CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

PARECER CONSULTIVO OC-18/03 DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Estiveram presentes:*

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;
Sergio García Ramírez, Vice-Presidente;
Hernán Salgado Pesantes, Juiz;
Oliver Jackman, Juiz;
Alirio Abreu Burelli, Juiz, e
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juiz,

presentes, ademais,

Manuel E. Ventura Robles, Secretário, e
Pablo Saavedra Alessandri, Secretário Adjunto.

A CORTE

integrada na forma antes mencionada,

profere o seguinte Parecer Consultivo:

I APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

1. Em 10 de maio de 2002, os Estados Unidos Mexicanos (doravante denominado "México" ou "Estado solicitante"), com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada "a Convenção Americana", "a Convenção" ou "o Pacto de San José"), submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal") um pedido de Parecer Consultivo (doravante denominado também "consulta") sobre a "[...] privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes,] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano". Além disso, a consulta trata sobre "o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação".

* O Juiz Máximo Pacheco Gómez informou à Corte que, por motivos de força maior, não poderia estar presente no LX Período Ordinário de Sessões do Tribunal, de modo que não participou na deliberação e assinatura do presente Parecer Consultivo.

2. Além disso, o México expôs as considerações que originaram a consulta e, entre elas, afirmou que:

Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto [a]o desfrute e exercício efetivos destes direitos.

[...]

No contexto já descrito, preocupa-lhe profundamente o Governo do México a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da região, com o sistema de direitos humanos da OEA. O Governo do México considera que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos trabalhistas com base em critérios discriminatórios fundamentados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. O anterior poderia alentar os empregadores a utilizar essas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos trabalhistas. Por exemplo: pagamento de horas extras, antiguidade no emprego, salários atrasados, licença maternidade, abusando assim da condição de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados. Nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos.

3. As regras cuja interpretação o México solicitou ao Tribunal são as seguintes: os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada "a OEA"); o artigo II (Direito de Igualdade perante a Lei) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada "a Declaração Americana"); os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), e 24 (Igualdade perante a Lei) da Convenção Americana; os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante denominada "a Declaração Universal"), e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4. Com base nas disposições anteriores, o México solicitou o parecer da Corte sobre os seguintes assuntos:

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 ...],

1) Pode um Estado americano, em relação à sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que esta condição migratória dos trabalhadores impede *per se* o desfrute de tais direitos?

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?

2.2) À luz das disposições citadas na pergunta anterior[,] é possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição indocumentada de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei impostas através das disposições mencionadas?

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 validade 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 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?

5. Como Agente, foi designado o senhor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco e como Agente Assistente o Embaixador do México na Costa Rica, senhor Carlos Pujalte Piñeiro.

II

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

6. Através de comunicações de 10 de julho de 2002, a Secretaria da Corte (doravante denominada "a Secretaria"), em cumprimento do que dispõe o artigo 62.1 do Regulamento da Corte (doravante denominado "o Regulamento"), transmitiu o pedido de Parecer Consultivo a todos os Estados membros, ao Secretário Geral da OEA, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, informou-lhes o prazo determinado pelo Presidente da Corte (doravante denominado "o Presidente"), em consulta com os demais Juízes que integram o Tribunal, para a apresentação das observações escritas ou outros documentos relevantes em relação ao pedido mencionado.

7. Em 12 de novembro de 2002, o México apresentou um escrito, através do qual enviou cópia de uma comunicação de sua Secretaria de Relações Exteriores que informava sobre um parecer da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre direitos trabalhistas de trabalhadores migrantes.

8. Em 14 de novembro de 2002, o Estado de Honduras apresentou suas observações escritas. Algumas folhas estavam ilegíveis. No dia 18 do mesmo mês e ano, foi recebido de forma completa o escrito de observações.
9. Em 15 de novembro de 2002, o México apresentou uma comunicação, através da qual enviou informação complementar à consulta, e incluiu a versão em inglês de um parecer formal que este Estado solicitou ao Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o qual, segundo este, "é de especial relevância para o [...] procedimento consultivo".
10. Em 26 de novembro de 2002, o Estado da Nicarágua apresentou suas observações escritas.
11. Em 27 de novembro de 2002, as Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito apresentaram um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
12. Em 3 de dezembro de 2002, o México apresentou uma comunicação, através da qual enviou a versão em espanhol do parecer formal que havia pedido ao Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (par. 9 *supra*).
13. Em 12 de dezembro de 2002, o *Delgado Law Firm* apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
14. Em 8 de janeiro de 2003, as senhoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), apresentaram, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae*. O original desta comunicação foi apresentado em 10 de janeiro de 2003.
15. Em 13 de janeiro de 2003, os Estados de El Salvador e do Canadá apresentaram suas observações escritas.
16. Em 13 de janeiro de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou suas observações escritas.
17. Em 13 de janeiro de 2003, os Estados Unidos da América apresentaram uma comunicação, através da qual informaram à Corte que não apresentariam observações ao pedido de Parecer Consultivo.
18. Em 13 de janeiro de 2003, a *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* e a *Harvard Law School*, o *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* e o *Centro de Justiça Global* apresentaram um escrito na qualidade de *amici curiae*.
19. Em 16 de janeiro de 2003, o Presidente proferiu uma Resolução, através da qual convocou para "uma audiência pública sobre o pedido de Parecer Consultivo OC-18, no dia 24 de fevereiro de 2003, às 9:00 horas", com o propósito de "que os Estados membros e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresent[assem] seus argumentos orais".
20. Em 17 de janeiro de 2003, o Estado da Costa Rica apresentou suas observações escritas.

21. Em 29 de janeiro de 2003, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e através da comunicação CDH-S/067, convidou a senhora Gabriela Rodríguez, Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, para que participasse como Observadora durante a audiência pública convocada para o dia 24 de fevereiro de 2003 (par. 19 *supra*).
22. Em 3 de fevereiro de 2003, a Secretaria transmitiu cópia da informação complementar ao pedido de Parecer Consultivo enviado pelo México (pars. 9 e 12 *supra*), das observações escritas apresentadas pelos Estados de Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá e Costa Rica (pars. 8, 10, 15 e 20 *supra*), bem como das apresentadas pela Comissão Interamericana (par. 16 *supra*), a todos estes.
23. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Mario G. Obledo, Presidente da *National Coalition of Hispanic Organizations*, apresentou um escrito de respaldo ao pedido de Parecer Consultivo.
24. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Thomas A. Brill, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
25. Em 6 de fevereiro de 2003, o senhor Javier Juárez, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.
26. Em 7 de fevereiro de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual substituiu o Agente Assistente, Embaixador Carlos Pujalte Piñeiro, pelo senhor Ricardo García Cervantes, atual Embaixador do México na Costa Rica (par. 5 *supra*).
27. Em 10 de fevereiro de 2003, a senhora Beth Lyon enviou, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae* apresentado por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*.
28. Em 13 de fevereiro de 2003, a *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* e a *Harvard Law School*, o *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* e o *Centro de Justiça Global* enviaram uma versão final e corrigida de seu escrito apresentado anteriormente na qualidade de *amici curiae* (par. 18 *supra*).
29. Em 13 de fevereiro de 2003, a senhora Rebecca Smith enviou outra cópia do escrito na qualidade de *amici curiae* apresentado por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States* (par. 27 *supra*).
30. Em 21 de fevereiro de 2003, a Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da *American University, Washington College of Law* e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México apresentaram um escrito na qualidade de *amici curiae*.
31. Em 21 de fevereiro de 2003, o *Center for International Human Rights* da *Northwestern University, School of Law* apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*. A versão original desse escrito foi apresentada em 24 de fevereiro de 2003.
32. Em 24 de fevereiro de 2003 foi realizada uma audiência pública na sede da Corte, na qual foram recebidos os argumentos orais dos Estados participantes e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Compareceram perante a Corte:

pelos Estados Unidos Mexicanos:

-*Juan Manuel Gómez Robledo*, Agente;
 -*Ricardo García Cervantes*, Agente Assistente e Embaixador do México na Costa Rica;
 -*Víctor Manuel Uribe Aviña*, Assessor;
 -*Salvador Tinajero Esquivel*, Assessor, Diretor de Coordenação Interinstitucional e ONG's da Direção-Geral de Direitos Humanos da Chancelaria, e
 -*María Isabel Garza Hurtado*, Assessora;

por Honduras:

-*Álvaro Agüero Lacayo*, Embaixador de Honduras na Costa Rica, e
 -*Argentina Wellermann Ugarte*, Primeira-Secretária da Embaixada de Honduras na Costa Rica;

pela Nicarágua:

-*Mauricio Díaz Dávila*, Embaixador da Nicarágua na Costa Rica;

por El Salvador:

-*Hugo Roberto Carrillo*, Embaixador de El Salvador na Costa Rica, e
 -*José Roberto Mejía Trabanino*, Coordenador de Temas Globais do Ministério das Relações Exteriores de El Salvador;

pela Costa Rica:

-*Arnoldo Brenes Castro*, Assessor do Ministro das Relações Exteriores;
 -*Adriana Murillo Ruin*, Coordenadora do Departamento de Direitos Humanos da Direção-Geral de Política Exterior;
 -*Norman Lizano Ortiz*, Funcionário do Departamento de Direitos Humanos da Direção-Geral de Política Exterior;
 -*Jhonny Marín*, Chefe do Departamento Jurídico da Direção-Geral de Migração e Estrangeiros, e
 -*Marcela Gurdíán*, Funcionária do Departamento Jurídico da Direção Geral de Migração e Estrangeiros; e

pela Comissão Interamericana

de Direitos Humanos: -*Juan Méndez*, Comissário, e
 -*Helena Olea*, Assistente.

Estiveram presentes, ademais, como *Observadores:*

pela República Oriental do Uruguai:

-*Jorge María Carvalho*, Embaixador do Uruguai na Costa Rica;

pelo Paraguai:

-*Mario Sandoval*, Ministro, Encarregado de Negócios da Embaixada do Paraguai na Costa Rica;

pela República Dominicana: -*Ramón Quiñones*, Embaixador, Representante Permanente da República Dominicana perante a OEA;

-*Anabella De Castro*, Ministra Conselheira, Encarregada da Seção de Direitos Humanos da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, e

-*José Marcos Iglesias Iñigo*, Representante do Estado da República Dominicana perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos;

pelo Brasil:

-Ministro *Nilmário Miranda*, Secretário Especial dos Direitos Humanos do Brasil;
 -*María De Luján Caputo Winkler*, Encarregada de Negócios da Embaixada do Brasil na Costa Rica, e
 -*Gisele Rodríguez Guzmán*, Funcionária da Embaixada do Brasil na Costa Rica;

pelo Panamá:

-*Virginia I. Burgoa*, Embaixadora do Panamá na Costa Rica;
 -*Luis E. Martínez-Cruz*, Encarregado de Negócios da Embaixada do Panamá na Costa Rica, e
 -*Rafael Carvajal Arcia*, Diretor de Assessoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Desenvolvimento Trabalhista;

pela Argentina:

-*Juan José Arcuri*, Embaixador da Argentina na Costa Rica;

pelo Peru:

-*Fernando Rojas S.*, Embaixador do Peru na Costa Rica, e
 -*Walter Linares Arenaza*, Primeiro-Secretário da Embaixada do Peru na Costa Rica; e

pela Organização das Nações

Unidas:

-*Gabriela Rodríguez*, Relatora sobre os Direitos Humanos dos Migrantes.

33. Em 5 de março de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual enviou uma cópia do "texto revisado do argumento oral apresentado pelo Agente" durante a audiência pública realizada em 24 de fevereiro de 2003 (par. 32 *supra*).

34. Em 20 de março de 2003, o México enviou uma cópia do comunicado de imprensa emitido no dia 11 do mesmo mês e ano por sua Secretaria de Relações Exteriores.

35. Em 28 de março de 2003, o México apresentou um escrito, através do qual enviou as respostas às perguntas formuladas pelos Juizes Cançado Trindade e García Ramírez durante a audiência pública (par. 32 *supra*).

36. Em 7 de abril de 2003, o Presidente proferiu uma Resolução, através da qual convocou para "uma audiência pública sobre o pedido de Parecer Consultivo OC-18, no dia 4 de junho de 2003, às 10:00 horas", com o propósito de que as pessoas e organizações que enviaram escritos na qualidade de *amici curiae* apresentassem seus argumentos orais a esse respeito. Além disso, na Resolução foi indicado que se alguma pessoa ou organização que não apresentou escrito na qualidade de *amicus curiae* desejasse participar durante a audiência pública, poderia fazê-lo com prévia acreditação perante o Tribunal.

37. Em 15 de maio de 2003, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.

38. Em 16 de maio de 2003, o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de

Buenos Aires, apresentaram, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amici curiae*. A versão original desse escrito foi apresentada em 28 de maio de 2003.

39. Em 4 de junho de 2003 foi realizada uma audiência pública na ex-Câmara dos Deputados, Ministério das Relações Exteriores, em Santiago do Chile, na qual foram recebidos os argumentos orais, apresentados por diversas pessoas, universidades, instituições e organizações não governamentais, na qualidade de *amici curiae*.

Compareceram perante a Corte:

pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM):

- Itzel Magali Pérez Zagal, Estudante;
- Karla Micheel Salas Ramírez, Estudante;
- Gail Aguilar Castañón, Estudante, e
- Liliana Ivonne González Morales, Estudante;

pela Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services e a Harvard Law School, o Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools e o Centro de Justiça Global:

- James Louis Cavallaro, Associate Director, Human Rights Program, Harvard Law School;
- Andressa Caldas, Attorney and Legal Director, Global Justice Center, Rio de Janeiro, Brasil, e
- David Flechner, Representative, Harvard Law Student Advocates for Human Rights;

pela Law Office of Sayre & Chavez:

- Thomas A. Brill, Attorney at Law;

pelas Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States:

- Beth Lyon, Assistant Professor of Law, Villanova University School of Law, e
- Rebecca Smith, Attorney, National Employment Law Project;

pelo Center for International Human Rights da Northwestern University, School of Law:

- Douglas S. Cassel, Diretor, e
- Eric Johnson;

pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM):

- Jorge A. Bustamante, Pesquisador;

pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL):

- Francisco Cox, Advogado;

pelo Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o

- Pablo Ceriani Cernadas, Advogado do CELS e Coordenador da Clínica Jurídica;

Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires:

pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): -Juan Carlos Murillo, Oficial de Capacitação da Unidade Jurídica Regional; e

pelo Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos: -Juan Antonio Tejada Espino, Presidente do Conselho Centro-Americano e Defensor Público da República do Panamá.

Estiveram presentes, ademais, como *Observadores:*

pelos Estados Unidos Mexicanos: -Ricardo Valero, Embaixador do México no Chile, e
-Alejandro Souza, Funcionário da Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos da Secretaria das Relações Exteriores do México; e

pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: -Helena Olea, Advogada.

40. Em 4 de junho de 2003, durante a audiência pública realizada em Santiago do Chile, o Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos apresentou um documento escrito na qualidade de *amicus curiae*.

41. Em 24 de junho de 2003, o senhor Jorge A. Bustamante enviou, via correio eletrônico, um escrito na qualidade de *amicus curiae*, apresentado pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). A versão original desse escrito foi apresentada em 3 de julho de 2003.

42. Em 3 de julho de 2003, o senhor Thomas A. Brill, do *Law Office of Sayre & Chavez*, apresentou seus argumentos finais escritos.

43. Em 8 de julho de 2003, a senhora Beth Lyon enviou, via correio eletrônico, os argumentos finais escritos apresentados por *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*. A versão original desse escrito foi recebida em 7 de agosto de 2003.

44. Em 11 de julho de 2003, as senhoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), apresentaram, via correio eletrônico, seu escrito de argumentos finais. A versão original desse escrito foi apresentada em 18 de julho de 2003.

45. Em 11 de julho de 2003, o *Center for International Human Rights* da *Northwestern University, School of Law* apresentou, via correio eletrônico, seus argumentos finais escritos. A versão original desse escrito foi apresentada em 18 de julho de 2003.

