

Beatriz Lodônio Dantas* (Brasil)
Thiago Oliveira Moreira** (Brasil)

O papel do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional

RESUMO

O *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal) conduz os Estados da região a buscarem soluções comuns para problemas comuns. Considerando a delicada situação migratória vivida na região e o estabelecimento de *standards* protetivos proporcionados pelo Iccal, indaga-se: quais desafios obstam a criação e consolidação de *standards* protetivos às pessoas em situação de mobilidade internacional? Esta pesquisa objetiva compreender as perspectivas para a criação de padrões migratórios dentro do Iccal. Para tanto, aborda os aspectos gerais sobre o Iccal, a proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional no âmbito onusiano e regional e identifica os *standards* interamericanos de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional. A pesquisa se valeu da abordagem dedutiva e a técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Concluiu-se que o uso do conceito clássico de soberania, a resistência ao diálogo e o desconhecimento do *corpus iuris* interamericano são os principais desafios a serem enfrentados.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano; *standards* interamericanos; mobilidade internacional.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista da Capes junto ao PPGD/UFRN. beatriz.dantas.77@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6352-6753>.

** Professor adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor e mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. thiago.moreira@ufrn.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>.

The Role of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America in the protection of the human rights of persons in international human mobility situations

ABSTRACT

Ius Constitutionale Commune in Latin America (ICCAL) is leading states in the region to pursue shared solutions to shared problems. Considering the region's sensitive migratory situation, and the establishment of protection standards offered by ICCAL, we ask: What challenges are hindering the creation and consolidation of protection standards for people in international human mobility situations? This article seeks to understand the perspectives to create migration standards within ICCAL. To this end, the study addresses general aspects of ICCAL, the protection of people in international human mobility situations in the context of the United Nations and at the regional level, and it identifies the inter-American standards for the protection of persons in international human mobility situations. The research is based on a deductive approach and employs a bibliographic and jurisprudential research technique. It concludes that recourse to the classic concept of sovereignty, resistance to dialogue, and a lack of knowledge of the inter-American corpus iuris are the main challenges ahead.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; inter-American standards; international human mobility.

Die Rolle des *Ius Constitutionale Commune* en América Latina beim Schutz von international mobilen Personen

ZUSAMMENFASSUNG

Das *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) veranlasst die Länder der Region, nach gemeinsamen Lösungen für gemeinsame Probleme zu suchen. Angesichts der angespannten Migrationslage in der Region und der Festlegung von Schutzstandards durch das ICCAL stellt sich die Frage: Welche Herausforderungen stehen der Entwicklung und Konsolidierung von Schutzstandards für international mobile Personen im Wege? Gegenstand des Beitrags ist es, einen Beitrag zum Verständnis der Perspektiven für die Schaffung von Migrationsstandards des ICCAL zu leisten. Dazu wird auf die allgemeinen Aspekte des ICCAL, das heißt den Schutz von international mobilen Personen im Bereich der Vereinten Nationen und auf regionaler Ebene eingegangen; zugleich werden die interamerikanischen Standards zum Schutz von international mobilen Personen herausgearbeitet. Ausgehend von einem deduktiven Ansatz erfolgt eine Recherche der Literatur und Rechtsprechung. Abschließend lässt sich feststellen, dass die Verwendung des klassischen Souveränitätskonzepts, Dialogunwilligkeit und Unkenntnis des interamerikanischen corpus iuris die wichtigsten Herausforderungen sind, die überwunden werden müssen.

Schlüsselwörter: *Ius Constitutionale Commune* en América Latina; interamerikanische Standards; internationale Mobilität.

Introdução

O *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal) pode ser definido como enfoque regional comum que busca guiar os ordenamentos jurídicos constitucionais na realização dos direitos humanos na região. Neste contexto regional de concretização de direitos humanos e de articulação entre juízes nacionais e juízes regionais, desponta a necessária proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Ademais, é sabido que a América Latina é permeada por diásporas, como a haitiana, a síria e a venezuelana; que atualmente vive uma crise migratória, agravada pelo período pandêmico; e, por fim, que as pessoas em situação de mobilidade internacional na região gozam de garantias conferidas pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH).

É certo que o Iccal tem o condão de modificar a realidade de violação dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional nos Estados latino-americanos ao estabelecer *standards* migratórios. Assim, indaga-se: quais desafios se apresentam à construção e consolidação de *standards* de proteção aos migrantes no Iccal?

Parte-se da hipótese de que os principais obstáculos que se apresentam ao avanço da produção dos *standards* protetivos para a garantia dos direitos humanos dos migrantes na América Latina são a resistência ao diálogo por parte dos tribunais domésticos, a invocação do conceito clássico de soberania estatal para tolher a aplicação do direito internacional no ordenamento jurídico doméstico e o desconhecimento acerca dos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O objetivo geral deste artigo é identificar a dinâmica de criação de padrões migratórios dentro do Iccal e averiguar seus desafios e perspectivas para a garantia de direitos humanos relacionados às pessoas em situação de mobilidade internacional na América Latina.

Para responder à problemática, alguns objetivos precisam ser alcançados. Inicialmente, é necessário abordar o panorama geral do Iccal com ênfase na relação dos ordenamentos jurídicos nacionais com o SIPDH, com destaque para a Corte IDH e para as ferramentas de concretização do Iccal; verificar como se opera a proteção dos direitos humanos dos migrantes no sistema onusiano e, em seguida, no SIPDH; e, por fim, identificar os *standards* interamericanos de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional, averiguando como o Supremo Tribunal Federal (STF) realiza o diálogo interjurisdicional e as eventuais limitações e perspectivas para sua implantação na região.

Para alcançar os objetivos previamente elencados, a pesquisa se valeu da abordagem dedutiva, na medida em que partiu de premissas gerais acerca do Iccal para alcançar conclusões particulares no âmbito das pessoas em situação de mobilidade internacional. A técnica empregada foi a de pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos oriundos da doutrina latino-americana. Ademais, para selecionar decisões

do STF foi realizada a busca aleatória no banco de jurisprudência do *site* do respectivo tribunal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>) pelo emprego dos termos “migrantes”, “mobilidade internacional” e os principais casos julgados pela Corte IDH (Caso Tibi vs. Equador, Caso Acosta Calderón vs. Equador, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, Caso Vélez Lóor vs. Panamá, Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, Caso da Família Pacheco Tineo vs. Bolívia e Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana).

A pesquisa é qualitativa e descritiva, vez que discorre sobre o surgimento, os elementos centrais do Iccal e a maneira como este opera a salvaguarda das pessoas em situação de mobilidade internacional na América Latina, e exploratória pelo intuito de aprimorar as pesquisas sobre o tema e viabilizar a construção de novas hipóteses.

O artigo se justifica por abordar um tema de grande relevância para a proteção dos direitos humanos, especialmente considerando a crise migratória pela qual a América Latina passa e os vários *standards* migratórios já estabelecidos pela Corte IDH. Ademais, o trabalho possui forte ligação com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, notadamente o 10 e o 16 (redução das desigualdades; e paz, justiça e instituições eficazes). Ao final, espera-se demonstrar o grande potencial do Iccal na defesa dos direitos humanos dos migrantes e seu alcance de alto impacto em nível doméstico.

1. Delineamentos do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

Inicialmente, é necessário pontuar que a ideia de um direito comum não é inédita, posto que indissociável da larga experiência europeia, dotada de fundamentos teóricos e características próprias que são inclusive utilizados como parâmetro na experiência latino-americana.¹ Todavia, devido às limitações inerentes a este trabalho, apenas a realidade da América Latina será estudada. Prosseguindo-se com a análise, é de se frisar que o direito internacional e o direito interno vêm sofrendo mudanças impactantes, sendo cada vez mais claro o nível de interação e interdependência entre ambos, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos.²⁻³

¹ Thiago Oliveira Moreira, “A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais”, em *Direito internacional na contemporaneidade*. Org. por Thiago Oliveira Moreira, Diogo Pignataro de Oliveira e Yanko Xavier (Brasília: CFOAB, 2018), 164-165.

² Paola Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevíssimas notas sobre el concepto de diálogo”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 371.

