

O Outro e o desafio dos Direitos Humanos: uma análise fundada na opinião consultiva nº 18/03

*Elden Borges Souza**

Resumo

A crise europeia dos refugiados fez emergir um dos problemas centrais dos Direitos Humanos, o reconhecimento do outro como sujeito de direitos, respeitando sua singularidade. Essa questão de como lidar com a diversidade sobre aspectos fundamentais da vida humana é um pressuposto na discussão sobre os direitos humanos. Trata-se, na verdade, de uma discussão sobre a relação entre igualdade e direitos humanos. Por isso, organismos internacionais já precisaram se manifestar nessa matéria. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos o marco dessa discussão é a Opinião Consultiva nº 18/03. Considerando essa manifestação, o objetivo do presente trabalho é analisar como se dá a relação entre igualdade e direitos humanos em um contexto em que o contato com o Outro é marcado pela diversidade e pelo desafio de reconhecimento sem eliminação da identidade. A metodologia empregada foi de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Igualdade. Reconhecimento. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

A crise europeia dos refugiados sírios fez emergir um dos problemas centrais dos Direitos Humanos: como lidar com a diversidade. O processo de deslocamento de milhares de pessoas para a Europa pode ser analisado a partir de diversos pontos de vista. Há um problema econômico, sobre como essas pessoas serão incluídas no mercado de trabalho e como poderão interferir na dinâmica econômica já existente. Envolve um aspecto de política internacional, que diz respeito à postura dos Estados em relação à crise.

Recebido em: 14/10/2016 | Aprovado em: 15/12/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6449>

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGA) – Belém, Pará, Brasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Universidade Federal do Pará (UFGA). Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. E-mail: elden.borges@gmail.com

Em que pese os diversos outros aspectos, uma análise que não pode ser desconsiderada é como essa crise pode ser compreendida a partir da ótica dos direitos humanos. Existe uma questão de Direito dos Refugiados, no entanto a discussão na esfera dos Direitos Humanos – que não ignora a normativa internacional acerca dos refugiados – diz respeito a um ponto mais fundamental: como lidar com o Outro, aquele que é diferente.

A questão de como lidar com essa inevitável diversidade de etnias, religiões, culturas, nacionalidades, posições políticas e outros aspectos fundamentais da vida da pessoa humana é um assunto basilar e pressuposto na discussão sobre os Direitos Humanos. Trata-se, em verdade, de uma discussão sobre igualdade – sem a qual não se pode falar de reconhecimento do Outro como pessoa humana – em consonância com a diversidade.

Nesse sentido, os organismos internacionais em matéria de Direitos Humanos já precisaram se manifestar sobre a igualdade e os direitos humanos. Claro que essa temática envolve diversos aspectos, que seriam inviáveis de ser abordados em um artigo. No entanto, um marco nessa discussão pode ser encontrado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Opinião Consultiva nº 18/03, da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹.

Não se ignora que existem diferenças significativas entre os conceitos de migrante e refugiado, no entanto o problema subjacente é o mesmo: como realizar a igualdade nos direitos humanos. Esse tema foi enfrentado pela Corte Interamericana e sua manifestação pode nos auxiliar a compreender não apenas a dinâmica na América, mas de forma geral.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é analisar como se dá a relação entre igualdade e direitos humanos em um contexto em que o contato com o Outro é marcado pela diversidade e pelo desafio de reconhecimento sem eliminação da identidade. Essa análise tomará por referência o exame da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 18/03.

Para isso, de início será apresentada a relação histórica entre igualdade e direitos humanos. Em seguida, como a igualdade se apresenta como um desafio contemporâneo para o reconhecimento do Outro. Por fim, será exposto como a Corte Interamericana tratou a questão e como isso possibilita a compreensão da delicada relação entre igualdade, diversidade e os direitos da pessoa humana.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Opinião Consultiva nº 18/03 de 17 de setembro de 2003.

A igualdade e a afirmação dos direitos humanos

Seria um objetivo pretensioso apresentar um conceito de Direitos Humanos em apenas um artigo. No entanto, algumas considerações devem ser feitas para que seja possível fazer a relação entre esses direitos e a noção de igualdade.

De início, deve ser observado que o conceito de Direitos Humanos não se confunde com o conceito de direitos naturais². Historicamente o conceito de direitos naturais (ou Direito Natural) foi desenvolvido dentro da Filosofia do Direito, tendo servido de base para a construção do conceito de Direitos Humanos. No entanto, como destacam Lynn Hunt³ e Jack Donnelly⁴, esses direitos são frutos das transformações sociais, políticas e econômicas que ocorreram apenas na Modernidade.

Tanto os direitos afirmados nos primeiros documentos do Século XVIII, quanto os direitos afirmados a partir do desenvolvimento da Organização das Nações Unidas são direitos caracterizados como respostas às novas ameaças à pessoa humana⁵. Sendo que essas ameaças são frutos das mudanças ocorridas após a Revolução Industrial e durante as duas guerras mundiais – especialmente a segunda.

Um dos elementos do conceito de Direitos Humanos foi a igualdade entre todos os seres humanos, pressupondo o reconhecimento do Outro como semelhante e, portanto, como possível sujeito de direitos⁶. Quando são postas lado a lado a Declaração de Independência dos Estados Unidos⁷, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹ é possível identificar que todas elas afirmam como premissa fundamental

² DONNELLY, Jack. Human Rights as Natural Rights. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 3, n. 3, p. 391-405, 1982, p. 392.

³ HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19.

⁴ DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 29, n. 2, p. 281-306, 2007, p. 287.

⁵ DONNELLY, 2007, p. 287.