46. Em 30 de julho de 2003, o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), o Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e a Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires apresentaram seus argumentos finais escritos.

47. A Corte resume a seguir as observações escritas e orais do Estado solicitante, dos Estados participantes e da Comissão Interamericana, bem como as alegações orais e os escritos apresentados na qualidade de *amici curiae* por diversas pessoas, universidades, instituições e organizações não governamentais:

Estado solicitante:

A respeito da admissibilidade da consulta, o México manifestou em seu pedido que:

O parecer da Corte teria grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais por parte das autoridades dos Estados receptores de migrantes, ao precisar o alcance de tais obrigações a respeito da proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade.

O pedido apresentado não pretende que a Corte se pronuncie em abstrato, "mas considere situações concretas em que está chamada a examinar os atos dos órgãos de qualquer Estado americano, à medida em que a aplicação de tais atos possa dar lugar à violação de algum dos direitos protegidos nos tratados e instrumentos invocados no [...] pedido". Tampouco pretende que a Corte interprete o direito interno de nenhum Estado.

Além das considerações que originaram a consulta expostas anteriormente (par. 2 supra), o Estado solicitante afirmou que:

A proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes é também um tema de especial interesse para o México em razão de que existem, aproximadamente, 5.998.500 (cinco milhões novecentos e noventa e oito mil e quinhentos) trabalhadores mexicanos fora do território nacional. Destes, calcula-se que 2.490.000 (dois milhões quatrocentos e noventa mil) são trabalhadores migrantes indocumentados que, ao carecerem de uma situação migratória regular, "se convertem em alvo natural para a exploração humana e trabalhista, devido à sua condição especialmente vulnerável".

Somente em um período de cinco meses (de 1º de janeiro de 2002 a 7 de maio do mesmo ano), através de suas representações consulares, o México teve de intervir em defesa dos direitos humanos de trabalhadores migrantes mexicanos, por discriminação trabalhista, salários não pagos, indenização por doenças adquiridas em centros de trabalho e acidentes de

trabalho, entre outros motivos, em aproximadamente 383 casos.

Os esforços que o México e outros Estados da região vêm realizando em defesa dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes não têm conseguido evitar o recrudescimento de legislações e práticas discriminatórias contra o estrangeiro que busca trabalho em um país distinto ao seu, nem a regulamentação do mercado de trabalho com base em critérios discriminatórios, acompanhados de xenofobia, a qual se ampara na segurança nacional, no nacionalismo ou na preferência nacional.

Com respeito ao mérito da consulta, o México afirmou em seu pedido:

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)

De acordo com o 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, toda medida que propicie um tratamento prejudicial diferenciado a pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem no território de um Estado americano e sujeitas à sua jurisdição, é contrária ao reconhecimento de igualdade perante a lei, que proíbe todo tratamento discriminatório com apoio na lei.

Os trabalhadores em situação irregular são objeto de um tratamento hostil devido à sua condição migratória e, em consequência, são considerados como um grupo inferior em relação ao restante dos trabalhadores legais ou nacionais do Estado em questão.

Um órgão de um Estado parte nos instrumentos internacionais anteriormente mencionados que, ao interpretar sua legislação interna, afirme alguma diferença de tratamento no desfrute de um direito trabalhista, baseado apenas na condição migratória de um trabalhador, estaria fazendo uma interpretação contrária ao princípio de igualdade jurídica.

Tal interpretação pode servir de justificativa para que os empregadores demitam trabalhadores indocumentados, ao amparo de um critério preestabelecido que supõe a supressão de certos direitos trabalhistas em razão da condição migratória irregular.

A circunstância anteriormente descrita é ainda mais grave se for considerado que a mesma situação irregular dos trabalhadores indocumentados provoca que sintam temor de recorrer às instâncias governamentais encarregadas de vigiar o cumprimento das regras trabalhistas e, conseqüentemente, os empregadores que incorrem nestas práticas não são punidos.

Diferentemente do que ocorre quando se demite trabalhadores nacionais ou residentes legais, é economicamente mais vantajoso demitir o trabalhador indocumentado devido a que o patrão não estará obrigado a indenizar de nenhuma forma por tais demissões, dando-se uma "clara contradição com o princípio de igualdade perante a lei".

O direito à igualdade perante a lei tem aplicação não apenas em relação ao desfrute e exercício dos direitos trabalhistas, sendo também extensivo a todo direito reconhecido na legislação interna, de maneira que inclui "um universo de direitos muito maior que os direitos e liberdades fundamentais consagrados no Direito Internacional". Este alcance do direito à igualdade "tem importantes aplicações na competência dos órgãos de direitos humanos". Por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas examinou denúncias sobre discriminação de direitos que não se encontram contemplados expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, rejeitando o argumento de que carece de competência para conhecer de denúncias sobre discriminação no desfrute dos direitos protegidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O México se referiu ao disposto na Observação Geral nº 18 do Comitê de Direitos Humanos sobre o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)

A partir do estipulado nos artigos 2.1 da Declaração Universal, II da Declaração Americana, 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 1 e 24 da Convenção Americana, decorre a obrigação dos Estados de garantir o desfrute e exercício efetivo dos direitos contemplados em tais disposições, bem como a proibição de discriminar por motivos de qualquer natureza.

A obrigação dos Estados americanos de cumprir seus compromissos internacionais em matéria de direitos humanos "vai além do simples fato de contar com uma ordem jurídica que garanta o cumprimento de tais direitos". Os atos de todos os órgãos de um Estado americano devem respeitar estritamente tais direitos, de forma que "a atuação dos órgãos estatais desemboque no real cumprimento e exercício dos direitos humanos garantidos em instrumentos internacionais".

Os atos de um órgão de um Estado americano, que tivessem como efeito situações de fato contrárias ao desfrute efetivo dos direitos humanos fundamentais, seriam contrários à obrigação estatal de adequar sua conduta aos padrões determinados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)

É “inaceitável” que um Estado americano subordine ou condicione, de qualquer forma, a observância dos direitos humanos fundamentais à consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, ignorando obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*. Isso é assim, apesar de que para justificar tal comportamento sejam invocados objetivos de política interna previstos na legislação doméstica e considerados, sob o ponto de vista governamental, como legítimos para a consecução de certos fins, “incluindo, por exemplo, a aplicação de uma política de controle migratório baseada na luta contra o emprego de estrangeiros indocumentados”.

Nem sequer quando se trata da ordem pública, que é o fim último de qualquer Estado de direito, é aceitável restringir o desfrute e exercício de um direito. Muito menos aceitável seria pretender fazê-lo invocando objetivos de política interna contrários ao bem comum.

“Embora [...] em alguns casos, e sob condições muito específicas, um Estado americano possa restringir ou condicionar o desfrute de um determinado direito, na hipótese apresentada à Corte [...] não seriam satisfeitos os requisitos para tal condicionamento”.

O artigo 5.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos contempla a primazia da regra mais favorável à vítima, “que obriga a buscar, no *corpus iuris gentium*, a regra dirigida a alcançar aquilo que redunde em benefício do ser humano como titular principal dos direitos protegidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Trata-se de uma espécie de “translação” ao Direito Internacional dos Direitos Humanos da cláusula *Martens*, própria do Direito Internacional Humanitário, a qual confirma o princípio da aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário em toda circunstância, inclusive quando os tratados existentes não regulamentem determinadas situações.

Os efeitos jurídicos das obrigações *erga omnes lato sensu* não se realizam apenas entre as partes contratantes do instrumento em questão. Tais efeitos “se produzem como direitos a favor de terceiros (*stipulation pour autrui*), reconhecendo-se assim o direito, e inclusive a obrigação, para os demais Estados -sejam ou não Partes do instrumento em questão- de garantir seu cumprimento”. A esse respeito, o México invocou as decisões da Corte Internacional de Justiça nos casos contenciosos *Barcelona Traction* (1970), *East Timor* (1995) e da *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (1996).

A jurisprudência internacional, com exceção da relativa a crimes de guerra, “não esclareceu [...] plenamente o regime jurídico aplicável às obrigações *erga omnes*, ou no melhor dos casos o fez com cautela e talvez certo temor. A Corte Interamericana de Direitos Humanos está chamada aqui a desempenhar um papel essencial para determinar o direito aplicável e fazer valer a garantia coletiva que decorre do artigo 1 de seu Estatuto”.

Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra)

É abundante “a posição dos doutrinadores de maior competência das distintas nações (artigo 38, parágrafo d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça)[,] que argumenta que os direitos humanos fundamentais pertencem *ab initio* ao domínio das normas de *jus cogens*”. Também existem opiniões individuais de juízes em relação ao efeito jurídico que deriva do reconhecimento de que uma disposição goza dos atributos inerentes a uma norma de *jus cogens*, conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O México se referiu aos comentários da Comissão de Direito Internacional aos artigos 40 e 41 do então projeto sobre a responsabilidade dos Estados.

De forma similar ao que ocorre em relação às obrigações *erga omnes*, “a jurisprudência atuou com precaução, ou inclusive aquém, da *opinio iuris communis* (esta última como manifestação da consciência jurídica universal), para consagrar, de uma vez por todas, as normas de *jus cogens* em relação à proteção dos direitos humanos fundamentais e esclarecer seu regime jurídico”.

Além disso, no escrito apresentado em 15 de novembro de 2002 (pars. 9 e 12 supra), o México acrescentou que:

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)

Esta pergunta “está dirigida a precisar a existência de direitos trabalhistas fundamentais que devem desfrutar todos os trabalhadores[,], os quais se encontram reconhecidos internacionalmente em diversos instrumentos[,], e determinar a negação destes direitos aos trabalhadores em função de sua qualidade migratória significaria conceder um tratamento prejudicial, contrário aos princípios de igualdade jurídica e de não discriminação”.

Os Estados podem conceder um tratamento distinto aos trabalhadores migrantes documentados e aos trabalhadores migrantes indocumentados, ou aos estrangeiros em relação aos nacionais. Tal é o caso dos direitos políticos reconhecidos apenas aos nacionais. Entretanto, sobre os direitos humanos

internacionalmente reconhecidos, todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção, de acordo com o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Não é possível dar um tratamento prejudicial diferenciado na aplicação dos direitos trabalhistas fundamentais, "independentemente de que fora desse corpo normativo básico os Estados se encontram facultados a conceder um tratamento distinto". O tratamento prejudicial diferenciado a trabalhadores migrantes indocumentados atentaria contra os direitos trabalhistas fundamentais.

Diversos instrumentos internacionais permitem identificar direitos trabalhistas fundamentais dos trabalhadores migrantes. Por exemplo, os artigos 25 e 26 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reconhecem direitos trabalhistas fundamentais para todos os trabalhadores migrantes, independentemente de seu *status* migratório.

Além disso, em 1º de novembro de 2002, o Escritório Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) proferiu um parecer formal sobre o alcance e conteúdo da Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre Migrações em Condições Abusivas e Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes e da Recomendação nº 151, relativa aos Trabalhadores Migrantes. Este parecer desenvolve outros direitos trabalhistas fundamentais de todos os trabalhadores migrantes. O México coincide com o Escritório Internacional do Trabalho em que existe um nível básico de proteção aplicável tanto aos trabalhadores documentados como aos indocumentados.

Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)

Existe a possibilidade de que os Estados concedam um tratamento diferente aos migrantes em situação irregular. Entretanto, sob nenhuma circunstância estão facultados a tomar medidas discriminatórias quanto ao desfrute e proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Embora seja possível identificar, com base nos instrumentos internacionais, direitos trabalhistas fundamentais, "este conceito se encontra sujeito a evolução. Na medida [em] que surjam novas regras que se incorporem ao corpo de direitos trabalhistas fundamentais, estas deverão beneficiar a todos os trabalhadores, independentemente de sua situação migratória".

Diante das perguntas de alguns juízes que integram a Corte, o México acrescentou que:

Os direitos trabalhistas fundamentais que não poderiam ser restringidos são aqueles que os instrumentos internacionais de direitos humanos consagram a respeito de todos os trabalhadores, incluídos os migrantes, independentemente de sua situação regular ou irregular. Nesse sentido, parece haver um consenso derivado destes instrumentos internacionais de que existe “um conjunto de direitos que, por sua própria natureza, são de tal forma essenciais à proteção do princípio de igualdade perante a lei e do princípio de não discriminação, que sua restrição ou suspensão, sob qualquer justificativa, implicaria a violação destes dois princípios cardiais do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Alguns exemplos destes direitos fundamentais são: direito a igual salário por igual trabalho; direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, incluindo os benefícios da previdência social e outros derivados de empregos anteriores; direito a fundar sindicatos e a se sindicalizar para a defesa de seus interesses; direito às garantias judiciais e administrativas para a determinação de seus direitos; proibição do trabalho forçado ou obrigatório, e proibição do trabalho infantil.

Toda restrição ao desfrute dos direitos fundamentais que se derivam dos princípios de igualdade perante a lei e de não discriminação atenta contra a obrigação *erga omnes* de respeitar os atributos inerentes à dignidade do ser humano, sendo o principal a igualdade em direitos. As formas concretas de discriminação podem variar desde a privação do acesso à justiça para defender os direitos violados até a negação de direitos derivados de uma relação trabalhista. Quando se realizam tais discriminações, por meio de decisões administrativas ou judiciais, atua-se com base na tese de que o desfrute de direitos fundamentais pode estar condicionado à consecução de objetivos de política migratória.

O indivíduo adquiriu a categoria de autêntico sujeito ativo e passivo do Direito Internacional. O indivíduo pode ser sujeito ativo de obrigações em matéria de direitos humanos, bem como responsável individualmente por seu descumprimento. Este aspecto foi desenvolvido no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional Humanitário. Em outras matérias, como a compreendida neste pedido de Parecer Consultivo, poderia se estabelecer que, “no caso de regras fundamentais, reveladas através de manifestações objetivas, e sempre que não exista dúvida quanto à sua vigência, o indivíduo, como poderia ser um empregador, pode estar obrigado a respeitá-las, sem importar as medidas de caráter interno que o Estado tenha tomado para assegurar, ou inclusive para violar, seu cumprimento”.

A “translação” da cláusula *Martens* à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes implicaria conceder a estas pessoas um limite adicional de proteção, de acordo ao qual, em situações nas quais o direito positivo não reconheça ou

reconheça em menor grau determinados direitos fundamentais, tais direitos serão protegidos (justiciáveis). A proteção de direitos humanos tão fundamentais como os que decorrem do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação está protegida “pelos princípios da moral universal”, a que alude o artigo 17 da Carta da OEA, ainda na ausência de disposições de direito positivo imediatamente vinculantes para quem tem sob sua responsabilidade o dever de garantir o respeito de tais direitos.

Honduras

Em suas observações escritas e orais, Honduras expressou que:

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)

Nem todo tratamento jurídico que estabeleça diferenças viola *per se* o desfrute e exercício do direito à igualdade e não discriminação. O Estado tem a possibilidade de incluir restrições objetivas e racionais através de sua legislação, com o propósito de adequar as relações trabalhistas, sempre que não estabeleça diferenças ou distinções ilegítimas e arbitrárias. “A legalidade está dirigida a garantir o direito a condições justas, equitativas e satisfatórias”.

O Estado pode regulamentar o exercício dos direitos e “enquadrar” o estabelecimento de políticas estatais dentro da lei, sem que isso seja incompatível com o objeto e fim da Convenção.

Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)

A permanência legal de uma pessoa que se encontra dentro de um Estado americano não pode ser considerada *conditio sine qua non* para garantir o direito de igualdade e não discriminação, em relação à obrigação contemplada no artigo 1.1 da Convenção Americana e em relação aos direitos e liberdades reconhecidos neste tratado a todas as pessoas.

O artigo 22 da Convenção Americana garante o direito de circulação e de residência, de maneira que toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem direito a circular nele e de nele residir, conforme as disposições legais. A Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos concedem “o direito aos Estados para que as pessoas sujeitas à sua jurisdição observem as disposições legais”.