³ No mesmo sentido: “[...] a proteção dos direitos humanos não encontra uma linha clara entre o nacional e o internacional, devido ao constante processo de retroalimentação e

Na América Latina, particularmente, existe um contexto propício de desenvolvimento de um diálogo judicial que resulta na construção de uma rede judiciária interamericana e, principalmente, na configuração de um Iccal.⁴

Nesse sentido, o Iccal pode ser entendido como uma tendência original latino-americana com vistas a um constitucionalismo transformador. A seguir, serão abordados o conceito, a base jurídica, os objetivos, as características e elementos do Iccal para a compreensão de suas múltiplas dimensões.

1.1. A construção do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

O surgimento do Iccal está atrelado a uma combinação de fatores que ocorreram ao longo do processo de democratização da região: o alargamento do SIPDH e da sua jurisprudência, as cláusulas constitucionais abertas e a atuação da sociedade civil na busca por direitos e justiça.⁵

Não se pode esquecer que o contexto latino-americano foi permeado por ditaduras, graves violações de direitos humanos e pela desigualdade econômica e social, o que resulta em uma realidade comum aos seus Estados, não obstante as particularidades culturais existentes.⁶

Assim, o Iccal pode ser compreendido como um fenômeno jurídico estruturado ao final do século XX e definido como o direito comum construído a partir da interconexão entre a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), o *corpus iuris* interamericano e as normas constitucionais, interligando todos os sistemas constitucionais latino-americanos.⁷

Trata-se de um projeto político, jurídico e cultural pautado no entendimento de que somente sob uma perspectiva transformadora será possível enfrentar os desafios contemporâneos com sucesso.⁸ Nesse sentido, sua construção leva em consideração a experiência da região europeia sem com ela competir.⁹

Para Armin von Bogdandy, entre seus objetivos centrais figuram a promoção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, o desenvolvimento de um

interdependência entre os dois níveis [...]”. Bruno Barbosa Borges e Flávia Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (2019): 9. 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328.

⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 371-372.

⁵ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 16.

⁶ Ana Carolina Lopes Olsen e Katia Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2019): 303. 10.5102/rbpp.v9i2.6005.

⁷ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 301-302.

⁸ Armin von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 774. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>.

⁹ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 774.

Estado aberto e a criação de instituições internacionais efetivas e legítimas: todos relacionados aos conceitos-chave de diálogo, inclusão e pluralismo normativo.¹⁰

É que os Estados latino-americanos se abriram para o direito internacional dos direitos humanos e, conseqüentemente, para a proteção dos princípios fundamentais constitucionais através das cláusulas de abertura que conferem *status* constitucional e primazia aos tratados de direitos humanos.¹¹ Logo, os conceitos de Estado e soberania são adaptados às dinâmicas transnacionais contemporâneas e as instituições não estatais são bem-vindas pelo fortalecimento e apoio externo que conferem à governança global.¹²⁻¹³

Em relação aos conceitos-chave que permeiam os objetivos do Iccal, algumas considerações são pertinentes: i) o diálogo remete ao diálogo entre tribunais, sobretudo à justificação e fundamentação dos argumentos empregados nas decisões judiciais, o que só funciona se as partes se propõem a um projeto comum, pois, do contrário, há apenas interação; ii) a inclusão significa o envolvimento de todos nos grandes sistemas sociais, como por exemplo, o de saúde, o educacional, o político etc.; e, iii) o pluralismo político consiste numa forma de relação entre as regras de vários sistemas, como o nacional e o internacional, sem a perspectiva hierárquica.¹⁴

No que concerne aos pilares do Iccal, Rodolfo Arango levanta a tese de que este teria três: uma concepção independente de direitos fundamentais, uma concepção de social-democracia e uma concepção participativa de justiça social.¹⁵ O autor explica que a positivação dos direitos humanos não é suficiente para efetivá-los e, em razão disso, foram reconhecidos como direitos fundamentais: são tão importantes que devem ser constitucionalmente garantidos por meio de vários mecanismos.¹⁶

Subsequentemente, o princípio democrático seria formado, no mínimo, pela autodeterminação política do povo em eleições periódicas, pelo estabelecimento de mandatos fixos para os representantes eleitos e pela adoção do sufrágio universal.¹⁷

¹⁰ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹¹ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹² von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹³ Nesse sentido, Rodolfo Arango destaca que a soberania democrática dos Estados contemporâneos teve que ceder ante o avanço das jurisdições universal, regional e local para a defesa dos direitos humanos. Rodolfo Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 29.

¹⁴ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775-776.

¹⁵ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 27.

¹⁶ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 28.

¹⁷ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 30-31.

Por último, tem-se a jurisdição constitucional como garantia de realização dos direitos fundamentais e da democracia.¹⁸

Cabe, neste momento do estudo, destacar que o Iccal parte da premissa da insuficiência estatal para cumprir os princípios fundamentais de respeito aos direitos humanos, ao Estado de direito e da democracia: longe de se falar de uma ausência do reconhecimento do papel central do Estado, o que se propaga é a insuficiência do espaço estatal ante a exigência de um Estado aberto e de instituições internacionais fortes.¹⁹

Nessa ótica, Mariela Morales pontua que o processo de abertura estatal latino-americano é particularizado por duas mudanças de paradigma: o pluralismo jurídico – que alterou o clássico conceito de soberania e superou a concepção de um Estado fechado – e a internacionalização enquanto humanização, consubstanciada na atribuição de *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, na sua prevalência sobre o direito interno ou até sobre o direito constitucional – mediante cláusulas de prevalência –, e pela interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionais.²⁰

Em suma, o Iccal tem por escopo a efetivação das promessas feitas nas constituições nacionais e a incorporação dos Estados latino-americanos numa estrutura de apoio mútuo, com vistas a modificar as realidades internas de violações aos direitos humanos.²¹ Visto um panorama geral do Iccal, passa-se à análise dos seus “fios condutores”.

1.2. Ferramentas de concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

No contexto latino-americano, três fatores fundamentais originam o diálogo judicial, quais sejam, o contexto jurídico, o marco regulatório e as ferramentas jurisprudenciais.²² O processo de humanização do direito internacional e as recentes transformações constitucionais na região levam os sistemas jurídicos a se unirem em prol do objetivo comum de proteção dos direitos humanos, a reconhecerem a

¹⁸ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 33-34.

¹⁹ Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* Latinoamerica una Aclaración Conceptual desde una Perspectiva Europea”, em *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, org. por Luis Raúl González Pérez e Diego Valadés (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), 49.

²⁰ Mariela Morales Antoniazzi, “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, org. por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro e Mariela Morales Antoniazzi (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 266-267.

²¹ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 16.

²² Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevisimas notas”, 373.

tarefa dos juízes em sua consecução e a importância da interação entre juízes para seu aperfeiçoamento.²³

De um lado estão as normas interamericanas, o princípio da subsidiariedade (referido no preâmbulo da CADH), as obrigações gerais de respeito, garantia e adaptação, as regras de interpretação, o direito de acesso à justiça, a cláusula de reparação integral e as cláusulas sobre o cumprimento e a força vinculativa das sentenças; e, do outro, estão as cláusulas de abertura do direito constitucional ao direito internacional (como a incorporação, a hierarquia e a remissão) e as cláusulas de articulação (como a interpretação conforme).²⁴

Portanto, a articulação necessária para concretização de um objetivo comum provoca um processo comunicativo: para a efetivação de um conjunto normativo comum, os juízes reconhecem a relevância do trabalho da sua contraparte para a realização do seu próprio trabalho.²⁵

Percebe-se então a noção de diálogo atrelada à reciprocidade no Iccal: no âmbito regional, o juiz interamericano considerará as normas e as jurisprudências nacionais para garantir a interpretação mais favorável (art. 29 da CADH), enquanto no âmbito doméstico os juízes nacionais realizarão suas funções à luz das normas regionais, em respeito ao cumprimento de um dever legal.²⁶⁻²⁷

Além disso, um dos propósitos do diálogo judicial no Iccal é a harmonização dos Estados com seus compromissos convencionais vinculantes.²⁸ Não se trata de uma mera influência advinda de outros tribunais na solução de casos concretos, mas da verdadeira elaboração de parâmetros ou *standards* comuns capazes de, simultaneamente, viabilizar a coexistência dos sistemas jurídicos e preservar as identidades culturais de cada um.²⁹⁻³⁰

²³ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 373-375.

²⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 373.

²⁵ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, 372.

²⁶ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 376.

²⁷ Os juízes nacionais poderão utilizar o direito internacional dos direitos humanos como norma constitucional ou supralegal, a depender do ordenamento jurídico. Caso não exista nenhuma norma constitucional a respeito, podem justificar essa atividade nas cláusulas de remissão, nas normas sobre interpretação conforme ou no cumprimento de um compromisso internacional de garantia ou adaptação na interpretação *pro persona*. Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, 375-376.

²⁸ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

²⁹ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

³⁰ Nesse sentido: “[...] de um lado, as autoridades nacionais devem estar preparadas para assimilar a contribuição que vem do sistema internacional de proteção dos direitos humanos; de outro lado, os órgãos internacionais deverão incorporar em seu repertório de soluções as experiências humanitárias vivenciadas nos níveis nacionais e locais. Além disso, deve haver também uma troca de experiências entre os diversos órgãos jurisdicionais de cada país, devendo ser estimulado, em particular, um diálogo entre países que enfrentam problemas semelhantes e possuem *backgrounds* sociais, políticos, econômicos e culturais aproximados”;

Nesta senda, o diálogo pode ser vertical, quando as cortes estão em diferentes níveis no SIPDH, e horizontais, se estão no mesmo nível de jurisdição.³¹ Um exemplo de diálogo vertical é o que ocorre entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os tribunais constitucionais dos Estados Parte da CADH, e um exemplo de diálogo horizontal é o que se dá entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Quanto aos diálogos verticais, é importante destacar que os fluxos argumentativos podem verter, utilizando o exemplo anterior, da Corte IDH para as cortes constitucionais dos Estados (de cima para baixo ou *top-down*) e das cortes constitucionais dos Estados para a Corte IDH (de baixo para cima ou *bottom-up*).³² Em ambos os casos haverá contribuição para a formação dos *standards*. Cabe ressaltar que, consoante Thiago Oliveira Moreira, há uma verdadeira força advinda dos precedentes firmados pelos tribunais internacionais em relação às jurisdições domésticas ordinárias e constitucionais.³³

Cabe elucidar que o resultado do diálogo entre cortes pode ser a total concordância, a parcial concordância ou a total discordância – não necessariamente o diálogo implica uma aceitação –, não existindo entrave para que uma corte rejeite fundamentadamente a decisão de outra (sem que isso resulte em reticência ao diálogo).³⁴⁻³⁵

Para o desenvolvimento deste diálogo, Paola Acosta Alvarado cita as ferramentas jurisprudenciais do controle de convencionalidade³⁶, que assegura a compatibilidade

George Marmelstein, “Controle jurisdicional das omissões inconventionais”, *Revista Jurídica Da FA7* (2017): 37. <https://doi.org/10.24067/rjfa7;14.1:259>.

³¹ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

³² Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 312.

³³ Thiago Oliveira Moreira, “O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana”, em *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, org. por Wagner Menezes (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016), 483.

³⁴ Luiz Guilherme Arcaro Conci, “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em *Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, org. por Luca Mezzetti e Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015), 127.

³⁵ “A legitimação do diálogo se afirma a partir do reconhecimento por parte da comunidade jurídica, especialmente, mas não somente dela, de que há um processo exaustivo de argumentação levado a cabo pelos tribunais e que também os argumentos advindos de cortes alienígenas podem fazer parte de uma decisão, ainda que contrária ao que decido para além das fronteiras do estado nacional”, Arcaro Conci, “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 127.

³⁶ O controle de convencionalidade consiste na obrigação internacional de todas as autoridades dos Estados Parte da CADH de interpretar as normas domésticas em consonância com o *corpus iuris* interamericano. Ferrer Mac-Gregor, “El Control de Convencionalidad em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Controle de Convencionalidade*, org. por Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz e Tarciso Dal Maso Jardim (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016), 13.

das normas domésticas com o *corpus iuris* interamericano, e a interpretação conforme, consubstanciada no exercício hermenêutico exigido a todos os operadores jurídicos pelo qual as normas de direitos humanos devem ser interpretadas à luz das obrigações internacionais.³⁷

Relativamente ao controle de convencionalidade, Flávia Piovesan aponta sua capacidade de “coordenar o entrelaçamento entre os ordenamentos e torná-los cada vez mais próximos, dirimindo dúvidas e solucionando conflitos”.³⁸

Quando exercido pela Corte IDH levando em consideração o *corpus iuris interamericano* e a própria interpretação que faz deste, convém classificá-lo em controle de convencionalidade interamericano e, quando exercido no âmbito estatal, será chamado de controle de convencionalidade difuso ou doméstico.³⁹

É interessante a colocação de Eduardo Vio Grossi no sentido de que decorre do entendimento de que a CADH está incorporada ao ordenamento jurídico doméstico do respectivo Estado Parte a obrigação dos órgãos estatais correspondentes de interpretá-la e aplicá-la como se parte dele fosse e, ainda, em harmonia com o mesmo.⁴⁰

Em apertada síntese, é válido pontuar algumas características da supracitada ferramenta: i) a Corte IDH exerce este controle desde que começou a funcionar, embora o fizesse implicitamente; ii) uma lei constitucional poderá ser inconvencional; iii) a CIDH é competente para realizar o cotejo normativo; iv) é possível o exercício do controle de convencionalidade em abstrato (antes que a norma tenha produzido efeitos); v) normas constitucionais e omissões legislativas podem ser alvo do controle de convencionalidade; e, vi) as normas declaradas inconvencionais carecem de efeitos jurídicos.⁴¹

Em sede de conclusão, como vislumbrado neste tópico, o diálogo inerente ao Iccal pode ser concretizado especialmente pelo controle de convencionalidade e pela interpretação conforme. No capítulo a seguir, serão analisadas as principais garantias dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no prisma onusiano e, posteriormente, no interamericano.

³⁷ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevíssimas notas”, 376-377.

³⁸ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 13.

³⁹ Thiago Oliveira Moreira, “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas”, em *Direito Internacional em Expansão*. Org. por Wagner Menezes (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017), 253.

⁴⁰ Eduardo Vio Grossi, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2018): 315.

⁴¹ Oliveira Moreira, “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH”, 269.

2. A disciplina normativa de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional

Com o advento das Guerras Mundiais, verificou-se a necessidade da elaboração de normas internacionais para a proteção dos seres humanos, independentemente de suas nacionalidades, para evitar a repetição de tais tragédias.⁴² Assim, foram criados o sistema onusiano e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos que, em linhas simples, permitem às vítimas buscarem a proteção de seus direitos quando o Estado não o fizer.⁴³

O sistema onusiano foi o primeiro a ser criado e, em continuidade ao seu espírito protecionista⁴⁴, foram criados o sistema europeu, o sistema americano e o sistema africano, consecutivamente. Todos eles se relacionam de forma complementar, ou seja, a proteção conferida por um não exclui a do outro sendo, inclusive, facultado ao indivíduo lesado escolher o que lhe seja mais favorável.⁴⁵⁻⁴⁶

Como o presente trabalho está situado no SIDHP e na perspectiva do diálogo proposta pelo Iccal, a seguir serão abordados apenas o sistema onusiano e o sistema interamericano na tutela dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional.

2.1. A tutela dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no sistema onusiano

No sistema onusiano, a Carta de São Francisco cria a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 com o intuito de materializar o compromisso com a paz e a segurança internacional no período pós-guerra.⁴⁷ No supracitado documento, o artigo 1.3 anuncia a atuação da ONU pautada na proteção dos direitos humanos e da dignidade humana.⁴⁸

No mesmo espírito, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada em 1948 elencando os direitos humanos como preocupação da sociedade

⁴² Thiago Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira* (Natal: Edufrn, 2015), 51.

⁴³ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 62.

⁴⁴ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 70.

⁴⁵ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 70.

⁴⁶ Sobre o quadro jurídico internacional que rege a migração, Vincent Chentail explica que este é formado por um conjunto de normas ecléticas e sobrepostas, espalhadas por um largo número de campos sobrepostos, como por exemplo, o direito dos refugiados, o direito consular, o direito humanitário etc., Vincent Chentail, *International migration law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 6.

