



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

O FENÔMENO MIGRATÓRIO NO CENÁRIO DE PLURALIDADE NORMATIVA E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: OS CASOS DAS OPINIÕES CONSULTIVAS (OC - 18/03 E OC - 21/14) DA CIDH E DA SAÚDE GLOBAL

THE MIGRATORY PHENOMENON IN THE SCENARIO OF NORMATIVE PLURALITY AND INTERNATIONALIZATION OF THE RIGHT: THE CASES OF CONSULTATIVE OPINIONS (OC - 18/03 AND OC - 21/14) OF THE CIDH AND THE GLOBAL HEALTH

Fernando Hoffmam ¹
 Raquel Frescura Ceolin ²
 Fernanda Siqueira Lemes ³

RESUMO

O objetivo geral do presente artigo é discorrer sobre o fenômeno migratório no cenário da pluralidade normativa, bem como sobre a internacionalização do direito na contemporaneidade, partindo para a análise das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos fluxos migratórios, e após, à questão da saúde global. Diante deste cenário este trabalho tem como questionamento: Qual a importância do fenômeno da pluralidade normativa e da internacionalização do direito, com base nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito da migração e da saúde global? A metodologia baseou-se em uma pesquisa bibliográfica que focalizou em conceitos sobre a temática, bem como de abordagem hipotético-dedutiva, pois parte-se da análise da internacionalização do direito na contemporaneidade, e em um ambiente de pluralidade normativa, para o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os fluxos migratórios e à saúde global, verificando-se no diálogo e pluralidade normativa, na multiplicidade de organizações e na internacionalização do direito, uma possibilidade de garantia e concretização dos direitos humanos nos casos abordados - pelo direito humano de migrar.

Palavras-chave: Corte Interamericana; Internacionalização do Direito; Migração; Pluralidade Normativa; Saúde Global.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/ Câmpus Santiago). E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Especializanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Advogada. E-mail: raquelfceolin@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Especializanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Advogada. E-mail: fernandalemesadv@gmail.com



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

ABSTRACT

The general objective of this article is to discuss the migratory phenomenon in the scenario of normative plurality, as well as on the internationalization of the right in the contemporaneity, starting for the analysis of the advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights on migratory flows, and then on the issue of global health. Faced with this scenario this work has as question: What is the importance of the phenomenon of normative plurality and the internationalization of law, based on the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, in the scope of migration and global health? The methodology was based on a bibliographical research that focused on concepts on the subject, as well as in hypothetical-deductive approach, because starts from the analysis of the internationalization of the right in the contemporaneity, and in an environment of normative plurality, in the case of the Inter-American Court of Human Rights, this migratory flows and global health, in the dialogue and plurality normative, in the multiplicity of organizations and in the internationalization of law, one possibility of guaranteeing and concretizing human rights in the cases approaches - by human right to migrate.

Key-words: Conventionality Control; Internationalization of the Right; Migration; Normative Plurality; Global Health.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de analisar a questão da internacionalização do direito na contemporaneidade, e da pluralidade normativa, sendo que no mundo contemporâneo percebem-se novas necessidades no que tange a proteção de direitos, devido às novas questões que surgem com o avanço da sociedade e a globalização.

Dessa forma, demonstra-se claro que num contexto de acontecimentos constantes e contínuos - contemporâneos e globais - retira-se do Estado a sua condição moderna, surgindo à necessidade de novas normatividades, fazendo dialogar, assim, diversas fontes normativas, conectando-se e complementando-se, ou seja, trata-se de uma normatividade comum e mundial que se construa através do diálogo, com os Estados e para além deles.

Ora, num ambiente de pluralidade normativa e internacionalização do direito, devido ao constante fluxo de pessoas que se deslocam mundialmente, importante destacar a relevância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange a migração, bem como à necessidade de uma maior preocupação com a saúde global - para todos, em todos os lugares.