A regulamentação para a permanência legal estabelecida na normativa estatal não é violatória das obrigações internacionais do Estado se foi instituída por uma lei -em seu sentido estrito e contemplando os requisitos estabelecidos- sem violar o objetivo e fim da Convenção Americana.

“[N]ão é possível entender que a legislação estabeleça um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados, se a Convenção determina que a circulação e a permanência de um estrangeiro no território de um Estado parte deve ser legal e não é incompatível com o objeto e fim da Convenção”.

Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)

A determinação de políticas migratórias é uma decisão própria do Estado. Estas políticas devem ter como eixo transversal o respeito dos direitos fundamentais derivado das obrigações contraídas perante a comunidade internacional. Uma interpretação que menospreze ou restrinja os direitos humanos, “subordinando-os à consecução de quaisquer objetivos[,] é violatória da obrigação de velar pela observância de tais direitos”. A interpretação não deve ignorar as disposições da Convenção Americana, nem seu objeto e fim.

A observância das disposições legais tem como fim proteger a segurança nacional, a ordem pública, a moral ou a saúde públicas, e os direitos e liberdades dos demais.

O Estudo Geral sobre os Trabalhadores Migrantes realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) concluiu que “é permitido” limitar o acesso ao emprego aos estrangeiros, quando se reúnem duas condições: a) que se trate de “categorias limitadas de empregos ou de funções”; e b) que a limitação seja necessária ao “interesse do Estado”. Tais hipóteses podem se referir a situações em que a proteção do interesse do Estado justifique que certos empregos ou funções se encontrem reservados, por sua natureza, aos seus cidadãos.

Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra)

Em certos casos, a desigualdade de tratamento jurídico pode ser um meio para realizar a igualdade ou proteger a quem apareça como juridicamente fraco.

O fato de que não existam leis discriminatórias ou que a legislação hondurenha proíba a discriminação não basta para garantir na prática a igualdade de tratamento e a igualdade perante a lei.

Os Estados americanos devem garantir um tratamento digno à população migrante em geral, com o fim de evitar violações e abusos contra este setor tão vulnerável.

Nicarágua

Em suas observações escritas e orais, a Nicarágua afirmou que:

O pedido de Parecer Consultivo apresentado pelo México “constitui um meio a mais que pode ajudar os Estados, Organismos Nacionais e Internacionais a precisar, aplicar e

cumprir o alcance de suas obrigações imperativas[,] contempladas nos Tratados de Direitos Humanos, em especial no fortalecimento e na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes”.

A Constituição Política da Nicarágua dispõe, em seu artigo 27, que no território nacional toda pessoa goza da proteção estatal e do reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, do respeito, promoção e proteção dos direitos humanos, e da plena vigência dos direitos consignados nos instrumentos internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pela Nicarágua.

El Salvador

Em suas observações escritas e orais, El Salvador afirmou que:

Considera conveniente que na consulta sejam consideradas disposições estabelecidas no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”) e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, “por serem Tratados relevantes em relação à Consulta solicitada[,] concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

“[A] aplicação e interpretação da legislação secundária não pode subordinar as obrigações internacionais dos Estados Americanos consagradas nos Tratados e Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos”.

Quando se estabelece uma relação trabalhista, entre um trabalhador migrante e um empregador em um Estado americano, este último está obrigado a reconhecer e garantir ao trabalhador os direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluídos os relativos ao direito ao trabalho e à previdência social, sem nenhuma discriminação.

Canadá:

Em suas observações escritas, o Canadá expressou que:

Existem três aspectos da lei e da política canadense relacionados ao tema do pedido de Parecer Consultivo: primeiro, o apoio internacional oferecido pelo Canadá aos assuntos relacionados aos migrantes; segundo, as categorias de migrantes e residentes temporários (visitantes) estabelecidas na Lei de Imigração do Canadá (*Immigration and Refugee Protection Act*); e terceiro, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais no Canadá.

O Canadá se preocupa pelas violações dos direitos dos migrantes ao redor do mundo. O Canadá apoiou a resolução das Nações Unidas que criou a Relatoria Especial das Nações

Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, e colaborou na redação do mandado desta Relatoria com o fim de que fosse forte e equilibrada.

A imigração é um componente chave da sociedade canadense. A atração e seleção de migrantes podem contribuir aos interesses sociais e econômicos do Canadá, reunindo famílias e protegendo a saúde, a segurança e a estabilidade dos canadenses.

No Canadá, geralmente não se utiliza o termo "migrante". Entretanto, a expressão "migrantes", tal como se entende no contexto internacional, inclui três categorias de pessoas.

A primeira categoria corresponde aos residentes permanentes. Inclui os migrantes, refugiados que chegaram para estabelecer-se no Canadá e asilados neste Estado, que obtiveram esta condição através do procedimento correspondente. Todas estas pessoas têm direito a residir permanentemente no Canadá e a pedir a cidadania depois de três anos de residência.

A segunda categoria se refere às pessoas que solicitaram o *status* de refugiado, tal como definem a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, mas que não obtiveram resposta a esse respeito. Se se estabelece que a pessoa é apta a ser considerada como solicitante de refúgio, teria direito a representar a si mesma ou a ser representada por um advogado no procedimento relativo à determinação de sua qualidade de refugiado. As pessoas que representam um perigo sério para o Canadá ou para a sociedade canadense não podem realizar o pedido de refúgio. Na maioria dos casos, as pessoas que solicitam o *status* de refugiado têm acesso aos serviços sociais provinciais, a cuidados médicos e ao mercado de trabalho. Tanto eles como seus filhos menores de idade têm acesso à educação pública (desde pré-escolar até a escola secundária). Uma vez concedida a condição de refugiado, é possível solicitar a residência permanente e incluir neste pedido familiares imediatos, apesar de que estes se encontrem fora do Canadá.

A terceira categoria corresponde aos residentes temporários que chegam ao Canadá para uma permanência temporária. Há várias categorias de residentes temporários de acordo com o *Immigration and Refugee Protection Act*: visitantes (turistas), estudantes estrangeiros e trabalhadores temporários.

Apesar de que os trabalhadores temporários não possuam, no mercado de trabalho, o mesmo grau de liberdade que os cidadãos canadenses e os residentes permanentes, seus direitos humanos fundamentais estão protegidos pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of*

Rights and Freedoms), promulgada em 1982 como parte da Constituição canadense (*Constitution Act, 1982*). Esta Carta se aplica a toda a legislação, programas e ações governamentais (federais, provinciais, territoriais e municipais). A maioria dos direitos e liberdades básicos protegidos pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades estão garantidos a favor de todo indivíduo que se encontre em território canadense, independentemente de seu *status* migratório ou sua cidadania. Alguns destes direitos são: a liberdade de associação, o direito a um devido processo, o direito à igualdade perante a lei, bem como o direito a uma proteção igualitária sem discriminação alguma por motivos de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física. Existem algumas exceções, devido a que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante certos direitos apenas aos cidadãos canadenses: o direito ao voto e o direito a entrar, permanecer e sair do Canadá, entre outros. O direito a se deslocar entre uma e outra província, bem como o direito a trabalhar em qualquer província são garantidos aos cidadãos e aos residentes permanentes. Muitas destas garantias refletem o direito dos Estados soberanos de controlar o movimento de pessoas através das fronteiras internacionais.

O direito à igualdade garantido pela seção 15 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades reveste particular importância no contexto deste pedido de Parecer Consultivo. Em 1989, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu, no caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*, que o direito à igualdade compreende a igualdade substantiva, e não apenas a formal. A igualdade substantiva geralmente se refere à igualdade de tratamento para as pessoas, e em algumas ocasiões requer que se reconheçam as diferenças existentes de uma maneira não discriminatória. Por exemplo, dar tratamento igual a pessoas deficientes implica tomar as medidas necessárias para adaptar estas diferenças e promover o acesso e inclusão destas pessoas nos programas governamentais.

Para demonstrar a violação da seção 15 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, uma pessoa que alega discriminação deve provar: 1) que a lei lhe impôs um tratamento diferente ao de outros, baseado em uma ou mais características pessoais; 2) que o tratamento diferenciado está motivado por discriminação por raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física e nacionalidade; e 3) que existe discriminação em sentido substantivo, já que se trata a pessoa com menos preocupação, respeito e consideração, de forma que ofende sua dignidade humana.

Por exemplo, no caso *Lavoie v. Canada*, a maioria dos integrantes da Suprema Corte do Canadá estabeleceu que a

preferência dada aos cidadãos canadenses nos concursos para empregos no serviço público federal discrimina por motivo de cidadania e, portanto, viola a seção 15(1) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades.

Além da proteção constitucional, os governos federais, provinciais e territoriais promulgaram legislação sobre direitos humanos para promover a igualdade e proibir a discriminação no emprego e nos serviços. Essa legislação se aplica à empresa privada que atua como empregadora e provedora de serviços e aos governos.

A Suprema Corte do Canadá estabeleceu que a legislação sobre direitos humanos deve ser interpretada pelos tribunais de maneira que se avance no objetivo de assegurar igualdade de oportunidades para todas as pessoas. Seguindo essa interpretação, a Suprema Corte chegou a uma série de conclusões sobre o alcance dos códigos de direitos humanos, incluindo o princípio da precedência destes sobre a legislação ordinária, a menos que esta estabeleça uma clara exceção. As práticas discriminatórias podem estar sujeitas a impugnação inclusive quando sejam legais. Embora as jurisdições canadenses tenham legislação diferente em matéria de direitos humanos, estão submetidas aos princípios gerais mencionados e devem proporcionar as mesmas proteções fundamentais.

*Comissão Interamericana
de Direitos Humanos*

Em suas observações escritas e orais, a Comissão expressou que:

O princípio de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra a igualdade entre as pessoas e impõe aos Estados determinadas proibições. As distinções baseadas em gênero, raça, religião, origem nacional, encontram-se especificamente proibidas no que se refere ao desfrute e exercício dos direitos substantivos consagrados nos instrumentos internacionais. Sobre estas categorias, qualquer distinção que façam os Estados na aplicação de benefícios ou privilégios deve estar cuidadosamente justificada em virtude de um interesse legítimo do Estado e da sociedade, "que, além disso, não se possa satisfazer por meios não discriminatórios".

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não apenas proíbe políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra determinadas categorias de pessoas, apesar de que não se possa provar a intenção discriminatória.

O princípio de igualdade não exclui a consideração do *status* migratório. Os Estados têm a faculdade de determinar quais estrangeiros podem ingressar a seu território e sob que condições. No entanto, é necessário manter aberta a

possibilidade de identificar formas de discriminação não contempladas especificamente, mas que constituam violações ao princípio de igualdade.

Os Estados podem estabelecer distinções no desfrute de certos benefícios entre seus cidadãos, os estrangeiros com *status* regular e os estrangeiros em situação irregular. No entanto, em virtude do desenvolvimento progressivo das regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para isso se requer de um exame detalhado dos seguintes fatores: 1) conteúdo e alcance da regra que discrimina entre categorias de pessoas; 2) consequências que esse tratamento discriminatório terá nas pessoas desfavorecidas pela política ou práticas estatais; 3) possíveis justificativas desse tratamento diferenciado, em especial sua relação com um interesse legítimo do Estado; 4) relação racional entre o interesse legítimo e a prática ou políticas discriminatórias; e 5) existência ou inexistência de meios ou métodos menos prejudiciais para as pessoas que permitam obter os mesmos fins legítimos.

Existe consenso na comunidade internacional em considerar que a proibição da discriminação racial e das práticas diretamente associadas a ela constitui uma obrigação *erga omnes*. O caráter de *jus cogens* do princípio de não discriminação implica que, por seu caráter peremptório, estas regras fundamentais devem ser observadas por todos os Estados, tenham ou não ratificado as convenções que o contêm, já que constitui um princípio incontestável do Direito Internacional consuetudinário. “Embora, além da proibição da discriminação racial, não tenha existido até agora o consenso da comunidade internacional para considerar a proibição da discriminação baseada em outros motivos, isso não diminui a importância fundamental e básica que as mesmas possuem em todo o ordenamento jurídico internacional”.

Com o fim de ressaltar a importância do princípio de igualdade e não discriminação, os tratados de direitos humanos estabelecem expressamente esse princípio em artigos relacionados a determinadas categorias de direitos humanos. O artigo 8.1 da Convenção Americana deve ser mencionado por sua particular relevância para o presente pedido de Parecer Consultivo. A igualdade é um elemento essencial do devido processo.

Qualquer distinção baseada em alguma das hipóteses indicadas no artigo 1 da Convenção Americana implica “uma forte presunção de incompatibilidade com o tratado”.

Os direitos humanos básicos devem ser respeitados sem nenhuma distinção. As diferenças que se estabeleçam em relação ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais básicos devem ser de aplicação restritiva, e respeitar as condições indicadas na Convenção Americana. Alguns

instrumentos internacionais preveem explicitamente determinadas distinções.

Às vezes, o princípio de igualdade exige que os Estados adotem disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam que se perpetue a discriminação proibida pelos tratados.

Os Estados americanos têm a obrigação de garantir a proteção básica dos direitos humanos, prevista nos tratados de direitos humanos, a todas as pessoas sob sua autoridade, "e [esta] não depende[...], para sua aplicação, de fatores tais como a cidadania, nacionalidade nem nenhum outro fator da pessoa, incluindo sua condição de imigração".

Os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos são suscetíveis de uma regulamentação razoável e o exercício de alguns pode ser objeto de restrições legítimas. O estabelecimento de tais restrições deve respeitar os correspondentes limites formais e substantivos, isto é, realizar-se por meio de uma lei e satisfazer um interesse público imperativo. Não se pode impor limitações por propósitos discriminatórios, e não é possível aplicá-las de maneira discriminatória. Além disso, "toda limitação permissível de direitos jamais pode implicar a negação total do direito".

A elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho são objetivos legítimos do Estado. Na consecução de tais objetivos, os Estados podem adotar medidas que restrinjam ou limitem alguns direitos, sempre que sejam respeitados os seguintes critérios: 1) determinados direitos não são derogáveis; 2) há direitos reservados exclusivamente aos cidadãos; 3) há direitos que estão condicionados ao *status* de migrante documentado, como os relativos à liberdade de movimento e de permanência; e 4) determinados direitos podem ser restringidos sempre que sejam cumpridos os seguintes requisitos: a) a restrição deve estar prevista por lei; b) a restrição deve responder a um interesse legítimo do Estado, manifestado explicitamente; c) a restrição deve estar "racionalmente relacionada ao objetivo legítimo"; e d) não devem existir "outros meios de alcançar esses fins que sejam menos onerosos para os afetados".

O Estado tem a responsabilidade de provar que é "permissível" restringir ou excluir a aplicação de alguma disposição do instrumento internacional a uma classe determinada de pessoas, como os estrangeiros. A "condição migratória jamais pode servir para excluir as pessoas das proteções básicas que lhes conceda o Direito Internacional dos Direitos Humanos."

Além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os direitos trabalhistas se encontram protegidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos e, a esse

respeito, referiu-se à Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Considerando o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Trabalho, pode-se afirmar que "existe um conjunto de direitos trabalhistas fundamentais que se derivam do direito ao trabalho e constituem um núcleo fundamental do mesmo".

Posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte que realize uma sistematização dos direitos vinculados ao trabalho "que os coloque em uma hierarquia segundo a qual alguns destes direitos trabalhistas são considerados fundamentais", e que, portanto, "integra[riam] o elenco daqueles em relação aos quais não se admite discriminação, nem sequer por *status* migratório".

Costa Rica

Em suas observações escritas e orais, a Costa Rica expressou que não se referiria à última pergunta formulada pelo Estado solicitante. Antes de realizar observações sobre as outras três perguntas, expôs as seguintes considerações sobre a "[p]roteção dos direitos humanos dos migrantes na Costa Rica" e sobre o "princípio de razoabilidade para o tratamento diferenciado de nacionais e estrangeiros":

A Constituição Política costarrriquenha estabelece uma situação de "equiparação" no exercício dos direitos e deveres dos nacionais e dos estrangeiros, com determinadas exceções, tais como a proibição de intervir nos assuntos políticos do país, e as que se estabeleçam através da regra de categoria legal. Estas exceções não podem violar os demais direitos que consagra a Constituição.

