [2015], *op. cit.*, p. 186.

<sup>378</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 189.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>380</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 199.

ser reanalisado na gramática dos direitos humanos.<sup>381</sup> A crítica pós-colonial é uma importante ferramenta para analisar como determinados termos e pensamentos europeus foram adotados acriticamente e como a sua reprodução reitera comportamentos hegemônicos.<sup>382</sup>

O exercício de historicizar a criação dos direitos humanos permite localizar a constituição de determinada narrativa e fazer uma releitura crítica de como dada circunstância foi exportada como abstrata e universal. Além disso, a partir dessa consciência, é possível perceber as potenciais importações, reproduções e acomodações em determinadas gramáticas supostamente universais.<sup>383</sup> A leitura crítica também desvincula-se de supostas autoridades do conhecimento. Neste sentido, inúmeras narrativas coexistem sem hierarquia entre elas. Por isso, a próxima seção historiciza o papel do continente americano na produção dos direitos humanos.

### 2.1.2. *A acomodação e reivindicação latino-americana ao direito internacional: entre universalismos e particularismos*

A história do direito internacional, criada e reproduzida pela *mainstream* é essencialmente eurocêntrica.<sup>384</sup> Entretanto, nesta subseção pretende-se discutir a trajetória do continente americano em relação ao Direito Internacional e, posteriormente, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Exploram-se algumas sensibilidades e momentos históricos, que conceberam o projeto de direito internacional continental.

Lorca adota a expressão *mestizo* como forma de "fomentar as origens híbridas do Direito Internacional sem ignorar a posição privilegiada que a tradição jurídica ocidental tem ocupado e o papel das potências ocidentais através da história".<sup>385</sup> Deste modo, na obra *Mestizo International Law: A global intellectual history (1842-1933)*, ele defende que "o Direito Internacional tornou-se uma ordem de âmbito geográfico global através da aprovação da tradição jurídica europeia por juristas não ocidentais".<sup>386</sup>

<sup>381</sup> BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008, p. 384; RAMINA, Larissa. TWAAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018, p. 265-266.

<sup>382</sup> RAMINA, op. cit., p. 266.

<sup>383</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 199-200.

<sup>384</sup> O autor defende a ocorrência de duas sensibilidades semi-periféricas: entre 1842 e 1907, teria existido *particularistic universalism*, e entre 1919 ao fim do pós-guerra, seria a sensibilidade *style of resistance*. LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 9; 37.

<sup>385</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 22.

<sup>386</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 23. Para uma crítica acerca da obra de Lorca, ver: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, written by Arnulf Becker

Arnulf Becker Lorca discute a acepção de que o conhecimento europeu é incorporado na América Latina como recepção, imitação ou contribuições à disciplina.<sup>387</sup> Esse pensamento reforça um certo caráter contribucionista, isto é, contribuições regionais ao conhecimento universal.<sup>388</sup> No entanto, Lorca parece defender que os juristas não europeus tiveram um papel significativo na mútua constituição do discurso do Direito Internacional.<sup>389</sup> Em seus escritos, Lorca posiciona os doutrinadores latino-americanos entre universalistas e particularistas.<sup>390</sup> Os primeiros seriam fiéis à concepção eurocêntrica do Direito Internacional criada por cânones europeus, isto é, reproduziria a gramática universalista adicionando pouco ou quase nada em tom de contribuições regionais.<sup>391</sup> Os particularistas, por sua vez, visam apontar as tradições latino-americanas, em primeiro plano, a fim de distingui-las da tradição jurídica internacional. Nessa perspectiva, enfatizam os costumes regionais e a tentativa de codificação regional do Direito Internacional por meio das conferências americanas, latino-americanas e pan-americanas.<sup>392</sup>

Lorca sustenta que o engajamento dos juristas latino-americanos com a tradição jurídica clássica "produziu uma consciência jurídica semi-periférica<sup>393</sup> distinta"; o jurista, portanto, as interpreta como uma forma de sensibilidade entre os anos de 1842 a 1907, e as nomeia como *particularistic universalism*.<sup>394</sup> Essa interação entre América Latina e o Direito Internacional ocorreu tanto pela atuação de jusinternacionalistas latino-americanos, quanto pela inclusão de Estados da região na comunidade internacional, onde eram considerados formalmente iguais e soberanos.<sup>395</sup>

Pelo viés crítico, parte-se da perspectiva de que o engajamento regional com a disciplina seja analisado "não só à luz de uma teoria dos direitos humanos - sob a concepção moral ou

---

Lorca. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, v. 20, n. 1, p. 125-131, 2018.

<sup>387</sup> LORCA, Arnulf Bercker. International Law in Latin America or American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 283-305, 2006, p. 292.

<sup>388</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 50-51.

<sup>389</sup> LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 75.

<sup>390</sup> LORCA [2006], op. cit., p. 287.

<sup>391</sup> Ibid., p. 288-290.

<sup>392</sup> Ibid., p. 290-292.

<sup>393</sup> Segundo Lorca, a expressão semi-periférica "descreve aqueles países que adquiriram certa margem de autonomia para se inserir estrategicamente na economia global e ainda aspiram ascender, mas por razões econômicas ou geopolíticas, ainda não possuem poder suficiente para integrar as potências mundiais". Tradução nossa. Cf. LORCA [2014], op. cit., p. 18.

<sup>394</sup> Tradução nossa. Cf. Ibid., p. 44.

<sup>395</sup> Ibid., p. 45.

jurídica dos direitos humanos - mas também em relação ao projeto ideológico articulado em termos jurídicos internacionais como "Direito Internacional Americano".<sup>396</sup> Como uma das hipóteses mencionadas por Lorca, a codificação dos direitos humanos no continente busca reduzir o escopo da proteção diplomática e fortalecer os princípios da igualdade soberana e não intervenção.<sup>397</sup>

Como assinala Lorca, inúmeras narrativas convivem com a concepção de solidariedade regional na América Latina. Dentre elas, a perspectiva de que a região desenvolveu regras específicas para lidar com conflitos intrarregionais.<sup>398</sup> Algumas delas são a regra *uti possidetis* para resolução de questões fronteiriças, o direito de asilo como costume regional e a doutrina Calvo. Entre 1880 a 1950, diversos autores latino-americanos engajaram a discussão sobre a potencial existência de um direito internacional específico para as demandas do continente americano.

Essas discussões, portanto, não são recentes, tampouco foram finalizadas. Autores como Carlos Calvo (1824-1902) e Amancio Alcorta (1842-1906) iniciaram esse debate sobre a existência do Direito Internacional Latino-Americano (DILA) em torno da publicação *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*. Liliana Obregón reúne personalidades como Simón Bolívar, que tentou articular a integração regional, Andrés Bello, que reeditou premissas do Direito Internacional sob a perspectiva latino-americana, e outros (por exemplo, José María Samper e Manuel Atanasio Fuentes),<sup>399</sup> como a "consciência jurídica crioula", definidos como "um conjunto de ideais sobre o direito compartilhados por juristas crioulos no período pós-independência".<sup>400</sup>

Esse ímpeto motivava-se pela prática jurídica unificada ("usar fontes estrangeiras para resolver problemas locais") e pelo ideal de alcançar a civilização.<sup>401</sup> Esse desejo civilizatório motivou a escolha por determinadas formas de organização política, econômica, social, cultural e educacional.<sup>402</sup> O crioulo, por sua vez, era uma figura ambivalente: descendente de europeus

---

<sup>396</sup> Tradução nossa. Cf. LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 490.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>398</sup> LORCA, Arnulf Bercker. International Law in Latin America or American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 283-305, 2006, p. 294.

<sup>399</sup> Ver: OBREGÓN, Liliana. Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 257-262.

<sup>400</sup> OBREGÓN, Liliana. Regionalismo construído: Uma breve história do Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy (Orgs.). *Direito global e suas alternativas metodológicas*. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 102; OBREGÓN [2006b], op. cit., p. 249.

<sup>401</sup> OBREGÓN [2016], op. cit., p. 102; OBREGÓN [2006b], op. cit., p. 250.

<sup>402</sup> OBREGÓN [2006b], op. cit., p. 250.

nascido nas Américas, que possuía patriotismo, mas queria importar as políticas civilizacionais europeias.<sup>403</sup>

Embora os Estados Unidos tenham sido, inicialmente, vistos como referência aos países do restante do continente americano, as políticas imperialistas fizeram emergir uma resposta política cunhada no conceito de "América Latina", inaugurado pelos juristas Francisco Bilbao e José María Torres Caicedo em 1853.<sup>404</sup> Como destaca Obregón, "utilizou-o em contraposição ao imperialismo estadunidense e como um projeto regional de unificação".<sup>405</sup> Por um lado, a elite latino-americana resistia às investidas dos países hegemônicos, e por outro, legitimava o discurso civilizatório. Obregón afirma que o ideal foi "auto-imposto" pela elite crioula, que almejava o reconhecimento de suas Nações como soberanas para conseguir o avanço regional e nacional.<sup>406</sup>

Neste cenário, o uso da expressão “pan-americanismo” incluiria os Estados Unidos, enquanto a concepção de “latino-americano” excluiria os estadunidenses.<sup>407</sup> Segundo Scarfi, a ideia continental foi discutida por diversos juristas latino-americanos e estadunidenses em algumas perspectivas: a solidarista, a humanitária e intervencionista e a pluralista.<sup>408</sup> Essas visões foram aprimoradas no início do século XX, em razão da Doutrina Monroe. Buscava-se, por meio dessa medida, evitar as intervenções estrangeiras nos países emergentes da América Latina (“*América para os americanos*”).<sup>409</sup> Os debates em torno da Doutrina Monroe divergiam em quatro pontos: "se era uma doutrina de intervenção ou não intervenção; se era um princípio político ou jurídico; se tinha alcance unilateral ou multilateral; se era uma doutrina nacional ou continental".<sup>410</sup>

Alejandro Álvarez (1868-1960), jurista chileno, defendia a Doutrina Monroe como princípio continental, e advogou em prol da existência do Direito Internacional Americano, ou

---

<sup>403</sup> OBREGÓN, Liliana. Regionalismo construído: Uma breve história do Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy (Orgs.). *Direito global e suas alternativas metodológicas*. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 102; OBREGÓN, Liliana. Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b, p. 248.

<sup>404</sup> OBREGÓN [2016], op. cit., p. 103-104.

<sup>405</sup> Ibid., p. 104.

<sup>406</sup> OBREGÓN [2006b], op. cit., p. 252-252.

<sup>407</sup> BRITO, Adriane Sanctis; VEÇOSO, Fabia Fernandes C.; RORIZ, João Henrique R. "Seremos Julgados": revisitando o debate entre Alvarez e Sá Viana sobre a regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliana (Org.). *Direito Internacional atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 296.

<sup>408</sup> SCARFI, Juan Pablo. La intervención del derecho internacional (latino) americano: La hegemonía estadounidense y el debate sobre la intervención en los orígenes del sistema interamericano. *Estudios Sociales*, 59, 2020, p. 115..

<sup>409</sup> Ibid., p. 118.

<sup>410</sup> Ibid., p. 118.

Pan-Americano, como o chamou algumas vezes.<sup>411</sup> Sob a visão de Álvarez, existiam razões, como as diferenças continentais, que identificavam a unidade jurídica latino-americana.<sup>412</sup> Assim, o jurista definia a Doutrina Monroe como "pilar de uma linguagem pan-americanista solidária entre América Latina e Estados Unidos".<sup>413</sup> Em contrapartida, no Terceiro Congresso Científico Latino-Americano (1907), Álvarez sofreu críticas em desfavor da sua teoria materializada na publicação *La codificación del derecho internacional, sus tendencias - sus bases*.<sup>414</sup>

Sá Vianna (1890-1924), por sua vez, defendeu que não seria concebível a existência de um novo corpo jurídico específico, no entanto, o continente americano já teria feito importantes contribuições ao Direito Internacional universal.<sup>415</sup> O jurista brasileiro também se posicionou contra a defesa de Álvarez em relação à liderança dos Estados Unidos no âmbito do pan-americanismo.<sup>416</sup>

Como apontam Brito, Veçoso e Roriz, "a principal diferença entre as teses de Álvarez e Sá Vianna está no reconhecimento de força normativa própria ao quanto criado pelos Estados no contexto do continente americano".<sup>417</sup> Ainda que o brasileiro não negasse as especificidades do continente, também não defenderia que elas teriam autonomia para criar novas regras de Direito Internacional, como fez Álvarez. Neste contexto, a criação do Direito Internacional específico para a região revela projetos políticos distintos, isto é, "estratégias distintas para a afirmação da América Latina no contexto internacional".<sup>418</sup> Se, por um lado, os Estados Unidos concentravam-se em expandir sua cultura liberal de proteção aos direitos individuais, em contrapartida, a América Latina voltava-se para os direitos sociais.<sup>419</sup>

O ímpeto em codificar o Direito Internacional no continente encontra precedentes desde a independência, cujo líder intelectual e político foi Simón Bolívar.<sup>420</sup> Posteriormente à

---

<sup>411</sup> SCARFI, Juan Pablo. La intervención del derecho internacional (latino) americano: La hegemonía estadounidense y el debate sobre la intervención en los orígenes del sistema interamericano. *Estudios Sociales*, 59, 2020, p. 119; LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 315-ss.

<sup>412</sup> OBREGÓN, Liliana. Regionalismo construído: Uma breve história do Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy (Orgs.). *Direito global e suas alternativas metodológicas*. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 106; BRITO, Adriane Sanctis; VEÇOSO, Fabia Fernandes C.; RORIZ, João Henrique R. "Seremos Julgados": revisitando o debate entre Alvarez e Sá Viana sobre a regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliana (Org.). *Direito Internacional atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 298.

<sup>413</sup> SCARFI, op. cit., p. 120.

<sup>414</sup> OBREGÓN, op. cit., p. 97; BRITO; VEÇOSO.; RORIZ, op. cit., p. 296; LORCA, 2014, op. cit., p. 306.

<sup>415</sup> BRITO; VEÇOSO.; RORIZ, op. cit., p. 306.

<sup>416</sup> Ibid., p. 310.

<sup>417</sup> Ibid., p. 313.

<sup>418</sup> Ibid., p. 313.

<sup>419</sup> SCARFI, op. cit., p. 123.

<sup>420</sup> LORCA, op. cit., p. 327.

tentativa de Álvarez durante o Terceiro Congresso Científico Latino-Americano (1907), Epitácio Pessoa (1865-1942), jurista brasileiro, também apresentou um *draft* de codificação em 1912.<sup>421</sup> Neste mesmo ano, o chileno Alejandro Álvarez e o estadunidense James Scott fundaram o Instituto Americano de Direito Internacional (em inglês, *American Institute of International Law*, sigla em inglês AIIL) para avançar com a abordagem pan-americana.<sup>422</sup>

O principal projeto apresentado pela instituição foi a proposta de Codificação do Direito Internacional Americano.<sup>423</sup> A análise do AIIL é importante para esta pesquisa, pois, dentre outros motivos, tanto Álvarez quanto Scott contribuíram para a construção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e de suas respectivas instituições legais. Insta salientar que o Instituto Americano de Direito Internacional forneceu as bases intelectuais e ideológicas para a implementação do SIDH e, de certa forma, influenciou a noção de direitos humanos e a incorporação da solidariedade pan-americana nas instituições.<sup>424</sup>

Os membros do Instituto Americano de Direito Internacional comungavam a percepção que a Doutrina Monroe e o avanço do pan-americanismo era a melhor estratégia rumo à solidariedade continental.<sup>425</sup> Também compartilhavam a anuência em relação ao papel hegemônico dos Estados Unidos da América como líder na região. Dentre eles, Scott como presidente da AIIL, e Álvarez como Secretário Geral, exerceram significativa influência. Como pontua Scarfi, o primeiro promovia a liderança dos EUA e a consequente prevalência dos valores etnocêntricos estadunidenses. O segundo, por sua vez, defendia uma abordagem multilateral.<sup>426</sup> Na sua concepção, o Direito Internacional estava em crise após a Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, a união entre a tradição continental latino-americana e a tradição anglo-saxã estadunidense forneceriam o regulamento jurídico mais avançado para a reconstrução da sociedade internacional.<sup>427</sup>

Scott foi precursor da Declaração dos Direitos e Deveres das Nações, apresentada em 1915, durante o primeiro encontro do Instituto Americano de Direito Internacional, em

---

<sup>421</sup> LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 327.

<sup>422</sup> Conforme Scarfi, a AIIL "era uma rede hegemônica de interações hemisféricas jurídicas e diplomáticas". Tradução nossa. Tradução nossa. Cf. SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas: empire and legal networks*. Oxford University Press, 2017, p. 175. Ver também: SCARFI, Juan Pablo. Pan-American Human Rights: The legacy of Pan-Americanism and the intellectual origins of the Inter-American Human Rights System. In: SCARFI, Juan Pablo; SHEININ, David (Ed.). *The new Pan-Americanism and the structuring of Inter-American relations*. Nova York: Routledge, 2022, p. 138; LORCA, op. cit., p. 328.

<sup>423</sup> SCARFI [2022], op. cit., p. 149.

<sup>424</sup> Ibid., p. 139.

<sup>425</sup> Ibid., p. 141; LORCA, op. cit., p. 332-333.

<sup>426</sup> Ibid., p. 141.

<sup>427</sup> Ibid., p. 139.

Washington.<sup>428</sup> O jurista estadunidense enfatizou a solidariedade continental e a aplicação do projeto político pan-americano no documento. Como destaca Scarfi, "os direitos foram originalmente enviesados pelas tradições legais do hemisfério ocidental como interdependente e interligado aos deveres".<sup>429</sup> Neste sentido, os direitos individuais foram privilegiados e a soberania estatal relacionada à não intervenção também. Já no segundo encontro, em 1917, Álvarez apresentou os chamados direitos individuais, incluindo a inviolabilidade da propriedade e o direito de entrar e residir em qualquer parte do território estatal.<sup>430</sup> Além disso, essas declarações forneceram a base doutrinária e ideológica para a formulação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em 1948, como parte da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>431</sup>

O final da Primeira Guerra Mundial permitiu a expansão dos anseios pan-americanos e a projeção continental perante a sociedade internacional.<sup>432</sup> Embora Álvarez tenha advogado em prol do Direito Internacional Americano, as suas influências eram na doutrina solidarista francesa.<sup>433</sup> Neste sentido, inspirou-se na defesa dos direitos humanos individuais. O jurista chileno acreditava que o pan-americanismo performava uma tarefa excepcional e reformista na reconstrução da sociedade internacional.<sup>434</sup> Também no segundo encontro do Instituto Americano de Direito Internacional, em Havana (1917), Álvarez apresentou a primeira versão do projeto de codificação do Direito Internacional.<sup>435</sup> Entre 1917 e 1933, inúmeras discussões foram realizadas sobre a temática em fóruns regionais.

A Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados<sup>436</sup> foi adotada durante a VII Conferência Pan-Americana, realizada em Montevideu, em 1933. De acordo com Lorca, "a Convenção de Montevideu culminou em mais de trinta anos de esforços para codificar e transformar o Direito Internacional".<sup>437</sup> O jurista destaca que a Declaração é importante, pois

---

<sup>428</sup> SCARFI, Juan Pablo. Pan-American Human Rights: The legacy of Pan-Americanism and the intellectual origins of the Inter-American Human Rights System. In: SCARFI, Juan Pablo; SHEININ, David (Ed.). *The new Pan-Americanism and the structuring of Inter-American relations*. Nova York: Routledge, 2022, p. 142; LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 328.

<sup>429</sup> Tradução nossa. Cf. SCARFI, op. cit., p. 143.

<sup>430</sup> Ibid., p. 145.

<sup>431</sup> Ibid., p. 142.

<sup>432</sup> Ibid., p. 143.

<sup>433</sup> Ibid., p. 143.

<sup>434</sup> Ibid., p. 144-145.

<sup>435</sup> LORCA, op. cit., p. 328.

<sup>436</sup> *Convenção de Direitos e Deveres dos Estados* (1933). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d1570.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm) Acesso em 25 fev. 2022.

<sup>437</sup> Tradução nossa. Cf. LORCA, op. cit., p. 306.

cristaliza a "adoção de uma concepção formal de Estado<sup>438</sup> [que] foi acompanhada de uma doutrina declaratória de reconhecimento<sup>439</sup>", além disso, enuncia "uma enumeração dos direitos fundamentais de que gozam os Estados, incluindo a autonomia soberana e a igualdade. Entre estes, o mais importante: não intervenção<sup>440</sup>".<sup>441</sup>

O reconhecimento do direito à não intervenção confrontou diretamente a Doutrina Monroe, cuja qual permitia a intervenção dos Estados Unidos da América.<sup>442</sup> No entanto, esses anseios foram progressivamente sendo substituídos pelo multilateralismo inter-americano ao longo dos anos 1930 e 1940. Dentre as prioridades estadunidenses, também percebeu-se o interesse global para além da mera hegemonia continental.<sup>443</sup>

Observa-se que dentre os maiores legados do pan-americanismo e do Instituto Americano de Direito Internacional, segundo Scarfi, estão a Carta da OEA de 1948 e a respectiva Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.<sup>444</sup> Destaca-se também a transição da União Pan-Americana na Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948.<sup>445</sup> As instituições interamericanas, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH ou Corte IDH) também são "legados dos princípios continental, normas e projetos de codificação da AAIL e do movimento pan-americano, especialmente as ideias primárias de direitos humanos e as noções de direitos e deveres promovidas por Álvarez e Scott";<sup>446</sup> ambos compartilham uma ideologia internacionalista liberal,<sup>447</sup> e também colocaram os ideais da Doutrina Monroe e do pan-americanismo, dois princípios estadunidenses, como basilares de suas defesas.<sup>448</sup>

<sup>438</sup> Artigo 1, *Convenção de Direitos e Deveres dos Estados* (1933). O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos. I. População permanente; II. Território determinado; III. Governo; IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

<sup>439</sup> Artigo 3, *Convenção de Direitos e Deveres dos Estados* (1933). A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos demais Estados. Ainda antes de reconhecido, tem o Estado o direito de defender sua integridade e independência, prover a sua conservação e prosperidade, e consequentemente, organizar-se como achar conveniente, legislar sobre seus interesses, administrar seus serviços e determinar a jurisdição e competência dos seus tribunais; O exercício destes direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados de acordo com o Direito Internacional.

<sup>440</sup> Artigo 8, *Convenção de Direitos e Deveres dos Estados* (1933). Nenhum Estado possui o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro.

<sup>441</sup> Tradução nossa. Cf. LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014, p. 306.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>443</sup> SCARFI, Juan Pablo. Pan-American Human Rights: The legacy of Pan-Americanism and the intellectual origins of the Inter-American Human Rights System. In: SCARFI, Juan Pablo; SHEININ, David (Ed.). *The new Pan-Americanism and the structuring of Inter-American relations*. Nova York: Routledge, 2022, p. 147.

<sup>444</sup> SCARFI [2022], *op. cit.*, p. 154; SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas: empire and legal networks*. Oxford University Press, 2017, p. 175.

<sup>445</sup> SCARFI [2017], *op. cit.*, p. 175.

<sup>446</sup> SCARFI [2022], *op. cit.*, p. 154.

<sup>447</sup> SCARFI [2017], *op. cit.*, p. 176.

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 177.

Apesar da morte de Álvarez em 1960, as discussões ainda reverberam no imaginário regional por terem deixado questões em aberto, tais quais: "ele [Direito Internacional Latino-Americano] nunca teria existido; ele teria deixado de existir, ou ele continuaria a existir".<sup>449</sup> Além disso, é possível questionar também quais são os reflexos da hegemonia estadunidense no sistema interamericano, desde o legado pan-americano.

Como destacou Scarfi, a América Latina "serviu de oficina e laboratório imperial continental para o desenvolvimento inicial do imperialismo americano, que mais tarde seria projetado à escala global". O jurista ainda afirma que a experiência pan-americana, portanto, "ajuda-nos a compreender os fundamentos da sua atual hegemonia global".<sup>450</sup>

### 2.1.3 Os direitos humanos no continente americano e as raízes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A subseção anterior, *A acomodação e reivindicação latino-americana ao Direito Internacional: entre universalismos e particularismos*, resgatou os anseios e tentativas de codificação do Direito Internacional Americano em contexto amplo. A presente subseção, por sua vez, não inicia no ponto onde a anterior parou (entre os anos 1940-1960). Antes de analisar o papel dos Estados americanos na elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, os parágrafos iniciais deste texto retornam a dois momentos específicos da história latino-americana: (i) a atuação de Bartolomé de Las Casas no encontro colonial,<sup>451</sup> e (ii) a elaboração das primeiras constituições liberais na América Latina. Esses momentos pavimentam a suposta "língua latino-americana de direitos humanos", nas palavras de Carozza.

A América Latina foi a primeira região onde o imperialismo foi empregado e desenvolvido.<sup>452</sup> Neste contexto, é inegável que a Espanha, França e Inglaterra tenham significativas influências culturais e jurídicas que irradiaram na região, enquanto sua periferia

<sup>449</sup> OBREGÓN, Liliana. Regionalismo construído: Uma breve história do Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy (Orgs.). *Direito global e suas alternativas metodológicas*. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 98.

<sup>450</sup> Tradução nossa. Cf. SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas: empire and legal networks*. Oxford University Press, 2017, p. 180.

<sup>451</sup> Ver também: TODOROV, Tzvetan. *La conquista de America: el problema del outro (Spanish Edition)*. Siglo XXI, 1999.

<sup>452</sup> ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 49.

imperial.<sup>453</sup> Como constata José-Manuel Barreto, "a história da modernidade começa com a conquista da América".<sup>454</sup> Nesse sentido, o jusnaturalismo legitimou as relações de poder entre os conquistadores e os conquistados. Seu principal precursor foi Francisco de Vitória, em nome do Império Espanhol.<sup>455</sup>

O reconhecimento da racionalidade dos povos ameríndios não lhes legitimou a posse das suas próprias terras, mas permitiu que eles fossem contemplados pela relação de dominação recém-instalada em seus territórios.<sup>456</sup> Assim, foram identificados como inferiores e incapazes de se autogovernarem (mentalmente incapazes), mas conseguiriam ser governados pelos colonizadores.<sup>457</sup> Neste contexto, narrativas lineares apontam Vitória como defensor da dignidade dos povos ameríndios. Entretanto, essa leitura também convive com outros significados sob as lentes das TWAIL. A racionalidade por trás da imposição do jusnaturalismo aos povos ameríndios é explicada pela missão civilizatória, a justificativa da violência dos colonizadores contra os colonizados e a conquista dos territórios.<sup>458</sup>

Ao retornar alguns anos na história, percebe-se que a "linguagem latino-americana de direitos humanos", tal qual nomeada por Carozza, tem seus primeiros traços na atuação de Bartolomé de Las Casas (1484-1566).<sup>459</sup> Antes de dedicar-se à Las Casas, cumpre esclarecer que embora o uso da expressão "direitos humanos" soe anacrônico, tendo em vista as diferenças circunstanciais e contextuais de que se trata, Carozzo busca evidenciar a existência de uma *tradição* latino-americana em direitos humanos.<sup>460</sup> Por tradição, ele entende "um esforço historicamente ampliado para identificar, recuperar e apropriar o passado para o presente".<sup>461</sup> Lorca também enuncia a mesma questão de anacronismo, tendo em vista a diferença de linguagem entre o contexto dos direitos humanos de 1948 e do século XVI, que não permitem traçar uma única genealogia.<sup>462</sup> Entretanto, as ideias de Las Casas e, posteriormente, os ideais

---

<sup>453</sup> Cf. KOSKENNIEMI, Martti. Empire and international law: the real Spanish contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011.

<sup>454</sup> BARRETO, José-Manuel. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 144.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>458</sup> *Ibid.*, p. 148-151.

<sup>459</sup> CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 289.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>461</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>462</sup> LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 476.

de Simón Bolívar nas lutas pelas independências das novas repúblicas latino-americanas possuem pontos a serem discutidos.

A Escola de Salamanca é formada por um grupo de juristas e teólogos espanhóis, fundado por Francisco de Vitória (1483-1546) e Domingo de Soto (1494-1560), que mantinham visões parecidas sobre os direitos dos ameríndios.<sup>463</sup> Vitória, Soto e Luís de Molina (1535-1600) defendiam que, se os nativos persistissem com o sacrifício humano, então seria legítimo o uso da força contra eles.<sup>464</sup> Desta maneira, seria necessário lhes retirar da barbárie e catequizá-los. Os europeus subjugarão a cultura indígena, os reconhecendo como uma categoria humana inferior aos "civilizados".

Segundo Koskenniemi, os vocabulários *dominium* e *ius gentium* "delinearam as dimensões imperiais do Direito Internacional".<sup>465</sup> Deste modo, o *ius gentium* foi responsável por "dividir territórios e propriedades para apoiar o direito de circulação e comércio, para ocupar as *terrae nullius*, para aproveitar os privilégios da cidadania e enviar correspondentes".<sup>466</sup>

Embora não se pretenda mitificar, tampouco heroificar a atuação de Las Casas, faz-se importante mencionar que a partir de 1514, Las Casas dedicou-se à libertação dos escravos e a defender o tratamento digno dos povos indígenas. Ele defendia a igualdade entre todos os seres humanos, não somente entre europeus, mas também aos ameríndios.<sup>467</sup> Nota-se que ele foi contemporâneo de Francisco de Vitória (1483-1546), entretanto se distanciava do seu pensamento. Como apontam Eslava, Uruéña e Obregón, Vitória tem sido visto como precursor dos direitos humanos através uma estranha construção do direito natural que reconhece os indígenas como humanos enquanto apoia toda uma era de violência frenética sobre eles para torná-los sujeitos de direito".<sup>468</sup>

Anos depois, como José Manuel-Barreto indica, o jusnaturalismo foi ressignificado para dar voz às teorias eurocêntricas de direitos com aspirações liberais e democráticas durante as

---

<sup>463</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Empire and international law: the real Spanish contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011, p. 7-8.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>465</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 11.

<sup>466</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 15.

<sup>467</sup> CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 293; LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 475.

<sup>468</sup> Tradução nossa. Cf. ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016, p. 49.

revoluções ocorridas na Europa e EUA.<sup>469</sup> Os movimentos políticos de emancipação dos povos latino-americanos também foram conduzidos pelas narrativas da luta pelos direitos que ecoavam na Declaração de Independência das colônias britânicas e da Revolução Francesa (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*).<sup>470</sup> Esses impulsos visavam proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado e resguardar a liberdade individual, o que posteriormente seriam apresentados como primeira geração de direitos humanos (direitos civis e políticos).<sup>471</sup>

A consciência política da época foi liderada por figuras como Simón Bolívar.<sup>472</sup> As constituições liberais, reconhecidas ao longo do século XIX, também foram essenciais para a afirmação dos direitos humanos individuais na América Latina, sobretudo inspirados em Rousseau.<sup>473</sup> Entretanto, Carozzo pontua que as aspirações liberais encontraram terreno fértil nos desejos de justiça e liberdade já existentes no continente americano.<sup>474</sup> O jurista também destaca que, considerando a tríade francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), na América Latina há mais ênfase na igualdade e fraternidade.

Anos depois das primeiras constituições liberais, destaca-se o papel da Revolução Mexicana de 1910 e sua respectiva constituição (Constituição Mexicana de 1917). Esses acontecimentos trouxeram os direitos econômicos, sociais e culturais para o centro do debate, e assim permaneceu até o final da Segunda Guerra Mundial.<sup>475</sup> Essa foi a primeira constituição elaborada no contexto da Primeira Guerra Mundial, e influenciou outros países na região, que também adotaram novas constituições, as quais reverberavam os novos anseios do século XX.<sup>476</sup>

No começo do século XX também emergiram os ideais pan-americanistas, conforme enunciado na subseção anterior. Scarfi define que o pan-americanismo "tem sido associado ao ideal aspiracional rumo à cooperação continental e à harmonia entre EUA e América Latina, o

---

<sup>469</sup> BARRETO, José-Manuel. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 164.

<sup>470</sup> Ibid., p. 159; CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 297.

<sup>471</sup> BARRETO, op. cit., p. 164.

<sup>472</sup> CAROZZA, op. cit., p. 300-301.

<sup>473</sup> Ibid., p. 299-300.

<sup>474</sup> CAROZZA, op. cit., p. 299.

<sup>475</sup> LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 479; CAROZZA, op. cit., p. 303.

<sup>476</sup> CAROZZA, op. cit., p. 303.

qual tem efeitos limitados na realidade concreta das relações inter-americanas".<sup>477</sup> De igual modo, os direitos humanos também almejam um ideal normativo em direção à dignidade humana. Neste sentido, Scarfi menciona as similaridades entre o pan-americanismo e os direitos humanos na América Latina, pois ambos "têm observado um horizonte norteador para orientar e acomodar as práticas da política global no continente".<sup>478</sup>

Recorda-se que a Declaração de Montevideu de 1933 forneceu um cenário favorável para a discussão das abordagens continentais em direitos humanos. A adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) em 1948<sup>479</sup> foi pavimentada pelo legado da AAIL, do Direito Internacional Americano e dos projetos de codificação. Neste contexto, os direitos humanos no continente latino-americano emergem da projeção internacional do pan-americanismo como alternativa à reconstrução do Direito Internacional europeu, logo após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais.<sup>480</sup>

Neste contexto, alguns autores como Kathryn Sikkink,<sup>481</sup> Mary Ann Glendon<sup>482</sup> e Paolo Carozza<sup>483</sup> sustentam a tese da influência latino-americana na formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo Carozzo, o aprofundamento sobre essa temática visa desmistificar a ideia de que a América Latina é "*objeto* das questões dos direitos humanos mais do que um *contribuinte* do pensamento dos direitos humanos".<sup>484</sup>

Kathryn Sikkink aponta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é vista como o ponto de partida para a enunciação dos direitos humanos, mas esquecem-se que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aconteceu oito meses antes. Neste sentido, a autora defende o papel dos Estados latino-americanos na promoção das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>485</sup>

---

<sup>477</sup> SCARFI, Juan Pablo. Pan-American Human Rights: The legacy of Pan-Americanism and the intellectual origins of the Inter-American Human Rights System. In: SCARFI, Juan Pablo; SHEININ, David (Ed.). *The new Pan-Americanism and the structuring of Inter-American relations*. Nova York: Routledge, 2022, p. 138.

<sup>478</sup> Ibid., p. 138.

<sup>479</sup> SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas: empire and legal networks*. Oxford University Press, 2017, p. 186.

<sup>480</sup> SCARFI [2022], op. cit., p. 155.

<sup>481</sup> SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014.

<sup>482</sup> GLENDON, Mary Ann. The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harv. Hum. Rts. J.*, v. 16, p. 27, 2003.

<sup>483</sup> CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003. Ver também: BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13, n. 99, p. 11-31, 2011.

<sup>484</sup> Tradução nossa. Cf. Ibid., p. 283.

<sup>485</sup> SIKKINK, 2014, p. 391.

Para sustentar a tese, Sikkink alega que os países latino-americanos encaravam o Direito Internacional como uma potencial estratégia para contrabalancear as intervenções hegemônicas, principalmente dos Estados Unidos da América. Desse modo, possuem uma "tradição" de endossar as doutrinas de soberania, igualdade soberana e não intervenção.<sup>486</sup> Nesta conjuntura, relembra-se a tese de Paolo Carozza ao retomar o papel de Bartolomé de Las Casas e da recepção das ideias liberais revolucionárias nas constituições republicanas da América Latina.<sup>487</sup>

Em que pese já tenham sido feitas as ressalvas em relação ao anacronismo ao considerá-los como direitos humanos *em si*, antes da II Guerra Mundial, alguns temas precursores eram notáveis no Ocidente. Exemplifica-se com as campanhas de abolição da escravatura e os trabalhos da Liga das Nações em prol das minorias. Entretanto, somente após a II Guerra Mundial, o discurso dos direitos humanos tornou-se um *consensus*, especialmente, na América Latina.<sup>488</sup>

Quando os delegados se encontraram em 1945 para discutir a Carta das Nações Unidas em São Francisco, os representantes latino-americanos e caribenhos sugeriram a inclusão de uma *international bill of rights*.<sup>489</sup> Essa motivação encontrava raízes nos encontros inter-americanos, que antecederam a fundação da Organização dos Estados Americanos (OEA), por exemplo, a Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, ocorrida no México em 1945.<sup>490</sup>

Essa ideia, no entanto, se distanciava dos objetivos dos líderes dos Aliados que convocaram o encontro em São Francisco.<sup>491</sup> Segundo Glendon, os representantes do Reino Unido, Estados Unidos e União Soviética, Churchill, Roosevelt e Stalin, respectivamente, pretendiam implementar um "acordo coletivo de segurança para o período pós-guerra".<sup>492</sup> Os direitos humanos não estavam nas prioridades. Conforme Sikkink, os *drafts* iniciais da Carta

---

<sup>486</sup> SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014, p. 391; LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 476-477.

<sup>487</sup> CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 283-284.

<sup>488</sup> SIKKINK, op. cit., p. 392.

<sup>489</sup> Os países latino-americanos que pressionaram a agenda de direitos humanos foram: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Cf. GLENDON, Mary Ann. The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harv. Hum. Rts. J.*, v. 16, p. 27, 2003, p. 28; CAROZZA, op. cit., p. 284; LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017, p. 475.

<sup>490</sup> SIKKINK, op. cit., p. 393.

<sup>491</sup> GLENDON, op. cit., p. 27.

<sup>492</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 28.

da ONU feita pelos EUA, discutidos no encontro exclusivo em *Dumbarton Oaks Meeting*, não tinham nenhuma menção aos direitos humanos.<sup>493</sup> Entretanto, após as discussões e o fim da Conferência, em junho de 1945, existem seis menções aos direitos humanos na Carta.<sup>494</sup> Segundo Sikkink, "sem o protagonismo latino-americano é pouco provável que a Carta iria conter referências aos direitos humanos".<sup>495</sup>

Neste contexto, Sikkink também destaca que os trabalhos preparatórios para a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem começaram assim que a Conferência de São Francisco terminou.<sup>496</sup> É neste cenário que Sikkink refuta a concepção segundo a qual os direitos humanos tenham sido fundados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem a precedeu.<sup>497</sup> Ainda que a OEA não existisse formalmente à época, a Declaração Americana foi aprovada na Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948. Também foram aprovadas a Carta da OEA e o Tratado de Bogotá (Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas).

A Comissão Jurídica Interamericana foi responsável por fazer o *draft* da Declaração Americana, que continha vinte e um artigos.<sup>498</sup> A Declaração final ficou com trinta e oito artigos.<sup>499</sup> Destaca-se que entre as garantias, encontram-se aquelas associadas às gerações *mainstream*, isto é, estão presentes os direitos civis e políticos,<sup>500</sup> bem como os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>501</sup> Sikkink defende que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi substancialmente inspirada pela precedente americana, visto que a maioria dos direitos são semelhantes.<sup>502</sup>

A Comissão de Direitos Humanos da ONU, responsável pelos trabalhos preparatórios da DUDH, possuía dezoito membros, dos quais três eram latino-americanos: Chile, Uruguai e

<sup>493</sup> SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014, p. 393.

<sup>494</sup> Arts. 1º, 13º, 55º, 62º, 68º, 76º, Carta da ONU. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm) Acesso em 23 fev. 2022.

<sup>495</sup> Tradução nossa. Cf. SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014, p. 394; CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 285.

<sup>496</sup> SIKKINK, op. cit., p. 396.

<sup>497</sup> Ibid., p. 396; .

<sup>498</sup> Cf. *Draft Declaration of the International Rights and Duties of Man*, formulated by the Inter-American Juridical Committee. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/560759> Acesso em 23 fev. 2022.

<sup>499</sup> Cf. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm) Acesso em 23 fev. 2022.

<sup>500</sup> Arts. 1º ao 10º, e 17º ao 26º, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>501</sup> Arts. 11º ao 16º, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>502</sup> SIKKINK, op. cit., p. 398-399.

Panamá.<sup>503</sup> Além disso, "Cuba, Panamá e Chile foram os três primeiros países a submeterem *full drafts of bill of rights* à Comissão [de Direitos Humanos]".<sup>504</sup> Inclusive, o documento submetido pelo Chile era uma versão preliminar da Declaração Americana de Direitos Humanos.<sup>505</sup> O responsável pelo primeiro *draft* da DUDH, o jurista canadense John Humphrey, Diretor da Divisão de Direitos Humanos da ONU, se inspirou nos documentos submetidos pelos panamenhos e chilenos.<sup>506</sup> Cita-se, como exemplo, a forte influência latino-americana em relação ao art. 8º da DUDH,<sup>507</sup> e a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Dentre as razões elencadas por Sikkink para a influência americana à DUDH permanecer oculta na história do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há duas principais:<sup>508</sup> a primeira seria a incoerência entre a esfera diplomática latino-americana, que clamava por direitos, e a prática protetiva no continente com altos índices de violência, ou seja, a baixa adesão efetiva aos parâmetros de direitos humanos; e o segundo ponto seria a alta adesão às fontes de pesquisa do Norte Global, que muitas vezes silenciam o papel da América Latina nos eventos históricos. Entretanto, embora Sikkink faça a defesa "(...) da continuação de longas tradições e ativismo em nome da proteção internacional dos direitos humanos e democracia",<sup>509</sup> seria necessário que a autora tivesse analisado quais eram os interesses políticos e influências intelectuais por trás da defesa dos direitos humanos latino-americanos.

Resgata-se também que a própria criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (e suas respectivas instituições - a Comissão e a Corte) possui raízes na disputa por campos de poder. Neste sentido, os discursos e as práticas de direitos humanos enunciados a partir desse lugar também são geoestratégicas e instrumentalizadas por interesses hegemônicos. Há, portanto, um caráter institucional que reveste a SIDH, fazendo com que a enunciação seja de "cima para baixo, desde as instâncias de poder".<sup>510</sup>

<sup>503</sup> GLENDON, Mary Ann. The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harv. Hum. Rts. J.*, v. 16, p. 27, 2003, p. 30.

<sup>504</sup> Tradução nossa. Cf. SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014, p. 398; GLENDON, op. cit., p. 30; CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003, p. 285.

<sup>505</sup> GLENDON, op. cit., p. 31.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 31; CAROZZA, op. cit., p. 284-285.

<sup>507</sup> Artigo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 23 fev. 2022.

<sup>508</sup> SIKKINK, op. cit., p. 399-400.

<sup>509</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, 2014, p. 400.

<sup>510</sup> Tradução nossa. Cf. RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 208.

## ***2.2 Importação, exportação e construção argumentativa na Corte Interamericana de Direitos Humanos***

A presente subseção é dividida em três partes: a primeira traça as convergências e divergências entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos; a segunda parte apresenta as bases teóricas para a discussão acerca dos locais de enunciação e os locais de recepção; e, por fim, apresenta-se a teoria de Slaughter sobre os diálogos transjudiciais. O objetivo dessa subseção é introduzir as discussões subseqüentes acerca das interações entre as Cortes internacionais.

### *2.2.1 O contexto institucional da Corte Interamericana e Europeia de Direitos Humanos*

Nos anos subseqüentes à Declaração Americana de Direitos Humanos, os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos não articularam um órgão responsável por monitorar o cumprimento dos direitos enunciados.<sup>511</sup> Apenas em 1959, quase onze anos após a DADDH, a OEA estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.<sup>512</sup> Em 1967, o Protocolo de Buenos Aires delineava melhor as funções da CIDH instituindo a "principal função de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria".<sup>513</sup> Além disso, o Protocolo também previa "uma convenção interamericana sôbre direitos humanos [que] estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria".<sup>514</sup>

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi instituída em 1969. Como aponta Farer, ela possui duas faces: <sup>515</sup> uma substantiva, que reproduz os direitos de forma quase idêntica à Declaração Americana de Direitos Humanos, com exceção ao detalhamento dos direitos econômicos, sociais e culturais, que se apresentam de forma genérica no art. 26 da

---

<sup>511</sup> FARER, Tom. The rise of the Inter-American human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Hum. Rts. Q.*, v. 19, 1997, p. 515; RESCIA, Victor Rodriguez; SEITLES, Marc David. The Development of the Inter-American Human Right System: A Historical Perspective and a Modern-Day Critique. *NYL Sch. J. Hum. Rts.*, v. 16, 1999, p. 597.

<sup>512</sup> A Comissão seria formada por sete comissários, com mandatos de quatro anos, selecionados pela Assembleia Geral da OEA. Cf. FARER, op. cit., p. 515; GOLDMAN, Robert K. History and action: The inter-American human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 31, 2009, p. 862.

<sup>513</sup> Art. 112. Protocolo de Buenos Aires, 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-31.htm> Acesso em 25 fev. 2022.

<sup>514</sup> Art. 112. Protocolo de Buenos Aires, 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-31.htm> Acesso em 25 fev. 2022.

<sup>515</sup> FARER, op. cit., p. 521; RESCIA; SEITLES, op. cit., p. 599.

CADH; uma institucional, pois detalhou o estabelecimento da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos.

A Corte IDH, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana possuem suas particularidades procedimentais e substanciais de atuação.<sup>516</sup> Como parte do sistema regional interamericano, as instituições têm produzido uma gama de textos com força normativa capazes de influenciar e serem influenciados por outros sistemas regionais e universal.<sup>517</sup>

Os primeiros anos de existência da Comissão IDH coincidiram com os governos ditatoriais em vários países da América Latina, financiados pelos Estados Unidos da América, por meio da Operação Condor, em um contexto de Guerra Fria.<sup>518</sup> Deste modo, os critérios de admissibilidade (como o esgotamento dos recursos internos) raramente poderiam impedir o peticionamento em razão da instabilidade institucional dos países latino-americanos.<sup>519</sup>

Existem certas semelhanças e diferenças institucionais entre a Corte Interamericana e a Europeia de Direitos Humanos (Corte IDH e Corte EDH, respectivamente). A primeira semelhança apresenta-se na estrutura formal, quando ambas foram criadas. Os instrumentos Convenção, Comissão e Corte, cada um em seu respectivo continente, eram comuns.<sup>520</sup> Além disso, ambas compartilhavam o catálogo de direitos compreendidos sobre a égide dos direitos civis e políticos.<sup>521</sup> Também, fundamentam-se sobre os princípios da solidariedade, cujo pressuposto é o cumprimento de boa-fé dos direitos enunciados pelas Convenções pelos Estados-membros, e também a subsidiariedade, isto é, os sistemas nacionais possuem prioridade para analisar as violações.<sup>522</sup> Ambas compreendem as suas convenções basilares como instrumentos dinâmicos capazes de absorver interpretações evolutivas.<sup>523</sup>

---

<sup>516</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 100.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 100-101; GOLDMAN, Robert K. History and action: The inter-American human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 31, 2009, p. 866.

<sup>518</sup> FARER, Tom. The rise of the Inter-American human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Hum. Rts. Q.*, v. 19, 1997, p. 522-525.

<sup>519</sup> Inclusive, o primeiro caso a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1988, também refletia essa tendência, pois trata do desaparecimento forçado em Honduras. Ver: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>520</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>521</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 116; NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 106.

Por outro lado, algumas divergências formais também são significativas. Como destaca Neuman, a jurisdição consultiva da Corte IDH é bem mais ampla do que a da Corte Europeia.<sup>524</sup> Além disso, o Protocolo nº 11 de 1998 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) provocou mudanças substantivas na estrutura do sistema europeu. A primeira diz respeito ao direito de petição individual direto à Corte EDH. E o segundo trata da dissolução da Comissão Europeia, transferindo a competência para apreciar casos de violação à própria Corte, ocasionando um aumento significativo no volume de petições submetidas ao Tribunal europeu.<sup>525</sup> Enquanto isso, o sistema interamericano opera com o peticionamento individual à Comissão e, se for o caso, com a denúncia pelos comissários à Corte IDH.<sup>526</sup>

Neuman destaca que os direitos humanos no plano regional e universal supostamente não devem ser idênticos. A similitude continental pode contribuir para agregar à lista de direitos, de acordo com as especificidades locais.<sup>527</sup> No entanto, é necessário apresentar o argumento feito por Neuman. Parece existir, no sistema europeu de direitos humanos, o que ele denominou de "consenso regional", ou seja, "a presença de valores regionais que guiam rumo à uma interpretação mais específica da Convenção",<sup>528</sup> fomentadas, sobretudo, pela atuação consoante do Conselho Europeu, União Europeia e Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>529</sup> Esse fenômeno, no entanto, não é verificado na América Latina.

Entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH também existem divergências. A Corte reserva-se o direito de invocar o princípio *iura novit curia* para alegar violações diferentes daquelas introduzidas pela CIDH e desenvolver o seu entendimento jurisprudencial sobre determinado tema.<sup>530</sup> Parece haver um suposto tratamento hierárquico entre as instituições, possivelmente legitimado pelas competências judiciais da Corte IDH, e quase-judicial da Comissão.<sup>531</sup> Além disso, ambas enfrentam certa resistência dos próprios governos dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, o que ocasiona a falta

---

<sup>524</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 102.

<sup>525</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118-119.

<sup>526</sup> NEUMAN, [2008], op. cit., p. 103.

<sup>527</sup> Ibid., p. 106.

<sup>528</sup> Ibid., p. 107; NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 104.

<sup>529</sup> NEUMAN [2008], op. cit., p. 107.

<sup>530</sup> Ibid., p. 104. Cf. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

<sup>531</sup> NEUMAN [2008], op. cit., p. 107.

de suporte para exercer pressão no cumprimento de sentenças da Corte IDH e recomendações da CADH.<sup>532</sup> E também gera falta de harmonia no apoio interinstitucional.<sup>533</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza-se das regras gerais de interpretação de tratados expressas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT). Como pontuado por Neuman, ainda que seja adotada a metodologia geral, os tratados de direitos humanos devem contemplar com especial atenção a proteção individual e coletiva.<sup>534</sup> A argumentação elaborada pela jurisprudência da Corte IDH é geralmente formada pelas suas próprias bases normativas, isto é, a Convenção Americana de Direitos Humanos e outras convenções regionais, além de menções aos seus próprios precedentes e referências aos regimes global, europeu e africano.<sup>535</sup> Em ocasiões oportunas, a Corte IDH também utiliza instrumentos de *soft law*. Uma diferença notável entre os sistemas regionais é o volume de precedentes produzidos. A Corte Europeia supera quantitativamente a produção dos subsistemas interamericano e africano. Dado a vasta gama jurisprudencial da Corte EDH, talvez esse possa ser um importante fator para a exportação dos argumentos.<sup>536</sup>

As duas próximas e últimas partes deste capítulo abordarão uma questão nuclear para esta pesquisa: a importação e exportação nos "diálogos transjudiciais". Pretende-se, portanto, apresentar como ocorrem as interações e as principais teorias que as explicam.

As partes subsequentes relacionam-se com as anteriores, pois é possível perceber que as interações entre Cortes não são espontâneas. Além da relação formal - compreendida por meio do texto expresso da decisão -, outros fatores históricos e contextuais explicam a preferência por determinada Corte (Europeia, no caso) em detrimento de outras (Corte Africana de Direitos Humanos). O universalismo, como demonstrado na primeira parte, "*A geolocalização dos direitos humanos como produto cultural europeu*", ainda exerce grande influência global e manifesta-se em diversas referências da Corte Interamericana à Corte Europeia de Direitos Humanos. Em contrapartida, a Corte Interamericana também apresenta argumentações inéditas que fazem emergir a suposição de um produto tipicamente latino-americano, como historicamente demonstrado nas subseções *A acomodação e reivindicação latino-americana ao Direito Internacional: entre universalismos e particularismos* e *Os*

---

<sup>532</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 105.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>536</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 104-105.

*direitos humanos no continente americano e as raízes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.*

### *2.2.2 A importação e a exportação como estratégia argumentativa*

Ao falar sobre as Teorias Transnacionais do Direito (TTD), Medina traça uma importante distinção entre "lugares de produção" e "lugares de recepção".<sup>537</sup> O primeiro seria caracterizado pela produção de conhecimento e elaboração das discussões teórico-jurídicas com poder de influência transnacional. Deste modo, a "sua transmutabilidade global e seu valor "geral" e "objetivo" dependem do fato crucial de obscurecer ou minimizar os contextos específicos em que tais teorias jurídicas se forjaram".<sup>538</sup> Por outro lado, os "lugares de recepção" são caracterizados pelo conteúdo local carecer de persuasão e circularidade, reduzindo-se ao conhecimento regional, isto é, específico para determinadas situações.<sup>539</sup> Não coincidentemente, os primeiros lugares são geoposicionados no Norte Global, e os segundos encontram-se em países periféricos.

Nessa crítica, oportuniza-se a reflexão sobre a originalidade do conhecimento produzido pelos lugares de produção e a suposta "imitação" ou "influência" percebida no conteúdo feito pelos lugares de recepção.<sup>540</sup> Adotam-se também outros vocábulos para se referir ao conhecimento emanado pela periferia, como "influência, leitura equivocada, transmutação, imitação, cópia, plágio".<sup>541</sup> Essa concepção permite supor a existência de certa hierarquia entre os dois. Medina pontua as consequências dessa relação: (i) por um lado, é possível a reprodução do original, que permite inferir a sua aplicabilidade no contexto local; e (ii) por outro lado, poderia gerar um "subproduto", a partir de "uma leitura equivocada ou uma transmutação que exige correção e standarização".<sup>542</sup>

Assim, "neste modelo de dependência e subordinação teórica, os atores locais são despojados de agência na produção válida de saber jurídico".<sup>543</sup> Em relação às sentenças regionais, Medina aproxima-se da hipótese inicial desta pesquisa sobre a atividade jurisdicional da Corte IDH, na qual "as jurisprudências locais parecem estar condenadas ao vaivém de modas

---

<sup>537</sup> MEDINA, Diego E. López. Por que falar de uma "Teoria Impura do Direito" para a América Latina?. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 11, n. 1, 2016, p. 24.