⁶ HUNT, 2009, p. 56.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Declaration of Independence*. 1776. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁸ FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. 1789. Artigo 1. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Artigo 1. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

e necessária que a pessoa humana nasce livre e possui *igual* dignidade e direitos – que são inerentes e inalienáveis.

Em que pese o exposto, esse primeiro período de afirmação dos Direitos Humanos não pode ser considerado como pleno e real. Ao contrário, tratou-se de uma fase marcada pela exclusão de diversos grupos sociais. A igualdade pregada não era uma igualdade realizada. Ao contrário, a semente da igualdade plantada no período inicial (séculos XVIII a XX) era extremamente desigual e excludente.

Nesse sentido, os Direitos Humanos propagados pelas revoluções burguesas nos Estados Unidos e na França foram direitos voltados ao homem-proprietário¹⁰. Um conceito que excluía mulheres, escravos, pessoas sem propriedade, não-brancos, entre outros. Por isso, é possível afirmar, juntamente com Lynn Hunt, que a autoevidência desses direitos iguais e universais era paradoxal¹¹.

Aliás, a extensão desses direitos a novas categorias era uma coisa que muitos consideravam preocupante. Em 1776, John Adams resumiu o que muitos pensavam sobre a possibilidade de todos efetivamente terem acesso à igualdade perante a lei – no caso das mulheres –, possibilidade de participação política – no caso dos homens sem propriedade – ou a liberdade individual – no caso dos escravos:

[...] é perigoso abrir uma fonte de controvérsia e altercação tão fecunda quanto a que seria aberta com a tentativa de alterar a qualificação dos eleitores. Isso não terá fim. Novas demandas irão surgir. As mulheres exigirão o direito ao voto. Rapazes de 12 a 21 [anos] pensarão que os seus direitos não foram suficientemente atendidos, e cada homem que não tem um centavo exigirá uma voz igual a qualquer outro em todas as leis do Estado. Isso tende a confundir e destruir todas as distinções e a reduzir todos os níveis a um nível comum¹².

Isso aparentemente não faz sentido em um contexto em que se afirmava uma dignidade igual e inerente a toda pessoa humana. Esse paradoxo foi pos-

¹⁰ Essa crítica inicial ao caráter estritamente burguês (e, portanto, limitado) dos Direitos Humanos pode ser compreendida a partir de, dentre outros, Marx. Ver: MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 48-50.

¹¹ HUNT, 2009, p. 17.

¹² Tradução livre de: “it is dangerous to open so fruitfull [*sic*] a source of controversy and altercation, as would be opened by attempting to alter the qualifications of voters. There will be no End of it. New claims will arise. Women will demand a vote. Lads from 12 to 21 will think their rights not enough attended to, and every Man, who has not a Farthing, will demand an equal voice with any other in all Acts of State. It tends to confound and destroy all distinctions, and prostrate all ranks, to one common levell [*sic*]”. Ver: ADAMS, John. *Papers of John Adams*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s10.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

sível em razão da conjugação do natural caráter plurissignificativo da igualdade¹³ com o conteúdo vazio dado ao conceito de sujeito dos direitos humanos.

A ruptura revolucionária com as ordens vigentes pressupunha o recurso a uma noção de direitos assegurados a todos os sujeitos e independente do reconhecimento estatal. A dificuldade era a diversidade existente nos próprios países. Dessa forma, esses direitos foram baseados em um sujeito abstrato. Ignorando o contexto no qual o ser humano encontra-se permanentemente imerso e suas características particulares, as primeiras declarações definiram as pessoas como plenamente iguais, dotadas de uma natureza abstrata e universal¹⁴.

Isso pode ser colocado dentro de um contexto maior em que a humanidade afirmou – ou, pelo menos, buscou – uma liberdade total, livre da tradição e da história. Esse novo ser humano, para que pudesse “suceder a Deus como a nova base do ser e do significado”¹⁵, necessitava de uma natureza completamente autônoma, anterior a qualquer predicado ou determinação. A legitimidade para a rejeição de toda a tradição existente era apelar a um elemento externo e não determinado por ela.

Contudo, embora as declarações tenham pressuposto um sujeito vazio, dotado de igual dignidade pelo fato do nascimento, esse homem abstrato precisou ser complementado por outras capacidades e características. “A lei é o terreno sobre o qual a natureza humana abstrata adquire forma concreta”¹⁶. Dessa forma, foi possível a apropriação sistemática do ideal e do exercício de direitos iguais por setores do poder que utilizaram esse princípio em benefício próprio¹⁷.

Em que pese essas críticas, a mesma linguagem abstrata que permitiu a limitação dos direitos foi o que produziu a “virtude terapêutica dos direitos humanos”¹⁸. Ou seja, o reconhecimento dos direitos não parou no momento da sua declaração. Ao contrário, foi a partir de então que ficou ainda mais claro o caráter dinâmico e expansivo desse conceito. Como acertadamente disse Adams, “isso não terá fim”.

¹³ PERONA, Angeles Jiménez. Igualdad. In: AMORÓS, Celia (org.). *10 palabras clave sobre Mujer*. 4. ed. Navarra: Verbo Divino, 1995, p. 119.

¹⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 110.

¹⁵ DOUZINAS, 2009, p. 107.

¹⁶ DOUZINAS, 2009, p. 109.

¹⁷ PAUTASSI, Laura. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comp.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 1-87.

¹⁸ VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 167.

A igualdade afirmada pelos Direitos Humanos não foi, na verdade, o reconhecimento de uma situação real. Mas, ao contrário, representou a consolidação de um movimento que prossegue até os dias atuais. A igualdade dos direitos humanos teve – como ainda tem – um sentido prospectivo, de reconhecimento de novos direitos e, especialmente, de novos sujeitos.

