

CONTRIBUIÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE NO SUL

Marina de Almeida Rosa¹

Resumo

O presente trabalho busca, a partir da aplicação do método dedutivo, da pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, compreender em que medida a Corte Interamericana tem, ao consolidar a exigência da igualdade e não discriminação, contribuído à alteração da concepção gerada pela modernidade de igualdade, ao admitir que certos grupos e indivíduos encontram-se em situação tal de vulnerabilidade que exige que lhes sejam brindadas medidas positivas de inclusão e que sejam determinadas medidas negativas que visem proporcioná-la. Partiu-se do pressuposto de que, com o advento da colonialidade, valores liberais-individuais estenderam-se às formas de ser e pensar e às regulamentações jurídicas do Sul, e que, conseqüentemente, influenciaram o conceito de direitos humanos. Todavia, observou-se que na América, a Corte Interamericana de Direitos Humanos surge como mecanismo, quiçá, último para o resguardo, salvaguarda e efetividade dos direitos à igualdade e a não discriminação, contribuindo, no plano semântico para que se repense as fundações coloniais vinculadas à igualdade, porém, encontra limites na adesão pelos Estados, cujos pilares ainda mantêm vestígios e fundações coloniais.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Descolonialismo, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Igualdade, Não-discriminação.

Abstract

The present paper seeks, by the application of the deductive method, jurisprudential and bibliographical research, to understand to what extent the Inter-American Court has, by consolidating the requirement of equality and non-discrimination, contributed the alteration of conception generated by the modernity of equality, by admitting that certain groups and individuals are in such vulnerable situations that they require positive measures of inclusion and that negative measures are taken to provide them. It was assumed that, with the advent of coloniality, individual-liberal values extended to the ways of being and thinking and to the juridical regulations of the South, and which,

¹Advogada. Professora de Direito Internacional e de Regimes Internacionais nos cursos de Graduação em Direito e em Relações Internacionais do UniRitter. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – Bolsista CAPES/PROEX. Possui Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (2015) e pos-graduação em Direito Internacional Público, Privado e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2016).

consequently, influenced the human rights concept. However, it was noted that in Latin America, the Inter-American Court of Human Rights appears as a mechanism, perhaps, last for the safeguard and effectiveness of right to equality and non-discrimination, contributing, in the semantic level to rethink the colonial foundations linked to equality, but finds limits in the adhesion by the States, whose pillars still have traces and colonial foundations.

Key-words: Human rights; Decolonialism; Inter-American Court of Human Rights; Equality; Non-discrimination.

1. INTRODUÇÃO

A modernidade - para além da colonização do Sul - implementou um padrão hierárquico de ser e saber (fundado no capitalismo e no liberalismo), a partir de um discurso de evangelização, civilização e racionalidade, o qual possibilitou a dominação do “outro não racional”, dos povos do Sul, uma vez que estabeleceu quem é o sujeito de direitos, aquele considerado “humano”. O estabelecimento de um indivíduo racional, europeu, heterossexual, branco e proprietário como o “humano” implicou, ao fim e ao cabo, em um conceito de direitos humanos fundado, primordialmente, na garantia de direitos individuais e que permitia graves violações aos direitos daqueles oprimidos e dominados (o negro africano, a mulher, o(a) homossexual, os povos indígenas, o migrante, a pessoa com deficiência).

Deste modo, os direitos humanos não se voltavam a todos, contribuindo à legitimação ocidental da modernidade e sendo manipulados pelos poderes hegemônicos. Entretanto, paulatinamente, os direitos humanos tornaram-se o discurso do oprimido no Sul, e, a partir deles, aqueles historicamente dominados passaram a exigir o reconhecimento do direito à igualdade (material) e a não discriminação. A implementação de tribunais no plano internacional voltados à proteção desses direitos passou a auxiliar aqueles outrora “não humanos” a fazer

valer as suas pretensões e os seus direitos. Na América, a Corte Interamericana de Direitos Humanos surge como mecanismo, quiçá, último para o resguardo, salvaguarda e efetividade dos direitos à igualdade e a não-discriminação.