"No plano trabalhista, apesar das medidas legais adotadas e das ações executivas, lamentavelmente se apresentam algumas situações de tratamento menos favorável para os trabalhadores imigrantes ilegais". A Lei Geral de Migração e Estrangeiros proíbe a contratação de estrangeiros que residam ilegalmente no país, mas ao mesmo tempo estabelece que os empregadores que realizem tal contratação não estão isentos da obrigação de oferecer aos trabalhadores as remunerações e garantias sociais legais. A esse respeito, a Direção Jurídica da Direção Geral de Migração e Estrangeiros estabeleceu que todos os trabalhadores, independentemente de sua condição migratória, têm direito à previdência social.

Os princípios de igualdade e não discriminação não implicam que os direitos dos estrangeiros devam ser equiparados em todos seus aspectos aos dos nacionais. Cada Estado exerce sua soberania ao definir o *status* jurídico que terão os estrangeiros

dentro de seu território. Por isso, “deve-se aplicar o princípio de razoabilidade para delimitar o próprio campo de ação dos estrangeiros em um país”.

A Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica estabeleceu que a razoabilidade é um requisito fundamental para que uma restrição ou limitação seja constitucional entre nacionais e estrangeiros. As exclusões são aquelas nas quais não se reconhece um direito aos estrangeiros, negando-lhes a possibilidade de realizar alguma atividade. A proibição de intervir em assuntos políticos e de ocupar certas funções públicas são exemplos de exclusões constitucionais dos estrangeiros. As limitações, ao contrário, reconhecem o direito ao estrangeiro, mas o restringem ou limitam razoavelmente, considerando a proteção de um grupo de nacionais ou de uma atividade determinada, ou o cumprimento de uma função social. Não se deve impor limitações considerando exclusivamente a nacionalidade, devido a que poderiam imperar fatores xenofóbicos, alheios aos parâmetros de racionalidade.

A referida Sala Constitucional também afirmou que “[a] igualdade de estrangeiros e nacionais declarada pelo artigo 19 da Constituição se refere ao núcleo de direitos humanos em relação aos quais não é possível admitir distinções por motivo algum, muito menos em razão da nacionalidade. Nesse sentido, a Constituição reserva aos nacionais o exercício dos direitos políticos pelo fato de que estes são uma consequência intrínseca do exercício da própria soberania popular [...]”.

A Sala Constitucional enfatizou a necessidade de que qualquer exceção ou limitação ao exercício de um direito fundamental que afete um estrangeiro tenha categoria constitucional ou legal, e que a medida se ajuste a parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade e não seja contrária à dignidade humana.

Este tribunal constitucional declarou inconstitucionais algumas regras por considerá-las irracionais e ilógicas, entre elas: as restrições legais que tinham os estrangeiros para participar como comerciantes em um “*free shop*”; a proibição de que os estrangeiros exercessem o notariado, de difundir anúncios radiofônicos gravados por estrangeiros e de que estes se desempenhassem como agentes de segurança privada; e a exclusão das crianças estrangeiras como possíveis beneficiários do bônus para a educação básica.

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)

Nenhum direito humano é absoluto e, deste modo, seu desfrute está subordinado a várias restrições. O legislador pode estabelecer exceções lógicas derivadas da natural diferença entre nacionais e estrangeiros, mas não podem ser estabelecidas distinções que impliquem um vazio no princípio

de igualdade. "Deve-se ter presente que em todos os países existem diferenças de tratamento -que não entram em conflito com os padrões internacionais de proteção- por razões de idade, de gênero, entre outras".

Entre estrangeiros residentes e nacionais não podem existir diferenças quanto ao salário, benefícios ou condições de trabalho.

Como na maioria dos países, a lei da Costa Rica estabelece que os estrangeiros que residem ilegalmente no país não poderão trabalhar ou realizar tarefas remuneradas ou lucrativas, seja por conta própria ou alheia, com ou sem relação de dependência. Desta forma, a mesma condição de irregularidade de uma pessoa em um Estado do qual não é nacional provoca, *per se*, que suas condições de acesso a muitos dos direitos que tem um trabalhador se vejam diminuídas de forma considerável. Muitas das prestações sociais em matéria de saúde, segurança do trabalho e as estritamente trabalhistas, "pressupõem uma série de trâmites burocráticos que não se podem realizar se a pessoa está indocumentada".

Quando a normativa interna de um Estado estabelece requisitos essenciais que uma pessoa deve cumprir para se fazer credora de um determinado serviço, não se pode considerar que isso signifique um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados. "Além disso, a inscrição por parte de um empregador de seus trabalhadores indocumentados em certos registros implicaria, implicitamente, que se encontra em violação da legislação migratória, ou que o fará credor de uma punição".

Em virtude da forma em que os Estados organizam sua estrutura administrativa, na prática existem uma série de disposições que indiretamente impedem que os trabalhadores migrantes indocumentados desfrutem de seus direitos trabalhistas.

Apesar do anterior, um empregador que tenha contratado migrantes indocumentados tem a obrigação de lhes pagar o salário e outras remunerações. Além disso, "a condição de irregularidade de uma pessoa não impede que possa recorrer aos tribunais de justiça para reivindicar seus direitos", isto é, "em matéria de acesso aos órgãos judiciais, os trabalhadores imigrantes irregulares e membros de suas famílias têm direito às garantias judiciais e proteção judicial nos mesmos termos que os nacionais".

Quanto à pergunta 2.1) da consulta (par. 4 supra)

O respeito aos princípios de igualdade e não discriminação não significa que, de acordo a um critério de razoabilidade, não se possam estabelecer determinadas restrições ou requisitos para

o desfrute de determinado direito. O exemplo clássico é o exercício dos direitos políticos, reservados para os nacionais do país.

Existem outros direitos que não admitem nenhuma restrição, requisito ou limitação, e devem ser respeitados a todas as pessoas sem distinção. Na Costa Rica, o direito à vida é um destes direitos, o que implica, por exemplo, que uma diretriz que ordene aos guardas de fronteira disparar em quem tente ingressar ao território nacional por um local não autorizado constituiria uma flagrante violação de direitos humanos.

Quanto à pergunta 2.2) da consulta (par. 4 supra)

A permanência legal do estrangeiro no Estado receptor não é condição necessária para que se respeitem seus direitos humanos e trabalhistas. Todas as pessoas, independentemente de que tenham ou não autorização para ingressar ou permanecer na Costa Rica, podem recorrer à Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça com o propósito de manter ou restabelecer seus direitos constitucionais e outros direitos fundamentais.

Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)

Para responder esta pergunta é necessário referir-se à hierarquia dos direitos humanos dentro do ordenamento interno. Os instrumentos de direitos humanos vigentes na Costa Rica "têm não apenas um valor similar à Constituição Política, mas na medida em que concedem maiores direitos ou garantias às pessoas, tem primazia sobre a Constituição". A Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça tomou a normativa internacional de direitos humanos como critério de interpretação constitucional ou como parâmetro da constitucionalidade das regras infraconstitucionais.

Qualquer regra ou política migratória contrária às disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos seria absolutamente nula, mesmo quando houvesse sido adotada pelo Poder Legislativo com categoria legal.

Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito

Em seu escrito de 27 de novembro de 2002, afirmou que:

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra)

Os trabalhadores migrantes indocumentados não devem carecer de proteção frente ao Estado; a qualidade migratória não lhes priva de sua condição de pessoas. A infração de regras domésticas não pode ser considerada como fundamento para privar a pessoa da proteção dos direitos humanos, isto é, não exime os Estados de cumprir as obrigações impostas pelo Direito Internacional. "Sustentar a tese contrária seria criar um método indireto de modo que se

discrimina os trabalhadores migrantes indocumentados negando-lhes até certo ponto a personalidade jurídica e criando uma desigualdade jurídica entre [as] pessoas”.

Não existe nenhuma regra no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos nem no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que admita a restrição do direito ao trabalho em função da condição migratória. O artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é explícito ao se referir à origem nacional como um critério que não pode ser utilizado para discriminar um ser humano, e, além disso, acrescenta que “qualquer outra condição social”, tampouco pode ser invocada para negar a uma pessoa o igual tratamento perante a lei. “A regra é clara: a condição social de documentado ou indocumentado não pode ser utilizada como fundament[o] para negar o exercício de qualquer direito humano e, em consequência, receber um tratamento desigual perante a Lei”. Por sua vez, o artigo 24 da Convenção Americana não permite, sob nenhuma interpretação, que a igualdade esteja sujeita à residência legal ou à cidadania de uma pessoa.

Atualmente, os migrantes enfrentam legislações e práticas trabalhistas discriminatórias por parte dos Estados e, o que é pior, sofrem a constante negação de instâncias governamentais e de garantias do devido processo. “A situação é grave para os migrantes que se encontram documentados, mas é ainda mais grave para aqueles que não puderam legalizar sua situação jurídica no país [em] que vivem”.

A Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaboraram regras que servem o propósito de prevenir a desproteção jurídica dos migrantes. Por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ao se referir aos trabalhadores migrantes, não estabelece nenhuma diferença com base em seu *status* jurídico, “ou seja, reconhece [aos] migrante[s] todos os direitos humanos, civis, políticos, sociais, culturais ou relativos ao trabalho, sejam eles documentados ou não”. Além disso, como esforço prévio para melhorar a situação dos direitos humanos dos migrantes, a Convenção nº 143 sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) de 1975, contém importantes disposições a esse respeito.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) emitiu duas recomendações relevantes. No entanto, a Recomendação nº 86, relativa aos Trabalhadores Migrantes (revisada em 1949) “é, em si mesma, discriminatória, enquanto apenas se aplica aos trabalhadores que sejam admitidos como trabalhadores migrantes. Aparentemente não

se aplicaria aos indocumentados". Em 1975, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) emitiu a Recomendação nº 151, sobre os Trabalhadores Migrantes, a qual também vige apenas para os migrantes documentados. "Ou seja, apesar de que se manifesta uma preocupação pelos trabalhadores migrantes, direitos são reconhecidos unicamente por seu *status* jurídico, mas não por sua condição de ser humano".

Nesse sentido, o desenvolvimento da Organização das Nações Unidas neste âmbito do Direito Internacional foi mais coerente. Por exemplo, a Resolução da Comissão de Direitos Humanos 1999/44 reconhece que os princípios e regras consagrados na Declaração Universal se aplicam a todas as pessoas, incluindo os migrantes, sem fazer nenhuma referência à sua situação jurídica.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias se refere ao trabalhador migrante sem diferenciar entre o documentado e o indocumentado.

Os Estados não podem dar um tratamento diferenciado aos migrantes que se encontrem em seu território, independentemente do seu *status* migratório. "[A] Corte deveria responder à primeira pergunta afirmando que[,] de acordo com as regras internacionais vigentes, não é possível estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados".

Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra)

Os Estados não podem estabelecer discriminações em razão de que a permanência de uma pessoa não se encontre regularizada, e tampouco podem omitir as garantias necessárias para a proteção dos direitos fundamentais de caráter universal. "É inaceitável que qualquer Estado não garanta e proteja os direitos humanos de qualquer pessoa que se encontre dentro de seu território".

Os artigos mencionados nas perguntas em questão estabelecem categoricamente a igualdade perante a lei de todas as pessoas. A qualidade de pessoa não se adquire no momento em que é admitida legalmente em determinado território, mas é uma qualidade intrínseca ao ser humano. Além disso, os referidos artigos contêm uma lista exemplificativa das razões pelas quais não se pode discriminar a uma pessoa e concluem com frases tais como "nem outra alguma" ou "qualquer outra condição". Os direitos e liberdades proclamados nos instrumentos internacionais "pertencem a todos, pelo fato de serem pessoas, e não pelo reconhecimento que um Estado lhes conceda quanto à sua condição migratória". "[N]ão há critério de distinção que seja permitido pela normativa internacional para menosprezar ou restringir

os direitos humanos”.

O Estado não pode negar a nenhuma pessoa os direitos trabalhistas consagrados em muitas regras internacionais. A privação de um ou mais direitos trabalhistas, com fundamento na condição indocumentada de um trabalhador migrante, é absolutamente incompatível com os deveres dos Estados americanos de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as citadas disposições.

De acordo com o artigo 5 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o artigo 29 da Convenção Americana, “não se pode alegar o direito de cada [E]stado a aceitar ou não dentro de seu território determinado indivíduo, para limitar o direito à igualdade perante a lei, ou nenhum dos direitos estabelecidos neste instrumento”.

Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra)

“[N]em mesmo em casos de ordem pública, que é o fim último de qualquer Estado, é aceitável restringir o desfrute e exercício de um direito [h]umano, invocando objetivos de política interna”.

Os direitos humanos não podem estar subordinados a leis internas, sejam estas de política migratória ou de qualquer outra natureza. O direito à não discriminação não pode estar condicionado ao cumprimento de objetivos de política migratória, apesar de que tais objetivos se encontrem contemplados em leis internas. “Em virtude das obrigações internacionais, as leis que restringem o igual desfrute dos direitos humanos por toda pessoa são inadmissíveis e o Estado tem a obrigação de suprimi-las”. Além disso, por terem caráter *erga omnes*, “estas obrigações” podem ser aplicáveis a terceiros que não sejam parte da Convenção que as reconhece.

Além das obrigações convencionais relativas à proibição de discriminação, todos os Estados têm a obrigação *erga omnes*, isto é, perante a comunidade internacional, de impedir qualquer forma de discriminação, inclusive a derivada de sua política migratória. A proibição da discriminação “é um valor essencial para a comunidade internacional, por isso nenhuma política interna poderia estar dirigida à tolerância ou permissão da discriminação em qualquer forma que afete o desfrute e exercício dos direitos humanos”.

“[A] Corte deve [re]solver a pergunta afirmando que é inaceitável qualquer subordinação do desfrute e exercício dos direitos humanos, à existência de políticas migratórias e à consecução dos fins estabelecidos para estas políticas”.

Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra):

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece limites ao exercício do poder por parte dos Estados. Estes limites estão determinados tanto convencionalmente como em disposições de caráter consuetudinário e regras imperativas ou de *jus cogens*.

“Assim como as obrigações *erga omnes*, o *jus cogens* incorpora valores fundamentais para a comunidade internacional, valores tão importantes que se impõem acima do consentimento dos Estados que, no Direito Internacional, condiciona a validade das regras”.

Há pouca discussão sobre a existência destas normas imperativas dentro do Direito Internacional. A esse respeito, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não delimita o conteúdo do *jus cogens*, isto é, não determina quais são essas regras imperativas, mas apenas cita alguns exemplos. O artigo 53 da referida Convenção estabelece quatro requisitos para determinar se uma norma tem o caráter de *jus cogens*, a saber: *status* de norma de Direito Internacional geral, aceitação pela comunidade internacional, imunidade de derrogação, e modificável unicamente por uma norma da mesma natureza.

“Cabe perguntar então se ofenderia a consciência da humanidade e moralidade pública que um Estado rejeite o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei. A resposta é claramente afirmativa”.

“[É] imperativo que a Corte analise se o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei cumprem os quatro requisitos de uma norma de *jus cogens*”.

Se a Corte aceitar que tanto o princípio de não discriminação como o direito à proteção igualitária e efetiva da lei são normas de *jus cogens*, derivar-se-iam vários efeitos jurídicos. Sobre o particular, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que tais efeitos compreenderiam: o reconhecimento de que a regra é hierarquicamente superior a respeito de qualquer regra de Direito Internacional, excetuando outras normas de *jus cogens*; em caso de conflito, teria primazia a regra de *jus cogens* diante de qualquer outra regra de Direito Internacional, e seria nula ou careceria de efeitos jurídicos a disposição que seja contrária à regra imperativa.