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>539</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>540</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>541</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>543</sup> *Ibid.*, p. 36.

intelectuais que não se relacionam completamente com as circunstâncias e os contextos políticos-jurídicos concretos que se supõe que têm o dever de teorizar e explicar".<sup>544</sup>

Parte-se, portanto, da hipótese de que o conhecimento local é formado por processos miméticos.<sup>545</sup> No entanto, é possível fazer uma releitura crítica para além dos conceitos indicados por Medina acima. Como o próprio autor afirma, "*pode ser* que, ao final, as teorias meramente imitativas de países não prestigiosos em jusfilosofia terminem sendo tão ricas em sugestões e desenvolvimentos como as das tradições fortes e reconhecidas".<sup>546</sup> Há também uma atividade de produção além da mera recepção, isto é, "a leitura tergiversada abre a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação".<sup>547</sup> Ainda complementa que "o estudo cuidadoso destas transformações revela usos locais tão ou inclusive mais interessantes que a história natural dessas mesmas ideias nos lugares de produção".<sup>548</sup>

Portanto, Medina provoca os pesquisadores(as) ao questionar "qual é a possível utilidade dessa estratégia que consiste em estudar as transmutações teóricas?".<sup>549</sup> A partir dessa provocação de Medina que o presente estudo assume sua importância. A releitura crítica das sentenças da Corte IDH sobre migrações, refúgio e apatridia permitirá identificar a relação entre o local de produção (Corte Europeia de Direitos Humanos e Sistema ONU) e o local de recepção (Corte Interamericana de Direitos Humanos). A partir do estudo de caso, pretende-se identificar possíveis *efeitos transmutativos*, como definido por Medina.<sup>550</sup> Dentre eles, encontra-se a mudança de significado de determinados conceitos emitidos pelos locais de produção, e assim, a criação de novas obrigações nos lugares de recepção.<sup>551</sup>

Assim, não pretende corrigir possíveis leituras equivocadas produzidas nos locais de recepção. Pelo contrário. É neste sentido que Medina sugere que "uma teoria impura do direito para a América Latina tratará de sustentar a tese geral a qual é necessário, tanto em escala local como translocal, revelar os processos de transmutação teórico-jurídica que se produzem entre os locais de produção e de recepção".<sup>552</sup>

Nesta interação, Neuman ressalta que as proposições sobre direitos humanos podem sofrer variações de um sistema regional para outro. Como ele pontua, "o texto pode aparecer

---

<sup>544</sup> MEDINA, Diego E. López. Por que falar de uma "Teoria Impura do Direito" para a América Latina?. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 11, n. 1, 2016, p. 36.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>549</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>550</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>551</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>552</sup> *Ibid.*, p. 40.

por vezes, intacto, modificado, discutido ou rejeitado em um texto posterior emitido por uma diferente fonte". Ainda acrescenta que também pode assumir outra natureza normativa. Em determinado sistema, pode assumir força obrigatória de *hard law*, e no sistema receptor, por ser incorporado sob a rubrica dos princípios de *soft law*.<sup>553</sup> Deste modo, a adoção de determinado entendimento em um subsistema pode induzir os outros sistemas regionais a o adotarem. Assim, os argumentos possuem consequências internas e influência externa.<sup>554</sup>

Desta forma, retomam-se as lições de Baxi, que realça a necessidade de que "o 'local', e não o 'global', deve ser enfatizado, e permanece o local crucial da luta pela enunciação, implementação e gozo dos direitos humanos".<sup>555</sup> Urge provincializar a Europa e o papel europeu nas raízes dos direitos humanos para reconhecer o potencial opressivo da narrativa universal e também as potencialidades advindas das produções locais. Neste contexto, deve-se repensar sobre os "monopólios narrativos" na teoria e na prática dos direitos humanos.<sup>556</sup>

Identificar essas interações, no entanto, nem sempre é uma tarefa simples. Como ressaltado por Neuman, as citações podem ser retóricas, decorativas ou silenciadas. Porém, "a ausência expressa de referência não demonstra a falta de influência".<sup>557</sup> Na próxima seção apresenta-se como as Cortes se comunicam entre si, por vezes, em diálogos - em outras em monólogos.

### 2.2.3 Os diálogos e monólogos entre as Cortes: as teorias sobre os diálogos transjudiciais

Anne-Marie Slaughter indica que "cortes estão dialogando entre si em todo o mundo".<sup>558</sup> Esse fenômeno é denominado como comunicação transjudicial, isto é, diálogo entre Cortes<sup>559</sup> - seja nacional ou supranacional - além das fronteiras. Como aponta Nowak, "quanto às cortes,

<sup>553</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 100-101.

<sup>554</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>555</sup> BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998, p. 18.

<sup>556</sup> BAXI, 1998, p. 18.

<sup>557</sup> NEUMAN, op. cit., p. 101.

<sup>558</sup> Tradução nossa. Cf. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 99.

<sup>559</sup> Cf. JACOBS, Francis G. Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice. *Tex. Int'l LJ*, v. 38, p. 547, 2003; BROWN, Chester. The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and tribunals. *Loy. LA Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 30, p. 219, 2008; SQUEFF, Tatiana AFR Cardoso. "Cross-fertilization" as a neocolonial tool? Impressions deriving from the Artavia Murillo vs. Costa Rica case before the Interamerican Court of Human Rights. *Revista Da Faculdade De Direito Do Sul De Minas*, v. 35, n. Edição Especial, 2019.

requer considerar o outro tribunal a partir de suas especificidades e compreender as razões pelas quais se tomou uma decisão judicial num determinado sentido e não em outro, para, então, recepcioná-la ou refutá-la".<sup>560</sup> Antes de apresentar a tipologia introduzida por Slaughter e os comentários de Burgorgue-Larsen sobre o tema, coaduna-se com a crítica feita por Nowak à primeira jurista, e aqui acrescenta-se a última também, em razão da perspectiva eurocêntrica adotada por elas.<sup>561</sup> Deste modo, em seus escritos, Slaughter e Burgorgue-Larsen enfatizam demasiadamente os exemplos europeus, e suas teorias devem ser analisadas com as devidas ressalvas.

Ainda que essas críticas sejam direcionadas, vale mencionar a tipologia por ser amplamente difundida pela *mainstream*. A partir desses insumos clássicos conjugados com a abordagem crítica, nos próximos capítulos será possível analisar a comunicação entre a Corte Interamericana e a Europeia de Direitos Humanos em matéria de migrações, refúgio e apatridia. Portanto, a tipologia de Slaughter mostra que o "diálogo transjudicial varia em forma, função e grau de engajamento recíproco".<sup>562</sup> Neste contexto, a jurista estabelece a seguinte classificação sobre a forma do diálogo: (i) horizontal; (ii) vertical; e (iii) misto entre vertical-horizontal.<sup>563</sup>

O primeiro, horizontal, diz respeito ao diálogo entre cortes que possuem o mesmo status, seja nacional, regional ou supranacional. Em suma, elas não são obrigadas a considerarem as decisões umas das outras, tampouco harmonizá-las; cita-se como exemplo a comunicação entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>564</sup> O segundo, comunicação vertical, trata de diálogos entre cortes nacionais e supranacionais. Como exemplo dado por Slaughter, é possível mencionar a relação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais europeus domésticos.<sup>565</sup> Por fim, o terceiro, diálogo misto entre vertical-horizontal, "pode combinar diferentes formas. Primeiro, os tribunais supranacionais podem servir como canais para a comunicação horizontal", e a segunda forma, "supõe a existência de princípios legais em comum entre as ordens jurídicas nacionais, que possam ser disseminadas pelo tribunal supranacional".<sup>566</sup>

---

<sup>560</sup> NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos : um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. 2018. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018, p. 37.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>562</sup> Tradução nossa. Cf. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 101.

<sup>563</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 103.

<sup>564</sup> *Ibid.*, p. 103-106.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>566</sup> *Ibid.*, p. 111-112.

Assim como Anne-Marie Slaughter distinguiu diferentes formas de ocorrência, a jurista também difere os graus de engajamento recíproco entre os diálogos transjudiciais. Dentre eles, (i) diálogo direto; (ii) monólogo; e (iii) diálogo intermediado. O primeiro, caracterizado pela provocação de um tribunal e a efetiva resposta por outro tribunal; o segundo, a ausência de participação mútua, ocorrendo apenas unilateralmente; e o terceiro, o qual cortes dialogam por meio de um intermediário.<sup>567</sup>

Um dos principais exemplos de interação entre o europeu e o americano (ainda que epistemologicamente seja possível supor a interação entre o universal e o regional) é o uso das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No processo denominado como diálogo transjudicial ou “fertilização cruzada”,<sup>568</sup> muitas vezes, essa atividade tem se configurado mais como unilateral do que bilateral, isto é, observa-se mais importações das interpretações europeias pela CtIDH do que o movimento contrário.<sup>569</sup> Burgorgue-Larsen é enfática ao salientar que o diálogo é uma “troca de ponto de vista” e, por assumir essa natureza, “induz tanto a oposição, a contradição e até discórdia, como o acordo e a concordância”.<sup>570</sup> Insta demonstrar as palavras utilizadas por Slaughter ao definir a “fertilização cruzada”, tais quais *inspiration*,<sup>571</sup> *dissemination of particular ideas*,<sup>572</sup> e *foreign intellectual influences*.<sup>573</sup>

Neste contexto, ressalta-se que o referido diálogo entre Cortes não ocorre de forma desinteressada. Conforme observado por Veçoso, essa articulação é estratégica, visto que a Corte Interamericana utiliza, muitas vezes, os precedentes europeus como argumento de persuasão, autoridade e legitimidade.<sup>574</sup> Essa primeira utilização coaduna com a definição de Slaughter ao estabelecer que “[se] as cortes ao redor do mundo têm obtido conclusões similares para um problema jurídico similar, [então] constituiria *per se* indícios que a decisão em questão é a expressão correta do *direito*”.<sup>575</sup>

---

<sup>567</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 112-113.

<sup>568</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>569</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Rumo a uma fraternidade de Cortes de Direitos Humanos? Uma análise dos usos da jurisprudência da Corte Europeia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 13, 2013, p. 389.

<sup>570</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Braz. J. Int'l L.*, v. 7, 2010, p. 264.

<sup>571</sup> SLAUGHTER, op. cit., p. 117.

<sup>572</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>574</sup> VEÇOSO, op. cit., p. 389.

<sup>575</sup> Tradução nossa. Cf. SLAUGHTER, op. cit., p. 119.

Neste caso, não se trata de um diálogo, e sim de um monólogo em que há unilateralidade, como se a decisão europeia fosse coberta por autoridade incontestável.<sup>576</sup> Assim, prevalece mais o sentido de importação judicial do que diálogo transjudicial. Desta maneira, por um lado, observa-se que em alguns casos interamericanos, o uso de precedentes europeus está relacionado à persuasão, pois em casos complexos e controversos na região latino-americana, a Corte os utiliza como forma de demonstrar convergência de entendimento com a Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>577</sup>

Em contrapartida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece justificar essa importação europeia em prol de certa uniformização hermenêutica do *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Slaughter parece enquadrar essa utilização como *collective deliberation*, isto é, "sugere o reconhecimento de um conjunto global de temáticas de direitos humanos a serem resolvidos pelos tribunais de todo o mundo em colóquio entre si. Tal reconhecimento deriva da ideologia dos direitos humanos universais (...)".<sup>578</sup> Burgorgue-Larsen ainda acrescenta que esse processo reafirma o ideal de coerência, isto é, "(...) garantir a coerência de sistemas cujos princípios de funcionamento são similares".<sup>579</sup>

Em ambos os casos, envolvem articulações políticas e institucionais. Burgorgue-Larsen ainda sugere que esse processo de diálogo, na realidade, colocaria os juízes em certa "concorrência" - em uma espécie de luta de modelos, o que gera contradições e tensões no processo de fertilização cruzada.<sup>580</sup> Essa íntima relação entre o Direito Internacional e as escolhas políticas retomam às discussões sobre a ambivalência entre a objetividade legal e a subjetividade política suscitadas por Martti Koskenniemi.<sup>581</sup>

Como Anghie e Chimni observam, "a linguagem nunca está livre da ambiguidade, o direito é, inevitavelmente, indeterminado".<sup>582</sup> Neste sentido, as ambiguidades e incerteza são, geralmente, resolvidas a partir das lentes coloniais e dos marcos conceituais pré-existentes, por meio do seu alargamento em razão do contexto.<sup>583</sup> Deste modo, as contradições existentes no Direito Internacional, que são consequência de tal ecletismo doutrinário, podem resultar em um

---

<sup>576</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Braz. J. Int'l L.*, v. 7, 2010, p. 294.

<sup>577</sup> VEÇOSO, op. cit., p. 389-392.

<sup>578</sup> Tradução nossa. Cf. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 121-122.

<sup>579</sup> BURGORGUE-LARSEN, op. cit., p. 293.

<sup>580</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>581</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018a, p. 9.

<sup>582</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003, p. 100.

<sup>583</sup> *Ibid.*, 2003, p. 101.

“pragmatismo empobrecido e irreflexivo”<sup>584</sup> ou reforçar o que Koskenniemi denominou de enviesamento estrutural.<sup>585</sup>

Em relação às ambivalências do Direito Internacional, observa-se que a primeira hipótese, ao sugerir o pragmatismo empobrecido e irreflexivo, supõe a existência de um fenômeno em que “uma vez que as estruturas argumentativas estão abertas, tudo é válido”.<sup>586</sup> É o caso, por exemplo, do termo “direitos humanos”, no qual o vocabulário demonstra-se indeterminado. A interpretação que se tem a partir dessa gramática é resultado de uma estratégia interpretativa. Contudo, a segunda hipótese, em relação ao enviesamento estrutural, evidencia a relevância da escolha da instituição tomadora de decisão, pois cada idioma técnico tem algo a dizer sobre o assunto e, conseqüentemente, cada gramática específica evidenciará determinados aspectos e ocultará tantos outros.<sup>587</sup> Cada instituição possui sua própria agenda de valores e prioridades, que são resultantes de escolhas políticas. E, neste contexto, nem sempre é suficiente apenas decidir, mas também, muitas vezes, é necessário emanar decisões que sejam "neutras e universais" a partir de um conhecimento especializado.<sup>588</sup>

Salienta-se que a importância normativa tanto dos fatos quanto das regras surge de escolhas e é sujeita à interpretação.<sup>589</sup> Portanto, não se pode partir do pressuposto que o conteúdo (dos fatos e das regras) é autoevidente.<sup>590</sup> As argumentações podem variar no sentido do (i) consenso,<sup>591</sup> assim como em razão do que é (ii) razoável e justo. Essas forças retóricas podem soar, muitas vezes, contrastantes. O primeiro por materializar a vontade estatal (consenso) e o segundo por refletir o que é considerado como boa fé.<sup>592</sup>

---

<sup>584</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018a, p. 12.

<sup>585</sup> KOSKENNIEMI, Martti. A política do Direito Internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018b, p. 33; KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 600-615; VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2012. 156 f. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 36.

<sup>586</sup> KOSKENNIEMI, Martti. A política do Direito Internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, 2018b, p. 33.

<sup>587</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>588</sup> *Ibid.*, 2018, p. 35; KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 608.

<sup>589</sup> KOSKENNIEMI [2018a], *op. cit.*, p. 18.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>591</sup> É importante ressaltar que “embora o direito surja do consenso, ele não carece do consenso de todo e qualquer Estado todo o tempo, e que um acordo geral, uma *volonté generale* ou uma *Vereinbarung* basta para a aplicação da norma”. Cf. *Ibid.*, p. 19.

<sup>592</sup> *Ibid.*, p. 18.

Nas palavras de Veçoso, “sublinhe-se que tal utilização possui diversas racionalidades e que nem sempre a CIDH [Corte IDH] cita precedentes europeus de forma mecânica”.<sup>593</sup> Portanto, ainda que em determinados casos a Corte IDH sugere a *collective deliberation* em consonância com a Corte Europeia de Direitos Humanos, em outros, é perceptível que os usos empregados pela Corte Interamericana, por vezes, afastam-se de uma uniformização. Nota-se que os juízes latino-americanos eventualmente constroem a sua própria racionalidade *a partir* dos julgados europeus, mas distanciam-se da Corte Europeia em determinados argumentos, limitações e contextos fáticos.

Neuman, por sua vez, apresenta três perspectivas como estratégia de importação adotadas pela Corte IDH: o consensual, o suprapositivo e os aspectos institucionais.<sup>594</sup> No primeiro, os países manifestaram a sua vontade ao se submeterem a determinada regra internacional obrigatória. No segundo, Neuman parece defender que as normas de direitos humanos possuem certa autoridade moral independente ou prioritária à sua posituação nos tratados, assim, a Corte poderia interpretá-las de forma ampla à luz de outros documentos interpretativos, quando eles forem persuasivos. Por fim, o terceiro revela que a Corte possuiria motivos pragmáticos para adotar interpretações pré-existentes.<sup>595</sup>

A estratégia argumentativa que se apoia na referência aos instrumentos externos ao Sistema Interamericano é fundada na prerrogativa do art. 29-b da CADH, que proíbe interpretações restritivas ou involutivas.<sup>596</sup> A título exemplificativo, o art. 60 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos também postulou que a "Comissão *inspira-se* no Direito Internacional relativo aos direitos humanos e dos povos (...) [grifo nosso]". No entanto, como alerta Neuman, a interpretação de instrumentos de *soft law* parece ser validada como forma de evolução, sem passar pelos critérios consensuais.<sup>597</sup> Ainda que a ratificação da CADH seja feita de forma voluntária, isso não significa que a "evolução" interpretativa do instrumento regional tenha que ser feita para além do consenso estatal.<sup>598</sup>

---

<sup>593</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Rumo a uma fraternidade de Cortes de Direitos Humanos? Uma análise dos usos da jurisprudência da Corte Europeia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 13, 2013, p. 397.

<sup>594</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 111.

<sup>595</sup> *Ibid.*, p. 111-112.

<sup>596</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>597</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 115.

Essa supressão do consenso estatal pode suscitar duas consequências arguidas por Neuman: (i) falta de legitimação perante os Estados e (ii) inefetividade.<sup>599</sup> Anghie destaca que essa ampliação, apenas *formalmente*, parece estar mais a favor da cooperação do que dos instrumentos hegemônicos. Entretanto, na verdade, essa ação exclui os países e povos do Terceiro Mundo da formulação das normas, mas, ao mesmo tempo, os submetem a elas.<sup>600</sup>

Nas palavras de Neuman: "fazer os direitos humanos mais efetivos não necessariamente significa lhes dar um significado mais amplo. Significa fazer do cumprimento do direito uma realidade".<sup>601</sup> O reconhecimento social e o estabelecimento de condições materiais são essenciais para a realização dos direitos humanos. A circunscrição das enunciações dentro da gramática universal as torna idealistas, abstratas e teóricas.<sup>602</sup>

Por outro lado, por exemplo, no que tange à exportação, a Corte IDH também protagoniza argumentações inéditas e ativas.<sup>603</sup> A ampliação da adoção da norma *jus cogens* também é uma tendência reiterada da Corte Interamericana. Como pontua Neuman, "o efeito mandatório universal da norma *jus cogens* é antítese do voluntarismo estatal".<sup>604</sup> A evolução solitária dos direitos a partir da função argumentativa da Corte IDH faz com que a implementação das medidas protetivas também se distancie da prática estatal pela ausência de escutar suas realidades e dificuldades.

Neste sentido, nos próximos capítulos pretende-se realizar um estudo de caso a partir da jurisprudência interamericana sobre migrações, refúgio e apatridia para examinar essas interações - por vezes em diálogos, por ora em monólogos. Além disso, a análise seguinte pretende identificar as tensões entre o particular e o universal, possíveis ineditismos e influências.

---

<sup>599</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 115. No último capítulo, o termo "inefetividade" será problematizado e discutido, a partir da perspectiva TWAIL.

<sup>600</sup> CHIMNI, Bhupinder S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004, p. 25.

<sup>601</sup> Tradução nossa. Cf. NEUMAN, op. cit., p. 115.

<sup>602</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015, p. 200-201.

<sup>603</sup> NEUMAN, op. cit., p. 116.

<sup>604</sup> *Ibid.*, p. 117.

### **3. AS INTERAÇÕES ENTRE O PARTICULAR E O UNIVERSAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE MOBILIDADE HUMANA COMO ESTUDO DE CASO**

Esta parte da dissertação dedica-se ao estudo de caso da jurisprudência interamericana sobre migrações internacionais. Estrategicamente, optou-se por dividir este capítulo em duas seções por dois motivos essenciais: o primeiro foi em razão das afinidades temáticas; e o segundo foi devido às limitações textuais. Deste modo, a primeira parte discute sobre os países que apresentam dificuldades institucionais com a Corte IDH, entre eles os Estados Unidos da América e a República Dominicana. A segunda parte, por sua vez, apresenta as questões materiais, a saber: a nacionalidade e naturalização; a detenção arbitrária e o acesso à justiça; e o asilo e o refúgio.

#### ***3.1 Por fora do tabuleiro? Os entraves institucionais nos diálogos entre a Corte Interamericana, os Estados Unidos e a República Dominicana***

O artigo 62 da Convenção Americana define que os países signatários da CADH podem reconhecer como obrigatória a jurisdição da Corte Interamericana.<sup>605</sup> Atualmente, 23 países a declararam competente para interpretar e aplicar a Convenção.<sup>606</sup> Nota-se que apenas dois países apresentaram instrumento de denúncia à CADH: a Venezuela, em 2012, e Trinidad e Tobago, em 1998. A adesão dos países americanos é relativamente significativa se considerados os 36 países totais que compõem o continente. A despeito disso, algumas ausências merecem ser destacadas, como a dos Estados Unidos da América, Canadá e Cuba.

Esta subseção destaca dois países que não se alinham às regras do jogo no SIDH por diferentes razões. O primeiro é os Estados Unidos da América, que muito embora não reconheça a jurisdição da Corte Interamericana, é membro da OEA e já foi mencionado em duas opiniões consultivas solicitadas pelo México (OC-16/99 e OC-18/03). Por tal motivo, será analisado na primeira parte. Destaca-se que no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

---

<sup>605</sup> Art. 62.1, CADH. 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.

<sup>606</sup> Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm) Acesso em 26 mar. 2022.

há diversas petições individuais contra os EUA sobre o tratamento conferido aos imigrantes indocumentados.<sup>607</sup>

O segundo é a República Dominicana. Embora esteja sujeita à jurisdição da Corte Interamericana, foi responsabilizada por violações aos direitos de imigrantes haitianos e dominicanos descendentes de haitianos, e ameaça denunciar ao instrumento de ratificação da Convenção, tal como será visto na segunda parte.

### 3.1.1. Estados Unidos: OC-16/99 e OC-18/03

A despeito da não aceitação da jurisdição da Corte Interamericana em relação aos Estados Unidos da América, o país não é inteiramente alheio às atividades do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ratificaram a Carta da OEA em 1951; assinaram a Declaração Americana; e também a Convenção Americana em 1977. Porém, ainda não a ratificaram.<sup>608</sup> Essa posição estadunidense reflete o que Ignatieff chama de excepcionalismo americano.<sup>609</sup> Embora exerçam um papel de liderança na promoção dos direitos humanos, paradoxalmente, resistem em aplicar os parâmetros protetivos em seu território. Essa atuação seria separada em três elementos: (i) ainda que assinem os tratados, eles impõem diversas reservas ou não os ratificam; (ii) criticam a atuação dos demais, enquanto não aceitam serem criticados pelos mesmos parâmetros; e (iii) mantém a tradição de privilegiar os direitos assegurados pelo ordenamento doméstico e resistir à jurisdição internacional.<sup>610</sup>

Assim, a Comissão Interamericana é o único órgão competente do SIDH para receber casos individuais em desfavor dos EUA, pois eles fazem parte da OEA. De acordo com Maciel, Ferreira e Koerner, 56,5% das denúncias analisadas por elas e ele até 2013 eram sobre indivíduos sentenciados à pena de morte. Por outra parte, 17,7% dos casos eram sobre imigração. Na série histórica de 1970 a 2000, elas e ele também relatam a crescente das denúncias: dois casos em 1970, quatro em 1980, 16 em 1990 e 34 em 2000. As respostas da

<sup>607</sup> MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 90, 2013, p. 275.

<sup>608</sup> OEA. *Estado Actual de Firmas y Ratificaciones de los Tratados Interamericanos*. Por Estados Miembros: Estados Unidos de América. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_firmas\\_estados\\_EUA.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_firmas_estados_EUA.asp) Acesso em 26 mar. 2022.

<sup>609</sup> IGNATIEFF, Michael. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (Ed.). *American exceptionalism and human rights*. Princeton University Press, 2009, p. 1.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 3.

Comissão foram variadas, incluindo: de medidas cautelares às decisões de mérito e visitas *in loco*.<sup>611</sup>

Essa análise contextual é importante, pois embora as atuações da Comissão e da Corte sejam independentes, elas não são desconectadas. Essa efervescência de denúncias perante a CIDH também ecoa, de algum modo, na Corte Interamericana. O Departamento de Estado dos EUA mantém a posição em não reconhecer o caráter obrigatório das recomendações da Comissão.<sup>612</sup> A Suprema Corte estadunidense também resiste aos entendimentos interamericanos, sobretudo em casos de aplicação da pena de morte.<sup>613</sup>

Um desses casos merece ser destacado. No âmbito da Suprema Corte dos EUA, o caso *Medellín v. Texas* foi julgado em 2008. O contexto dizia respeito à condenação à pena de morte do mexicano José Ernesto Medellín, em 1994, pela acusação de ter cometido dois estupros, seguido de assassinato no Texas. Posteriormente, o México ajuizou uma ação contra os EUA perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) alegando a ausência de informação sobre assistência consular durante o processo legal. O caso ficou conhecido como *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. A CIJ posicionou-se favoravelmente e decidiu pela suspensão da aplicação da pena de morte do réu e de outros 51 mexicanos em situação semelhante.<sup>614</sup> No âmbito interamericano, a Corte pronunciou-se na OC-16/1999, a qual dispõe sobre o direito à informação sobre a assistência consular, e a Comissão, em 2008, publicou o Relatório nº 45/08, que reconheceu a violação ao direito supracitado em relação à vítima Medellín.<sup>615</sup>

No âmbito da Suprema Corte, houve discussões se as decisões da CIJ eram diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno ou não (*self-executing*). Decidiu-se por manter a aplicação da pena de morte, segundo a decisão texana.<sup>616</sup> De acordo com Barreira e Belangero, o entendimento foi que "embora a decisão proferida pela CIJ no caso Avena constitua obrigação internacional dos Estados Unidos, ela não impõe, por si só, obrigação por parte das cortes

---

<sup>611</sup> MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 90, 2013, p. 275-276; 280.

<sup>612</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>614</sup> BARREIRA, Karen S. BELANGERO, Juliana. A mobilização do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Judiciário Norte-Americano: Uma análise a partir do caso Medellín. In: MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, Interações e Mobilizações*. Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2017, p. 186-187.

<sup>615</sup> *Ibid.*, p. 188.z

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 190.

domésticas em executá-la".<sup>617</sup> Essa postura estadunidense em resistência aos tratados de direitos humanos também será mantida em relação às Opiniões Consultivas solicitadas pelo México.

Antes de analisar as OC-16/99 e a OC-18/03, é importante salientar que ambas foram requisitadas pelo México e possuem um cenário histórico relevante. O corredor migratório entre México-EUA é um dos mais proeminentes do mundo.<sup>618</sup> Embora os dois países sejam geograficamente vizinhos, suas fronteiras revelam as tensões entre o Norte e o Sul Global. Deste modo, ainda que os EUA não estejam submetidos à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, tampouco tenham ratificado a CADH, os Pareceres Consultivos lhes são válidos por serem Estado-membro da OEA.

### 3.1.1.1. A Opinião Consultiva 16 de 1999: O reconhecimento do direito à informação sobre assistência consular

O procedimento envolvendo a emissão da OC 16-99 constitui uma interessante demonstração das tensões relativas às interações entre o universal e o particular, pelos seguintes motivos: (i) quanto à matéria discutida pelo parecer, pois tratava-se da primeira interpretação de dispositivos de tratados universais e não propriamente da Convenção Americana; (ii) e a disputa pelo *locus* de enunciação entre a Corte IDH e a Corte Internacional de Justiça.

Em relação ao primeiro ponto sobre a *ratione materiae*, reconheceu-se que o art. 64.1 da CADH<sup>619</sup> permitia que a Corte interpretasse, pela via consultiva, tratados internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos distintos da Convenção Americana, como foi o caso. Portanto, a Corte era competente para discutir tratados com alcance universal, tais quais a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), em consonância com dois tratados regionais, a Declaração Americana e a Carta da OEA.

---

<sup>617</sup> BARREIRA, Karen S. BELANGERO, Juliana. A mobilização do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Judiciário Norte-Americano: Uma análise a partir do caso Medellín. In: MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, Interações e Mobilizações*. Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2017, p. 197.

<sup>618</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 284. Ver também: CHAVEZ, Leo. *The Latino Threat: Constructing Immigrants, Citizens, and the Nation*. 2.ed. Stanford University Press, 2008.

<sup>619</sup> Art. 64, inciso 1, CADH. Os Estados- membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires [grifo nosso].

Quanto ao segundo ponto, insta salientar que o parecer estava circunscrito em lapso temporal semelhante ao trâmite de dois casos contenciosos perante a Corte Internacional de Justiça sobre o mesmo tema. Os casos *Breard* e *La Grand* foram citados pela Corte IDH por se tratar de um Estado-membro da OEA.<sup>620</sup> Deste modo, a presente análise considerará essas duas temáticas como nucleares para o contexto em questão.

A Opinião Consultiva OC 16-99<sup>621</sup> sobre "O direito de informação sobre a assistência consular no marco das garantias do processo legal" foi submetida à Corte IDH pelo México em 1997. Foram feitas 12 perguntas e a indicação dos respectivos dispositivos e tratados sobre os quais solicitava-se interpretação. As questões foram divididas em três grupos: (i) o primeiro requisitava interpretação quanto ao art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares; (ii) o segundo tratava dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e por fim, (iii) o último grupo referia-se à relação entre o art. 36 da CVRC e as Declaração Americana e a Carta da OEA.<sup>622</sup>

A solicitação tinha como antecedentes o sentenciamento à pena de morte de mexicanos em dez unidades da federação dos EUA, que não foram informados acerca do direito de se comunicarem com as autoridades consulares do país de origem. Logo nas primeiras páginas do parecer, a título de glossário, a Corte distingue os seguintes direitos: à informação consular,<sup>623</sup> à notificação consular,<sup>624</sup> à assistência consular<sup>625</sup> e à comunicação consular.<sup>626</sup>

<sup>620</sup> Embora o Paraguai tenha iniciado uma ação contra os EUA na CIJ (Caso *Breard*), posteriormente, decidiu desistir da demanda. Cf. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 54-56. O segundo caso (Caso *La Grand*) demandado pela Alemanha também contra os EUA foi mantido.

<sup>621</sup> A OC-16/99 foi emitida em 1º de outubro de 1999 e os seguintes juízes estiveram presentes: Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente), Máximo Pacheco Gómez (Vice-Presidente), Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Bureli, Sergio García Ramírez, Carlos Vicente de Roux Rengifo. Importante salientar que, além da Comissão Interamericana e dos *amici curiae*, os seguintes Estados apresentaram observações escritas sobre a consulta: El Salvador, República Dominicana, Honduras, Guatemala, México, Paraguai, Costa Rica e Estados Unidos da América.

<sup>622</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 33.

<sup>623</sup> "El derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, "sin dilación", que tiene los siguientes derechos: i) el derecho a la notificación consular, y ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora. Art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares". Cf. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, p. 5.

<sup>624</sup> "El derecho del nacional del Estado que envía a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía". Cf. *Ibid.*, p. 5.

<sup>625</sup> "El derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)". Cf. *Ibid.*, p. 5.

<sup>626</sup> *El derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía a comunicarse libremente* (arts. 5, 36.1.a] y 36.1.c] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares). Cf. *Ibid.*, p. 5.

Dentre as alegações do México para a garantia de tais direitos, a representação mexicana mencionou que a assistência consular oportuniza desde as garantias processuais até a obtenção de provas e elaboração da defesa ao imigrante submetido a processo penal em país estrangeiro. Deste modo, contribuiria substancialmente com o resultado do processo.<sup>627</sup> Os Estados Unidos da América, por sua vez, alegaram em suas observações escritas o uso estratégico do parecer consultivo interamericano pelo México, no sentido de submeter os EUA à função contenciosa da Corte IDH, embora não tivessem ratificado a CADH, tampouco reconhecessem a jurisdição interamericana.<sup>628</sup>

A representação estadunidense nomeou a consulta como um "*caso contencioso encubierto que no puede resolverse a menos que se haga referencia a hechos concretos*".<sup>629</sup> Além disso, os EUA sustentaram que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não era um tratado *de derechos humanos* ou de *protección* dos direitos humanos, portanto, o direito à notificação consular não constituiria *per se* um direito humano.<sup>630</sup> Trata, assim, de "*un deber de los Estados que sostienen relaciones consulares recíprocas y su propósito es el beneficio de los individuos y de los Estados*".<sup>631</sup> Outra ponderação estadunidense durante a audiência diz respeito à seguinte pretensão: "*se está solicitando que la Corte determine un nuevo derecho humano a la notificación consular, presumiblemente universal, que no está incluido de forma explícita en los principales instrumentos de derechos humanos*".<sup>632</sup>

Em relação à criação de "um novo direito humano de cunho universal" pela Corte IDH, observa-se, deste modo, que o pronunciamento nesse parecer consultivo foi uma oportunidade estratégica de uma criação inédita interamericana, possível de ser exportada aos demais tribunais. Nesse sentido, a Corte IDH afastou a mera "especulação acadêmica" advinda da OC 16/99 e a justifica pelo "*beneficio que pueda traer a la protección internacional de derechos humanos*".<sup>633</sup> Sobretudo em razão do reconhecimento da Corte IDH como competente para se manifestar em relação à consulta, embora os EUA não tenham ratificado a CADH.<sup>634</sup>

A argumentação utilizada pela Corte IDH para se declarar competente referenciou e utilizou parâmetros estabelecidos pela Corte Internacional de Justiça,<sup>635</sup> qual seja: a ponderação

<sup>627</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, p. 12.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>630</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>631</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>632</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>633</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>634</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>635</sup> *Ibid.*, § 45. A Corte IDH, nessa oportunidade, citou cinco pareceres consultivos da CIJ.

a fim de que se afaste a obtenção de um pronunciamento antecipado de um futuro caso contencioso. Entretanto, ainda que a Corte IDH tenha coadunado com os parâmetros da CIJ, adotou sua própria argumentação no sentido de que a existência de uma controvérsia no âmbito contencioso não constitui impedimento para o exercício da função consultiva. E citou que as suas funções não podem ser limitadas pelos casos em julgamento pela CIJ ou em trâmite na Comissão Interamericana, em razão da Corte IDH ser uma instituição judicial autônoma.<sup>636</sup>

Em relação à alegação que se tratava de um "*caso contencioso encubierto*", os fatos apresentados pelo México foram considerados como "exemplos" pela Corte IDH para ilustrar as diferentes interpretações possíveis em relação às mesmas questões jurídicas, e tais exemplos não seriam vinculantes.<sup>637</sup> Deste modo, suscitou certo "interesse geral" no pronunciamento da Corte Interamericana, por se tratar da proteção de direitos humanos nos Estados americanos.<sup>638</sup> Esses argumentos podem levantar especulações em relação à pretensão de uma suposta exportação do entendimento da Corte Interamericana.

No que tange à matéria de fundo, a Corte IDH reconheceu que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares era um tratado *concernente* à proteção dos direitos humanos.<sup>639</sup> Deste modo, a primeira discussão em que a Corte IDH se engajou foi em relação à natureza do direito de comunicação e notificação consular, isto é, se seriam direitos individuais ou direitos estatais.<sup>640</sup> Neste tópico, a Corte IDH cita a CIJ<sup>641</sup> para demonstrar que o próprio Tribunal Internacional utiliza a Declaração Universal de Direitos Humanos no caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* ao mencionar o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Deste modo, embora inicialmente o Preâmbulo da CVRC ateste que o objetivo da Convenção não seria outorgar direitos individuais,<sup>642</sup> o significado de "particulares" do texto expresso estaria relacionado aos interesses privados em detrimento do caráter funcional, ao invés de excluir a aplicação da Convenção em matéria de direitos humanos.<sup>643</sup>

---

<sup>636</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 61.

<sup>637</sup> *Ibid.*, § 49-50.

<sup>638</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>639</sup> "Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *conciérne* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos". Cf. *Ibid.*, p. 80.

<sup>640</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>641</sup> CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 3.

<sup>642</sup> "(...) Convencidos de que a finalidade de tais privilégios e imunidades *não é beneficiar indivíduos*, mas assegurar o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados" [grifo nosso]. Cf. Preâmbulo, Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

<sup>643</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 73-74.

Então, a Corte IDH formula o seu entendimento no sentido de que a assistência consular ao imigrante, que consagra a comunicação consular, possui propósito duplo:<sup>644</sup> (i) o reconhecimento do direito estatal em assistir seus nacionais, em razão do que estabelece o art. 5º da CVRC sobre as funções consulares;<sup>645</sup> (ii) e, por outro lado, o imigrante possui direito de contactar o funcionário consular para procurar assistência.<sup>646</sup> A Corte retomou os *travaux préparatoires* da Convenção para concluir que existe um direito do imigrante detido e deveres correlatos por parte do Estado receptor.<sup>647</sup> Entretanto, até mesmo no *draft* da Convenção, as discussões sobre o art. 36 foram controversas. Os Estados divergiam se existia ou não obrigatoriedade do Estado receptor notificar, quando da prisão de um nacional, o Estado que envia.<sup>648</sup> Deste modo, em relação ao art. 36, CVRC, observa-se que o parágrafo 1(a) estabelece a livre comunicação entre os funcionários consulares e os nacionais do Estado que envia.<sup>649</sup> O parágrafo 1(b), por sua vez, dispõe sobre os direitos do imigrante detido no exterior,<sup>650</sup> e o parágrafo 1(c)<sup>651</sup> atesta a liberdade da visita dos funcionários consulares aos nacionais privados de liberdade.<sup>652</sup>

Posteriormente, ancorado no documento universal *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión*, a Corte IDH coaduna com o entendimento universal que os incisos b e c do artigo 36.1, CVRC, dizem

<sup>644</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 80.

<sup>645</sup> "Prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia". Cf. Art. 5º, e, Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

<sup>646</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 80.

<sup>647</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>648</sup> *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. I (Summary records of plenary meetings and of meetings of the First and Second Committees). Disponível em: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963\\_cons\\_relations/docs/english/vol\\_1/a\\_conf25\\_sr11.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1/a_conf25_sr11.pdf) Acesso em 4 mar. 2022.

<sup>649</sup> "a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los." Cf. Art. 36.1.a da CVRC.

<sup>650</sup> "b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, *sem tardar*, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo." [grifo nosso] Cf. Art. 36.1.b da CVRC.

<sup>651</sup> "c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente". Cf. Art. 36.1.b da CVRC.

<sup>652</sup> BOLIVAR, Analluza Bravo. *O impacto no Brasil da casuística internacional relativa à violação do direito de informação sobre a assistência consular para preso estrangeiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 38.

respeito à privação de liberdade e, portanto, estabelecem direitos individuais.<sup>653</sup> Deste modo, encontra-se condicionado à vontade do indivíduo e ao seu livre arbítrio pessoal utilizá-los.<sup>654</sup> Entretanto, os Estados receptores devem informar ao detido tanto dos seus direitos, em sede consular, quanto àqueles reconhecidos aos privados de liberdade em geral.<sup>655</sup> Assim, o propósito do direito à informação é "*alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento*".<sup>656</sup>

Assim, quanto ao uso da expressão "sem dilação" presente no art. 36.1.b da CVRC, inicialmente a Corte esclarece o seu amplo uso, sem restringi-lo aos detidos com pena de morte.<sup>657</sup> E para tanto, tendo em vista a imprecisão da Convenção, determinou que a notificação seja feita em momento processual adequado e oportuno para que o detido disponha de uma defesa eficaz, isto é, ao detê-lo ou antes da sua primeira declaração perante a autoridade.<sup>658</sup> Ao engajar com o tratado universal do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e responder a quinta pergunta,<sup>659</sup> a Corte limitou-se a respondê-la sucintamente em apenas um parágrafo, reconhecendo que o instrumento *concerne* à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

Posteriormente, no que se refere ao direito à informação sobre a assistência consular e sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal, a Corte IDH engaja uma série de citações de instrumentos universais para sustentar seu argumento, possivelmente à procura de persuasão, autoridade e legitimidade.<sup>660</sup> O argumento central é pautado pela interpretação evolutiva dos dispositivos de direitos humanos. Para ecoar uma suposta *collective deliberation*

---

<sup>653</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 82-83; Assim como a Corte IDH concluiu que "el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor". Cf. *Ibid.*, p. 75.

<sup>654</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>655</sup> *Ibid.*, § 96; "*Pesa entonces sobre al Estado que recibe, la carga de cumplir con la obligación de informar al detenido sobre sus derechos, de conformidad con lo dicho en el párrafo 96*". Cf. *Ibid.*, § 105.

<sup>656</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>657</sup> *Ibid.*, § 100-101.

<sup>658</sup> *Ibid.*, § 106; "Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad". Cf. *Ibid.*, p. 80.

<sup>659</sup> 5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?. Cf. Corte IDH [1999], op. cit., § 107.

<sup>660</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Rumo a uma fraternidade de Cortes de Direitos Humanos? Uma análise dos usos da jurisprudência da Corte Europeia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 13, 2013, p. 389.

favorável sobre o tema, a Corte IDH invoca a Corte Internacional de Justiça,<sup>661</sup> assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>662</sup>

Nessa ocasião, a Corte IDH utiliza um argumento que reverbera entre as decisões subsequentes: princípio da igualdade ante a lei e os tribunais, na qual obriga aos Estados a adotarem medidas de compensação para sanar desigualdades reais e eliminar obstáculos.<sup>663</sup> Assim, no âmbito da interpretação dinâmica e evolutiva supracitada, a Corte IDH reconhece que o provimento de tradutores (a quem desconhece o idioma) e *informação* oportuna sobre assistência consular integram o rol de direitos do devido processo legal.<sup>664</sup> Portanto, reconhece-se que o direito individual à informação sobre assistência consular está no marco das garantias processuais mínimas conferidas aos estrangeiros.<sup>665</sup>

Deste modo, Henriques sugere que a inobservância desse "novo direito" implica em responsabilidade internacional do Estado receptor.<sup>666</sup> A Corte IDH também posiciona-se em mesmo sentido, pois postula "*las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación*".<sup>667</sup> Para analisar essa questão, a Corte IDH cita algumas comunicações do Comitê de Direitos Humanos da ONU, o qual reconheceu os efeitos especiais ao direito de informação consular no âmbito da pena de morte.<sup>668</sup> Deste modo, caso o Estado receptor omita a informação do direito à assistência consular ao estrangeiro detido e submetido à pena de morte, logo viola suas garantias processuais e acarretaria uma privação arbitrária da vida, dada a irreversibilidade da medida.<sup>669</sup>

Nas opiniões dissidentes, o juiz Oliver Jackman expressou efusivamente a sua dificuldade em compreender a relevância, proporcionalidade, oportunidade e necessidade do direito do art. 36.1.b da CVRC, referente ao direito à informação consular, seja considerado como "*garantía fundamental, universalmente exigible como una conditio sine qua non para cumplir con los estándares internacionalmente aceptados del debido proceso*".<sup>670</sup>

---

<sup>661</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 113.

<sup>662</sup> *Ibid.*, § 114.

<sup>663</sup> *Ibid.*, § 119.

<sup>664</sup> *Ibid.*, § 119-120.

<sup>665</sup> *Ibid.*, § 122-123.

<sup>666</sup> HENRIQUES, Fabrício da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da corte internacional de justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 62.

<sup>667</sup> Corte IDH [1999], *op. cit.*, p. 76.

<sup>668</sup> *Ibid.*, § 133.

<sup>669</sup> *Ibid.*, § 134-136.

<sup>670</sup> Corte IDH. Opinión parcialmente disidente del juez Oliver Jackman. In: Corte IDH [1999], *op. cit.*, § 9.

No voto concorrente de Cançado Trindade, ele parece adotar a postura universalista através da consciência jurídica universal.<sup>671</sup> O juiz tece duras críticas ao voluntarismo, ao monopólio estatal da titularidade de direitos<sup>672</sup> e ao positivismo ao defender o dinamismo dos direitos humanos. Cançado Trindade, por vezes, interage de maneira laudatória com reiteradas menções à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça.<sup>673</sup>

Em 2007, o próprio juiz Cançado Trindade escreveu um artigo sobre o que ele nomeou de "humanização" do Direito Consular. Mesmo após oito anos desde a emissão da OC-16/99, o jurista brasileiro manteve-se coerente no diálogo com a Corte Internacional de Justiça no mesmo caso que ele havia citado em seu voto concorrente - o *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.<sup>674</sup> Na oportunidade, citou-se que desde aquele caso, a CIJ defende que as obrigações de Direito Internacional também se relacionam com os direitos humanos.<sup>675</sup> Novamente, Cançado Trindade enfatizou a contradição entre a postura adotada pelos EUA, quando do julgamento do caso da CIJ, e nas observações escritas da OC-16/99. Nessa manifestação acadêmica, o juiz nomeou o Parecer como *truly pioneering*, que serviu de inspiração para a jurisprudência internacional, que emergia.<sup>676</sup>

De fato, a Corte IDH foi a primeira Corte a reconhecer o direito individual à informação sobre assistência consular à luz do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.<sup>677</sup> Posteriormente, esse direito foi confirmado pelos casos *La Grand* (Alemanha vs. EUA) e *Avena* (México vs. EUA), julgados pela Corte Internacional de Justiça, em 2001 e 2004, respectivamente.<sup>678</sup>

---

<sup>671</sup> Corte IDH. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 4.

<sup>672</sup> Ibid., § 12.

<sup>673</sup> “Lo ilustra, v.g., la célebre decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Marckx versus Bélgica* (1979)” (§ 7); “Más recientemente, la Corte Europea ha dejado claro que su interpretación evolutiva no se limita a las normas sustantivas de la Convención Europea” (§ 11); Cf. Ibid.

<sup>674</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of consular Law: The Impact of Advisory opinion no. 16 (1999) of the Inter-American court of Human Rights on International case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 2007, p. 4.

<sup>675</sup> “Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights”. Cf. CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 1980, § 91.

<sup>676</sup> CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 8.

<sup>677</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 121.

<sup>678</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 116.

É possível notar que, embora a Corte IDH inove em algumas posições e reivindique o "*notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia*",<sup>679</sup> ela o faz ancorada nas citações de institutos universais, sobretudo, a Corte Internacional de Justiça e a órgãos de monitoramento da ONU em busca de persuasão, autoridade e legitimidade.

Nas palavras do juiz Sergio García Ramírez em seu voto concorrente, ele aponta que a Corte IDH não *cria* o direito individual à informação sobre assistência consular. Na verdade, reconhece a sua natureza à luz da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e reafirma o seu valor, o incorporando na formação dinâmica e evolutiva das garantias processuais e do devido processo legal.<sup>680</sup> O mesmo juiz também parece coadunar com a universalidade da missão civilizatória dos direitos no sentido da "*admisión de este criterio contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio *civilizado* para restablecer el orden y la justicia [grifo nosso]*".<sup>681</sup>

É possível notar que os três juízes, embora adotem posturas diferentes, utilizam fontes universais para construir a sua argumentação em busca de autoridade. Cançado Trindade e Sergio García Ramírez são favoráveis à decisão e enfáticos no papel inédito desempenhado pela Corte Interamericana na formação da consciência jurídica universal - o que parece revelar certo caráter contribucionista. Ambos se coadunam com a racionalidade empregada pela Corte IDH, a partir do método teleológico, para apontar a dinamicidade do conceito de devido processo legal.<sup>682</sup> Oliver Jackman, por sua vez, ainda que mais pragmático e reticente quanto ao "novo direito", também utiliza doutrinadores do Norte Global.

No entanto, é possível concluir que o engajamento da Corte Interamericana com a Corte Europeia e com a Corte Internacional de Justiça, perceptível pelas inúmeras citações, não as mobilizou. Ainda que não seja possível mensurar a dimensão da contribuição da OC-16/1999 perante a Corte Internacional de Justiça, é provável que a sentença tenha sido fonte de inspiração.<sup>683</sup> Segundo Cançado Trindade, a OC-16/99 foi expressamente citada nos memoriais

<sup>679</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 82.

<sup>680</sup> Corte IDH. Voto concorrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. In: Corte IDH [1999], op. cit., p. 3.

<sup>681</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>682</sup> ACEVES, William J. The right of information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law. Advisory Opinion OC-16-99. *American Journal of International Law*, 2000, p. 561.

<sup>683</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 121.

da Alemanha e do México.<sup>684</sup> O potencial diálogo que foi iniciado pela Corte IDH na OC-16/99 ao interagir diversas vezes com a Corte Internacional de Justiça, ecoou como um monólogo em razão da ausência de respostas por parte do Tribunal universal.

Ao estabelecer os pontos resolutivos 1 e 2 da Opinião Consultiva, a Corte IDH pretendia exportar o seu entendimento sobre a vinculação entre o art. 36.1.b da CVRC ao *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>685</sup> No entanto, por não ter uma tradição de referenciar os sistemas regionais de direitos humanos, a CIJ não citou expressamente o parecer consultivo em nenhuma das suas decisões (casos *La Grand* e *Avena*). Tal postura poderia ser considerada como "narcisismo jurisprudencial", nos termos de Burgorgue-Larsen, ao pontuar que a Corte Internacional de Justiça mantém certa indiferença com a jurisprudência de outros tribunais internacionais.<sup>686</sup>

Quanto ao diálogo horizontal, a Corte Europeia de Direitos Humanos também declinou o entendimento interamericano.<sup>687</sup> O caso *Kimmel v. Italy*<sup>688</sup> trata de um nacional polonês que foi indiciado criminalmente enquanto residia na Itália. A manifestação europeia foi clara em relação à não obrigatoriedade do direito à informação sobre assistência consular, isto é, o art. 6 da Convenção Europeia não impõe essa obrigação.<sup>689</sup>

Dembour sinaliza para uma importante diferença metodológica entre a Convenção Europeia e a Convenção Americana.<sup>690</sup> A autora parece justificar o "ativismo judicial" interamericano em suas bases normativas (art. 62 e 64, CADH). O art. 64.2 é claro ao estabelecer que "a Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e *os mencionados instrumentos internacionais*" [grifo nosso]. A Convenção Europeia, por sua vez, não traz essa

<sup>684</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. The Humanization of consular Law: The Impact of Advisory opinion no. 16 (1999) of the Inter-American court of Human Rights on International case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 2007, p. 9.

<sup>685</sup> Corte IDH. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 29.

<sup>686</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Braz. J. Int'l L.*, v. 7, 2010, p. 296.

<sup>687</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015., p. 294.

<sup>688</sup> "Pour ce qui est de l'omission des autorités italiennes d'informer l'ambassade polonaise du déroulement de la procédure, la Cour observe qu'une telle obligation n'est pas imposée par l'article 6 de la Convention". Corte EDH. *Kimmel c. Italie*. Requête n° 32823/02. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66707> Acesso em 12 mar. 2022.

<sup>689</sup> "Pour ce qui est de l'omission des autorités italiennes d'informer l'ambassade polonaise du déroulement de la procédure, la Cour observe qu'une telle obligation n'est pas imposée par l'article 6 de la Convention". Cf. Corte EDH. *Kimmel c. Italie*, 2002, p. 9; DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 295.

<sup>690</sup> DEMBOUR, op. cit., p. 306.

prerrogativa.<sup>691</sup> De acordo com a jurista, "a Corte Europeia de Direitos Humanos adota regras, as quais tendem a focar muito nas circunstâncias do caso em questão, prevenindo subsequentemente a aplicação ampla dos princípios que ela identificou".<sup>692</sup>

No que tange ao diálogo vertical entre a Corte Interamericana e as Cortes nacionais estadunidenses, Aceves enfatiza que, nos casos *United States v. Li* e *United States v. Lomberra-Camorlinga*, embora as defesas tenham alegado a OC-16/99 em suas argumentações, os juízes indicaram a não obrigatoriedade do Parecer Consultivo, pois os EUA não ratificaram a Convenção Americana.<sup>693</sup> Nota-se, portanto, que o alcance da OC-16/99 parece ter ficado restrito aos Estados Americanos, sem impactar o âmbito universal.