O presente trabalho busca compreender em que medida a Corte Interamericana tem, ao consolidar a exigência da igualdade e não discriminação, contribuído à alteração da concepção eurocêntrica de igualdade. Parte-se do pressuposto - a partir do exame da jurisprudência da Corte Interamericana vinculada a grupos vulneráveis - de que o tribunal interamericano acaba por reconhecer como vulneráveis justamente aqueles dominados e oprimidos pela modernidade e, a partir do reconhecimento dessa situação de vulnerabilidade, contribui à resistência à dominação e à opressão no Sul, pois exige que sejam brindadas aos vulneráveis medidas de inclusão que rompam com o paradigma colonial e reconhecem o seus direitos.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para examinar a consolidação do discurso hegemônico de direitos humanos e de que modo os mesmos podem significar resistência à dominação, bem como os limites e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito aos direitos à igualdade e a não discriminação e a jurisprudência do tribunal em matéria de igualdade e não discriminação.

2. O DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS

Com o advento da modernidade, a partir do "descobrimento da América", deu-se início a um processo civilizatório em que a sociedade europeia, com aporte em discursos de evangelização, civilização, estabeleceu-se como centro do que veio a ser denominado de mundo moderno-colonial (LANDER, 2005, p. 11).

A modernidade trouxe consigo a colonialidade, um padrão hierárquico de poder e de saber que mantém, no plano ideológico-discursivo e no plano das relações intersubjetivas, a dominação dos povos do Sul (QUIJANO, 2005).

Esse "processo colonizador" implicou, também, no "encobrimento do outro" (DUSSEL, 1993), na supressão e na dominação das culturas e dos povos não-europeus, que se tornaram objeto de constante discriminação e de violações a sua integridade, seja através da aculturação e genocídio dos povos nativos, seja na forma de escravização dos povos africanos. A isso, seguiu-se a mundialização do capitalismo, a disseminação de valores liberais-individuais, da racionalidade econômica, o qual estendeu-se às formas de ser e pensar e às regulamentações jurídicas locais (QUIJANO, 2005, p. 118).

Ocorre que a dominação europeia não interferiu apenas na integridade e na igualdade dos povos do Sul, mas transcendeu-se, no plano epistemológico, a um "discurso sobrepujante" (MIGNOLO, 2003, p. 49) que impôs a cosmovisão europeia como universal (QUIJANO, 1992, p. 437-448). A partir desse paradigma, as formas europeias de conhecimento sobre a compreensão do mundo transformaram-se nas únicas formas válidas, objetivas e universais aplicáveis a qualquer realidade, em "proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta", segundo observa Lander (2005, p. 10). Assim, as definições jurídicas e doutrinárias europeias passaram a ser implementadas como único conhecimento válido, científico e útil, já que o produto intelectual do Sul não seria científico, mas popular, leigo, supersticioso e até mesmo indígena, sendo relegado à marginalidade acadêmica e política (SANTOS, 2007, p. 3-46).

Conseqüentemente, o conceito de direitos humanos, não passou despercebido pelo discurso dominante, o qual afirma que "os direitos humanos têm um origem e fundamentação unitárias, razão pela qual haveria um caminho linear onde repousa uma linha evolutiva entre estes direitos e os direitos naturais

do homem das revoluções modernas" (BRAGATO, DAMACENA, 2013, p. 315-316), e relaciona a sua internacionalização à Revolução Francesa e à Independência dos Estados Unidos da América. Essas declarações, todavia, não garantiam igualmente os direitos de todas as parcelas da população, restringindo-os a camadas privilegiadas (homens brancos, proprietários e heterossexuais), de modo que sob essa perspectiva, os direitos humanos passaram a constituir-se como "poderes do indivíduo" (BRAGATO, DAMACENA, 2013, p. 319) sobre a sociedade, estabelecendo uma concepção individualista de direitos humanos.

Galindo (2013, p. 11) adverte que, apesar do potencial emancipatório, a linguagem dos direitos humanos tem sido manipulada pelos poderes hegemônicos, sendo necessário tomar consciência do potencial opressivo de sua universalidade. Conseqüentemente, Badaru (2008, p. 383) pontua que a internacionalização do discurso dos direitos humanos deve ser vista com olhos críticos, pois muitas vezes serve para os propósitos da política neoliberal, ignorando as violações aos direitos humanos por ela provocadas.

3. A POSSIBILIDADE DE OS DIREITOS HUMANOS SIGNIFICAREM RESISTÊNCIA À DOMINAÇÃO

Não se desconsidera que na tradição ocidental, o fundamento dos direitos humanos (e sua defesa) vinculou-se à ideia de racionalidade do indivíduo, o qual quando alçado ao patamar central entre os seres, pelo reconhecimento de sua racionalidade e dignidade, propulsiona a compreensão de que os direitos humanos são direitos de "todos". Esses direitos nascem com caráter estritamente liberal e individualista, reafirmando essencialmente a liberdade e a propriedade (BRAGATO, 2009, p. 76).