⁴⁷ Ana Maria Lopes D'Ávila e Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior, "O Controle de Convencionalidade: Experiências Latino-Americanas", *Revista Paradigma* (2020), 195.

⁴⁸ Lopes D'Ávila e Pereira dos Santos Junior, "O Controle de Convencionalidade", 195.

internacional e asseverando a universalidade e a indivisibilidade destes.⁴⁹ Basicamente a DUDH buscou instituir um código comum e universal dos direitos humanos⁵⁰ e, embora tenha sido aprovada sob forma de resolução da Assembleia Geral da ONU (sem força vinculante), o entendimento majoritário atual é que seu rol de direitos deve ser implementado pelos Estados por constituir “espelho de norma costumeira de proteção dos direitos humanos”.⁵¹

Em seu artigo 13 é previsto o direito de livre locomoção e residência dentro do país, bem como o direito de deixar qualquer país, e o artigo 14 garante a todo indivíduo vítima de perseguição o direito de asilo em outro país.⁵²

Subsequentemente, para conferir força vinculante à DUDH e garantir novos direitos, são aprovados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc).⁵³ Juntos, a DUDH, o PIDCP e o Pidesc formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos⁵⁴ ou *International Bill of Rights*.⁵⁵

O PIDCP assegura em seu artigo 2 a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive relacionada à origem, e estabelece o dever estatal de respeitar e assegurar os direitos nele previstos a todos que estão no território.⁵⁶

No artigo 12, o PIDCP garante o direito de locomoção a quem se encontra legalmente no território, o direito de emigrar e o direito de não ser arbitrariamente impedido de entrar em seu próprio país; e, no artigo 13, assevera que o estrangeiro que se encontra legalmente em um país só poderá dele ser expulso mediante decisão proferida de acordo com a lei.⁵⁷⁻⁵⁸

Por fim, o PIDCP instituiu o Comitê de Direitos Humanos para receber relatórios sobre as medidas adotadas para efetivação de suas disposições, tendo este já se manifestado diversas vezes sobre os direitos humanos dos migrantes, por exemplo,

⁴⁹ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (São Paulo: Saraiva, 2015), 210.

⁵⁰ Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 210.

⁵¹ André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional* (São Paulo: Saraiva, 2016), 60.

⁵² Há entendimento no sentido de que a DUDH não previu o direito de imigrar, visto que o direito internacional público não garante uma liberdade geral de movimento. Nesse sentido: Thiago Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira* (Curitiba: Instituto Memória, 2019), 175-176. Vincent Chentail, *International migration law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 91.

⁵³ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 66.

⁵⁴ de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 59

⁵⁵ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 53.

⁵⁶ André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos* (São Paulo: Saraiva Educação, 2021), 168.

⁵⁷ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 168-170.

⁵⁸ É importante frisar que o migrante em situação irregular também poderá invocar o PIDCP. de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 168.

nos casos *Kindler c. Canadá*, *Karakurt c. Áustria*, *Gueye e outros c. França*, no Comentário Geral n.º 15, no Comentário Geral n.º 20 e no Comentário Geral n.º 31.

Por sua vez, o Pidesc é tido como um marco por conferir destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais, anteriormente vislumbrados pelos Estados e por parte da doutrina como “meras recomendações ou exortações”.⁵⁹ À semelhança do PIDCP, o artigo 2 consigna a aplicação das suas disposições sem qualquer discriminação, inclusive quanto à origem, e permite a relativização da garantia dos direitos econômicos aos não nacionais.

Ademais, em seu artigo 11 consta o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, devendo os Estados Partes tomarem as medidas apropriadas para isso, especialmente por meio da cooperação internacional.

Vale mencionar que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vela pelas disposições do Pacto e também já se manifestou sobre os direitos humanos dos migrantes, como por exemplo, no Comentário Geral n.º 20.

Avançando no estudo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial apresenta um amplo conceito de discriminação racial que inclui a baseada em origem nacional, não se aplicando o referido diploma às distinções, exclusões, restrições ou preferências estabelecidas entre os cidadãos e não cidadãos pelo Estado.

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes proíbe a expulsão, devolução ou extradição de um indivíduo para outro Estado caso existam razões para se pressupor que lá correrá o risco de ser torturado (art. 3). Para averiguação de tais razões, as autoridades competentes devem considerar todas os argumentos pertinentes como, por exemplo, se o país apresenta uma situação de graves e recorrentes violações de direitos humanos.⁶⁰

No mesmo sentido, a Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado assinala que nenhum Estado expulsará, devolverá, entregará ou extraditará o indivíduo para outro Estado caso razões fundamentadas apontem o risco de ser vítima de desaparecimento forçado devendo, ainda, considerar se o país está inserido em um contexto de graves violações de direitos humanos ou do direito internacional humanitário.⁶¹

Por último, a Convenção sobre os Direitos das Crianças também conta com dispositivos importantes no que atine à matéria migratória, pois prevê que as crianças não sejam separadas de seus genitores contra a vontade destes, exceto se for no seu melhor interesse e mediante autorização da autoridade competente, em conformidade com a lei e sujeita à revisão judicial (art. 9).⁶²

⁵⁹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 175.

⁶⁰ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 221.

⁶¹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 247.

⁶² de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 255.

Além disso, conta com previsões que propiciam a reunião familiar, pois ressalta a postura positiva, humanitária e rápida por parte dos Estados em tais solicitações e garante que as mesmas não devem trazer consequências adversas para as crianças ou sua família.⁶³ Vislumbradas as principais garantias dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no sistema onusiano, convém analisar as principais normas do SIPDH na matéria.

2.2. O sistema interamericano e a proteção aos direitos humanos em âmbito de mobilidade internacional

Nas Américas, os direitos humanos são protegidos substancialmente por quatro diplomas: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), a CADH e o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais.⁶⁴

A Carta de Bogotá fundou a OEA em 1948. Entre seus objetivos estão a “promoção dos direitos humanos e erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico e social e prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias”.⁶⁵ O diploma faz menção expressa ao respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana sem nenhum tipo de distinção (artigo 3), embora o faça genericamente e lastreado no marco da não intervenção e da soberania estatal.⁶⁶

Em virtude do exposto, a Carta de Bogotá foi aprovada junto com a DADDH, que consagrou a universalidade dos direitos humanos em seu preâmbulo ao pontuar que não decorrem do reconhecimento da cidadania ou da nacionalidade por um Estado, mas da sua condição humana.⁶⁷ Além disso, por meio desse documento foi instituída a CIDH, que vela pelos direitos humanos na região e serve como órgão consultivo da OEA na matéria.⁶⁸

A DADDH é considerada a interpretação autêntica dos dispositivos genéricos constantes da Carta de Bogotá.⁶⁹ Seu artigo XXVII estabelece que é direito de todos buscar e receber asilo em território estrangeiro, de acordo com as leis de cada Estado e com as convenções internacionais, na hipótese de perseguição que não seja fundamentada por delitos do direito comum.

⁶³ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 255.

⁶⁴ André de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos* (São Paulo: Saraiva, 2016), 126.

⁶⁵ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 128.

⁶⁶ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 128.

⁶⁷ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 345.

⁶⁸ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 126.

⁶⁹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 346.