Cançado Trindade, por sua vez, na última parte do artigo sobre a humanização do Direito Consular, reflete sobre o impacto da OC-16/99 na prática internacional contemporânea. No âmbito universal, o brasileiro cita que a Assembleia Geral das Nações Unidas a mencionou nas resoluções 54/166 (1999) e 55/92 (2000), assim como a decisão 2001/52 da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Regionalmente, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 2000 e 2001.<sup>694</sup> Além disso, alguns Estados americanos, como Brasil, Colômbia, Equador, El Salvador (e outros) atuaram como *amicus curiae* com o México em casos perante a Suprema Corte dos EUA (*G. Valdez Maltos e J. Suárez Medina*). Diversos ministérios das Relações Exteriores dos países latino-americanos circularam notas técnicas sobre o art. 36.1.b da CVRC entre os consulados no exterior.<sup>695</sup>

Possivelmente, os diálogos iniciados pela Corte Interamericana foram frustrados pelos seus pares. É nítido que os juízes interamericanos se projetam à interação universal em detrimento da regional. Faz-se mencionar também o silêncio da Corte IDH em relação à possível *tradição* do continente quanto às relações consulares. O acordo regional, que tentou codificar o Direito Interamericano em matéria consular, antecedeu o tratado universal. Segundo Bolívar, "em 1928 foi aprovado o texto da Convenção sobre Agentes Consulares, na cidade de Havana. Como as relações consulares eram, no passado, principalmente reguladas por acordos

---

<sup>691</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 306.

<sup>692</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 307.

<sup>693</sup> ACEVES, William J. The right of information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law. Advisory Opinion OC-16-99. *American Journal of International Law*, 2000, p. 562-563.

<sup>694</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. The Humanization of consular Law: The Impact of Advisory opinion no. 16 (1999) of the Inter-American court of Human Rights on International case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 2007, p. 10-ss.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 13-15.

bilaterais e leis nacionais, havia uma grande variedade de práticas".<sup>696</sup> Como pontuado no segundo capítulo, em "*A acomodação e reivindicação latino-americana ao direito internacional: entre universalismos e particularismos*", as conferências regionais esforçaram-se para codificar o Direito Internacional Americano.<sup>697</sup> Somente em 1963 houve a elaboração de caráter universal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Para fins quantitativos, menciona-se que há nove referências aos casos da CIJ e quatro menções aos casos da Corte Europeia. A partir desses registros, avalia-se que o Parecer Consultivo OC-16/99 visava estabelecer um diálogo e influenciar o Norte Global (Corte Internacional de Justiça e a Suprema Corte dos USA), mas não conseguiu romper as barreiras, restando sem interações, no caso da CIJ, ou não recepção, como no caso dos EUA. O maior impacto restringiu-se aos Estados americanos, que se submetem à jurisdição interamericana.

Na próxima parte, apresenta-se a OC-18/03. Esse parecer possui as disputas entre Estados Unidos e México como *background*. Novamente, o Estado mexicano articulou a competência consultiva da Corte IDH motivado por ações feitas por estadunidenses.

### 3.1.1.2. A Opinião Consultiva 18 de 2003: a natureza jus cogens do princípio da igualdade e não discriminação

O Parecer Consultivo 18, solicitado pelo México, diz respeito à privação e às garantias aos direitos laborais dos trabalhadores migrantes. As principais discussões circunscreveram a natureza dos princípios da igualdade jurídica e da não discriminação. Interessante notar que a interpretação requerida não se limitava apenas à Convenção Americana. O México solicitou o entendimento interamericano sobre os artigos e documentos, respectivamente: art. 3.1 da Carta da OEA; art 2 da Declaração Americana; art 1.1, 2 e 24 da CADH; arts. 1, 2.1, 7 da Declaração Universal de Direitos Humanos e arts. 2.1, 2.2, 5.6 e 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

---

<sup>696</sup> BOLIVAR, Analluza Bravo. *O impacto no Brasil da casuística internacional relativa à violação do direito de informação sobre a assistência consular para preso estrangeiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 33.

<sup>697</sup> Na Sexta Conferência Internacional Americana foram aprovadas seis convenções (1928): 1) Convenção sobre condição dos estrangeiros; 2) Convenção sobre tratados; 3) Convenção sobre funcionarios diplomaticos; 4) Convenção sobre agentes consulares; 5) Convenção sobre asylo; 6) Convenção sobre deveres e direitos dos Estados, nos casos de luctas civis. Cf. BRASIL, Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html> Acesso em 4 mar. 2022.

As quatro perguntas a serem respondidas pediam a opinião da Corte IDH sobre: (i) se o Estado poderia estabelecer um tratamento prejudicialmente distinto em relação aos direitos laborais entre os migrantes indocumentados, e os cidadãos e migrantes documentados; (ii) se a condição migratória regular é necessária para que o Estado respeite e garanta os direitos das pessoas em sua jurisdição, à luz dos instrumentos internacionais, e se a privação de um ou mais direitos laborais é compatível com os documentos os quais o México pediu interpretação; (iii) qual seria consequência em subordinar a observância de direitos humanos à política migratória estatal; e (iv) se era possível considerar o princípio da igualdade e não discriminação como norma *jus cogens*.<sup>698</sup>

O ambiente internacional à época da emissão da OC-18/03 pode ter sido determinante para a manifestação da Corte Interamericana. Dada a proximidade do lapso temporal, a OC-18/03, potencialmente, pode ter sido motivada pelo Informe emitido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>699</sup> sobre o alcance e conteúdo da Convenção n° 143<sup>700</sup> e da Recomendação n° 151 sobre os Trabalhadores Migrantes.<sup>701</sup> Além disso, a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias* da ONU,<sup>702</sup> embora tenha sido adotada pela Resolução n° 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral, entrou em vigor apenas em 1° de julho de 2003, isto é, pouco tempo antes da emissão da OC-18/03, em setembro do mesmo ano.

É notável também que, assim como a OC-16/99, o México utilizou-se da função consultiva da Corte IDH para obter interpretações de direitos humanos que fossem aplicadas aos Estados Unidos da América (o qual não aceita a jurisdição contenciosa da Corte

<sup>698</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 4.

<sup>699</sup> OIT. *Informe III (Parte IB)*, 1999. Trabajadores migrantes. Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y la Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación (núm. 151) Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Disponível em: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b.htm#Indice> Acesso em 12 mar. 2022.

<sup>700</sup> OIT. *Convenção n. 143*. Convenção sobre as imigrações efetuadas em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidade e de tratamento dos trabalhadores migrantes, . Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c143\\_pt.htm](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c143_pt.htm) Acesso em 12 mar. 2022.

<sup>701</sup> OIT. *R151 - Recomendação sobre os trabalhadores migrantes, 1975 (núm. 151)*. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312489:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489:NO) Acesso em 12. mar. 2022.

<sup>702</sup> ONU. *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*, 1990. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf> Acesso em 12 mar. 2022.

Interamericana). O país é conhecido por receber a maioria do fluxo de imigrantes mexicanos. À época, em 27 de março de 2002, a Suprema Corte estadunidense julgou o caso *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Boards*.

Diversos *amici curiae* da OC-18/03 citaram a decisão estadunidense como sentença prejudicial aos migrantes indocumentados. Esse precedente legitimou o entendimento que trabalhadores imigrantes indocumentados, quando infringem a *Immigration Reform and Control Act (IRCA)* cometem certa "má conduta grave".<sup>703</sup> Além disso, dispensou o pagamento pelo empregador de indenização ou compensação ao trabalhador.<sup>704</sup> Deste modo, os trabalhadores "no-autorizados" não poderiam receber o *back pay*. Essa situação legitimou um cenário de discriminação, o qual permeou o pedido de interpretação dos tratados internacionais pela via consultiva.

A Corte reconheceu a sua competência tanto para interpretar tratados universais, quanto para determinar o alcance dos seus pareceres consultivos a todos os Estados-membros da OEA, independente de terem ratificado ou não a Convenção Americana, como é o caso dos Estados Unidos da América.<sup>705</sup> Assim como na OC-16/99, a Corte IDH rechaça a hipótese de obtenção prematura de um pronunciamento sobre um tema pela via consultiva, mas afirma que o caso em questão seria apenas um exemplo, sem limitar o escopo da interpretação.<sup>706</sup>

Ao começar a argumentar sobre o suposto dever universal de respeitar e garantir os direitos humanos, a Corte Interamericana menciona 32 documentos universais e regionais<sup>707</sup> como argumento de autoridade, que induzem à *collective deliberation*, isto é, o entendimento harmônico em diversas regiões. Faz-se importante mencionar que apenas sete tratados supramencionados são de regiões do Terceiro Mundo (Carta da OEA, CADH, Declaração Americana, Protocolo de San Salvador, Carta de Banjul, Carta Árabe sobre Direitos Humanos e Declaração de El Cairo sobre Direitos Humanos no Islã). Prevalendo, portanto, o conhecimento - supostamente - universal.

Inicialmente, a Corte IDH distingue os termos "distinção" e "discriminação". O primeiro seria admissível, desde que razoável, proporcional e objetivo, enquanto o segundo seria

---

<sup>703</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, p. 39; 46.

<sup>704</sup> GARCIA, Ruben J. Ten years after Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. NLRB: the power of a labor law symbol. *Cornell JL & Pub. Pol'y*, v. 21, 2011, p. 661.

<sup>705</sup> Corte IDH [2003], op. cit., § 60.

<sup>706</sup> Ibid., § 62-65.

<sup>707</sup> Ibid., § 86.

proibido por tratar de exclusão, restrição, privilégios e violar os direitos humanos.<sup>708</sup> No mesmo sentido, utiliza-se de quatro casos da jurisprudência europeia para definir os dois termos e, aparentemente, coadunar-se com a Corte EDH ao adotar a margem de apreciação estatal.<sup>709</sup> Além disso, a Corte Interamericana empregou a definição da expressão "discriminação" introduzida pela Observação Geral nº 18 do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Essas manifestações revelam uma intensa interação entre a Corte IDH e os instrumentos europeus e universais de direitos humanos.

Interessante notar também que, pela primeira vez na jurisprudência sobre migrações, a Corte Interamericana cita uma decisão da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Comunicação nº 211/98 - *Legal Resources Foundation v. Zambia*).<sup>710</sup> Entretanto, a menção não apresenta um posicionamento inédito do órgão, apenas reforça o que já havia sido reiterado pelas outras referências. O trecho parece ser introduzido a título de persuasão. Em um segundo, ela cita novamente a Comissão (Comunicação nº 159/96) para exemplificar o argumento que, embora medidas de distinção entre documentados e indocumentados possam ser adotadas em políticas migratórias, elas devem ser razoáveis, objetivas e proporcionais.<sup>711</sup> A partir dessas duas menções, observa-se que os precedentes africanos não inauguram novos argumentos, apenas reforçam a racionalidade universal (ONU) a ser importada em um contexto regional (SIDH).

Conforme Neuman, a expansão mais ambiciosa do alcance da norma *jus cogens* no âmbito da Corte IDH foi feita na Opinião Consultiva 2018. O direito à não discriminação, previsto no art. 24 da CADH, foi reconhecido com natureza mandatória. Neste contexto, é possível lembrar os *efeitos transmutativos*, cunhado por Medina, ao falar sobre a mudança de significado de determinados conceitos emitidos pelos locais de produção e, assim, a criação de novas obrigações nos lugares de recepção.<sup>712</sup> O reconhecimento do princípio da não discriminação como inderrogável no contexto latino-americano<sup>713</sup> gera deveres aos Estados-

<sup>708</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 84.

<sup>709</sup> "Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención". Trecho da sentença *Belgian Linguistic Case*, julgado pela Corte Europeia em 1968, citado no § 90 da OC-18/03.

<sup>710</sup> Corte IDH [2003], op. cit., § 95.

<sup>711</sup> *Ibid.*, § 119.

<sup>712</sup> MEDINA, Diego E. López. Por que falar de uma "Teoria Impura do Direito" para a América Latina?. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito—PPGDir./UFRGS*, v. 11, n. 1, 2016, p. 38.

<sup>713</sup> Segundo a Corte Interamericana, "este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens". Posteriormente, acrescentou que "Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en

membro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (e supostamente deveria gerar a todos os outros Estados em razão da obrigatoriedade através do *jus cogens*). Conforme pontuado pela Corte Interamericana, "*dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares*".<sup>714</sup>

Dembour, ao comentar a crítica feita por Neuman, a sintetizou como "a Corte caminha sozinha e deixa os Estados para trás".<sup>715</sup> Esse movimento mais progressista foi observado, sobretudo, durante a presidência do juiz brasileiro Cançado Trindade. O trabalho do magistrado buscava superar o voluntarismo estatal e elevar o que ele chamou de consciência jurídica universal.<sup>716</sup>

Embora a Corte IDH tente um diálogo ao iniciar a argumentação sobre a natureza *jus cogens* utilizando os precedentes da Corte Internacional de Justiça como argumento de autoridade em três menções,<sup>717</sup> o amplo reconhecimento de normas como *jus cogens* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não foi importado pela Corte Europeia, tampouco pela Corte Internacional de Justiça. Ambos os tribunais são mais tímidos em relação ao estabelecimento de normas imperativas.<sup>718</sup> Conforme Dembour, tanto o direito à informação sobre assistência consular *per se*, quanto o princípio da igualdade e discriminação como *jus cogens* não foram incorporados pela Corte EDH.<sup>719</sup> Essa não receptividade parece culminar em um monólogo interamericano, tendo em vista as inúmeras interações que os juízes fazem com os precedentes europeus.

Importante lembrar que o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, embora disserte sobre a natureza *jus cogens*, não determina quais são tais normas.<sup>720</sup> Deste

---

*el dominio del jus cogens*". Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 101.

<sup>714</sup> *Ibid.*, § 100.

<sup>715</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 309.

<sup>716</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>717</sup> Corte IDH [2003], *op. cit.*, Nota de rodapé 44 e § 98.

<sup>718</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 124; BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of jus cogens. *European journal of international law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.

<sup>719</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 283.

<sup>720</sup> Art. 53, Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade

modo, a suposta introdução de uma nova norma no âmbito das regras imperativas de Direito Internacional, tal qual foi feito pela Corte IDH, também tem consequência em razão dos efeitos jurídicos. Como os próprios magistrados mencionam, "*el incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional de Estado*".<sup>721</sup> Como alegado pelos *amici curiae*, reconhece-se a hierarquia superior em relação às demais normas não *jus cogens* do Direito Internacional e normas contrárias ao seu conteúdo seriam nulas.<sup>722</sup> Além disso, criam-se obrigações *erga omnes*, isto é, vinculantes a todos os Estados, ainda que eles não tenham ratificado os tratados internacionais respectivos.<sup>723</sup>

Alguns autores, como Abi-Saab e Bianchi, consideram o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como uma caixa vazia (*empty box*). Essa metáfora ocorre no seio das discussões sobre o conteúdo e alcance das normas *jus cogens*.<sup>724</sup> Ainda mais ambivalente do que a imprecisão do dispositivo, é o modo pelo qual as normas peremptórias surgem. Charlesworth e Chinkin questionam se a obrigatoriedade da "super normatividade" dessas normas estaria em consonância com a regra clássica do Direito Internacional: o consenso entre os Estados.<sup>725</sup>

O caso *Barcelona Traction* (Bélgica v. Espanha) julgado pela Corte Internacional de Justiça, em 1970, é paradigmático ao argumentar acerca das obrigações *erga omnes*. Trata-se, portanto, de direitos que "todos os Estados podem ser considerados como tendo interesse legal em sua proteção".<sup>726</sup> Embora as expressões "obrigações *erga omnes*" e *jus cogens* sejam complementares, a CIJ prefere utilizar a primeira. Poucas vezes, a CIJ referiu-se às normas *jus cogens*.<sup>727</sup>

---

internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

<sup>721</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 106.

<sup>722</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>723</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>724</sup> BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. *European journal of international law*, v. 19, n. 3, 2008, p. 491.

<sup>725</sup> CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. The gender of *jus cogens*. *Hum. Rts. Q.*, v. 15, 1993, p. 64.

<sup>726</sup> "In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination". CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32.

<sup>727</sup> Por exemplo: CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 32-33; CHARLESWORTH; CHINKIN, op. cit., p. 66.

É possível supor que as considerações éticas, políticas e morais materializam-se sob o manto da natureza *jus cogens*.<sup>728</sup> Como salientam Charlesworth e Chinkin, as normas peremptórias do Direito Internacional também possuem um perfil específico: as prioridades internacionais, a partir da visão masculinizada.<sup>729</sup> E, por vezes, universalista, eurocêntrica e cristã. A aplicação do *jus cogens* concentra-se, sobretudo, no campo dos direitos humanos. Esses, por sua vez, privilegiam os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Também favorecem o âmbito público em desfavor da esfera privada - ambos legados das experiências paroquiais europeias. Embora mulheres e pessoas do Terceiro Mundo padeçam com violações aos direitos de primeira geração, a forma como essas normas foram construídas não enfatizam suas prioridades.<sup>730</sup>

É necessário também inserir a categoria *jus cogens* em seu devido contexto de criação. A elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ocorreu durante a Guerra Fria. Muito embora as normas peremptórias possam caracterizar a universalidade do Direito Internacional,<sup>731</sup> Umut Özsu analisa os trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e verifica que a proposta de inserção de normas peremptórias foi vista com resistência por países do Primeiro Mundo. Paradoxalmente, os países que defendiam a relativização da soberania recuaram e posicionaram-se a favor do consentimento estatal.<sup>732</sup> Eles receavam o estabelecimento de uma norma ampla e obrigatória que pudesse se opor aos seus próprios interesses. Os Estados Unidos, por exemplo, sugeriram que deveria ser incluída no texto a restrição da aplicação do *jus cogens* às "normas que eram reconhecidas como de caráter peremptório pelos 'sistemas jurídicos nacionais e regionais do mundo'".<sup>733</sup> Deste modo, queriam definir um critério objetivo para o alcance da norma obrigatória.

A proposta estadunidense foi vista com resistência pelos países socialistas e do Terceiro Mundo. Por outro lado, tais países defendiam a inserção da natureza *jus cogens* de forma ampla.<sup>734</sup> Ainda que a URSS repudiasse o direito natural (e tampouco era essa a proposta em debate), destaca-se que "o *jus cogens* funcionou em algo notavelmente próximo de um vácuo discursivo, capaz de promover uma ampla variedade de projetos diferentes".<sup>735</sup> Assim como os

---

<sup>728</sup> BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. *European journal of international law*, v. 19, n. 3, 2008, p. 495.

<sup>729</sup> CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. The gender of *jus cogens*. *Hum. Rts. Q.*, v. 15, 1993, p. 67.

<sup>730</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>731</sup> ÖZSU, Umut. An anti-imperialist universalism? *Jus Cogens and the politics of international law*. *International Law and Empire: Historical Explorations*, v. 295, 2017, p. 298.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>733</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 300-301.

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 305.

países do Primeiro Mundo inverteram a sua lógica argumentativa em favor do consentimento estatal, a URSS, paradoxalmente, posicionou-se a favor da "comunidade internacional".<sup>736</sup>

Bianchi cita o exemplo da aplicação da natureza *jus cogens* ao princípio da igualdade e não discriminação na OC-16/99. O contexto permite supor que essa estratégia foi feita de forma instrumental para alcançar os Estados não submetidos à jurisdição da Corte IDH, como os EUA.<sup>737</sup> Entretanto, a aplicação meramente formalista pode fazer com que as normas inderrogáveis padeçam de serem caracterizadas como retóricas, de utilidade frágil e pouco alcance prático. Por outro lado, a aplicação contextual pode cooperar para a implementação eficaz.<sup>738</sup>

Na segunda parte da OC-18/03, a Corte IDH estabelece que os migrantes, geralmente, se encontram em situação de vulnerabilidade em relação aos nacionais ou residentes, seja em situação de fato ou jurídicas.<sup>739</sup> Entretanto, essa generalização feita pela Corte Interamericana deveria ter sido melhor formulada. É equivocado supor que os migrantes estão em um contexto de desvantagem. Existem diversas espécies como *Golden Visas*, aplicados em países como o Brasil, Portugal, Espanha e Costa Rica, que permitem trânsito livre aos investidores estrangeiros. Assim, ainda que indiretamente fique nítido que a Corte se referia aos imigrantes indocumentados ou forçados, ela deveria ter sido mais assertiva,<sup>740</sup> tal qual foi na terceira parte do Parecer (*Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*).

Ainda sobre esse tópico da vulnerabilidade dos migrantes, a Corte Interamericana apoia-se no entendimento da Resolução nº 54/166 sobre a "Proteção dos Migrantes" da Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>741</sup> Além disso, ancora-se também no posicionamento do Programa de Ação emitido pelas Nações Unidas durante a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994),<sup>742</sup> na qual foi estabelecido que é necessário adotar medidas especiais para a proteção dos direitos humanos dos migrantes. Deste modo, o exercício dos direitos dos

---

<sup>736</sup> ÖZSU, Umut. An anti-imperialist universalism? Jus Cogens and the politics of international law. *International Law and Empire: Historical Explorations*, v. 295, 2017, p. 305.

<sup>737</sup> BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. *European journal of international law*, v. 19, n. 3, 2008, p. 506.

<sup>738</sup> *Ibid.*, p. 503-504.

<sup>739</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 111.

<sup>740</sup> *Ibid.*, § 111-112.

<sup>741</sup> ONU. Resolução A/RES/54/166 - Proteção dos Migrantes. Assembleia Geral das Nações Unidas, 24 de fevereiro de 2000. Disponível em: [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy\\_and\\_research/un/54/A\\_RES\\_54\\_166\\_es.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_es.pdf) Acesso em 12 mar. 2022.

<sup>742</sup> Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de Septiembre de 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/ICPD-PoA-Es-FINAL.pdf> Acesso em 12 mar. 2022.

migrantes não pode estar condicionado à sua condição migratória regular.<sup>743</sup> De igual modo, a Corte IDH reforçou o seu entendimento da OC-16/99 para lembrar que o devido processo legal é um direito a ser exercido, independente do status migratório.<sup>744</sup>

Ao tratar especificamente dos trabalhadores migrantes indocumentados, a Corte IDH importou o significado de "trabalhador migrante" criado pela *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*.<sup>745</sup> Esse mesmo tratado internacional exclui migrantes indocumentados. Araújo aponta que "embora a Convenção (...) afirme os direitos humanos dos migrantes indocumentados, ela institucionaliza uma exclusão. Os migrantes indocumentados não têm acesso a todos os direitos *humanos* previstos na Convenção [grifo original]."<sup>746</sup> Deste modo, ainda que a Corte IDH o utilize como argumento de autoridade, amplia o seu escopo ao reconhecer os direitos laborais dos trabalhadores imigrantes indocumentados. Estabeleceu-se que os Estados e empregadores não são obrigados a conceder trabalho aos migrantes indocumentados, mas ao estabelecer a relação de trabalho, todos os direitos são devidos.<sup>747</sup>

A desregulação do mercado laboral imposto pelas agendas neoliberais, parte dos programas de ajustes das instituições financeiras internacionais, afeta sobremaneira os trabalhadores imigrantes do Terceiro Mundo.<sup>748</sup> Segundo Castles, "a desregulação econômica e as práticas empregatícias criaram setores informais de trabalho, gerando um fator de atração para migrantes irregulares".<sup>749</sup> De igual modo, os empregadores se aproveitam dessa situação para "*contrata[r] a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores*".<sup>750</sup>

Para tratar dessa questão, a Corte IDH importa a teoria alemã da eficácia horizontal dos direitos humanos, chamada de teoria *Drittwirkung*. Deste modo, "*los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares*". Para reiterar esse posicionamento, menciona os precedentes europeus *Case*

<sup>743</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 117-119.

<sup>744</sup> *Ibid.*, § 121-125.

<sup>745</sup> *Ibid.*, § 129-130.

<sup>746</sup> ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 56.

<sup>747</sup> Corte IDH [2003], *op. cit.*, § 133-136.

<sup>748</sup> CHIMNI, Bhupinder S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004, p. 22.

<sup>749</sup> CASTLES, Stephen. Entendendo a migração global: uma perspectiva desde a transformação social. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 18, n. 35, 2010, p. 35; ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007, p. 186.

<sup>750</sup> Corte IDH [2003], *op. cit.*, § 136.

of *Young, James and Webster v. The United Kingdom (1981)* e *Case of X and Y v. The Netherlands (1985)*. No voto separado do juiz Hernán Salgado Pesantes<sup>751</sup> e do juiz Cançado Trindade,<sup>752</sup> eles reiteram a adoção dessa teoria europeia. A OC-18/03, portanto, reconheceu que os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente quando empregadores particulares cometerem atos discriminatórios respaldados em normas nacionais, seja por ação ou omissão estatal.<sup>753</sup>

Na última parte da OC-18/03, a Corte IDH parece adotar a margem de apreciação estatal para estabelecer que os Estados possuem discricionariedade para definir suas políticas migratórias desde que as façam em observância aos direitos humanos.<sup>754</sup> Deste modo, utiliza o art. 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos para afastar a possibilidade de o direito interno eximir qualquer Estado de cumprir suas obrigações internacionais.<sup>755</sup>

No voto do juiz Cançado Trindade, ele reforça posicionamentos anteriores, tais quais OC-16/99 e *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (1999)*. O juiz mantém o tom laudatório em relação ao direito natural de Francisco de Vitória (o que ele nomeia como "eterno retorno do jusnaturalismo"),<sup>756</sup> bem como reitera a consciência jurídica universal.<sup>757</sup> Embora Cançado Trindade flerte mais com a corrente *mainstream* do Direito Internacional ao citar diversos juristas clássicos da disciplina, duas citações chamam a atenção. A primeira ao jurista egípcio Georges Abi-Saab e a segunda ao finlandês Martti Koskenniemi. Abi-Saab estava alinhado aos internacionalistas do Terceiro Mundo durante a descolonização. Koskenniemi, por sua vez, se relaciona com os estudos críticos do Direito Internacional. Assim, ainda que o brasileiro não adote expressamente esse posicionamento, também se refere a esses autores. O jurista brasileiro, por sua vez, inova ao introduzir o direito individual subjetivo ao asilo no âmbito da Corte Interamericana ("*el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contiene, en efecto, elementos que pueden conllevar a la construcción [o quizás reconstrucción] de un verdadero derecho individual al asilo*").<sup>758</sup>

---

<sup>751</sup> Corte IDH. Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes. In: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 17.

<sup>752</sup> Corte IDH. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH [2003], op. cit., § 83.

<sup>753</sup> Corte IDH [2003], op. cit., § 152-153.

<sup>754</sup> Ibid., § 168-169.

<sup>755</sup> Art. 27, *Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados*. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

<sup>756</sup> Corte IDH. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH [2003], op. cit., § 49.

<sup>757</sup> Ibid., § 1-30.

<sup>758</sup> Ibid., § 38.

Neste caso, é interessante notar que, embora as cortes regionais adotem posturas diferentes em relação aos direitos dos migrantes, a Corte Interamericana ainda utiliza, com bastante frequência, os precedentes europeus. Neste parecer, foram sete menções às decisões europeias e quatro tratados da Europa. Enquanto a Corte Interamericana se aproxima de uma abordagem *pro-homine*, a Corte Europeia adota a teoria da margem de apreciação estatal.<sup>759</sup>

Assim como nesta subseção deu-se ênfase aos casos consultivos relacionados aos Estados Unidos da América, a próxima parte enfatiza os casos contenciosos envolvendo a República Dominicana. Embora ambas tenham relações formais distintas com a Corte Interamericana, elas recusam-se a cumprir as deliberações estabelecidas pelas decisões. Por fim, far-se-á uma reflexão acerca do consenso regional elaborado por Neuman.

### 3.1.2. República Dominicana: Caso de las niñas Yean y Bosico, Caso Nadege Dorzema y otros, e Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas

Três dos 15 casos analisados são contra a República Dominicana. Antes de examiná-los, faz-se necessário contextualizar o cenário doméstico sob o qual as petições foram fundadas. Tanto em *Caso de las niñas Yean y Bosico*, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs*, e *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, as vítimas possuíam um perfil muito semelhante: migrantes haitianos e/ou apátridas nascidos no território da República Dominicana com descendência haitiana.

Haiti e República Dominicana possuem relações históricas e antagônicas desde o período colonial, embora, geograficamente, elas compartilhem o território da ilha de Hispaniola, no Caribe.<sup>760</sup> O Haiti é reconhecido pela exitosa revolução capitaneada por escravos, que os desobrigou da dependência territorial em relação à França. O marcador "raça" foi decisivo para a formulação do cidadão haitiano, positivada na Constituição de 1805. A independência da colônia escravocrata subverteu a lógica colonial, que mantinha os europeus no poder. Entretanto, a França não reconheceu tal ato e imputou uma indenização ao país, o que gerou uma grave instabilidade socioeconômica ao Haiti.<sup>761</sup>

<sup>759</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 283.

<sup>760</sup> MORAES, Thais Guedes Alcoforado de. "*O Haiti não é aqui*": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 65; DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 16-17; DEMBOUR, op. cit., p. 316-317.

<sup>761</sup> DE SOUZA SILVA; DE AMORIM, op. cit., p. 20.

Por outro lado, a população da República Dominicana, colonizada pelos espanhóis, se autorreconhecia enquanto branca, em contraposição aos seus vizinhos.<sup>762</sup> Ainda que os dominicanos sejam majoritariamente negros, possuem a percepção que o tom de pele dos haitianos é mais escuro.<sup>763</sup> Moura aponta que as elites dominicanas legitimaram mitos fundacionais e criaram a imagem dos haitianos como ameaças, "outros" e bárbaros. O antihaitianismo era também "a criação de uma 'falsa consciência' nacionalista dominicana".<sup>764</sup>

Souza Silva e Amorim, à luz das teorias pós-coloniais, recordam que a hierarquização racial é a engrenagem necessária à manutenção das relações de poder. As dicotomias entre civilizados e não civilizados também se fazem presentes nessa disputa discursiva entre Haiti, República Dominicana e seus "ex-colonizadores".<sup>765</sup> A narrativa discriminatória anti-haitiana tem fundamento na Revolução Haitiana e na suposta barbárie provocada por ela.<sup>766</sup>

Essa tensão intrarregional foi acentuada em razão das disputas territoriais nas fronteiras e dos intensos fluxos migratórios desde o Haiti. Nos anos de 1916 a 1924, os migrantes haitianos foram atraídos para trabalhar nas plantações de cana-de-açúcar, sob influência dos estadunidenses nos territórios dominicanos.<sup>767</sup> Posteriormente, foram submetidos às políticas discriminatórias do governo ditatorial de Rafael Trujillo (1930-1961).<sup>768</sup> Embora marginalizados, os haitianos ainda eram a principal mão-de-obra dos canaviais. A discriminação manifestava-se, sobretudo, na regularidade documental: recebiam apenas o contrato de trabalho sem direito à documentação migratória.<sup>769</sup>

A indocumentação dos haitianos no país generalizou-se entre os imigrantes. O governo ditatorial de Trujillo, apoiado pelos estadunidenses, acentuou esse cenário anti-haitiano, sobretudo na escalada da violência, como percebido no massacre de haitianos residentes na fronteira entre os dois países, em 1937.<sup>770</sup> No entanto, é importante mencionar que a história

---

<sup>762</sup> MORAES, Thais Guedes Alcoforado de. *"O Haiti não é aqui": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade*. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 65-66.

<sup>763</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 160.

<sup>764</sup> MORAES, op. cit., p. 69-70.

<sup>765</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 23.

<sup>766</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>767</sup> MORAES, op. cit., p. 77.

<sup>768</sup> DE SOUZA SILVA; DE AMORIM, op. cit., p. 11; MORAES, op. cit., p. 70; DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 317.

<sup>769</sup> DE SOUZA SILVA; DE AMORIM, op. cit., p. 11.

<sup>770</sup> MORAES, op. cit., p. 71; DEMBOUR, op. cit., p. 317.

entre Haiti e República Dominicana não se reduz apenas ao sentimento anti-haitiano.<sup>771</sup> As relações bilaterais datam do período colonial e possuem complexidades próprias, tal qual momentos de aproximação (como a atração dos *braceros* para os canaviais dominicanos) e outros de afastamentos (tal como a negativa no registro civil dos dominicanos com ascendência haitiana).<sup>772</sup>

Em razão desse contexto histórico, os descendentes desses trabalhadores também "herdaram" tal condição migratória irregular.<sup>773</sup> Observa-se que muitos haitianos, trabalhadores indocumentados dos canaviais, residem nos *bateyes*. Esses locais situam-se dentro dos engenhos e, geralmente, são isolados das cidades. Essa condição vulnera o acesso aos serviços sociais e marginaliza os haitianos e seus descendentes. Por isso, muitas crianças não nascem nos hospitais, tampouco acessam os locais de registro civil (Junta Central Eleitoral).<sup>774</sup> Portanto, um dos principais desafios é o registro das atas de nascimento de crianças dominicanas com descendência haitiana.

O princípio *jus soli* é predominante para a concessão de nacionalidade dominicana. Entretanto, a Constituição de 1929 prevê exceção a essa regra quando se trata de filhos de imigrantes em trânsito. Em tese, pelo caráter sazonal da estadia, eles não teriam direito à nacionalidade pelo critério *jus solis*.<sup>775</sup> E é exatamente nesse vácuo normativo que as autoridades atuaram para negar a cidadania dominicana aos recém-nascidos de pais haitianos. Segundo Moraes, "o registro de nascimento não é uma condição para a aquisição de nacionalidade - que, em tese, seria automática. Assim, a falta de registro civil não quer dizer que a pessoa não tenha nacionalidade".<sup>776</sup>

De acordo com Souza Silva e Amorim, "as abordagens decoloniais e pós-coloniais são muito úteis como ferramentas de análise, pois permitem associar o racismo à tragédia de apatridia na RD [República Dominicana]".<sup>777</sup> Deste modo, os marcos normativos dominicanos perpetuam a lógica da colonialidade nas relações entre os dois países, por meio das seguintes manifestações: "a representação do Outro, a hierarquização fundada na raça, a negação do

---

<sup>771</sup> MORAES, Thais Guedes Alcoforado de. "*O Haiti não é aqui*": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 76.

<sup>772</sup> Para mais detalhes sobre essas complexidades bilaterais, ver: Ibid.; MARTÍNEZ, S. Not a Cockfight: Rethinking Haitian-Dominican Relation. *Latin American Perspectives*, v. 30, n. 130, p. 80-101, 2003.

<sup>773</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 12.

<sup>774</sup> MORAES, op. cit., p. 79.

<sup>775</sup> Ibid., p. 66.

<sup>776</sup> Ibid., p. 101.

<sup>777</sup> DE SOUZA SILVA; DE AMORIM, op. cit., p. 28.

protagonismo dos haitianos e, por fim, a reprodução da colonialidade nas elites dominicanas, que passam a se identificar como o colonizador".<sup>778</sup>

Em 2004, um ano antes da sentença do *Caso de las niñas Yean y Bosico*, a Lei de Migração nº 285-04 revogou a Lei de Migração nº 95 de 1939.<sup>779</sup> Essa última compreendia o termo "em trânsito" como aqueles que permaneciam na República Dominicana, no máximo, durante 10 dias. A legislação posterior, por sua vez, transformou o conceito mencionado e considerou os trabalhadores haitianos das indústrias de açúcar como não residentes e em trânsito.<sup>780</sup> Mesmo após a emissão da decisão interamericana e responsabilidade internacional da República Dominicana pelas violações de direitos humanos, a discriminação contra dominicanos com descendência haitiana intensificou-se.

A sentença interamericana sobre as irmãs Yean e Bosico compõe uma das três oportunidades que a Corte IDH julgou a República Dominicana em relação à mobilidade humana.<sup>781</sup> Essa decisão trata de um tema muito sensível ao país: a concessão de nacionalidade dominicana aos descendentes de pais haitianos e haitianas. Essa pauta gera a discussão sobre a política de discriminação por motivos de raça ou origem étnica no país. Neste caso, embora a legislação dominicana adote o critério *ius soli* para outorgar a cidadania, as autoridades do registro civil negaram a emissão da certidão de nascimento às vítimas (Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi) sob alegação de que a documentação apresentada era insuficiente.<sup>782</sup>

Na oportunidade, um dos peritos propostos pelos representantes das vítimas foi um antropólogo que introduziu a expressão "cidadania cultural" ao entendimento dos juízes interamericanos. Segundo Samuel Martínez, "*los dominico-haitianos son culturalmente dominicanos, que leales a la República Dominicana y buscan obtener la ciudadanía legal, en la tierra que les vio nacer y el único país que conocen*".<sup>783</sup> É oportuno mencionar que a Corte IDH considerou o contexto social da República Dominicana como antecedente determinante na análise das violações. Deste modo, diversos relatórios e trabalhos acadêmicos foram citados

<sup>778</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 29.

<sup>779</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 177.

<sup>780</sup> MORAES, Thais Guedes Alcoforado de. "*O Haiti não é aqui*": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - —Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 91; Corte IDH [2014], op. cit., § 282.

<sup>781</sup> Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251; Corte IDH [2014], op. cit.

<sup>782</sup> Corte IDH [2005], op. cit., § 3; 145.

<sup>783</sup> *Ibid.*, p. 25.

para fundamentar essa perspectiva sócio-histórica.<sup>784</sup> Além disso, o Informe sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana elaborado pela Comissão IDH em 1999 também colaborou com a fundamentação.<sup>785</sup>

Na oportunidade, a Corte IDH analisou a responsabilidade internacional do Estado em relação à violação dos artigos 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 8 (Garantias Judiciais), 19 (Direitos das Crianças), 20 (Direito à Nacionalidade), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção Judicial), em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte optou por analisar os artigos 20, 24, 19, 3 e 18 (por força do princípio *iura novit curia*) de maneira conjunta.

Ao argumentar sobre o direito à nacionalidade, a Corte reitera o posicionamento expresso na OC-4/84 no que tange à margem de apreciação estatal para definir os critérios de concessão.<sup>786</sup> Entretanto, tal discricionariedade é balizada pelos parâmetros de proteção dos direitos humanos. Para fomentar esse argumento, refere-se à Convenção para Reduzir os casos de Apatridia, de 1961.<sup>787</sup> O texto do art. 1 do instrumento universal transmite a mesma ideia que o art. 20. 2, CADH: "Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra".

A partir disso, a Corte IDH condiciona a margem de apreciação dos Estado: (i) a condição migratória dos pais ou dos filhos não pode privá-la de uma nacionalidade; (ii) o status migratório irregular dos pais não é transmissível aos filhos; (iii) a condição de nascimento no território é o único critério a ser cumprido, caso a criança não tenha direito a outra nacionalidade.<sup>788</sup> Além disso, os juízes interamericanos desconsideraram a alegação dominicana de que os haitianos eram pessoas em trânsito. Deste modo, diante do estabelecimento dos critérios supramencionados, a Corte IDH ampliou o alcance do direito à nacionalidade para além do que havia sido estabelecido na OC-4/84.

Os diálogos estabelecidos pela Corte Interamericana, nesta decisão, parecem ser utilizados de forma estratégica. Utilizaram-se os Informes do Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas para fomentar a preocupação internacional em relação à situação

---

<sup>784</sup> Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, § 109.

<sup>785</sup> *Ibid.*, § 153.

<sup>786</sup> Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4, § 36; Corte IDH [2005], op. cit., § 139-140.

<sup>787</sup> Art. 1. Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e que de outro modo seria apátrida.

<sup>788</sup> Corte IDH [2005], op. cit., § 156.

discriminatória vivida pelas crianças de origem haitiana nascidas na República Dominicana.<sup>789</sup> Além disso, em referência à Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Corte IDH menciona o relatório "*Los derechos humanos y la extrema pobreza*", que demonstram racismo e a discriminação existente no país.

A Corte IDH cita a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos. Os dois primeiros tratados de alcance global foram mencionados como argumento de legitimidade para coadunar com a força normativa do art. 3 da Convenção Americana, também mencionado na oportunidade.<sup>790</sup> Em outra ocasião, refere-se ao Protocolo de San Salvador e à Convenção dos Direitos das Crianças para relacionar a violação dos direitos à nacionalidade, à personalidade jurídica e ao nome e à vulneração das vítimas em relação ao direito à educação.<sup>791</sup>

Insta ressaltar que muito embora a Corte tenha abordado o direito à educação, pois sem o registro civil as meninas foram obrigadas a frequentar a escola noturna destinada aos adultos, os juízes interamericanos omitiram essa declaração nos pontos resolutivos da sentença.<sup>792</sup> Deste modo, concentraram-se exclusivamente nas violações dos direitos civis e políticos.

Embora a República Dominicana tenha sido responsabilizada por diversas violações nesse caso supracitado, a Constituição de 2010 acrescentou mais uma exceção à concessão de nacionalidade pelo critério *jus soli*: proibiu que os filhos de pais imigrantes indocumentados fossem registrados como nacionais dominicanos.<sup>793</sup> Além dessa exclusão legislativa e administrativa, o Judiciário também fomentou a discussão ao emitir a Sentença TC/0168/13 do Tribunal Constitucional da República Dominicana. A decisão retirou a nacionalidade de filhos de imigrantes em condição migratória irregular no país entre 1929 e 2010. Essa sentença afeta desproporcionalmente os haitianos,<sup>794</sup> pois, posteriormente, a Lei nº 169-14 determinou a

---

<sup>789</sup> Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, § 169.

<sup>790</sup> *Ibid.*, § 176.

<sup>791</sup> *Ibid.*, § 185.

<sup>792</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 330-331.

<sup>793</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 13-14; Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 178, 284.

<sup>794</sup> MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. "*O Haiti não é aqui*": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 66.

inspeção e regularização dos registros civis.<sup>795</sup> A Lei Especial de Naturalização de 2014 estabelecia que as crianças dominicanas com descendência haitiana fossem registradas no "Livro do Estrangeiro"<sup>796</sup> destinado aos não nacionais. Portanto, havia distinções entre os registros, no qual o rosa era destinado aos filhos de haitianos e os brancos aos filhos de dominicanos.<sup>797</sup>

Em 2012, o Estado dominicano foi responsabilizado novamente. O caso *Nadège Dorzema y otros* trata do uso excessivo de força policial dominicana. Os policiais atiraram em um caminhão, que carregava cerca de 30 imigrantes haitianos, durante uma perseguição em contexto de controle fronteiriço. O caso chama atenção por contar com mais de sete pessoas mortas,<sup>798</sup> 13 pessoas sobreviventes e 51 familiares das pessoas falecidas.<sup>799</sup> Assim como no *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, a Corte IDH reconhece como discriminação estrutural presente na República Dominicana contra os migrantes haitianos e seus descendentes dominicanos de origem haitiana.<sup>800</sup> Foram julgadas as violações aos artigos 2, 4, 5, 7, 8, 24 e 25 da Convenção Americana.

Da mesma forma que nos casos *Acosta Calderón Vs. Ecuador, Tibi Vs. Ecuador e Vélez Loor Vs. Panamá*, a Corte IDH menciona instrumentos de *soft law* estabelecidos pelos Congressos das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. Desta vez, ela utiliza os "Princípios Básicos sobre o Uso da Força e das Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis por Cumprir a Lei" (adiante, Princípios sobre o Uso da Força).<sup>801</sup> Além disso, também mencionam o "Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei" (posteriormente, Código de Conduta).<sup>802</sup>

<sup>795</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 178, § 180; MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. "O Haiti não é aqui": apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p.111-112.

<sup>796</sup> O Livro do Estrangeiro foi criado pela Resolução 02-07 da Junta Central Eleitoral, após a aprovação da Lei Geral de Migração n. 285-04. Cf. Corte IDH [2014], op. cit., § 307.

<sup>797</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 13-15; MORAES, op. cit., p. 112.

<sup>798</sup> Corte IDH. *Caso Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 48.

<sup>799</sup> Ibid., § 27.

<sup>800</sup> Ibid., § 38-40.

<sup>801</sup> ONU. *Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*, 1990. Disponível em: [http://www.defensoria.ms.gov.br/images/nudedh/sistemas\\_onu/33\\_-\\_principios\\_basicos\\_sobre\\_o\\_uso\\_da\\_for%C3%A7a\\_e\\_arma\\_fogo\\_pelos\\_funcion%C3%A1rios\\_respons%C3%A1veis\\_pela\\_aplica%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_lei\\_1990.pdf](http://www.defensoria.ms.gov.br/images/nudedh/sistemas_onu/33_-_principios_basicos_sobre_o_uso_da_for%C3%A7a_e_arma_fogo_pelos_funcion%C3%A1rios_respons%C3%A1veis_pela_aplica%C3%A7%C3%A3o_da_lei_1990.pdf) Acesso em 15 mar. 2022.

<sup>802</sup> Corte IDH [2012], op. cit., § 78; ONU. *Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*, 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev18.htm> Acesso em 15 mar. 2022.

Ao dissertar sobre o uso da força, a Corte Interamericana separa as suas considerações em três momentos e aplica um princípio, conforme os Princípios sobre o Uso da Força, para cada um deles: (i) ações preventivas sobre a legalidade e excepcionalidade do uso da força; (ii) ações concomitantes aos fatos à luz da legalidade, necessidade e proporcionalidade; e (iii) ações posteriores aos fatos, de acordo com a devida diligência e humanidade. Em relação ao primeiro, ela baseia o seu entendimento no princípio 2,<sup>803</sup> no que tange à variedade de equipamentos defensivos para reagir com proporcionalidade. Quanto ao segundo, utilizou o princípio 9, que recomenda a não utilização de armas de fogo contra pessoas, salvo em casos específicos.<sup>804</sup> Ainda complementa com os princípios 1, 2, 4, 5, 7, 8 e 11.

No que diz respeito ao terceiro ponto, aplicou-se os incisos c) e d) do princípio 5, que tratam do socorro médico e do contato com familiares.<sup>805</sup> Posteriormente, também cita o Protocolo de Minnesota sobre Investigações de Mortes Potencialmente Ilícitas<sup>806</sup> para discorrer sobre o tratamento das pessoas mortas. Observa-se, portanto, que a utilização dos parâmetros universais com natureza *soft law* estabeleceu obrigações positivas aos estados americanos, além daquelas previstas pela Convenção Americana. Na mesma perspectiva dos casos *Acosta Calderón Vs. Ecuador*, *Tibi Vs. Ecuador* e *Vélez Loor Vs. Panamá*, a Corte menciona o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão para argumentar sobre a ilegalidade, arbitrariedade e ausência de controle judicial das privações de liberdade dos haitianos.<sup>807</sup>

Também se manteve coerente em relação à Opinião Consultiva 18, de 2003. Ao julgar as violações dos artigos 22.2 e 22.9 sobre a livre circulação e a proibição de expulsão coletiva de imigrantes indocumentados, adotou o mesmo entendimento que tinha manifestado sobre precedentes anteriores, como *Vélez Loor Vs. Panamá*. Mencionou-se novamente o entendimento da Comissão Africana de Direitos Humanos, Comissão de Direito Internacional

---

<sup>803</sup> Princípio 2, *Princípios sobre o Uso da Força*. "Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem desenvolver um leque de meios tão amplo quanto possível e habilitar os funcionários responsáveis pela aplicação da lei com diversos tipos de armas e de munições, que permitam uma utilização diferenciada da força e das armas de fogo (...)".

<sup>804</sup> Princípio 9, *Princípios sobre o Uso da Força*. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave (...).

<sup>805</sup> Princípio 5, *Princípios sobre o Uso da Força*. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem: c) Assegurar a prestação de assistência e socorros médicos às pessoas feridas ou afectadas, tão rapidamente quanto possível; d) Assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida ou afectada, tão rapidamente quanto possível.

<sup>806</sup> ONU. *Protocolo de Minnesota sobre as Investigações de Mortes Potencialmente Ilícitas*, 2016. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf) Acesso em 15 mar. 2022.

<sup>807</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Nota de rodapé 201.

e Comitê de Direitos Humanos.<sup>808</sup> De forma inédita, a Corte abordou a temática sobre expulsões coletivas. Embora não considere que houve tal violação no presente caso, fez considerações a respeito, praticamente importando o Comentário Geral nº 15/1986 do Comitê de Direitos Humanos.<sup>809</sup>

O *Caso das Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana*, terceira e última sentença, assim como o *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, discute o cenário de apatridia, discriminação estrutural, privação de liberdade e expulsões coletivas contra haitianos e dominicanos descendentes de haitianos. Salienta-se que a República Dominicana aceitou a jurisdição da Corte Interamericana em 25 de março de 1999<sup>810</sup> e, desde então, foi responsabilizada internacionalmente em quatro casos,<sup>811</sup> sendo três deles sobre os haitianos ou dominicanos com descendência haitiana. Nessas três oportunidades, os fatos dos casos foram vinculados ao contexto discriminatório do país.<sup>812</sup> A Comissão IDH apresentou o caso à Corte em nome de 26 vítimas.

É importante salientar que muito embora esse caso tenha sido o mais recente julgamento da Corte IDH sobre a temática em desfavor da República Dominicana, ele tramitou perante a Comissão IDH sob o nome de *Benito Tide Mendez y otros v. República Dominicana*. A denúncia inicial com pedido de medidas cautelares foi recebida em novembro de 1999 (Caso 12.271),<sup>813</sup> que foram concedidas poucos dias depois. Em 30 de maio de 2000, a Comissão solicitou que a Corte Interamericana adotasse medidas provisórias, as quais foram atendidas em 18 de agosto do mesmo ano. Diante do não cumprimento das recomendações, em 12 de julho de 2012, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte IDH.

Na decisão, a Corte Interamericana recordou a natureza *jus cogens* do direito à nacionalidade. Pela primeira vez, mencionou "*siendo además un derecho de carácter*

---

<sup>808</sup> Corte IDH. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 161-163.

<sup>809</sup> ONU. Comitê de Direitos Humanos, *Comentário Geral n. 15: A posição dos Estrangeiros no que respeita ao Pacto*. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHTimor-Leste-portugues.pdf> Acesso em 15 mar. 2022.

<sup>810</sup> Corte IDH. Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 40.

<sup>811</sup> O quarto caso é o *Gonzalez Medina y familiares*. Cf. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240.

<sup>812</sup> Corte IDH [2014], op. cit., § 153.

<sup>813</sup> Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/repdominicana12271sp.htm> Acesso em 10 mar. 2022.

*inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención*".<sup>814</sup> Também reforça os argumentos da OC-4/84 e do *Caso de las niñas Yean y Bosico*. Ao alegar o dever dos Estados em prevenir, evitar e reduzir a apatridia, embora a Corte inove ao mencionar o Comitê Africano de Experts sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança e a Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, ela o faz após mencionar que ambos os instrumentos estão em conformidade com a Observação Geral nº 17 do Comitê de Direitos Humanos.<sup>815</sup> Deste modo, a Corte Interamericana importou o entendimento universal e utilizou os mecanismos regionais como forma de persuasão.

Percebe-se que a Corte inovou ao estabelecer que ao violar o direito à nacionalidade, fere-se também o direito à identidade.<sup>816</sup> Esse posicionamento não foi invocado no *Caso de las niñas Yean y Bosico*. Tal argumento apareceu pela primeira vez no *Caso Gelman Vs. Uruguay*, no qual uma criança foi retirada do seu núcleo familiar, após o seu nascimento, no contexto da ditadura militar no Uruguai.<sup>817</sup> Percebe-se que o § 123 do caso mencionado é idêntico ao § 267 do *Caso das Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana*.

A construção argumentativa desse direito foi feita no *Caso Gelman Vs. Uruguay* e reproduzida na presente decisão. Ainda que o direito não esteja expressamente previsto na Convenção Americana, a Corte IDH amparou-se na Opinião do Comitê Jurídico Interamericano sobre o alcance do Direito à Identidade, de 10 de agosto de 2007, e no Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e Direito à Identidade,<sup>818</sup> aprovado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2007.<sup>819</sup> Além disso, no *Caso Gelman Vs. Uruguay*, a Corte Interamericana realizou um diálogo vertical ao mencionar que o direito à identidade também foi reconhecido pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana e pelo Tribunal Constitucional de Perú, sugerindo um possível consenso regional.<sup>820</sup> Pela primeira vez, a racionalidade da Corte IDH pautou-se apenas por instrumentos do continente americano sem valer-se de menções à Corte Europeia ou ao Sistema Universal de Direitos Humanos.

---

<sup>814</sup> Corte IDH. Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 253.

<sup>815</sup> Ibid., Notas de Rodapé 293 e 295.

<sup>816</sup> Ibid., § 266.

<sup>817</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

<sup>818</sup> OEA. *Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e Direito à Identidade*. Disponível em: <https://www.oas.org/consejo/pr/cajp/seguimiento%20programas.asp#Identidad> Acesso em 3 jan. 2022

<sup>819</sup> Corte IDH [2014], op. cit., Notas de Rodapé 314 e 315; Corte IDH [2011], op. cit., Nota de Rodapé 133 e 134.

<sup>820</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Nota de Rodapé 132.