No entanto, essa expansão conceitual dependia de uma reformulação da própria noção de igualdade. Um sentido de igualdade pode ser considerado nitidamente imperialista. É aquele sentido que se dá entre pares. Isto é, um conceito de igualdade de pressupõe uma forma de pasteurização, porque somente é possível reconhecer o Outro como igual se ele possuir semelhanças conosco.

A percepção desse abismo entre a linguagem dos direitos humanos e a realidade de sua efetivação foi um dos fatores de incentivo ao movimento feminista e dos povos indígenas. As reivindicações desses dois movimentos podem ser definidas em termos de uma luta por igualdade, de reconhecimento de direitos e da condição de sujeito de direitos. Não, no entanto, de direitos idênticos, e sim de direitos com significado para suas necessidades¹⁹.

E essa luta não era apenas por uma igualdade jurídica. No início houve esse primeiro desafio, uma vez que nem formalmente os grupos marginalizados estavam incluídos nas declarações. No entanto, a luta por igualdade inclui necessariamente a luta por um sentido substantivo desse conceito. Isto é, uma igualdade que considera a inescapável diversidade entre indivíduos e sociedades. Afinal, embora distintos, esses dois sentidos de igualdade estão intrinsecamente conectados²⁰.

Foi o temor da retomada do sentido geométrico de igualdade que motivou, por exemplo, a manifestação da Associação Americana de Antropologia acerca da Declaração Universal²¹. A preocupação que permeia a discussão sobre a universalidade desses direitos é a mesma sobre o sentido da igualdade. Ou seja, o reconhecimento de que a pessoa humana não existe de forma abstrata. Ao contrário, o elemento cultural é essencial²².

¹⁹ Sobre isso, conferir: BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚNIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014; PERONA, 1995.

²⁰ PAUTASSI, 2010, p. 37.

²¹ AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. Statement on Human Rights. *American Anthropologist*, Arlington, v. 49, n. 4, p. 539-543, 1947.

²² A obra de Geertz demonstra isso. Ver: GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

Nesse sentido, para evitar o etnocentrismo nos direitos humanos, a Associação Americana de Antropologia apresentou as seguintes proposições: (i) o indivíduo desenvolve sua personalidade através de sua cultura, pelo que o respeito por diferenças individuais exige o respeito por diferenças culturais; (ii) não foi “descoberta” uma técnica de avaliação das culturas; (iii) *standards* e valores são relativos às culturas, de forma que a tentativa de formular postulados externos a tais culturas depreciará a aplicabilidade de qualquer declaração universal²³.

Por isso, a igualdade dos direitos humanos não pode mais ter o sentido de parâmetro entre indivíduos e culturas. A diversidade cultural passou a ser – ou, pelo menos, deveria ser – a base dos documentos internacionais do século XX²⁴. A pluralidade deixou de ser vista como uma barreira ao reconhecimento de dignidade para todos os seres humanos. Ao contrário, essa diversidade tornou-se exatamente a garantia contra a violação de direitos²⁵.

Contudo, tal transformação social, política e jurídica não aconteceu em um único momento e de forma completa. O movimento contemporâneo dos direitos humanos, nascido após a Segunda Guerra Mundial²⁶, produziu uma dinâmica de mudança social profunda, que conjugou esforços da sociedade, do Estado e dos indivíduos²⁷ para a proteção dos (“novos”) sujeitos direitos.

A relação de igualdade e direitos humanos nas últimas décadas pode ser claramente identificada no igual acesso a certos direitos básicos. Foi o caso do acesso à educação nos Estados Unidos no período de aplicação da doutrina do *separate but equal*²⁸. Isso, porque a igualdade é um elemento central da dis-

²³ AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, 1947, p. 541-542.

²⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 16.

²⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The interdependence of all human rights – obstacles and challenges to their implementation. *International Social Science Journal*, Oxford, v. 50, n. 158, p. 513-523, 1998, p. 517.

²⁶ ZÚNIGA CARDOZA, Rubén. A dicotomia jurisdicional entre direito interno e direito internacional em matéria de direitos humanos. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 125-159, jul./dez. 2010. No entanto, é necessário frisar que essa não é uma posição unânime. Hans Joas defende que, antes do final da II Guerra e do conhecimento das atrocidades nazistas, Roosevelt já falava em uma proteção internacional de direitos. Ou seja, o pós-guerra teria servido mais para acelerar e reforçar a necessidade de uma instância transnacional do que propriamente iniciar a defesa desses direitos. Ver: JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2012, p. 262.

²⁷ TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Appris, 2014, p. 26.

²⁸ LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 99-133, dez. 2009.

cussão sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, embora não esteja restrita a eles.

Nesse sentido, as políticas públicas tornam ainda mais evidente a existência de uma discriminação arbitrária na sociedade – quer direta, quer indireta. Em razão da impossibilidade de assegurar o acesso universal a certos direitos de forma imediata, o Estado pode acabar adotando medidas que negam o acesso a certas parcelas da população²⁹. Isso tem um efeito sobre a geração e manutenção da pobreza, principalmente de grupos marginalizados³⁰, no entanto essa discussão foge aos limites do presente trabalho.

Essa negação não afeta apenas o direito não assegurado. Uma vez que o fundamento da negação é uma desigualdade de fundo, a deficiência na atuação do Estado revela uma desconsideração pela igualdade dos direitos humanos. O real problema, nesses casos, é que o fundamento subjacente à noção de igual dignidade foi afetado. Da mesma forma, o respeito aos direitos humanos de migrantes e refugiados é um desafio a essa igualdade.