É oportuno ressaltar que parte da doutrina entende que o artigo VIII da DADDH revelaria um direito de migrar,⁷⁰ contudo, este trabalho adota a visão de que o supracitado artigo apenas estabelece o direito a emigrar, visto que: i) não há previsão expressa do direito à imigração; e, ii) não há imposição para que os Estados recebam todos que pretendem nele residir.⁷¹

Avançando no estudo, em 1978 a CADH entrou em vigor, apresentando um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.⁷² Seu artigo 1 assevera a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e as liberdades por ela reconhecidos e garantir seu exercício livre e desembaraçado a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação.⁷³

Em seu artigo 22, é garantido o direito à livre circulação e de residência, ou seja, qualquer pessoa que esteja no território de um Estado legalmente poderá nele circular, residir ou sair, consoante as disposições legais que o regem.⁷⁴ Ademais, nenhum nacional poderá ser expulso ou privado de entrar em seu Estado; nenhum estrangeiro que ingressou no país regularmente poderá ser expulso ou entregue a outro país, seja de sua origem ou não, onde seus direitos se encontrem ameaçados (*non refoulement* ou *no devolución*); e é vedada a expulsão coletiva de estrangeiros.⁷⁵

Digno de nota é a instituição da Corte IDH pela CADH no seu artigo 33. A Corte IDH é órgão judicial internacional competente para conhecer os casos contenciosos, quando o Estado aceita a sua jurisdição⁷⁶ (função contenciosa) – exercida sobre, aproximadamente, 550 milhões de pessoas –, e para emitir pareceres consultivos (função consultiva) sobre: i) a interpretação dos tratados de direitos humanos que compõem o *corpus iuris* interamericano, e ii) a compatibilidade entre leis ou projetos de lei e a CADH.⁷⁷

Por sua vez, a Declaração de Cartagena de 1984 também é uma importante normativa do âmbito interamericano, por ampliar a definição de refugiado prevista pela Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados e pelo Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

O referido diploma foi concebido em meio aos graves conflitos armados que se sucediam na região para resguardar às vítimas da época, carregando o mérito de reconhecer a condição de refugiado aos que sofreram maciça violação de seus

⁷⁰ Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva, “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* (2021), 763, 10.5102/rbpp.viii.2.7841.

⁷¹ Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes*, 316-318.

⁷² de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 139.

⁷³ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 351.

⁷⁴ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 357.

⁷⁵ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 357-358.

⁷⁶ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 154.

⁷⁷ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 169.

direitos humanos e se tornando a base política da república sobre refugiados na América Latina.⁷⁸

Conquanto não possua caráter vinculante, por ser um instrumento de *soft law*, foi incorporada pela legislação de vários Estados latino-americanos de modo a criar, junto com o suporte dos governantes e da sociedade civil, uma “rede de proteção multinível”.⁷⁹

Passada uma década, a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, nas conclusões 10, 15, 16 e 17 confere proteção aos migrantes econômicos e aos deslocados internos.⁸⁰ Assim, a referida Declaração aprofundou questões trazidas pela Declaração de Cartagena ao enfatizar questões mais atualizadas.⁸¹

Sucessivamente, em 2004, a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina buscou a adoção de soluções duradouras através de programas solidários e da responsabilidade compartilhada para conferir uma resposta nacional a duas questões urgentes: o grande fluxo de refugiados acomodados nos grandes núcleos urbanos e a crise humanitária colombiana.⁸²

Por último, a Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano de 2014, organizada pelo governo brasileiro, com a reafirmação do compromisso regional de erradicação da apatridia nos dez anos seguintes, a resolução de situações existentes, a prevenção de novos casos e a proteção dos apátridas por meio de revisão das leis nacionais e do estabelecimento de procedimentos para identificar a apatridia.⁸³

Concluído o capítulo com uma análise, ainda que breve, dos principais diplomas normativos de proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no âmbito onusiano e interamericano, este pode ser complementado

⁷⁸ Thalita Melo Silva e Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, “O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano”, *Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais* (2018), 12. <https://doi.org/10.20889/M47e19008>.

⁷⁹ Melo Silva e Calazans Pacheco Pacífico, “O regime internacional dos refugiados”, 12.

⁸⁰ Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, “A necessidade de criação de um regime ambiental internacional: O caso dos deslocados ambientais”, *Revista de Direito Cosmopolita* (2013), 172. <https://doi.org/10.12957/cosmopolitan.2013.8544>.

⁸¹ Agni Castro Pita, “Direitos humanos e direito internacional dos refugiados”, em *Refúgio e Hospitalidade*. Org. por José Antônio Peres Gediel e Gabriel Gualano de Godoy (Curitiba: Kairós Edições, 2016), 8.

⁸² Stefania Eugenia Barichello, “A Evolução dos Instrumentos de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados na América Latina: da Convenção de 51 ao Plano de Ação do México”, *Universitas Relações Internacionais* (2012), 44-46. 10.5102/uri.v10i1.1395.

⁸³ Raquel Trabazo Carballal Franco, “A proteção dos refugiados e apátridas no Brasil: Aplicação prática do artigo 1 (2) da Lei 9.474/1997”, em *Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97*, org. por Liliana Lyra Jubilit e Gabriel Gualano de Godoy (São Paulo: Quartier Latin/ Acnur, 2017), 115.

com a afirmação de que, salvo alguns direitos políticos, “todos os direitos humanos previstos para proteção de um indivíduo enquanto pessoa também se aplicam aos migrantes”.⁸⁴ Passa-se à análise da construção do Iccal em matéria migratória.

3. A construção do *Ius Constitutionale Commune* Latino Americano na tutela dos direitos humanos dos migrantes

Após o delineamento de uma visão geral do Iccal, dos principais instrumentos normativos que resguardam os direitos humanos dos migrantes no prisma onusiano e no prisma interamericano e tendo em vista a crise migratória vivida na região latino-americana, resta saber como o Iccal pode contribuir com a tutela dos direitos humanos dos migrantes.

Assim, primeiramente serão abordados os parâmetros ou *standards* migratórios regionais a partir da análise de sentenças e pareceres consultivos emitidos pela Corte IDH e da atuação da CIDH no assunto, averiguando-se quais ferramentas foram empregadas no diálogo e seu impacto transformador no continente.

Em seguida, levando em consideração a multidimensionalidade do diálogo, serão averiguados os principais obstáculos à sua consecução, a maneira pela qual os ordenamentos jurídicos nacionais podem se aproximar mais do SIPDH e como os *standards* podem ser ampliados e multiplicados para salvaguardar os migrantes.

3.1. A tutela jurisdicional dos direitos humanos e os *standards* migratórios latino-americanos

Inicialmente, é necessário pontuar que a CIDH opera como um mecanismo de controle ao cumprimento dos instrumentos interamericanos relativos aos direitos humanos em todos os Estados integrantes da OEA, não apenas nos que ratificaram a CADH.⁸⁵ Caso o Estado não seja parte da CADH, a CIDH levará a Carta de Bogotá e a DADDH, em consideração e, na hipótese do Estado ser parte da CADH, este será o principal diploma normativo considerado.

Qualquer pessoa, grupos de pessoas ou entidades não governamentais podem encaminhar petições contendo denúncias de violação de direitos resguardados pela CADH à CIDH, consoante os artigos 44 e 41 da referida convenção. No que concerne à tutela dos migrantes, a CIDH conta com uma relatoria específica denominada Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes cujo escopo é a conscientização estatal,

⁸⁴ Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes*, 316.

⁸⁵ Tony Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira: um estudo à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021), 31.

a monitoração dos direitos humanos dos migrantes, a assessoria e a formulação de recomendações aos Estados, a preparação de relatórios e estudos e a atuação quanto às petições apresentadas perante o órgão.

Visto que, à luz do direito internacional, o conceito de *standard* se relaciona com as normas estabelecidas por organismos internacionais sobre temas específicos e a sua observância por parte dos Estados que a elas se vinculam⁸⁶, ou seja, com a criação de um enunciado normativo que impõe deveres e obrigações a um Estado diante de uma situação específica⁸⁷, a CIDH tem contribuído consideravelmente com a tutela dos migrantes.

A supracitada relatoria elabora relatórios anuais sobre países e eixos temáticos onde já exarou o entendimento que: i) todos os Estados estão obrigados a garantir os princípios fundamentais dos direitos humanos aos seus nacionais e aos migrantes que se encontrem em seu território ou sob sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação atinente ao seu *status* migratório, a sua nacionalidade, a sua raça ou qualquer outro motivo; ii) os direitos humanos são intrínsecos a toda pessoa humana, independentemente de sua localização, motivo pelo qual o direito internacional não pode se pautar exclusivamente em critérios territoriais e o Estado deve garantir seu livre exercício independentemente de fatores relativos à nacionalidade ou condição migratória; iii) a obrigação estatal de garantia dos direitos humanos não é exclusiva do Estado receptor, também cabendo ao Estado de origem assegurar condições que não induzam a migração forçada aos seus nacionais; iv) os Estados devem agir com a devida diligência para salvaguardar os direitos humanos, o que acarreta obrigações de prevenção, investigação, sanção e reparação; v) as restrições migratórias subjetivas lastreadas em questões de raça, cor, etnia, religião, entre outros ferem o princípio da igualdade previsto na CADH (artigo 24), de modo que o controle migratório deve ser empreendido por meio de critérios objetivos; vi) a proibição da escravidão e práticas correlatas é norma de *jus cogens* e obrigação *erga omnes* para os Estados; e vii) todos os procedimentos, administrativos ou judiciais, que impactem os direitos de alguém deverão se pautar no princípio do devido processo legal, proporcionando a defesa efetiva face aos atos estatais.⁸⁸⁻⁸⁹

⁸⁶ Silvana Insignares Cera, “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”, em *Ius Commune en Migración y Constitucionalismo Transformador en Colombia*, ed. por Armin von Bogdandy, Manuel Góngora Mera e Mariela Morales Antoniazzi (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022), 373.