Ocorre que embora a emancipação desses direitos a partir da Revolução Francesa (que enquanto conclamava direitos à igualdade, liberdade e fraternidade mantinha colônias exploradas e negava direito à voto às mulheres) e da Independência dos Estados Unidos da América (que mesmo independente de sua colônia, mantinha negros escravizados), seja objeto de distintas críticas em vista de uma defesa “contraditória” à plena liberdade e igualdade, é incontestável que os direitos humanos, a partir do Século XX, ampliam o seu rol para além de direitos burgueses (BRAGATO, 2009, p. 80-82). Como adverte Douzinas (2007, p. 08), mesmo que possam servir à legitimação ocidental, os direitos humanos podem significar resistência contra dominação e opressão.

A possibilidade de os direitos humanos significarem resistência à dominação e à opressão pode ser compreendida a partir das afirmações de que a universalidade desses direitos não se dá a partir das revoluções liberais, mas somente a partir da Segunda Guerra Mundial, e de que essas não foram as primeiras vertentes históricas e jurídicas de fundamentação dos direitos humanos. Isto porque, os horrores da Guerra despertaram “a consciência europeia para a urgência de se repensar o sentido da pessoa humana e de sua dignidade” (BRAGATO, 2009, p. 221). Ademais, enquanto os Estados do Norte expandiam suas fronteiras através da sobrepujança dos direitos individuais do “homem europeu” em detrimento dos direitos das minorias, o Estados latino-americano já avançavam na busca pela proteção dos direitos humanos, seja através da Constituição Mexicana de 1917, seja através da Declaração Americana sobre Direitos Humanos de 1948 (BRAGATO; DAMACENA, 2013, p. 322).

No que diz respeito à América Latina, a concepção eurocêntrica de direitos humanos lhe serviu, em um primeiro momento, de mecanismo de legitimação da colonização, da violação de outros direitos, culminando em uma histórica (e constante) negação dos direitos humanos dos povos da região (BRAGATO, 2009, p. 121). De toda sorte, essa condição subalterna é o que propulsionou a

implementação de uma tradição jus naturalista ocidental no constitucionalismo latino-americano e, em tempos mais recentes, tem conferido, no plano internacional, um protagonismo à região na internacionalização dos direitos humanos (BRAGATO, 2011, p. 11-31).

Nesse contexto, a instituição de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos implementados com base nas experiências regionais, ainda que inspirados em uma fonte comum (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 28-29) - a Declaração Universal dos Direitos Humanos - fundada sob parâmetros eurocêntricos, tem contribuído à adequação dos direitos humanos às características das regiões, a partir do estabelecimento de parâmetros do direito à igualdade e a não-discriminação voltados à ruptura da dominação e da opressão, e ao reconhecimento do outro historicamente marginalizado no Sul.

Isto, entretanto, não significa que o fundamento dos direitos humanos se encontra consolidado e que sobre ele não devam mais pairar discussões, como sugere Bobbio (2004, p. 25). Em verdade, a realidade do Sul demonstra que "[a]s bases de um eventual consenso sobre as razões que sustentam o respeito dos direitos humanos, sobretudo no contexto latino-americano, ainda não estão sedimentadas" (BRAGATO, DAMACENA, 2013, p. 321), de modo que ser possível afirmar que o avanço e desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direito à igualdade e a não-discriminação tem contribuído para sedimentar essas bases.

4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SUL

O Século XX provocou diversas modificações no Direito Internacional, sendo uma das mais notáveis a instituição de instâncias judiciais de caráter

permanente, no plano supranacional, com vistas à concretização da justiça internacional (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 25), sobretudo, voltadas à proteção de direitos humanos. Neste contexto, têm importância fundamental os tribunais internacionais sobre direitos humanos, aos quais podem ser submetidas controvérsias sobre violações a direitos consagrados em tratados internacionais, tais como a Corte Europeia, em atividade desde 1953; a Corte Interamericana, desde 1978; e a Corte Africana, desde 2006.

No âmbito americano, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é o mecanismo regional de proteção dos direitos humanos, o qual, busca contemplar as particularidades culturais e históricas regionais, atentando à realidade dos direitos humanos no continente (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 30). Os avanços promovidos pelo Sistema são inegáveis e contribuem para a proteção dos direitos humanos na América Latina (seja através da atividade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos junto à sociedade civil, seja através das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos), e, nesse cenário, a Corte Interamericana destaca-se pelas capacidades de examinar casos de suposta violação de direitos humanos pelos Estados que reconhecerem a sua competência, e de ditar medidas voltadas a evitar danos aos direitos dos indivíduos sob a jurisdição desses Estados.