Nesse sentido, o artigo se divide em dois itens temáticos, no primeiro intitulado “O CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E PLURALIDADE NORMATIVA” será abordada a questão da internacionalização do direito e do ambiente de



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

pluralidade normativa, seus conceitos e aplicabilidade. No segundo, denominado “OS CASOS DAS OPINIÕES CONSULTIVAS (OC - 18/03 E OC - 21/14) DA CIDH E DA SAÚDE GLOBAL” dissertar-se-á acerca das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à migração, e especificamente a questão da saúde global.

1 O CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E PLURALIDADE NORMATIVA

O direito na contemporaneidade se vê colocado frente à uma série de processos de extrema complexidade, que ao mesmo tempo, que o alça a lugar de destaque, também o desloca rumo a uma sensação, muitas vezes, de angústia e impotência em meio às novas estruturações vividas pela sociedade e pelo Estado. Os desarranjos provocados pelos movimentos de internacionalização - do direito -, globalização - do(s) mercado(s) - e, mundialização das práticas sociais desassossegam os sistemas jurídicos numa zona de desafios a serem superados.

A partir de novos parâmetros de organização social, gestados nesse caldo de mudanças provocado por acontecimentos que marcam a rearticulação do mundo em novas estruturas, a sociedade como concebida modernamente, presa aos delineamentos territoriais de determinado Estado-Nação, se encontra borrada por uma intensificação dos contatos e inter-relações humanas.

Porquanto, o direito nesse caminho, sem dúvida passa por variados processos os quais nos ocupamos de apenas um nesse texto: o processo de internacionalização do direito. Esse, tem um escopo propriamente jurídico de construção de novas fontes - de direito -, de novas práticas jurídicas, e de novos mecanismos judiciais de tratamento do jurídico-social. Mas, também tem um viés sociológico que proporciona novas organizações sociais, uma nova concepção de cidadania, de sociedade civil, de Estado, de política, etc.

Nesse ponto, o que se deve ter presente é que no que tange a internacionalização do direito, não se está a falar de um processo de padronização e homogeneização - autoritária - de práticas jurídicas, mas sim, de um caminho de interligação e comunicação entre sistemas e fontes de direito. Se pretende com esses diálogos, o condicionamento de uma ordem jurídica comum ordenada por princípios de humanidade e pela busca por

práticas de proteção e concretização dos direitos humanos em toda a sua extensão e amplitude⁴.

A multiplicidade de fontes jurídicas, de locus de poder institucionais ou não, públicos ou não, o ruir de marcos normativos, - os já existentes - ou a ausência de marcos no que tange a novas questões, exige sim, um Estado orientado pela multiplicidade e pela pluralidade. Pela multiplicidade de locais de fala tanto normativa quanto para-normativa, e a pluralidade de atores e de projetos de vida assentados nos direitos humano-fundamentais⁵. Sem dúvida, essa abertura ao diálogo deve, ainda, vir marcada pela participação do Estado - mesmo que rearticulado -, como participante importante numa arena de luta por direitos humano-fundamentais, que ainda contemporaneamente ligam-se às zonas jurídicas estatais, mesmo que atravessadas por outras fontes jurídicas para além do Estado - e do(s) direito(s)⁶.

Nota-se uma clara relativização de postulados chave para a produção jurídico-normativa na modernidade. As modificações que perturbam a modalidade estatal moderna, desmantelam três “princípios” orientadores da produção normativa dessas épocas. O Estado não tem mais a suprema autoridade na produção legislativa, ou seja, não é o poder estatal que determina a validade ou não de determinada norma, bem como, o Estado, deixou de deter o monopólio sobre a criação normativa, dividindo espaço com agências supraestatais, internacionais, de fomento econômico, entre tantas outras, e, em decorrência disso, perdeu sua autossuficiência na determinação do que se pode ter por normas jurídicas ou não, não é mais exclusivamente o poder estatal que determina o que é jurídico⁷.