Ao tratar dos registros civis, a Corte Interamericana engaja um diálogo vertical com o Tribunal Constitucional da República Dominicana (TC). Por um lado, o TC citou a Corte IDH na sentença TC/0168/13.<sup>821</sup> A seção 2 da decisão é dedicada à posição da CtIDH no *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. A Corte Dominicana alega que os juízes interamericanos cometeram um *flagrante error interpretativo* em relação aos significados das expressões *extranjero transeúnte* e *extranjero en tránsito*.<sup>822</sup> O principal argumento do Estado foi que tais vítimas não seriam apátridas, pois estariam amparadas pelo critério *jus sanguinis* de concessão de nacionalidade do Haiti.<sup>823</sup> Além disso, invocou a discricionariedade estatal para determinar os critérios de concessão de nacionalidade. Para justificar esse argumento em defesa da margem de apreciação estatal, invocou o caso *Handyside v. Reino Unido* proferido pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, concluiu que "*el Tribunal Constitucional considera que en el caso que nos ocupa es viable aplicar la tesis del 'margen de apreciación', en lo que respecta a la determinación del significado y alcance de la noción de extranjeros en tránsito*",<sup>824</sup> e justificou essa decisão, pois "*la cuestión de la nacionalidad resulta un tema particularmente sensible para todos los sectores de la sociedad dominicana*".

Anteriormente, também mencionou a sentença *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* da Corte Internacional de Justiça, a Opinião Consultiva sobre os Decretos de Nacionalidade em Túnez e Marrocos da Corte Permanente de Justiça Internacional, a sentença interamericana *Castillo Petruzzi y otros v. Peru* e a OC-04/84, para argumentar sobre o domínio reservado dos Estados para definir os critérios de concessão da nacionalidade.<sup>825</sup>

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reagiu à sentença dominicana alegando que, muito embora os Estados possam definir os critérios de concessão de nacionalidade e das políticas migratórias, eles devem ser pautados pelo respeito aos direitos humanos e pela razoabilidade.<sup>826</sup> Deste modo, os juízes nacionais teriam a obrigação de exercer o controle de convencionalidade entre o ordenamento jurídico interno e a Convenção Americana.<sup>827</sup> Como não o fizeram, a Corte Interamericana alegou que a sentença TC/0168/13 e a Lei nº 169-14 realizam distinção entre os filhos de pais imigrantes em condição migratória

<sup>821</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DOMINICANA. *Sentencia TC/0168/13*. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fcd99a.pdf> Acesso em 17 mar. 2022.

<sup>822</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 288; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DOMINICANA, op. cit., p. 70.

<sup>823</sup> Corte IDH [2014], op. cit., § 296-297.

<sup>824</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DOMINICANA, op. cit., p. 74.

<sup>825</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>826</sup> Corte IDH [2014], op. cit., § 294.

<sup>827</sup> Ibid., § 311.

regular ou irregular. Deste modo, em coerência com o precedente *Caso de las niñas Yean y Bosico*, entendeu-se pela irrazoabilidade da decisão dominicana, pois o status migratório não é transmissível aos descendentes.

A sentença e a lei nacional, portanto, reforçariam a discriminação estrutural pré-existente no país e aplicariam a privação retroativa da nacionalidade.<sup>828</sup> O Plano de Regularização proposto pela Lei nº 169-14 conduziria a um procedimento de naturalização, o que difere da nacionalidade por *jus soli*.<sup>829</sup> Ao interagir com a sentença dominicana, além de citar a própria jurisprudência interamericana, a Corte também menciona dois casos do Tribunal Europeu como argumento de autoridade, persuasão ou legitimidade.<sup>830</sup>

Nota-se que o Tribunal Constitucional da República Dominicana não encerrou o diálogo com a CtIDH após a sentença do caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Embora as decisões de 2005, 2012 e 2014 confirmem o entendimento interamericano a respeito da discriminação estrutural no país, o Tribunal Constitucional, por meio da sentença TC/0256/14, contestou a jurisdição da Corte Interamericana e alegou a inconstitucionalidade do instrumento de ratificação.<sup>831</sup>

Ao dissertar sobre as medidas privativas de liberdade e expulsão ou deportação, a Corte IDH manteve o seu posicionamento semelhante ao caso *Nadege Dorzema y otros*. Tal qual mencionado naquela sentença, a Corte IDH novamente invocou o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e importou o Comentário Geral nº 15/1986 do Comitê de Direitos Humanos.<sup>832</sup> Assim como em *Nadege Dorzema y otros*, a menção à Comissão Africana de Direitos Humanos é pragmática, pois o faz em persuasão ao entendimento universal, sem acrescentar argumentos inéditos emitidos em âmbito regional.

O mesmo pragmatismo manifesta-se em outras oportunidades, tais como: nas reproduções integrais do § 163 do caso *Nadege Dorzema y otros*, assim como do § 279 da OC-21/14 nos § 355 e 357 do caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, respectivamente. Além disso, reproduz o entendimento do caso *Vélez Loor v. Panamá* ao citar o Grupo de

---

<sup>828</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 317-323.

<sup>829</sup> *Ibid.*, § 324.

<sup>830</sup> *Ibid.*, Nota de rodapé 361.

<sup>831</sup> DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019, p. 16; MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. “O Haiti não é aqui”: apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 120.

<sup>832</sup> Corte IDH [2014], op. cit., § 354; Corte IDH. *Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 161-163.

Trabalho sobre Detenções Arbitrárias das Nações Unidas para reiterar a incompatibilidade entre as detenções com fins punitivos e as privações de liberdade para fins migratórios.<sup>833</sup> Ao dissertar sobre a separação familiar, outra reprodução ocorre na menção à Observação Geral nº 14 do Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, tal qual na OC-21/14.<sup>834</sup> E também nas referências da Corte Europeia de Direitos Humanos, Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação Racial e do ACNUR sobre as expulsões coletivas.<sup>835</sup> Interessante notar que ao argumentar sobre o princípio da igualdade e não discriminação, a Corte IDH é silente em relação à natureza *jus cogens* enunciada pela OC-18/03.<sup>836</sup>

Laura Clérico parte das premissas que as Cortes regionais possuem os seguintes compromissos: (i) estabelecer parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos; e (ii) interpretar as respectivas Convenções e aplicá-las nos casos concretos.<sup>837</sup> Para lidar com essas situações, tanto a Corte Europeia, quanto a Corte Interamericana adotam diferentes posturas. A primeira privilegia o "consenso europeu" ou *common european approach*. Em outras palavras, quando não existem normas convergentes entre os Estados europeus sobre determinado tema, portanto, a Corte amplia o escopo da margem de apreciação. Se há, o restringe. Neste sentido, existe "previsibilidade" em relação às tendências jurisprudenciais europeias.<sup>838</sup>

No entanto, o que se entende por "consenso" e qual o seu alcance ainda é ambivalente. Há interpretações quanto à convergência normativa regional, doméstica, internacional ou acadêmica.<sup>839</sup> Existe, assim, um exercício comparativo, sendo o critério do consenso regional potencialmente determinante para calibrar a margem de apreciação estatal.<sup>840</sup> Clérico critica essa utilização, pois condicionaria a convencionalidade de determinada norma à conveniência estatal.

A Corte Interamericana, por sua vez, posiciona-se da seguinte maneira: "*El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir*".

---

<sup>833</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 167; Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, § 359.

<sup>834</sup> Corte IDH [2014], op. cit., Nota de rodapé 463.

<sup>835</sup> Ibid., § 361-363; 386.

<sup>836</sup> Ibid., §401-402.

<sup>837</sup> CLÉRICO, Laura. El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, n. 46, 2020, p. 59.

<sup>838</sup> Ibid., p. 60.

<sup>839</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>840</sup> Ibid., p. 67.

Tanto nas sentenças *Duque Vs. Colombia*<sup>841</sup> e *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*,<sup>842</sup> ela enuncia que a falta de consenso regional não configura óbice para a seu pronunciamento.

Ambas as posturas revelam divergências. A Corte EDH tende a focar-se no consenso estatal, enquanto a Corte Interamericana teria uma postura mais universalista.<sup>843</sup> Clérico destaca que "a primeira preocupação para o TEDH parece ser a legitimidade frente aos Estados [membro]. Por outro lado, a Corte IDH estaria preocupada com sua legitimidade perante o mundo".<sup>844</sup> Tal postura mais arrojada da Corte IDH também seria justificada por sua audiência. Ao interagir com múltiplas fontes e fazer diversas referências, os juízes interamericanos buscam diálogos para além dos Estados-membros e das vítimas afetadas.

Nos cinco exemplos analisados nesta seção, essa postura universalista parece ficar mais evidente. Nas OC-16/99 e OC-18/03, a Corte IDH buscou interagir, sobretudo, com a Suprema Corte estadunidense, com a Corte EDH e com a CIJ. As diversas menções às jurisprudências estrangeiras buscam persuasão e legitimidade para enunciar o posicionamento potencialmente inédito.

Por outro lado, em relação à República Dominicana, a Corte IDH recorre ao posicionamento universalista para ancorar sua autoridade regional em conformidade com a harmonia normativa universal. A despeito da resistência da República Dominicana, a Corte IDH estabelece um diálogo vertical e é respondida pela Corte Constitucional doméstica. Seja por uma via ou por outra, é notável que a utilização da gramática do Direito Internacional é o instrumento capaz de fazer a Corte "ser ouvida e entendida".

Os Estados Unidos e a República Dominicana, portanto, "resistem" à autoridade da Corte Interamericana. Seja pelo não reconhecimento da jurisdição, seja pelo não cumprimento das decisões interamericanas. Em outras palavras, ambos se articulam por fora do tabuleiro regional.

Na próxima parte, a análise concentra-se em temáticas específicas tratadas pela Corte, são elas: detenção arbitrária, refúgio e asilo, e nacionalidade. Buscar-se-á demonstrar que nos embates com países específicos (EUA e República Dominicana), a Corte IDH utiliza os precedentes do Tribunal Europeu, CIJ e ONU como argumentos de autoridade, persuasão e

---

<sup>841</sup> Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, § 123.

<sup>842</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 92.

<sup>843</sup> CLÉRICO, Laura. El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, n. 46, 2020, p. 76.

<sup>844</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 76.

legitimidade. Por outro lado, em temáticas particulares, como o capítulo que segue, a importação visa a criar um possível *collective deliberation* em prol da harmonização entre os sistemas de proteção dos direitos humanos. Em comum, é possível notar que ambas as estratégias se apoiam nos instrumentos universais como autoridades principais.

### **3.2 Por dentro do tabuleiro: temáticas centrais à mobilidade humana**

A divisão apresentada a seguir inspira-se no Informe da Comissão IDH "*Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas e Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*". Embora o documento supracitado possua 14 capítulos, ele apresenta os padrões interamericanos por afinidades temáticas. Para fins deste estudo, esta seção divide-se em três partes, a saber: na primeira parte, analisam-se os primeiros posicionamentos sobre nacionalidade. Logo depois, examinar-se-á um grupo de decisões sobre detenção arbitrária e acesso à justiça. Por fim, a pesquisa se concentra na jurisprudência sobre refúgio e asilo.

#### *3.2.1 Nacionalidade e naturalização: reflexões a partir da OC-04/84 e dos casos Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú e Ivcher Bronstein Vs. Perú*

Nesta subseção, optou-se por analisar o direito à nacionalidade e naturalização sem repetir as análises feitas anteriormente nos casos envolvendo a República Dominicana. Deste modo, a argumentação ora examinada refere-se à OC-04/84 e aos casos *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* e *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Entende-se que o contexto dos casos abaixo é diferente daqueles outrora apresentados. Nas sentenças envolvendo a República Dominicana, havia incidência da apatridia em relação às crianças dominicanas com descendência haitiana. Por outro lado, abaixo trata-se de outras situações alheias à apatridia. Por isso, justifica-se a separação temática.

A primeira manifestação da Corte IDH sobre migrações foi na OC-4/84.<sup>845</sup> Tratava-se de uma solicitação feita pela Costa Rica acerca da alteração dos artigos 14 e 15 da Constituição, que versavam sobre a naturalização. A Costa Rica possui um intenso fluxo de imigrantes advindos da Nicarágua. Segundo Dembour, o sotaque e as disputas territoriais nas fronteiras entre os dois países fazem com que o termo "*nicas*" seja utilizado de forma pejorativa na Costa

---

<sup>845</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Rica e, conseqüentemente, os imigrantes nicaraguenses sofram discriminação quando migram para o país vizinho.<sup>846</sup> Além disso, as intervenções estadunidenses e os conflitos internos nos anos de 1979 ocasionaram a migração massiva da Nicarágua à Costa Rica. Deste modo, os primeiros anos da década de 1980 foram marcados por esses deslocamentos, o que conduziu o governo costarricense a querer mudar os dispositivos constitucionais.<sup>847</sup> Embora a Corte não se manifeste sobre as questões contextuais, ela expressa preocupação, caso as reformas propostas sejam uma reação nacionalista negativa e circunstancial aos imigrantes centro-americanos.<sup>848</sup>

Foi requerido que a Corte averiguasse quatro questões: (i) se existia incompatibilidade entre a proposta de texto constitucional e os artigos 17 (Proteção à Família), 20 (Direito à Nacionalidade) e 24 (Igualdade perante a lei) da Convenção Americana; (ii) se a modificação constitucional afetava o direito de toda pessoa ter uma nacionalidade, conforme o art. 20, § 1 da CADH; (iii) se as regras sobre aquisição de nacionalidade por mulheres casadas com costarricenses era compatível com o art. 17, § 4 da CADH<sup>849</sup> quanto à igualdade dos cônjuges; e (iv) se o texto da moção de reforma<sup>850</sup> é compatível com o art. 20, § 1 da CADH.<sup>851</sup> Ao final, a Corte IDH reconheceu a compatibilidade dos dispositivos constitucionais com os artigos interamericanos.<sup>852</sup> Neste contexto, a Corte IDH alegou-se competente para a emissão do Parecer, pois tratava de um projeto de lei, o qual não poderia abster-se de manifestação sob risco da entrada formal em vigor da lei e a sua aplicação violar a Convenção.<sup>853</sup>

No que tange ao direito de nacionalidade, a Corte IDH inicia o Parecer a partir de uma perspectiva eurocêntrica sobre a nacionalidade. Partiu-se do pressuposto de que a nacionalidade é um "estado natural do ser humano", sem considerar que a nacionalidade é um vínculo artificial atribuído pelo próprio Estado. Essa perspectiva desconsidera outras formas de existência e

<sup>846</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 134.

<sup>847</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>848</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 40.

<sup>849</sup> Art. 17, § 4, CADH. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

<sup>850</sup> "La persona extranjera que al casarse con costarricense pierda su nacionalidad y luego de estar casada dos años con costarricense y de residir durante ese mismo período en el país, manifiesta su deseo de adquirir la nacionalidad del cónyuge". Cf. Corte IDH [1984], *op. cit.*, p. 4-5.

<sup>851</sup> Art. 17, § 1, CADH. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

<sup>852</sup> Corte IDH [1984], *op. cit.*, § 68.

<sup>853</sup> *Ibid.*, § 26.

organização para além do Estado-Nação. Em suas palavras, "*la nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil*".<sup>854</sup> Esse posicionamento confirma-se ao traçar uma linha evolutiva que se inicia na prerrogativa do Estado em conceder a nacionalidade aos seus súditos até chegar no caráter de nacionalidade como direito humano.<sup>855</sup>

Insta mencionar, no entanto, que o primeiro documento citado pela Corte IDH é a Declaração Americana de Direitos Humanos (1948) em seu artigo 19 sobre o direito à nacionalidade. Ato contínuo, cita também o artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que possui conteúdo semelhante. É importante indicar que a Convenção Europeia não tem nenhum dispositivo equivalente ao art. 20 da CADH.<sup>856</sup> Neste sentido, Dembour considera a OC-4/84 como um contraponto à perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>857</sup>

A partir disso, a Corte IDH define o termo "nacionalidade"<sup>858</sup> e o conteúdo do art. 20 da Convenção Americana. Segundo ela, o artigo possui uma dupla dimensão: (i) "*dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado*", e a segunda dimensão seria: (ii) "*protegerlo contra privación de su nacionalidad en forma arbitraria*".<sup>859</sup> Além disso, a Corte IDH reconheceu que a nacionalidade pode ser adquirida por meio da manifestação de vontade e prévio cumprimento de determinados requisitos.

A Corte IDH referencia a Corte Internacional de Justiça no caso paradigmático *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)* como argumento de autoridade para legitimar a discricionariedade do Estado para determinar as condições e os critérios para concessão de nacionalidade.<sup>860</sup> Ao analisar o projeto de lei costarricense, a Corte Interamericana pondera que os dispositivos constitucionais 14 e 15, embora restrinjam os critérios para aquisição de

---

<sup>854</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 31-32.

<sup>855</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>856</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 144.

<sup>857</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>858</sup> Segundo a Corte IDH, nacionalidade "puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática". Cf. Corte IDH [1984], *op. cit.*, § 35.

<sup>859</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>860</sup> *Ibid.*, § 36.

nacionalidade, não cancelam ou mudam a nacionalidade dos atuais imigrantes residentes e/ou naturalizados no país. Portanto, não identificaram incongruências com o art. 20, CADH.<sup>861</sup>

Posteriormente, a Corte discutiu a reforma do inciso sobre a nacionalidade da mulher casada com costarriquenho. Insta mencionar que os juízes interamericanos fazem referência à discriminação da própria letra da lei ao referir-se, exclusivamente, à *mulher estrangeira* ao invés de *pessoa não nacional*, que contemplaria todos os gêneros. Segundo o governo costarriquenho, esse critério baseia-se no princípio da unidade familiar.<sup>862</sup>

A partir desse mesmo dispositivo, algumas discussões surgiram. A primeira seria se, com a reforma constitucional, a mulher estrangeira, ao casar-se com um costarriquenho, perderia sua nacionalidade e assim permaneceria por dois anos, com o status de apátrida, até cumprir o requisito do novo artigo; ou a segunda seria se a perda automática da nacionalidade é um dos pré-requisitos concorrentes para a naturalização por matrimônio.<sup>863</sup> Para legitimar a argumentação, a Corte menciona dois instrumentos universais: a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957) e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979).<sup>864</sup>

Entretanto, de forma inédita, a Corte IDH recorreu ao seu próprio histórico regional para dissertar sobre a questão. Recordou-se que na Sétima Conferência Internacional Americana de 1933, conforme explorado no capítulo 2, foi adotado o Convênio de Montevideu sobre a Nacionalidade da Mulher.<sup>865</sup> Na mesma ocasião, também se discutiu acerca da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados.

Apesar de toda a discussão, a Corte IDH chegou a conclusão de que esse dispositivo constitucional estaria em conformidade com o princípio da igualdade conjugal e tais condições seriam aplicáveis para "*toda 'persona extranjera' que se case con costarricense*".<sup>866</sup> O texto, portanto, aplicar-se-ia de forma geral para aqueles que desejam adquirir a nacionalidade por meio do matrimônio. Nos pontos resolutivos, ficou explícito que constituiria violação a naturalização por casamento em favor somente de um dos cônjuges.<sup>867</sup>

Além disso, a Corte pronunciou-se sobre questões relativas às outras potenciais discriminações presentes no dispositivo constitucional, à luz do artigo 1.1 e 24 da Convenção

---

<sup>861</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 42.

<sup>862</sup> Ibid., § 64.

<sup>863</sup> Ibid., § 46-47.

<sup>864</sup> Ibid., § 50-51.

<sup>865</sup> Ibid., § 65.

<sup>866</sup> Ibid., § 67.

<sup>867</sup> Ibid., p. 20.

Americana. Entendeu-se que existe um veto de tratamento discriminatório de origem legal, que proíbe que pessoas sejam consideradas superiores (com tratamento privilegiado), quanto inferiores (tratamento hostil) perante a lei.<sup>868</sup> Entretanto, a Corte IDH menciona a Corte Europeia (*The Belgian Linguistic case*) como argumento de autoridade para justificar que distinções objetivas e razoáveis não são discriminatórias. Deste modo, chama atenção a racionalidade ao defender que os critérios diferenciados para concessão de nacionalidade costarriquenha aos nacionais de países centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis em detrimento de outras nacionalidades não sejam discriminatórios.

A Corte IDH alegou a razoabilidade para facilitar a nacionalidade "*en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos*".<sup>869</sup> Tais laços estreitos originam-se de um passado colonial marcado pela imigração massiva não somente de espanhóis, mas também de outras origens. Os juízes interamericanos, da mesma forma, parecem defender uma perspectiva assimilacionista ao afirmar que "*hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar*".<sup>870</sup>

Essas conclusões são justificadas pela Corte IDH a partir da importação da teoria da margem de apreciação. Nas palavras dos juízes interamericanos, "*esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla*".<sup>871</sup> Embora não faça referência expressa aos europeus, essa teoria é amplamente adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>872</sup> No entanto, coaduna-se com Dembour que a margem conferida é superficial e limitada.<sup>873</sup> Em seguida, a Corte estabelece que os Estados não podem ancorar-se na margem de apreciação para "*restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados*".<sup>874</sup>

---

<sup>868</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 54-55.

<sup>869</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>870</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>871</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>872</sup> Corte EDH. *Asunto Kurić y Otros c. Eslovenia* (Demanda no. 26828/06). Sentencia. Estrasburgo, 26 Junio 2012, § 387 ; Corte EDH. *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81). Judgment, Strasbourg, 28 May 1985, § 67.

<sup>873</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 139.

<sup>874</sup> Corte IDH [1984], *op. cit.*, § 62.

Em voto separado, o juiz Piza Escalante discordou dos demais magistrados em relação à decisão adotada sobre a não violação do princípio da igualdade e não discriminação. O jurista identifica três critérios que compõem a discriminação: razoabilidade, proporcionalidade e adequação.<sup>875</sup> Ao dissertar sobre a nova exigência constitucional sobre o conhecimento oral e escrito do espanhol, o juiz pondera que existem comunidades indígenas e comunidades costarriquenhas de origem jamaicana que mantêm suas línguas ancestrais.<sup>876</sup> De forma inédita, o juiz aponta que é legítimo exigir a língua oficial do país, no entanto, a discriminação "*sería que se llevara esa exigencia de lenguaje a los extremos del proyecto consultado: "saber hablar, leer y escribir el idioma español" [art.15, proyecto]*".<sup>877</sup> O jurista afirma que não seria razoável vincular o direito à nacionalidade a esse nível educativo. Pelas mesmas razões, Piza Escalante também discordou da proporcionalidade e razoabilidade da exigência de um exame de história do país e seus valores.<sup>878</sup>

Na OC-04/84, portanto, a Corte Interamericana cunhou a definição de "nacionalidade" a ser utilizada nas decisões seguintes. Deste modo, entende-se que "*la nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática*".<sup>879</sup> Não por acaso, tal conceito também se coaduna com a concepção do *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, julgado pela Corte Internacional de Justiça.<sup>880</sup>

O segundo caso envolvendo nacionalidade é o *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999)*. Ele foi emitido meses antes da OC-16/99. O caso contencioso dizia respeito às violações cometidas pelo Peru em desfavor de quatro cidadãos chilenos<sup>881</sup> condenados à prisão perpétua

<sup>875</sup> Corte IDH. Voto separado del Juez Rodolfo F. Piza Escalante. In: Corte IDH [1984], op. cit., § 13.

<sup>876</sup> Ibid., § 23.

<sup>877</sup> Ibid., § 25.

<sup>878</sup> Ibid., § 25-26.

<sup>879</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 35.

<sup>880</sup> "Naturalization is not a matter to be taken lightly. To seek and to obtain it is not something that happens frequently in the life of a human being. It involves his breaking of a bond of allegiance and his establishment of a new bond of allegiance. It may have far reaching consequences and involve profound changes in the destiny of the individual who obtains it. It concerns him personally, and to consider it only from the point of view of its repercussions with regard to his property would be to misunderstand its profound significance. In order to appraise its international effect, it is impossible to disregard the circumstances in which it was conferred, the serious character which attaches to it, the real and effective, and not merely the verbal preference of the individual seeking it for the country which grants it to him". Cf. CIJ. *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, p. 23.

<sup>881</sup> As vítimas identificadas foram: Alejandro Luis Astorga Valdez, Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra. Cf. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 1.

pelo crime de traição à pátria.<sup>882</sup> Dentre as principais discussões da decisão, averigua se o tipo penal de traição à pátria é aplicável somente aos nacionais ou aos não nacionais. Em consonância com a sua própria jurisprudência, a Corte IDH reafirmou que não é um tribunal penal, portanto não discute a responsabilidade penal dos indivíduos.<sup>883</sup> Eles foram processados perante a Justiça Militar peruana,<sup>884</sup> detidos em 1993 e julgados em um Tribunal Militar, à luz de um procedimento sumário, e com juízes "sem rosto", ainda que tenham impetrado *habeas corpus*.

O caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru* pode ser considerado o primeiro, em via contenciosa, a tratar de direitos dos imigrantes. A Comissão solicitou que fossem apreciadas as violações ao art. 1.1, 2, 5, 7, 8, 9, 20, 25 e 29 da Convenção Americana.<sup>885</sup> Deste modo, abordará, para fins deste estudo, os argumentos utilizados quanto à violação do direito à nacionalidade, à liberdade pessoal e às garantias judiciais. O primeiro será analisado nesta seção e a segunda e terceira violações serão examinadas na seção seguinte.

Quanto ao primeiro, a Comissão alegou que a imputação do tipo penal *traição à pátria* criava um vínculo de lealdade entre os chilenos acusados e o Peru.<sup>886</sup> Para tanto, seria necessário que as vítimas tivessem sido naturalizadas e renunciado à nacionalidade chilena. Por outro lado, o Estado alegou que os acusados estavam envolvidos em grupos terroristas e colocavam em risco a ordem interna e a segurança nacional. Invocaram também o art. 78 do Código de Justiça Militar peruano para atestar que o tipo penal é aplicável a todos sujeitos à lei peruana, sejam peruanos ou não nacionais.<sup>887</sup>

Ainda que ambas as partes tenham argumentado sobre a situação, a Corte desestimou o pedido alegando que a expressão "traição à pátria" era apenas o nome utilizado pela legislação peruana. Deste modo, esse tipo penal não impunha deveres de nacionalidade exclusivos aos peruanos, logo, não priva os chilenos dos seus direitos enquanto nacionais de outro país.<sup>888</sup> Seria, portanto, uma modalidade de "terrorismo agravado".<sup>889</sup>

---

<sup>882</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, p. 3.

<sup>883</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>884</sup> *Ibid.*, § 86.1-86.6.

<sup>885</sup> 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos); 2 (Dever de adotar disposições de direito interno); 5 (Direito à integridade pessoal); 7 (Liberdade pessoal); 8 (Garantias judiciais); 9 (Princípio da legalidade); 20 (Direito à nacionalidade); 25 (Proteção judicial); 29 (Normas de interpretação). Todos da CADH. Cf. *Ibid.*, § 1.

<sup>886</sup> *Ibid.*, § 97.

<sup>887</sup> *Ibid.*, § 98.

<sup>888</sup> *Ibid.*, § 100-103.

<sup>889</sup> *Ibid.*, § 119.

Ao decidir sobre o assunto, a Corte IDH não faz menção a nenhuma outra Corte europeia ou universal. Apenas reafirma o seu próprio entendimento, conforme a OC-04/84, em reiteradas menções. A única referência às fontes universais foi ao art. 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos, ao reconhecer a universalidade do direito à nacionalidade. Observa-se que a postura assumida pela Corte em relação à essa violação foi sucinta e pragmática. Resguardou-se a remeter à argumentação desenvolvida sobre o tópico na OC-4/84 sem inovar, tampouco dialogar com outros tribunais.

Faz-se oportuno mencionar também o voto do juiz Cançado Trindade na decisão sobre as exceções preliminares. O voto dedica-se a dissertar sobre o direito de petição individual. Na opinião do juiz, "*constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana*".<sup>890</sup> Nas primeiras páginas do voto, o juiz faz um resgate histórico sobre o papel da pessoa humana e das soberanias estatais. Insta ressaltar o tom eurocêntrico e supostamente universal que o jurista confere à narrativa, com várias citações aos autores europeus em caráter laudatório.<sup>891</sup>

Em um segundo momento do voto, Cançado Trindade dedicou-se ao histórico do Sistema Europeu em relação ao direito à petição individual. Em perspectiva crítica, por vezes, é possível recordar a alegoria tridimensional utilizada por Makau Mutua: os selvagens, os salvadores e as vítimas. A vítima - a qual Cançado Trindade se refere -, relembra aquela figura caracterizada pela inocência e pela impotência diante dos abusos estatais.<sup>892</sup> No voto concorrente do juiz Cançado Trindade em *Tibi v. Ecuador*, ele se mantém coerente em relação ao posicionado quanto a sua fala sobre a "vítima".<sup>893</sup> Ela se assemelha à alegoria elaborada por Makau Mutua: embora dotada de capacidade processual internacional, mostra-se frágil perante os abusos estatais.<sup>894</sup> Na oportunidade, o jurista brasileiro mencionou a expressão "*desnacionalización de la protección*" como marca da suposta emancipação do ser humano contra o seu próprio Estado.<sup>895</sup>

<sup>890</sup> Corte IDH. Voto Concorrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41, § 3.

<sup>891</sup> Ibid., § 5-18.

<sup>892</sup> MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002, p. 28.

<sup>893</sup> Corte IDH. Voto razonado del juez A.A Cançado Trindade. In: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 18.

<sup>894</sup> MUTUA, op. cit., p. 28.

<sup>895</sup> Corte IDH. Voto Concorrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH [1998], op. cit., § 29; PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3.ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 75.

Destaca-se que em seu parecer separado no *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, ele repete a mesma expressão.<sup>896</sup> Deste modo, o vínculo nacional seria minimizado para o exercício da proteção internacional. O jurista desestimou a exceção preliminar alegada pelo Estado, que afirmava que a entidade não era legitimada para peticionar perante a Comissão. Para validar os seus argumentos, Cançado Trindade faz reiteradas menções à Corte Europeia e não faz nenhuma interação com o Sistema Africano de Direitos Humanos, por exemplo. Além disso, o juiz parece indicar o peticionamento individual perante a Corte IDH, tal qual ocorre na Corte Europeia, como *perfeccionamiento institucional*<sup>897</sup> e *salto cualitativo*.<sup>898</sup> A sugestão da importação do *modus operandi* europeu à América Latina carece de estudos críticos, tendo em vista as ambivalências em relação ao peticionamento direto.

Por fim, é importante apontar que o caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, de 2001,<sup>899</sup> também analisa a violação do direito à nacionalidade.<sup>900</sup> Trata-se da anulação de nacionalidade peruana do Sr. Baruch Ivcher Bronstein,<sup>901</sup> nascido em Israel e proprietário de ações em uma companhia de televisão, após seu canal veicular denúncias de tortura por agentes estatais. A repressão ocorreu por meio da mudança legislativa no decreto sobre nacionalidade, o qual passou a permitir o cancelamento de nacionalidade de peruanos naturalizados. Ao longo do processo, o Peru denunciou o instrumento que o submete à jurisdição da Corte Interamericana. Entretanto, a Corte declarou o pedido inadmissível.<sup>902</sup>

Quanto à argumentação sobre o direito à nacionalidade, não houve inovações. A Corte IDH referiu-se majoritariamente aos seus próprios precedentes da OC-4/84 e do caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*. A única menção externa foi ao caso *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, da CIJ. Em síntese, definiu que a anulação da naturalização foi arbitrária por duas razões nucleares: (i) a nacionalidade peruana foi outorgada pelo presidente e retirada pelo Diretor Geral de Migrações e Naturalização, assim, a autoridade de hierarquia inferior não tinha

---

<sup>896</sup> Corte IDH. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. In: *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

<sup>897</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41, § 39-40.

<sup>898</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>899</sup> Este caso também trata da violação indireta do direito à liberdade de expressão e o direito à propriedade. A despeito da importância desses temas, optou-se por realizar a análise somente em relação ao tópico do direito à nacionalidade, por se enquadrar no recorte temático adotado pela pesquisa.

<sup>900</sup> Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

<sup>901</sup> A vítima teve sua nacionalidade peruana outorgada em 27 de novembro de 1984 pelo Presidente da República do Peru (Resolução Suprema n. 0649/RE). Cf. *Ibid.*, § 76.

<sup>902</sup> *Ibid.*, § 78.

competência para desfazer o ato de hierarquia superior;<sup>903</sup> e (ii) o devido processo legal não reuniu as condições necessárias para o exercício do contraditório e da ampla defesa.<sup>904</sup>

Em todos os casos, é possível observar a influência exercida pelo caso *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, julgado em 1955 pela Corte Internacional de Justiça. A decisão diz respeito ao cidadão alemão Nottebohm, que requisitou a cidadania em Liechtenstein em 1939, mas residia na Guatemala por 34 anos. A questão nuclear da demanda repousa nos efeitos jurídicos da concessão da nacionalidade de Liechtenstein perante o Direito Internacional.<sup>905</sup> Em todos os três casos interamericanos, a Corte IDH importou o entendimento da CIJ segundo o qual os critérios para aquisição de nacionalidade de um país são definidos pelo direito interno.<sup>906</sup>

Além disso, entende que a nacionalidade é um vínculo de *lealdade*.<sup>907</sup> A Corte Internacional de Justiça julgou pela ausência de vínculos entre Nottebohm com Liechtenstein, o que configura a falta do requisito da genuinidade.<sup>908</sup> Em outras palavras, ele buscava apenas substituir a nacionalidade de um país beligerante na guerra (Alemanha) pelo vínculo com um país neutro (Liechtenstein). Por fim, determinou que a Guatemala não tinha obrigação internacional em reconhecer a naturalização nessas circunstâncias. Tanto nesses episódios quanto nos casos de apatridia em relação à República Dominicana, a Corte Interamericana perpetua o entendimento da CIJ sobre o requisito da *genuidade* para a definição da naturalização.

A partir desse conceito universal, a Corte IDH acrescenta: "*que las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos*".<sup>909</sup> Deste modo, é possível perceber que a Corte Interamericana adiciona o critério de observância aos direitos humanos a partir da noção eurocêntrica *mainstream*.

---

<sup>903</sup> Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, § 96.

<sup>904</sup> *Ibid.*, § 110.

<sup>905</sup> CIJ. *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955, p. 20.

<sup>906</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>907</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>909</sup> Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4, § 38.

### 3.2.2 Detenção arbitrária e acesso à justiça

A proteção dos direitos civis é uma temática recorrente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A violação do direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial apareceu em inúmeros casos, a saber: *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *Tibi Vs. Ecuador*, *Acosta Calderón Vs. Ecuador*, *Vélez Lloor Vs. Panamá*, *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Por esse motivo, metodologicamente optou-se por não fazer análises individuais das sentenças. O exame consiste em confrontar as argumentações da Corte e identificar onde elas convergem ou divergem. Pretende-se também identificar certo possível padrão argumentativo e/ou as influências intelectuais em relação aos temas da detenção arbitrária e acesso à justiça.

Além da escolha metodológica acima, ressaltam-se também que outros dois recortes foram feitos para fins deste estudo. O primeiro diz respeito à análise de duas sentenças oportunamente em seções distintas: (i) *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* foi analisado na seção anterior, sobre nacionalidade, e também será examinado na presente parte; e (ii) *Wong Ho Wing Vs. Perú* será apresentado a seguir, bem como na seção sobre refúgio e asilo (devido à presença do princípio da não devolução). Essa separação por tópicos justifica-se em razão dos objetivos da investigação: explorar padrões argumentativos em razão da afinidade temática. Portanto, a análise isolada dessas sentenças supracitadas enviesaria os resultados obtidos.

Por fim, justifica-se também que muito embora as sentenças *Nadege Dorzema e Personas dominicanas y haitianas expulsadas* abordem os temas desta seção, elas foram analisadas minuciosamente em perspectiva contextual na seção dedicada à República Dominicana. Alguns padrões argumentativos foram identificados e ressaltados. Se necessário, oportunamente serão retomados a seguir.

Em termos gerais, o Sistema Interamericano define que a política migratória estatal deve assegurar: "*una decisión individual; debido proceso; respeto al derecho a la vida; la integridad física y mental, y a la familia; medios especiales de protección para menores de edad; y que la ejecución de la expulsión no debe 'dar lugar a un tratamiento cruel, infamante, e inhumano'*".<sup>910</sup> A partir deste entendimento também se organiza esta parte.

---

<sup>910</sup> OEA. *Movilidad humana: Estándares interamericanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> Acesso em 29 mar. 2022, p. 185.

### 3.2.2.1 O art. 5 da Convenção Americana: Direito à integridade pessoal

Em relação à construção argumentativa sobre o direito à integridade pessoal, a Corte elabora seis narrativas que merecem ser destacadas, a saber: (i) a primeira trata da natureza *jus cogens* da proibição à tortura física e psicológica; (ii) a segunda diz respeito às condições carcerárias; (iii) a terceira sobre a ausência de assistência médica e acesso à água como violações ao art. 5, CADH; (iv) a quarta versa sobre o isolamento de celular contínuo também como violador à integridade pessoal; (v) a quinta aborda a sugestão de inversão do ônus da prova em potenciais casos de tortura à luz do entendimento do juiz Cançado Trindade; (vi) e a sexta refere-se à proibição de extradição, quando houver risco de tortura.

A primeira análise concentra-se na argumentação construída no caso *Tibi vs. Equador*. Nessa decisão, alegou-se a violação dos artigos 5, 7, 8, 21 e 25 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, assim como os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Americana contra a Tortura.<sup>911</sup> O caso dizia respeito à prisão de Daniel Tibi, cidadão francês, no Equador. Ele era comerciante de pedras preciosas e o detiveram, enquanto dirigia o seu carro, sem ordem judicial. Segundo o depoimento de Tibi, as autoridades lhe disseram que se tratava de controle migratório ao detê-lo.<sup>912</sup> Quando preso, ainda alegou que sofreu tortura por parte dos agentes estatais para confessar o crime de narcotráfico.

Em relação à integridade pessoal (art 5, CADH), a Corte IDH invocou a existência de um regime internacional *jus cogens* que proíbe a tortura física e psicológica.<sup>913</sup> Embora não mencionado pela Corte IDH, a natureza *jus cogens* do artigo 5 também advém do rol dos direitos inderrogáveis expressos no art. 27, CADH. É curioso notar que a Corte IDH não utiliza a força argumentativa do seu próprio instrumento para legitimar a sua argumentação. Ao invés disso, a afirmação remete aos casos interamericanos *Maritza Urrutia, Hermanas Gómez Paquiyauri e Cantoral Benavides*. Quando consultados, nenhum deles especifica quais documentos e/ou precedentes internacionais a Corte refere-se para embasar a argumentação do direito à integridade pessoal como pertencente ao domínio *jus cogens*. Somente no voto do brasileiro Cançado Trindade, que faz referência ao conteúdo do citado: "um regime internacional *jus cogens*". Nessa oportunidade, há menção expressa ao caso *A. Furundzija (1998)*, do Tribunal

---

<sup>911</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 2; 25.

<sup>912</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>913</sup> *Ibid.*, § 143.

Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, o qual alude à proibição inderrogável da tortura e o seu caráter *jus cogens*.

Posteriormente, os juízes interamericanos mencionam o documento *Convenção Interamericana contra a Tortura*, com o intuito de auxiliar a Corte IDH: "*fijar el contenido e alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2<sup>914</sup> de la Convención Americana*".<sup>915</sup> Neste sentido, reforçou-se o conceito de tortura, a partir do art. 2 do referido instrumento. Além disso, tanto nesse caso, como em *Vélez Loor v. Panamá*,<sup>916</sup> a Corte pontuou que detenções arbitrárias agravam a vulnerabilidade e colocam em risco o direito à integridade física e à dignidade humana. De forma específica: a superlotação, falta de ventilação e luz natural, sem cama e condições de higiene, isolamento e incomunicação, restrições indevidas ao regime de visitas, segundo a Corte IDH, constituem violações à integridade pessoal.<sup>917</sup>

Neste mesmo sentido, a segunda narrativa sobre as violações do art. 5 da Convenção trata das condições carcerárias estabelecidas em *Vélez Loor v. Panamá*. Nesta sentença, diversos documentos das Nações Unidas são utilizados como argumento de autoridade em casos pontuais, quais sejam: (i) acerca da penalização da entrada irregular de imigrantes; (ii) separação entre processados e condenados; e (iii) acesso à água e assistência médica. Na primeira, novamente, o Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária é citado, bem como o pronunciamento da relatora das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, a Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, no "Grupos específicos e individuos: Trabajadores Migrantes", da Comissão de Direitos Humanos.<sup>918</sup> Observa-se que a Corte informa expressamente os princípios elaborados no âmbito do Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária por quatro vezes (especificamente aos Princípios 3 e 7).

A Corte IDH, amparada no caso europeu *Ha You ZHU v. United Kingdom*, entendeu que as pessoas privadas de liberdade por motivos migratórios deveriam ficar separadas daquelas detidas por condenação penal.<sup>919</sup> Também mencionou a Recomendação 75 do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU, o art. 17.3 da Convenção Internacional para Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, os Informes do Comitê Europeu

<sup>914</sup> Art. 5.2, CADH. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

<sup>915</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 144.

<sup>916</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 204.

<sup>917</sup> Corte IDH [2004], op. cit., § 151.

<sup>918</sup> Corte IDH [2010], op. cit., § 169.

<sup>919</sup> *Ibid.*, Nota de rodapé 236.

para Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamento desumanos ou degradantes, e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, para reforçar tal argumento.<sup>920</sup> Por fim, determina, à luz da Observação Geral n. 2 do Comitê contra a Tortura da ONU, sobre o dever de inspeções periódicas nos centros de privação de liberdade.<sup>921</sup>

A terceira análise concentra-se na ausência de assistência médica e acesso à água como violações ao art. 5, CADH. Em *Acosta Calderón*, a Corte IDH invoca o Princípio 24 do *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas* e na jurisprudência da Corte Europeia (*Kudla v. Poland*) para estabelecer que a ausência de assistência médica adequada também viola o art. 5 da Convenção Americana.<sup>922</sup> Essa especificidade não consta nem na CADH, tampouco na Convenção Interamericana contra a Tortura. Neste caso, é possível concordar com Neuman a respeito da transformação dos instrumentos globais de *soft law* em normativas regionais de *hard law*.<sup>923</sup> O mesmo posicionamento foi confirmado em *Vélez Loor v. Panamá*. Na ocasião, a Corte Interamericana também se baseia no Princípio 24 do mesmo documento para determinar a violação dos art. 5.1 e 5.2 da CADH.<sup>924</sup> Assim, o Estado deve fornecer tratamento médico adequado, quando requisitado, e revisão médica regular.

Além disso, discorre sobre o fornecimento de água para consumo e higiene pessoal à luz da Observação Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.<sup>925</sup> Por fim, é interessante notar que a assistência médica não é citada nos pontos resolutivos. A Corte IDH menciona "condições de detenção". Assim como no caso *Caso de las niñas Yean y Bosico*, em que houve omissão quanto ao direito à educação, em *Vélez Loor v. Panamá*, muito embora a Corte IDH tenha abordado as violações em relação ao direito à assistência médica (saúde) e o direito à água, também se abstém de fazer avanços quanto ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais dos imigrantes.

O quarto argumento foi construído no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*, no qual outra dimensão do art. 5, CADH foi explorada. A Comissão pontuou que o isolamento de celular contínuo durante o primeiro ano de reclusão e a proibição da visita dos funcionários

---

<sup>920</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, Nota de rodapé 209 e 237.

<sup>921</sup> *Ibid.*, Nota de rodapé 268 e 270.

<sup>922</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 154-156.

<sup>923</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 111.

<sup>924</sup> Corte IDH [2010], op cit., § 220.

<sup>925</sup> *Ibid.*, § 215-216.

consulares aos detidos configurou-se em tratamento cruel, desumano e degradante.<sup>926</sup> Nas ponderações dos juízes, considerou-se, com base em sua própria jurisprudência interamericana (*Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*), que o isolamento prolongado e a incomunicação afetam a integridade psíquica e moral da pessoa.<sup>927</sup> Ao consultar o § 164 do *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*,<sup>928</sup> mencionado nessa questão específica, não há nenhuma referência expressa. Portanto, parece tratar-se de uma construção inédita da Corte IDH, visto que nenhuma influência intelectual direta ou indireta foi percebida.

A quinta construção argumentativa foi realizada no caso *Acosta Calderón v. Ecuador*. Rigoberto Acosta Calderón, colombiano, foi preso pela Polícia Militar de Aduana do Equador sob suspeita de tráfico de drogas.<sup>929</sup> A vítima permaneceu sob custódia do Estado ao longo de seis anos e seis meses, dentre os quais cinco anos e um mês foram de prisão preventiva.<sup>930</sup> Nos pontos resolutivos da sentença, não há especificações sobre as violações dos art. 5 da CADH, por entenderem que não existem provas suficientes para exame da alegação.

Neste sentido, os juízes Cançado Trindade e Ventura Robles emitiram votos separados. Em relação à violação do direito à integridade pessoal, o brasileiro aponta que "*no se requiere una 'substantial evidence' para establecer una violación del derecho a la integridad personal del individuo detenido arbitrariamente*".<sup>931</sup> Ele ainda sugere uma possível inversão do ônus, isto é, em casos de detenção arbitrária, a violação à integridade pessoal é presumida, e o Estado deveria provar que não houve.<sup>932</sup> No mesmo sentido, Ventura Robles também se apoia na jurisprudência da própria Corte IDH para discordar do posicionamento dos demais juízes em relação à insuficiência probatória da violação do art. 5, CADH.<sup>933</sup>

Por fim, o sexto e último ponto sobre o art. 5 da Convenção Interamericana concentra-se no caso *Wong Ho Wing*. Essa decisão trata da detenção de um nacional chinês ao longo do seu processo de extradição. Em 2008, a vítima foi detida no aeroporto em Lima, visto que seu nome estava na lista de procurados da *The International Criminal Police Organization* (INTERPOL) desde 2001. Ele havia sido acusado do crime de contrabando em Hong Kong

<sup>926</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 190.

<sup>927</sup> *Ibid.*, § 194.

<sup>928</sup> Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, § 164.

<sup>929</sup> De acordo com os fatos do caso, ele não foi informado sobre o direito à assistência consular, ficou em prisão preventiva por cinco anos e um mês, foi condenado em 1994 e posto em liberdade em 1996. O material ilícito da suposta infração não foi encontrado. Cf. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 29.

<sup>930</sup> *Ibid.*, § 50.45.

<sup>931</sup> Corte IDH. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. *In*: Corte IDH [2005], op. cit., § 11.

<sup>932</sup> *Ibid.*, § 12.

<sup>933</sup> Corte IDH. Voto razonado del juez Manuel E. Ventura Robles. *In*: Corte IDH [2005], op. cit., § 6.

(China). Ainda em 2008, a China solicitou a extradição do Sr. Wong Ho Wing ao Peru. No momento do pedido, o Código Penal chinês previa a possibilidade de pena de morte para tal delito; no entanto, em 2011, eliminou essa possibilidade mediante uma alteração legislativa. O processo peruano de extradição é feito de maneira mista. Há uma fase jurisdicional e outra política (Poder Executivo). No presente caso, é necessário mencionar que a China e o Peru possuem um tratado bilateral de extradição (2003), porém, não há cláusula expressa sobre a devolução em casos de sanção com pena de morte.<sup>934</sup>

Esse caso foi a primeira manifestação da Corte Interamericana sobre processos de extradição. Ainda que até a data da sentença da CtIDH, o Sr. Wong Ho Wing não tenha sido extraditado, em 2010, a Comissão solicitou medidas provisórias à Corte. Elas foram aplicadas até a decisão do Tribunal Constitucional do Peru, em 24 de maio de 2011, e, posteriormente, retomadas até 2014, diante da aparição de novos fatos e da incerteza do Estado.<sup>935</sup>

Ao decidir sobre a violação ao direito à vida e à integridade pessoal, a Corte cita o art. 13, § 4 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.<sup>936</sup> Deste modo, preconiza que onde há risco de tortura, o princípio de não devolução é absoluto, portanto, *jus cogens*.<sup>937</sup> Embora o dispositivo regional tenha essa previsão, como demonstrado nos casos anteriores, a Corte possui o hábito de fazer extensas citações aos instrumentos universais e europeus, com fins de persuasão e legitimidade, em suas primeiras manifestações sobre determinado tema.

Desta vez não foi diferente. Apenas na primeira parte, sobre as obrigações gerais, a Corte Interamericana mencionou 11 casos da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o art. 2º da Convenção Europeia e art. 1º do Protocolo nº 13; referenciou-se à duas decisões e à Observação Geral nº 31 do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; igualmente citou dois casos e a Observação Geral nº 1 do Comitê contra a Tortura da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.<sup>938</sup> A partir dessas importações, ainda que não tenha a proibição da sanção por pena de morte da CADH, proibiu-se a extradição quando houver risco real e previsível de sua aplicação, sem exigir garantias de que essas não serão aplicadas.<sup>939</sup>

<sup>934</sup> Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, § 56-57.

<sup>935</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>936</sup> Art 13, § 4, *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. "Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc*, no Estado requerente".

<sup>937</sup> Corte IDH [2015], *op. cit.*, § 128.

<sup>938</sup> *Ibid.*, § 131-133; Notas de rodapé 183-189.

<sup>939</sup> *Ibid.*, § 134.

Novamente, importou outro entendimento da Corte Europeia<sup>940</sup> ao estabelecer que o processo de extradição deve ser analisado de acordo com as informações disponíveis no momento. Assim, "*la Corte advierte que el examen de la responsabilidad del Estado en este caso es condicional al otorgamiento e implementación de la eventual extradición*".<sup>941</sup> Portanto, como a extradição não havia sido implementada, a responsabilidade internacional do Peru foi analisada de maneira condicional, isto é, caso o Estado futuramente conceda a extradição.

A partir dessa mesma concepção (da análise a partir das informações disponíveis no momento), a Corte entendeu que a promulgação da Oitava Emenda do Código Penal chinês, em 2011, foi decisiva para o caso. A exclusão da possibilidade da aplicação da pena de morte para o delito de contrabando eliminou o risco real decorrente da sua extradição.<sup>942</sup> Ainda que a Comissão e os representantes das vítimas tenham alegado a possibilidade de aplicação clandestina ou secreta da pena de morte, a Corte desestimou esse argumento por falta de provas. Deste modo, novamente, fundamentou o critério de risco "previsível, real e pessoal" para proibir a extradição em dois casos do Comitê de Direitos Humanos, cinco casos do Comitê contra a Tortura da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e dois precedentes do Tribunal Europeu.<sup>943</sup>

A análise contextual sobre a violação de direitos humanos na China, feita pela Corte IDH, foi superficial e reafirmou o entendimento universal importado acriticamente.<sup>944</sup> Optou-se por creditar fiabilidade às garantias diplomáticas feitas pelos chineses, a partir de critérios também importados do caso *Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, da Corte Europeia. Deste modo, a Corte IDH entendeu que "*extraditarse al señor Wong Ho Wing bajo las circunstancias actuales, el Estado no sería responsable de una violación [de direitos humanos]*".<sup>945</sup>

O exame desses pontos sobre o art. 5 da Convenção parece confirmar a tendência observada no presente estudo: as influências intelectuais europeias e universais são perceptíveis ao definir o conteúdo e o alcance dos direitos assegurados na Convenção Americana. Salvo na hipótese de isolamento de celular contínuo, que parece ser algo inédito, ainda que as fontes não

---

<sup>940</sup> "*La jurisprudencia constante del Tribunal Europeo en materia de extradición establece que a efectos de determinar la responsabilidad de un Estado se debe analizar la información que el Estado requerido conocía o debía conocer al momento de la extradición y, en aquellos casos donde ésta no ha ocurrido, se debe analizar la información disponible al momento del examen por parte del Tribunal Europeo. Esta Corte coincide con esta consideración.*" Cf. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, § 140-141.

<sup>941</sup> *Ibid.*, § 142.

<sup>942</sup> *Ibid.*, § 151.

<sup>943</sup> *Ibid.*, § 157.

<sup>944</sup> *Ibid.*, § 176.

<sup>945</sup> *Ibid.*, § 187-188.

tenham sido exaustivamente averiguadas, os outros casos (natureza *jus cogens*, obrigação de assistência médica, condições carcerárias e princípio do *non refoulement*, em casos de risco de tortura em medida de extradição) confirmam a suposição inicial.

### 3.2.2.2 O art. 7 da Convenção Americana: Direito à liberdade pessoal

Nesta parte, abordar-se-á o direito à liberdade pessoal. Ele é amplamente invocado nos casos *Tibi vs. Equador*, *Acosta Calderón v. Equador*, *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*, *Wong Ho Wing v. Peru* e *Vélez Loor v. Panamá*. A partir da análise sistemática dessas sentenças, é possível perceber determinados padrões argumentativos da Corte Interamericana, sobretudo, em relação à importação dos princípios enunciados pelo *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*. Essa parte organiza-se com base nos seis parágrafos do art. 7 da Convenção, a saber: (i) obrigação geral; (ii) legalidade das privações de liberdade; (iii) proibição de detenções arbitrárias; (iv) motivação da prisão; (v) controle judicial; e (vi) proteção e garantias judiciais.

No caso *Tibi vs. Equador*, a Corte cita os princípios 2, 4 e 10 do *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, que dizem respeito à legalidade e ao controle judicial da privação de liberdade. O conteúdo desses princípios também está previsto nos art. 7.2, 7.3, 7.4 e 7.5 da Convenção Americana. Portanto, em primeiro momento, não se coaduna com o posicionamento de Neuman em relação à utilização desse documento universal.

Como sugere Neuman, nesses episódios, supostamente, a Corte IDH transformaria os instrumentos globais de *soft law* em normativas regionais de *hard law*.<sup>946</sup> Entretanto, após uma análise mais detalhada, não parece ser o caso. Embora no contexto de referências aos instrumentos de *soft law*, a Corte mencione o documento *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas* por diversas vezes, ela não amplia o alcance das normas anteriormente previstas na Convenção. A utilização parece cumprir os fins de autoridade, legitimidade e persuasão.