⁸⁷ Insignares Cera, “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”, 373.

⁸⁸ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 36-39.

⁸⁹ Para um estudo mais aprofundado, vide: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

No âmbito da CIDH, ainda é possível mencionar os Princípios Interamericanos sobre os Direitos Humanos de Todos os Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas, adotados pela Resolução nº 4/2019 para auxiliar os Estados na compreensão de dimensões específicas dos direitos humanos em matéria migratória, como a presunção de inocência, a não discriminação e igualdade de proteção, a proteção dos migrantes em situação de vulnerabilidade, o acesso à justiça e a um recurso efetivo, as garantias do devido processo legal nos procedimentos migratórios, entre outros.⁹⁰

Por sua vez, a Corte IDH é a responsável por resguardar as obrigações convencionais assumidas com arrimo nos artigos 1.1 e 2 da CADH e, por isso, é bastante interessante o estabelecimento de um quadro mínimo de normas comuns com o auxílio dos Estados.⁹¹

Em sede de âmbito consultivo, a Opinião Consultiva OC-16/99 foi a primeira análise da Corte IDH em matéria migratória, por meio da qual foi estabelecido o direito dos migrantes residentes em países diversos dos de origem à comunicação e à assistência consular, em consonância com a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares.⁹²⁻⁹³

Posteriormente, na OC-18/03 a Corte IDH reconheceu a possibilidade de distinção entre nacionais e não nacionais, desde que não pautadas na discriminação e assentou o entendimento de que os Estados devem velar pelos direitos humanos dos migrantes pautados pela não discriminação e pela igualdade.⁹⁴ Eis que, pela primeira vez em âmbito contencioso, no Caso Tibi vs. Equador, a Corte IDH reitera seu posicionamento da OC-16/99 condenando o Equador pela violação do direito de assistência consular e, conseqüentemente, do devido processo legal em relação ao Sr. Daniel David Tibi.⁹⁵

Relativamente à detenção de cidadãos estrangeiros, no Caso Acosta Calderón vs. Equador, no Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador e no Caso Bueno

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, Resolución 04/19. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.

⁹¹ Natalia Beltrán Orjuela e Leydi Marcela Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2021): 869.

⁹² Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 41-42.

⁹³ A comunicação do migrante com um funcionário consular do seu país no momento da privação de liberdade e antes da sua primeira declaração possibilita uma defesa eficaz, a assistência no processo e um julgamento justo. Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 886.

⁹⁴ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

⁹⁵ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

Alves vs. Argentina, a Corte IDH novamente assenta a necessidade da notificação quanto ao direito à assistência consular.⁹⁶ Ademais, no julgamento do Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, a Corte IDH condenou o Estado pela negativa de nacionalidade de crianças lá nascidas, posto que a situação migratória de uma pessoa não condiciona a concessão da nacionalidade pelo Estado e nem o *status* migratório pode se transmitir por gerações.⁹⁷

No paradigmático Caso Vélez Loor vs. Panamá, a Corte IDH tratou sobre discriminação, tortura, liberdade e condições carcerárias, sobretudo em zonas fronteiriças, estabelecendo pelo menos doze parâmetros: o dever de não discriminação, o reconhecimento da vulnerabilidade dos migrantes, a proibição da crimigração, a ilegalidade da detenção migratória, a proibição do compartilhamento de celas entre migrantes e presos comuns, o oferecimento de mantimentos vitais básicos e tratamento médico, o dever de investigação de casos de tortura, a revisão judicial da detenção, a individualização, fundamentação e previsão de prazos nas sentenças judiciais, a existência de recursos efetivos, o respeito ao devido processo legal e, por fim, o direito de informação e assistência consular.⁹⁸

Ainda em âmbito contencioso, no caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, a Corte IDH estabeleceu a vedação à expulsão coletiva e restrição do uso de armas de fogo para infrações de cunho administrativo como infrações migratórias.⁹⁹ No Caso da Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, a Corte IDH firma que procedimentos aptos à expulsão ou deportação de migrantes devem cumprir as garantias mínimas do devido processo e devem ser de natureza individual, ou seja, avaliando as circunstâncias pessoais de cada indivíduo, sem discriminação.¹⁰⁰

Novamente em âmbito consultivo, na OC-21/14 a Corte IDH exarou o entendimento de que as crianças fazem jus a direitos adicionais além dos direitos humanos, posto que necessitam de um cuidado especial, o que não autoriza sua prisão em nenhuma hipótese relacionada ao ingresso irregular no Estado.¹⁰¹

Já no Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana, A Corte IDH estabeleceu que nos processos de expulsão os Estados devem observar o interesse superior, à proteção da família e da unidade familiar,

⁹⁶ Natalia Beltrán Orjuela e Leydi Marcela Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 886. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15612>.

⁹⁷ Robson da Silva, A *(necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

⁹⁸ Cardoso Squeff e Guimarães Silva, “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 778.

⁹⁹ Robson da Silva, A *(necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 43.

¹⁰⁰ Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 881.

¹⁰¹ Robson da Silva, A *(necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 43.

considerando a proteção da criança como eixo central do processo.¹⁰² Por último, na OC-25/18, a Corte IDH esclareceu que o asilo é “gênero que comporta a totalidade das instituições vinculadas à proteção internacional das pessoas forçadas a fugir de seu país de nacionalidade ou de residência”.

Abordados os principais *standards* migratórios na região latino-americana, passa-se ao último tópico desta pesquisa, que discorrerá sobre eventuais obstáculos para a consolidação do Iccal quanto aos direitos humanos dos migrantes.

3.2. Desafios e perspectivas do constitucionalismo transformador na região em matéria de direitos humanos dos migrantes

Como se verificou no tópico anterior, tanto a Corte IDH quanto a CIDH têm estabelecido *standards* de proteção dos direitos humanos dos migrantes no continente americano, atestando o impacto transformador de suas atividades na realidade latino-americana.

Isso porque, tanto em âmbito contencioso quanto em âmbito consultivo, os *standards* relativos à migração exercem influência sobre o cotidiano dos migrantes na América Latina na medida em que os órgãos e as legislações domésticas passam a aplicar as garantias de proteção das pessoas em situação de mobilidade humana em seus territórios.

No contexto de diálogo regional do Iccal, Paola Acosta Alvarado explica, por meio da metáfora de uma teia de aranha, que na rede judiciária construída no Iccal a Corte IDH é a pedra angular e no primeiro nível de proteção estão os juízes constitucionais,¹⁰³ podendo a interação entre ambos ser vertical – entre juiz regional e juiz constitucional – e horizontal – entre os vários juízes constitucionais.¹⁰⁴

Ainda segundo esta autora, a Corte IDH funciona como um farol da função judicial de proteção na região latino-americana cumprindo um papel articulador, evidenciando a diferença entre a tradicional imagem hierárquica de um sistema judicial e a tutela multinível.¹⁰⁵ Por fim, ela elenca cinco funções fundamentais do Iccal: i) estabelecer padrões mínimos de proteção; ii) elevar os padrões de proteção;

¹⁰² Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 891.

¹⁰³ Nesse sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade pontua: “A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos”. Antônio Augusto Cançado Trindade, “Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI”, *Revista Brasileira de Política Internacional* (1997), 175. <https://doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>.

¹⁰⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano*: Brevísimas notas”, 381.