Os tribunais internacionais de direitos humanos ganham importância fundamental, tornando-se instância subsidiária à proteção desses direitos, podendo ser acionadas quando insuficiente a proteção primordial que deve ser concedida pelos Estados aos indivíduos sob a sua jurisdição. Particularmente no continente americano, marcado por um contexto de ex-colônias, ex-ditaduras e de Estados em que a desigualdade social impera e que a violência e repressão institucionais são rotina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos surge como mecanismo, quiçá, último para o resguardo, a salvaguarda e a efetividade dos direitos humanos.

Com a promulgação, em 1969, da Convenção Americana - principal instrumento normativo do Sistema Interamericano -, restou consolidada a institucionalização do Sistema Interamericano (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 45) a partir da previsão de dois órgãos: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsáveis, ao fim e ao cabo, por zelar pela proteção e resguardo desses direitos no continente americano (BUERGENTHAL, GROSSMAN, NIKKEN, 1990, p. 78; MEDINA QUIROGA, 2003, p. 01).

A Comissão Interamericana, órgão autônomo e consultivo da OEA, tem como principal função a proteção dos direitos humanos. Cabe a ela examinar as comunicações apresentadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não governamentais, que apontem para denúncias de violação aos direitos consagrados pela Convenção Americana por Estados que dela sejam parte (PASQUALUCCI, 2013, p. 83-116). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, instituição jurídica autônoma, tem por intuito interpretar e aplicar a Convenção Americana, trata-se de tribunal permanente (GARCÍA RAMÍREZ, 2006, p. 43) que detém competência jurisdicional (contenciosa) e consultiva.

Rousset Siri (2011, p. 61) pondera que a finalidade principal do Sistema Interamericano não é declarar a responsabilidade internacional do Estado, não é punir, mas apontar a plena reparação do ato lesivo causado pelo Estado, o *restituto in integrum*. Igualmente, Loianno (2008, p. 389) afirma que a missão da Corte Interamericana, quando intervém em um caso contencioso, é reestabelecer o direito ou liberdade violados. Nesse sentido, é notável o aumento do número de casos apresentados ao Sistema Interamericano, em especial à Corte Interamericana, segundo o Relatório Anual de 2015 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sem prejuízo à competência contenciosa, a Corte Interamericana exerce competência consultiva a qual permite aos Estados-membros da OEA, mesmo que não reconheçam a competência contenciosa da Corte, consultá-la sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos.

O exercício da competência contenciosa é visto no julgamento de casos em que os Estados-parte da Convenção supostamente violaram algum dos preceitos dessa, e em relação à solicitação de medidas provisórias, desde que o Estado tenha previamente aceitado a competência jurisdicional do tribunal. É a partir do exercício da referida competência que a Corte deve proferir sentença fundamentada em relação ao exame da responsabilidade internacional do Estado, ou resolução em relação ao pedido de medidas provisórias nos casos de grave ameaça, urgência e necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas.

Essas decisões se tornam exigíveis ao Estado demandado, que se comprometera a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que for parte, segundo o artigo 68.(1) da Convenção Americana. A referida disposição, aliada ao artigo 67 da Convenção, não deixa dúvidas sobre a obrigatoriedade do cumprimento dessas decisões, cabendo ao Estado cumpri-las e informar periodicamente à Corte a respeito das mesmas, sob pena de sanção da Assembleia Geral da OEA, já que serão incluídas pela Corte em seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

Por certo, as reparações determinadas pela Corte são devidas apenas em relação ao Estado que teve a sua responsabilidade internacional reconhecida. Todavia, a sentença valerá para terceiro Estado como *res inter alios acta*, pois, os Estados não poderão conferir interpretação distinta daquela dada pela Corte Interamericana em uma de suas decisões, devendo abster-se de aplicar e interpretar a Convenção em contrariedade com o parâmetro estabelecido pelo

Tribunal (MAZZUOLI, 2011, p. 46). Observa-se, assim, que a jurisprudência e as medidas reparatorias determinadas pela Corte tem impulsionado alterações legislativas e contribuído à proteção dos direitos humanos no continente.