O documento *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas* possui 39 princípios e foi adotado

---

<sup>946</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 111.

pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral da ONU.<sup>947</sup> Embora a Corte IDH o mencione diversas vezes, o faz em relação aos conteúdos que possuem correspondência com o que já está previsto na Convenção Americana.

No caso *Acosta Calderón v. Equador*, em relação à violação do art. 7 sobre liberdade pessoal, a Corte IDH também iniciou a argumentação citando o *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*. Nessa oportunidade, estabelece que a privação de liberdade será sob o manto do estrito cumprimento da lei, bem como ordenada e fiscalizada por funcionários competentes para esse fim.<sup>948</sup> Portanto, a decisão parece convergir com o caso *Tibi vs. Equador* e divergir com o posicionamento de Neuman.<sup>949</sup> Em outras palavras, a utilização parece estar mais relacionada à necessidade de argumento de autoridade, persuasão ou legitimidade, pois o conteúdo do documento universal não inova para além do que já está expressamente previsto pelos artigos 7.2 e 7.5 da CADH.

No caso *Acosta Calderón v. Equador*, com base nesse instrumento de *soft law* e na Convenção Americana, a Corte IDH analisou os aspectos formais da prisão, quais sejam: (i) legalidade; (ii) aplicação da prisão preventiva; e (iii) proteção judicial. Por fim, concluiu que a privação de liberdade foi arbitrária, ao passo que o processo não tramitava de maneira diligente. Ao analisar a legalidade da prisão, em referência aos artigos 7.2 e 7.3, CADH, verificou-se que ela foi realizada de acordo com os dispositivos domésticos que previam a prisão em flagrante delito quando o infrator portasse substâncias ilegais. Entretanto, a lei previa a emissão de um "informe pericial" para atestar a existência do corpo de delito. Porém, esse requisito não foi cumprido.<sup>950</sup> Deste modo, a privação de liberdade foi considerada arbitrária,<sup>951</sup> pois o Estado não comprovou a dita substância.

Além disso, a prisão preventiva deve ser não punitiva e a última medida cautelar a ser aplicada. É imperioso obedecer aos critérios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade.<sup>952</sup> Deste modo, o controle judicial imediato torna-se um critério

---

<sup>947</sup> ONU. *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, adotado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral da ONU. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Tortura/principios\\_pessoas\\_sujeitas\\_detencao.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Tortura/principios_pessoas_sujeitas_detencao.htm) Acesso em 7 mar. 2022.

<sup>948</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 54-55.

<sup>949</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 111.

<sup>950</sup> Corte IDH [2005], op. cit., § 69.

<sup>951</sup> Art. 7.3, CADH. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

<sup>952</sup> Corte IDH [2005], op. cit., § 74.

indispensável, conforme o art. 7.5, CADH.<sup>953</sup> Para afirmar essa alegação, a Corte IDH cita a sua própria jurisprudência no caso *Tibi vs. Equador* e também alguns casos da Corte Europeia para sinalizar a harmonização entre os sistemas. A jurisprudência interamericana, apoiada em seus próprios precedentes, pontua que não basta o mero conhecimento da autoridade sobre a detenção, "*el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente*".<sup>954</sup>

No caso *Acosta Calderón v. Equador*, a Corte IDH, com base no princípio *iura novit curia*, analisou os artigos 7.6 e 25 da Convenção Americana sobre a proteção judicial de maneira conjunta.<sup>955</sup> Dada a custódia do Estado em casos de privação de liberdade, a jurisprudência interamericana estabelece que os procedimentos de *habeas corpus* e *amparo* são essenciais para manutenção da legalidade das detenções.<sup>956</sup> Entretanto, não basta que esses recursos existam formalmente, eles precisam ser efetivos.<sup>957</sup> Embora a vítima tenha apresentado os referidos recursos, todos foram negados. Esses deveriam ser decididos por um tribunal competente e sem demora. Tampouco, foram efetivos, pois, ainda que a legislação previsse 48 horas para a resposta, a negativa só aconteceu 44 dias depois.<sup>958</sup>

Interessante notar que a Corte IDH compartilha exatamente o mesmo texto sobre a excepcionalidade da prisão preventiva tanto no § 106 do caso *Tibi vs. Equador* quanto no § 74 do caso *Acosta Calderón vs. Equador*. Novamente, a Corte IDH repete os termos sobre as garantias judiciais (art. 7.6 e 25, CADH). Os § 128-131 do caso *Tibi vs. Equador* são idênticos ao § 90-93 do caso *Acosta Calderón vs. Equador*, o que pode sugerir uma situação de autoplágio, endosso ao próprio argumento em relação à matéria ou o referido pragmatismo irreflexivo e empobrecido, nas palavras de Koskenniemi. Em ambas as circunstâncias, ainda que um tivesse sido prisão em flagrante e o outro não, a Corte IDH considerou que a medida foi arbitrária e desproporcional, portanto, violando o art. 7.3, CADH e que o recurso não foi efetivo.<sup>959</sup>

---

<sup>953</sup> Art. 7.5, CADH. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>954</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 78.

<sup>955</sup> *Ibid.*, § 85.

<sup>956</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>957</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>958</sup> *Ibid.*, § 97.

<sup>959</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 106-107; 136-137.

Tanto no § 115 do caso *Tibi vs. Ecuador* quanto no § 77 do caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, a Corte IDH utiliza o mesmo texto sobre controle judicial da privação de liberdade. Dessa vez, ela menciona, em ambas as oportunidades, os precedentes europeus *Brogan and Others* (1988) e *Kurt v. Turkey* (1998) em consonância com os casos interamericanos *Maritza Urrutia*, *Juan Humberto Sánchez* e *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Em relação a esse ponto, a Corte IDH parece estar mais em consonância com o entendimento europeu do que com o interamericano. Isso se deve à sutil diferença entre os vocabulários da Convenção Europeia e da Convenção Americana.

A primeira afirma que a pessoa privada de liberdade deve "ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei [grifo nosso]" (Art. 5.3, CEDH), enquanto a segunda postula que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, *sem demora*, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais [grifo nosso]" (Art. 7.5, CADH). Nos dois casos interamericanos, a Corte IDH estabelece que "*quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez*".<sup>960</sup> Deste modo, os juízes interamericanos estreitaram o lapso temporal para ser realizado o controle judicial da prisão inspirados pelo entendimento europeu.

No caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*, no que tange à liberdade pessoal, a Comissão alegou que as vítimas não foram levadas ao juiz em prazo razoável, conforme o art. 7.5, CADH. Ainda pontuou que a situação de emergência do país não deve ser utilizada como forma de esquivar-se de suas obrigações ou fomentar discriminações.<sup>961</sup> Por outro lado, a argumentação do Peru foi justamente que o Estado de Emergência decretado legitimaria a suspensão do art. 7 da CADH.<sup>962</sup> Em relação à argumentação dessa violação, a Corte IDH menciona pela primeira vez a Convenção e a Corte Europeia de Direitos Humanos (*Case of Brogan and other v. The United Kingdom*).<sup>963</sup> Na oportunidade, apontou que nenhuma situação, por mais grave que seja, justifica a prolongação do período de privação de liberdade. Além disso, salientou a expressão "imediatamente", presente no art. 5.3 da Convenção Europeia.<sup>964</sup>

<sup>960</sup> Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 115.

<sup>961</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 105.

<sup>962</sup> *Ibid.*, § 109.

<sup>963</sup> *Ibid.*, § 108.

<sup>964</sup> Artigo 5.3, Convenção Europeia de Direitos Humanos. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

Interessante notar que a Corte IDH invoca o dispositivo europeu em razão da semelhança textual com o art. 7.5 da CADH.<sup>965</sup> Possivelmente, a ausência de referências à Carta de Banjul deve-se à não existência de dispositivo correspondente. Neste contexto, é perceptível a intenção de busca por legitimidade ancorada no sistema europeu. A menção ao dispositivo alheio ao Sistema Interamericano cumpre a função de legitimar a sua utilização e indicar a possível harmonização entre ambos os sistemas de direitos humanos. Ao analisar a legislação peruana, a Corte identificou que o dispositivo doméstico permitia que os detidos permanecessem privados de liberdade por 15 dias sem serem colocados à disposição da autoridade judicial, portanto, em desacordo com a CADH.<sup>966</sup>

No caso *Vélez Llor v. Panamá*, a Corte atenta-se à competência da autoridade a qual o imigrante é colocado à disposição. Recordar-se que essa decisão se trata da detenção arbitrária, feita por autoridades fronteiriças, do Senhor Jesús Tranquilino Vélez Llor, equatoriano, em razão da sua condição migratória. Portanto, a Corte IDH estabeleceu alguns critérios em relação à autoridade responsável pelo controle judicial, tais quais: (i) imparcialidade e independência; (ii) competência para desfazer a detenção em casos de ilegalidade ou arbitrariedade; (iii) colocar o detido às ordens da autoridade não significa colocá-lo a sua presença; e (iv) a legalidade deve ser decidida por um juiz ou tribunal.<sup>967</sup>

A Corte IDH alegou que o Sr. Vélez Llor não foi detido em razão de um delito penal. A privação de liberdade ocorreu em razão da sua indocumentação, ocasionando a condição migratória irregular. Portanto, posteriormente, lhe seria aplicada a infração administrativa de deportação.<sup>968</sup> A Corte IDH cita três fontes, quais sejam: o art. 5.3 da Convenção Europeia (menciona tanto no § 107, quanto no § 168), o precedente europeu *Iwanczuk v. Poland* e o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária para salientar a ampla aplicação do art. 7.5 da CADH.<sup>969</sup> O instrumento europeu, por sua vez, limita o controle judicial de presos ou detidos aos termos do art 5.1.c, CEDH,<sup>970</sup> enquanto a Convenção Americana o

---

<sup>965</sup> Artigo 7.5, CADH. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>966</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 110.

<sup>967</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Llor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 108-110; 126.

<sup>968</sup> *Ibid.*, § 106.

<sup>969</sup> *Ibid.*, § 107.

<sup>970</sup> Art. 5.1.c, CEDH. Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

aplica também em casos de privação de liberdade por controle migratório. Posteriormente, no § 372 do caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, a Corte Interamericana faz as mesmas menções e reproduz tal interpretação ampliada.

Nesta sentença, a Corte IDH expressou que os Estados, embora tenham discricionariedade para formular as suas políticas migratórias, as devem fazer em conformidade com os direitos humanos.<sup>971</sup> Vélez Loor possui um histórico de deportação prévia em 1996, em razão da sua condição migratória irregular.<sup>972</sup> Deste modo, a Corte IDH endossou o posicionamento expresso na OC-18/03 em relação à inclusão dos migrantes indocumentados dentre os grupos de pessoas em vulnerabilidade. Tais condições seriam reforçadas por mecanismos jurídicos (como a distinção entre nacionais e não nacionais) e a também de fato (desigualdades estruturais, socioculturais e políticas).<sup>973</sup>

O art. 7.4, CADH estabelece que a pessoa privada de liberdade deve ser informada da motivação do ato. A Corte IDH, por sua vez, novamente recorre ao Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária para transformar a natureza de instrumentos de *soft law*. Ao dissertar sobre a questão, os juízes interamericanos apoiam-se no documento para indicar que, além da motivação, deve constar o prazo de duração da medida.<sup>974</sup> Por fim, a Corte IDH concluiu que as detenções dos migrantes indocumentados não eram individualizadas, ocorrendo de forma automática. É relevante observar que essa conclusão é sustentada na autoridade, conforme citação da Comunicação C. Austrália n. 900/1999, do Comitê de Direitos Humanos.<sup>975</sup>

Ao tratar do direito à informação sobre a assistência consular, a defesa do Panamá alegou que à época da detenção, compreendia o direito previsto no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares como um direito do Estado de envio e não como um direito individual, nos termos estabelecidos pela OC-16/99.<sup>976</sup> Para desestimar essa alegação, a Corte IDH reforça o seu entendimento do Parecer Consultivo e ainda afirma que "*este principio [direito individual à informação sobre assistência consular] reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el caso LaGrand en el año de 2001*".<sup>977</sup> Ressalta-se que, apesar da tentativa de diálogo iniciada pela Corte IDH na OC-16/99, a CIJ não citou o posicionamento

---

<sup>971</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 97.

<sup>972</sup> *Ibid.*, § 94.

<sup>973</sup> *Ibid.*, § 98.

<sup>974</sup> *Ibid.*, § 117.

<sup>975</sup> *Ibid.*, § 171.

<sup>976</sup> *Ibid.*, § 151.

<sup>977</sup> *Ibid.*, § 151.

interamericano em seus julgamentos. Deste modo, é interessante perceber que, novamente, a Corte IDH tenta interagir com a CIJ em busca de um argumento de autoridade, legitimação e persuasão.

No mesmo sentido, os juízes interamericanos indicam alguns instrumentos de *soft law* para reforçar tal estratégia, como: Regras Mínimas para o tratamento dos Reclusos (1955) e o Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão (1988).<sup>978</sup> Como percebe-se pelas análises dos casos *Tibi v. Equador* e *Acosta Calderón v. Equador*, a Corte IDH reiteradamente interage com os documentos de *soft law* produzidos no âmbito dos Congressos das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes (*The United Nations Congresses on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*) e da Comissão de Direitos Humanos da ONU, respectivamente.

Em relação à arbitrariedade da privação de liberdade, a Corte IDH estabelece critérios, amparada em sua própria jurisprudência, quais sejam: estar prevista em lei, perseguir um fim legítimo, ser idônea, necessária e proporcional.<sup>979</sup> O § 166 do caso *Vélez Loor v. Panamá* reproduz os mesmos termos do § 98 do caso *Caso Yvon Neptune Vs. Haiti* (2008). Essa reprodução talvez possa corresponder com o entendimento citado anteriormente sobre o pragmatismo irreflexivo, ou até mesmo reforçar determinado posicionamento da Corte IDH. Ainda que a Corte tente engajar-se na defesa da não criminalização das migrações, por meio da ênfase de que as detenções migratórias nunca devem ser com fins punitivos, ela não desenvolve a argumentação de forma contextual. Pelo contrário, parece importar critérios universais em termos abrangentes e com alcance indefinido.

Tendo em vista a quantidade de repetições, é possível perceber que a Corte Interamericana não inova muito de uma sentença para outra sobre a temática. Nas três oportunidades nucleares que ela teve para avançar no entendimento sobre a proteção dos imigrantes na América Latina, ela optou por coincidir com seus argumentos anteriores e meramente reproduzi-los. As referências intelectuais e os precedentes são idênticos, o que permite identificar certo padrão argumentativo.

---

<sup>978</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 151.

<sup>979</sup> *Ibid.*, § 167.

### 3.2.2.3 Os artigos 8 e 25 da Convenção Americana: Direito às garantias judiciais e à proteção judicial

Por se tratarem de liberdades individuais, os mesmos casos examinados anteriormente também abordam as violações em relação ao acesso à justiça, devido processo legal e amplo contraditório, como se examina a seguir. O primeiro bloco dedica-se à definição da competência jurisdicional; o segundo diz respeito aos direitos do acusado; o terceiro trata da tese da quarta instância; e o quarto bloco aborda os critérios do prazo razoável do processo.

Em relação ao primeiro ponto (definição da competência jurisdicional), no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*, a Comissão pediu à apreciação da Corte em relação à independência e imparcialidade do Tribunal, a presunção de inocência, a defesa, a interrogação das testemunhas, ao recurso perante Corte superior e ao processo público.<sup>980</sup> No que tange ao juiz natural e competente, a legislação peruana previa a possibilidade de julgamento de civis por tribunais militares em casos de tipificação por crime de traição à pátria.<sup>981</sup> Entretanto, o deslocamento da competência do juiz natural para o juiz militar para o julgamento de civis viola o art. 8.1, CADH, pois a Justiça Militar não é naturalmente competente aplicável aos civis.

Para tanto, a Corte mencionou trechos de um instrumento universal de *soft law* (Princípios Básicos Relativos à Independência Judicial).<sup>982</sup> A partir dessa menção, a Corte tornou obrigatório - o que universalmente possui natureza recomendatória - o princípio que estabelece que as pessoas possuem o direito de serem julgadas por tribunais ordinários com procedimentos legalmente estabelecidos.<sup>983</sup> Nota-se que a Convenção Americana não cita nada sobre tribunais ordinários. A CADH estabelece que os tribunais sejam competentes. No caso do julgamento do crime de traição à pátria, a legislação peruana estabelece que os Tribunais Militares eram competentes para tal.<sup>984</sup> Entretanto, a Corte entendeu que as Forças Armadas não eram suficientemente independentes para julgá-los.<sup>985</sup>

Neste sentido, a Corte IDH amplia o alcance da Convenção ancorada na autoridade de uma norma universal. Interessante observar que no voto parcialmente concorrente e

---

<sup>980</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 123.

<sup>981</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 127.

<sup>982</sup> ONU. *Princípios Básicos da Independência do Judiciário*, adotados no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Infrator, 1985. Confirmado, posteriormente, pela Assembleia Geral da ONU nas resoluções 40/32 (1985) e 40/146 (1985). Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> Acesso em 05 mar. 2022.

<sup>983</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 129.

<sup>984</sup> *Ibid.*, § 130.

<sup>985</sup> *Ibid.*, § 132-133.

parcialmente dissidente do juiz Fernando Vidal Ramírez, o magistrado difere da Corte IDH ao alegar que as vítimas puderam recorrer a um tribunal superior, ainda que se tratasse da jurisdição militar.<sup>986</sup> Deste modo, o caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru* foi o primeiro precedente do que depois seria o entendimento majoritário da Corte IDH em relação à incompetência da Justiça Militar para julgar civis.<sup>987</sup>

Ainda em relação à atuação do Tribunal Militar, a Corte IDH reconheceu a violação à presunção de inocência e ao direito aos meios e tempo adequado para a preparação da defesa. Assim como na argumentação do dispositivo anterior, a Corte invoca um instrumento universal de *soft law* (Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados relativo às salvaguardas especiais em Assuntos Penais)<sup>988</sup> emitido no mesmo âmbito do mencionado anteriormente, qual seja, os Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento de Infrator. Observa-se que o art. 8.2.d da CADH prevê apenas a livre comunicação entre o acusado e o seu defensor.<sup>989</sup> No entanto, ao adotar o parâmetro estabelecido pelo dispositivo universal, a Corte IDH novamente amplia o alcance da norma, dispondo que a comunicação entre ambos será em: instalações adequadas, facilidades de tempo e oportunidade, sem interferência ou censura e de forma confidencial - podendo ser vigiadas visualmente, mas sem escutar o conteúdo da conversa.<sup>990</sup>

Por fim, ao dissertar sobre o direito a interrogar as testemunhas, a Corte IDH também recorre à menção a dois casos da Corte Europeia (*Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* e *Case of Bönisch v. Austria*) para inserir esse direito dentre as prerrogativas dos acusados.<sup>991</sup> Na sentença *Castillo Petruzzi y otros vs. Peru*, a Corte IDH interage apenas com instrumentos universais e do Sistema Europeu de Direitos Humanos. Não há qualquer alusão aos dispositivos do Sul Global, fora aqueles que ela mesma enunciou, isto é, as sentenças e OCs da própria Corte Interamericana.

---

<sup>986</sup> Corte IDH. Voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez Vidal Ramírez. In: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, p. 4.

<sup>987</sup> PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3.ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 75.

<sup>988</sup> ONU. *Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados relativas às salvaguardas especiais em Assuntos Penais*, adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Infrator, 1990.

Disponível

em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm#:~:text=Ao%20protegerem%20os%20direitos%20dos,e%20com%20as%20normas%20e> Acesso em 05 mar. 2022.

<sup>989</sup> Artigo 8.2.d, CADH. Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

<sup>990</sup> Corte IDH [1999], op. cit., § 139.

<sup>991</sup> *Ibid.*, § 153.

Quanto ao segundo ponto em análise nesta seção (direitos do acusado), o voto do juiz Sérgio Garcia Ramirez em *Tibi vs. Equador* indica diversos documentos de alcance global. Primeiro, ao tratar do princípio da inocência, ele menciona o instrumento universal das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1955)*.<sup>992</sup> Em segundo lugar, aponta o relatório do Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD)<sup>993</sup>. Posteriormente, também se coaduna com os demais juízes ao citar o *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*.<sup>994</sup> O primeiro e o último documento de natureza *soft law* foram expedidos no âmbito dos Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento de Delinquent.<sup>995</sup> Tratam-se, portanto, de *standards* universais, que foram importados pela Corte IDH.

Por outro lado, em *Acosta Calderón vs. Equador*, ao dissertar sobre o princípio da inocência, à notificação do acusado quanto às alegações e ao direito de defesa, a Corte IDH recorre novamente a três instrumentos universais: *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Observação Geral n.13 do Comitê de Direitos Humanos.<sup>996</sup>

A referência aos dois primeiros instrumentos amplia o alcance da norma prevista no art. 8.2 da Convenção em dois pontos:<sup>997</sup> o primeiro, pois os princípios referenciados fazem menção à presunção de inocência em relação ao suspeito e ao acusado, enquanto a Convenção prevê apenas para o acusado; e o segundo, pois o art 9.3 do PIDCP apresenta especificamente que "(...) A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (...)", menção essa que não está prevista na CADH. A alusão ao último, por sua vez, aparece como argumento de autoridade, pois apenas reforça o entendimento expresso na Convenção Americana sobre a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação

---

<sup>992</sup> ONU (ECOSOC). *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*, 1955. Disponível em: [https://www.defensoria.ms.def.br/images/nudedh/sistemas\\_onu/25\\_-\\_Regras\\_M%C3%ADnimas\\_para\\_o\\_Tratamento\\_dos\\_Reclusos.pdf](https://www.defensoria.ms.def.br/images/nudedh/sistemas_onu/25_-_Regras_M%C3%ADnimas_para_o_Tratamento_dos_Reclusos.pdf) Acesso em 8 mar. 2022.

<sup>993</sup> Corte IDH. Voto concurrente razonado del juez Sergio Garcia Ramirez. In: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 62.

<sup>994</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>995</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>996</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 110-111; 117; 122.

<sup>997</sup> Art. 8.2, CADH. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...).

formulada. Posteriormente, a Corte IDH cita novamente o *Conjunto de Princípios* e reproduz a ideia do art. 8.2.d sobre o direito à assistência jurídica.<sup>998</sup>

Além disso, sobre o direito de defesa, nesta sentença, a Corte IDH teve a oportunidade de reafirmar o seu entendimento sobre o direito à informação sobre a assistência consular à luz do art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares expressa na OC-16/99. A Corte reproduziu diversos trechos do Parecer para motivar a decisão segundo a qual o Estado violou essa obrigação em relação ao detido estrangeiro.<sup>999</sup> Os juízes interamericanos foram coerentes com o Parecer, sem inovações, apenas o reafirmando pela via contenciosa - sobretudo, em um caso que não estava relacionado à pena de morte.

Os juízes Cançado Trindade e Ventura Robles emitiram votos separados. O voto do jurista brasileiro reivindicou que, diferentemente da postura adotada em relação ao direito à informação sobre assistência consular (OC-16/99), a Corte IDH não mencionou a natureza *jus cogens* da violação ao direito à não discriminação determinada pela OC-18/03. Nas palavras de Cançado Trindade, "*me aparto, pues, de la Corte, en este punto, por haber el Tribunal eludido la cuestión, y no haber sido consistente con su propia evolución jurisprudencial reciente*".<sup>1000</sup>

Em relação à tese da quarta instância, o voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez no caso *Tibi vs. Ecuador* aborda a temática. Nas palavras do magistrado, "*seria imposible, además de indeseable, (...) que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes*"; posteriormente, complementa: "*una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación*".<sup>1001</sup> Parece contraditório que em um lapso de tempo tão curto (pouco menos de um ano), a Corte IDH tenha julgado dois casos tão parecidos e contra o mesmo Estado: *Tibi vs. Ecuador* (setembro de 2004) e *Acosta Calderón vs. Ecuador* (junho de 2005).

A despeito desse posicionamento, a Corte Interamericana reproduz inúmeros posicionamentos em ambas as decisões. A primeira delas é a fixação dos critérios para a análise

<sup>998</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, 2005, § 122.

<sup>999</sup> *Ibid.*, § 125.

<sup>1000</sup> Corte IDH. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. In: *Ibid.*, § 7.

<sup>1001</sup> Corte IDH. Voto concurrente razonado del juez Sergio Garcia Ramirez. In: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 2; 5.

da razoabilidade do processo. Observa-se que os § 167, 168, 175 do caso *Tibi vs. Equador* são idênticos aos § 103, 104, 105 do caso *Acosta Calderón vs. Equador*. Todos fixam os critérios para análise da razoabilidade do processo, quais sejam: (i) complexidade do assunto, (ii) atividade processual do interessado e (iii) conduta das autoridades judiciais. Novamente, tanto nos § 178-180; 186-187; 191; 195 do caso *Tibi vs. Equador* quanto nos § 109-111; 117-118; 122; 125 do caso *Acosta Calderón vs. Equador*, a Corte IDH copiou os escritos nos mesmos termos. O pragmatismo irreflexivo, citado por Koskenniemi, parece prevalecer nessas passagens da jurisprudência, dado o mero exercício enquadrar critérios previamente estabelecidos ao caso concreto sem reflexões mais profundas por parte da Corte IDH. As mesmas menções aos instrumentos universais *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Observação Geral n. 13 do Comitê de Direitos Humanos coadunam com tal pragmatismo.

No caso *Acosta Calderón vs. Equador*, ao estabelecer os três elementos do princípio do prazo razoável do processo penal, a Corte Interamericana refere-se às suas próprias decisões (Casos *Tibi*, *Hermanas Serrano Cruz* e *Ricardo Canese*). Não há, portanto, referências externas. Entretanto, o posicionamento do juiz Ramirez chama atenção. No seu voto, ele fala que: "*la Corte Interamericana, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los elementos (...) [de] la regla del plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta del tribunal*".<sup>1002</sup> Deste modo, muito embora o juiz aponte genericamente "a doutrina da Corte Europeia", ele não faz menção expressa do precedente em nota de rodapé. Suponha-se que se trata de uma importação acrítica feita pela Corte IDH das regras estabelecidas pela Corte EDH em precedentes europeus fixados em *Kemmache v. France*, *Motta v. Italy* e *Ruiz Mateos v. Spain* da Corte EDH.<sup>1003</sup>

Anos depois, no caso *Wong Ho Wing*,<sup>1004</sup> a Corte Interamericana faz uma nova importação. Mesmo sem citar diretamente a Corte EDH, ela ainda é fonte de inspiração para

<sup>1002</sup> Corte IDH. Voto concurrente razonado del juez Sergio Garcia Ramirez. In: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 54.

<sup>1003</sup> Os critérios para análise da razoabilidade do processo são: (i) complexidade do assunto, (ii) atividade processual do interessado e (iii) conduta das autoridades judiciais.

<sup>1004</sup> "*De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30)*". Cf. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, § 77.

atualizações argumentativas. Embora nos casos anteriores ela tenha suprimido o quarto critério europeu (*l'enjeu du litige pour l'intéressé*),<sup>1005</sup> ele aparece como uma atualização jurisprudencial no caso Wong Ho Wing sob o nome de "*afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*".<sup>1006</sup>

No caso de acesso à justiça, a Corte Interamericana parece adotar uma posição mais pragmática. Portanto, preenche o conteúdo e alcance do art. 8 e 25 da Convenção a partir dos entendimentos da ONU e dos precedentes europeus. Além disso, reafirma o direito à informação sobre assistência consular, no entanto, recua quanto à natureza *jus cogens* do princípio à igualdade e não discriminação, como apontado por Cançado Trindade. Dentre as fontes utilizadas, a reiterada menção ao *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas* fica evidente. No caso *Tibi vs. Equador* são 11 menções, em *Acosta Calderón vs. Equador* são sete, em *Vélez Loo v. Panamá* e *Nadège Dorzema v. República Dominicana* ambas possuem duas referências.

*The UN Body of Principles for the Protection of Detained or Imprisoned Persons* foi aprovado em 9 de dezembro de 1988 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>1007</sup> Os trabalhos preparatórios foram conduzidos por Erik Nettel, da Áustria, e datam de 1976, no âmbito do Subcomitê de Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias da Comissão de Direitos Humanos. De acordo com Treves, alguns fatores contextuais influenciaram as negociações. a saber: (i) a Convenção da Tortura de 1984; (ii) os desaparecimentos forçados na América Latina; e (iii) a mudança de postura da União Soviética em relação à cooperação internacional, a qual se interessou mais pelos documentos nos últimos anos.<sup>1008</sup>

O efeito jurídico do documento é de *soft law*. Esse Conjunto de Princípios não é um tratado, portanto, não possui força vinculativa. Treves pontua que a sua "força" reside em sua aprovação por consenso via resolução da Assembleia Geral da ONU.<sup>1009</sup> Entretanto, critica-se

<sup>1005</sup> CORTE EDH. *Guide sur l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme: Droit à un procès équitable*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf) Acesso em 10 mar. 2022.

<sup>1006</sup> "Los cuatro elementos que la jurisprudencia ha establecido para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto; ii) actividad procesal del interesado; iii) conducta de las autoridades judiciales, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Cf. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, § 209; 292.

<sup>1007</sup> TREVES, Tullio. The UN body of principles for the protection of detained or imprisoned persons. *American Journal of International Law*, v. 84, n. 2, p. 578-586, 1990, p. 578.

<sup>1008</sup> Ibid. p. 579.

<sup>1009</sup> ONU. *General Assembly Resolution 43/173 (9 December 1988)*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/531/52/IMG/NR053152.pdf?OpenElement> Acesso em 20 mar. 2022; TREVES, op. cit., p. 585.

a vagueza ou a ambivalência dos termos fixados pelo documento, os quais permitem múltiplas interpretações, tal qual feito pela Corte Interamericana ao aplicá-los às detenções migratórias.

Muito embora o documento não tenha sido articulado para esse fim, ele permite a aplicação também aos casos de privação de liberdade por infrações administrativas. Neste caso, percebe-se um dos efeitos transmutativos enunciados por Medina e explorado nos capítulos anteriores. A Corte Interamericana importou um documento universal e o utilizou com natureza e finalidade diversa daquela inicialmente adotada pela ONU.

Portanto, ainda que a CtIDH defenda que a detenção migratória não deve atender aos fins punitivos, ela importa mecanismos aparentemente criminais para responder às demandas de interpretação. A utilização (ainda que mais ponderada) do *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Regras mínimas para o tratamento dos Reclusos) parece confirmar tal entendimento.<sup>1010</sup> Esse último documento é destinado, sobretudo, a delimitar os elementos essenciais aos modelos de sistema penitenciário.

### 3.2.3 Refúgio e asilo: posicionamentos e silenciamentos a partir do caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, OC-21/14 e OC-25/18

Antes de analisar a jurisprudência sobre refúgio e asilo, duas questões preliminares são centrais para a compreensão da temática, quais sejam: (i) o projeto do Sul Global para o Direito Internacional dos Refugiados; e (ii) as diferenças terminológicas entre "buscar asilo" e "buscar e receber asilo" positivadas na Declaração Universal, Declaração Americana e Convenção Americana. Essas duas questões nucleares ressaltam que a temática está longe de ser consenso entre o Norte e o Sul Global, por isso serão exploradas na primeira parte desta seção. Logo depois, examinar-se-á o voto individual do brasileiro Cançado Trindade na OC-18/03, o caso Família Pacheco Tineo, a OC-21/14 e a OC-25/18 para compreender como a Corte Interamericana elabora a sua argumentação sobre o tema.

Em relação ao primeiro tópico, ressalta-se que o desenvolvimento do direito ao asilo *lato sensu* é marcado por inúmeras ambivalências. Nas palavras de Rosa, "houve, em um primeiro momento, a construção do conceito de asilo para que, posteriormente, fosse

---

<sup>1010</sup> ONU. *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/UN\\_Standard\\_Minimum\\_Rules\\_for\\_the\\_Treatment\\_of\\_Prisoners.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf) Acesso em 20 mar. 2022.

reconhecido o instituto do refúgio".<sup>1011</sup> Ela complementa que o direito ao refúgio se enquadra no conceito guarda-chuva do direito ao asilo *lato sensu*. Apesar da historiografia prévia à Convenção de 1951, abordada nos capítulos iniciais desta dissertação, o Direito Internacional dos Refugiados foi consolidado no período da Guerra Fria. No mesmo período, houve a criação do ACNUR.<sup>1012</sup> Até 1967, o mandato da organização concentrava-se nos refugiados contemplados pelas limitações geográficas e temporais (europeus provenientes das duas guerras mundiais) da Convenção de 1951. Salienta-se que muito embora não fossem reconhecidos como refugiados, outros conflitos geolocalizados também forçaram as pessoas a se deslocarem (sobretudo, nacionais dos países do Terceiro Mundo, como do Vietnã e das Coreias).<sup>1013</sup> Mesmo com o Protocolo de 1967, as necessidades regionais não foram plenamente atendidas.

Deste modo, a África e América Latina introduziram suas próprias bases para o "projeto do Sul Global para o Direito Internacional dos Refugiados".<sup>1014</sup> A primeira foi motivada pela descolonização africana, que também fomentou um intenso fluxo migratório. A partir disso, surgiu o conceito pan-africano de refúgio: aqueles perseguidos por agressão, ocupação externa, dominação estrangeira e perturbação da ordem pública. Essa proteção foi codificada na *Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os Aspectos Específicos dos Problemas de Refúgio na África*, de 1969. Esse tratado responde diretamente aos impactos do colonialismo e não se restringe somente à mera ampliação ou resposta ao conceito tradicional de refúgio.<sup>1015</sup>

A América Latina, por sua vez, possui íntima relação com a definição de asilo em sentido estrito, o que justificaria a chamada *tradição latino-americana*.<sup>1016</sup> Ainda que diversos tratados tenham submetido o assunto, somente em 1984 a Declaração de Cartagena disciplina a nova roupagem do conceito regional de refúgio. Os conflitos regionais na Nicarágua, Guatemala e El Salvador, sob a influência estadunidense, contribuíram para a resposta normativa.<sup>1017</sup> Incluiu-se ao conceito tradicional de refugiado as pessoas "ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem

---

<sup>1011</sup> ROSA, Marina de Almeida. *O Encontro do Direito Internacional dos Refugiados com o Sul Global: uma análise do "conceito do sul" de refugiado e de sua não aplicação pelas Nações Unidas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, São Leopoldo, 2019, p. 25.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>1013</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>1014</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>1015</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1016</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>1017</sup> *Ibid.*, p. 71.

pública".<sup>1018</sup> Além disso, o documento expressamente define a natureza *jus cogens*, em outras palavras, inderrogável do princípio da não devolução.<sup>1019</sup>

Esse entendimento a partir da Declaração de Cartagena delinea o posicionamento da Corte Interamericana. No entanto, ele não é o único fator de influência. O segundo tópico a ser abordado preliminarmente aborda as diferenças terminológicas entre "buscar asilo" e "buscar e receber asilo" positivadas na Declaração Universal, Declaração Americana e Convenção Americana.

A consagração do direito ao asilo não é consenso a nível universal. Tradicionalmente, o asilo foi concebido como uma prerrogativa estatal. Nota-se que nos três documentos em que o asilo está positivado há diferenças terminológicas significativas. As Declaração e Convenção Americana estabelecem nos artigos XXVII e 22.7, respectivamente, que "toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro". A Declaração Universal, por sua vez, postulou no art. 14 o "direito de procurar e de gozar asilo em outros países". Ainda que pareçam diferenças textuais sutis, na prática elas acarretam obrigações distintas.

Como visto nos capítulos anteriores, a elaboração da Declaração Universal e Americana não foram isoladas.<sup>1020</sup> Com apenas poucos meses de diferença, houve influência mútua. No âmbito universal, a Comissão de Direitos Humanos, cujo mandato previa a elaboração da minuta da Declaração Universal, contava com a participação de delegados latino-americanos entre os seus 18 membros. Inclusive, a delegação do Chile submeteu uma proposta elaborada pelo Comitê Jurídico Interamericano à Comissão.<sup>1021</sup> O art. 14 da DUDH, portanto, foi fortemente influenciado pela tradição latino-americana.

No entanto, as controvérsias concentravam-se no escopo do direito ao asilo. Por um lado, entendiam que a mera prerrogativa de "buscar asilo" não protegia de modo satisfatório. Por outro, a expressão "receber asilo" minava a discricionariedade estatal no controle migratório.<sup>1022</sup> Dada a resistência à obrigação estatal em outorgar o asilo, a delegação do Reino Unido sugeriu a terminologia "desfrutar" (ou gozar do asilo), que foi aprovada para o texto final. Neste sentido, positivou-se apenas o direito à emigração, em outras palavras, o direito a

---

<sup>1018</sup> Conclusão Terceira, *Declaração de Cartagena*, 1984.

<sup>1019</sup> Conclusão Quinta, *Declaração de Cartagena*, 1984

<sup>1020</sup> MANLY, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: FRANCO, Leonardo (Coord.). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. San José: EDITORAMA, 2004, p. 127.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>1022</sup> *Ibid.*, p. 134-135.

sair do próprio país e solicitar asilo.<sup>1023</sup> A expressão escolhida, portanto, ficou imprecisa e limitada.

Observa-se que essa resistência ao direito ao asilo ecoou também em outros tratados, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ambos possuem natureza *hard law* e são silentes quanto a esse direito.<sup>1024</sup> Manly cogita que essa ausência se deve à diminuição da influência latino-americana nos fóruns internacionais, entre outros fatores, após a independência dos países africanos e asiáticos. Se em 1948 a DUDH foi aprovada por 48 votos e 8 abstenções, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi aprovado por 106 votos em 1966.<sup>1025</sup>

Por outro lado, concomitantemente à elaboração da Declaração Universal, as discussões sobre a Declaração Americana efervescem a nível regional. Naquele documento também houve a inserção do direito ao asilo com a terminologia "buscar e receber asilo". Manly aponta que o termo "receber asilo" não foi amplamente discutido como na DUDH. No entanto, o complemento ao direito permite que o Estado tenha discricionariedade para valer-se de sua legislação interna para não receber "imigrantes indesejados".<sup>1026</sup> Deste modo, o Estado deve conceder o asilo "*de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales*", conforme positivado no art. XXVII, desde que o requerente não seja perseguido por motivos de delito por direito comum.

Na ocasião da adoção da Convenção Americana, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969, alguns fatores externos influenciaram, a saber: (i) a presença de René Cassin como assessor especial na Conferência. Ele também teve participação expressiva na elaboração da Declaração Universal; (ii) e as representações dos delegados da Bélgica e da França, que estiveram presentes nas discussões e, inclusive, participaram da elaboração do art. 22 sobre o direito ao asilo.<sup>1027</sup>

Observa-se, pela leitura integral do artigo 22 da Convenção Americana, que algumas influências externas são perceptíveis. O parágrafo 7º do art. 22<sup>1028</sup> possui redação semelhante à

---

<sup>1023</sup> MANLY, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: FRANCO, Leonardo (Coord.). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. San José: EDITORAMA, 2004, p. 135; 137.

<sup>1024</sup> Ibid., p. 138.

<sup>1025</sup> Ibid., p. 140.

<sup>1026</sup> Ibid., p. 144.

<sup>1027</sup> Ibid., p. 149.

<sup>1028</sup> Art. 22. 7, Convenção Americana. "Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais".

Declaração Americana em relação à manutenção da expressão "buscar e receber asilo".<sup>1029</sup> O parágrafo 8º,<sup>1030</sup> por sua vez, converge com o art. 33 da Convenção de 1951 em relação ao direito de não devolução,<sup>1031</sup> ainda que Manly saliente que o escopo da previsão americana é mais amplo que o universal. Substituiu-se o termo "refugiado" por "estrangeiro".<sup>1032</sup> Por fim, o parágrafo 9º do art. 22<sup>1033</sup> é idêntico ao disposto no art. 4º do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia, em vigor desde 1968.<sup>1034</sup> Neste sentido, a despeito do protagonismo latino-americano na elaboração do art. 14 da Declaração Universal e à própria positivação do art. XXVII da Declaração Americana, a Convenção Americana, anos depois, foi influenciada por documentos extrarregionais.<sup>1035</sup>

A partir desses insumos iniciais, examinam-se a seguir os posicionamentos da Corte Interamericana sobre a divergência de que o asilo seria uma prerrogativa estatal ou estaria contemplado no rol de direitos humanos. No âmbito da Corte IDH, a primeira manifestação expressa sobre o tema aconteceu no voto do juiz Cançado Trindade na OC-18/03.

O brasileiro dedicou uma seção do voto (*A construção do Direito Individual Subjetivo ao Asilo*) para pavimentar os futuros posicionamentos do Tribunal. Em suas considerações, ele alegou que o direito de emigrar era assegurado pelo direito à liberdade de movimento, mas o direito a imigrar era restrito pelas políticas migratórias estatais.<sup>1036</sup> Ao reconhecer a vulnerabilidade desses imigrantes barrados nas fronteiras, Cançado Trindade parece coadunar com a concepção da existência de fluxos migratórios mistos.<sup>1037</sup> Além disso, ele expressa que

<sup>1029</sup> Art. XXVII, Declaração Americana. "*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales*".

<sup>1030</sup> Art. 22. 8, Convenção Americana. "Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas".

<sup>1031</sup> Art. 33, Convenção de 1951. "Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas".

<sup>1032</sup> MANLY, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: FRANCO, Leonardo (Coord.). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. San José: EDITORAMA, 2004, p. 151.

<sup>1033</sup> Art. 22. 9, Convenção Americana. "É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros".

<sup>1034</sup> Artículo 4, Protocolo nº 4 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. "*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*".

<sup>1035</sup> MANLY, op. cit., p. 160.

<sup>1036</sup> Corte IDH. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18, § 32.

<sup>1037</sup> " (...) a natureza e complexidade dos deslocamentos contemporâneos dificultam estabelecer uma clara linha de distinção entre refugiados e migrantes". Cf. *Ibid.*, § 34.

"a instituição do asilo é muito mais ampla que o sentido atribuído ao asilo no âmbito do Direito dos Refugiados".<sup>1038</sup>

Além disso, uma conexão feita por Cançado Trindade merece ser destacada. O brasileiro defende que a formação gradual do direito individual ao asilo e o reconhecimento do caráter *jus cogens* estaria convergente à noção do *jus communications* (direito da sociedade de comunicação natural), introduzido por Francisco de Vitória, tal qual se apresentou nos primeiros capítulos.<sup>1039</sup> Assim, o magistrado aproxima-se de uma perspectiva universalista e jusnaturalista e distancia-se das teorias realistas ou voluntaristas, as quais permitem que os Estados tenham discricionariedade para definir suas políticas de ingresso.

Tanto em relação ao princípio da igualdade e não discriminação quanto ao *non refoulement*, Cançado Trindade defende a aplicação da natureza *jus cogens*.<sup>1040</sup> Nas suas palavras, "*jus cogens*, no meu entender, é uma categoria aberta, que se expande na medida em que se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o Direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes a todo ser humano em toda e qualquer situação".<sup>1041</sup> Portanto, o juiz advogou em prol do direito subjetivo ao asilo em consonância com a natureza cogente dos princípios supracitados.

Após esse voto do jurista brasileiro em 2003, a Corte Interamericana voltou a se pronunciar sobre o tema apenas dez anos depois no caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia* (2013). Nos anos seguintes, a OC-21/14 e a OC-25/18 também corroboram para o entendimento interamericano.

O primeiro contencioso sobre asilo trata da devolução ao Peru da Família Pacheco Tineo, de nacionalidade peruana, após o indeferimento da solicitação de reconhecimento de refúgio feito por eles na Bolívia. A família era composta por dois adultos (Rumaldo Juan Pacheco e Fredesvinda Tineo Godos) e três crianças (Juana Guadalupe, Frida Edith e Juan Ricardo Pacheco Tineo). Em 1995, as vítimas adultas fizeram um pedido do reconhecimento de refúgio na Bolívia, pois alegaram que foram processadas e detidas por crime de terrorismo

---

<sup>1038</sup> Corte IDH. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18, § 39.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, § 41-42.

<sup>1040</sup> "Assim, no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, foi reconhecido o princípio básico do *non-refoulement* como sendo parte do *jus cogens*, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi reconhecido igualmente o caráter de *jus cogens* do princípio fundamental da igualdade e não discriminação". Cf. *Ibid.*, § 72.

<sup>1041</sup> *Ibid.*, § 68.

no Peru.<sup>1042</sup> Elas foram reconhecidas, mas em 1998 decidiram fazer uma repatriação voluntária. Migraram para o Chile, onde foram reconhecidos com o *status* de refugiados no mesmo ano.<sup>1043</sup> Em 2001, todos os membros da família ingressaram novamente na Bolívia em condição migratória irregular. Por esse motivo, Fredesvinda Tineo foi detida.<sup>1044</sup> Em 21 de fevereiro, sua defesa entrou com um pedido de reconhecimento da situação de refugiada. Entretanto, após os trâmites judiciais e a impetração do *habeas corpus*, a Família Pacheco Tineo recebeu uma ordem de expulsão da Bolívia, cuja qual foi executada no dia seguinte.<sup>1045</sup> Por fim, foram entregues ao Peru, detidos na cidade fronteiriça entre os países Peru e Bolívia e as crianças foram separadas de sua família.

As temáticas abordadas nessa sentença concentram-se, portanto, na expulsão de imigrantes (art. 22.8, CADH), no direito de buscar e receber asilo (art. 22.7, CADH) e na condição migratória das crianças (art. 19 da Convenção Americana).

Ao analisar o mérito, a Corte IDH reafirma o seu entendimento da OC-18/03 ao alegar que os migrantes indocumentados são vulneráveis e estão mais expostos à discriminação de fato e de direito.<sup>1046</sup> Além disso, também manteve o posicionamento em relação à arbitrariedade da privação de liberdade automática e com fins punitivos no controle migratório expresso no *caso Vélez Loor vs. Panamá*.<sup>1047</sup> Deste modo, o processo de expulsão ou deportação também deve obedecer aos critérios do artigo 8, CADH. Como argumento de autoridade, a Corte IDH menciona o documento *Expulsión de extranjeros*, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI). Além disso, indica outras duas comunicações da Comissão Africana (313/05 e 159/96), bem como a Observação Geral nº 15 do Comitê de Direitos Humanos.<sup>1048</sup>

Quanto ao conteúdo e alcance do art. 22.8, CADH,<sup>1049</sup> também conhecido como princípio da não devolução ou *non-refoulement*, a Corte Interamericana o considerou aplicável a qualquer imigrante em risco, sem importar a sua condição migratória.<sup>1050</sup> A própria Corte

---

<sup>1042</sup> Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, § 66.

<sup>1043</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>1044</sup> *Ibid.*, § 80-81.

<sup>1045</sup> *Ibid.*, § 93-95.

<sup>1046</sup> *Ibid.*, § 128-129.

<sup>1047</sup> *Ibid.*, § 131.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, Nota de rodapé 157.

<sup>1049</sup> Art. 22. 8, CADH. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

<sup>1050</sup> Corte IDH [2013], *op. cit.*, § 135-136.

reconhece que a aplicação do princípio é mais ampla no âmbito regional do que universal.<sup>1051</sup> Importou-se do âmbito universal tanto o conceito de devolução direta, quanto de devolução indireta.<sup>1052</sup> No último, os magistrados citaram o caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* da Corte Europeia de Direitos Humanos. Também em menção aos precedentes europeus, cita o caso *Gebremedhin v. France* para postular sobre o direito ao devido processo legal para a correta avaliação dos riscos em caso de devolução.<sup>1053</sup>

Ainda sobre o art. 22, o inciso 7 prevê a possibilidade de receber asilo.<sup>1054</sup> Esse tema, por sua vez, é particularmente sensível ao continente americano, e a Corte IDH resgata esse histórico. Ela menciona o *Tratado de Direito Penal* de 1889, a *Convenção sobre Asilo Territorial* e a *Convenção sobre Asilo Diplomático*, ambas de 1954. Inclusive, mencionou que "*la adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se ha definido como "la tradición latinoamericana del asilo"*".<sup>1055</sup> A Corte também reputa a codificação do direito ao asilo em documentos como a Declaração Americana<sup>1056</sup> e na Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>1057</sup> às origens latino-americanas.

Posteriormente, menciona a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, os quais codificam a instituição do refúgio.<sup>1058</sup> Os juízes interamericanos afirmam que o asilo "*asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado*".<sup>1059</sup> Embora a Corte IDH assegure que o refúgio seria uma modalidade do asilo, insta informar que o asilo aplicado no continente americano possui fundamentos diferentes daquele postulado a nível universal. O asilo político ou diplomático advém do costume e é concedido conforme a discricionariedade do Estado, enquanto o refúgio é reconhecido pelo Estado (caráter declaratório), uma vez preenchidos os critérios de fundado temor de perseguição por motivos

---

<sup>1051</sup> Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, § 151-153.

<sup>1052</sup> *Ibid.*, § 153.

<sup>1053</sup> *Ibid.*, § 156.

<sup>1054</sup> Art. 22. 7, CADH. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

<sup>1055</sup> Corte IDH [2013], *op. cit.*, § 137.

<sup>1056</sup> Artigo XXVII. Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.

<sup>1057</sup> Artigo 14. 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

<sup>1058</sup> Corte IDH [2013], *op. cit.*, § 137-138.

<sup>1059</sup> *Ibid.*, § 139.

de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas combinado à impossibilidade de regresso/proteção ao país de sua nacionalidade.<sup>1060</sup>

A Corte IDH também cita a Declaração de Cartagena, documento regional que ampliou o alcance da expressão refúgio. Deste modo, a Corte IDH afirma expressamente que constrói a sua argumentação com base nas fontes do Direito Internacional dos Refugiados e nos instrumentos de *soft law* do ACNUR.<sup>1061</sup> A partir disso, discorre sobre a determinação da condição de refugiado. Tendo em vista os critérios convencionais de reconhecimento da condição de refugiado e as cláusulas de exclusão, bem como o caráter declaratório do *status*, os Estados devem conduzir processos administrativos justos para averiguar essa situação. De igual modo, a aplicação dos motivos de cessação deve ser feita conforme o rol exaustivo da Convenção de 1951. Nessas colocações, a Corte IDH importa as diretrizes do *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, elaborado pelo ACNUR.<sup>1062</sup>

A Corte IDH afirmou que a nova solicitação deveria ter sido analisada com razoabilidade e rigor, visto que eles eram reconhecidos no Chile. Além disso, ainda que a motivação fosse "manifestamente infundada e abusiva", não justificaria o procedimento sumário.<sup>1063</sup> Novamente, a Corte baseou-se em um documento do ACNUR para formular a argumentação (*El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifestamente infundadas o abusivas*).<sup>1064</sup> Quanto à expulsão, a medida foi aplicada no dia seguinte à decisão por meio de detenção e entrega ao país de origem (Peru).<sup>1065</sup> As autoridades não concederam prazo razoável, tampouco o direito de defesa às vítimas.

Como o tema é inédito à apreciação da Corte IDH, surpreende a racionalidade utilizada para a formulação da argumentação. As menções substanciais são prioritariamente aos instrumentos universais e aos precedentes europeus. Inclusive, a Corte IDH parece fortalecer a atuação hegemônica do ACNUR no continente ao definir que "*se le debe dar la oportunidad*

---

<sup>1060</sup> Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, § 145.

<sup>1061</sup> *Ibid.*, § 143.

<sup>1062</sup> ACNUR. *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf> Acesso em 13 mar. 2022.

<sup>1063</sup> Corte IDH [2013], *op. cit.*, § 172-174; 177.

<sup>1064</sup> ACNUR. *El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifestamente infundadas o abusivas*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0541.pdf> Acesso em 13 mar. 2022.

<sup>1065</sup> Corte IDH [2013], *op. cit.*, § 185.

*de ponerse en contacto con un representante de ACNUR*".<sup>1066</sup> Embora o ACNUR tenha ampla atuação humanitária, ela também legitima interesses do Norte Global por meio de suas estratégias e atividades. A importação acrítica e legitimação desse critério parece ter sido mais pragmática, sem considerar a perspectiva crítica sobre a atuação desse órgão e os seus efeitos nos países do Terceiro Mundo.

Além disso, coaduna-se com o posicionamento de Arlettaz no sentido de que a Corte padece de vagueza conceitual.<sup>1067</sup> Os juristas interamericanos se omitem ao definir o escopo da expressão "asilo", estando fadada à imprecisão. Ao discorrer sobre o refúgio, por sua vez, ela aponta que tal termo consiste em uma modalidade específica do asilo a nível universal.<sup>1068</sup> Quanto ao alcance do art. 22.7 da Convenção Interamericana, ela define que existe uma "interrelación entre el alcance y el contenido de esos derechos y el Derecho Internacional de Refugiados [grifo nosso]".<sup>1069</sup> Deste modo, percebe-se que em temas mais sensíveis, como o asilo, a Corte optou por estabelecer termos incertos, que não cunham um posicionamento fixo interamericano.