O Outro: o refugiado e o migrante

O fato incontestado da expansão dos direitos humanos desde as primeiras declarações não afasta o desafio da igualdade. De fato, na atualidade são reconhecidos diversos outros direitos – como fruto da afirmação histórica da igualdade – e, igualmente, novos sujeitos de direitos foram sendo abrangidos pela linguagem dos direitos humanos. No entanto, em alguns temas fica ainda mais transparente como a igualdade em meio à diversidade permanece sendo um desafio.

Um dos temas em que isso se dá é nos casos dos refugiados e migrantes. Se antes da Modernidade a mobilidade geográfica era difícil, com o fim da Idade Média, a formação dos Estados Modernos e a melhoria dos meios de comunicação e de transporte o deslocamento de pessoas e grupos foi facilitado. Ou, outras vezes, o deslocamento se dá de forma forçada, quer por uma atuação do poder político, quer pela ação de grupos não oficiais.

²⁹ ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.

³⁰ VERA, Oscar Parra. Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano. *Revista IIDH*, San José, n. 56, p. 273-320, 2012.

Nas duas situações um cenário do possível conflito pode se formar no local de destino. Isso, porque haverá o surgimento de um ambiente de diversidade. Novas religiões, novos costumes, novos idiomas, novas opiniões começarão a borbulhar no espaço público. A questão, então, é como reconhecer esse Outro como dotado de direitos iguais, porém diversos.

Sendo que esse é um tema que não é mais avaliado apenas no contexto da normatividade do Direito dos Refugiados ou do Direito Humanitário. O que podemos presenciar atualmente é uma convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário para tutelar a pessoa humana no âmbito internacional³¹.

Como enfatiza Cançado Trindade³², esse é um movimento de retomada do direito das gentes (*jus gentium*), em que o ser humano passa a ser um elemento central do Direito Internacional, e não mais apenas Estados e Organismos Internacionais. A concretização desse movimento se deu com a possibilidade de acesso direto às instâncias internacionais ocorrida com a reforma da Corte Europeia de Direitos Humanos³³, por exemplo.

O foco do presente trabalho não é o tratamento internacional dos migrantes e dos refugiados, e sim como isso revela o desafio da igualdade nos direitos humanos. Por óbvio que as particularidades dos conceitos têm uma importância, principalmente, para os tipos de ameaças que as pessoas estão sofrendo e o nível de proteção que elas demandam. Porém, é possível identificar a mesma raiz de ameaça.

Mesmo assim não é recomendável ignorarmos a diferença entre esses dois conceitos neste trabalho. Em suma, a distinção entre migrantes e refugiados se dá com base no motivo do deslocamento dessas pessoas.

Os migrantes caracterizam-se por estar mudando de local livremente, podendo retornar ao seu país de origem. O fundamento da ida para outro Estado, formado por pessoas com uma identidade cultural diferente da sua, é a liberdade individual. Por isso, nesses casos devem ser observadas as condições que o país de destino impõe. Os limites a essas condições é uma questão intrinsecamente ligada aos limites que a igualdade dos direitos humanos impõe aos Estados.

³¹ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 42.

³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Human Rights Law: introductory course*. Strasbourg: [s.n.], 2012, p. 19.

³³ CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 520.

Por outro lado, os refugiados estão em processo de mudança em razão de alguma circunstância que os impede de permanecer no seu local de origem. Tanto pode se dar em razão de ameaças ligadas a alguma característica da pessoa³⁴, como também em razão de conflitos armados generalizados e violações massivas aos Direitos Humanos – como o atual conflito armado na Síria. Assim, “refugiado” é uma condição jurídica que pressupõe a situação de ameaça de violação a direitos – ou de violação já consumada.

A situação dos refugiados acaba por atrair maior proteção, tanto por parte dos Estados que os recebem, quanto por parte de organismos internacionais. A Organização das Nações Unidas, por exemplo, possui um Alto Comissariado para Refugiados (UNHCR), cujo marco normativo é a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados³⁵. Sendo que essa Convenção não exclui a aplicação de outros documentos internacionais, tendo em vista a unidade conceitual presente no *corpus iuris* dos Direitos Humanos³⁶.

O risco à igualdade nos casos dos migrantes e dos refugiados já foi objeto de preocupação no direito internacional³⁷. No entanto, é importante discutir porque o estrangeiro nessas condições causa esse conflito.

Sobre isso, Douzinas afirma que as reivindicações por direitos – que podem ser inseridas em um contexto de reivindicação por igualdade – envolvem o reconhecimento de outros e de seus direitos. Isso se dá em redes trans-sociais de reconhecimento mútuo, em que os direitos não existem de forma isolada e sim de forma relacional. Dessa forma, a subjetividade jurídica do indivíduo pressupõe a existência da subjetividade jurídica do Outro³⁸. O direito do Outro, portanto, precede o reconhecimento ou exercício do meu direito.

Nesse sentido, os direitos humanos são capazes de conferir dignidade e proteção a novos sujeitos. Por isso, são direitos que não pertencem apenas aos cidadãos dos Estados que os reconhecem³⁹. Essa é uma “virada radical em direção à exigência de respeitar a integridade existencial do Outro”⁴⁰. Contudo,

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Artigo 1. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 6 set. 2016.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951.

³⁶ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 21.

³⁷ PAUTASSI, 2010, p. 44.

³⁸ DOUZINAS, 2009, p. 349.

³⁹ DOUZINAS, 2009, p. 350.

⁴⁰ DOUZINAS, 2009, p. 353.

cabe definir quem é esse outro a ser reconhecido – tendo em vista, como exposto, que os “iguais” tiveram seus direitos reconhecidos.