Nesse viés, há um movimento de internacionalização do direito a partir dessa efervescência de ordens normativas múltiplas que passam a se entrelaçar num emaranhado normativo que extrapola os limites delimitados pelo Estado e pela Constituição em seu âmbito interno. Esse processo de internacionalização movimenta a normatividade estatal

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por Um Direito Comum*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Passim.

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por Um Direito Comum*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Passim.

⁶ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Ciberciudadani@ O Ciudadani@.COM*. Barcelona: Gedisa, 2004. Passim.

⁷ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011. Passim.

para além dela mesma, combinando-a com essas diversas novas fontes que, podem tanto estar inseridas no contexto estatal, quanto, transbordadas para fora do Estado, seja, em âmbito regional, global, local, etc.⁸

Nesse ritmo de complementação recíproca entre espaços jurídicos estatais e não-estatais, o caminho é de entrecruzamento, é de mão dupla, tanto da juridicidade estatal se internacionalizando e sofrendo os influxos de juridicidades supraestatais/transnacionais, quanto, em relação às diversas ordens jurídico-normativas internacionais e regionais que, são chamadas ao ambiente jurídico antes habitado, apenas por ordens constitucionais diversas e incomunicáveis⁹. Isto, quer dizer que a construção de uma ambientalidade comum-mundial (cosmopolita) no que tange a essas múltiplas ordens normativas que se proliferam na contemporaneidade, surge para além, mas com as constitucionalidades-estatais. O novo arranjo comum-mundial é condição de possibilidade para o agir democrático-plural do cidadão nessa nova esfera mundial/universal de construção da normatividade¹⁰.

Esse novo arranjo da(s) normatividade(s) se dá com o que se pode chamar de transbordamento das fontes. Fenômeno que ocorre num ambiente de interlegalidade que articula e entrecruza sistemas jurídicos diversos e níveis sistemáticos, tanto de produção, quanto de prática do direito, também diversos. Essa diversidade e multiplicidade de locus de produção e aplicação do direito, deriva do deslocamento do sistema jurídico-normativo unitário-hierárquico da modernidade, para o pluralismo de fontes normativas contemporâneo¹¹.

No entanto, essa pluralidade de fontes normativas e ambientes de aplicação das normas, deve seguir como guia um constructo feito com base em valores, direitos e

⁸ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (Org). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*, UNIJUI, 2013, p. 15-55.

⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Novas Geometrias e Novos Sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - n. 9*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137-160.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (Org). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*, UNIJUI, 2013, p. 15-55.

¹¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011. Passim.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

garantias universais do ser humano. Deve-se mirar á frente, a capacidade de que essas múltiplas fontes de direito e esses diversos locais de aplicação do direito, vislumbram sempre a garantia e concretização dos direitos humano-fundamentais, na perspectiva de construir uma normatividade comum-mundial múltipla, mas, ordenada.

Nesse caminho, claramente há que se ordenar o pluralismo - de fontes - sob um ponto comum de observação e práticas que consubstanciem uma nova ordem jurídica internacionalizada, mas, construída compartilhadamente e, não, impositivamente. Essa ordenação do pluralismo deve ter como ponto comum os direitos humanos, vistos nesse momento como direitos da humanidade. Desse modo, há - ou pode haver - um local de compatibilização entre os processos de internacionalização, mundialização e globalização, sem que haja preponderância do econômico numa perspectiva planetária de imposições e desvirtuamentos.¹²

Vislumbram-se assim, os direitos humanos como um fundamento ético-moral transcendente á positividade normativista desse ou daquele direito, bem como, desse ou daquele ordenamento, ou de qualquer fonte jurídico-normativa - positiva ou não. Os direitos humanos são a luz guia desse novo caminho comum-mundial traçado a partir do contato entre sistemas de Direito e de direitos, e do diálogo intercultural, interjurisdiccional e interconstitucional, internormativo, etc. Busca-se estabelecer uma ordem normativa plural-humanitária como caminho e fonte de um diálogo construtivo de uma racionalidade prático-legal intersubjetivamente possível, nas pegadas de uma visão comum-universal atrelada a positividade transcendente dos direitos humanos como locus de sustentação dos sistemas jurídicos mundiais-planetários num horizonte de garantia do homem e, de sua humanidade¹³.