Em relação à violação do art. 19 da Convenção Americana sobre o direito das crianças, a Corte IDH baseia-se na Convenção sobre o Direito das Crianças e na OC-17/02.<sup>1070</sup> Deste modo, o principal direito violado foi o da criança ser ouvida no procedimento para assegurar o princípio de seu superior interesse,<sup>1071</sup> conforme o art. 12. 2 da Convenção sobre o Direito das Crianças.<sup>1072</sup> Assim, embora o art. 19 da Convenção Americana postule apenas "Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado", a Corte IDH determina o seu alcance e conteúdo com base nos instrumentos universais.

Essa construção argumentativa iniciada no caso Família Pacheco Tineo (novembro de 2013) foi complementada pela OC-21, emitida poucos meses depois (em agosto de 2014). O Parecer Consultivo 21 foi requisitado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Os países

---

<sup>1066</sup> Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, § 159.

<sup>1067</sup> ARLETTAZ, Fernando. El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 11, 2015, p. 90-91.

<sup>1068</sup> Corte IDH [2013], op. cit., § 139.

<sup>1069</sup> *Ibid.*, § 142.

<sup>1070</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

<sup>1071</sup> Corte IDH [2013], op. cit., § 220.

<sup>1072</sup> Art 12.2, *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

solicitantes submeteram nove perguntas à interpretação da Corte Interamericana.<sup>1073</sup> Tratava-se, sobretudo, de esclarecimentos acerca dos direitos das crianças migrantes à luz dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da CADH; dos artigos 1, 6, 8, 25, 27 da Declaração Americana; e art. 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura. A Corte IDH, por sua vez, é silente em relação aos artigos 15 (Direito à constituição e proteção da família) e 16 (Direito da Criança) do Protocolo de San Salvador.<sup>1074</sup> De forma sucinta, as perguntas relacionam-se às necessidades de proteção internacional das crianças; ao princípio da não detenção das crianças por condição migratória irregular; ao princípio da *non refoulement*; ao direito das crianças de buscar e receber asilo; e à situação da criança, quando os pais são expulsos ou deportados.<sup>1075</sup>

Inicialmente, a Corte Interamericana demonstrou preocupação em relação à quantidade crescente de crianças migrantes que acompanham seus familiares, ou migram sozinhas ou desacompanhadas.<sup>1076</sup> Também reconheceu a existência de fluxos migratórios mistos.<sup>1077</sup> Nas considerações gerais, definiu-se o entendimento de proteção internacional<sup>1078</sup> e o classificou em quatro modalidades.<sup>1079</sup> Nas primeiras páginas do Parecer, a Corte ancora-se no chamado *corpus iuris de derecho internacional de protección de derecho de los niños*, que foi utilizado como "*fuerza de derecho por el Tribunal para establecer el contenido y los alcances (...) del artículo de la Convención Americana*".<sup>1080</sup> Neste caso, referem-se, sobretudo, à Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU e às Observações Gerais do Comitê dos Direitos das Crianças, responsável por supervisionar o cumprimento do referido tratado internacional.

<sup>1073</sup> Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, § 3.

<sup>1074</sup> SANTOS, Gabriella Coelho; SILVA, Bianca Guimarães. A ausência de um Direito Latino-Americano para Crianças Migrantes: Observações sobre o Parecer Consultivo OC-21/2014 da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana; PALUMA, Thiago; LOPES, Inez. *Diálogos hermenêuticos entre Derecho Internacional Privado e Derecho Internacional Público*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2022. *No prelo*.

<sup>1075</sup> Corte IDH [2014], op. cit., § 43-47.

<sup>1076</sup> Ibid., § 35.

<sup>1077</sup> Ibid., § 36.

<sup>1078</sup> "Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva". Cf. Ibid., § 37.

<sup>1079</sup> As quatro modalidades são: "(a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia". Cf. Ibid., § 37.

<sup>1080</sup> Ibid., § 57.

Na argumentação jurídica aplicada pela Corte IDH na consulta da Opinião Consultiva 21, os juízes interamericanos discutiram uma série de obrigações estatais em relação às crianças, citando várias fontes, como as sentenças da Corte EDH, a Convenção da ONU para crianças e o material derivado do seu comitê, e instrumentos de *soft law*.<sup>1081</sup> Sob o manto do artigo 19 da CADH, a Corte ampliou a proteção dos direitos das crianças, a partir de uma estratégia argumentativa. Como argumenta Neuman, a importação dos instrumentos de *soft law* carece de consenso entre os Estados e aponta para a adoção de uma estratégia pragmática por parte da Corte IDH.<sup>1082</sup>

De modo geral, o entendimento interamericano foi que as crianças possuem os mesmos direitos que os adultos. Além disso, também necessitam de proteção especial, que deve ser observada pelo Estado, pela sociedade e pela família.<sup>1083</sup> Deste modo, a Corte IDH importa os quatro princípios estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos das Crianças e os aplica no sistema interamericano, quais sejam: (i) princípio da não discriminação; (ii) princípio do interesse superior da criança; (iii) princípio do respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; (iv) e o princípio de respeito à opinião da criança em todo procedimento que a afete. Nesta subseção do Parecer (*Obligaciones Generales y Principios Rectores*), a Corte IDH literalmente importou todas as manifestações da Observação Geral nº 5 do Comitê dos Direitos das Crianças (Medidas Gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos das Crianças).<sup>1084</sup> No total, há cinco menções em notas de rodapé ao documento supracitado. Além disso, também aludem às Observações Gerais nº 6, 7, 12 e 14. As fontes universais, portanto, foram primordiais para a formação do entendimento da Corte IDH.

Quanto ao direito das crianças a buscar e receber asilo, a Corte repete os termos da *tradición latinoamericana del asilo*, utilizada na sentença do caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia, e também reitera que o refúgio representa a forma específica e modalidade universal do asilo.<sup>1085</sup> Nas palavras dos magistrados, trata-se de "*derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el*

<sup>1081</sup> NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 113.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>1083</sup> Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, § 66-67.

<sup>1084</sup> ONU. Comitê dos Direitos das Crianças, *Observação Geral n. 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos das Crianças*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso em 2 mar. 2022.

<sup>1085</sup> Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, § 137; Corte IDH [2014], op. cit., § 74.

*estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas (...) y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas*",<sup>1086</sup> o que posteriormente será replicado na OC-25/18. Deste modo, parece repetir a imprecisão da sentença Família Pacheco Tineo.

Ao abordar o procedimento de avaliação inicial sobre a situação da criança, a Corte IDH novamente importa o entendimento do Comitê dos Direitos das Crianças. Desta vez, utiliza a Observação Geral nº 6 (Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora do seu país de origem).<sup>1087</sup> Entre os § 81 a 107 da OC-25/18, os quais falam sobre as obrigações estatais em detrimento do superior interesse da criança, a Corte menciona o documento supracitado por 23 vezes. A quantidade de referências também denota a grande influência que o documento teve na elaboração do argumento. Ao comparar os dois, é nítida a inspiração argumentativa. Tal importação pode denotar certo pragmatismo excessivo por parte da Corte Interamericana.

Ao se referir aos direitos das crianças no caso *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana*, a Corte IDH também utiliza como parâmetro a Observação Geral nº 7 do Comitê de Direitos das Crianças sobre a realização dos direitos da criança na primeira infância.<sup>1088</sup>

Quanto aos direitos do devido processo legal em procedimentos envolvendo crianças, a Corte reproduziu o seu próprio entendimento nos casos *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*, *Vélez Loor vs. Panamá*, *Acosta Calderón vs. Equador* e *Tibi vs. Equador*. Não houve, portanto, nenhum ineditismo. A Corte IDH apoia-se no argumento de autoridade conferido pela Observação Geral nº 12 (Direito da criança de ser escutada), do Comitê de Direitos das Crianças da ONU,<sup>1089</sup> em consonância com a Observação Geral nº 6, a qual menciona, novamente, em

<sup>1086</sup> Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, § 78.

<sup>1087</sup> ONU. Comitê dos Direitos das Crianças, *Observação Geral n. 6: Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora do seu país de origem*. Disponível em : [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

<sup>1088</sup> ONU. Comitê dos Direitos das Crianças, *Observação Geral nº 7: Realização dos Direitos da Criança na primeira infância*. Disponível em : [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 1 mar. 2022; Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Nota de rodapé 323.

<sup>1089</sup> ONU. Comitê dos Direitos das Crianças, *Observação Geral nº 12: Direito da criança de ser escutada*. Disponível em : [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

oito vezes entre os § 132 a 136 da OC-25/18. Em relação à liberdade pessoal e à privação de liberdade de crianças para controle migratório, a Corte manteve o seu posicionamento no caso *Vélez Loor vs. Panamá*. O princípio da não devolução também foi confirmado, assim como no caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*, e de forma inédita no Sistema Interamericano, foi reconhecido por sua natureza *jus cogens*.<sup>1090</sup> Segundo a Corte IDH, tendo em vista a natureza *jus cogens* do art. 5 (Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes), a não devolução também assume essa natureza.

O posicionamento interamericano assume que não se pode "*deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando existe presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura*".<sup>1091</sup> Posteriormente, reproduz esse entendimento na OC-25/18, os quais os termos são praticamente idênticos.<sup>1092</sup>

Squeff e Orlandini iniciaram o debate acerca da possível existência de um direito latino-americano para crianças migrantes, a partir da OC-21/14. As autoras defendem que a Corte IDH afirmou três máximas, que constituíram o direito latino-americano para crianças migrantes, a saber: (i) o direito a buscar e receber asilo, nos moldes do art. 22. 7, CADH; (ii) os princípios da não criminalização e não detenção, conforme os art. 8 e 25, CADH; (iii) e o princípio da não devolução, de acordo com o art. 22. 8, CADH.<sup>1093</sup>

A análise também é feita por Santos e Silva. Elas afirmam que, muito embora a Corte tenha definido o escopo do art. 19 da Convenção Americana, ela o fez em conformidade com os documentos universais pré-existentes, portanto "não propôs, entretanto, acréscimos que caracterizassem uma contribuição regional à temática das crianças migrantes".<sup>1094</sup> Potencialmente, o único possível "ineditismo" tenha sido o tratamento às crianças migrantes indígenas, as quais tiveram garantidos o direito a tradutor/intérprete para a prestação do acesso

<sup>1090</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Serie A No. 21, § 225.

<sup>1091</sup> *Ibid.*, § 226.

<sup>1092</sup> *Ibid.*, § 217-221 ; Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, §186-193.

<sup>1093</sup> SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ORLANDINI, M. L. S. R. Is there a latin american child migration law? An analysis of the `Advisory Opinion n. 21 on the rights of child migrants? rendered by the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Videre (Online)*, v. 11, 2019, p. 132.

<sup>1094</sup> SANTOS, Gabriella Coelho; SILVA, Bianca Guimarães. A ausência de um Direito Latino-Americano para Crianças Migrantes: Observações sobre o Parecer Consultivo OC-21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana; PALUMA, Thiago; LOPES, Inez. *Diálogos hermenêuticos entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2022. *No prelo*.

à justiça<sup>1095</sup> e o respeito à sua cosmovisão, de preferência, com o crescimento em seu ambiente natural para preservar a sua identidade cultural.<sup>1096</sup> Entretanto, esse posicionamento também é importado da Observação Geral nº 11 (As crianças indígenas e os seus direitos em virtude da Convenção) do Comitê de Direitos das Crianças da ONU.<sup>1097</sup>

Deste modo, não há posicionamento manifestamente inédito, para além da repetição das orientações universais precedentes (a saber, do Comitê de Direitos das Crianças e do ACNUR). O pretendido diálogo entre os órgãos universais e a Corte IDH resultou em um monólogo, em cujo qual os juízes meramente sistematizaram as diretrizes internacionais.<sup>1098</sup> Ao total, a Corte Interamericana refere-se às Observações Gerais do Comitê de Direitos das Crianças por 113 vezes, na qual apenas a Observação Geral nº 6 foi mencionada 59 vezes.

Por fim, a manifestação mais recente da Corte IDH sobre o tema foi na OC-25/18. O Parecer Consultivo sobre asilo foi requisitado pelo Equador, que solicitou a interpretação dos artigos 22.7 e 22.8 da Convenção Americana e do art. 27 da Declaração Americana.<sup>1099</sup> Embora o país tenha feito oito perguntas à Corte IDH, sucintamente desejava saber se o direito ao asilo, em sentido amplo, era considerado direito humano, e, caso fosse, quais obrigações derivam a partir dele.<sup>1100</sup>

Faz-se importante mencionar o contexto sob o qual a OC-25/18 foi interposta. Em 2012, Julian Assange, fundador do *Wikileaks*, obteve asilo diplomático na embaixada do Equador no Reino Unido, onde permaneceu até a emissão da OC em questão.<sup>1101</sup> O asilado temia retornar à Suécia e ser extraditado aos Estados Unidos, onde era investigado por crimes cibernéticos, inclusive espionagem. Assange permaneceu no local por seis anos, devido ao não

<sup>1095</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Serie A No. 21, § 125.

<sup>1096</sup> *Ibid.*, § 168.

<sup>1097</sup> ONU. Comitê de Direitos das Crianças, *Observação Geral nº 11: As crianças indígenas e os seus direitos em virtude da Convenção*. Disponível em : [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

<sup>1098</sup> SANTOS, Gabriella Coelho; SILVA, Bianca Guimarães. A ausência de um Direito Latino-Americano para Crianças Migrantes: Observações sobre o Parecer Consultivo OC-21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana; PALUMA, Thiago; LOPES, Inez. *Diálogos hermenêuticos entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2022. *No prelo*.

<sup>1099</sup> Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25.

<sup>1100</sup> JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a Opinião Consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 218.

<sup>1101</sup> Corte IDH [2018], op. cit., § 48.

reconhecimento do asilo diplomático pelo Reino Unido e à negativa de concessão de salvo-conduto.<sup>1102</sup>

Inicialmente, a Corte definiu as diferentes classificações de asilo, quais sejam: asilo em sentido estrito ou asilo político, os quais se subdividem em asilo territorial ou asilo diplomático;<sup>1103</sup> e o asilo à luz da definição tradicional de refúgio do Estatuto do Refugiado e do conceito ampliado da Declaração de Cartagena.<sup>1104</sup> Deste modo, a Corte IDH buscava responder se os dispositivos 22.7 e 22.8 da Convenção Americana e 27 da Declaração Americana contemplavam as diferentes modalidades de asilo existentes no Direito Internacional.

A Corte Interamericana, brevemente, contextualiza a chamada "tradição latino-americana de asilo" e indica o emblemático caso *Haya de la Torre* (Colômbia v. Peru) julgado pela Corte Internacional de Justiça.<sup>1105</sup> Os juízes interamericanos citam os seguintes tratados regionais: Tratado sobre Direito Penal Internacional (1889), ratificado no Primeiro Congresso Sul-Americano de Direito Internacional Privado;<sup>1106</sup> Convenção sobre Asilo de Havana (1928), firmado na Sexta Conferência Internacional dos Estados Americanos;<sup>1107</sup> Convenção sobre Asilo Político de Montevideu (1933), assinado na Sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos;<sup>1108</sup> Tratado sobre Asilo e Refúgio Político (1939); e a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, ambas adotadas em Caracas, em 1954.<sup>1109</sup> Como ressalta Jubilut e Oliveira, "não se trata de um histórico linear de normas que

---

<sup>1102</sup> JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a Opinião Consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 225.

<sup>1103</sup> "El asilo en sentido estricto o asilo político, es la protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales cuando su vida, integridad personal, seguridad y/o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos. El asilo en sentido estricto coincide con la llamada 'tradicón latinoamericana del asilo'". Cf. Corte IDH [2018], op. cit., § 66.

<sup>1104</sup> "Protección de aquella persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país. (...) El término 'refugiado(a)' es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". Cf. Ibid., § 68.

<sup>1105</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, § 78-79.

<sup>1106</sup> Ibid., § 81.

<sup>1107</sup> Ibid., § 82.

<sup>1108</sup> Ibid., § 84.

<sup>1109</sup> Ibid., § 86.

se sucedem sempre alargando a proteção já existente, mas de disposições sobre um mesmo instituto, em suas diversas modalidades, com âmbitos de exclusividade ou de intersecção".<sup>1110</sup>

Ao fazer essa retomada histórica, a Corte IDH explicou as dicotomias entre "asilo-refúgio" até 1954, visto que o primeiro se referia exclusivamente ao asilo político/diplomático, enquanto o segundo dizia respeito ao refúgio político concedido em território estrangeiro.<sup>1111</sup> Além disso, esse contraste manifesta-se da seguinte forma: por um lado, o asilo diplomático trata de relações interestatais, por meio da sua própria discricionariedade soberana,<sup>1112</sup> e por outro lado, o refúgio é regulado por normas positivadas pelo Direito Internacional dos Refugiados. Jubilut e Oliveira destacam que a análise do segundo possui cunho objetivo e caráter declaratório.<sup>1113</sup>

Paglia aponta que o termo "asilo" é identificado com o contexto regional, enquanto "refúgio" identifica-se com o sistema universal. O primeiro seria proveniente da "*tradição latinoamericana del asilo*" e, quando diz respeito ao asilo territorial, seria aquele "*que un Estado concede a un extranjero dentro de su territorio, y se basa en la prohibición de extradición de quienes fueran acusados por la comisión de un delito político*".<sup>1114</sup> O segundo, por sua vez, advém do "estatuto do refugiado".<sup>1115</sup> Embora a *mainstream* defenda esse entendimento, faz-se importante recordar o histórico acerca do refúgio. O instituto foi criado no âmbito europeu e, a partir disso, universalizado.

Na segunda parte do Parecer, a Corte volta-se ao âmbito global para falar do regime de proteção universal dos refugiados. Nota-se que os parágrafos § 138-144 do *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolívia* são praticamente idênticos aos § 94-97 da OC-25/18. O conteúdo deles diz respeito ao alcance e limitações da Convenção de 1951, do Protocolo de 1967 e da Declaração de Cartagena de 1984. Por fim, afirmou que em manifestações anteriores, a Corte fixou os deveres específicos do art. 22.7, CADH.<sup>1116</sup>

---

<sup>1110</sup> JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a Opinião Consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Derechos Humanos: O asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discusiones Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 220.

<sup>1111</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, § 88.

<sup>1112</sup> *Ibid.*, § 104.

<sup>1113</sup> JUBILUT; LOPES, op. cit., p. 223; Corte IDH [2018], op. cit., § 103.

<sup>1114</sup> PAGLIA, Sofia. El dualismo asilo-refugio en el derecho latinoamericano a luz de la Opinión Consultiva OC-25/18. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discusiones Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 260.

<sup>1115</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>1116</sup> Segundo a Corte, são deveres decorrentes do art. 22.7, CADH: "i) obligación de no devolver (non-refoulement) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii)

Embora a expressão asilo tenha sido considerada em sentido amplo, a Corte IDH diferenciou que "*la condición de refugiado, el asilo territorial y el asilo diplomático son todas formas de protección a favor de individuos que sufren persecución, cada uno opera en distintas circunstancias y con connotaciones jurídicas diferentes*".<sup>1117</sup> Para reiterar tal entendimento, mencionou a Opinião do Comitê Jurídico Interamericano sobre as relações entre asilo e refúgio.

Ainda que a Declaração Americana tenha influenciado a Declaração Universal, ambas de 1948, os termos do dispositivo sobre asilo são distintos, como abordado na primeira parte desta seção. No primeiro, tem-se *buscar e receber asilo*, assim como foi incorporado na Convenção Americana. Enquanto no segundo, devido à resistência de alguns países, positivou *o direito de buscar e gozar de asilo em outros países*.<sup>1118</sup> Em termos regionais, o continente africano também ampliou o alcance da expressão do refúgio na *Convenção da Unidade Africana sobre os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados* (1969).<sup>1119</sup> O art. 12. 3 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos também prevê o direito ao asilo.<sup>1120</sup> A Convenção Europeia, por sua vez, não tem nenhum artigo equivalente em relação ao asilo.

No que tange ao reconhecimento como direito humano, a Corte Interamericana considerou o direito de *buscar e receber asilo* compatível com um "*derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero*".<sup>1121</sup> Para determinar se esse conceito contemplava tanto o asilo diplomático como o asilo territorial, os magistrados interamericanos utilizaram as regras gerais de interpretação, postuladas pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, portanto, recorreu aos trabalhos preparatórios da Declaração Americana. Pretendia-se averiguar se a expressão "em território estrangeiro" se referia exclusivamente ao asilo territorial.<sup>1122</sup> Dada a sistemática aparição do termo nos tratados

---

obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión; y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado". Cf. Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, § 99.

<sup>1117</sup> *Ibid.*, § 110.

<sup>1118</sup> *Ibid.*, § 116.

<sup>1119</sup> *Ibid.*, § 103.

<sup>1120</sup> "Toda pessoa tem o direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais".

<sup>1121</sup> Corte IDH [2018], *op. cit.*, § 132.

<sup>1122</sup> GUERRA, Sidney. O asilo no Sistema Interamericano: Um direito soberano do Estado ou um direito inerente à pessoa humana?. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos*

latino-americanos sobre o tema,<sup>1123</sup> a Corte concluiu que a terminologia era exclusiva ao tratamento do asilo territorial.

Deste modo, não reconheceu o asilo diplomático como direito humano.<sup>1124</sup> Essa prática funda-se na inviolabilidade dos locais de missão, estabelecida pelo art. 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Como ressalta Guerra, os interesses políticos e econômicos sobressaem ao instituto do asilo diplomático, pois: (i) cabe ao Estado caracterizar o tipo de crime, se é político ou comum; (ii) o Estado não precisa justificar a recusa em conceder o asilo diplomático; e (iii) o solicitante que requer o asilo, o Estado por si não o oferece.<sup>1125</sup> Restringiu-se, portanto, a natureza de direitos humanos apenas ao asilo territorial e ao refúgio.<sup>1126</sup>

A Corte também engaja na discussão se o asilo diplomático configura um costume regional. Recorreu, portanto, à regra "*podría configurar una regla de costumbre regional siempre y cuando se pruebe la existencia de un uso uniforme y constante como expresión de un derecho del Estado otorgante del asilo*", assim como postulado no julgamento do caso *Haya de la Torre* da Corte Internacional de Justiça.<sup>1127</sup> Concluiu-se pela não existência do costume regional, visto que existiam diversas divergências no pleno reconhecimento e no uso uniforme do instituto, inclusive mencionou a postura resistente dos Estados Unidos na VII Conferência Internacional Americana de Montevideú.<sup>1128</sup>

Insta mencionar, brevemente, que o caso *Haya de la Torre* da Corte Internacional de Justiça é um importante precedente na América Latina. Trata-se da disputa entre Colômbia e Peru. Por um lado, a Colômbia concedeu asilo diplomático a Victor Raul Haya de la Torre, acusado de ser o mentor de uma rebelião contra o governo peruano, em suas dependências, em Lima. Por outro lado, o Peru negou-se a conceder o salvo-conduto para a retirada dele em segurança do território peruano até a Colômbia. Muito embora a Colômbia tenha apresentado

---

*Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 250; JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a Opinião Consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, op. cit., p. 232.

<sup>1123</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, § 147.

<sup>1124</sup> "*La Corte considera que la expresa intención de no incluir al asilo diplomático dentro de la esfera del sistema interamericano de derechos humanos pudo deberse a la voluntad, expresada aún en el marco de este procedimiento (supra párr.108), de concebir el asilo diplomático como un derecho del Estado, o en otros términos como una prerrogativa estatal, y así conservar la potestad discrecional para su otorgamiento*". Cf. *Ibid.*, § 154, 156.

<sup>1125</sup> GUERRA, op. cit., p. 247.

<sup>1126</sup> JUBILUT; LOPES, op. cit., p. 230-231.

<sup>1127</sup> Corte IDH [2018], op. cit., § 158.

<sup>1128</sup> *Ibid.*, § 161-163.

diversos tratados no continente americano sobre o tema, a CIJ concluiu que não havia um uso uniforme e consistente do asilo diplomático enquanto costume regional. Explica-se que o art. 38, § 1, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça define "o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito". Desse conceito compreende-se um elemento objetivo e outro subjetivo. O primeiro identificado a partir da consistência da prática pelos Estados e o segundo seria a convicção acerca da obrigatoriedade daquela conduta.<sup>1129</sup>

O caso Haya de la Torre, julgado em 1951, teve suas discussões pacificadas no texto da Convenção de Caracas, em 1954.<sup>1130</sup> Em 28 de março daquele ano, 20 países latino-americanos ratificaram a Convenção sobre o asilo diplomático. Estabeleceu-se, portanto, que "*o asilo outorgado em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, será respeitado pelo Estado territorial, de acordo com as disposições desta Convenção*" (art. 1) e "*compete ao Estado asilante a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição*" (art. 4). Por fim, o art. 2 reafirma que o direito de asilo consiste em prerrogativa estatal ("*Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega*").

Nesse contexto, é importante considerar os três informes "*El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*", sob relatoria do Professor George Galindo, apresentados ao Comitê Jurídico Interamericano.<sup>1131</sup> A Corte IDH considera seletivamente a posição dos países que se manifestaram no caso consultivo. Galindo pontua que "*si bien el marco para determinar una posible norma consuetudinaria regional debía incluir a los 35 Estados Miembros de la OEA, no se realizó una evaluación sobre las posiciones de cada uno de ellos*".<sup>1132</sup> Nesse mesmo sentido, a OC-25/18, por exemplo, não

---

<sup>1129</sup> FRIEDRICH, Tatyana S.; CRUZ, Taís V. O caso Haya de la Torre e o julgamento pela Corte Internacional de Justiça: Reflexões sobre o instituto do asilo e algumas implicações do julgamento. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p.163-164.

<sup>1130</sup> Ibid., p.169-170

<sup>1131</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Primer Informe *El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*. CJI/doc.602/20. Rio de Janeiro, 3 febrero 2020. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI\\_doc\\_602-20.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI_doc_602-20.pdf) Acesso em 21 abr. 2022; COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Segundo Informe *El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*. CJI/doc.627/21. Sesión Virtual, 17 febrero 2021. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI\\_doc\\_627-21.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI_doc_627-21.pdf) Acesso em 21 abr. 2022; COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Tercer Informe *El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*. CJI/doc.645/21. Sesión Virtual, 26 julio 2021. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc\\_645-21.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_645-21.pdf) Acesso em 21 abr. 2022.

<sup>1132</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Segundo Informe *El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*. CJI/doc.627/21. Sesión Virtual, 17 febrero 2021, p. 15.

analisa a possibilidade de um "costume sub-regional americano no caso do asilo diplomático".<sup>1133</sup>

A importação feita pela Corte IDH também não considera que a Corte Internacional de Justiça no caso *Haya de la Torre* "tratou[-se] de uma questão sobre ônus da prova; a CIJ não lançou mão, no caso, de um critério específico para identificar uma norma internacional costumeira regional (...)".<sup>1134</sup> Muito embora a CIJ tenha alegado que a Colômbia deveria ter provado a obrigatoriedade do costume para o Peru, é questionável se esse critério estrito da prova pode ser generalizado e repercutir, inclusive, em outros tribunais, como ocorreu com a Corte Interamericana. Galindo também atesta que não há uniformidade nos próprios critérios da CIJ para determinar a existência do costume regional, em especial, nos casos posteriores ao *Haya de la Torre*.<sup>1135</sup>

Feitas essas observações, retoma-se a discussão da OC-25/18, que muito embora não tenha reconhecido o asilo diplomático como direito humano *per se*, legitimou a proteção dos asilados diplomáticos com base no princípio da igualdade e não discriminação. Para tanto, afirmou o sentido amplo de jurisdição e a estendeu àqueles que estejam mesmo fora do espaço geográfico do Estado.<sup>1136</sup> Possivelmente, esse também seja o ineditismo da OC-25/18. Tal posicionamento coaduna com a manifestação sobre jurisdição extraterritorial feita na OC-23/17, a qual também recorreu aos trabalhos preparatórios da Convenção Americana para interpretar que a supressão da palavra "território" do art. 1.1 conferia ampla interpretação ao

---

<sup>1133</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XLVI Curso de Derecho Internacional*. Organizado por la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2019. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XLVI\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2019.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLVI_curso_derecho_internacional_2019.pdf) Acesso em 21 abr. 2022, p. 17.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1135</sup> "A partir del caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, de 1986, la posición de la CIJ parece haberse modificado gradualmente. Comenzaron a surgir referencias genéricas, sin un análisis mínimo de la prueba, a favor o en contra de la existencia de una norma internacional consuetudinaria regional. El mismo tipo de consideración genérica se observa en el caso relativo a la controversia fronteriza, también de 1986. El distanciamiento respecto del caso relativo al derecho de asilo se intensifica aún más en la causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos, de 2009". Cf. COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Tercer Informe *El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano*. CJI/doc.645/21. Sesión Virtual, 26 julio 2021, p. 15.

<sup>1136</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25, § 173.

termo "jurisdição".<sup>1137</sup> Na oportunidade, a Corte IDH reconheceu as obrigações extraterritoriais por danos ambientais transfronteiriços.<sup>1138</sup>

Além disso, a Corte IDH manteve o seu posicionamento ao reconhecer o princípio da não devolução como norma *jus cogens*, tal qual manifestado na OC-21/14.<sup>1139</sup> Definiu-se que esse instituto é aplicável a todos os imigrantes sem distingui-los entre categorias específicas.<sup>1140</sup> Em consonância com o *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, a Corte IDH brevemente abordou a devolução indireta.<sup>1141</sup>

Assim como no *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia* e na OC-21/14, a Corte IDH importa o entendimento do ACNUR em diversas matérias. Mencionou diversas vezes os instrumentos de *soft law*: "*Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*" e "*Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*".

Interessante notar a postura da Corte IDH, que parece ser bem diferente daquela assumida sob a presidência do jurista Cançado Trindade na OC-16/99 e OC-18/03. Ao recorrer aos trabalhos preparatórios dos tratados regionais, ela privilegiou a vontade estatal,<sup>1142</sup> que expressamente inseriu o termo "em território estrangeiro" ao invés de conceder uma interpretação ampliada ao direito ao asilo e concebê-lo como direito humano em suas três modalidades.

No próximo capítulo discutir-se-ão as implicações das análises acima. No entanto, é possível perceber, antecipadamente, alguns pontos de convergência e divergência entre os casos. Destacam-se três deles: (i) a presença do juiz Cançado Trindade como presidente da Corte IDH (1999-2004) e como sua concepção de "consciência jurídica universal" ecoou nos julgamentos em que ele esteve presente - é possível notar um recuo argumentativo nas decisões

---

<sup>1137</sup> Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, § 77-78.

<sup>1138</sup> *Ibid.*, § 85.

<sup>1139</sup> Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, § 181.

<sup>1140</sup> *Ibid.*, § 186.

<sup>1141</sup> *Ibid.*, § 193.

<sup>1142</sup> "*La aplicación irrestricta del principio pro persona conduciría a la deslegitimación del accionar del intérprete*". Cf. *Ibid.*, § 149.

a partir de 2006, quando o brasileiro saiu da Corte Interamericana; (ii) existe uma tendência em importar critérios e conceitos dos órgãos da ONU (como Comitês e agências), onde há maior detalhamento sobre os direitos em si; (iii) a despeito da postura mais conservadora da Corte Internacional de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos, ambas ainda exercem forte influência intelectual na Corte IDH, ao passo que o Sistema Africano de Direitos Humanos (Corte e Comissão) não impactam substantivamente a jurisprudência interamericana sobre migrações.

Deste modo, o próximo capítulo, que dá encaminhamento para as considerações finais desta dissertação, reflete acerca das tendências enunciadas acima, bem como examina as ambivalências entre o particular e o universal em matéria de migrações internacionais no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

#### **4. PARA ALÉM DA *PAROLE*: reflexões críticas acerca dos diálogos transjudiciais**

Esta seção demonstra que independentemente da reciprocidade entre as Cortes ou possíveis cooperações estabelecidas entre elas, há uma gramática em comum, que lhes permite operar estrategicamente. Para compreender como essa racionalidade é mantida, inicia-se a discussão examinando as OC-01/82 e OC-10/89, que dispõem sobre a interpretação dos tratados universais e da Declaração Americana. Posteriormente, verifica-se o modo de operacionalização das interações entre a Corte Interamericana, Europeia e CIJ entre os 14 casos estudados.<sup>1143</sup> Para tanto, analisar-se-á os quatro precedentes europeus mais citados pela jurisprudência interamericana sobre migrações, a fim de verificar a convergência entre os resultados ou a reciprocidade das menções. Logo em seguida, reflete-se sobre a circulação dos valores universais por meio da gramática do Direito Internacional. Nessa parte, situa-se a atuação do brasileiro Cançado Trindade como expoente da consciência jurídica universal ao longo da década em que esteve na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, reflete-se acerca da aculturação e do binômio efetividade/inefetividade, a partir da perspectiva crítica dos diálogos transjudiciais.

O cenário pós-Segunda Guerra Mundial foi frutífero para o aumento da quantidade de organizações internacionais e o estabelecimento de normas por meio dos tratados

---

<sup>1143</sup> Explica-se que o caso *Ivcher Bronstein v. Perú* não foi contabilizado na análise quantitativa em razão da pertinência temática de todo o conteúdo da sentença. Na parte qualitativa, recorda-se que a análise dessa sentença foi somente em relação ao direito à nacionalidade.

internacionais.<sup>1144</sup> Esse fenômeno possibilitou a criação de regras específicas com certa autonomia ao Direito Internacional Geral. Paralelamente, a efervescência dos Tribunais Internacionais<sup>1145</sup> também acrescentou complexidade a qualquer pretensão de busca pela unidade do Direito Internacional. Galindo e Romano situam o período pós-Guerra Fria como nuclear para essa multiplicação das Cortes internacionais.<sup>1146</sup>

Nota-se que muito embora não exista hierarquia entre as Cortes, é razoável pensar que a unidade entre elas seja almejada de alguma forma. Porém, esse ímpeto apresenta complexidades, pois diversas decisões coexistem e, por vezes, convergem ou divergem entre si.<sup>1147</sup> A relação horizontal entre os Tribunais poderia causar insegurança jurídica diante do impasse sobre qual decisão seria a mais adequada para determinado caso. Algumas Cortes apostam em posicionamentos mais vanguardistas, enquanto outras preferem ser mais cautelosas. Sobre esse tema, Galindo pontua que "os grandes progressos que faremos no Direito Internacional devem surtir efeito em todo o seu corpo, e não apenas em parte dele".<sup>1148</sup>

Uma das alternativas às propostas de hierarquização entre os Tribunais seriam os diálogos transjudiciais. A estadunidense Slaughter, citada nos capítulos iniciais, é uma das defensoras desse modelo. Entretanto, ainda que tal comunicação aconteça, não necessariamente conduzirá à atuação harmônica.<sup>1149</sup> A pesquisa realizada nesta dissertação permite coadunar com as argumentações apresentadas por Cesare Romano e Mark Toufayan. Para divergir ou convergir entre si, as Cortes utilizam escolhas estratégicas. Por exemplo, as OC-16/99 e OC-18/03, ao invés de divergirem com as decisões alheias à jurisdição interamericana, enfatizam as especificidades em questão ou até omitem os precedentes externos em sentido contrário.<sup>1150</sup> Entretanto, mesmo essas dissonâncias parecem acontecer dentro de um espaço limitado de atuação.

---

<sup>1144</sup> GALINDO, George. Sê plural como o Universo!: A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 8, n.33, 2000, p. 8.

<sup>1145</sup> Romano chama a atenção para a diferenciação entre "Tribunais Internacionais" e "Cortes Internacionais". A primeira expressão incluiria os tribunais *ad hoc* e as Cortes permanentes, enquanto o segundo conceito contemplaria apenas os últimos. Entretanto, para fins de evitar a repetição excessiva dos termos, não incorporará tal diferenciação, mas ciente de que ela existe para alguns doutrinadores. ROMANO, Cesare. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 31, 1998, p. 712.

<sup>1146</sup> GALINDO, George. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, 2012, p. 4; ROMANO, 1998, p. 729.

<sup>1147</sup> GALINDO [2000], op. cit., p. 10; KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002; GALINDO, George (Org.). *Fragmentação do Direito Internacional: Pontos e Contraponto*. Arraes Editora, 2015.

<sup>1148</sup> GALINDO [2000], op. cit., p. 27.

<sup>1149</sup> GALINDO [2012], op. cit., p. 4.

<sup>1150</sup> ROMANO, op. cit., p. 766-767; GALINDO [2012], op. cit., p. 6.

Romano pontua que essas sentenças interpretam obrigações estabelecidas no DI, ou seja, "elas não criam o Direito Internacional, meramente o aplicam".<sup>1151</sup> A interpretação, portanto, pode ser fundamentada por inúmeras racionalidades (e possibilidades). Os diálogos ou "monólogos" transjudiciais são uma delas. Ciente disso, dois pontos são centrais para este trabalho: (i) qual a consideração conferida às jurisprudências externas; e (ii) qual gramática é utilizada para conduzir a discussão.<sup>1152</sup> A partir disso, as dinâmicas dessas comunicações parecem sugerir justamente a assimetria entre eles. Esta seção aborda ambos os aspectos por meio da análise crítica do estudo de caso realizado sobre a jurisprudência interamericana.

Ainda que os posicionamentos da Corte IDH sejam conhecidos por serem inovadores<sup>1153</sup> e, em certa medida, realmente são se comparados com as demais Cortes, não é possível olvidar-se de que ela o faz a partir de inúmeras importações e menções às instituições alheias ao seu funcionamento. Não se trata, portanto, de avaliar moralmente se essa interação é boa ou ruim. A questão central foca nas repercussões que essa postura causa, isto é, propõe-se colocar luz sobre as nuances que existem nas meras notas de rodapé das sentenças interamericanas sobre migrações internacionais.

Prioritariamente, identificaram-se três modos de operacionalizar a construção argumentativa: (i) pela importação de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos; (ii) pela importação das sentenças da Corte Internacional de Justiça; e (iii) pelo empréstimo dos critérios definidos pelos instrumentos de *soft law* emitidos por instituições da ONU. Cada um desses métodos possui pontos a serem problematizados e, por vezes, podem causar efeitos contrários àqueles que parecem ser almejados pela Corte Interamericana.<sup>1154</sup> Porém, constatou-se que um aspecto é comum aos três modos: a interpretação evolutiva dos direitos humanos, assegurada pelo art. 29 da Convenção Americana, parece originar-se de uma leitura universalista. A seguir, explorar-se-ão possíveis chaves interpretativas para analisar essa postura da Corte Interamericana perante os demais Tribunais, em específico, a Corte EDH e a CIJ.

---

<sup>1151</sup> Tradução nossa. ROMANO, Cesare. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 31, 1998, p. 764.

<sup>1152</sup> *Ibid.*, p. 758.

<sup>1153</sup> HENNEBEL, Ludovic. La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Francia, Editions Pedone, p. 75-119, 2009.

<sup>1154</sup> FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, 2019, p. 253.

#### 4.1 "América para a humanidade?"<sup>1155</sup> *A perspectiva universalista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Hennebel utiliza duas expressões interessantes para definir o comportamento da Corte Interamericana: (i) particularismo interamericano e (ii) universalismo interamericano.<sup>1156</sup> O primeiro possui conotação que se assemelha ao exótico, excepcional e contribucionista. E o segundo diz respeito ao trabalho artesanal de juntar as influências intelectuais universais e aplicá-las sob uma nova roupagem no contexto interamericano.

Esse segundo fenômeno pode ter fundamentação na própria base constitutiva dos instrumentos interamericanos. As influências universais foram e continuam presentes nas atividades do SIDH. Como demonstrado nos capítulos iniciais, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi concebida sob fortes influências da Declaração Americana (DADDH) e da Declaração Universal (DUDH), tal qual inclusive consta no preâmbulo do Pacto de San José.<sup>1157</sup> Além disso, o art. 64, CADH, permite que "outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos nos Estados Americanos" sejam interpretados em âmbito consultivo da Corte IDH.<sup>1158</sup> Essa interpretação extensiva, além do mais, foi analisada ao longo do exame da OC-16/99. Essa perspectiva que parece se aproximar do universalismo também encontra lugar nas primeiras manifestações da Corte Interamericana. Brevemente, examina-se a OC-01/82 e a OC-10/89.

A Opinião Consultiva 01 de 1982 foi solicitada pelo Peru e nomeada como "*Otros tratados*" *Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana de Derechos Humanos)*. Questionava-se sobre a interpretação do seguinte trecho do art. 64, CADH: "ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados

---

<sup>1155</sup> A expressão "América para a Humanidade" foi originalmente pronunciada pelo delegado Roque Sáenz Peña do Governo Argentino na Terceira Conferência Panamericana em contraponto ao lema da Doutrina Monroe ("América para os americanos"). Conforme explica Eugênio Rezende de Carvalho, a frase expressa a ideia da "conciliação da perspectiva de identidade regional com a perspectiva universalista". Cf. "América para a humanidade" – Eugênio Rezende de Carvalho. PPGH – UFG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RgEWNw7pS9g>. Acesso em 20 abr. 2022.

Assim, entendemos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece engajar com essa mesma ideia de América para a Humanidade.

<sup>1156</sup> HENNEBEL, Ludovic. *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Francia, Editions Pedone, 2009, p. 31. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2322658](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2322658). Acesso em 2 mar. 2022.

<sup>1157</sup> "Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* e na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; [grifo nosso]"

<sup>1158</sup> HENNEBEL, op. cit., p. 35.

americanos".<sup>1159</sup> Em outras palavras, o objetivo da OC era definir quais tratados eram contemplados por essa expressão a fim de delimitar o alcance dessa norma.

Antes de analisar o mérito em si, a Corte IDH esclareceu que qualquer membro da OEA pode pedir uma interpretação por via consultiva.<sup>1160</sup> Portanto, o artigo 64 da Convenção não limita a função consultiva da Corte somente aos Estados submetidos à sua jurisdição. Esse cenário diverge do funcionamento das opiniões consultivas emitidas pela Corte EDH e pela CIJ. No primeiro, há limitações interpretativas expressas (Art. 1.2, Protocolo N. 2 à Convenção Europeia), e no segundo, o art. 96 da Carta da ONU restringe quem pode solicitar opiniões à CIJ.

Em relação ao escopo do art. 64, a Corte IDH afirmou que existem duas limitações concretas à sua função consultiva: (i) a primeira seria em relação à matéria, pois apenas tratados que implicam diretamente na proteção dos direitos humanos poderiam ser interpretados;<sup>1161</sup> (ii) e a outra limitação seria à estrita observância do não desvirtuamento da competência consultiva para obtenção de respostas antecipadas sobre casos jurídicos pendentes.<sup>1162</sup>

Por fim, ao examinar quais seriam as limitações geográficas dos tratados, a Corte IDH entendeu que os instrumentos firmados fora do sistema interamericano também poderiam ser objeto de interpretação, desde que observado o conteúdo concernente à proteção de direitos humanos.<sup>1163</sup> Assim, não há exigências de que sejam tratados regionais ou entre os Estados americanos.

A partir disso, a Corte IDH pontua algo que é imprescindível à presente análise: "(...) *el fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de la naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merece garantía, están en la base de todo régimen de protección.*"<sup>1164</sup> Assim, a Corte fixa que distinções entre fontes regionais ou universais seriam impróprias para fins de aplicação no sistema. A leitura universalista feita pela Corte é reforçada tanto no preâmbulo da CADH, quanto nessa primeira Opinião Consultiva, ao alegar que "*en la*

---

<sup>1159</sup> Art. 64. 1, CADH. "Os Estados- membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção *ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.* Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires [Grifo nosso]".

<sup>1160</sup> Corte IDH. "*Otros tratados*" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, § 14; 17-18.

<sup>1161</sup> Ibid., § 21.

<sup>1162</sup> Ibid., § 24-25; 31.

<sup>1163</sup> Ibid., § 37.

<sup>1164</sup> Ibid., § 40.

*Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de derechos humanos".*<sup>1165</sup>

A OC-01/82 retoma aos trabalhos preparatórios da Convenção para evidenciar o claro intuito de harmonização entre o regional e universal. Segundo a Corte Interamericana, embora a celebração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fosse concomitante à criação da Convenção Americana, os Estados americanos foram consultados para verificar se prosseguiriam ou não os trabalhos para a celebração da CADH. A maioria deles votou pela continuação, desde que fosse adotada a concepção integrativa entre o regional e o universal.<sup>1166</sup>

Sobre as possíveis divergências entre eles, a Corte Interamericana ressaltou que "*en todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo*".<sup>1167</sup> Assim, sob a perspectiva da Corte IDH, conclusões diferentes e até contraditórias sobre a mesma regra seriam possíveis e não seriam extremamente graves.<sup>1168</sup> Essa passagem da Corte Interamericana aborda, justamente, a multiplicação dos Tribunais referida no início desta seção.

Na OC-10/89, por sua vez, a Colômbia complementou o questionamento da OC-01/82 e consultou se, à luz do art. 64, CADH, era possível a emissão de opiniões consultivas sobre a Declaração Americana de 1948. Essa dúvida surgiu, pois o instrumento não é um tratado, porém possui valor histórico ao Sistema Interamericano. Concluiu-se que a Convenção Americana, por mencionar a Declaração,<sup>1169</sup> deve ser interpretada de forma sistemática. Em outras palavras, "*este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e [sic] integrado con nuevos instrumentos*".<sup>1170</sup> Assim, ainda que não seja um tratado, a Corte Interamericana não afastou os efeitos jurídicos da Declaração Americana.<sup>1171</sup>

<sup>1165</sup> Corte IDH. "*Otros tratados*" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, § 41.

<sup>1166</sup> Ibid., § 47.

<sup>1167</sup> Ibid., § 50.

<sup>1168</sup> Ibid., § 50-51.

<sup>1169</sup> Art. 29, d, CADH. "Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza".

<sup>1170</sup> Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, § 37.

<sup>1171</sup> Ibid., § 46-47.

Nesse mesmo parecer consultivo, a Corte menciona por três vezes o que ela chama de "derecho americano".<sup>1172</sup> No parágrafo 38, ela o define como "*una expresión regional de la experimentada por el Derecho Internacional contemporáneo y en especial por el de derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico*".<sup>1173</sup> Logo em seguida, ela exemplifica que determinadas normas *jus cogens* seriam manifestações do direito americano e cita o caso Barcelona Traction da CIJ (que menciona as obrigações *erga omnes* aos Estados).<sup>1174</sup>

A partir desses posicionamentos, é possível perceber os intuitos da Corte Interamericana. A aproximação entre o universal e o regional, portanto, não é "natural". Retomando a provocação de Hennebel, evidenciam-se as diferenças entre o "particularismo interamericano" e o "universalismo interamericano". O primeiro, possivelmente, conseguiria se articular à margem do sistema com seus próprios códigos. O segundo adequa-se à gramática universal e consegue inovar dentro daquelas possibilidades (limitadas). Neste sentido, se alguém deseja ser compreendido dentro desse campo de poder, seria necessário adotar a "linguagem pré-existente e o sistema pré-existente de interpretar o mundo".<sup>1175</sup> Como visto no capítulo 2, a criação das leis não parte do vácuo. Elas são matérias subjetivas a partir de escolhas políticas e prioridades.<sup>1176</sup> A projeção pan-americanista confere chaves interpretativas para se refletir acerca da Declaração Americana de Direitos Humanos e os códigos que foram positivados nela. Portanto, não se trata de espaços neutros. Existem escolhas artificiais e estratégicas que são realizadas. Tais ambivalências foram identificadas nas nuances da jurisprudência interamericana sobre migrações, como se verá a seguir.

A partir dessa leitura universalista enunciada desde as primeiras manifestações da Corte Interamericana, a próxima parte analisa as interações externas na jurisprudência do estudo de caso desta pesquisa.

---

<sup>1172</sup> Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, § 37-38.

<sup>1173</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>1174</sup> "*Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pág. 3. En la misma línea de pensamiento ver también Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) supra 37, pág. 16 ad 57; cfr. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pág. 3 ad 42)*". Cf. *Ibid.*, § 38.

<sup>1175</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 12.

<sup>1176</sup> *Ibid.*, p. 17.

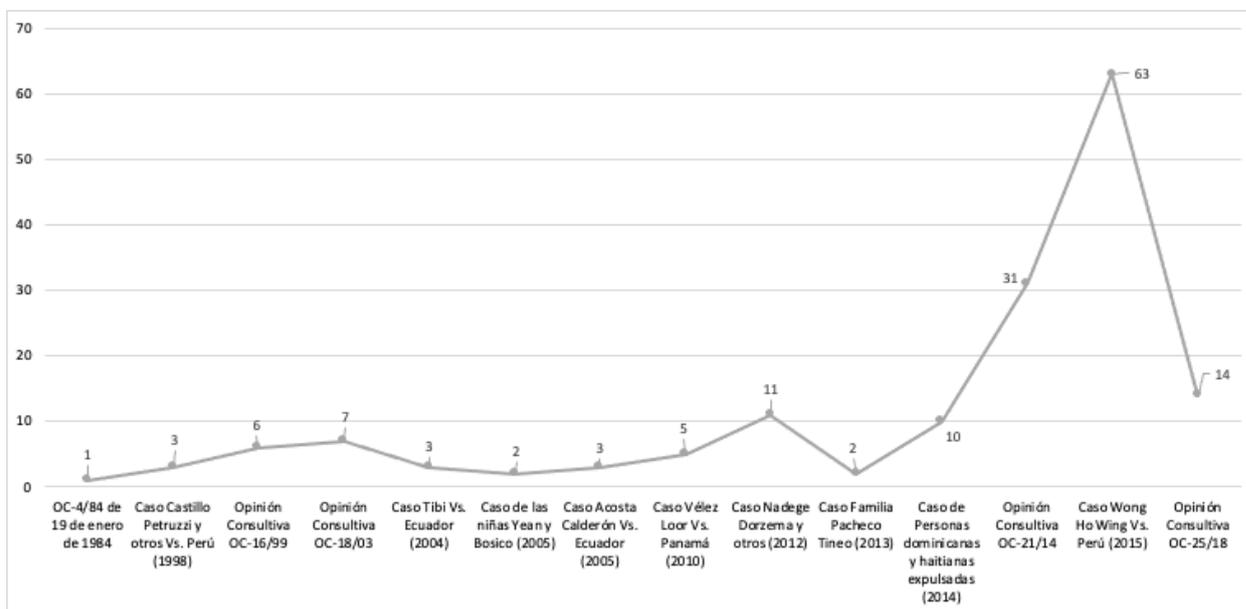
#### ***4.2 Percepções críticas sobre as interações entre a Corte Interamericana, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça***

Abaixo apresenta-se a análise quantitativa das decisões europeias mencionadas expressamente (no corpo do texto ou em notas de rodapé). Ao todo, destaca-se que muitos dos casos indicados possuem em comum a temática acerca do *princípio da não devolução*, como se verá posteriormente. O gráfico abaixo evidencia os números de decisões citadas entre os anos de 1984 a 2018 nos casos interamericanos sobre migrações internacionais.

Preliminarmente, salientam-se três opções metodológicas adotadas para a elaboração do gráfico: (i) a primeira delas é a retirada da decisão *Ivcher Bronstein v. Perú* da análise quantitativa. Recorda-se que apenas o tópico sobre o direito à nacionalidade foi analisado na parte qualitativa, devido à pertinência temática. Neste sentido, a consideração da sentença completa enviesaria o resultado. Portanto, apenas 14 casos são considerados abaixo; (ii) a segunda observação diz respeito à unidade de medida do gráfico. Os números representam as decisões em si e não as menções, em outras palavras, as menções repetidas à mesma decisão em uma mesma sentença/OC foram descartadas. No entanto, as decisões que se repetiram entre os casos foram mantidas; (iii) por fim, foram consideradas apenas as decisões externas mencionadas pela plenária da Corte IDH (em exceções preliminares, provas, mérito). Decisões citadas em alegações da Comissão, representantes, Estados e votos individuais foram desconsideradas para fins de aparição no gráfico.

Nesta parte, pretende-se averiguar criticamente as menções identificadas na seção anterior, tanto em relação à CEDH quanto à CIJ. A Corte Europeia e a Corte Interamericana mantêm atribuições semelhantes ao nível local (uma no continente europeu e a outra no americano): ambas possuem competência para interpretar as convenções regionais de proteção dos direitos humanos. Embora os tratados contenham distinções textuais, os dois privilegiam a proteção dos direitos civis e políticos. Entretanto, a Convenção Europeia possui um viés mais moderado do que a Convenção Americana. Alguns artigos interamericanos, como o direito da criança, à nacionalidade e o direito à circulação e residência não encontram correspondência na CEDH. Apesar disso, as referências aos precedentes europeus na jurisprudência interamericana sobre mobilidade humana são significativas.

**Gráfico 1** - Números de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos citadas pela Corte Interamericana, 1984 - 2018



Fonte: Elaboração própria, a partir das sentenças/OCs emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1984 a 2018.

Observa-se que, ao longo de 2012 a 2018, foram mencionados 131 precedentes europeus nos seis casos emitidos nesse período.<sup>1177</sup> Esse volume supramencionado foi mais de quatro vezes maior, se comparado ao período anterior. Entre 1984 a 2010, foram 30 sentenças da Corte Europeia citadas ao longo dos oito casos.<sup>1178</sup>

A partir dessas observações, três pontos chamam atenção: (i) a falta de contextualização entre o caso interamericano e a decisão europeia referenciada; (ii) a baixa reciprocidade por parte europeia; e (iii) a metodologia divergente entre a Corte Europeia e a Corte Interamericana.