É necessário determinar os efeitos jurídicos que se derivam de maneira individual e coletiva da vigência das regras incluídas nos artigos 3.1 e 17 da Carta da OEA. De acordo com as referidas regras, os Estados partes assumem o compromisso, tanto individual como coletivo, de “prevenir, proteger e punir” qualquer violação dos direitos humanos. O espírito do artigo

17 da Carta da OEA é criar princípios vinculantes para os Estados, apesar de estes não terem reconhecido a competência da Corte, de maneira que respeitem os direitos fundamentais do ser humano. A mencionada Carta proclama o desfrute dos direitos humanos sem nenhuma distinção. Tanto os Estados partes, como os órgãos da OEA têm o dever de impedir qualquer violação aos direitos humanos e permitir o desfrute efetivo dos mesmos de maneira plena e absoluta.

“Se a Corte decidir que o princípio de não discriminação é uma regra de *jus cogens*[,] então podemos entender também que estas regras são vinculantes para os Estados sem importar sequer a ratificação dos convênios internacionais; já que [...] os princípios [de] *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*”. Se tal princípio fosse considerado como uma regra de *jus cogens* faria parte dos direitos fundamentais do ser humano e da moral universal.

A Corte deveria responder esta pergunta afirmando que o princípio de não discriminação é uma regra internacional imperativa “e, portanto, as regras dos Artigos 3(1) e 17 da Carta da OEA devem ser interpretadas sob a mesma ótica”.

Delgado Law Firm

Em seu escrito de 12 de dezembro de 2002, expressou que:

O decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board* gerou insegurança em relação aos direitos dos migrantes nesse país, situação que pode ter graves implicações na vida do migrante.

No âmbito do direito trabalhista, os Estados Unidos da América não tratam os migrantes em situação irregular com igualdade perante a lei. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América determinou que um empregador estadunidense pode violar os direitos trabalhistas de um trabalhador migrante em situação irregular, sem ter de pagar salários atrasados [*back pay*]. No mencionado caso da *Hoffman Plastic Compounds*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América não impôs nenhuma multa ao empregador que violou os direitos trabalhistas de um trabalhador migrante em situação irregular e não ordenou nenhuma indenização ou compensação a favor do trabalhador.

De acordo com a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds*, um trabalhador migrante incorre em “má conduta grave” quando é empregado em contravenção do *Immigration Reform and Control Act (IRCA)*. Entretanto, neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América não negou que o empregador houvesse demitido o trabalhador por tentar organizar um sindicato, o que implica a responsabilidade do empregador por ter cometido uma violação óbvia das leis trabalhistas. Apesar de que o empregador incorreu em tal

violação, não foi tratado de forma igualitária pela Suprema Corte.

Apesar de que os Estados Unidos da América digam que existe uma política interna para desencorajar a imigração ilegal, na realidade continuam tomando medidas que tornam mais barato e, portanto, mais atrativo para os empregadores estadunidenses contratar trabalhadores migrantes em situação irregular. Por exemplo, inclusive nos Estados Unidos da América se concorda em que o decidido no caso *Hoffman Plastic Compounds* causará o aumento da discriminação contra os trabalhadores indocumentados, já que os empregadores podem alegar que desconheciam que o trabalhador era indocumentado para evitar qualquer responsabilidade por violar os direitos de seus trabalhadores.

Este tratamento discriminatório dos migrantes em situação irregular é contrário ao Direito Internacional. Contar com mão de obra barata sem garantir os direitos humanos básicos não é uma política imigratória legítima.

Os efeitos da *Immigration Reform and Control Act* e do caso *Hoffman Plastic Compounds* indicam que há um aumento de discriminação contra os trabalhadores migrantes indocumentados. Inclusive, o fundamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sugere que permitir que os trabalhadores em situação irregular tentem ações ou reivindicações serviria para "estimular a imigração ilegal".

Os trabalhadores em situação irregular nos Estados Unidos da América estão expostos a condições de trabalho "perigosas". A política interna de imigração não pode ser distorcida ao extremo de utilizá-la para exonerar os empregadores que expõem os trabalhadores migrantes em situação irregular a riscos não razoáveis de morte.

Os Estados Unidos da América continuam se beneficiando diariamente da presença em sua força de trabalho de uma significativa quantidade de trabalhadores migrantes em situação irregular. Cálculos conservadores sugerem que há, pelo menos, 5.3 milhões de migrantes em situação irregular trabalhando nos Estados Unidos da América, e que três milhões deles proveem do México. A nenhum Estado se deve permitir se beneficiar, com conhecimento e continuamente, do suor e trabalho de milhões de trabalhadores migrantes, enquanto finge ao mesmo tempo que não deseja tais trabalhadores e, portanto, não tem de garantir-lhes sequer seus direitos mais básicos. Os trabalhadores migrantes têm direito à proteção igualitária da lei, incluindo a proteção a seus direitos humanos.

Os trabalhadores indocumentados que apresentaram queixas sobre salários e condições de trabalho nos Estados Unidos da

América têm sido intimidados por seus empregadores, que usualmente ameaçam chamar o *Immigration and Naturalization Service*.

Além disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou no caso *Hoffman Plastic Compounds* que qualquer pessoa em situação irregular no país não pode demandar seu ex-empregador pelos salários atrasados não pagos (*back wages*), devido a seu *status* migratório.

O princípio de igualdade perante a lei estipulado no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos obriga o Estado a não expedir leis que estabeleçam diferenças entre trabalhadores baseadas em sua origem étnica ou nacional.

O princípio de igualdade perante a lei se aplica ao desfrute de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, sem distinção alguma.

Todos os trabalhadores têm direito ao reconhecimento de seus direitos humanos básicos, incluindo o direito de ganhar a vida e o de contar com representação jurídica, sem importar seu *status* migratório.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaborou importantes tratados, tais como a Convenção nº 143 relativa às migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes. Esta convenção estabelece o igual tratamento entre os migrantes e os nacionais a respeito da segurança no emprego, readaptação, previdência social, direitos por trabalho realizado e outros benefícios.

Considera-se que muitos dos direitos contemplados nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) constituem Direito Internacional consuetudinário. Estes direitos também estão incluídos nas convenções mais importantes de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Posteriormente, insiste-se em que os direitos humanos se estendem a todos os trabalhadores migrantes, sem importar se se encontram em situação regular ou irregular em um Estado.

*Estudantes da Faculdade
de Direito da
Universidade Nacional
Autônoma do México*

Em suas intervenções escritas e orais, afirmaram que:

A respeito da admissibilidade da consulta:

(UNAM)

É clara a importância do Parecer Consultivo solicitado “não apenas para o México, mas para toda a América Latina, em virtude da quantidade de migrantes em situação irregular que se encontram em outros países e por serem considerados como um grupo vulnerável propenso à violação sistemática de seus direitos humanos”.

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra):

Apesar de que os direitos trabalhistas tenham sido enquadrados dentro dos direitos econômicos, sociais e culturais, na realidade fazem parte de um todo indissolúvel dos direitos humanos, não hierarquizados, já que são inerentes à dignidade humana.

“O problema da discriminação aparece, sobretudo, em matéria trabalhista”. Os imigrantes indocumentados têm diversas desvantagens, tais como: pagamento de salários baixos, poucos ou nulos benefícios sociais ou gastos em saúde, impossibilidade de organização sindical, e constante ameaça de demissão ou denúncia perante as autoridades migratórias. “O anterior se confirma de maneira institucional”. Algumas leis e decisões proferidas nos Estados Unidos da América estabelecem uma distinção entre migrantes indocumentados, nacionais e residentes, “que não é objetiva e razoável, e, conseqüentemente, torna-se uma clara discriminação”.

O princípio de não discriminação se aplica a todos os direitos e liberdades, ao amparo do direito interno e do Direito Internacional, conforme o estipulado no artigo II da Declaração Americana e nos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana.

É indiscutível que os Estados têm a faculdade soberana de promulgar leis e regulamentos em matéria laboral, e estabelecer os requisitos que considerem convenientes para que os estrangeiros se integrem a seu mercado de trabalho. Entretanto, esta faculdade não pode ser exercida à margem do *corpus juris* internacional dos direitos humanos.

“Os direitos humanos não dependem da nacionalidade da pessoa, do território onde se encontre ou de seu *status* jurídico, porque os tem em si mesma. Sustentar o contrário seria o mesmo que negar a dignidade humana. Se os direitos humanos limitam o exercício do poder, não se pode invocar a atuação soberana do Estado para violá-los ou impedir sua proteção internacional”.

Quanto à segunda pergunta da consulta (par. 4 supra):

Os tratados de direitos humanos se inspiram em uma noção de garantia coletiva, de maneira que não estabelecem obrigações entre os Estados, mas determinam a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos contidos em tais instrumentos a todos os seres humanos.

Toda interpretação dos instrumentos internacionais de direitos humanos deve atender ao princípio *pro homine*, isto é, estes devem ser interpretados da maneira que mais favoreça o ser humano, "de modo que é inaceitável que os artigos 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto, bem como 1 e 24 da Convenção Americana sejam interpretados no sentido de prejudicar direitos humanos de um grupo de pessoas por sua única condição de indocumentado[s]".

Uma interpretação de qualquer instrumento internacional que conduza ao detrimento de um direito ou liberdade de uma pessoa que não tenha permanência legal no país onde se encontre, é contrária ao objeto e fim que perseguem todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

Quanto à terceira pergunta da consulta (par. 4 supra):

Os Estados têm a faculdade soberana de proferir leis e regulamentações em matéria migratória e de estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros, sempre que tais regras internas sejam compatíveis com suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. As referidas diferenças devem ter uma justificativa objetiva e razoável; em consequência, devem perseguir um fim legítimo e deve existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim perseguido.

Segundo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, um Estado parte que emita uma lei manifestamente violatória deste instrumento ou que realize atos que diminuam, em prejuízo de um grupo de pessoas, os direitos e liberdades contidos neste tratado, incorre em responsabilidade internacional.

A igualdade perante a lei e a não discriminação são princípios essenciais que se aplicam a todas as matérias. Portanto, qualquer atuação do Estado, inclusive a que estiver em conformidade com sua legislação interna, que subordine ou condicione os direitos humanos fundamentais de algum grupo de

peças, implica o descumprimento por parte do Estado de suas obrigações *erga omnes* de respeitar e garantir estes direitos e, em consequência, acarreta sua responsabilidade internacional agravada e é legítimo que a invoque qualquer sujeito de Direito Internacional.

Quanto à quarta pergunta da consulta (par. 4 supra):

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 reconheceu a existência de normas de *jus cogens*, ao estabelecê-las como disposições imperativas de Direito Internacional. Entretanto, não as definiu de maneira clara.

As normas de *jus cogens* atendem à necessidade de estabelecer uma ordem pública internacional, já que em uma comunidade regida pelo direito devem existir regras superiores à vontade dos sujeitos que a integram.

A comunidade internacional repudia as violações do princípio de não discriminação e do direito à proteção igualitária e efetiva da lei.

Com respeito à situação na qual se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados, o princípio de não discriminação e o direito de igualdade perante a lei possuem importância transcendental, em virtude de que sua violação implica a violação sistemática de outros direitos.

O princípio de não discriminação e o direito à igual proteção da lei, "que integram a própria ideia dos Direitos Humanos, são regras de *jus cogens*". As normas de *jus cogens* são oponíveis *erga omnes*, em virtude de que contêm valores elementares e considerações de humanidade baseadas no consenso universal, em razão da natureza especial do objeto que protegem.

Javier Juárez, do Law Office of Sayre & Chavez *Em seu escrito de 6 de fevereiro de 2003, expressou que:*

Em 27 de março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que os trabalhadores migrantes indocumentados, demitidos indevidamente por organizar sindicatos, não possuem direito ao pagamento de salários atrasados [*back pay*], de acordo com a *National Labor Relations Act*.

Para os trabalhadores indocumentados, esta decisão cria uma clara exceção jurídica às garantias concedidas

a outros trabalhadores, e, portanto, contravém o texto dos acordos internacionais que buscam a igualdade de proteção para os trabalhadores migrantes e exacerba a vulnerabilidade que os distingue de outros grupos da população.

O caso mencionado envolve o senhor Castro, um trabalhador contratado na fábrica da companhia *Hoffman Plastic Compounds* em Los Angeles, Califórnia. Em 1989, o senhor Castro foi demitido, quando contribuiu a organizar um sindicato para melhorar as condições de trabalho na fábrica. Em janeiro de 1992, a *National Labor Relations Board* decidiu que a demissão era ilegal, ordenou o pagamento de salários atrasados e a reintegração do senhor Castro.

Em junho de 1993, durante a audiência realizada perante um juiz administrativo da *National Labor Relations Board* para determinar o montante do pagamento de salários atrasados, o senhor Castro declarou que nunca havia sido admitido legalmente, nem autorizado a trabalhar nos Estados Unidos da América. Devido a esta declaração, o juiz administrativo decidiu que não se podia conceder o pagamento de salários atrasados, já que isso estaria em conflito com a *Immigration Control and Reform Act* de 1986. Esta lei proíbe que os empregadores contratem trabalhadores indocumentados, com conhecimento disso, e que os empregados utilizem documentos falsos para serem contratados.

Em setembro de 1998, a *National Labor Relations Board* revogou a referida decisão do juiz administrativo e afirmou que a forma mais efetiva de fomentar as políticas de imigração era proporcionando aos trabalhadores indocumentados as mesmas garantias e recursos do *National Labor Relations Act*, concedidas aos demais empregados.

O *National Labor Relations Board* decidiu que apesar de que o trabalhador indocumentado não tinha direito a ser reintegrado, deveriam lhe pagar os salários atrasados [*back pay*] e os juros acumulados pelos três anos de trabalho perdido.

A Corte de Apelações dos Estados Unidos da América denegou o pedido de revisão apresentado pela companhia *Hoffman Plastic Compounds* e reafirmou a decisão do *National Labor Relations Board*.

Em 27 de março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América considerou o caso e anulou o pagamento que se devia realizar ao trabalhador.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que denegou o pagamento ao trabalhador afirmou que permitir ao *National Labor Relations Board* que reconheça o pagamento de salários atrasados a estrangeiros ilegais, prejudicaria as proibições estatutárias fundamentais para a política federal de imigração. Isso estimularia a subtração das pessoas às autoridades migratórias, perdoaria as violações que fossem realizadas às leis de imigração e fomentaria futuras infrações.

A opinião da minoria da Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu que a decisão adotada no caso *Hoffman Plastic Compounds* debilitaria a legislação trabalhista e estimularia os empregadores a contratar trabalhadores indocumentados. A opinião dissidente neste caso estabeleceu que o pagamento de salários atrasados não é contrário à política nacional de imigração.

O referido parecer dissidente também afirmou que não aplicar a legislação trabalhista deixa indefesas as pessoas que mais necessitam proteção diante da exploração por parte do empregador. Acrescentou que a lei de imigração não debilita nem diminui a proteção jurídica, nem limita o poder para reparar práticas injustas que se cometem contra os trabalhadores indocumentados.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América implica, em sua forma mais ampla, que os trabalhadores indocumentados não têm o direito de demandar para obter o pagamento de horas extra, violações ao salário mínimo ou discriminação.

Entretanto, em dois casos diferentes, relacionados com violações ao salário mínimo, uma Corte de Distrito e uma Corte Superior decidiram que o *status* migratório dos trabalhadores não era relevante para solicitar o pagamento de salário mínimo pelo tempo trabalhado.

Mencionou várias autoridades estatais que consideram que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds* implica um impacto negativo sobre os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes.

A maioria dos trabalhadores migrantes não estão dispostos a exercer seus direitos e, em muitas ocasiões, não denunciam os abusos sofridos.

Os grupos empresariais também confirmam a

vulnerabilidade legal, social e econômica dos trabalhadores indocumentados. Recentemente, o *Center for Labor Market Studies* da *Northwestern University* realizou um estudo sobre o impacto dos migrantes nos Estados Unidos da América. O diretor do estudo afirmou que nos últimos 100 anos a economia dos Estados Unidos da América tem se tornado mais dependente da mão de obra migrante. Acrescentou que muitos destes novos trabalhadores migrantes, possivelmente a metade, encontram-se nos Estados Unidos da América sem documentos legais, o que significa que a economia é dependente de pessoas que estão na "terra legal de ninguém".