Nessa lógica, o processo de internacionalização do(s) direito(s) deve vir abarcado em um movimento integrador das sistemáticas jurídicas internas - nacionais - e externas - internacionais - bem como, em um diálogo integrativo entre os sistemas jurídicos - aqui vistos como famílias jurídicas, civil law e common law - diferentes num âmbito de

¹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por Um Direito Comum*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. *passim*.

¹³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (Org). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*, UNIJUI, 2013, p. 15-55.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

“diferença cultural¹⁴” e diálogo de tradições - jurídico-sociais - por meio de um sentido comum de tradução das práticas jurídicas no interior de diferentes sociabilidades.

É por esse liame criado pela sobreposição dos direitos humano-fundamentais nesse quadro de internacionalização e abertura das fontes e dos locais de aplicação do direito que o Estado se mantém como ator importante. Embora, modificado na sua operacionalidade, estrutura e funções, se mantém presente como ator, garante maior, dessa articulação em torno aos direitos humanos e às humanidades cidadãs pertencentes a essa nova ordem mundial(izada).

Nesse caminhar, mesmo mantendo-se na condição de importante ator nesse novo palco, o Estado-legislador passa por perturbações enquanto produtor e aplicador da normatividade jurídica - produzida estatalmente ou não. O processo de internacionalização gera uma disputa permanente entre as normas estabelecidas interna ou internacionalmente, num ambiente que é de interligação, mas também, de conflitos. A norma jurídica, que segue sim, derivando do “povo soberano”, ou seja, ligada ao Estado, também deve atentar-se por variáveis externas à estatalidade, como as do capitalismo financeiro, devendo assim, compatibilizar-se com normatividades de outros Estados e, até mesmo, paraestatais. Ainda, importante se torna o diálogo com as normas internacionais, geradas no âmago de organizações como a organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial da Saúde, etc¹⁵.

Desse modo, mostra-se claro que tem-se um contexto de acontecimentos ininterruptos e contínuos que retiram do Estado e do Direito a sua condição moderna de centralidade econômica, política e social. Os processos implicados pela internacionalização do direito fazem dialogar diversas fontes normativas, faz conectar-se o velho e novo, permite o acontecimento de uma normatividade comum e mundial que se construa dialogadamente, com os Estados e para além deles.

¹⁴ A diferença cultural constitui-se no espaço situado na ambiência comum e equivalente de espectros culturais diferentes em sua igualdade. É um espaço comum de ambivalências que fundam a identidade cultural consolidada nas suas diferenças reciprocas. O lugar da diferença cultural é um lugar de inquietação, de certezas e rupturas, de abandono do que foi construído num movimento de perturbação cultural pelo novo, pelo que está vindo. Na diferença cultural a tradição cultural consolidada se abre à construções significativas de negação - não destrutiva e sim dialogada - aos signos ambivalentes de uma nova experiência vivente (BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Tradução: Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: UFMG, 2010. Passim).

¹⁵ DEFARGES, Philippe Moreau. *A Mundialização: o fim das fronteiras*. Tradução: António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. Passim.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

É necessário que se torne esse processo ordenado e acalantado pela proteção e concretização dos direitos humanos enquanto direitos da humanidade. Os direitos humanos fundamentais é que devem dar o substrato dessa nova forma plural, mundial e comum de normatividade, estendendo os conteúdos garantidos pelos Estados via constitucionalismo a uma zona mundializada de compartilhamento. Nesse momento, se reorganiza o Estado e, nesse sentido, necessário se torna (re)pensar o fenômeno migratório, o que se passa a fazer a partir da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e de uma multiplicidade de organização internacionais, no que tange à migração e à saúde global.