Em primeiro lugar, ressalta-se que embora a Corte Interamericana cite os precedentes europeus, ela não se preocupa em estabelecer uma relação direta entre os fatos do caso decidido

<sup>1177</sup> A quantidade de sentenças indicadas são, respectivamente: Caso Nadege Dorzema y otros (2012) menciona 11 decisões; Caso Familia Pacheco Tineo (2013) menciona 2 decisões; Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014) menciona 10 decisões; OC-21/14 menciona 31 decisões; Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (2015) menciona 63 decisões; OC-25/18 menciona 14 decisões.;

<sup>1178</sup> De 1984 a 2010, foram mencionadas: OC-4/84 com 1 sentença europeia; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (1998) com 3 sentenças; OC-16/99 com 6 sentenças; OC-18/03 com 7 sentenças; Caso Tibi Vs. Ecuador (2004) com 3 sentenças; Caso de las niñas Yean y Bosico (2005) com 2 sentenças; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador (2005) com 3 sentenças; Caso Vélez Loor Vs. Panamá (2010) com 5 sentenças.

e a referência europeia.<sup>1179</sup> Em nenhum caso a Corte Interamericana identificou pontos convergentes entre os fatos do caso local com o caso europeu. A menção restringe-se a recortar fragmentos da decisão europeia e incorporá-los à jurisprudência regional. Geralmente, há importação de parâmetros, tal qual ocorreu com os quatro elementos para definição do prazo razoável do processo, conforme visto no capítulo anterior. Em outras oportunidades, a Corte indica, majoritariamente, os casos em nota de rodapé, como em *Wong Ho Wing v. Peru*, em que existem menções a 63 decisões europeias diferentes (sem incluir as inúmeras repetições dos casos ao longo das notas).

A partir do levantamento das decisões mais citadas ao longo dos 14 casos, tem-se os precedentes europeus *Čonka Vs. Bélgica*,<sup>1180</sup> *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália*,<sup>1181</sup> e *Saadi Vs. Itália*<sup>1182</sup>. Logo em seguida, *D.H. y otros Vs. República Checa*, *Brogan and Others v. United Kingdom*, *Gebremedhin Vs. França*, *Jabari vs. Turquia* e *Loizidou Vs. Turquia*. Nota-se que o caso *Soering v. The United Kingdom* é o mais citado, tendo aparecido em três decisões e dois votos do juiz Cançado Trindade.<sup>1183</sup>

Nenhuma dessas nove sentenças europeias acima mencionam diretamente a Corte Interamericana na resolução do mérito da questão. Em alguns, ela é referenciada, seja nos votos individuais dos juízes, seja nas alegações dos representantes. Mas a Corte Europeia em si não faz referência aos precedentes interamericanos nesses casos.

Essa ausência conduz à reflexão do segundo ponto, sobre a reciprocidade entre as Cortes. Voeten traça quatro hipóteses pelas quais as citações externas podem ser compreendidas, a saber: "como reconhecimento de aprendizagem de outros tribunais, como tentativas de influenciar outros tribunais, como reflexos da ideologia judicial, e como dispositivos de sinalização".<sup>1184</sup>

A primeira hipótese sobre o aprendizado ajudaria a identificar regras semelhantes entre os sistemas e ilustraria uma possível aplicação de parâmetros comuns. A segunda, por sua vez,

---

<sup>1179</sup> FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, 2019, p. 250.

<sup>1180</sup> Mencionada na OC-21/14, *Nadege Dorzema y Otros v. República Dominicana, Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana, Wong Ho Wing v. Perú*.

<sup>1181</sup> Mencionada na OC-21/14, OC-25/18, *Nadege Dorzema y Otros v. República Dominicana, Wong Ho Wing v. Perú*.

<sup>1182</sup> Mencionada na OC-21/14, OC-25/18, *Nadege Dorzema y Otros v. República Dominicana, Wong Ho Wing v. Perú*.

<sup>1183</sup> Mencionado na OC-16/99, OC-21/14, *Wong Ho Wing v. Perú*, bem como nos votos do juiz Cançado Trindade na OC-18/03 e no caso *Tibi v. Equador*.

<sup>1184</sup> Tradução nossa. VOETEN, Erik. Borrowing and nonborrowing among international courts. *The Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, 2010, p. 550.

revelaria os interesses paroquiais, e o engajamento seria para motivar citações recíprocas. A terceira hipótese apontaria que os juízes com determinado posicionamento político tendem a citar outros juízes com discurso político convergente. Na última suposição, Voeten refere-se à comunicação estratégica. Essa última concepção parte de duas suposições: a argumentação compartilhada criaria um espaço de entendimento comum, logo afastaria possíveis arbitrariedades e, por outro lado, sugere que a autonomia dos Tribunais seria limitada, pois eles atuariam em um espaço estratégico.<sup>1185</sup> Superficialmente, a atuação da Corte Interamericana parece buscar o "entendimento comum" ao mencionar os precedentes alheios à sua jurisdição.

Entretanto, apesar dessas hipóteses, é importante lembrar que nem sempre os diálogos transjudiciais são recíprocos. Esse fenômeno é marcado, sobretudo, por assimetrias. Em termos numéricos, a Corte Europeia, por sua vez, tem mais de 50 anos de existência, mais de 10.000 sentenças emitidas e 47 juízes.<sup>1186</sup> De acordo com Voeten, ainda que a Corte Europeia esteja atenta às atividades das outras Cortes internacionais, ela raramente as referencia. Em seus estudos empíricos, ele acrescenta outras três conclusões: os juízes tendentes a interpretações mais expansivas da Convenção Europeia também são os que mais fazem referências externas; existem assimetrias entre as referências transjudiciais; e potencialmente as menções externas são feitas de modo estratégico pelos juízes.<sup>1187</sup> A hipótese de Voeten é que a "abordagem universalista para os direitos humanos conduz os juízes a serem mais expansivos em relação ao uso das fontes externas".<sup>1188</sup>

Além disso, a terceira reflexão incide na convergência entre as decisões europeias e interamericanas. Nem sempre é possível saber se a decisão adotada pela Corte Europeia convergiu com o posicionamento da Corte Interamericana. Dentre as divergências entre elas, ressalta-se que, muitas das vezes, a metodologia utilizada pela Corte Europeia baseia-se na proporcionalidade. Em outras palavras, os europeus recorrem à técnica da "margem de apreciação" para avaliar o grau de discricionariedade doméstica conferida aos Estados.<sup>1189</sup> Cita-se, como exemplo, o caso *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, cujo qual tratava sobre a negativa da demanda de refúgio, e a Corte EDH considerou que os Estados possuíam certa discricionariedade para conduzir a revisão dos processos jurídicos (citado no caso Wong

---

<sup>1185</sup> VOETEN, Erik. Borrowing and nonborrowing among international courts. *The Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, 2010, p. 553.

<sup>1186</sup> *Ibid.*, p. 557.

<sup>1187</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>1188</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 568.

<sup>1189</sup> FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, 2019, p. 252-253.

Ho Wing v. Peru).<sup>1190</sup> Por outras, baseiam-se no "consenso regional" antes de determinar a violação de certo direito.

Ciente dessas três problematizações, a análise quantitativa do grupo de casos interamericanos seleccionados para esta pesquisa permitiu extrair as quatro decisões europeias mais mencionadas por eles: *Čonka Vs. Bélgica*, *Saadi Vs. Itália* e *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália* e *Soering v. The United Kingdom*. A partir dessa informação, examina-se a seguir em qual medida as sentenças europeias se aproximam ou se distanciam das decisões interamericanas.

A primeira diz respeito a uma família de nacionais de origem cigana da Eslováquia (dois adultos e duas crianças), que tentou residir na Bélgica após sofrer ataques de *skinheads*. Embora a família tenha solicitado o reconhecimento da condição de refugiada ao governo belga, o pedido foi recusado, e uma ordem de deportação foi emitida. A família recorreu perante o *Conseil d'État* belga, entretanto, não obteve sucesso. Durante esse período, ficou privada de liberdade na estação *127 bis* com outras famílias de origem cigana, onde permaneceu até a data da deportação, em 5 de outubro de 1999. Por fim, a sentença *Čonka Vs. Bélgica* da Corte Europeia de Direitos Humanos foi emitida em 5 de fevereiro de 2002.

A análise da Corte Europeia inicia verificando se as detenções foram arbitrárias. Os critérios utilizados são bem parecidos com aqueles adotados pela Corte Interamericana. Inclusive, a Corte Europeia utiliza os mesmos termos acerca da efetividade do recurso, exigência da motivação da privação de liberdade, assistência jurídica e intérpretes.<sup>1191</sup> Além disso, em relação ao último elemento, o Tribunal entendeu que não houve violação, pois havia um intérprete à disposição dos imigrantes eslovacos com origem cigana.

A Corte EDH também responsabilizou a Bélgica pelas expulsões coletivas. Segundo ela, as ordens de deportação não eram individualizadas, tampouco foram oferecidas garantias judiciais suficientes.<sup>1192</sup> Destaca-se que esses critérios acima são muito semelhantes à motivação adotada também pela Corte Interamericana. Portanto, não houve aplicação do critério da margem de apreciação nesta decisão. No voto do juiz Velaers, ele posiciona-se favorável a essa aplicação, que foi afastada pela Corte, apesar da alegação do Estado.<sup>1193</sup>

<sup>1190</sup> "(...) *Contracting States being afforded a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision*". Cf. Corte EDH. *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*. (Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87). Judgment, Strasbourg, 30 October 1991, § 122.

<sup>1191</sup> Corte EDH. *Affaire Čonka c. Belgique* (Requête n ° 51564/99). Arrêt. Strasbourg. 5 février 2002, § 50.

<sup>1192</sup> *Ibid.*, § 62-63.

<sup>1193</sup> "*A mon avis – et cet élément est pour moi décisif dans cette affaire – la marge d'appréciation doit être plus large, quand, comme en l'espèce, le grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention est jugé manifestement mal fondé, et par conséquent indéfendable, dans le cadre de l'article 13 de la Convention*". Cf. Corte EDH. *Affaire Čonka c. Belgique* (Requête n ° 51564/99). Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M. Le Juge Velaers. Arrêt. Strasbourg. 5 février 2002, § 17.

Na sentença *Čonka Vs. Bélgica*, muitos aspectos em comum foram identificados entre a Corte Europeia e a Interamericana. Como ressaltado anteriormente, a Corte EDH possui resistência em interagir com precedentes alheios ao seu sistema. Portanto, faz-se notar que ela utiliza apenas suas próprias decisões nessa sentença.

O segundo caso foi nomeado como *Saadi Vs. Itália*. Trata-se da privação de liberdade e ordem de deportação do nacional tunisiano Nassim Saadi. Segundo ele, o retorno ao país de origem o colocaria em risco de tortura. Em outubro de 2002, Saadi foi detido sob suspeita de crime de terrorismo e julgado pelo Tribunal italiano. Após as interceptações telefônicas, ficou comprovado que a vítima possuía intenções de executar ou participar de atos criminosos, mas não comprovaram que se tratava de "terrorismo".<sup>1194</sup> Ele permaneceu privado de liberdade entre 2002 e 2006. Destaca-se que, em 11 de agosto de 2006, ele solicitou asilo por motivos políticos, o qual foi recusado cinco dias depois pelo chefe da autoridade policial de Milão.<sup>1195</sup> O governo italiano, por sua vez, alega que a vítima viajou ao Irã para um campo de treinamento da *Al-Qaeda*. Por fim, a Corte Europeia avaliou os riscos no país receptor em caso de expulsão. Questionava se a Tunísia iria ou não expor o Sr. Saadi à tortura.

Ao iniciar a argumentação, a Corte Europeia faz coro à sua própria jurisprudência,<sup>1196</sup> ao afirmar que os Estados possuem o direito de controlar a entrada, permanência e retirada de não nacionais em seus territórios.<sup>1197</sup> A Corte Interamericana também adotou postura semelhante. Além disso, convergem ao vedar a devolução do imigrante quando houver risco de tortura. Ambos reconhecem a proibição da tortura como norma *jus cogens*.<sup>1198</sup> Neste sentido, seria necessário avaliar o risco de exposição no país receptor. Para formular o seu juízo, a Corte Europeia recorreu aos relatórios da Anistia Internacional sobre a situação geral da Tunísia em relação à proteção dos direitos humanos e às informações fornecidas pelo Departamento de Estado.<sup>1199</sup>

O critério adotado pelos europeus (circunstâncias do momento são decisivas para a tomada de decisão)<sup>1200</sup> coincide com o mesmo parâmetro incorporado no caso interamericano *Wong Ho Wing v. Peru*. Contudo, ambas as Cortes divergem na resolução dos casos fáticos.

---

<sup>1194</sup> Corte EDH. *Case of Saadi v. Italy*. Application no. 37201/06. Judgment. Strasbourg, 28 February 2008, § 20-23.

<sup>1195</sup> *Ibid.*, § 35.

<sup>1196</sup> Corte EDH. *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (Application no. 27765/09). Judgment, Strasbourg, 23 February 2012, § 113.

<sup>1197</sup> Corte EDH [2008], *op. cit.*, § 124.

<sup>1198</sup> *Ibid.*, § 138; Corte EDH [2012], *op. cit.*, § 114-115.

<sup>1199</sup> Corte EDH. *Case of Saadi v. Italy*. Application no. 37201/06. Judgment. Strasbourg, 28 February 2008, § 131.

<sup>1200</sup> *Ibid.*, § 133.

Em *Saadi Vs. Itália*, entendeu-se pela existência de fundamentos substanciais para acreditar no risco real que o requerente fosse submetido à tortura na Tunísia.<sup>1201</sup> A Corte Europeia afirmou que a existência de leis internas e tratados internacionais aos quais a Tunísia ratificou não garantiam a proteção adequada. Por outro lado, em *Wong Ho Wing v. Peru*, a mudança legislativa chinesa fez a Corte Interamericana compreender que, caso a devolução ocorresse, a vítima não seria submetida à tortura.

No caso *Wong Ho Wing v. Peru*, há sete menções ao caso *Saadi Vs. Itália*. Parece plausível, portanto, concluir que a Corte Interamericana, muito embora tenha importado os critérios europeus, decidiu em sentido contrário à Corte Europeia. Essa incoerência reforça a hipótese do uso dos precedentes europeus como argumento de autoridade, legitimidade e persuasão (ou até mesmo aculturação, como será visto nos próximos tópicos). Por outro lado, na decisão *Saadi Vs. Itália* há apenas autorreferências por parte da Corte Europeia.

Por fim, o caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália* também trata de ordens de deportação. Nesse caso, as 24 vítimas (11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia) alegaram que a devolução aos países de origem as submeteria à tortura. Em maio de 2009, os requerentes tentavam chegar à costa italiana a bordo de um navio, no entanto, foram entregues às autoridades líbias, quando capturados pela guarda costeira. No mesmo ano, foram realizadas nove interceptações de navios com imigrantes indocumentados na Itália.<sup>1202</sup>

Em relação aos requerentes, dois faleceram por circunstâncias desconhecidas, 14 foram reconhecidos como refugiados pelo ACNUR em Trípoli (Líbia) e outros seis residem em campos de detenção ou em condição migratória irregular em outros países fora da Itália (salvo o Sr. Ermias Berhane).<sup>1203</sup> Em relação às alegações, inicialmente, a Corte Europeia entendeu que havia aplicação da jurisdição extraterritorial, pois os fatos ocorreram a bordo de navios com a bandeira italiana em alto-mar (quando foram devolvidos à Líbia).<sup>1204</sup>

Quanto ao risco de tortura na hipótese de devolução à Líbia, o posicionamento da Corte Europeia coaduna-se com o caso *Saadi Vs. Itália*. Em ambos, reconheceu-se que tanto a Tunísia quanto a Líbia submeteriam as vítimas às condições precárias e desumanas durante a privação de liberdade.<sup>1205</sup> No caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália* houve a devolução à Líbia, portanto, devolução indireta (visto que os imigrantes eram nacionais da Somália e da Eritreia). Ainda que

---

<sup>1201</sup> Corte EDH. *Case of Saadi v. Italy*. Application no. 37201/06. Judgment. Strasbourg, 28 February 2008, § 146.

<sup>1202</sup> Corte EDH. *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (Application no. 27765/09). Judgment, Strasbourg, 23 February 2012, § 14.

<sup>1203</sup> *Ibid.*, § 17.

<sup>1204</sup> *Ibid.*, § 76; 81-82.

<sup>1205</sup> *Ibid.*, § 126.

a repatriação não tenha sido aos países de origem, que estavam sob grave ameaça de violação de direitos humanos, a Líbia também não foi considerada um país terceiro seguro.<sup>1206</sup> Neste caso, a não ratificação da Convenção de 51 e o fechamento do escritório do ACNUR no país terceiro foram decisivos para que ele não fosse considerado *safe third country*, o que reitera a importância do instituto "refúgio" aos europeus.<sup>1207</sup>

A Corte Europeia também reconheceu que houve expulsão coletiva. Neste caso, ela reiterou os critérios acerca da necessidade de decisões individualizadas e procedimentos de identificação.<sup>1208</sup> Interessante notar que o caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália* foi mencionado no caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana* para reforçar a argumentação da Corte Interamericana de que o número de pessoas expulsas não é o critério fundamental para definição da expulsão coletiva. Essa é a única menção ao caso. Entretanto, verifica-se a influência intelectual, visto que "*la Corte concluye que el Estado trató a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos o darles un trato diferenciado como ser humano y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección*".<sup>1209</sup> Por fim, também não há alusões à Corte Interamericana no caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália*.

O último caso europeu a ser analisado é o *Soering v. The United Kingdom*. O requerente alemão Jean Soering aguardava a conclusão do processo de extradição, requerido pelos Estados Unidos da América, enquanto estava detido na Inglaterra. Ele foi acusado de matar os pais da namorada em 1985.<sup>1210</sup> No Reino Unido, a pena para um homicídio é a prisão perpétua, portanto, não há aplicação de pena de morte nesse caso.<sup>1211</sup> Havia um impasse se Soering seria extraditado para a Alemanha (país de origem) ou para os Estados Unidos (país onde ocorreu o crime, ainda que lá ele tivesse sido condenado à pena de morte).

Assim como nos casos anteriores, em *Soering v. The United Kingdom*, a Corte Europeia reafirma a natureza *jus cogens* da proibição da tortura.<sup>1212</sup> A extradição diante dessas circunstâncias também é inderrogável. Portanto, novamente aplicaram-se os critérios de verificação da existência de um risco real de condenação à pena de morte na Virgínia (EUA),

---

<sup>1206</sup> Corte EDH. *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (Application no. 27765/09). Judgment, Strasbourg, 23 February 2012, § 151-152.

<sup>1207</sup> *Ibid.*, § 153.

<sup>1208</sup> *Ibid.*, § 183-185.

<sup>1209</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 178.

<sup>1210</sup> Corte EDH. *Case of Soering v. The United Kingdom* (Application no. 14038/88). Judgment, Strasbourg, 07 July 1989, § 12-13.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, § 27.

<sup>1212</sup> *Ibid.*, § 87.

tendo em vista a existência do "fenômeno do corredor da morte".<sup>1213</sup> Por fim, a Corte Europeia alegou que a extradição aos Estados Unidos poderia expor o Sr. Soering além dos limites estabelecidos pelo art. 3 da Convenção Europeia. Assim como nos outros casos europeus, também não foram verificadas menções à Corte Interamericana.

Em perspectiva crítica, é possível ressaltar, dentre tantas outras complexidades, dois pontos, a saber: (i) a relação entre as Cortes EDH e IDH com a Corte Africana e o Sistema Africano de Direitos Humanos; e (ii) a insistência em temas preponderantes ao período da Guerra Fria.

Quanto à primeira questão, nota-se que o (não) diálogo com a Corte Africana (e o Sistema Africano de Direitos Humanos, em geral) é um ponto convergente entre as Cortes Europeia e Interamericana.<sup>1214</sup> Nos casos analisados acima do âmbito europeu, além de não existir nenhuma alusão à Corte Interamericana, também não há em relação ao Sistema Africano. A Corte Interamericana, por sua vez, faz raras menções aos casos africanos.

No que diz respeito ao segundo ponto, percebe-se que tanto a Corte IDH, quanto a Corte EDH ainda focam em separar os migrantes em categorias típicas do período da Guerra Fria, quais sejam: (i) distinguir aqueles que enquadram-se na proteção do refúgio ou não (*vide* Família Pacheco Tineo v. Bolívia, OC-21/14, OC-25/18; e *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália, Saadi Vs. Itália e Čonka Vs. Bélgica*); (ii) verificar quais enquadram-se no conceito de não devolução da Convenção de 51; (iii) além de reverberar discussões sobre quem é ou não é apátrida à luz da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1961. Os termos consagrados durante a Guerra Fria, portanto, ainda ecoam nas sentenças de ambos os tribunais.<sup>1215</sup>

Por fim, atenta-se para o modo pelo qual a Corte Interamericana utiliza tais sentenças europeias. Embora concordem com os mesmos temas, algumas vezes elas se distanciam em suas decisões finais. Deste modo, pode-se cogitar acerca da utilização dos precedentes europeus como forma de pressão social ou cognitiva. Isso ocorre, sobretudo, por parte da Corte Interamericana, pois parece se tratar de uma prática unilateral. A seguir, observa-se que esse movimento de importação também é semelhante em relação à Corte Internacional de Justiça.

---

<sup>1213</sup> Corte EDH. *Case of Soering v. The United Kingdom* (Application no. 14038/88). Judgment, Strasbourg, 07 July 1989, § 92.

<sup>1214</sup> Tem-se plena ciência de que, muito embora a Carta Africana tenha sido estabelecida, diferente dos Sistemas Europeu e Americano, a Corte Africana entrou em vigor pouco mais de 20 anos depois, em decorrência do Protocolo à Carta. No entanto, o SADH também é composto pela Comissão Africana. Cf. ROMANO, Cesare. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 31, 1998, p. 721.

<sup>1215</sup> DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015, p. 247.

Entre os 15 casos analisados pelo presente estudo, a Corte IDH faz diversas menções à Corte Internacional de Justiça. Porém, as sentenças<sup>1216</sup> da Corte IDH fazem referências tímidas à CIJ e interagem mais com a Corte Europeia de Direitos Humanos. Em contrapartida, observa-se que a interação é maior nas Opiniões Consultivas.<sup>1217</sup> Todas as cinco aludem, em maior ou menor intensidade, às decisões da CIJ. As OC-16/99 e OC-18/03 são as que mais tentam dialogar com a Corte universal. Ambas citam sete casos da CIJ. Recordar-se que no primeiro caso, a Corte IDH estabeleceu o direito à informação sobre a assistência consular, enquanto no segundo reconheceu a natureza *jus cogens* do princípio da igualdade e não discriminação.

É possível supor que essas interações parecem ter um objetivo em comum: obter algum tipo de reação por parte da Corte Internacional de Justiça acerca do entendimento introduzido pela Corte Interamericana. Ressalta-se que o caso *LaGrand* estava em trâmite na CIJ em paralelo à emissão da OC-16/99, portanto, poderia ser uma oportunidade para o Tribunal universal coadunar ou não com a interpretação interamericana. Entretanto, em ambas as oportunidades a CIJ não interagiu com a CtIDH. Restando, portanto, um monólogo.

---

<sup>1216</sup> **Castillo Petruzzi v. Peru:** Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)

**Tibi v. Equador; Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana; Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana:** Não há menções à CIJ.

**Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana:** Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)

**Acosta Calderón v. Equador:** A única menção é no voto do juiz Cançado Trindade ao caso *La Grand Case* (Germany v. United States of America);

**Vélez Loor v. Panamá:** *La Grand Case* (Germany v. United States of America);

**Wong Ho Wing v. Peru:** *Mavrommatis Palestine Concessions* (C.P.J.I); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*

<sup>1217</sup> Abaixo seguem os casos da CIJ citados nos seguintes Pareceres Consultivos da Corte Interamericana:

**OC-04/84:** (1) Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala); (2) Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations.

**OC-16/99:** (1) Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; (2) Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; (3) Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970); (4) Western Sahara; (5) Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations; (6) *La Grand Case* (Germany v. United States of America); (7) *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Teheran*.

**OC-18/03:** (1) Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations; (2) Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970); (3) Western Sahara; (4) Reservations to the Convention on Genocide; (5) Interpretation of Peace Treaties; (6) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; (7) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.

**OC-21/14:** (1) Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia); (2) *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America); (3) Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.

**OC-25/18:** (1) *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru); *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Costa Rica); (2) Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia); (3) *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America); (4) Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory; (5) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America).

Outra interação importante é que a Corte Interamericana parece utilizar os conceitos e interpretações da Corte Internacional de Justiça (e sua antecessora Corte Permanente de Justiça Internacional) como *ponto de partida epistemológico*.<sup>1218</sup> Em outras palavras, a Corte Interamericana importa expressões/conceitos/definições presentes nas sentenças da CIJ e a partir deles formula a sua própria compreensão. Romano ainda acrescenta que, muito embora as Cortes sejam formalmente iguais, parecem existir hierarquias informais entre elas.<sup>1219</sup> Deste modo, a CIJ seria responsável por enunciar a interpretação das regras internacionais.

Neste sentido, haveria certa hierarquização epistêmica que privilegia o conhecimento ocidental em detrimento do não ocidental. A partir disso, as ideias legítimas seriam aquelas enunciadas por "homens euro-americanos e institucionalizado em administrações coloniais".<sup>1220</sup> Assim, ainda que os juízes mudassem ao longo do tempo, bem como o contexto e o conteúdo das regras, as percepções e ideias difundidas continuariam as mesmas.

Observa-se, por exemplo, que o conceito de nacionalidade adotado pela Corte Interamericana na OC-04/84 é concebido a partir do caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. No mesmo sentido, a argumentação elaborada pela Corte IDH na OC-16/99 é substancialmente influenciada pelo caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Também na OC-25/18, o caso *Haya de la Torre* parece ainda ecoar e influenciar a decisão da Corte IDH em não reconhecer o asilo diplomático como costume regional americano.

Por fim, retoma-se, às duas provocações de Romano. Nas duas subseções acima verificou-se que a consideração conferida às decisões externas é pautada pela geolocalização das Cortes. As interações em relação à Corte Europeia e CIJ, ainda que assimétricas, são altas, enquanto a relação com a Corte e a Comissão Africana ainda são baixíssimas. Nas próximas duas seções, reagir-se-á ao segundo questionamento feito por Romano, a saber: qual gramática é utilizada para conduzir a discussão?

---

<sup>1218</sup> MIGNOLO, Walter D. Colonialidade. o lado mais escuro da modernidade. Tradução de Marco Oliveira. *Revista Brasileira de Estudos Sociais, São Paulo*, v. 32, n. 94, 2017, p. 13.

<sup>1219</sup> ROMANO, Cesare PR. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 41, 2008, p. 773.

<sup>1220</sup> MIGNOLO, op. cit., p. 11.

### 4.3 A gramática em comum e a circulação dos valores universais entre as Cortes Internacionais

A manutenção das influências universalistas, demonstrada na última seção, possivelmente pode ser explicada sob as palavras de Koskenniemi. Em um momento inicial, ele alega que no campo da linguística, à luz de Saussure, existem diferentes níveis do discurso: a *langue* é uma estrutura mais profunda, enquanto a *parole* aparece na superfície e recebe diferentes significados.<sup>1221</sup> Deste modo, por trás dos argumentos articulados pela linguagem existem estruturas enraizadas.<sup>1222</sup> Para tanto, é necessário "tornar explícito a 'gramática' legal, que controla a produção dos argumentos particulares".<sup>1223</sup>

Como ressalta Koskenniemi, "o Direito Internacional tem uma estrutura. Nem todos os argumentos serão bem-sucedidos dentro dela".<sup>1224</sup> Assim, ele completa que "no nível da *parole*, os agentes humanos parecem construtores conscientes do mundo. No nível da *langue* eles trabalham dentro das possibilidades oferecidas por um código historicamente dado, que os atores são rotineiramente incapazes de transgredir".<sup>1225</sup> Portanto, adequar-se à gramática também é uma forma de engajar-se dentro do sistema. O próprio vocabulário deixa lacunas para que seja preenchido pelo intérprete. As expressões linguísticas jusinternacionalistas também guardam certa margem de incerteza e ambiguidade, ainda que façam parte dessa gramática pré-determinada.<sup>1226</sup>

É possível perceber que determinados entendimentos são escolhidos em detrimento de outros. Assim, o presente estudo pretendeu "mostrar que de inúmeras escolhas igualmente 'possíveis', algumas escolhas - tipicamente conservadoras ou orientadas para o *status quo* - são metodologicamente privilegiadas nas instituições relevantes".<sup>1227</sup> É nesse sentido que Koskenniemi introduz o conceito de *structural bias*. Portanto, o jurista afirma que a própria utilização da gramática do Direito Internacional em si pode trazer intrinsecamente o enviesamento estrutural, visto que existem "referências às instituições ou práticas *particulares*".<sup>1228</sup>

---

<sup>1221</sup> KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 7.

<sup>1222</sup> Ibid., p. 6-8.

<sup>1223</sup> Ibid., p. 11.

<sup>1224</sup> Tradução nossa. Ibid., p. 69.

<sup>1225</sup> Tradução nossa. Ibid., p. 11.

<sup>1226</sup> Ibid., p. 38.

<sup>1227</sup> Tradução nossa. Ibid., p. 608.

<sup>1228</sup> Tradução nossa. Ibid., p. 610.

A adoção das referências externas como método interpretativo pode indicar uma possível busca pela "coerência sistemática do sistema jurídico".<sup>1229</sup> Esse entendimento concentra-se na superfície e incide sobre a *parole*. Os argumentos de autoridade, persuasão e legitimidade advindos dessas menções seriam "outra forma de convencer, em particular, os Estados-parte da Convenção Americana, sensíveis à autoridade das Nações Unidas e o exemplo europeu em matéria de proteção dos direitos do homem".<sup>1230</sup> Hennebel e Revegino,<sup>1231</sup> por exemplo, apontam que a Corte busca a maior amplitude protetiva. Assim, ela faria *cherry-picking* do que há "de mais protetivo" em cada sistema e o aplica em âmbito regional.<sup>1232</sup>

Hennebel ainda cogita que as características centrais da Corte Interamericana (subjetivação, penalização, constitucionalismo, humanização e moralização do Direito Internacional dos Direitos Humanos) poderiam ser exportadas a outros sistemas.<sup>1233</sup> Entretanto, é necessária uma análise crítica mais profunda sobre a busca pela "coerência" e qual coerência se pretende ter. Há um vocabulário de Direito Internacional independente e preexistente ao Sistema Interamericano. Nas palavras de Koskeniemi, "mesmo que seja possível justificar muitos tipos de práticas através do uso de argumentos profissionais impecáveis, existe um *structural bias* nas instituições jurídicas relevantes que as faz servir preferências típicas".<sup>1234</sup>

Revegino alega que o diálogo transjudicial seria a arma utilizada pelas Cortes regionais contra a fragmentação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>1235</sup> Deste modo, a coerência entre os órgãos seria fomentada, pois cada Tribunal contribuiria para preencher o conteúdo e o alcance das obrigações dos seus instrumentos convencionais. Entretanto, é necessário atentar-se aos efeitos e impactos da importação e exportação de entendimentos sem a devida contextualização e interpretação crítica. Como o próprio Revegino assegura, a interação entre cortes se trata de um projeto político.<sup>1236</sup> Além de ser marcado pela vontade política entre os juízes, podem estar imbricados de interesses hegemônicos que legitimem entendimentos, os quais não revelam as prioridades dos povos do Terceiro Mundo.

---

<sup>1229</sup> KOSKENIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 54-55.

<sup>1230</sup> Tradução nossa. Cf. HENNEBEL, Ludovic. *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Francia, Editions Pedone, p. 75-119, 2009, p. 35.

<sup>1231</sup> REVEGINO, Bruno Rodríguez. ¿ El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *Iuris Dictio*, 2017.

<sup>1232</sup> HENNEBEL, op. cit., p. 39.

<sup>1233</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1234</sup> Tradução nossa. KOSKENIEMI, op. cit., p. 607.

<sup>1235</sup> REVEGINO, op. cit. Sobre a "fragmentação do Direito Internacional", ver também: KOSKENIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

<sup>1236</sup> REVEGINO, op. cit., p. 109.

Em alguns casos, a argumentação da Corte IDH não está expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos. Como aponta Veçoso, o posicionamento dos juízes manifesta-se "enquanto discurso que reflete uma posição particular do órgão, mas que é apresentado como algo universal".<sup>1237</sup> No que tange à migração internacional, o posicionamento da Corte refere-se, sobretudo, às soluções universais e europeias. Deste modo, reforça-se que "nem sempre a perspectiva universal corresponde necessariamente à proteção de direitos humanos; da mesma forma, nem sempre a perspectiva local corresponde necessariamente à violação desses direitos".<sup>1238</sup>

Veçoso aponta que "a atuação da CIDH [Corte Interamericana de Direitos Humanos] atribui um sentido específico aos termos estabelecidos na Convenção Americana ao decidir os casos concretos que lhe são submetidos para análise".<sup>1239</sup> A posição adotada pela Corte IDH enfatiza determinados aspectos e obscurece outros.<sup>1240</sup> É perceptível, por exemplo, a ênfase exacerbada na proteção dos direitos civis e políticos, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais são omitidos em alguns momentos (por exemplo, o não reconhecimento da violação ao direito à educação em *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*). Em todos os casos, a Corte apega-se aos termos universais (como apatridia, nacionalidade, refúgio, devido processo legal e não devolução) e silencia outras questões essenciais à realidade local, tal qual a profunda desigualdade social que envolve o acesso à saúde, educação e identidade cultural. Deste modo, é possível tecer conexões entre relações hegemônicas do Primeiro e Terceiro Mundo, como será abordado na seção subsequente.<sup>1241</sup>

Por um lado, alguns juristas, como Neuman, são céticos. As importações e pretensões de exportações (como *jus cogens* do princípio da igualdade e não discriminação, e o direito à informação sobre assistência consular) podem deslocar a realidade contextual e a prática jurisprudencial, em razão da ausência de consenso regional. Porém, Cançado Trindade, como presidente da Corte Interamericana de 1999 a 2004, difundiu a *consciência jurídica universal* a partir da perspectiva idealista, humanitária e jusnaturalista.<sup>1242</sup> O brasileiro foi um ator-chave no fomento da construção jurisprudencial a partir de importações europeias e universais.

---

<sup>1237</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2012. 156 f. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 14.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>1239</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>1240</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1241</sup> TOUFAYAN, Mark. Identity, Effectiveness, and Newness in Transjudicialism's Coming of Age. *Mich. J. Int'l L.*, v. 31, p. 307, 2009, p. 336-337.

<sup>1242</sup> HENNEBEL, Ludovic. La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Francia, Editions Pedone, p. 75-119, 2009, p. 40

Faz-se necessário, portanto, dedicar alguns parágrafos à biografia do brasileiro, para compreender como a sua presidência foi singularmente influente nas decisões e opiniões consultivas aqui apresentadas. Se alguns autores classificam a Corte IDH dos anos de 1980 como uma "Corte clássica de Direito Internacional", sob o perfil moderado do juiz venezuelano Pedro Nikken, por outro lado, os anos de 1990 e 2000 foram marcados pelo perfil distinto do magistrado Cançado Trindade.<sup>1243</sup>

Antes do seu ingresso na Corte Interamericana, o brasileiro possuía uma vida circunscrita na atuação em Direito Internacional. Cançado Trindade é Professor Titular na Universidade de Brasília (UnB) e no Instituto Rio Branco (Academia Diplomática Brasileira); foi Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil e é autor de diversas obras jusinternacionalistas. Desde 2009, ele é juiz da Corte Internacional de Justiça.

Em 1994, ele começou a sua atuação na Corte Interamericana, onde permaneceu até 2006. Entre os anos de 1999 a 2004, ele ocupou o cargo de Presidente do Tribunal.<sup>1244</sup> Portanto, Cançado Trindade esteve presente em 7 dos 15 casos analisados por esta pesquisa. Alguns internacionalistas alegam que, muito embora não tivessem sido realizadas mudanças no texto da CADH, a interpretação dela foi influenciada pela racionalidade de Cançado Trindade.<sup>1245</sup>

Pelo currículo do brasileiro, observa-se que sua formação foi no Norte Global. Ele concluiu os seus estudos de mestrado e doutorado na *University of Cambridge*, no Reino Unido. Ainda que não seja possível afirmar com assertividade se tal formação acadêmica foi decisiva para as influências intelectuais do jurista, algumas informações merecem ser ressaltadas. Chama atenção que em seus votos individuais, Cançado Trindade tenha difundido teorias clássicas de Direito Internacional, como *jus cogens*, pensamento universalista e, inclusive, a teoria alemã *Drittwirkung*.<sup>1246</sup>

Na obra *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, o juiz apresenta o seu relato pessoal sobre as questões institucionais entre a Corte Interamericana e os demais Tribunais. Por sua iniciativa, enquanto presidente, buscou uma aproximação entre as instituições e reuniu-se com todos os presidentes

---

<sup>1243</sup> LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Derechos Humanos nos anos 90 e 2000: uma "Corte" Cançado Trindade? In: HACHEM, Daniel W.; LÓPEZ, Luisa F. G.; GUSSOLI, Felipe Klein (Coord.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 256.

<sup>1244</sup> Ibid., p. 257.

<sup>1245</sup> Ibid., p. 257.

<sup>1246</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 99.

dos Tribunais contemporâneos.<sup>1247</sup> O mandato de Cançado Trindade, portanto, foi marcado por convênios interinstitucionais, visitas técnicas por parte dos juízes, reformas regulamentares e a institucionalização do que ele nomeou como "diálogo permanente".<sup>1248</sup> No entanto, essa relação deu-se bilateralmente entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia. Em algumas páginas da obra supracitada, o brasileiro comenta sobre as visitas das delegações em São José, na Costa Rica, e em Estrasburgo, na França. Nas palavras dele, "*no hay jerarquía entre los tribunales internacionales contemporáneos, pero coordinación y complementariedad*".<sup>1249</sup>

Cançado Trindade ainda pontua que "*el diálogo, sostenido por la CtIADH y la CtEDH particularmente en el periodo 1999-2004, generó un espíritu de confianza recíproca que, no sorprendentemente, llevó a una notable fertilización jurisprudencial (...), pues abierto el camino a una interpretación uniforme del corpus iuris*".<sup>1250</sup> Além disso, o brasileiro foi responsável por estruturar um sistema de *fund-raising* para colaborar com as atividades da Corte IDH. De acordo com ele, foram realizadas viagens à União Europeia para arrecadação de recursos. Os principais trunfos dessa colaboração financeira foram: a construção da Biblioteca Conjunta da Corte IDH e IIDH, a nova sala de audiências e o escritório dos juízes e advogados da Corte Interamericana.<sup>1251</sup>

Durante a sua atuação, duas Opiniões Consultivas foram marcantes: a OC-16/99 e a OC-18/03. Na obra supracitada, o juiz classifica tais casos como os "mais importantes" e "pioneiros" na jurisprudência internacional contemporânea.<sup>1252</sup> Ressalta-se que os votos individuais do jurista são eruditos e marcados por diversas páginas. Na OC-16/99, em seu voto concorrente, ele faz as seguintes referências: três menções à própria jurisprudência da Corte IDH, 32 trabalhos acadêmicos do Norte Global, cinco menções à jurisprudência da Corte Europeia, cinco à Corte Internacional de Justiça. Na OC-18/03, por sua vez, ele faz 12 menções à própria jurisprudência da Corte IDH, cita 121 trabalhos acadêmicos do Norte Global, duas menções à jurisprudência da Corte Europeia, 6 à Corte Internacional de Justiça e 15 instrumentos universais. Nas três oportunidades, há apenas uma menção à Carta Africana em cada.

Em relação à racionalidade universalista utilizada pelo juiz Cançado Trindade e também pelos demais juízes, é importante pontuar que eles(as) estão inseridos em ambientes acadêmicos

<sup>1247</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 190.

<sup>1248</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>1249</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>1250</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>1251</sup> *Ibid.*, p. 201-202.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p. 133.

e profissionais fortemente influenciados por esse modo de operacionalização. Tal concepção universalista do Direito Internacional faz parte da sua formação, e dificilmente é possível romper ou se afastar de tal estrutura.

Observa-se, inclusive, que nos votos individuais da OC-16/99, OC-18/03 e da decisão das Exceções Preliminares do caso Castillo Petruzzi v. Peru, o magistrado brasileiro cunha a expressão "consciência jurídica universal". Como salienta Veçoso, a reiterada menção do juiz Cançado Trindade à *consciência jurídica universal*, embora não tenha sido expressamente adotada pelos demais juízes, "restaram lançadas as bases para o desenvolvimento de uma argumentação baseada no escopo universalista dos direitos humanos".<sup>1253</sup>

Em sua tese de Doutorado, Veçoso aborda as estratégias argumentativas utilizadas pela Corte IDH para definir a incompatibilidade entre as leis de anistia e a Convenção Americana. Embora em muitos casos de anistia, a Corte não possuísse competência *ratione temporis* para julgar os Estados, utilizou-se da natureza *jus cogens* do crime contra a humanidade "com o objetivo de tornar mais robusta a posição da CIDH [Corte Interamericana de Direitos Humanos] e mais implacável a sua atuação sobre a legislação interna dos Estados-parte da convenção".<sup>1254</sup>

Em sentido semelhante, é possível verificar o mesmo esforço ao definir o princípio da igualdade e não discriminação como *jus cogens* para que também fosse imperativo aos países não submetidos à jurisdição da Corte, como os Estados Unidos da América na OC-18/03. Assim como no caso supracitado, a Corte Interamericana menciona diversos tratados universais como estratégia argumentativa de um suposto consenso universal. No entanto, Veçoso adverte que "para que o argumento consensualista possa ser levado a sério, seria preciso verificar a adesão dos Estados aos referidos tratados".<sup>1255</sup>

Deste modo, pode-se inferir que "a corte articula determinados conceitos jurídicos de caráter universalista para conseguir fazer valer uma solução que considera a mais correta para a região".<sup>1256</sup> Entretanto, ao utilizar esses conceitos e ampliar a interpretação da Convenção, a participação estatal é olvidada, o que pode causar baixa implementação, assim como os casos envolvendo a República Dominicana (*Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *Caso de Personas*

<sup>1253</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2012. 156 f. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 46-47.

<sup>1254</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>1255</sup> VEÇOSO, op. cit., p. 47.

<sup>1256</sup> *Ibid.*, p. 55.

*dominicanas y haitianas expulsadas*). Neuman aponta que as expressivas importações do sistema universal e europeu como "maiores pontos de referência" são justamente devido à falta de suporte regional.<sup>1257</sup> Embora a Corte Interamericana assuma posição de neutralidade e "superioridade natural diante dos Estados-parte",<sup>1258</sup> "o universal pode também ser compreendido como falta de sensibilidade para o contexto local, como formalismo, legalismo e rigidez".<sup>1259</sup>

Neste sentido, os parâmetros de tratamento dos migrantes e refugiados no continente americano sinalizam para o legalismo, sobretudo nos procedimentos de privação de liberdade. Veçoso afirma que "o legalismo apresenta padrões de organização e ideais para vários grupos sociais, em especial para aqueles que estão interessados na manutenção do direito - seus operadores, como juízes, advogados".<sup>1260</sup> Deste modo, o próprio uso da natureza *jus cogens* ou da implementação do devido processo legal suprime contextos e complexidades dos casos concretos à subsunção da norma.<sup>1261</sup>

Portanto, podem ser úteis as conclusões feitas por Veçoso acerca da busca de protagonismo da Corte Interamericana na região. Os juízes interamericanos parecem simplificar as relações à dicotomia entre violadores e vítimas, e as enquadrando em violações de normas universais, sobretudo de natureza *jus cogens*.<sup>1262</sup> Há certo afastamento das particularidades contextuais e silenciamento de outras potenciais violações (e as nuances interseccionais das vítimas), as reduzindo ao pronunciamento sobre direitos civis e políticos.

Na próxima e última subseção, exploram-se os mecanismos de influência das práticas estatais em direitos humanos à luz de Goodman e Jinks, sobretudo no que diz respeito à aculturação. Por fim, critica-se os binômios efetividade e inefetividade por meio dos diálogos transjudiciais sob a perspectiva de Toufayan.

---

<sup>1257</sup> NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011, p. 101; VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2012. 156 f. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, Nota de rodapé 51.

<sup>1258</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>1259</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>1260</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1261</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, p. 117.

#### ***4.4 Aculturação e os resquícios coloniais a partir dos binômios efetividade e inefetividade***

Goodman e Jinks afirmam que a "primeira geração" de estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos explicava que as práticas de proteção dos direitos humanos eram aplicadas de dois modos: pela coerção<sup>1263</sup> ou persuasão<sup>1264</sup> dos Estados (ou indivíduos). A primeira estava relacionada ao cumprimento das regras de direitos humanos, enquanto a segunda diz respeito à validade e legitimidade delas.<sup>1265</sup> No entanto, os juristas supracitados propõem o reexame dessa proposta, pois ela não confere complexidade necessária ao tema.

Deste modo, incluem um terceiro mecanismo que pode influenciar o comportamento estatal: a aculturação.<sup>1266</sup> Esse último está relacionado à incorporação de padrões comportamentais de outra cultura. Há, portanto, um processo de assimilação. Goodman e Jinks alegam que "a aculturação é impulsionada por pressões cognitivas. Os atores, em vários aspectos, são levados a conformar-se".<sup>1267</sup> As pressões cognitivas e sociais conduzem à redução das dissonâncias e dos custos sociais. Assim, cada um dos três elementos (coesão, persuasão e aculturação) impactam o comportamento das normas de direitos humanos e das práticas estatais perante elas em diferentes dimensões.

A partir da identificação de cada um desses elementos, os juristas diferenciam, sobretudo, a persuasão da aculturação. O primeiro implica em aceitação, enquanto o segundo ocorreria tacitamente. Embora eles tenham aspectos em comum, a aculturação parece ser "parte de um amplo processo de persuasão".<sup>1268</sup> Por vezes, a aculturação é decisiva para estabelecer as identidades, hábitos, interesses e padrões comportamentais a partir das influências sociais. A persuasão, por sua vez, envolve um processo de argumentação e deliberação para conduzir ao

---

<sup>1263</sup> O conceito de coerção, segundo Goodman e Jinks, é abordado da seguinte forma: "coerção - em que os Estados e as instituições influenciam o comportamento de outros Estados, escalando os benefícios da conformidade ou os custos da não conformidade através de recompensas e punições materiais". Cf. GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: Socialization and international human rights law. *Duke Lj*, v. 54, 2004, p. 633.

<sup>1264</sup> De acordo com Goodman e Jinks, persuasão seria quando "o Direito Internacional influencia o comportamento do Estado através de processos de "aprendizagem" social e outras formas de transmissão de informação (...) os atores são conscientemente convencidos da verdade, validade ou adequação de uma norma, crença, ou prática". Cf. GOODMAN; JINKS, op. cit., p. 635.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, p. 625.

<sup>1266</sup> Goodman e Jinks definem "aculturação" como: "o processo geral pelo qual os atores adotam as crenças e padrões de comportamento de uma determinada cultura. Este mecanismo induz mudanças comportamentais através de pressões para assimilar - algumas impostas por outros atores e outras impostas por ele próprio. A aculturação engloba uma série de microprocessos, incluindo mímica, identificação e maximização do estatuto". Cf. *Ibid.*, p. 626.

<sup>1267</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 640.

<sup>1268</sup> Tradução nossa. Cf. *Ibid.*, p. 644.

convencimento. Neste sentido, a aculturação teria como resultado a conformidade, enquanto a persuasão resultaria em aceitação e a coerção levaria ao *compliance*.<sup>1269</sup>

Romano aplica a tese de Goodman e Jinks sobre aculturação aos diálogos entre os Tribunais Internacionais. Ele explica que a persuasão partiria do pressuposto de que a outra Corte foi persuadida, enquanto a aculturação dispensaria esse requisito. A falta de hierarquização e informalidade das fertilizações cruzadas facilitaria a importação a partir do mecanismo da aculturação.<sup>1270</sup> Goodman e Jinks também traçam reflexões sobre o papel das instituições internacionais na propagação de modelos comportamentais e determinados padrões. Por exemplo, a adesão às organizações internacionais é frequentemente associada à adequação do Estado aos parâmetros universais de comportamento. Neste sentido, quanto mais adesões, mais pressão social para pressupor que os compromissos internacionais são universais em razão da ampla aceitação.<sup>1271</sup>

Toufayan aponta que "o Direito Internacional dos Direitos Humanos se torna assim um processo discursivo através do qual os [sistemas] particulares combinam para produzir algo que possa funcionar como universal".<sup>1272</sup> Essa racionalidade encontra fundamento, sobretudo na narrativa rumo à "efetividade", isto é, alcançar a implementação dos julgamentos internacionais no âmbito interno. Raramente o diálogo transjudicial resultará em efetividade, contudo é exportada como se o *compliance* doméstico só fosse possível a partir dele.<sup>1273</sup>

Coaduna-se com Toufayan na alegação que os sistemas regionais são divididos entre os "efetivos" e os "inefetivos", assim como a distinção dos "civilizados" e "não civilizados", o que "justificaria o "diálogo" entre as *imperial courts* e aquelas das colônias".<sup>1274</sup> As tentativas de reconfiguração ou inovação dos não europeus não seriam bem recebidas e/ou incorporadas. A Europa, portanto, permanece como o centro das Cortes regionais de direitos humanos e as demais a seguiriam, em prol da harmonia e eficácia de suas decisões.<sup>1275</sup>

---

<sup>1269</sup> GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: Socialization and international human rights law. *Duke Lj*, v. 54, 2004, p. 655.

<sup>1270</sup> ROMANO, Cesare PR. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 41, 2008, p. 772.

<sup>1271</sup> GOODMAN; JINKS, op. cit., p. 667-668.

<sup>1272</sup> TOUFAYAN, Mark. Identity, Effectiveness, and Newness in Transjudicialism's Coming of Age. *Mich. J. Int'l L.*, v. 31, p. 307, 2009, p. 323.

<sup>1273</sup> Ibid., p. 324.

<sup>1274</sup> Toufayan ainda alega que "if the European experience is effective while others are not, the history of non-European human rights systems can only be one of gradual incorporation (convergence) of cultural differences into an 'international' human rights law which, paradoxically, is explicitly European, and, at the same time, universal, secular, and broadly inclusive". Cf. Ibid., p. 325.

<sup>1275</sup> Ibid., p. 330.

Isso não quer dizer, no entanto, que as interações entre Cortes devem ser absolutamente evitadas. Porém, chama-se atenção quando os diálogos transjudiciais cooperam para a manutenção de um sistema historicamente colonial. A baixa reciprocidade de menções, a não importação dos entendimentos mais progressistas da Corte IDH e o aporte financeiro de países europeus no funcionamento da Corte Interamericana (como relatado por Cançado Trindade) podem indicar uma dimensão mais complexa da *cross fertilization*.

Neste contexto, a Corte Interamericana, por exemplo, estaria disposta a superar suas diferenças culturais e locais para se engajar em questões causadas pelas democracias liberais em prol da proteção dos direitos individuais.<sup>1276</sup> Tal prática, portanto, desestima a tomada de decisões por meio da sensibilidade e da realidade regional, como também se fundamentou a criação de sistemas *regionais* de direitos humanos. Essa lógica universalista, por vezes, parece cooperar com a dinâmica da "inclusão e exclusão", como enunciou Baxi.

Assim, as temáticas que são compartilhadas pelos anseios universalistas são incluídas no debate, enquanto tantas outras questões importantes são excluídas. De igual modo, os imigrantes que se enquadram nas categorias eurocêntricas permanecem sob o manto protetivo do Direito, enquanto tantos outros que estão para além dessa categorização ficam às margens do sistema jurídico e, conseqüentemente, da sociedade.

Ainda que os efeitos estejam para além das dicotomias, é possível identificar duas questões predominantes: (i) as importações fomentadas pelos diálogos transjudiciais podem não ter receptividade pelos próprios países-membros, e sofreriam resistência na implementação doméstica; (ii) e o outro efeito seria que, muito embora alguns países implementam as decisões interamericanas, inúmeras outras violações dos direitos humanos dos migrantes (para além da mera regularidade documental) ainda serão percebidas no contexto local. A maioria dos casos decididos pela Corte Interamericana está relacionada às questões fronteiriças ou de determinação do *status legal* (seja de apátrida, asilado, refugiado, naturalizado ou extraditado).

A Corte IDH parece silenciar as questões interseccionais que atravessam a vida dos imigrantes negros e negras, LGBTQIA+, indígenas e mulheres em suas outras nuances da vida no país receptor, seja no acesso à saúde, à educação, à moradia, à identidade cultural, aos benefícios sociais e a tantos outros direitos. A Corte Interamericana parece estabelecer parâmetros que, de fato, encontram as necessidades documentais dos imigrantes, mas não os acompanha em suas vidas cotidianas. As questões analisadas pela Corte IDH ficaram

---

<sup>1276</sup> TOUFAYAN, Mark. Identity, Effectiveness, and Newness in Transjudicialism's Coming of Age. *Mich. J. Int'l L.*, v. 31, p. 307, 2009, p. 334.

circunscritas nos conceitos europeus (sobretudo, após a Guerra Fria) e nos valores morais também enunciados por eles (como a natureza *jus cogens* do princípio à igualdade e proibição da tortura). Assim, há difusão regional de normas da estrutura global social, que refletem os interesses paroquiais.