Em síntese, a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds* pode ser vista como uma das últimas adições ao esquema legal que, direta ou indiretamente, negou aos migrantes as garantias básicas necessárias para aliviar sua vulnerabilidade social e econômica.

Muitas diferenças de tratamento se derivam diretamente do *status* de indocumentado dos trabalhadores e, em algumas ocasiões, essas diferenças de tratamento se estendem também aos migrantes documentados.

Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services e a Harvard Law School, o Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools e o Centro de Justiça Global

Em suas intervenções escritas e orais, manifestaram que:

Têm interesse no caso e, em particular, nos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes nas Américas.

Apoiam o argumento do México quanto a que os fatos demonstram que os trabalhadores migrantes não gozam de direitos humanos universais em condições justas e equitativas. O vazio existente entre as normas internacionais atuais que protegem os trabalhadores migrantes e a prática e legislação discriminatórias no âmbito nacional constituem os maiores desafios que enfrentam os trabalhadores migrantes.

Passam a revisar as leis e a prática de alguns Estados americanos para entender a divergência que existe entre os direitos dos trabalhadores migrantes e a política pública nesta matéria.

Quanto às leis e práticas na Argentina:

Segundo a Lei Geral de Migrações da Argentina, apenas os migrantes admitidos como residentes permanentes gozam de todos os direitos civis garantidos na Constituição, incluído o direito ao trabalho. O direito ao

trabalho que se concede aos migrantes temporários ou transitórios é mais restringido, enquanto os migrantes em contravenção da Lei Geral de Migrações não possuem nenhum direito a trabalhar e podem ser detidos e expulsos.

Os requisitos estabelecidos no Decreto nº 1434/87 para obter a residência legal na Argentina são praticamente impossíveis de cumprir por muitos imigrantes indocumentados. O mencionado decreto estabelece que o Departamento Nacional de Migrações pode negar a residência legal aos migrantes que: 1) entraram ao país evitando o controle migratório, 2) ficaram no país em contravenção da lei por mais de trinta dias, ou 3) trabalham sem a autorização legal do Departamento Nacional de Migrações. Além disso, o Ministério do Interior tem amplos poderes discricionários para negar a residência legal aos migrantes.

Na prática, devido a que a maioria de migrantes na Argentina contam com escassos recursos e não são profissionais nem têm parentes argentinos, a melhor oportunidade para regularizar seu *status* migratório é a apresentação de um contrato de trabalho escrito com um empregador argentino. Entretanto, como as regulamentações são muito complicadas, muitos migrantes se veem obrigados a manter seu *status* ilegal. Consequentemente, devem aceitar condições de trabalho precárias, salários sumamente baixos e sofrer outros abusos por parte de seus empregadores.

Quanto às leis e práticas no Brasil:

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, garante a validade dos direitos que decorrem dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Além disso, a Constituição Federal estabelece tratamento igual para nacionais e estrangeiros.

As leis trabalhistas do Brasil não distinguem entre nacionais e estrangeiros. Os trabalhadores indocumentados têm direito a receber salários e benefícios sociais a título de trabalho realizado. Além disso, não há nenhuma disposição que limite o acesso à justiça pela nacionalidade do demandante.

Na prática, os trabalhadores irregulares no Brasil experimentam muitas dificuldades, incluindo longas horas de trabalho e salários inferiores ao mínimo. Muitos migrantes irregulares nunca denunciam os abusos por temor a serem deportados. Este temor também causa que os migrantes irregulares não enviem suas crianças à escola, não solicitem uma

carteira de motorista, não adquiram bens nem visitem seus países de origem.

Além disso, estes trabalhadores têm pouca informação sobre seus direitos e apenas podem fazê-los valer quando obtêm ajuda das organizações não governamentais que trabalham com migrantes.

Quanto às leis e práticas no Chile:

De acordo com a normativa chilena, os trabalhadores nacionais e estrangeiros têm direitos trabalhistas iguais.

Conforme a lei trabalhista chilena, o contrato de trabalho não precisa ser escrito; entretanto, a lei migratória requer que os trabalhadores migrantes contem com um contrato escrito feito perante notário público, no qual o empregador se comprometa a pagar o transporte do migrante a seu país quando termine o contrato.

Os trabalhadores migrantes que trabalham no Chile sem um contrato escrito frequentemente recebem salários muito baixos, não possuem acesso aos benefícios da previdência social e podem ser demitidos a qualquer momento sem compensação monetária. Em especial, esta situação é difícil para os trabalhadores migrantes em situação irregular, porque temem ser identificados pelas autoridades de imigração.

Além disso, devido a que os trabalhadores irregulares normalmente não possuem documentos nacionais de identidade, carecem de acesso a muitos serviços públicos, como atendimento médico e moradia pública.

A legislação trabalhista não regulamenta de maneira expressa os direitos dos trabalhadores que não contam com contrato, de modo que a situação de tais trabalhadores a regulam o Departamento e as Inspeções de Trabalho. A informação sobre a interpretação da lei realizada pelas referidas autoridades trabalhistas não é muito acessível para os trabalhadores migrantes. A legislação chilena sobre trabalhadores estrangeiros não se encontra em dia e lhes provê pouca proteção, em especial nas disputas trabalhistas.

Quanto às leis e práticas na República Dominicana:

O maior obstáculo à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes na República Dominicana é a dificuldade que enfrentam os haitianos para estabelecer

sua residência legal neste país. Ao obter seu *status* jurídico, a lei garante aos migrantes os mesmos direitos civis dos dominicanos. A lei não distingue entre cidadãos e estrangeiros documentados em relação a seus direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos trabalhistas básicos estão garantidos a todos os trabalhadores, independentemente de que residam legalmente no país ou não.

Há diversos problemas no âmbito trabalhista, como: salário mínimo insuficiente para gozar de uma vida digna; requisitos inalcançáveis para negociar coletivamente; multas aos empregadores que são insuficientes para prevenir a violação dos direitos dos trabalhadores; e corrupção de inspetores de saúde e de segurança.

A maioria de trabalhadores migrantes haitianos na República Dominicana enfrentam longas jornadas de trabalho, baixos salários e instabilidade no trabalho. Suas condições de vida são inadequadas. A maioria dos trabalhadores não possui água potável, facilidades sanitárias nem serviços médicos e sociais.

A capacidade dos trabalhadores migrantes haitianos para combater estas condições de trabalho injustas está severamente limitada. Eles têm de enfrentar uma atitude política e social geralmente hostil. Ao mesmo tempo, a grande maioria destes trabalhadores não possui acesso à assistência jurídica e, em consequência, aos tribunais trabalhistas.

A forma de aplicar as leis migratórias e de cidadania na República Dominicana contribui a perpetuar a ilegalidade permanente dos haitianos e dominicanos de descendência haitiana. Além disso, devido à sua pobreza e analfabetismo, é muito difícil que os trabalhadores migrantes cumpram os requisitos necessários para obter autorizações de trabalho temporárias. O *status* dos trabalhadores haitianos como migrantes irregulares afeta seus filhos, inclusive os nascidos na República Dominicana. Os filhos de haitianos que nascem na República Dominicana não são considerados cidadãos, em virtude de que os haitianos são caracterizados como estrangeiros em trânsito. Esta situação tem causado que os haitianos estejam sujeitos à deportação a qualquer momento, e, de fato, são realizadas expulsões massivas em violação do devido processo.

A República Dominicana se beneficiou por décadas da mão de obra barata de haitianos, e o Estado desenvolveu um sistema que mantém este fluxo de

trabalhadores migrantes, sem tomar as medidas mínimas para garantir seus direitos fundamentais.

Quanto às leis e práticas nos Estados Unidos Mexicanos:

De acordo com os artigos 1 e 33 da Constituição Política, os quais se referem à igualdade de proteção, os direitos trabalhistas constitucionais devem ser garantidos a todos os migrantes.

Por sua Constituição, o México está obrigado a executar os tratados bilaterais e multilaterais sobre direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes que tenha assinado. Estes tratados garantem uma proteção igualitária e não discriminatória, bem como outras garantias mais específicas.

A Lei Federal de Trabalho permite que os migrantes trabalhem legalmente como visitantes no México. No entanto, existem restrições profissionais às categorias de visitantes, categorias que compreendem a maioria dos trabalhadores migrantes da América Central, que geralmente são mão de obra menos qualificada. Portanto, os trabalhadores provenientes da América Central apenas podem entrar legalmente no México sob a categoria denominada "Forma Migratória para Visitantes Agrícolas" ou sob a "Forma Migratória para Visitantes Locais Fronteiriços". Algumas disposições da Lei Federal de Trabalho permitem um tratamento preferencial na contratação dos trabalhadores mexicanos com relação aos trabalhadores migrantes.

As violações mais comuns aos direitos dos trabalhadores migrantes são: longas jornadas de trabalho; condições inadequadas de moradia, saúde e transporte; salários inferiores ao mínimo; dedução de salários para comida e moradia; retenção de salários e de documentos de trabalho, e discriminação racial. Devido às graves condições sociais e econômicas que prevalecem em seus países de origem, muitos trabalhadores agrícolas migratórios se veem obrigados a aceitar estes abusos.

Apesar de que existam os programas de "Forma Migratória para Visitantes Agrícolas" e "Forma Migratória para Visitantes Locais Fronteiriços", e de que tenham sido dado alguns passos a favor da proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, o manejo destes programas tem sido inadequado; não evitaram os abusos contra os trabalhadores. Por exemplo, os Conselhos Locais de Arbitragem e Conciliação resolvem os conflitos entre os trabalhadores e os empregadores,

mas o processo é frequentemente lento. Inclusive, muitos dos trabalhadores comparecem aos Conselhos sem nenhuma representação jurídica e são deportados sumariamente, mesmo que seus casos estejam pendentes.

Quanto às leis e prática nos Estados Unidos da América:

Os Estados Unidos da América, como Estado parte da Carta da OEA, está sujeito às obrigações impostas pela Declaração Americana, que garante o direito ao trabalho e a uma remuneração justa, bem como o direito a organizar sindicatos e a receber um tratamento igual perante a lei. A Declaração Universal também garante o direito a formar sindicatos e ao pagamento igual por trabalho igual. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual os Estados Unidos da América são parte, garante o direito de igualdade perante a lei, sem discriminação, e prevê o direito a formar sindicatos. Finalmente, as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) protegem os direitos trabalhistas dos trabalhadores irregulares.

Sob a atual lei trabalhista dos Estados Unidos da América, os trabalhadores irregulares são reconhecidos como "empregados", o que lhes dá direito à proteção indicada nos principais estatutos trabalhistas federais. Entretanto, na prática não são tratados de forma igualitária.

O *National Labor Relations Act* ("NLRA") autoriza o *National Labor Relations Board* ("NLRB") a ordenar reparações a favor dos empregados que são vítimas de práticas trabalhistas injustas. Por exemplo, em caso de demissão injustificada, tal reparação pode consistir na reintegração ao trabalho e no pagamento de salários atrasados. No caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* (2002), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que um trabalhador irregular não tinha direito ao pagamento dos salários atrasados, mesmo quando havia sido despedido por participar na organização de um sindicato para obter uma remuneração justa. Neste caso, a Suprema Corte decidiu que "a política migratória prevalecia sobre a política de trabalho". Conforme a decisão da Corte no caso de *Sure – Tan v. National Labor Relations Board* (1984), os trabalhadores podem ser entregues ao Serviço de Imigração e Naturalização mesmo quando o motivo do empregador para fazê-lo seja o exercício de uma represália ilegal contra um trabalhador dedicado a uma

atividade protegida pelo *National Labor Relations Act*. Com estas decisões, a Suprema Corte criou desigualdade na lei trabalhista dos Estados Unidos da América, baseada no *status* migratório das pessoas.

Muitos dos trabalhadores irregulares nos Estados Unidos da América enfrentam graves problemas devido às más condições de saúde e segurança no trabalho, já que recebem salários inferiores ao mínimo legal. Os trabalhadores migrantes também são alvo da violência de terceiros e de discriminação. Vários Estados negam aos trabalhadores em situação irregular o acesso à educação e ao atendimento médico. Além disso, os trabalhadores em situação irregular que defendem seus direitos correm o risco de serem denunciados ao *Immigration and Naturalization Service*. Os imigrantes indocumentados não possuem acesso a representação jurídica pública, o que dificulta que os trabalhadores façam valer seus direitos.

Essa situação difícil dos trabalhadores irregulares também afeta os trabalhadores migrantes que se encontram no programa de vistos "H2A" e "H2B". Os direitos destes trabalhadores são muito restringidos; por exemplo, não estão protegidos pela lei que prevê pagamento por horas extra de trabalho. Além disso, a permissão de estar legalmente no país se encontra condicionada à continuidade no trabalho com um empregador particular, o que restringe a possibilidade de exigir seus direitos.

Finalmente, aproximadamente 32 milhões de trabalhadores, incluindo muitos migrantes que realizam trabalho doméstico e no campo, não estão protegidos pela disposição do *National Labor Relations Act* que estabelece o direito a organizar um sindicato, além de que não contam com a proteção de nenhuma lei estatal.

Thomas Brill, do Law Office of Sayre & Chavez Em suas intervenções escritas e orais, expressou que:

Em março de 2002, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu, no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que um trabalhador indocumentado não tinha direito ao pagamento de salários atrasados, depois de ser demitido ilegalmente por tentar exercer direitos dados pelo *National Labor Relations Act*.

A empresa *Hoffman Plastic Compounds* contratou o senhor José Castro em maio de 1988. Em dezembro de 1988, o senhor Castro e outros trabalhadores iniciaram uma campanha para organizar um sindicato. Em

janeiro de 1989, a empresa demitiu o senhor Castro e outros três trabalhadores por tentar formar e ser parte de um sindicato. Em janeiro de 1992, o *National Labor Relations Board* ordenou à companhia *Hoffman Plastic Compounds* que reintegrasse o senhor Castro e lhe pagasse os salários atrasados, que eventualmente teria recebido se não fosse pela decisão que a empresa tomou de despedi-lo por estar envolvido em atividades sindicais. A empresa se negou a pagar os salários atrasados ao senhor Castro, pois este admitiu que não tinha permissão de trabalho.

Em setembro de 1998, o *National Labor Relations Board* decidiu que a empresa *Hoffman Plastic Compounds* devia pagar ao senhor Castro os salários atrasados correspondentes ao período entre sua demissão e a data na qual admitiu que não tinha a documentação correspondente à permissão de trabalho. Nesta decisão, o *National Labor Relations Board* afirmou que “[a] forma mais efetiva de adaptar e fomentar as políticas de imigração dos Estados Unidos [...] é proporcionando as garantias e os recursos do *National Labor Relations Act* aos trabalhadores indocumentados da mesma maneira que a outros empregados”. O *National Labor Relations Board* ordenou que a empresa *Hoffman Plastic Compounds* pagasse a quantia de US\$ 66.951 (sessenta e seis mil novecentos e cinquenta e um mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de salários atrasados ao senhor José Castro. A empresa *Hoffman Plastic Compounds* se negou a pagar o senhor Castro e apresentou uma apelação. No ano de 2001, a Corte Federal de Apelações confirmou o ordenado pelo *National Labor Relations Board*, e então a empresa *Hoffman Plastic Compounds* apresentou uma apelação perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Em sua decisão de março de 2002, a Suprema Corte revogou as decisões da Corte de Apelações e da *National Labor Relations Board*. A Suprema Corte denegou o pedido de salários atrasados do senhor José Castro, e afirmou que no caso dos trabalhadores em situação irregular que são demitidos por realizar atividades de organização sindical, a proibição da lei de imigração de trabalhar sem autorização prevalecia sobre o direito de formar e ser parte de um sindicato.

O *National Employment Law Project*, uma agência americana sem fins lucrativos que analisou o efeito da decisão no caso da empresa *Hoffman Plastic Compounds*, determinou que a partir desta decisão os empregadores têm tentado deteriorar ainda mais os

direitos dos trabalhadores em situação irregular nos Estados Unidos da América.