2 OS CASOS DAS OPINIÕES CONSULTIVAS (OC - 18/03 E OC - 21/14) DA CIDH E DA SAÚDE GLOBAL

Tratando da questão da internacionalização do direito, embasada nos direitos humanos, e na busca pela garantia desses direitos nos limites do Estado e para além dele, importante falar sobre a questão dos fluxos migratórios e da saúde global, vendo na pluralidade normativa uma condição de garantia e concretização desses direitos fundamentais na prática, e para todos.

Assim, fala-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em duas opiniões consultivas ressaltou a questão da migração e da obrigação dos Estados na garantia dos direitos dos migrantes, afirmando que os mesmos devem respeitar os tratados internacionais de direitos humanos, observando-os ao aplicar sua legislação interna.

Nesse sentido, em decorrência da globalização, torna-se cada vez mais fácil a interação humana, seja positiva ou negativa, pois a noção de espaço-tempo resta alterada e aproximada, no sentido de que qualquer lugar pode ser acessado de alguma forma. Assim, quando se chega ao conhecimento de que em outro lugar há melhores condições de vida, criam-se expectativas que não haviam em sociedades isoladas, e pode-se ver isso na recente movimentação de imigrantes que encontram no Brasil e em países vizinhos uma alternativa às crises política e econômica que tem ocorrido em seu país.¹⁶

¹⁶ LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. POPULAÇÃO E GOVERNAMENTALIDADE: A mobilidade humana (des)controlada. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. DIREITOS HUMANOS, IMIGRAÇÃO E DIVERSIDADE: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí, RS: Unijuí, 2016. passim.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Em razão desse constante fluxo migratório, em 2002, o México, com base no art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da função consultiva da Corte, solicitou um Parecer Consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre os direitos dos imigrantes indocumentados, dentre esses, ressalta-se a questão quanto à aplicação ou não aplicação dos princípios da não discriminação, igualdade e proteção igualitária dos mesmos.¹⁷

Dentre as considerações que originaram a consulta, o México alegou que os imigrantes devem ter seus direitos humanos garantidos nos Estados onde se encontram, no entanto, a vulnerabilidade acaba os tornando alvos fáceis de violação dos direitos humanos, principalmente quanto à discriminação que os coloca em uma situação de desigualdade.¹⁸

Assim, o México solicitou à Corte, parecer sobre as seguintes questões:

(...) No contexto do princípio de igualdade jurídica, consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

(...) 2.1) O artigo 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], bem como 1 e 24 da Convenção Americana, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado americano é condição necessária para que este Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nestas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?

(...) Com fundamento no artigo 2, parágrafos 1 e 2, e no artigo 5, parágrafo 2, [ambos] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 3) Qual seria a validez da interpretação, por parte de um Estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis erga omnes? Em razão do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação, em especial, através das disposições mencionadas nos instrumentos mencionados no presente pedido,

4) Atualmente, que caráter têm o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC nº 18 de 2003. *passim*.

¹⁸ *Ibidem*. *passim*.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens*? Se a resposta a esta segunda pergunta for afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2, parágrafo 1º, do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o artigo 3, inciso (I) e o artigo 17 da Carta da OEA?¹⁹

Ao elaborar o parecer, a Corte destaca, primeiramente, o dever dos Estados em proteger e garantir os Direitos Humanos, que são inerentes a todas as pessoas com base na dignidade humana, e ainda, superiores ao poder do Estado independente de sua organização política. Dessa forma, alega a Corte que todos os Estados devem garantir os direitos humanos, e assim, a igualdade e a não discriminação, garantindo o pleno exercício de direitos e liberdades individuais. Ainda, em caso de violação desses direitos fundamentais, há uma responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional.²⁰

Assim, os princípios da igualdade e não discriminação são fundamentais para a eficácia e proteção dos direitos humanos, tanto local quanto globalmente, e dessa maneira, os Estados têm a obrigação de evitar que no seu ordenamento jurídico sejam elaboradas regulamentações discriminatórias, que não estejam de acordo com as normas internacionais que visam preciupamente proteger os direitos fundamentais daqueles que são seres humanos acima de tudo, independente de nacionalidade ou do lugar em que se encontrem.