5. O DEVER DE GARANTIR, SEM DISCRIMINAÇÃO, OS DIREITOS CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Os direitos à igualdade e a não discriminação constituem norma de *jus cogens*, qualificando-se como autêntico pináculo da ordem jurídica internacional (BROWNLIE, 2008, p. 511), definem-se como verdadeira obrigação do Estado para com a comunidade internacional como um todo, não apenas para com os indivíduos sob a sua jurisdição (MOECKLI, SHAH, SIVAKUMARAN, 2010, p. 194) e permeiam todo o *corpus juris* de tutela da pessoa humana (SHELTON, 2008, p. 15-39). Trata-se, a *contrariu sensu*, do dever de os Estados garantirem, sem discriminação, o direito de todos aqueles indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição.

Essas garantias, na concepção de Shelton (2008, p. 15), estão implícitas em todos os direitos previstos na normativa internacional de proteção humana, de maneira que seriam o direito mais fundamental, aquele a partir do qual decorrem todos os outros. E, para que se garantam os demais direitos, não se pode adotar irrestritamente a compreensão de igualdade da modernidade europeia, pois “a igualdade de todos os seres humanos revelou-se uma retórica vazia na forma como se conformaram as relações de poder a partir da colonização” (BRAGATO, 2009, p. 104), já que seriam iguais aqueles homens brancos, ocidentais e proprietários, que se enquadram no padrão de racionalidade moderno. Por este fator, embora os textos sobre direitos humanos garantam a igualdade e a não

discriminação, não se pode afirmar que todos os direitos estão garantidos, em igualdade de condições, a todos os indivíduos (SHELTON, 2008, p. 15).

O reconhecimento da igualdade e da não-discriminação altera a concepção eurocêntrica de igualdade e passa a admitir que certos grupos e indivíduos encontram-se em situação tal de vulnerabilidade que exige que lhes sejam brindadas medidas positivas de inclusão e que sejam determinadas medidas negativas que visem proporcionalá-las. Isto porque, a vulnerabilidade acaba por impedir o acesso igualitário aos meios necessários à garantia de uma vida digna (BRAGATO, ADAMATTI, 2014, p. 91- 108).

A Convenção Americana impõe, em seu artigo 1.(1), o dever de os Estados respeitarem e garantirem os direitos nela reconhecidos sem qualquer discriminação. De dita previsão decorre que também as decisões da Corte devem ser implementadas independentemente da raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, nacionalidade ou qualquer outra posição social da vítima. Todavia, quando se examina o cumprimento das determinações da Corte, vê-se que são justamente aquelas proferidas em casos de violações a direitos de grupos e indivíduos vulneráveis, em que há o reconhecimento da violação ao direito à igualdade e não discriminação, que encontram maiores dificuldades de plena implementação.

A vedação a tratamento de cunho discriminatório encontra guarida nos artigos 1.(1) e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que consagram princípios que regem os direitos humanos e cujo reconhecimento deve realizar-se em favor de todas as pessoas: a obrigação geral de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos enunciados na Convenção e a proibição de discriminação, de fato ou de direito, quanto aos direitos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica ou na ordem jurídica interna dos Estados Partes (CORTE IDH, 2002, p. 10; CORTE IDH, 2010, para. 183).

Deste modo, se tem afirmado tanto a proibição de práticas cujo impacto seja discriminatório contra grupos vulneráveis, ainda quando não se pode comprovar a intenção discriminatória (discriminação indireta), quanto de atuações e práticas que visem discriminar um determinado grupo de pessoas ou pessoa (discriminação direta) (RIOS, 2008, p. 89-90, 117). Todavia, a Corte Interamericana tem entendido que nem todas as diferenças de tratamento legal afiguram-se discriminatórias, pelo fato de que nem toda a distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si só, à dignidade humana, havendo desigualdades factuais que, de forma legítima, traduzem-se em desigualdades de tratamento jurídico, sem que se promova injustiça (CORTE IDH, 1984, para. 56), contribuindo para que se mitigue a dominação e a opressão.