¹⁰⁵ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano*: Brevísimas notas”, 381.

iii) facilitar a comunicação entre as várias configurações de tutelas; iv) permitir o alcance de uma coerência que, embora facilite a igualdade, respeita a diversidade; e v) servir como parâmetro de validade das normas e consubstanciar uma diretriz para o legislador e, em geral, como parâmetro de conduta para o exercício do poder *ad intra* mas também *ad extra* do Estado.¹⁰⁶

Assim, no que tange à proteção dos migrantes, o Iccal promove a salvaguarda destes pelo seu condão de produzir *standards* migratórios a serem cumpridos pelos Estados, ao aumentar ou reforçar o grau de proteção que lhes é outorgado,¹⁰⁷ possibilitar a coexistência de vários níveis de tutelas e permitir o estabelecimento de uma coerência que respeita as particularidades e diversidades estatais.

Conforme o pensamento de Mariela Morales Antoniazzi, o Iccal forma o piso ou a base sobre a qual todos os Estados podem continuar com a edificação, ou seja, os Estados podem inclusive fornecer uma proteção bem mais ampla que as estabelecidas.¹⁰⁸ Logo, na tutela migratória, os Estados podem aprimorar e robustecer a proteção das pessoas que transitam pelo seu território, mas nunca outorgar uma proteção mais frágil que a estabelecida pelos *standards*.

Avançando nesse ponto, Flávia Piovesan entende que no Iccal não apenas os juristas deveriam desenvolver mudanças na realidade social e política da América Latina, mas múltiplos atores¹⁰⁹, com vistas à “plena realização da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos” e à maior pluralidade e coesão nesses Estados.¹¹⁰

Assim, tomando a posição da referida autora e as propostas do Iccal para concretizar a proteção a que fazem jus os migrantes, é necessário que todos aqueles que atendem ou lidam com os migrantes quer sejam funcionários públicos, agentes de

¹⁰⁶ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano: Brevisimas notas*”, 383-384.

¹⁰⁷ A autora Juana María Ibáñez Rivas comenta que a CADH, o *corpus iuris* interamericano e a interpretação que a Corte IDH faz dos mesmos estabelecem o mínimo de proteção dos direitos humanos. Juana María Ibáñez Rivas, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 411.

¹⁰⁸ Morales Antoniazzi, “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*”, 299.

¹⁰⁹ Ana Carolina Lopes Olsen pontua que: “A eficácia das medidas determinadas pelas sentenças interamericanas depende, intensamente, de uma agenda política voltada para os mesmos fins, assim como uma cultura em que magistrados estejam comprometidos jurídica e ideologicamente com a realização dos direitos. Ainda assim, não se deve menosprezar o papel transformador que o direito pode assumir”. Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 318.

¹¹⁰ Armin von Bogdandy *et al.* “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 22.

segurança, magistrados ou representantes da sociedade civil garantam, minimamente, cumprimento dos *standards* migratórios.¹¹¹

Sem embargo, existem críticas à postura da Corte IDH no diálogo entre cortes – no sentido de ser hierarquizante e expressar desconhecimento quanto à diversidade dos “contextos históricos, sociais e culturais dos países da região”¹¹² – pela imposição de *standards* homogeneizantes, alheios à realidade de cada lugar e que colocam em xeque a viabilidade do Iccal.

A esse respeito, é necessário recordar que, embora possa conduzir a uma igualdade, o Iccal busca harmonizar os ordenamentos e a Corte IDH funciona como uma espécie de guia ou *primus inter partes*.¹¹³ Nesse sentido, é importante reconhecer a função pedagógica da Corte que estimula a atenção da sociedade para valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade.¹¹⁴

Outrossim, Armin von Bogdandy destaca que, no contexto do diálogo propiciado pelo Iccal, é necessária a percepção de que nenhum tribunal, seja doméstico ou o tribunal regional, dará a “última palavra”, posto que qualquer resolução de qualquer tribunal pode ser controlada por outro (os tribunais domésticos podem não implementar uma sentença da Corte IDH e, de outro lado, a Corte IDH pode controlar a decisão de um tribunal doméstico ainda que se trate de uma corte suprema), o que leva à necessidade dos tribunais não justificarem suas decisões com base em sua autoridade, mas com a fundamentação racional de seus argumentos para convencer os outros atores públicos.¹¹⁵

Entretanto, dois pontos merecem ser destacados: o conflito é um fator permanente no que se refere ao diálogo entre tribunais, porque evidentemente, além de buscarem a melhor solução, os tribunais almejam preservar ou assegurar a prevalência do seu próprio entendimento; e esse cenário de ausência de últimas palavras pode ocasionar angústias e temores, mas na verdade é um fator positivo na medida em que fortalece a separação de poderes e o próprio Poder Judiciário, que terá uma responsabilidade compartilhada quanto a aplicação e desenvolvimento do direito.¹¹⁶

¹¹¹ A região possui uma tendência a “precarizar as migrações dos sujeitos indocumentados, bem como perpetuar reminiscências coloniais, que impactam o tratamento discriminatório dos migrantes, sobretudo, negros e de baixa renda”, Cardoso Squeff e Guimarães Silva, “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 759.

¹¹² Ana Maria Lopes D’Ávila, “*Ius commune*: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alternativas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021), 918. 10.5102/rbpp.v11i2.7833.

¹¹³ Lopes Olsen e Kozicki. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 317.

¹¹⁴ Lopes Olsen e Kozicki. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 318.

¹¹⁵ Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, org. por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro e Mariela Morales Antoniazzi (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 14.

¹¹⁶ von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, 15.

Quanto à postura do STF no diálogo interjurisdicional, inicialmente é necessário mencionar que, consoante os critérios de busca já delineados, foram encontrados 5 resultados para o termo de busca “migrantes” (1 não analisado por não tratar estritamente da proteção dos migrantes); o resultado para o termo de busca “mobilidade internacional”; e, por fim, dos principais casos sobre migrantes julgados pela Corte IDH pesquisados no *site* do STF, somente foram encontrados resultados para o Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador (2 resultados) e para o Caso Vélez Lóor vs. Panamá (1 resultado), porém nenhum dos resultados foram analisados por não tratarem estritamente da proteção dos migrantes.

Os 4 acórdãos encontrados para o termo de busca “migrantes” foram respectivamente duas ações de competência originária do STF e dois recursos extraordinários.¹¹⁷ Nas ações cíveis originárias, o STF discutiu sobre o fechamento de fronteiras para conter o fluxo migratório de venezuelanos e sobre a competência para arcar com os custos oriundos dos serviços públicos prestados aos supracitados migrantes. Em seus votos, alguns dos ministros consideraram a normativa onusiana e o SIPDH para a compreensão do significado do termo refugiado e a necessidade de abertura da fronteira para recepcionar os refugiados venezuelanos em decorrência do cumprimento de mandados internacionais.

No RE nº 587.970, o STF avaliou se a assistência social se restringiria apenas aos cidadãos brasileiros. Em seus votos, alguns ministros citaram a DUDH e a CADH para afastar a discriminação fundada em origem nacional. Ao final o tribunal assentou a tese de que somente o estrangeiro em situação regular no país poderia fazer jus à assistência social, o que por óbvio não incluiria os migrantes indocumentados – muitas vezes nesta situação por motivos alheios às suas vontades e em situação de extrema vulnerabilidade.

Enfim, no RE nº 1.018.911, o STF reconheceu o direito à expedição dos documentos de registro de estrangeiro sem o pagamento da “taxa de pedido de permanência”, da “taxa de registro de estrangeiro” e da “taxa de carteira de estrangeiro primeira via” para o estrangeiro que demonstre sua condição de hipossuficiente. Alguns ministros utilizaram normas do direito internacional dos direitos humanos para reconhecer que a imposição de barreiras exclusivamente financeiras para a não regularização da situação do imigrante com residência permanente em território nacional impede o acesso aos demais direitos fundamentais e vai de encontro às convenções internacionais das quais o Brasil faz parte.

Dos acórdãos analisados, é possível concluir que o STF tem uma postura relativamente reticente no diálogo interjurisdicional com a Corte IDH, pois não faz o uso dos seus precedentes em matéria de proteção das pessoas em situação de mobilidade internacional, ainda que pudesse enfrentá-los sem a obrigação de concordância.