Após, a Corte afirma que os referidos princípios são imperativos do direito internacional geral e tem caráter *jus cogens*, sendo aplicáveis a todos os Estados, inclusive àqueles que não fazem parte de determinado tratado, gerando obrigação *erga omnes*.²¹

Nesse sentido, os princípios da não discriminação e da igualdade perante a lei se estendem a qualquer atuação do Estado, visando à garantia dos direitos humanos, de forma que nenhuma pessoa seja tratada com discriminação, seja por raça, cor, etnia, gênero, entre outros, sendo aplicados também aos imigrantes, estejam eles documentados ou não.

Concluindo a Corte afirmou:

¹⁹ Ibidem. *passim*.

²⁰ Ibidem. *passim*.

²¹ Ibidem. *passim*.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.²²

Como se observa, é dever do Estado, independente de sua forma política, agir em conformidade aos direitos humanos, implementando políticas públicas para promover a igualdade de direitos e a não discriminação dos migrantes.

Além do Parecer supracitado, em 2011 os países membros do MERCOSUL, Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil solicitaram à Corte outro parecer sobre imigração, dessa vez especialmente quanto às crianças imigrantes, seus direitos e garantias fundamentais, bem como a respeito da proteção internacional. Trata-se do Parecer Consultivo OC. 21 de 2014.²³

Em relação às crianças migrantes ou filhas de migrantes, a Corte decidiu que os Estados devem agir em conformidade com os direitos humanos, considerando os direitos das crianças em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, que devem prevalecer independente do seu status migratório.²⁴

Com o intuito de assegurar a plena vigência dos direitos das crianças, entendeu a Corte que as mesmas necessitam de uma proteção internacional, com garantia ao devido processo legal, que deve reger todo processo migratório, segurança e privacidade, lhes proporcionando um tratamento adequado e individualizado de acordo com sua condição de criança.²⁵

Nesse contexto, as crianças devem ter alojamentos com condições básicas para se viver, como condições sanitárias, de higiene, segurança, alimentação, entre outras. Inclusive, em que fiquem separadas dos adultos, ou junto com seus familiares, buscando, o responsável pelo procedimento migratório, sempre aplicar o princípio do interesse superior da criança.

Conforme se observa pelos dois pareceres, a Corte trabalha em defesa dos direitos humanos dos imigrantes, sejam adultos ou crianças, determinando que os mesmos devam ter seus direitos fundamentais garantidos, independente do status migratório ou do lugar

²² Ibidem. p. 118.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC nº 21 de 2014. *passim*.

²⁴ Ibidem. *passim*.

²⁵ Ibidem. *passim*.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

que se estabeleçam. No contexto dos pareceres, a Corte ainda determina a garantia dos direitos básicos dos imigrantes, incluindo alojamentos, com saneamento e condições mínimas para se viver, garantindo a saúde dessas pessoas.

Dessa forma, percebe-se a importância das decisões da Corte quanto à migração e a busca pela garantia dos direitos humanos dos imigrantes. Assim, também se vê a relevância da utilização dessas decisões tanto local quanto globalmente, através de um ambiente de pluralidade normativa e internacionalização do direito.

Nesse sentido, fala-se também na saúde global:

Surgida nos anos 1990, a expressão “saúde global” mobiliza um diversificado leque de atores, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Banco Mundial, a Fundação Bill e Melinda Gates, os Estados, a indústria farmacêutica, as universidades e as mais diversas organizações não governamentais, hoje munidos de recursos financeiros e tecnológicos sem precedentes.²⁶.