6. A EXISTÊNCIA DA DISCRIMINAÇÃO DE FATO E DE DIREITO

O princípio da igualdade e da não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos/fundamentais tanto no direito internacional, quanto no direito interno (CORTE IDH, 2005c, para. 185). Trata-se, ademais de uma regra de *jus cogens*, de uma norma *erga omnes* que deve ser observada não só pelo Estado e suas autoridades, como também por terceiros, inclusive particulares (CORTE IDH, 2003, para. 100). O princípio que fundamenta os direitos à igualdade e à não discriminação, entretanto, deve ser compreendido para além da máxima de “tratar os iguais de modo igual e os diferentes de modo diferente”, pois quando se aprofunda a sua compreensão, se compreende o direito à igualdade e à não discriminação como mecanismo de resistência à dominação e à opressão, como medida passível de efetivar a igualdade de oportunidades, de resultados, se admitem ações afirmativas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem buscado conferir ampla

eficácia e garantia aos direitos à igualdade e a não-discriminação, os quais encontram amparo nos artigos 1.(1) e 24 da Convenção Americana. O primeiro, trata-se de norma de caráter geral que se estende a todas as disposições da Convenção (CORTE IDH, 1984, para. 53), estabelece o dever de os Estados garantir sem discriminação todos os direitos estabelecidos no Pacto de San José. Por outro lado, o segundo, estabelece o direito de todo o indivíduo ser tratado com igualdade, de modo que se garanta, sem discriminação a sua proteção perante a lei, isto é, o artigo 24 estende a proibição de não discriminação não apenas à Convenção Americana, mas em relação a qualquer disposição normativa, inclusive de direito interno (CORTE IDH, 1984, para. 54; CORTE IDH, 2005c, para 186).

Todavia, para compreender a necessidade de medidas positivas direcionadas à implementação da igualdade material, deve-se considerar a proibição, também, de práticas cujo o impacto seja discriminatório a certos grupos vulneráveis, mesmo quando não se possa provar a intenção discriminatória (CORTE IDH, 2012a, para. 233). A violação ao direito à igualdade e não discriminação pode ser produzido, também, ante situações e casos de discriminação indireta quando a consequência da ação gera um impacto desproporcional de ações, ou mesmo quando tais atos pareçam neutros quando formulados, mas que produzam efeitos desproporcionais (CORTE IDH, 2012b, para. 234).

7. CONTRIBUIÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE NO SUL

O reconhecimento da existência de indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, juntamente com a imposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para que os Estados garantam, sem

discriminação, os direitos nela previstos, demonstra que os direitos humanos, de fato, não são direitos garantidos a todos. Por conta disso, a Corte Interamericana passa a considerar que nem todas as diferenças de tratamento legal afiguram-se discriminatórias, pelo fato de que nem toda a distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si só, à dignidade humana (CORTE IDH, 2003, para. 56).

Ou seja, há desigualdades factuais que, de forma legítima, traduzem-se em diferenças de tratamento jurídico, sem que, assim, se promova injustiça. Aliado a isso, o Tribunal Interamericano passa a reconhecer que o direito de igualdade e de não-discriminação, além da sua aceção negativa, relacionada à proibição de diferenças arbitrárias de tratamentos, também possui uma conotação positiva, que diz respeito à obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real, em favor de grupos que, historicamente excluídos, possuem um maior risco de serem discriminados (CORTE IDH, 2012b, para. 267).

Com base nessas premissas, a Corte consolida entendimentos voltados à proteção de grupos reconhecidos por ela como marginalizados, como migrantes e refugiados, comunidades indígenas e afrodescendentes, mulheres, pessoas com deficiência, minorias sexuais (LGBTI). Deste modo, com fulcro não só na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas em outros tratados do Sistema Interamericano e do Sistema Universal, estabeleceu que as obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos, derivam deveres especiais, determinados em função das particulares necessidades de proteção do sujeito, sendo essa relacionada a sua condição pessoal ou específica em que se encontra (CORTE IDH, 2006a, para. 111; CORTE IDH, 2009, para. 243).

Em relação aos migrantes indocumentados, a Corte adverte que os Estados devem adotar medidas positivas que alterem situações discriminatórias em detrimento daqueles (CORTE IDH, 2003, para. 104), uma vez que se encontram

em situação de particular vulnerabilidade (estão mais expostos a potenciais violações de seus direitos e submetem-se a um elevado nível de desproteção de seus direitos, bem como de diferenças ao acesso a recursos públicos estatais quando comparados aos nacionais ou residentes do Estado para o qual migraram) (CORTE IDH, 2003, para. 112). Essa condição permite que muitas das violações de direitos humanos cometidas contra os migrantes resem impunes ante a existência de fatores culturais que justificam ações discriminatórias - como as vividas pelos imigrantes haitianos na República Dominicana -, a falta de acesso a estruturas de poder e impedimentos fáticos e normativos que permitem que os migrantes que sofrem violações a seus direitos tenham e não tenham efetivo acesso à justiça (CORTE IDH, 2012a, para. 153).