Esse Outro não pode ser o “homem” universal do liberalismo nem o “sujeito” abstrato e formalista da lei. O Outro é sempre uma pessoa única, singular, que tem lugar e tempo, gênero e história, necessidades e desejos. Se existe algo verdadeiramente “universal” no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive à sua desconstrução, isto talvez seja o reconhecimento da absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la⁴¹.

Como consequência, o Eu dos direitos humanos não está isolado, ao contrário, está inserido social e historicamente. Os direitos humanos não partem da negação da relação com o Outro, porque os outros são aqueles entre os quais também se está. O mundo agora é compartilhado. Não apenas isso, o Eu também “descobre-se” a partir do reconhecimento do Outro. O que não significa a redução da singularidade da pessoa individual⁴².

Como consequência, os direitos humanos implicam mais do que direitos, significam a responsabilidade perante o outro, com todas as suas singularidades. São o reconhecimento daquilo que é próprio (devido) aos seres humanos – não mais em razão de uma humanidade abstrata e sim a partir de uma dignidade concreta⁴³.

O problema é que esse processo de reconhecimento das singularidades do Outro pode envolver conflito – e frequentemente envolve, como nos mostra a História. É o que se dá no contato com o estrangeiro, na forma de migrante ou refugiado. Quando o eu encontra o estrangeiro e não consegue a redução das singularidades, caminha para o banimento do Outro. Há uma tentativa de assimilar e excluir o Outro, implicando na sua necessária desigualdade e falta de autonomia⁴⁴.

Como a república tentar fundar-se sobre uma unidade fictícia, baseando-se na separação e exclusão de outras pessoas e nações, a xenofobia e o racismo acabam por emergir. Nesse contexto, o estrangeiro é necessário para que o Estado possa declarar sua soberania e a exclusão do estrangeiro é uma condição necessária à constituição da identidade nacional. Ao mesmo tempo em que o

⁴¹ DOUZINAS, 2009, p. 354.

⁴² DOUZINAS, 2009, p. 351-352.

⁴³ DOUZINAS, 2009, p. 360.

⁴⁴ DOUZINAS, 2009, p. 353.

reconhecimento do Outro questiona o isso, também coloca em xeque as reivindicações de universalização dos direitos humanos⁴⁵.

Nesse contexto, o estrangeiro migrante e, principalmente, refugiado não é tratado como sujeito, e sim o contrário, como não-sujeito ou objeto. Não sendo sujeitos, não são seres humanos, não fazendo jus a necessidades mínimas de vida. Não têm, portanto, direitos nem prerrogativas, a eles nada é devido. O que recebem é fruto da benevolência do Estado ou da filantropia dos particulares⁴⁶.

A rejeição ao migrante e ao refugiado funciona, então, como uma proteção da comunidade em face daqueles que um dia deixaram o lar e a sua comunidade. Isso, como uma tentativa de preservar o cenário imaginário de uma unidade espiritual do povo e de uma validade eterna do Direito. Ele “é tão radicalmente diferente de nós, que nenhuma semelhança pode ser encontrada ou equivalência construída”⁴⁷. O estrangeiro é o símbolo da diferença, de uma individualidade absolutamente única.

Coloca-se, então, uma fronteira para a alteridade, em que o reconhecer o outro, com todas as suas singularidades, é uma parte essencial da construção da identidade, sem que isso deva gerar a exclusão. Parte-se do reconhecimento do Outro como sujeito para o reconhecimento dos direitos devidos ao outro.

O desafio posto, portanto, é assegurar direitos humanos a partir de uma sensibilidade que reconhece o Outro com suas particularidades, mesmo quando há um choque profundo de visões de mundo – como ocorre, em geral, no contato com o estrangeiro migrante ou refugiado. Reconhecê-lo – e, conseqüentemente, seus direitos – sem tentar impor as minhas preferências é o centro dos direitos humanos. Isso, contudo, não é simples, tanto que os tribunais muitas vezes são chamados para reafirmar esse pressuposto.

A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ao mesmo tempo em que é resultado dessas mudanças assinaladas, o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos também destaca a necessidade de salvaguarda da pessoa humana no âmbito internacional – em face dos

⁴⁵ DOUZINAS, 2009, p. 362-363.

⁴⁶ DOUZINAS, 2009, p. 367.

⁴⁷ DOUZINAS, 2009, p. 370.

Estados e em todas as circunstâncias⁴⁸. Por isso, a discussão travada nas cortes internacionais é essencial para a compreensão sobre o dever de respeitar a igualdade nos direitos humanos.

No caso em que a pessoa é originada de outro Estado, a proteção internacional é o reconhecimento de que os direitos inerentes do ser humano não se esgotam na ação dos Estados (por qualquer dos seus poderes ou agentes)⁴⁹ e que a nacionalidade não afasta a proteção devida à pessoa humana⁵⁰.

Portanto, é essencial observar as manifestações dos tribunais internacionais sobre a questão da igualdade, uma vez que a proteção por seu intermédio é uma clara evolução em relação a um modelo unilateral de responsabilização – em que cabe a outro Estado definir a responsabilidade internacional do possível violador⁵¹.

A proteção internacional da pessoa humana afasta a discussão sobre esses direitos de uma lógica bilateral, contratual e de reciprocidade de relações interestatais⁵². Forma-se, assim, um regime objetivo de normas de Direitos Humanos, que vai ser aprofundado com o conceito de normas imperativas⁵³ – essencial na presente discussão sobre a igualdade na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A discussão teórica apresentada acima pode ser percebida na discussão realizada pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva (ou Parecer Consultivo) nº 18, de 2003⁵⁴.

Como se sabe, a migração ilegal do México para os Estados Unidos da América é um fenômeno que, por um lado, tornou-se comum e, por outro, gerou controvérsias sobre como lidar com os migrantes não documentados. Esse segundo ponto foi o objeto da consulta que o México apresentou à Corte Interamericana em 2002.