Nesse sentido, em 2008 a Assembleia Mundial da Saúde por meio de uma resolução, determinou que a Organização Mundial de Saúde (OMS) desse maior relevância ao tema da saúde dos migrantes em relação a questões da ação sanitária internacional.²⁷

Em alguns países, como os Brics (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a facilidade de atravessar as fronteiras é sucedida de um grande problema na hora de conseguir a regularização migratória, dessa forma, a situação irregular acaba tornando a pessoa mais suscetível à condição de vulnerabilidade, precariedade, aumentando o risco de deterioração da saúde, dificultando também a inclusão social e econômica dos imigrantes.²⁸

Dessa forma, percebe-se que os países tem se preocupado mais em fechar as fronteiras, vendo os migrantes como ameaça, do que como sujeitos de direitos, humanos. Então, as políticas que visam à restrição da entrada de migrantes nas fronteiras, são incompatíveis com a promoção da saúde dos mesmos, pois até mesmo no campo da saúde, os migrantes e a mobilidade humana em si, são vistos como uma ameaça ou risco que devem ser controlados globalmente.²⁹

²⁶ VENTURA, Deisy. *Mobilidade Humana e Saúde Global*. Revista USP - São Paulo, n. 107, p. 55-64. out./nov./dez, 2015. p. 57;

²⁷ Ibidem. p. 57.

²⁸ Ibidem. p. 58.

²⁹ Ibidem. p. 59.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

O que se tem percebido na realidade, é a degradação da saúde dos migrantes após sua chegada e permanência nos países de acolhida³⁰, em consequência à violação e privação de direitos que esses sujeitos sofrem.

Em novembro de 2015, em Roma, a OMS organizou uma reunião de altos representantes de alguns Estados e instituições, com o desígnio de estabelecer uma compreensão comum em relação à saúde de refugiados e migrantes, com a finalidade de auxiliar com um plano de ação a longo prazo, a ser adotado em 2016.

Também, por meio de uma declaração conjunta entre OMS, ACNUR e UNICEF, afirmou-se que os migrantes e refugiados devem se beneficiar de um acesso igualitário e não discriminatório à saúde, inclusive com direitos a vacinação, por exemplo, independente do seu status migratório.³¹ Daí a importância de se obedecer o que estabelece a Corte, quando fala na não discriminação e igualdade do migrante como uma condição de obrigação dos Estados.

Ainda, se os sistemas nacionais de saúde fossem devidamente eficientes e fortalecidos, os Estados dependeriam menos dos programas globais, no entanto, a abordagem internacional da saúde dos migrantes se relaciona com a colisão existente entre a formulação de políticas migratórias regionais e nacionais, e também, as que existem no campo da saúde global.³²

Desde que se fala em uma cooperação sanitária internacional, entende-se que há certa competição entre duas abordagens, as quais: uma trata da utilização de tecnologias modernas para controlar as doenças, e o vínculo entre a saúde pública e a questão do crescimento econômico, enquanto a outra trata da questão social da saúde global, priorizando a diminuição da desigualdade entre os Estados e dentro dos Estados. Assim, o desafio da mobilidade humana comprova a primeira abordagem, enquanto a segunda, provoca a necessidade de se desenvolver uma agenda de pesquisa sobre a mobilidade humana e a saúde global.³³

Nesse sentido, percebe-se que, para além ou junto ao movimento de internacionalização do direito falado anteriormente, há uma pluralidade normativa, com normas produzidas por meio de organizações internacionais (para além das normas

³⁰ Ibidem. p. 60.

³¹ Ibidem. p. 61.

³² Ibidem. p. 62.

³³ Ibidem.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

estatais), as quais também acabam impactando na questão da imigração, como no caso das decisões proferidas pela OMS, ACNUR, entre outros, ao que se refere à saúde global, nesse caso.