Torna-se imperativo que os Estados não introduzam em seu ordenamento jurídico regulações discriminatórias e caso as tenham, as eliminem, combatam as práticas desse caráter e estabeleçam normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade perante a lei a todas as pessoas (CORTE IDH, 1984, para. 54; CORTE IDH, 2005b, para. 141). A Corte impõe que os Estados garantam que todo o estrangeiro em seu território não seja discriminado por sua condição regular, ou irregular, por sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outro motivo (CORTE IDH, 2014, para. 402).

No tocante aos povos e comunidades indígenas, o reconhecimento da sua vulnerabilidade e da necessária resistência à dominação fez a Corte exigir não só que seja reconhecido o direito à personalidade jurídica das comunidades indígenas - o que implica no reconhecimento da organização política, econômica, cultural e religiosa da comunidade como sujeito apto a reclamar os seus direitos, dentre os quais o direito à propriedade comunal, no plano interno (CORTE IDH, 2006a, para. 94), como também à identidade cultural e à superveniência da comunidade (CORTE IDH, 2005a, para. 147). Tais reconhecimento implicamno dever de os Estados assegurarem às comunidades indígenas o direito a um

processo de consulta livre, prévia e informada, de boa-fé e, quando referir-se a um plano de “desenvolvimento” que possa impactar no território indígenas, que leve em consideração os costumes e tradições desse povo (CORTE IDH, 2006a, para. 38).

Do mesmo modo, a Corte teve a oportunidade de analisar a discriminação perpetrada em face de pessoas com deficiência, momento no qual firmou o entendimento de que essas pessoas são, frequentemente, vítimas de discriminação por sua condição de “discapacidade”, motivo pelo qual os Estados devem adotar todas as medidas (legislativas, sociais, educativas, trabalhistas) necessárias a fazer cessar a discriminação associada à deficiência e para propiciar a plena integração dessas pessoas com a sociedade (CORTE IDH, 2012b, para. 135; CORTE IDH, 2006b, para. 105).

Especialmente no que diz respeito à discriminação e à vulnerabilidade decorrente da condição de mulher, a Corte estabeleceu medidas específicas a serem implementadas pelo Estado do México devido à discriminação estrutural contra as mulheres lá cometidas (as quais, salienta-se, não estão adstritas à jurisdição mexicana, mas são cotidianas em todo o Sul) (UNITED NATIONS, 2015), indicando que as medidas de reparação deveriam ser adotadas com o intuito de transformar a situação de discriminação e violência generalizada, de modo que não tivessem apenas efeito restitutório às vítimas e a seus familiares, mas também coercitivo (CORTE IDH, 2009, para. 450). O reconhecimento da vulnerabilidade intrínseca à condição de mulher e das necessárias reparações que mitiguem e ponham fim à discriminação consistem não apenas em mecanismo para elevar o indivíduo subalternizado, mas mecanismos que busquem coagir que a discriminação e a subalternidade se perpetue.

Ainda que se afirme que as decisões da Corte sejam direcionadas ao Estado que figure no polo passivo (e por ele devidas), não se pode admitir que as

mesmas não impõem consequências para outros estados não envolvidos no litígio. Recordar-se que as sentenças são exigíveis para os demais estados, pois configuram a interpretação autorizada da Convenção Americana, devendo esses adequar o seu direito interno, suas instituições e sua atuação a essa interpretação.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dominação dos povos do Sul não ocorreu apenas pelo uso da força europeia, mas também através de um discurso sobrepujante que a viabilizava, encobria e dominava o não-europeu e a sua cultura e caracteriza a modernidade. Com base nesse discurso permitiu-se desde o genocídio dos povos nativos, à escravização dos povos africanos, à imposição de uma condição subalterna à mulher. Esse discurso criou indivíduos dominados e oprimidos a quem não era concedida a condição de humano e os direitos inerentes àqueles considerado racional pela modernidade e pelos padrões eurocêntricos.

Todavia, apesar de o conceito dominante de direitos humanos fundar-se em concepções liberais e eurocêntricas (e individualista), o seu fundamento pode significar resistência contra dominação e opressão, na medida em que se passa a repensar o sentido da pessoa humana, da sua dignidade e da igualdade formal. Os direitos humanos passam a assumir um propósito que ultrapassa a garantia plena de liberdade e de propriedade, estendendo-se a garantias sociais e coletivas, podendo contribuir como agente catalisador à garantia dos direitos daqueles historicamente vulneráveis.

Particularmente na América (latina e caribenha), o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é implementado para promover e garantir a proteção dos direitos humanos tomando em conta as particularidades da região.