Como os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o mecanismo consultivo foi a opção encontrada pelo México para vincular todos os membros da Organização dos Estados Americanos – in-

⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 14.

⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 15.

⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁵¹ RAMOS, 2012, p. 56.

⁵² RAMOS, 2012, p. 40.

⁵³ RAMOS, 2012, p. 44.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Opinião Consultiva nº 18/03 de 17 de setembro de 2003.

clusive os Estados Unidos –, por meio da Carta da OEA e da Declaração Americana – as quais não dependem dessa ratificação⁵⁵. Vale notar que o pedido foi comunicado a todos os Estados membros, no entanto exatamente os Estados Unidos decidiram não se manifestar⁵⁶.

O objeto central da consulta realizada pelo México foi sobre a compatibilidade da privação do gozo de certos direitos trabalhistas por trabalhadores migrantes e a obrigação dos membros da OEA de garantir os princípios da igualdade jurídica, não discriminação e igual proteção da lei. Outros pontos tratados foram o caráter *jus cogens* da igualdade dos direitos humanos, sua oponibilidade *erga omnes* e a aplicabilidade de outros instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁷.

O centro da discussão apresentada pelo México centra-se no sentido do exposto nos últimos tópicos. Os trabalhadores migrantes encontram-se, via de regra, em condição de vulnerabilidade e isso os torna alvo fácil de discriminação – o que afeta o desfrute dos demais direitos. Algumas vezes esse é um problema que ocorre ao arrepio da lei, contudo em outros casos a atuação oficial dos Estados é de editar, interpretar ou aplicar a legislação de forma a negar direitos básicos em razão da condição de migrante⁵⁸.

Como a Corte fez questão de destacar ao longo de sua manifestação, a igualdade é um direito essencial e, ao mesmo tempo, um pressuposto aos demais direitos, constando em inúmeros documentos internacionais. Por isso, inclusive, a análise da Opinião Consultiva não se limitou aos documentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ao contrário, apelou à Declaração Universal, ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos, à Convenção Europeia, à Convenção Africana, dentre outros⁵⁹.

Em razão disso, o México ressaltou que tal discussão era de grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais. Sendo que embora a natureza das manifestações consultivas da Corte não envolva casos concretos, o solicitante sublinhou que a Opinião não poderia ignorar situações reais de violação aos direitos humanos. A posição mexicana foi de que o tratamento prejudicial em razão da nacionalidade é uma afronta à igualdade peran-

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 91.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 4.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 2-3.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 3.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 99-100.

te a lei e leva a uma inferiorização dos grupos discriminados – que passam a ser submetidos a um tratamento hostil⁶⁰.

A posição do México merece destaque por ser a que vai delimitar os contornos da consulta. Em seu escrito, apontou que a tutela dos direitos humanos não pode estar subordinada à consecução dos objetivos de uma política migratória. A restrição ao gozo de direitos é sempre a exceção e não a regra, e sempre de forma condicionada. Por isso, trata-se de uma obrigação *erga omnes* e de uma norma de *jus cogens*⁶¹.

Nesse sentido, embora sejam plenamente possíveis distinções compatíveis com os direitos humanos, isso não autoriza medidas discriminatórias – mesmo em face de migrantes em situação irregular. Dessa forma, aqueles direitos que são assegurados internacionalmente a todos trabalhadores, independente de sua condição, não podem ser negados aos migrantes⁶².

Outros países e organismos internacionais também contribuíram para o debate com escritos ou oralmente na audiência pública: Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Costa Rica e Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Igualmente, foram admitidos como *amicus curiae* diversos centros de pesquisa das Américas. Alguns contribuíram com argumentos de mérito, no entanto a maioria realizou análises das legislações e práticas dos países sobre o tema.

Após destacar os principais argumentos de cada um que contribuiu para a análise, a Corte passou a responder os questionamentos formulados. De início, afirmou sua competência para interpretar outros documentos internacionais que tenham relação com os direitos humano, ainda que não sejam provenientes do Sistema Interamericano – basta que seja aplicável aos Estados americanos⁶³.

Prosseguindo, a Corte ressaltou que a interpretação dos pontos suscitados pelo Estado solicitante a partir da ótica da Carta de OEA e da Declaração Americana torna a posição apresentada na Opinião aplicável a todos os Estados – independente de ratificação da Convenção Americana. Sendo que, embora a manifestação da Corte em sede de sua competência consultiva não possua o caráter vinculante de uma sentença, possui efeitos inegáveis – que não se limitam ao Estado que fez a solicitação⁶⁴.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 10-11.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 13-15.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 16-17.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 89-90.

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 91-92.

Ao passar à análise do mérito, a Corte iniciou afirmando:

É inquestionável o fato de que toda pessoa tem atributos, inerentes à sua dignidade humana e invioláveis, que a fazem titular de direitos fundamentais que não se podem desconhecer e que, em consequência, são superiores ao poder do Estado, independentemente de sua organização política⁶⁵.

Essa afirmação é central na discussão sobre a igualdade e os direitos humanos, pois funda a posição de que a proteção da pessoa humana é anterior e superior às posições dos Estados sobre outros temas – como, por exemplo, a forma de controlar a migração em seu território. Embora os Estados tenham liberdade quanto à forma de garantir e proteger os direitos humanos, não têm a opção de não lhes observar⁶⁶.

Tendo isso em mente, a Corte avançou deixando claro que a não discriminação, a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei possuem um caráter basilar, sendo constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos. A igualdade é compatível com distinções (razoáveis, proporcionais e objetivas), mas não o é em relação à discriminação⁶⁷.