Dessa forma, verifica-se a importância de um ambiente de pluralidade de normas, não somente jurídicas e/ou estatais, que acaba repercutindo na proteção dos direitos humanos e nos direitos dos migrantes, assim, considera-se necessário tratar desses direitos através de um compartilhamento normativo mundializado, respeitando à multiplicidade das organizações internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem trazer (trazem) decisões relevantes na defesa dos direitos humano-fundamentais, que devem ser a base dos demais.

Assim, considerando o fluxo cada vez mais constante de pessoas que se desloca mundialmente, pertinente é à busca pela garantia e concretização dos direitos humanos nos limites do Estado e para além dele, passando-se a tratar, inclusive, da migração como um direito humano, permitindo a cada indivíduo da sociedade-mundo, quando necessite, o direito humano de migrar, de forma que essa necessidade não signifique a perda da dignidade humana e dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, onde quer que se encontrem.

CONCLUSÃO

O direito na contemporaneidade se vê posto frente à uma série de processos de derradeira complexidade, que ao mesmo tempo em que o destaca, também o desloca rumo a uma sensação, muitas vezes, de aflição e impotência em meio às novas estruturações vividas pela sociedade e pelo Estado.

Dessa forma, os direitos humanos são a orientação desse novo caminho comum-mundial elaborado a partir da relação entre sistemas de Direito e de direitos, e do diálogo normativo. Assim, o processo de internacionalização do(s) direito(s) deve vir compreendido em um movimento integrador das sistemáticas jurídicas nacionais e internacionais, bem como, em um diálogo integrativo entre os sistemas jurídicos.

Ainda, é imprescindível que se torne esse processo composto e acalantado pela proteção e consolidação dos direitos humanos enquanto direitos da humanidade. Os direitos humano-fundamentais é que devem dar o substrato dessa nova forma plural,



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

mundial e comum de normatividade, estendendo os conteúdos garantidos pelos Estados via constitucionalismo a uma zona mundializada de compartilhamento.

Nesse sentido, percebe-se que, para além ou junto ao movimento de internacionalização do direito, há uma pluralidade normativa, com normas elaboradas por meio de organizações internacionais, que acabam impactando na questão da imigração, como no caso das decisões proferidas pela OMS, ACNUR, entre outros, ao que se refere à saúde global inclusive.

Portanto, considerando o fluxo cada vez mais constante de pessoas que se desloca mundialmente, verifica-se a importância de um ambiente de pluralidade de normas, não somente jurídicas e/ou estatais, que acaba repercutindo na proteção dos direitos humanos e dos direitos dos migrantes, assim, considera-se necessário tratar desses direitos através de um compartilhamento normativo mundializado, passando-se a tratar, inclusive, da migração como um direito humano, respeitando à multiplicidade das organizações internacionais, como a CIDH, que ocasionam decisões relevantes na defesa dos direitos humano-fundamentais, que devem ser a base dos demais - e de todos, onde quer que se encontrem.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia. A INFLUÊNCIA DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32001-37559-1-PB.pdf>> Acesso em: 08/08/2017;

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARROS, Flaviane de Magalhães. A migração como direito diante da continuidade autoritária brasileira: a Lei n. 6.815/80 e o novo constitucionalismo. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Direito dos Migrantes*. Unisinos, 2015;

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (Org). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*, UNIJUI, 2013;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC nº 18 de 2003. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>> Acesso em: 08/08/2017;



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

_____. OC nº 21 de 2014; Disponível em:
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 08/08/2017;

DEFARGES, Philippe Moreau. **A Mundialização: o fim das fronteiras.** Tradução: António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997;

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por Um Direito Comum.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004;

LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **POPULAÇÃO E GOVERNAMENTALIDADE: A mobilidade humana (des)controlada.** In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **DIREITOS HUMANOS, IMIGRAÇÃO E DIVERSIDADE: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea.** Ijuí, RS: Unijuí, 2016;

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho.** Madrid: La Ley, 2011;

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Novas Geometrias e Novos Sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça.** In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - n. 9.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global.** Revista USP - São Paulo, n. 107, p. 55-64. out./nov./dez, 2015.