A partir dessas reflexões, algumas questões emergem, como: por que a Corte opta por dialogar intensamente com a Corte Europeia e poucas vezes interage com o Sistema Africano de Direitos Humanos? Por que a Corte Interamericana não expandiu o alcance do art. 26, CADH nos casos sobre direitos migratórios? Por que questões eminentes nas Américas foram silenciadas, como a migração por motivos ambientais<sup>1277</sup> e a mobilidade internacional dos povos indígenas?<sup>1278</sup> E as “caravanas migrantes” da América Central rumo aos Estados Unidos?<sup>1279</sup> As violações a partir dos acordos de devolução indireta aos “países terceiros seguros” dos solicitantes de asilo não mereciam ser apreciadas?<sup>1280</sup> Interessante notar que todos esses eventos foram objetos de pronunciamento da Comissão Interamericana. Portanto, o SIDH não era alheio a tais fatos. Mas não os denunciou perante a Corte.

Neste sentido, essa última subseção buscou refletir sobre dois fenômenos que guardam relação entre si: a aculturação e o binarismo da efetividade/inefetividade dos sistemas regionais de direitos humanos. Ambos sinalizam para a manutenção de estruturas coloniais a partir da gramática do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O primeiro influencia as práticas estatais e dos atores internacionais por meio de mecanismos sociais e cognitivos, levando a cabo um processo de assimilação da cultura dominante pela cultura dominada. O segundo, por sua vez, impulsiona projetos políticos como o diálogo transjudicial em favor da suposta “efetividade” das decisões internacionais em âmbito local. Entretanto, esses elementos são exportados sob outras nomenclaturas: seja pela coerência, harmonia, “consciência jurídica universal” ou tantas outras denominações possíveis. Todavia, como adverte Koskenniemi, é

---

<sup>1277</sup> CIDH. Resolução No. 2/2021. *Proteção das pessoas [sic] haitianas em mobilidade humana: solidariedade interamericana*. Aprovada em 24 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-21-pt.pdf> Acesso em 02 abr. 2022.

<sup>1278</sup> CIDH. Comunicado de Imprensa. *CIDH expressa preocupação com situação de pessoas migrantes venezuelanas e conclama os Estados da região a implementar medidas para sua proteção*. Washington, 25 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/006.asp> Acesso em 02 abr. 2022.

<sup>1279</sup> CIDH. Comunicado de Imprensa. *A CIDH condena o uso da força contra população em situação de mobilidade no México, e insta o Estado a investigar os fatos e evitar a repetição dos mesmos*. Washington, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/255.asp> Acesso em 02 abr. 2022.

<sup>1280</sup> CIDH. Comunicado de Imprensa. *A CIDH expressa profunda preocupação pela situação de pessoas migrantes e refugiadas nos Estados Unidos, México e América Central*. Washington, 23 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/180.asp> Acesso em 02 abr. 2022.

necessário pensar para além da *parole* e compreender as articulações existentes na própria *langue*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação discutiu as interações entre o regional (Corte Interamericana) e o universal (Corte Europeia e Sistema ONU) a partir do estudo de caso da jurisprudência interamericana sobre as migrações internacionais. Verificou-se como os conceitos são empregados pela Corte Interamericana em matéria de migrações internacionais (1984-2018), como ocorre a interação da jurisprudência interamericana com as demais Cortes Internacionais e como as contribuições de decisões estrangeiras à Corte impactam e são aplicadas. Para tanto, adotou-se a perspectiva ampliada desde as leituras críticas terceiro-mundistas do Direito Internacional (TWAIL). Muito embora o período analisado concentre-se nos anos de 1984 a 2018, o contexto latino-americano, bem como a sua projeção e afirmação no cenário internacional foram considerados como determinantes para a presente análise. Os dois primeiros capítulos delineiam as bases teóricas e metodológicas adotadas para o exame proposto. As três últimas partes cuidam do estudo de caso *per se* e da gramática universal utilizada pela Corte IDH.

O primeiro capítulo desta dissertação (*As Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TWAIL) como ferramentas analíticas da mobilidade humana e da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*) dividiu-se em duas partes: uma apresentou o estado da arte do marco teórico e metodológico, enquanto a outra expôs a temática do presente objeto de estudo.

A primeira parte *O Direito Internacional a partir das TWAIL desde o Sul Global* situou as TWAIL enquanto ferramentas analíticas úteis para exame da jurisprudência da Corte IDH sobre migrações internacionais. A utilização das teses críticas terceiro-mundistas permite adotar uma perspectiva ampliada perante as relações de poder existentes no Direito Internacional. Essa postura contra-hegemônica também revisita a historiografia do encontro entre os colonizadores e colonizados a fim de identificar onde e em quais medidas as relações/instituições/estruturas coloniais persistem.

O uso das TWAIL permite contextualizar determinadas relações no cenário internacional a partir de perspectivas múltiplas e interdisciplinares. Assim, a existência de leituras *outras* e coexistência entre diferentes narrativas em um determinado período se tornam

possíveis. A partir do giro historiográfico, os juristas tentaram refutar a mera postura pragmática perante o Direito Internacional. A partir da contextualização das narrativas, é possível questionar conceitos, significantes e personagens centrais em determinadas construções históricas. Muitas vezes, essas mesmas histórias são contadas e difundidas como universais. Assim, a universalidade também assume protagonismo neste estudo. Através das lentes das TWAIL é possível repensar qual universalidade é aplicada, como ela é estabelecida e a quem ela representa. Em outras palavras, importa averiguar se os plurais ou apenas o singular cabem dentro do que é dito como universal.

Os estudos críticos também se comprometem em demonstrar como a estrutura colonial persiste nas instituições atuais. Os saberes hegemônicos insistem em *reformular* as figuras dos “Civilizados/Não Civilizados” a partir de novos conceitos que se reinventam ao longo do tempo, mas cumprem objetivos de hierarquizar as relações de poder. Essa construção é marcada por uma característica fundamental: “o que é” fundamenta-se a partir do que “não se é”, em outras palavras, o “europeu/civilizado” existe, em termos epistemológicos, pois há o “não europeu/Outro/não civilizado”. Essa relação de inclusão e exclusão, assim como no encontro colonial, também é estruturante na gestão estatal das migrações.

A partir disso, a segunda parte do primeiro capítulo (*A mobilidade humana além das categorias legais como objeto de análise*) identificou o passaporte e as categorias migratórias como mecanismos estatais que cumprem objetivos específicos: incluir e excluir. Por um lado, a régua que alinha o que deve ser incluído ou não é volátil e pode ser alterada, de acordo com os interesses estatais. Por outro lado, as categorias *per se* permanecem estáticas, ainda que as migrações internacionais sejam dinâmicas. Nesse contexto, identificou-se os institutos do refúgio e da apatridia como construções europeias que foram exportadas às demais localidades como universais. Ambos os conceitos permanecem os mesmos, ainda que o contexto da Guerra Fria tenha acabado. Muito embora os continentes americano e africanos tenham ampliado o conceito para comportar suas realidades, eles não parecem ter sensibilizado os fóruns globais a fim de serem aplicados universalmente.

Criticou-se o uso das categorias migratórias como forma de estereotipar, controlar e designar os imigrantes como grupos, os tirando suas subjetividades e interseccionalidades. A partir disso, ainda que novas narrativas sejam criadas como *forced migrations* e *mixed migrations*, elas ainda fragmentam as pessoas migrantes e, por vezes, cumprem objetivos hegemônicos. Nesse contexto, a adoção de um recorte amplo, que incluía as diferentes categorias

e nuances das migrações internacionais também permitiu agregar as análises dos campos migratórios e examinar padrões argumentativos na jurisprudência da Corte Interamericana.

O segundo capítulo *A linguagem dos direitos humanos e as tensões entre o universal e o particular* joga luz sobre a gramática utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira parte *O local de enunciação e o local de recepção dos direitos humanos: os diálogos entre o regional e o universal* buscou geolocalizar a experiência europeia em relação aos direitos humanos. Parte-se do pressuposto de que as prioridades paroquiais europeias foram exportadas ao restante do mundo como universais. Neste sentido, não é por acaso que os direitos civis e políticos são considerados como direitos de primeira geração protegidos por inúmeros tratados universais. Muitas das garantias positivadas estavam relacionadas a uma determinada experiência enquanto homem, branco, heterossexual e europeu. Esse mesmo sujeito protegido também era responsável por enunciar o que eram ou não eram os "direitos humanos". Ao exportarem suas regras locais, os receptores - geralmente, situados nos países do Terceiro Mundo - passam por experiências de acomodação, assimilação e aculturação.

A linguagem utilizada pelos direitos humanos é coberta pela neutralidade e faz-se perceber como uma gramática adaptável a todo e qualquer contexto de violação de direitos humanos. Nessa subseção apresentou-se duas narrativas a partir da perspectiva TWAIL: a primeira, teorizada por Baxi, sobre os direitos humanos modernos e os contemporâneos; e a segunda, enunciada por Makau Mutua, por meio da metáfora "selvagens-vítimas-salvadores". Ambas constroem narrativas específicas sobre as experiências antagônicas entre os europeus e não-europeus na aplicação dos direitos humanos. Nas duas construções, a Europa é criticada por se situar no centro e as demais regiões serem consideradas como periféricas.

Em contraponto à visão da primeira parte, a segunda seção do capítulo 2 (*A acomodação e reivindicação latino-americana ao direito internacional: entre universalismos e particularismos*) pretende historicizar o papel do continente americano na produção dos direitos humanos e apresentar uma narrativa concomitante àquela enunciada pelos europeus. A América teve um papel primordial no Direito Internacional em razão da atuação de internacionalistas engajados no cenário regional e global. Alguns adotavam o posicionamento particularista a fim de defender a existência de um direito internacional latino-americano, outros, por sua vez, assumiram uma postura universalista. Nesse mesmo contexto, surgiram as expressões pan-americanismo, que incluiria os Estados Unidos da América, e América Latina, que os excluiria.

Essas manifestações antagônicas revelam também projetos políticos distintos para o continente. Essas estratégias buscavam a afirmação do continente americano no contexto internacional. Ao mesmo tempo, os Estados Unidos tentavam se projetar no próprio continente por meio da Doutrina Monroe, enquanto os países latino-americanos resistiram sob o manto do princípio da não intervenção. Essas disputas foram instigadas, sobretudo, pelas influências intelectuais dos juristas James Scott e Alejandro Álvarez. Esse contexto regional e as inúmeras propostas de codificação do Direito Internacional Americano forneceram as bases para a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 teve um importante papel na projeção internacional do continente. Alguns autores, inclusive, discorrem sobre as influências regionais na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nessa seção salientou-se que o interesse local nos direitos humanos foi uma oportunidade estratégica para se posicionar perante a ONU e os demais países hegemônicos.

A segunda subseção do capítulo 2 (*Importação, exportação e construção argumentativa na Corte Interamericana de Direitos Humanos*) continua a discussão acerca das disputas de poder entre o regional e universal; a América Latina e a Europa, cientes de que essas alegorias, por vezes, são representativas dos embates entre o Norte e o Sul Global. A primeira parte buscou traçar as convergências e divergências entre a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma dessas diferenças encontra-se no suposto "consenso regional", que guiam a atuação do TEDH. Por outro lado, a Corte IDH parece inclinar-se para um posicionamento mais arrojado, ainda que não tenha o apoio institucional dos Estados submetidos à sua jurisdição.

Tendo em vista essas especificidades regionais, as últimas duas partes do capítulo 2 examinam as teorias dos diálogos transjudiciais, importação e exportação de ideias jurídicas. A primeira foi cunhada por Medina como *Teoria Impura do Direito* e a segunda é enunciada pela corrente *mainstream* liderada pela jurista estadunidense Slaughter. Nessa subseção buscou-se evidenciar alguns aportes para explicar a preferência por determinadas cortes (Corte Europeia e CIJ) em detrimento de outras (Corte Africana, por exemplo).

Medina sugere que existiriam diferenças entre os locais de produção, geralmente situados no Norte Global, e os locais de recepção - geolocalizados no Sul Global. A partir desse olhar, infere-se que muitas das discussões que circulam nos países terceiro-mundistas partem de uma leitura transmutada de teorias importadas. Nesse sentido, questiona-se qual a natureza do conhecimento elaborado pelo Terceiro Mundo: seria cópia? seria importação? ou geraria um

subproduto? Surgem, portanto duas hipóteses: (i) a primeira é que essa leitura terceiro-mundista seria equivocada e precisaria de correção e padronização; (ii) e a segunda seria que a importação feita do Norte Global abriria espaço para novas possibilidades. A segunda hipótese parece se encaixar melhor na realidade da jurisprudência da Corte Interamericana.

Como se viu no terceiro capítulo, muito embora a Corte Interamericana faça diversas menções às decisões da CIJ e da Corte EDH, tal leitura possibilita certa margem de adaptação e verdadeira criação por parte dos juízes interamericanos. Deste modo, foi possível identificar os efeitos transmutativos a partir do estudo de caso da jurisprudência interamericana sobre migrações internacionais.

Na última parte do capítulo 2, foi analisada a teoria dos diálogos transjudiciais difundida por Slaughter. Tal concepção caracteriza-se pela interação entre Cortes judiciais (nacionais ou internacionais). De acordo com a tipologia formulada pela jurista, as relações podem variar de acordo com o modo e a reciprocidade. É nesse contexto que se evidenciou a artificialidade de tal mecanismo. Muito embora a própria Corte Interamericana justifique a importação de ideias alegando a coerência e harmonia entre os sistemas, as interações não são desinteressadas. Elas podem estar a favor da disseminação de ideias específicas, interesses próprios ou em prol de determinadas agendas.

O terceiro capítulo *As interações entre o particular e o universal na Corte Interamericana de Direitos Humanos: a jurisprudência sobre mobilidade humana como estudo de caso* concentra-se na análise dos 15 casos propostos. Para tanto, adotou-se duas perspectivas distintas: uma sob o viés dos países que mantêm relações institucionais sensíveis com a Corte IDH (EUA e República Dominicana); e a outra por afinidades temáticas dos casos. Em razão da extensão analítica, optou-se por dividir o capítulo em duas seções.

A primeira análise examinou as OC-16/99 e OC-18/03, ambas, indiretamente, envolvendo os Estados Unidos e o México. Não é novidade que os países possuem várias divergências a respeito do tratamento dos imigrantes nas fronteiras e em relação à aplicação da pena de morte. Por vezes, simbolizam as diferenças entre o Norte e o Sul Global. A entrada de mexicanos em território estadunidense é uma pauta extremamente sensível e permeada por posicionamentos antagônicos. Um deles é em relação à atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Muito embora os EUA sejam membro da OEA, o país não considera as diversas recomendações da Comissão IDH como obrigatórias. De igual modo, também não seguem as Opiniões Consultivas enunciadas pela Corte IDH.

Na OC-16/99, a Corte IDH vislumbrou a oportunidade inédita de enunciar o direito à informação sobre a assistência consular. Portanto, o reconheceu como um direito humano integrante do rol do devido processo legal. Assim, sua violação seria justiciável. A privação desse direito pode acarretar detenções e privação da vida de forma arbitrária. Ao examinar os argumentos utilizados pelos magistrados, observou-se a intensa interação interamericana com a jurisprudência da CIJ. Entretanto, a Corte universal não interagiu com a Corte regional.

Na OC-18/03, por sua vez, a temática abordada pela Corte IDH foi a igualdade jurídica e não discriminação de imigrantes indocumentados, sobretudo no que diz respeito aos direitos laborais. Nessa manifestação, a CtIDH expandiu o alcance do princípio da igualdade e não discriminação à natureza *jus cogens*. É importante mencionar que não há consenso sobre o escopo das normas inderrogáveis, em outras palavras, não se sabe quais normas estão ou não sob tal rubrica. Alguns autores criticam a utilização da obrigatoriedade dessa norma de maneira instrumental, como foi o caso, apenas para alcançar o cumprimento dos Estados Unidos da América. Nesse Parecer, a Corte IDH também cunhou que as obrigações de direitos humanos devem ser respeitadas pelos particulares (inclusive, as empresas empregadoras) e pelos Poderes Públicos. Tal teoria alemã é conhecida como teoria da eficácia horizontal (*Drittwirkung*).

Logo em seguida, a República Dominicana tornou-se o centro do debate. O Estado foi responsabilizado perante a Corte IDH por três vezes em relação aos embates com os seus vizinhos haitianos, a saber: *Caso de las niñas Yean y Bosico*, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs*, e *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. No país, uma das questões que chamam mais atenção é a luta das crianças dominicanas com ascendência haitiana pelo direito à nacionalidade. Haiti e República Dominicana possuem relações históricas conflituosas desde o período colonial. Tal tensão intrarregional aumentou desde a migração massiva de haitianos à RD. Devido às leis locais, muitos ficaram como imigrantes indocumentados e, conseqüentemente, com descendentes apátridas. Perante a Corte, o país se recusou a implementar completamente as sentenças e ameaçou denunciar a Convenção Americana. Além da violação ao direito à nacionalidade, as autoridades dominicanas foram responsabilizadas pelo uso excessivo da força nas fronteiras (*Nadege Dorzema y otros*).

No caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, a Corte IDH engajou um diálogo vertical com o Tribunal Constitucional dominicano, o qual resistiu ao cumprimento das sentenças interamericanas. Em todas as decisões, a CtIDH utilizou argumentos importados a partir dos Comentários Gerais do Comitê das Crianças da ONU e da CIJ para sustentar o entendimento comum na proteção dos direitos humanos. Em todos os cinco casos analisados na

seção 3.1, fica evidente a adoção do posicionamento universalista pela Corte Interamericana para ancorar sua autoridade regional. Ainda que a Corte tenha feito contribuições inéditas, como na OC-16/99 e OC-18/03, ela o faz sob o manto dos conceitos universais.

A segunda seção do capítulo três concentrou-se na análise por afinidade temática. O primeiro tema foi sobre naturalização e nacionalidade. Os casos estudados também são alguns dos mais antigos da Corte: OC-04 de 1984, *Castillo Petruzzi y otros* de 1999 e *Ivcher Bronstein* de 2001. Observou-se que a Corte IDH tomou como ponto de partida o caso *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)* da CIJ. Nos três, a Corte o menciona. No primeiro, discutiu-se sobre a alteração do dispositivo constitucional costarricense sobre a naturalização; no segundo, debateu-se acerca da imputação do crime de traição à pátria aos não nacionais; e o terceiro, trata da anulação da naturalização peruana de um imigrante sócio de um meio de comunicação.

O segundo tema é reiterado na jurisprudência interamericana. A detenção arbitrária foi discutida em cinco dos quinze casos (*Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Tibi Vs. Ecuador, Acosta Calderón Vs. Ecuador, Vélez Loor Vs. Panamá, Wong Ho Wing Vs. Perú*). Observou-se que a Corte IDH fundamenta seus argumentos em instrumentos de *soft law*. Por vezes, há importação de critérios universais e, em outras, ela apenas preenche o alcance e o conteúdo dos artigos postulados pela própria Convenção Americana. Essas sentenças guardam em comum certa postura pragmática da Corte IDH. Há poucos posicionamentos inéditos, diversas repetições literais entre os parágrafos das decisões e temas reincidentes. Os magistrados concentram-se, sobretudo, nas violações aos direitos civis. Nesses casos, há a confirmação da natureza *jus cogens* da proibição da tortura, conforme o art. 27, CADH.

Do mesmo modo, é notável a quantidade de vezes que a Corte menciona o documento *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas* para definir o escopo do art. 7 da CADH sobre o direito à liberdade pessoal. Em todas as decisões também há diversas referências às decisões europeias, entretanto, tal reciprocidade não é observada, conforme a análise do capítulo 4. A discussão sobre as garantias e proteções judiciais segue a mesma linha. A Corte IDH ancora-se em instrumentos de *soft law* para formular o seu entendimento e fazer coro ao suposto entendimento "universal" sobre o tema.

O caso *Wong Ho Wing*, ainda que seja o primeiro lugar nas citações externas, também parece ser o que está mais distante do posicionamento habitual da Corte IDH. Nessa decisão, entendeu-se que a extradição do chinês Wong Ho Wing não violaria a proibição da tortura,

ainda que houvesse inúmeras denúncias de tratamento cruel em território chinês. A alteração legislativa no país de origem da vítima foi suficiente para convencer a Corte IDH de tal entendimento.

Por fim, a última temática discutida foi sobre o asilo e o refúgio. Os casos *Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, OC-21/14 e OC-25/18 foram centrais para analisar o posicionamento da Corte sobre o tema. Embora a América Latina tenha a Declaração de Cartagena como instrumento nuclear para a proteção ampliada dos refugiados (que não se encontram sob o manto da Convenção de 51), a jurisprudência interamericana foi imprecisa em seus posicionamentos. O tema está longe de ser um consenso na região. O asilo, principalmente na modalidade *asilo diplomático*, é motivo de discussões históricas. Nas suas decisões, a Corte IDH parece manter o posicionamento universalista, a saber: reafirma a natureza *jus cogens* do princípio da não devolução e não reconhece o asilo diplomático como costume regional (tal qual decidiu a CIJ em Haya de la Torre). Em todos os casos, a Corte IDH também confere certo protagonismo à atuação do ACNUR.

Em todos os casos analisados, é controverso alegar que exista um direito latino-americano para imigrantes e refugiados. Ainda que a atuação da Corte Interamericana seja inédita em vários aspectos, a sua atividade parece estar circunscrita em agendas e gramáticas universais. Essa conclusão reduz drasticamente o protagonismo da CtIDH na formulação de um direito exclusivamente regional.

O capítulo 4 *Para além da parole: reflexões críticas acerca dos diálogos transjudiciais* demonstrou que a gramática pré-existente de Direito Internacional restringe a atuação da CtIDH, caso ela queira se fazer ouvir pelos seus pares. Neste sentido, a análise das OC-01/82 e da OC-10/89 reafirma que, desde as origens da CtIDH, há uma projeção universal. A partir dessas manifestações, a atuação de juristas como Cançado Trindade foi decisiva. O brasileiro foi expoente da *consciência jurídica universal* ao longo da década em que esteve na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os posicionamentos do magistrado certamente influenciaram os seus companheiros. É nesse contexto que a expressão "América para a humanidade" assume especial importância. Durante a presença de Cançado Trindade, período em que diversas decisões sobre migrações foram proferidas, o jurista comprometeu-se com a cooperação entre a Corte Interamericana e os demais tribunais contemporâneos.

Entretanto, essa relação parece ser assimétrica. A análise dos casos europeus *Čonka Vs. Bélgica*, *Hirsi Jamaa y otros Vs. Itália*, *Saadi Vs. Itália* e *Soering v. The United Kingdom* revelou a baixa reciprocidade por parte da Corte Europeia. Inclusive, o posicionamento europeu

parece ser mais moderado do que o da Corte Interamericana sobre a migração. Tanto em relação à Corte Europeia quanto à Corte Internacional de Justiça, parece existir certa hierarquia informal entre elas. A CIJ é praticamente indiferente às decisões regionais, enquanto a Corte EDH não interage na mesma intensidade com a Corte IDH. Quanto à Corte Africana, a indiferença parece partir da própria Corte Interamericana que a menciona pouquíssimas vezes.

Desta forma, é plausível supor a circulação de valores universais entre as Cortes. Inclusive, o fazem por meio da gramática em comum. A diferenciação entre *langue* e a *parole* fornece chaves interpretativas interessantes na construção dessa narrativa. A primeira seria formada pelo código linguístico historicamente dado, enquanto a segunda seria as apropriações da língua para engajar dentro daquele sistema. A preferência pelas decisões europeias e universais, portanto, não é ocasional. Há certo enviesamento estrutural que se inclina para preferências particulares. Tais escolhas colocam luz sobre determinados assuntos e silenciam outros.

Na última subseção do capítulo final também discutiu-se sobre a aculturação promovida pela circulação das ideias dos direitos humanos. Existiriam, portanto, determinadas pressões sociais e cognitivas que influenciam tacitamente os atores à conformação aos parâmetros de direitos humanos. Assim, os sistemas regionais "efetivos" seriam aqueles que mais se aproximam e se adequam aos valores universais. Os "inefetivos", portanto, se distanciaram da busca por tal coerência. Deste modo, a sensibilidade e a realidade regional seriam silenciadas para dar voz à proteção dos direitos individuais. Nota-se a difusão dos interesses paroquiais.

A partir deste estudo constatou-se, portanto, a gramática em comum que circula entre as Cortes internacionais aqui analisadas. Para além disso, percebe-se que a Corte Interamericana almeja cunhar o seu espaço e voz entre elas. Ainda que posicionamentos divergentes sejam notáveis, certa estrutura colonial persiste - tanto na preferência *particular* dada a determinados conhecimentos epistemológicos (europeu e universal), quanto no silenciamento do Sistema Africano de Direitos Humanos. Em relação às agendas, as temáticas do Norte Global parecem ter mais audiência do que a realidade local. Os direitos de "primeira geração" possuem mais protagonismo do que a pobreza, a desigualdade social e a falta de acesso aos serviços básicos.

Deste modo, as narrativas *mainstream* que insistem em justificar os diálogos transjudiciais a partir da coerência entre os sistemas regionais ocultam as assimetrias entre as referidas interações. Por óbvio, a harmonização entre as decisões pode ser uma das razões plausíveis para a *cross-fertilization*. No entanto, ela coexiste com leituras *outras*. Em uma história linear, a análise aqui pretendida não seria possível. A mera leitura da jurisprudência

interamericana, sem considerar as inúmeras nuances históricas e contextuais que permeiam o SIDH, conduziria à sistematização dos parâmetros sem o exame das influências externas que os permeiam.

Responder, portanto, qual o tratamento que a Corte IDH confere aos imigrantes, refugiados e apátridas no continente americano ainda segue sendo uma pergunta complexa. No entanto, a partir da proposta desta dissertação, que cuidou de colocar luz sobre as notas de rodapé e as influências externas à Corte Interamericana, parece possível cogitar certa postura universalista. Embora se reconheça os avanços jurisprudenciais, ora mais progressistas ora mais moderados, ainda é possível identificar preferências paroquiais que ecoam na argumentação da Corte IDH.

Sob a perspectiva TWAIL, tantas outras agendas de pesquisa se abrem a partir das constatações aqui enunciadas. Seria possível fazer uma utilização mais condizente com a realidade local do discurso jurídico desde a Corte Interamericana? As garantias positivadas na Convenção Americana são capazes de atender as necessidades dos imigrantes internacionais da região? Essa mesma postura universalista também se expande para o tratamento de outras minorias como, por exemplo, povos indígenas? Assim, questiona-se se a Corte Interamericana se projeta em direção à América para os americanos ou para a humanidade.

Ainda que não seja a intenção deste estudo traçar soluções, o diálogo regional e a sensibilidade local parecem ser fundamentais para potencializar a atuação da Corte na região. Por um lado, recorda-se que a perspectiva crítica terceiro-mundista pode colaborar para identificar estruturas coloniais persistentes e dar voz para o Sul e desde o Sul. Por outro lado, constatou-se que a abordagem universalista, portanto, parece resultar em monólogos, tanto horizontais quanto verticais.

## REFERÊNCIAS

ACEVES, William J. The right of information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law. Advisory Opinion OC-16-99. *American Journal of International Law*, 2000.

ALSTON, Philip. Does the Past Matter - On the Origins of Human Rights. *Harvard Law Review*, vol. 126, no. 7, 2013, pp. 2043-2082.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, 2003.

ANGHIE, Antony. Finding the Peripheries. Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law. *40 Harvard International Law Journal*, 1999.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

ANGHIE, Antony. On critique and the other. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b.

ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006.

ARAÚJO, Natália Medina. *Estado Moderno e permeabilidade de fronteiras na história do Direito internacional: a liberdade de migrar e seus limites*. 2017. 214 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ARLETTAZ, Fernando. El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 11, 2015.

BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review*, London, vol. 10, n. 4, 2008.

BALLANTYNE, Tony. Mobility, empire, colonisation. *History Australia*, v. 11, n. 2, p. 7-37, 2014.

BARREIRA, Karen S. BELANGERO, Juliana. A mobilização do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Judiciário Norte-Americano: Uma análise a partir do caso Medellín. In: MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, Interações e Mobilizações*. Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2017.

BARRETO, José-Manuel. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013.

BARROS, Patricia. *Saúde Global e Organização Mundial da Saúde: Uma perspectiva crítica a partir do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BAXI, Upendra. Too many, or too few, human rights. *Human Rights Law Review*, v. 1, 2001.

BAXI, Upendra. Voices of suffering and the future of human rights. *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 8, p. 1-50, 1998.

BAXI, Upendra. What May the “Third World” Expect From International Law? *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, 2006.

BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of jus cogens. *European journal of international law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.

BISSIO, Beatriz. Bandung, não alinhados e mídia: o papel da revista “Cadernos do Terceiro Mundo” no diálogo sul-sul. *Austral Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 4, n. 8, 2015.

BOLIVAR, Analluza Bravo. *O impacto no Brasil da casuística internacional relativa à violação do direito de informação sobre a assistência consular para preso estrangeiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13, n. 99, p. 11-31, 2011.

BRITO, Adriane Sanctis; VEÇOSO, Fabia Fernandes C.; RORIZ, João Henrique R. "Seremos Julgados": revisitando o debate entre Alvarez e Sá Viana sobre a regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliana (Org.). *Direito Internacional atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BROWN, Chester. The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and tribunals. *Loy. LA Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 30, p. 219, 2008;

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Braz. J. Int'l L.*, v. 7, 2010.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

CANÇADO TRINDADE, A. A. The Humanization of consular Law: The Impact of Advisory opinion no. 16 (1999) of the Inter-American court of Human Rights on International case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 2007.

CAROZZA, Paolo G. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 25, 2003.

CASS, Deborah Z. Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 65, 1996.

CASTLES, Stephen. Entendendo a migração global: uma perspectiva desde a transformação social. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 18, n. 35, 2010.

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. The gender of *jus cogens*. *Hum. Rts. Q.*, v. 15, 1993.

CHAVEZ, Leo. *The Latino Threat: Constructing Immigrants, Citizens, and the Nation*. 2.ed. Stanford University Press, 2008.

CHIMNI, B. S. Third World approaches to International law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.

CHIMNI, Bhupinder S. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004.

CHIMNI, Bhupinder S. Reforming the international refugee regime: a dialogic model. *Journal of Refugee Studies*, v. 14, n. 2, 2001.

CHIMNI, Bhupinder S. The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee studies*, v. 22, n. 1, 2009.

CHIMNI, Bhupinder S. The geopolitics of refugee studies: A view from the South. *Journal of refugee studies*, v. 11, n. 4, 1998.

CIDH. Comunicado de Imprensa. *A CIDH condena o uso da força contra população em situação de mobilidade no México, e insta o Estado a investigar os fatos e evitar a repetição dos mesmos*. Washington, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/255.asp> Acesso em 02 abr. 2022.

CIDH. Comunicado de Imprensa. *A CIDH expressa profunda preocupação pela situação de pessoas migrantes e refugiadas nos Estados Unidos, México e América Central*. Washington,

23 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/180.asp>  
Acesso em 02 abr. 2022.

CIDH. Comunicado de Imprensa. *CIDH expressa preocupação com situação de pessoas migrantes venezuelanas e conclama os Estados da região a implementar medidas para sua proteção*. Washington, 25 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/006.asp> Acesso em 02 abr. 2022.

CLÉRICO, Laura. El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, n. 46, 2020.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XLVI Curso de Derecho Internacional*. Organizado por la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2019. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XLVI\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2019.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLVI_curso_derecho_internacional_2019.pdf) Acesso em 21 abr. 2022.

CORTE EDH. *Guide sur l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme: Droit à un procès équitable*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf)  
Acesso em 10 mar. 2022.

CRAWLEY, Heaven; SKLEPARIS, Dimitris. Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 44, n. 1, 2018.

DE SOUZA SILVA, Karine; DE AMORIM, Luísa Milioli. Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, 2019.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When humans become migrants: Study of the European court of human rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press, 2015.

DROTBOHM, Heike; WINTERS, Nanneke. The Event in Migrant Categorization: Exploring Eventfulness Across the Americas. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, v. 17, 2020.

ESIS, Ivette; PALUMA, Thiago; SILVA, Bianca G. Os parâmetros de proteção das migrações no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 2, n. 59, p. 423-452, 2020.

ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho (s) Internacional(es): Ayer y hoy. In: ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René (Orgs.). *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2016.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. *Trade, Law and Development*, v. 3, n. 1, 2011.

ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law. Critical Past and Pending Futures*. 1ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)colonial: TWAIL and the everyday life of international law. *Verfassung in Recht und Übersee*, vol. 45, n. 2, 2013.

FAKHRI, Michael. Third world sovereignty, indigenous sovereignty, and food sovereignty: living with sovereignty despite the map. *Transnational Legal Theory*, v. 9, n. 3-4, p. 218-253, 2018.

FARER, Tom. The rise of the Inter-American human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Hum. Rts. Q.*, v. 19, 1997.

FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, 2019.

FRIEDRICH, Tatyana S.; CRUZ, Taís V. O caso Haya de la Torre e o julgamento pela Corte Internacional de Justiça: Reflexões sobre o instituto do asilo e algumas implicações do julgamento. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

GALINDO, George. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, 2013.

GALINDO, George. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, 2012.

GALINDO, George (Org.). *Fragmentação do Direito Internacional: Pontos e Contraponto*. Arraes Editora, 2015.

GALINDO, George. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, 2005.

GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015.

GALINDO, George. Sê plural como o Universo!: A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 8, n.33, 2000.

GALINDO, George. Splitting TWAIL? *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 33, No. 3, 2016.

GARCIA, Ruben J. Ten years after Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. NLRB: the power of a labor law symbol. *Cornell JL & Pub. Pol'y*, v. 21, 2011.

GATHIL, James Thuo. International Law and Eurocentricity. *The European Journal of International Law*, v. 9, n. 1, 1998.

GATHII, James Thuo. TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, v. 3, 2011.

GLENDON, Mary Ann. The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. *Harv. Hum. Rts. J.*, v. 16, p. 27, 2003.

GOLDMAN, Robert K. History and action: The inter-American human rights system and the role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Hum. Rts. Q.*, v. 31, 2009.

GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence states: Socialization and international human rights law. *Duke Lj*, v. 54, 2004.

GORDON, Robert W. The struggle over the past. *Cleveland State Law Review*, v. 44, n. 2, 1996.

GUERRA, Sidney. O asilo no Sistema Interamericano: Um direito soberano do Estado ou um direito inerente à pessoa humana?. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

HATHAWAY, James C. A reconsideration of the underlying premise of refugee law. *Harv. Int'l. LJ*, v. 31, p. 129, 1990.

HENNEBEL, Ludovic. La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Francia, Editions Pedone, p. 75-119, 2009.

HENRIQUES, Fabrício da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da corte internacional de justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

IGNATIEFF, Michael. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (Ed.). *American exceptionalism and human rights*. Princeton University Press, 2009.

JACOBS, Francis G. Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice. *Tex. Int'l LJ*, v. 38, p. 547, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Considerações sobre a Opinião Consultiva 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O asilo enquanto direito humano. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

KENNEDY, David. A new stream of international legal scholarship. *Wisconsin International Law Journal*, v. 07, n. 01, 1988.

KENNEDY, David. Reassessing international humanitarianism: the dark sides. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018b.

KOSKENNIEMI, Martti. Empire and international law: the real Spanish contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018a.

KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. Human rights mainstreaming as a strategy for institutional power. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 1, n. 1, 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001.

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 90 e 2000: uma "Corte" Cançado Trindade? In: HACHEM, Daniel W.; LÓPEZ, Luisa F. G.; GUSSOLI, Felipe Klein (Coord.). *Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020.

LORCA, Arnulf Becker. Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America. *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 4, 2017.

LORCA, Arnulf Becker. *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842-1933*. Cambridge University Press, 2014.

LORCA, Arnulf Bercker. International Law in Latin America or American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 283-305, 2006.

MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 90, 2013.

MAGALHÃES, José LuizLuís Quadros de; AFONSO, Henrique W. Para contar as outras histórias: Ddireito Iinternacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, 2013.

MANLY, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. In: FRANCO, Leonardo (Coord.). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. San José: EDITORAMA, 2004.

MARTÍNEZ, S. Not a Cockfight: Rethinking Haitian-Dominican Relation. *Latin American Perspectives*, v. 30, n. 130, p. 80–101, 2003.

MEDINA, Diego E. López. Por que falar de uma " Teoria Impura do Direito" para a América Latina?. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS*, v. 11, n. 1, 2016.

MÉGRET, Frédéric. The Contingency of International Migration Law: "Freedom of Movement", Race and Imperial Legacies. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021.

MICKELSON, Karin; ODUMOSU, Ibrionke; PARMAR, Pooja. Situating Third World approaches to international law (TWAIL): inspirations, challenges and possibilities. *International Community Law Review*, v. 10, 2008.

MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, 1997.

MICKELSON, Karin. Taking stock of TWAIL histories. *International Community Law Review*, v. 10, n. 4, 2008.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade. o lado mais escuro da modernidade. Tradução de Marco Oliveira. *Revista Brasileira de Estudos Sociais, São Paulo*, v. 32, n. 94, 2017.

MIGNOLO, Walter. Who speaks for the "Human" in Human Rights. In: BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, 2013.

MONGIA, Radhika Viyas. Race, nationality, mobility: A history of the passport. *Public Culture*, v. 11, n. 3, p. 527-555, 1999.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. “*O Haiti não é aqui*”: *apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade*. 2017. 377 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - —Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MUNSHI, Sherally. Immigration, imperialism, and the legacies of Indian exclusion. *Yale JL & Human.*, v. 28, p. 51, 2016.

MUTUA, Makau. *Human rights: A political and cultural critique*. University of Pennsylvania Press, 2002.

MUTUA, Makau. Savages, victims, and saviors: The metaphor of human rights. *Harv. Int'l LJ*, v. 42, 2001.

MUTUA, Makau. The ideology of human rights. *Va. J. Int'l L.*, v. 36, p. 589-657, 1995.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington, vol. 94, 2000.

NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European journal of international law*, v. 19, n. 1, 2008.

NEUMAN, Gerald. The external reception of Inter-American human rights law. *Revue québécoise de droit international/Quebec Journal of International Law/Revista quebequense de derecho internacional*, 2011.

NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos : um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. 2018. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018.

OBREGÓN, Liliana. Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America. In: ORFORD, Anne (Ed.). *International Law and its Others*. Cambridge University Press, 2006b.

OBREGÓN, Liliana. Regionalismo construído: Uma breve história do Direito Internacional. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy (Orgs.). *Direito global e suas alternativas metodológicas*. São Paulo: FGV Direito, 2016.

OEA. *Movilidad humana: Estándares interamericanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> Acesso em 29 mar. 2022.

OEA. *Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e Direito à Identidade*. Disponível em: <https://www.oas.org/consejo/pr/cajp/seguimiento%20programas.asp#Identidad> Acesso em 3 jan. 2022

OKAFOR, Obiora. Critical third world approaches to international law (TMAIL): Theory, methodology, or both? *International Community Law Review*. The Hague, vol. 10, No. 4, 2008.

OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our Time: A TMAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005.

ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. *IILJ Working Paper 2012/2 (History and Theory of International Law Series)*, U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 600, 2011.

ÖZSU, Umut. An anti-imperialist universalism? Jus Cogens and the politics of international law. *International Law and Empire: Historical Explorations*, v. 295, 2017.

PAGLIA, Sofia. El dualismo asilo-refugio en el derecho latinoamericano a luz de la Opinión Consultiva OC-25/18. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso (Org.). *Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3.ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Locating the Third World in cultural geography. *Third World Legal Studies*, 1998.

RAMINA, Larissa. Framing the Concept of TWAIL: Third World Approaches to International Law. *Revista Justiça do Direito*, v. 32, p. 5-26, 2018b.

RAMINA, Larissa. TWAIL – “Third World Approaches to International Law” and human rights: some considerations. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018a.

RESCIA, Victor Rodriguez; SEITLES, Marc David. The Development of the Inter-American Human Right System: A Historical Perspective and a Modern-Day Critique. *NYL Sch. J. Hum. Rts.*, v. 16, 1999.

REVEGGINO, Bruno Rodríguez. ¿ El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *Iuris Dictio*, 2017.

ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. *Journal of Sociology*, v. 55, n. 2, 2019.

ROMANO, Cesare PR. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 41, 2008.

ROMANO, Cesare. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 31, 1998.

ROSA, Marina de Almeida. *O Encontro do Direito Internacional dos Refugiados com o Sul Global: uma análise do “conceito do sul” de refugiado e de sua não aplicação pelas Nações Unidas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, São Leopoldo, 2019.

RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, 2015.

RUBIO, David Sánchez. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. *O direito alternativo*, v. 3, n. 1, 2016.

SANTOS, Gabriella Coelho; SILVA, Bianca Guimarães. A ausência de um Direito Latino-Americano para Crianças Migrantes: Observações sobre o Parecer Consultivo OC-21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana; PALUMA, Thiago; LOPES, Inez. *Diálogos hermenêuticos entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2022. *No prelo*.

SCARFI, Juan Pablo. La intervención del derecho internacional (latino) americano: La hegemonía estadounidense y el debate sobre la intervención en los orígenes del sistema interamericano. *Estudios Sociales*, 59, 2020.

SCARFI, Juan Pablo. Pan-American Human Rights: The legacy of Pan-Americanism and the intellectual origins of the Inter-American Human Rights System. In: SCARFI, Juan Pablo; SHEININ, David (Ed.). *The new Pan-Americanism and the structuring of Inter-American relations*. Nova York: Routledge, 2022.

SCARFI, Juan Pablo. *The hidden history of international law in the Americas: empire and legal networks*. Oxford University Press, 2017.

SHETTY, Vikrant Dayanand. Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law. *King's Student L. Rev.*, v. 3, 2011.

SIKKINK, Kathryn. Latin American countries as norm protagonists of the idea of international human rights. *Global Governance*, v. 20, 2014.

SILVA, Bianca G. *O Brasil e a observância dos padrões interamericanos de proteção dos direitos humanos dos migrantes: (in)congruências e reflexões*. 2019. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994.

SQUEFF, Tatiana AFR Cardoso. “Cross-fertilization” as a neocolonial tool? Impressions deriving from the *Artavia Murilo vs. Costa Rica* case before the Interamerican Court of Human Rights. *Revista Da Faculdade De Direito Do Sul De Minas*, v. 35, n. Edição Especial, 2019.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ORLANDINI, M. L. S. R. Is there a latin american child migration law? An analysis of the `Advisory Opinion n. 21 on the rights of child migrants? rendered by the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Videre (Online)*, v. 11, 2019.

SQUEFF, Tatiana. A. F. R. C. SILVA, Bianca G. O caso *Vélez Loor vs. Panamá* da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, p. 757-783, 2021.

SZABLA, Christopher. Contingent Movements? The differential decolonisations of International Refugee and Migration Law and Governance. In: VENZKE, Ingo; VON HELLER, Kevin. *Contingency in International Law*. Oxford, 2021.

TODOROV, Tzvetan. *La conquista de America: el problema del outro (Spanish Edition)*. Siglo XXI, 1999.

TORPEY, John C. *The invention of the passport: Surveillance, citizenship and the state*. Cambridge University Press, 2000.

TOUFAYAN, Mark. Identity, Effectiveness, and Newness in Transjudicialism's Coming of Age. *Mich. J. Int'l L.*, v. 31, p. 307, 2009.

TREVES, Tullio. The UN body of principles for the protection of detained or imprisoned persons. *American Journal of International Law*, v. 84, n. 2, p. 578-586, 1990.

VALADEZ, Jorge M. Is immigration a human right?. *Cosmopolitanism in context: Perspectives from international law and political theory*, p. 221-248, 2010.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Bandung in the Shadow: the Brazilian Experience. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures*. 1ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 411-428.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2012. 156 f. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842–1933, written by Arnulf Becker Lorca. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, v. 20, n. 1, p. 125-131, 2018.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Rumo a uma fraternidade de Cortes de Direitos Humanos? Uma análise dos usos da jurisprudência da Corte Europeia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 13, 2013.

VOETEN, Erik. Borrowing and nonborrowing among international courts. *The Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, 2010.

ZETTER, Roger. Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity. *Journal of refugee studies*, v. 4, n. 1, 1991.

ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: Remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of refugee studies*, v. 20, n. 2, 2007.

## SENTENÇAS E OPINIÕES CONSULTIVAS INTERNACIONAIS

CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006.

CIJ. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004.

CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

CIJ. *Haya de la Torre Case*, Judgment of June 13th, 1951 : I.C. J. Reports 1951.

CIJ. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001.

CIJ. *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports 1955.

CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980.

Corte EDH. *Affaire Čonka c. Belgique* (Requête n ° 51564/99). Arrêt. Strasbourg. 5 février 2002.

Corte EDH. *Asunto Kurić y Otros c. Eslovenia* (Demanda no. 26828/06). Sentencia. Estrasburgo, 26 Junio 2012

Corte EDH. *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81). Judgment, Strasbourg, 28 May 1985.

Corte EDH. *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (Application no. 27765/09). Judgment, Strasbourg, 23 February 2012.

Corte EDH. *Case of Saadi v. Italy*. Application no. 37201/06. Judgment. Strasbourg, 28 February 2008.

Corte EDH. *Case of Soering v. The United Kingdom* (Application no. 14038/88). Judgment, Strasbourg, 07 July 1989.

Corte EDH. *Kimmel c. Italie*. Requête n° 32823/02. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66707> Acesso em 12 mar. 2022.

Corte EDH. *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*. (Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87). Judgment, Strasbourg, 30 October 1991.

Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982*. Serie A No. 1.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. *Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Serie A No. 21.

Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989*. Serie A No. 10.

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A No. 25.

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23.

Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. *Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4.

## DOCUMENTOS OFICIAIS

ACNUR. *El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas*. Disponible em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0541.pdf> Acesso em 13 mar. 2022.

ACNUR. *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 2011. Disponible em: <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf> Acesso em 13 mar. 2022.

BRASIL, *Decreto nº 18.956*, de 22 de outubro de 1929. Disponible em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html> Acesso em 4 mar. 2022.

*Cartagena Declaration on Refugees, adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena de Indias, Colombia, 22 November 1984.* Disponível em: <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html> Acesso em 25 abr. 2022.

CIDH. *Resolução No. 2/2021.* Proteção das pessoas [sic] haitianas em mobilidade humana: solidariedade interamericana. Aprovada em 24 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-21-pt.pdf> Acesso em 02 abr. 2022.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Primer Informe El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano.* CJI/doc.602/20. Rio de Janeiro, 3 febrero 2020. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI\\_doc\\_602-20.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI_doc_602-20.pdf) Acesso em 21 abr. 2022.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Segundo Informe El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano.* CJI/doc.627/21. Sesión Virtual, 17 febrero 2021. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI\\_doc\\_627-21.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI_doc_627-21.pdf) Acesso em 21 abr. 2022.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Tercer Informe El Derecho Internacional Consuetudinario Particular en el Contexto del Continente Americano.* CJI/doc.645/21. Sesión Virtual, 26 julio 2021. Disponível em: [https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc\\_645-21.pdf](https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_645-21.pdf) Acesso em 21 abr. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), 1950.* Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA), 1948.* Disponível em: [http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm) Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica ou CADH)*, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, 1985. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm> Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm) Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Protocolo de Buenos Aires*, 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-31.htm> Acesso em 25 abr. 2022.

OEA. *Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (Tratado de Bogotá)*, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/csh/portuguese/novosdocsolcpacf.asp> Acesso em 25 abr. 2022.

OIT. *Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*, 1989. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REV,en,C169,/Document](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C169,/Document) Acesso em 25 abr. 2022.

OIT. *Informe III (Parte 1B), 1999. Trabajadores migrantes. Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y la Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación (núm. 151) Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b.htm#Indice> Acesso em 12 mar. 2022.

OIT. *R151 - Recomendação sobre os trabalhadores migrantes*, 1975 (núm. 151). Disponível em:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312489:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489:NO) Acesso em 12. mar. 2022.

ONU (ECOSOC). *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*, 1955. Disponível em: [https://www.defensoria.ms.def.br/images/nudedh/sistemas\\_onu/25\\_-\\_Regras\\_M%C3%ADnimas\\_para\\_o\\_Tratamento\\_dos\\_Reclusos.pdf](https://www.defensoria.ms.def.br/images/nudedh/sistemas_onu/25_-_Regras_M%C3%ADnimas_para_o_Tratamento_dos_Reclusos.pdf) Acesso em 8 mar. 2022.

ONU. *Carta da ONU*, 1945. Disponível em: <https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2009/10/Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n. 15: A posição dos Estrangeiros no que respeita ao Pacto*. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf> Acesso em 15 mar. 2022.

ONU. *Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral n. 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos das Crianças*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso em 2 mar. 2022.

ONU. *Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral n. 6: Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora do seu país de origem*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

ONU. *Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral n° 11: As crianças indígenas e os seus direitos em virtude da Convenção*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

ONU. *Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral n° 12: Direito da criança de ser escutada*. Disponível em:

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 14 mar. 2022.

ONU. *Comitê dos Direitos das Crianças, Observação Geral nº 7: Realização dos Direitos da Criança na primeira infância.* Disponível em : [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) Acesso 1 mar. 2022.

ONU. *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, adotado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral da ONU. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Tortura/principios\\_pessoas\\_sujeitas\\_detencao.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Tortura/principios_pessoas_sujeitas_detencao.htm) Acesso em 7 mar. 2022.

ONU. *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951)*, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)*, 1969. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC)*, 1963. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/convencao-viena-relacoes-consulares-670884477> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção Internacional sobre Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias*, 1990. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção para Reduzir os casos de Apatridia*, 1961. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_para\\_a\\_Reducacao\\_dos\\_Casos\\_de\\_Apatridia\\_de\\_1961.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção sobre agentes consulares*, 1929. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/convencao-viena-relacoes-consulares-670884477> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954*, 1954. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_sobre\\_o\\_Estatuto\\_dos\\_Apatridas\\_de\\_1954.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)*, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *General Assembly Resolution 43/173 (9 December 1988)*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/531/52/IMG/NR053152.pdf?OpenElement> Acesso em 20 mar. 2022.

ONU. *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. I (Summary records of plenary meetings and of meetings of the First and Second Committees). Disponível em: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963\\_cons\\_relations/docs/english/vol\\_1/a\\_conf25\\_sr11.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1/a_conf25_sr11.pdf) Acesso em 4 mar. 2022.

ONU. *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)*, 1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm> Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Princípios Básicos da Independência do Judiciário, adotados no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Infrator*, 1985. Confirmado, posteriormente, pela Assembleia Geral da ONU nas resoluções 40/32 (1985) e 40/146 (1985).

Disponível em:  
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> Acesso em 05 mar. 2022.

ONU. *Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados relativas às salvaguardas especiais em Assuntos Penais, adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Infrator*, 1990. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm#:~:text=Ao%20protegerem%20os%20direitos%20dos,e%20com%20as%20normas%20e> Acesso em 05 mar. 2022.

ONU. *Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*, 1990. Disponível em:  
[http://www.defensoria.ms.gov.br/images/nudedh/sistemas\\_onu/33\\_-\\_principios\\_basicos\\_sobre\\_o\\_uso\\_da\\_for%C3%A7a\\_e\\_arma\\_fogo\\_pelos\\_funcion%C3%A1rios\\_respons%C3%A1veis\\_pela\\_eplica%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_lei\\_\\_1990.pdf](http://www.defensoria.ms.gov.br/images/nudedh/sistemas_onu/33_-_principios_basicos_sobre_o_uso_da_for%C3%A7a_e_arma_fogo_pelos_funcion%C3%A1rios_respons%C3%A1veis_pela_eplica%C3%A7%C3%A3o_da_lei__1990.pdf) Acesso em 15 mar. 2022.

ONU. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados (Protocolo de 1967)*, 1967. Disponível em:  
[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.

ONU. *Protocolo de Minnesota sobre as Investigações de Mortes Potencialmente Ilícitas*, 2016. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf) Acesso em 15 mar. 2022.

ONU. *Resolução A/RES/54/166 - Proteção dos Migrantes. Assembleia Geral das Nações Unidas*, 24 de fevereiro de 2000. Disponível em:  
[https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy\\_and\\_research/un/54/A\\_RES\\_54\\_166\\_es.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_es.pdf) Acesso em 12 mar. 2022.

ONU. *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, held

at Geneva in 1955. Disponível em:  
[https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/UN\\_Standard\\_Minimum\\_Rules\\_for\\_the\\_Treatment\\_of\\_Prisoners.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf) Acesso em 20 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (Carta de Banjul ou CADHP), 1981. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm> Acesso em 25 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África*, 1969. Disponível em:  
[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/convencao\\_de\\_kampala.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/convencao_de_kampala.pdf)  
Acesso em 25 abr. 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DOMINICANA. *Sentencia TC/0168/13*. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fcd99a.pdf> Acesso em 17 mar. 2022.

UNIÃO PAN-AMERICANA. *Convenção de Direitos e Deveres dos Estados*, assinado em Montevideu, Uruguai, em 26 de dezembro de 1933. Disponível em:  
[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao\\_sobre\\_direitos\\_e\\_deveres\\_dos\\_estados-12.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao_sobre_direitos_e_deveres_dos_estados-12.pdf) Acesso em 25 abr. 2022.