Segundo a Corte, os direitos humanos não são compatíveis com medidas que acarretem uma situação de inferioridade – incompatível com a igual dignidade dos seres humanos. Por isso, os Estados têm o dever de não introduzir medidas discriminatórias, de eliminar as existentes e de combater práticas discriminatórias. Isso acarreta, inclusive, que o Estado pondere as circunstâncias de fato e efetue distinções razoáveis e objetivas, considerando a necessidade de proteção de quem deva ser protegido⁶⁸.

A igualdade assegura que as distinções não “tenham por objetivo ou resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, desfrute ou exercício” dos direitos humanos, o que não significa um tratamento idêntico⁶⁹. Essa afirmação, no mesmo sentido da posição do México, indica que a igualdade é uma condição ao desfrute de outros direitos. Dessa forma, as distinções entre nacionais e estrangeiros devem ocorrer sempre em observância às possibilidades dadas pelos documentos internacionais.

No entanto, os Estados devem sempre considerar que os migrantes se encontram, via de regra, em uma situação de vulnerabilidade enquanto sujeitos

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 97.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 98.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 99.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 100-101.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 102.

de direitos humanos. Situação que é mantida por desigualdades *de jure* (previstas nas leis) e *de facto* (estruturais) e por preconceitos culturais. Aliado a dificuldades culturais, sociais e econômicas no outro Estado, essa situação de vulnerabilidade tem gerado graves violações aos direitos humanos⁷⁰.

O desafio colocado no caso dos migrantes é que a condição de sujeito de direitos acaba sendo confundida com o status migratório da pessoa humana. O mesmo se aplica aos refugiados. O status torna-se pressuposto ao reconhecimento de direitos humanos. A Corte expressou, contudo, que “a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação”, exatamente porque esse direito e princípio fundamental não depende da vinculação ao Estado nacional⁷¹.

A afirmação do migrante e do refugiado como sujeitos de direitos e a vedação ao tratamento discriminatório não significa que os Estados não possam estabelecer critérios para migração ou para o reconhecimento do *status* de refugiado, tampouco significa que os Estados não podem iniciar ações contra as pessoas em condição irregular. O ponto central é que a igualdade impõe o reconhecimento de direitos básicos, como o acesso ao judiciário⁷².

Um último ponto analisado pela Corte foi o caráter *jus cogens* e *erga omnes* da igualdade. Sua conclusão foi no sentido de que todos os Estados têm o dever de cumprir as obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos sem qualquer discriminação. Trata-se de um imperativo de Direito Internacional geral que se aplica a todo Estado e inclusive em face de terceiros (particulares). Em consequência, nenhum ato jurídico pode entrar em conflito com o princípio fundamental da igualdade⁷³.

Nesse ponto, vale destacar que a doutrina – com base na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 – classifica as normas imperativas em *jus cogens* e obrigações *erga omens*. Segundo explica Ramos:

As normas imperativas em sentido amplo são aquelas que contêm valores essenciais da comunidade internacional e que, por conseguinte, se impõem a cada Estado isoladamente considerado. Logo, não é facultado ao Estado, enquanto autoridade internacional, o direito de violar normas imperativas. Sequer possui

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 105-106.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 107.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 107-108.

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 103-105.

o direito de aquiescer com violações por parte de outrem dessas normas tidas como essenciais a todos os Estados⁷⁴.

Nesse sentido, as normas *jus cogens* expressam princípios básicos e inderrogáveis (com superioridade normativa), associados a uma proibição absoluta de violações graves aos Direitos Humanos⁷⁵. Segundo Cançado Trindade, essas normas representam a formação de um novo *ethos* na comunidade internacional, por meio da fixação de parâmetros acerca de valores básicos universais, a serem observados por todos os Estados⁷⁶. Por outro lado, as obrigações *erga omnes* são aquelas cujo cumprimento interessa a toda a comunidade internacional – o *jus cogens* é *erga omnes*, mas não vice-versa⁷⁷.

Nesses casos, a responsabilidade do Estado decorre de uma ilegalidade objetiva, que atribui uma legitimidade à comunidade internacional como um todo⁷⁸ – independentemente de o Estado concordar ou não com a norma⁷⁹. O *jus cogens* representa uma garantia contra o exercício arbitrário do poder, afastando o caráter absoluto da autonomia dos Estados em benefício dos seres humanos. Esse conceito serve ao superior interesse da comunidade internacional como um todo, funcionando como pilar ao novo *jus gentium*⁸⁰ – exposto acima.

A consideração da Corte acerca do sentido da igualdade como norma *jus cogens* merece destaque quando se considera que essas normas estão relacionadas aos conceitos de Estado de Direito, sociedade democrática e realização da justiça⁸¹. Isso torna as violações perpetradas ou toleradas pelos Estados como algo grave, que atrai sua responsabilidade internacional. E o reconhecimento dessa responsabilidade não tem apenas um sentido passado, também tem um sentido prospectivo.

Dessa forma, o reconhecimento pela Corte – no mesmo sentido exposto nos tópicos anteriores – da igualdade como um aspecto central dos Direitos Humanos implica que a atuação dos Estados deve ser de forma a compatibilizar-se à normativa internacional, adequação que é de interesse de toda a comunidade internacional⁸². A centralidade da igualdade tem um significado profundo nas

⁷⁴ RAMOS, 2012, p. 44.

⁷⁵ RAMOS, 2012, p. 45.

⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 24.

⁷⁷ RAMOS, 2012, p. 46-47.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, 2012, p. 17-18.

⁷⁹ ZUÑIGA, 2010, p. 138.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, 2012, p. 19.

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, 2012, p. 19.