Muitos empregadores têm menosprezado os direitos de seus empregados desde que foi publicada a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds*. Com efeito, os empregadores podem argumentar que os trabalhadores em situação irregular não podem acionar a justiça quando são discriminados, nem quando se viola seu direito a um salário mínimo. Claramente, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* tem causado que os empregadores discriminem seus trabalhadores em situação irregular, argumentando que não possuem direito a reclamar quando seus direitos trabalhistas são violados. Assim, tem se estimulado a contratação de trabalhadores em situação irregular, por ser mais barato para o empregador e para não contratar cidadãos ou residentes que podem reclamar a proteção de seus direitos perante tribunais de justiça.

Entretanto, é importante indicar que a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* não foi adotada de forma unânime pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mas pela maioria de 5 votos a 4; o autor do voto dissidente da minoria foi o Juiz Breyer. Este afirmou que permitir aos migrantes em situação irregular o acesso aos mesmos recursos legais dos cidadãos é a única forma de assegurar que os direitos dos migrantes sejam protegidos. O Juiz Breyer analisou cuidadosamente o possível impacto da decisão sobre os trabalhadores em situação irregular, afirmando que se os trabalhadores indocumentados não podem receber o pagamento de salários atrasados ao serem demitidos ilegalmente, os empregadores despedirão tais trabalhadores quando tentem se sindicalizar, já que não haverá nenhuma consequência para o empregador, ao menos na primeira vez que utilize este método.

Além disso, como afirma o Juiz Breyer, não existe nenhuma disposição nas leis de imigração dos Estados Unidos da América que proíba o *National Labor Relations Board* de admitir que os trabalhadores em situação irregular interponham recurso ou ação quando seus direitos sejam violados. No entanto, a maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos da América eliminou a possibilidade de que um trabalhador em situação irregular reivindique perante a justiça o pagamento de salários atrasados, com fundamento no suposto conflito entre o *National Labor Relations Act* e o *Immigration Reform and Control Act* de 1986.

Tanto o *National Labor Relations Board* como a Suprema Corte abordaram o litígio da *Hoffman Plastic*

Compounds como um caso que requeria o balanço entre a lei trabalhista e a lei de imigração. O *National Labor Relations Board* e os quatro Juizes da minoria da Suprema Corte deram prioridade à lei trabalhista, e os cinco Magistrados que constituíram a maioria concederam prioridade à lei de imigração.

Em suas decisões, o *National Labor Relations Board* e a Suprema Corte não levaram em consideração o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as regras do direito trabalhista internacional. Também não consideraram as obrigações que têm os Estados Unidos da América, conforme o Direito Internacional, de "assegurar, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo aos direitos e liberdades fundamentais do homem".

Em síntese, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* nega a um grupo de trabalhadores os direitos trabalhistas que lhes são inerentes e que foram reconhecidos pela comunidade internacional.

Uma das principais entidades que se referiram ao tema dos direitos humanos é a Organização dos Estados Americanos (OEA). Os Estados Unidos da América e o México são dois dos 35 Estados partes comprometidos ativamente na administração da OEA e que supostamente aderem aos princípios gerais e padrões estabelecidos por esta organização internacional.

A esse respeito, é importante citar os artigos 3.1 e 17 da Carta da OEA, que se referem à igualdade e não discriminação. Estes princípios também são mencionados na Declaração Americana.

Além disso, o México não solicitou à Corte que analise a lei de imigração dos Estados Unidos da América. Não se questiona o direito de cada Estado de estabelecer regulamentos ("*rules*") de imigração. Ao contrário, quando os legisladores de um determinado Estado estabelecem políticas que discriminam determinadas categorias de trabalhadores no mercado de trabalho, poderiam ser devastadores os resultados em termos de proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos fundamentais devem prevalecer sobre o propósito de proibir a determinados trabalhadores o desfrute dos benefícios que concede a lei.

Pelas razões mencionadas, considera-se que a recente decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* cria um sistema que viola o Direito Internacional.

Labor, Civil Rights and Immigrants' Organizations in the United States

Em suas intervenções escritas e orais, expressaram que:

O escrito foi formulado em representação de 50 organizações de direitos civis, trabalhistas e migratórios nos Estados Unidos da América.

Os trabalhadores migrantes nos Estados Unidos da América se encontram entre os que recebem os salários mais baixos e um tratamento indevido. As tentativas das organizações de proteger os direitos dos migrantes, incluindo os trabalhadores "não autorizados", foram obstaculizadas por leis estadunidenses que discriminam com fundamento no *status* de estrangeiro e migrante, e, em especial, devido à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*. Além disso, tanto a lei trabalhista federal como a estatal violam o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é obrigatório para esse país. Há uma necessidade urgente de padrões regionais fortes em relação à proteção dos trabalhadores migrantes.

O termo "trabalhador não autorizado" é utilizado para descrever os trabalhadores migrantes que não possuem autorização para serem contratados legalmente nos Estados Unidos da América. Esse grupo inclui trabalhadores que, por diversas razões, encontram-se legalmente nos Estados Unidos da América, mas não possuem autorização para trabalhar. O termo migrante "indocumentado" se utiliza para descrever os migrantes cuja presença nos Estados Unidos da América é ilegal. Estes trabalhadores formam um subgrupo da população migrante que não está autorizada a trabalhar. A maioria das decisões dos tribunais estão baseadas na autorização para trabalhar.

Os Estados Unidos da América têm a maior população de migrantes no mundo. Para os fins deste escrito, utilizar a cifra de 5.3 milhões de pessoas como uma estimativa aproximada do número total de trabalhadores indocumentados nos Estados Unidos da América, é suficiente para estabelecer que esta população representa um fator econômico sério e um ponto de preocupação política e humana. Os trabalhadores indocumentados realizam uma grande parte do trabalho nas áreas que se caracterizam por salários baixos e risco elevado.

A prática de ameaçar denunciar os trabalhadores migrantes ao *Immigration and Naturalization Service*

(INS), com o fim de limitar o exercício de seus direitos trabalhistas, foi comum durante muitos anos e não diminuiu desde que se proferiu a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

Nos Estados Unidos da América não são efetivas as sanções para o empregador que contrata trabalhadores "não autorizados". O *Immigration Reform and Control Act* (IRCA), de 1986 estabelece que o empregador deve verificar a identidade e elegibilidade do pessoal que contrata. No entanto, a lei permite que os empregadores revisem os documentos de uma maneira superficial. Os empregadores têm poucos motivos para temer que o *Immigration and Naturalization Service* os sancione por contratar migrantes indocumentados; veem isso, ao contrário, como uma decisão legítima que lhes poupa custos. Mesmo quando os empregadores violam a lei, as sanções e multas que recebem são baixas e pouco frequentes. Portanto, de acordo com a legislação atual, os empregadores podem contratar trabalhadores "não autorizados", beneficiar-se deles e ameaçar denunciá-los ao *Immigration and Naturalization Service*, sem temor de possíveis ações do governo.

Alguns trabalhadores migrantes, em especial os "não autorizados", encontram-se expressamente excluídos da possibilidade de receber determinadas reparações que os cidadãos estadunidenses têm a sua disposição. Por exemplo, no caso *Hoffman Plastic Compounds*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que os trabalhadores "não autorizados" não podem receber salários atrasados por uma demissão ilegal como represália por atividades sindicais, segundo o *National Labor Relations Act*, que protege o direito de organizar sindicatos e negociar coletivamente. A *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, agência governamental que aplica a maior parte das leis federais trabalhistas sobre discriminação, afirmou que se encontra revisando a prática de ordenar o pagamento de salários atrasados aos trabalhadores indocumentados, à luz do decidido no caso *Hoffman Plastic Compounds*.

Finalmente, a decisão no caso *Hoffman Plastic Compounds* deixa intacto o direito a um salário mínimo e ao pagamento de horas extras, de acordo com o *Fair Labor Standards Act*, porque apenas se referiu ao pagamento de salários atrasados por trabalho não realizado. No entanto, o Departamento de Trabalho (*U.S. Department of Labor*), agência federal encarregada de aplicar o *Fair Labor Standards Act*, não

esclareceu seu ponto de vista sobre o direito dos migrantes “não autorizados” ao pagamento de salários atrasados por motivo de demissões por represália, e afirmou que “ainda se encontra considerando o efeito causado pelo caso *Hoffman [Plastic Compounds]* nesta reparação”.

Mesmo antes da apresentação do caso *Hoffman Plastic Compounds*, algumas leis dos Estados Unidos da América explicitamente discriminavam os trabalhadores de determinadas categorias migratórias, incluindo os trabalhadores “não autorizados” e os que contam com determinados tipos de vistos. Na maioria dos Estados, os trabalhadores “não autorizados” têm direito a receber uma compensação por acidentes de trabalho ou incapacidade. Geralmente, estas compensações são matéria de lei estadual, a qual varia em cada Estado. De maneira geral, os trabalhadores recebem gastos médicos, uma restituição parcial de seus salários, pensões, benefícios por causa de morte e, em algumas ocasiões treinamento para trabalhos novos. À medida que as leis sobre compensações em quase todos os Estados se aplicam aos trabalhadores “não autorizados”, ao menos as leis do Estado de Wyoming os excluem explicitamente dos benefícios de compensação, e outras disposições e decisões judiciais restringem o benefício de uma indenização em matérias tais como reabilitação, morte e salários atrasados.

Aos trabalhadores que se encontram sob o programa de vistos H-2A (para trabalho agrícola), que em sua maioria proveem do México, negam-se muitas proteções trabalhistas federais básicas. São excluídos da proteção do *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA)*, principal lei trabalhista federal para trabalhadores agrícolas. Portanto, seu empregador não é controlado pelo Departamento de Trabalho dos Estados Unidos da América. Além disso, a permissão dos trabalhadores H-2A para permanecer legalmente nos Estados Unidos da América se encontra vinculada a um único empregador. Portanto, estes trabalhadores não possuem liberdade para mudar de trabalho.

O direito dos trabalhadores migrantes de contar com representação jurídica também se restringe seriamente. O *Legal Services Corporation Act* de 1974 criou a *Legal Services Corporation*, cujos programas têm a proibição de proporcionar assistência jurídica para ou em representação da maioria de migrantes que não são residentes permanentes legais.

Uma vez que um estrangeiro está fisicamente no

território de um país e encontra um emprego, a negativa a proporcionar-lhe as proteções trabalhistas viola o direito humano à não discriminação. Vários instrumentos internacionais obrigatórios para os Estados Unidos da América estabelecem uma regra universal de não discriminação que protege todas as pessoas dentro da jurisdição de um Estado. As diferenças no tratamento baseadas na nacionalidade ou no *status* migratório, tal como se estabelece nas mencionadas leis trabalhistas dos Estados Unidos da América, violam os artigos 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como o artigo II da Declaração Americana. A linguagem destas disposições e das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indica que a garantia de igualdade e não discriminação, bem como outras relacionadas ao trabalho, são universais e se aplicam a “todas as pessoas”.

Os Estados não podem discriminar baseando-se na nacionalidade ou outro *status*, de acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas apenas estabelecer distinções baseadas em critérios razoáveis e objetivos. O argumento de que algumas das leis trabalhistas dos Estados Unidos da América estabelecem discriminações que violam os artigos 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos encontra apoio na interpretação realizada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. No caso *Gueye et al. v. France*, o referido Comitê reafirmou sua posição de que as disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são aplicáveis aos não nacionais sempre que não se estabeleça expressamente o contrário. Além disso, neste caso se demonstra que as distinções baseadas na condição de estrangeiro violam o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mesmo quando este tratado não assegure expressamente o benefício substantivo controvertido (nesse caso o direito à aposentadoria ou, por exemplo, o direito a uma remuneração justa, condições de trabalho adequadas e recurso efetivo através de assistência jurídica). Na decisão deste caso se sustenta que a distinção com base na condição de estrangeiro é indevida quando carece de uma base razoável e objetiva, apesar de que os direitos substantivos, por si mesmos, não sejam fundamentais nem estejam reconhecidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Finalmente, a decisão estabelece que se a distinção no benefício do emprego é razoável e objetiva e, portanto, permissível, um Tribunal deve examinar o propósito implícito da lei trabalhista, para determinar se a distinção é relevante para alcançar o

fim proposto. As leis de garantias trabalhistas dos Estados Unidos da América que discriminam com fundamento na condição de estrangeiro ou no *status* migratório, não resistem a este exame. Uma vez contratado um estrangeiro, sua nacionalidade e seu *status* jurídico são irrelevantes para o propósito de proteger os indivíduos em seu local de trabalho e prevenir sua exploração. O controle migratório não pode ser visto como o objetivo principal das leis de proteção trabalhista, e as restrições dos Estados Unidos da América à proteção trabalhista dos estrangeiros não servem objetiva nem razoavelmente a esse fim.

A linguagem e os argumentos *expresio unius* estabelecidos quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos são igualmente aplicáveis à Declaração e Convenção Americanas. A linguagem dos instrumentos interamericanos é universal e não estabelece expressamente distinções com fundamento na condição de estrangeiro ou no *status* migratório. A jurisprudência do Sistema Interamericano sobre a não discriminação concorda substancialmente com a relativa ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e serve de apoio para concluir que as leis trabalhistas dos Estados Unidos da América discriminam indevidamente os trabalhadores migrantes.

Outros tratados e declarações internacionais aplicáveis aos Estados Unidos da América, inclusive o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, confirmam que os princípios básicos da não discriminação se aplicam à proteção trabalhista sem distinção por motivos de nacionalidade ou *status* migratório.

Além de violar o princípio de não discriminação no Direito Internacional, a lei trabalhista dos Estados Unidos da América não protege a liberdade de associação dos trabalhadores "não autorizados" e de outros trabalhadores migrantes e viola o princípio internacional fundamental da liberdade de associação. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconheceu explicitamente a liberdade de associação como um dos quatro direitos humanos fundamentais que protegem todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores "não autorizados" e indocumentados. Outros instrumentos internacionais (tais como a Declaração Americana, a Convenção Americana, a Carta da OEA e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), aplicáveis aos Estados Unidos da América, permitem exceções ao exercício do direito à

liberdade de associação apenas em circunstâncias limitadas, que não justificam que este direito não se garanta a estrangeiros e migrantes “não autorizados”.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Hoffman Plastic Compounds*, no sentido de que não se podem pagar salários atrasados aos trabalhadores “não autorizados” quando são demitidos indevidamente por realizar atividades sindicais, afeta o direito à liberdade de associação desses trabalhadores. Devido a que estes trabalhadores não possuem direito à reintegração quando são demitidos indevidamente, o pagamento dos salários atrasados é a única reparação efetiva e disponível para as violações à *National Labor Relations Act*.

A Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da American University, Washington College of Law e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México

Em seu escrito de 21 de fevereiro de 2003, afirmaram que:

Neste pedido de Parecer Consultivo devem ser consideradas as “cláusulas autônomas” dos tratados e instrumentos internacionais citados pelo Estado solicitante, isto é, os artigos II da Declaração Americana, 24 da Convenção Americana, 7 da Declaração Universal e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Quanto às regras que contêm o princípio de não discriminação, subordinado à existência de uma interferência com um dos direitos protegidos nos referidos instrumentos, “não existe dúvida [de] que os artigos 1.1 da Convenção Americana e 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos devem ficar excluídos da análise, porquanto estes instrumentos não garantem direitos trabalhistas. Distinta é a situação do artigo 2 da Declaração Universal já que este instrumento efetivamente garante este tipo de direitos incluindo, em particular, os que poderiam ser considerados padrões mínimos de proteção nesta área”.

As regras de direitos humanos citadas pelo Estado solicitante não proíbem expressamente a realização de distinções por motivo de nacionalidade, nem pelo *status* migratório de um estrangeiro. Entretanto, as disposições sob análise não estabelecem uma enumeração taxativa ou exaustiva de condições em virtude das quais não se pode estabelecer distinção. Ao contrário, “parecem admitir que, em princípio, uma distinção por qualquer condição pode resultar em um tratamento discriminatório”.