Esse sistema implementa um tribunal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por examinar a suposta responsabilidade internacional dos Estados do continente em face de eventual violação dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre os quais estão os direitos à igualdade e à não discriminação.

A Corte Interamericana, no exercício de sua competência jurisdicional, passa a analisar casos de violação aos direitos à igualdade e a não discriminação e, a partir desse exame, reconhecer a existência de indivíduos vulneráveis nos estados americanos que, devido a essa condição, são mais propensos a ter os seus direitos violados. Tais indivíduos são justamente aqueles a quem a modernidade domina e oprime e, com esse reconhecimento, a Corte desenvolve sua jurisprudência no sentido de que o direito à igualdade possui uma noção formal (igualdade perante a lei) e uma noção material (igual proteção legislativa sem discriminação), impondo aos Estados deveres e medidas reparatórias que busquem erradicar essa condição e permitir o pleno desenvolvimento em absoluta condição de igualdade daqueles considerados vulneráveis. Admitindo a existência da vulnerabilidade, a Corte Interamericana tem contribuído, no plano interamericano, para a emancipação de grupos historicamente discriminados.

O reconhecimento paulatino de indivíduos vulneráveis nos estados do Sul e o estabelecimento de obrigações no plano internacional que deverão ser implementadas no plano interno com vistas à realização e efetivação da igualdade material entre eles e da emancipação daqueles antes “encobertos” possibilita que, primeiramente, se reconheça/descubra o “outro”, do mesmo modo, permite que haja uma repulsa internacional a condutas discriminatórias, coagindo a sua prática, e, por fim, contribui para a efetivação da igualdade no Sul, já que estabelece medidas a serem implementadas pelos Estados.

Não se desconhece, todavia, que a implementação dessas decisões encontra limites na vontade dos Estados, mas, do mesmo modo, não se pode desconsiderar que ao reconhecer um certo grupo de indivíduos como “vulnerável”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído de forma eficaz à dominação e à opressão por eles sofridas, ao passo que reafirma os seus direitos à igualdade e a não discriminação e impõe mecanismos para alterar o paradigma de exclusão daqueles não contemplados pela modernidade.

REFERÊNCIAS

- BADARU, Opeoluwa Adetoro. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. **International Community Law Review** 10 (2008) 379-387.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, nº. 99, Fev/Mai 2011, p. 11-31.
- _____. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2009.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 91-108.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Das insuficiências do discurso dominante à contribuição latino-americana para a afirmação dos direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 313-331, julho/dezembro de 2013.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 7th edition. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. **Manual internacional de derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Caracas/San José: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006a. Serie C No. 146.

_____. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005a. Serie C No. 125.

_____. **Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005b. Serie C No. 130.

_____. **Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

_____. **Caso Furlán y familiares Vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012b. Serie C No. 246.

_____. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

_____. **Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana**. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012a. Serie C No. 251.

_____. **Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

_____. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006b. Serie C No. 149.

_____. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005c. Serie C No. 127.

_____. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A. No. 18.

_____. **Condición jurídica y derechos humanos del niño.** Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

_____. **Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.** Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

_____. **Relatório Anual 2015.** San José: 2015.

DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire.** The Political philosophy of cosmopolitanism. Oxford: Routledge, 2007.

DUSSEL, Enrique. **1492 o encobrimento do outro:** a origem do mito da modernidade. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.** v 1 n 119 -124. ago./dez. 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios).** México, DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.

LOIANNO, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ZALDÍVR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores). **La Ciencia del derecho procesal constitucional:** Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Derechos humanos y tribunales internacionales. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México: Macial Pons, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos:** Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flavio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. Coleção Direito e Ciências Afins. V. 9.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. **La Convención Americana:** vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Centro de

Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. San José: Mundo Gráfico, 2003.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: Ed. da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

MOECKLI, Daniel (Org.), SHAH, Sangeeta (Org.), SIVAKUMARAN, Sandesh (Org.). **International human rights law**. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

PASQUALUCCI, Jo. M. **The practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**. 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992.

_____. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROUSSET SIRI, Andrés Javier. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**. Año I. Nº 1. Mendoza: Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 78, Outubro 2007.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internaciona de los Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. No. 4. Universidad Nacional de Chile, 2008.

UNITED NATIONS – UN WOMEN. **Annual Report 2015-2016**. Disponível em: < <http://www.unwomen.org/-/media/annual%20report/attachments/sections/library/un-women-annual-report-2015-2016-en.pdf?vs=3016> > Acesso em 24 abr 2017.