Nessa linha de raciocínio, Thiago Oliveira Moreira e Lavínia Cavalcanti da Silva destacam que os principais desafios para o desenvolvimento de um diálogo

¹¹⁷ ACO 3.113, RE 587.970, RE 1.018.911 e ACO 3.121.

interjurisdiccional entre os tribunais estatais e a Corte IDH são o desconhecimento da jurisprudência da Corte IDH pelos(as) magistrados(as), a postura de resistência ao diálogo e a invocação do conceito clássico de soberania estatal, segundo o qual desobriga o Estado de analisar as fontes internacionais no caso concreto para não colocar em xeque a soberania do país e a democracia internacional.¹¹⁸

Para fazer frente aos supracitados obstáculos, para fortalecer o diálogo na defesa dos direitos humanos dos migrantes e para a construção de um Iccal em matéria migratória, pode-se mencionar: i) fomentar a ratificação de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dos migrantes no âmbito onusiano e interamericano para solidificar um ponto de partida comum para os Estados; ii) encorajar a proliferação de cláusulas abertas para proporcionar um tratamento diferenciado às normativas internacionais; iii) fomentar o exercício do controle de convencionalidade para a implementação dos *standards* migratórios como material controlante; e iv) promover a capacitação relativa aos *standards* migratórios para agentes públicos de todos os Poderes.¹¹⁹

Conclusão

Com o presente escrito demonstrou-se que a proteção dos direitos humanos dos migrantes na América é uma situação inadiável que faz jus à uma tutela de múltiplos níveis. Assim, o Iccal se insere na perspectiva do fortalecimento e respeito aos direitos humanos das pessoas em mobilidade na região, posto que incrementa e densifica sua tutela por meio do estabelecimento de *standards* comuns produzidos especificamente para a realidade da América Latina.

O referido fenômeno é fundado principalmente na premissa de que somente com uma perspectiva transformadora será possível superar os entraves da contemporaneidade. Nesta senda, esse projeto político, jurídico e cultural que se volta para as experiências da região e suas peculiaridades fortalece e aproxima os Estados no objetivo comum de proteção dos direitos humanos na região.

Ao se pautar em um diálogo recíproco e na ideia de harmonização entre os campos interno e internacional em prol da tutela dos migrantes, o Iccal em matéria migratória pode ser potencialmente desenvolvido através do controle de

¹¹⁸ Lavínia Cavalcante da Silva e Thiago Oliveira Moreira, “O Diálogo Interjurisdiccional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson”, em *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, org. por Thiago Oliveira Moreira e Yara Gurgel (Natal: Polimatia, 2022), 356-357.

¹¹⁹ Flávia Piovesan, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (2011), 221-225. <https://doi.org/10.4013/1520>.

convencionalidade ou, no mínimo, pela interpretação conforme, que permitem a adequação ou transformação da realidade à luz do princípio *pro persona*.

Se por um lado é inegável constatar o avanço na região ao se levar em consideração a criação do SIPDH e a interconexão entre as normas constitucionais e o *corpus iuris* interamericano que desembocam no Iccal, por outro deve-se ter em mente que o Iccal ainda está em fase de desenvolvimento e os Estados latino-americanos não respondem ao referido fenômeno de maneira uniforme.

Logo, a resposta encontrada é de que a realização de um diálogo judicial construtivo e progressivo e o controle de convencionalidade poderão superar os obstáculos ao avanço do Iccal, como o desconhecimento da jurisprudência da Corte IDH, a resistência ao diálogo e a invocação do clássico conceito de soberania, proporcionando o robustecimento da tutela dos direitos humanos dos migrantes na região.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola. “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 371-384. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- ARANGO, Rodolfo. “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 179-192. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- ARCARO CONCI, Luiz Guilherme. “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Em *Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Organizado por Luca MEZZETTI e Luiz Guilherme ARCARO CONCI, 117-148. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015.
- BARBOSA BORGES, Bruno e Flávia. PIOVESAN. “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (2019): 5-26. doi: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328.
- BELTRÁN ORJUELA, Natalia e Leydi Marcela PALACIOS SEGURA, “Normas convencionales em procedimentos para migrantes”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2021): 867-894. doi: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15612>.

- BOGDANDY, Armin von, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MoralesANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN e Ximena SOLEY. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 17-54. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamerica una Aclaración Conceptual desde una Perspectiva Europea*”. Em *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Organizado por Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ e Diego VALADÉS, 39-66. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual*”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 3-24. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- BOGDANDY, Armin von. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014b. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI”. *Revista Brasileira de Política Internacional* (1997): 167-177. doi: <https://doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>.
- CARBALLAL FRANCO, Raquel Trabazo. “A proteção dos refugiados e apátridas no Brasil: Aplicação prática do artigo 1 (2) da Lei 9.474/1997”. Em *Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97*. Organizado por Liliana LYRA JUBILUT e Gabriel GUALANO DE GODOY, 105-120. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016a.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016b.
- CASTRO PITA, Agni. “Direitos humanos e direito internacional dos refugiados”. Em: *Refúgio e Hospitalidade*. Organizado por José Antônio PERES GEDIEL e Gabriel GUALANO DE GODOY, 5-16. Curitiba: Kairós Edições, 2016.
- CAVALCANTE DA SILVA, Lavínia, Thiago OLIVEIRA MOREIRA. “O Diálogo Interjurisdiccional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson”. Em *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*.

- Organizado por Thiago OLIVEIRA MOREIRA e Yara GURGEL, 341-362. Natal: Polimatia, 2022.
- CHENTAIL, Vincent. *International migration law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Resolución 04/19*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.
- DA SILVA, Tony Robson. *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira: um estudo à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- EUGENIA BARICHELLO, Stefania. “A Evolução dos Instrumentos de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados na América Latina: da Convenção de 51 ao Plano de Ação do México”. *Universitas Relações Internacionais* (2012): 33-51. doi: [10.5102/uri.v10i1.1395](https://doi.org/10.5102/uri.v10i1.1395).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “El Control de Convencionalidad em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Em *Controle de Convencionalidade*. Organizado por Fabiane PEREIRA DE OLIVEIRA DUARTE, Fabrício BITTENCOURT DA CRUZ e Tarciso DAL MASO JARDIM, 19-40. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- INSIGNARES CERA, Silvana. “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”. Em *Ius Commune en Migración y Constitucionalismo Transformador en Colombia*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Manuel GÓNGORA MERA e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 369-412. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022.
- LOPES D’ÁVILA, Ana Maria. “Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alterativas”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021): 916-934. doi: [10.5102/rbpp.v11i2.7833](https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7833).
- LOPES D’ÁVILA, Ana Maria e Luis Haroldo PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR. “O Controle de Convencionalidade: Experiências Latino-Americanas”. *Revista Paradigma* (2020): 193-224.
- LOPES OLSEN, Ana Carolina e Katia KOZICKI. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2019): 302-363. doi: [10.5102/rbpp.v9i2.6005](https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6005).
- MARMELSTEIN, George. “Controle jurisdicional das omissões inconventionais”. *Revista Jurídica Da FA7* (2017): 35-57. doi: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;14.1:259>.

- MELO SILVA, Thalita e Andrea Maria CALAZANS PACHECO PACÍFICO. “O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano”. *Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais* (2018): 1-18. doi: <https://doi.org/10.20889/M47e19008>.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 265-300. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais”. Em *Direito internacional na contemporaneidade*. Organizado por Thiago OLIVEIRA MOREIRA, Diogo PIGNATARO DE OLIVEIRA e Xavier YANKO, 143-182. Brasília: CFOAB, 2018.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas”. Em *Direito Internacional em Expansão*. Organizado por Wagner MENEZES, 251-271. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana”. Em *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, organizado por Wagner MENEZES, 478-495. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.
- PACHECO PACÍFICO, Andrea Maria Calazans. “A necessidade de criação de um regime ambiental internacional: O caso dos deslocados ambientais”. *Revista de Direito Cosmopolita* (2013): 165-182. doi: <https://doi.org/10.12957/cosmopolitan.2013.8544>.
- PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (2011): 206-226. doi: <https://doi.org/10.4013/1520>.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SQUEFF CARDOSO, Tatiana de A. F. R. e Bianca GUIMARÃES SILVA. “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* (2021): 756-781. doi: [10.5102/rbpp.v11i2.7841](https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7841).
- VIO GROSSI, Eduardo. “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2018): 315.