⁸² ZUÑIGA, 2010, p. 134.

obrigações de respeitar, garantir e prevenir violações aos Direitos Humanos, obrigando o Estado a adotar as providências tanto para reparar uma situação anterior quanto para promover positivamente a igualdade⁸³.

Por isso, o Estado deve atuar não apenas no âmbito legislativo, mas também positivamente para eliminar práticas discriminatórias existentes na sociedade e assegurar os direitos dos migrantes. Isso inclui revisar eventuais políticas migratórias discriminatórias e as práticas dos agentes estatais⁸⁴. Em síntese, a Corte assume que o reconhecimento do migrante como pessoa humana significa que direitos básicos devem ser reconhecidos de forma igual.

Considerações finais

Independente de qual seja o marco inicial do movimento contemporâneo dos direitos humanos, esses direitos tornaram-se a linguagem comum da humanidade, reconhecidos como uma meta comum a alcançar⁸⁵. Enquanto processo, a luta por direitos humanos representou a luta por reconhecimento.

Ao mesmo tempo em que a linguagem generalizante das primeiras declarações escondia o verdadeiro sujeito de direitos – uma categoria altamente excludente –, ela mobilizou os grupos excluídos a lutar pela expansão da proteção desses direitos. Uma abertura da igualdade que não estava assentada na geometria – em direitos idênticos – e sim em uma igualdade que reconhecesse e tutelasse a inerente diversidade existente.

Dessa forma, após diversas lutas, a igualdade teve seu conteúdo expandido, tanto em relação aos direitos, quanto em relação aos sujeitos de direito. Isso não ocorreu, como nos diz a História, em um único momento, ao contrário, foram avanços paulatinos. É possível, portanto, identificar diversos pontos positivos nesse movimento. No entanto, os desafios de lidar com a diversidade permanecem, e os migrantes e refugiados nos indicam isso.

Como expressou Cançado Trindade, os direitos humanos afirmados desde a Declaração Universal de 1948 propõem um princípio abrangente de não

⁸³ CÁCEDA, Joel Díaz. La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos. *Derecho PUC*, Lima, n. 61, p. 219-271, 2008.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 116-117.

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 26.

discriminação, desafiando uma mudança de mente e uma transformação das sociedades, de forma garantir o efetivo gozo desses direitos por todos⁸⁶.

Da mesma forma que a teoria feminista retirou da invisibilidade a relação entre desigualdade e estrutura do poder no caso das mulheres⁸⁷, a crise dos refugiados sírios trouxe ao debate público o tratamento dispensado aos migrantes e refugiados, a como lidar com aquele que não compartilha a identidade cultural de um povo, o Outro.

Como a Corte Interamericana ressaltou ao analisar o caso dos migrantes não documentados, a igualdade é um princípio fundamental e uma condição ao gozo dos demais direitos humanos. Por isso é uma norma que não depende de reconhecimento expresso dos Estados e é uma obrigação que se aplica em face de todos – Poder Público e particulares.

Contudo, o Outro – sendo o estrangeiro o grande exemplo – sempre representa um desafio aos direitos humanos, porque é um desafio ao reconhecimento da singularidade. Enquanto a similaridade permite de forma mais tranquila o reconhecimento da dignidade do outro, a singularidade do estrangeiro cria uma tensão para compreender que o sentido de dignidade pode comportar a diversidade.

The other and the challenge of human rights: an analysis from advisory opinion n. 18/03

Abstract

The European Refugee Crisis gave rise to a central problem for Human Rights, recognition of the other as subject of rights respecting their uniqueness. This question of how to deal with diversity on fundamental aspects of human life is an assumption in the discussion on human rights. It is actually a discussion on the relationship between equality and human rights. Therefore, international organizations needed already manifest in this area. The milestone of this discussion in the Inter-American Human Rights System is the Advisory Opinion nº 18/03. Considering this opinion, the aim of this study is to analyze how is the relationship between equality and human rights in a context in which contact with the Other is marked by diversity and the challenge of recognition without eliminating identity. The methodology used was literature search.

Keywords: Human Rights. Equality. Recognition. Inter-American Court of Human Rights.

⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 521.

⁸⁷ PAUTASSI, 2010, p. 45.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.
- ADAMS, John. *Papers of John Adams*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s10.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.
- AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. Statement on Human Rights. *American Anthropologist*, Arlington, v. 49, n. 4, p. 539-543, 1947.
- BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.
- CÁCEDA, Joel Díaz. La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos. *Derecho PUC*, Lima, n. 61, p. 219-271, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Human Rights Law: introductory course*. Strasbourg: [s.n.], 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 13-46.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The interdependence of all human rights – obstacles and challenges to their implementation. *International Social Science Journal*, Oxford, v. 50, n. 158, p. 513-523, 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Opinião Consultiva nº 18/03 de 17 de setembro de 2003.
- DONNELLY, Jack. Human Rights as Natural Rights. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 3, n. 3, p. 391-405, 1982.
- _____. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 29, n. 2, p. 281-306, 2007.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Declaration of Independence*. 1776. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html>. Acesso em: 30 dez. 2015.
- FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. 1789. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2012.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 99-133, dez. 2009.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 6 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

PAUTASSI, Laura. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comp.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 1-87.

PERONA, Angeles Jiménez. Igualdad. In: AMORÓS, Celia (Org.). *10 palabras clave sobre Mujer*. 4. ed. Navarra: Verbo Divino, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

VERA, Oscar Parra. Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano. *Revista IIDH*, San José, n. 56, p. 273-320, 2012.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ZÚÑIGA CARDOZA, Rubén. A dicotomia jurisdiccional entre direito interno e direito internacional em matéria de direitos humanos. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 125-159, jul./dez. 2010.