As disposições aplicáveis à presente consulta foram interpretadas de maneira uniforme no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que uma medida é discriminatória apenas quando a distinção

de tratamento não se encontra fundamentada em motivos objetivos e razoáveis, isto é, quando não persegue um fim legítimo ou quando não existe uma relação proporcional entre os meios empregados e o fim que se tenta alcançar com esta medida. Entretanto, os Estados possuem determinada margem de apreciação para avaliar se se justifica uma diferença de tratamento entre pessoas que se encontram em uma situação similar.

Nesta análise não se faz referência expressa às duas últimas perguntas do México, em virtude de que a resposta dessas perguntas está subsumida à análise das outras perguntas.

Apesar de que o Estado solicitante se referiu em suas perguntas aos "direitos trabalhistas" em um sentido amplo, esta análise se concentra, especificamente, no "direito de toda pessoa aos benefícios salariais pelo trabalho já realizado", em virtude de que não existe dúvida de que no Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável aos Estados americanos esta proteção trabalhista mínima deve ser garantida a todo ser humano, incluídos os trabalhadores indocumentados. A esse respeito, é importante esclarecer que, para efeitos deste *amicus curiae*, a definição de "benefícios salariais pelo trabalho já realizado" compreende não apenas os chamados salários atrasados, mas também outros direitos trabalhistas acessórios como o direito a se associar a um sindicato ou o direito de greve.

Quanto à primeira pergunta da consulta (par. 4 supra):

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consagra em diversos instrumentos internacionais uma grande variedade de regras relacionadas com os direitos dos trabalhadores. As disposições em matéria de direitos trabalhistas incluídas em instrumentos adotados ou ratificados por Estados membros da OEA são: o artigo 23 da Declaração Universal; os artigos 34.g), 45.b) e 45.c) da Carta da OEA, e o artigo XIV da Declaração Americana. Adicionalmente, existem outros instrumentos internacionais relevantes para determinar o alcance das obrigações regionais de direitos humanos a respeito dos direitos dos trabalhadores, entre os quais cabe mencionar: os artigos 6, 7 e 8 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho relativa a Trabalhadores Migrantes; a

Constituição da Organização Internacional do Trabalho; e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

O direito de toda pessoa a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado se encontra localizado no grupo de direitos que "mais se aproximam aos direitos civis e políticos, seja porque têm um impacto direto sobre direitos, tais como o direito de propriedade ou o direito à personalidade jurídica [...] ou por seu caráter imediato e urgente, reiterado, implícita ou explicitamente, em muitos [...] instrumentos".

Os artigos 34.g) e 45.b) da Carta da OEA pressupõem a existência do direito do trabalhador a receber um salário pelo trabalho realizado, direito que por ser tão óbvio foi desnecessário consagrá-lo explicitamente. Este direito se encontra explicitamente protegido no artigo XIV da Declaração Americana. A Carta da OEA e a Declaração Americana não fazem nenhuma diferença entre cidadão ou estrangeiro em situação irregular, mas se referem de maneira geral a "pessoa" ou "trabalhador".

O artigo 23 da Declaração Universal reflete de forma implícita e explícita o princípio geral de que se uma pessoa trabalhou, deve receber a remuneração correspondente.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não foi invocado pelo México no pedido de Parecer Consultivo. Entretanto, este tratado também contém referências relevantes sobre o direito a receber um salário pelo trabalho realizado. Assim, o artigo 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador" garante o direito a um "salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção". A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias consagra explicitamente garantias mínimas que incluem o direito dos trabalhadores migrantes indocumentados aos benefícios salariais sobre o qual já trabalharam.

Devido a que os trabalhadores migrantes em situação irregular e suas famílias constituem um setor da sociedade particularmente vulnerável, o Estado tem a obrigação especial "de conceder proteções especiais ou, neste caso, abster-se de tomar medidas restritivas dos direitos trabalhistas destas pessoas que sejam excessivamente onerosas e que, evidentemente, não

apenas não são necessárias para alcançar o fim legítimo perseguido, mas que têm o efeito contrário”.

Além de qualquer construção jurídica referida a instrumentos internacionais, “é do mais elementar sentido de justiça que se garanta que uma pessoa que trabalhou receba seus benefícios salariais”. O contrário significaria aceitar uma forma moderna de trabalho escravo.

A prática generalizada dos Estados, refletida nos instrumentos internacionais, e a percepção destes Estados de que se trata de uma regra jurídica que sustenta a noção de *opinio juris*, sugerem a existência de uma regra internacional de caráter consuetudinário em relação ao direito do trabalhador a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado. Além disso, não parece existir resistência por parte dos Estados a respeito do reconhecimento deste direito, o que descarta a possibilidade de argumentar uma objeção persistente a esta regra.

Os direitos humanos, tais como o direito à igualdade ou direito ao salário, podem ser objeto de restrições, mas tais restrições devem responder a critérios de necessidade e proporcionalidade na obtenção de um fim legítimo. A implementação de medidas que controlam a imigração irregular ao território estatal é um fim legítimo. Entretanto, se estas medidas pretendem despojar os trabalhadores migrantes em situação irregular do direito a receberem os benefícios salariais pelo trabalho realizado, é imperioso realizar uma análise sobre sua proporcionalidade e necessidade, para o que se deve questionar se existem outras medidas menos restritivas do mencionado direito.

Existem outros mecanismos que podem ser adotados com o fim de controlar a imigração irregular ao território estatal, tais como a possibilidade de punir administrativa e penalmente os empregadores de trabalhadores indocumentados, endurecer os controles fronteiriços de imigração, estabelecer mecanismos de verificação de *status* jurídico para evitar a falsificação de documentos, deportar a pessoa indocumentada, e investigar e punir quem cometa um crime. Não parece ser proporcional nem necessário adotar medidas dirigidas a despojar os trabalhadores migrantes dos benefícios salariais pelos quais já trabalharam. Estas últimas medidas “parecem ser uma ‘punição’ que afeta excessivamente, não apenas o trabalhador, mas sua família”. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias pode servir como critério para confirmar que

determinadas restrições ao direito a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado não são necessárias nem proporcionais.

Além disso, o direito a receber os benefícios salariais pelo trabalho realizado tampouco pode ser limitado por meios indiretos, tais como a adoção de medidas que limitem o direito do trabalhador em situação irregular a reivindicar judicialmente seu salário, por exemplo, através da exigência de que se encontre presente fisicamente na jurisdição do Estado receptor para poder realizar tal reivindicação, uma vez que foi deportado e não lhe será concedida autorização para ingressar novamente a este Estado.

Quanto à pergunta 2.1 da consulta (par. 4 supra):

Em relação às disposições da Declaração Universal - excetuando os artigos 21 e 13- existe acordo em que, sob regras de direito consuetudinário, os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos fundamentais aos estrangeiros sob sua jurisdição, incluídos os que se encontrem residindo de forma irregular.

O Direito Internacional consuetudinário obriga os Estados a garantir a todos os estrangeiros residentes em sua jurisdição o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação e proíbe diferenças de tratamento entre cidadãos e estrangeiros que possam considerar-se não razoáveis. No entanto, os direitos e liberdades não são absolutos e é possível estabelecer determinadas limitações regulamentadas no artigo 29.2 da Declaração Universal.

Em conclusão, os instrumentos internacionais indicados pelo México na consulta garantem o direito à igualdade perante a lei a respeito de todas as pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado, independentemente da nacionalidade ou do *status* migratório. Entretanto, este direito não é absoluto e, em consequência, pode estar sujeito a restrições razoáveis. Além disso, sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana, este direito à igualdade perante a lei não é considerado uma regra inderrogável, isto é, que pode estar sujeito a suspensão em determinadas circunstâncias.

Quanto à pergunta 2.2 da consulta (par. 4 supra):

É necessário considerar que a existência de discriminação não se determina em abstrato, mas em virtude das circunstâncias concretas de cada caso. No

contexto particular da consulta realizada pelo México, o motivo para distinguir entre os trabalhadores migrantes em situação irregular e outros trabalhadores, quanto ao reconhecimento dos direitos trabalhistas mínimos, é o *status* migratório dos primeiros e não sua nacionalidade.

O tratamento diferente que proporcionam certos Estados americanos aos trabalhadores em situação irregular, em razão de seu *status* migratório, não implica *per se* uma discriminação. Segundo a jurisprudência internacional constante, uma distinção de tratamento será discriminatória quando não se encontre fundamentada em motivos objetivos e razoáveis. Isto é, quando não persiga um fim legítimo ou quando não exista uma relação de proporcionalidade entre o meio empregado e o fim que se tenta alcançar com a medida ou prática questionada. Além disso, o direito à igualdade não é absoluto, de modo que pode ser objeto de limitações permissíveis e seu exercício pode ser suspenso em situações de estado de exceção ou emergência. A análise de proporcionalidade da distinção de tratamento deve considerar que se trata de direitos trabalhistas mínimos e que seriam desconhecidos de uma população vulnerável.

Além disso, apesar de que os Estados gozam de uma margem de discricionariedade para estabelecer distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros na aplicação das leis migratórias, esta margem se reduz consideravelmente quando os direitos em jogo são tão fundamentais que sua restrição ou privação afeta os princípios mínimos de respeito à dignidade humana.

Em situações em que a denegação de direitos pode situar uma pessoa em uma condição semelhante ao trabalho forçado, "corresponde [à] Honorable Corte restringir ao máximo o espaço de apreciação do Estado e exercer um controle estrito sobre as justificações feitas por est[e] para fundamentar suas políticas".

Apenas em situações excepcionais, com características similares às que se apresentam em um estado de emergência, e se tratando de medidas estritamente limitadas às exigências da situação, pode-se justificar um tratamento diferente quanto ao desfrute dos direitos trabalhistas mínimos anteriormente identificados, entre estrangeiros que se encontrem em uma situação migratória irregular e nacionais ou residentes legais.

A prática de alguns Estados americanos de subordinar o reconhecimento do direito aos benefícios salariais, entendido em um sentido amplo, ao cumprimento de regras de direito migratório, é irrazoável e incompatível

com a obrigação de respeitar e garantir o direito de igualdade perante a lei.

O desconhecimento dos padrões trabalhistas mínimos aos trabalhadores indocumentados não contribui a restringir o ingresso de migrantes irregulares aos Estados. Ao contrário, promove que empregadores inescrupulosos contratem mais trabalhadores que se encontrem nessa situação irregular, devido à possibilidade de submetê-los a condições extremas de trabalho sem que exista repressão por parte do Estado. Se os trabalhadores indocumentados se organizam para reivindicar seus direitos, os empregadores poderiam recorrer a denunciar sua situação de irregularidade e, dessa forma, evitariam cumprir as regras trabalhistas mínimas.

Uma política de controle de imigração mais apropriada deveria aplicar penas severas a quem contratasse migrantes irregulares, apesar de conhecer ou devendo ter conhecido seu *status* migratório, com o propósito de se beneficiar da possibilidade de oferecer garantias trabalhistas inferiores. Vários Estados americanos não possuem legislação que penalize este tipo de condutas, e nos Estados que estabeleceram multas se reconhece que não são suficientemente severas para desencorajar a contratação de trabalhadores em situação irregular.

O padrão de interpretação que se propõe não restringe o direito dos Estados de aplicar as penalidades correspondentes, tais como a deportação das pessoas que descumpram as disposições incluídas na legislação migratória ou que, de qualquer forma, violem as regras penais de direito interno. Apesar de um indivíduo poder ser deportado por encontrar-se de forma ilegal no território de um Estado, este último deve cumprir suas obrigações de respeitar os direitos fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Em conclusão, a denegação aos trabalhadores indocumentados de padrões trabalhistas mínimos, entendidos como o direito aos benefícios salariais em sentido amplo, com base em seu *status* migratório, é contrária ao direito à igualdade perante a lei, em razão de que constitui uma medida desproporcional para alcançar os fins de política migratória que perseguem os Estados que aprovam esta prática.

*Centro pela Justiça e o
Direito Internacional
(CEJIL)*

Em suas intervenções escritas e orais, manifestou que:

A consulta do México está diretamente relacionada a uma situação prática de suma gravidade, de modo que

será de grande utilidade para a região.

Este *amicus curiae* se concentra nas perguntas 1.1, 2.1 e 2.2 do pedido de Parecer Consultivo.

No plano jurídico, o princípio de igualdade é considerado um direito fundamental e a obrigação de não discriminar constitui uma das proibições centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este princípio “é um regulador ideal aplicável a todos os direitos”.

No plano fático, o direito à igualdade pode ser violado de distintas maneiras, tais como: o proferimento ou aplicação de regras discriminatórias, o estabelecimento ou aplicação de regras *prima facie* neutras, mas com um impacto diferencial negativo sobre um indivíduo ou grupo de pessoas, e o estabelecimento de medidas ou práticas diretamente prejudiciais para um indivíduo ou grupo.

Apesar de o Sistema Interamericano não contar com um instrumento exclusivamente dedicado à proteção contra a discriminação aos trabalhadores migrantes, a Convenção Americana e a Declaração Americana contêm regras que evidenciam o compromisso dos Estados de garantir a igualdade perante a lei e a vigência dos direitos reconhecidos nas distintas convenções sem discriminação alguma. O Sistema Interamericano confere proteção de não discriminação aos direitos protegidos no âmbito nacional, através da cláusula de igualdade perante a lei. Portanto, os Estados membros devem buscar que sua legislação não contenha disposições discriminatórias e garantir que não existam medidas, práticas, ações ou omissões que afetem prejudicialmente um grupo ou indivíduo.

O artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não se limita a reiterar o previsto no artigo 2.1 deste tratado, mas “estende uma proteção autônoma, pois proíbe a discriminação de fato e de direito em qualquer esfera e a proteção perante as autoridades públicas”. Este princípio é diretamente aplicável aos direitos econômicos, sociais e culturais por sua inclusão no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os direitos consagrados na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias deverão ser garantidos a todos os trabalhadores migrantes, sem importar sua situação migratória.

O princípio de igualdade e de não discriminação está

reconhecido na Declaração Americana, na Convenção Americana e em outros tratados internacionais, os quais coincidem em garantir a todas as pessoas os direitos consagrados em tais instrumentos, sem discriminação por razões de sexo, idioma, credo, origem nacional e social, e qualquer outra condição.

Os motivos que podem gerar discriminação não se limitam aos que se encontram expressamente contemplados nos instrumentos interamericanos. Os textos da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outros instrumentos internacionais supõem a existência de outros motivos de discriminação possíveis. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que a cláusula de não discriminação se aplica a casos não enunciados taxativamente nos pactos internacionais. Nesse sentido, o Tribunal Europeu analisou tratamentos discriminatórios em razão da orientação sexual e da idade.

De igual forma, os motivos que podem dar lugar à formação de uma "categoria suspeita" não se esgotam na enumeração estabelecida nos instrumentos interamericanos. A determinação destas categorias "está relacionada com as características da discriminação em um dado momento em um país ou região". A relevância da identificação de uma "categoria suspeita" dependerá, em grande medida, da análise concreta da situação de fato regulada. Por isso, no caso dos trabalhadores migrantes, é fundamental analisar, sem abstrações, os fatos regulamentados pelo direito trabalhista.

Para estabelecer, no Sistema Interamericano, se um ato que parte da diferença de duas situações de fato é discriminatório, devemos primeiro avaliar se estamos diante de uma hipótese de fato objetivamente desigual; depois, analisar se a regra ou medida que distingue persegue um fim legítimo; e, posteriormente, estabelecer se existe um vínculo de proporcionalidade entre as diferenças estabelecidas pela regra ou medida e seus objetivos.

Muitos Estados se converteram em emissores ou receptores de pessoas que emigram em busca de trabalho. Uma análise da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre 152 Estados determinou que, entre 1970 e 1990, o número de Estados classificados como grandes receptores de migrantes em busca de trabalho passou de 39 a 67, e o número de Estados considerados grandes emissores de migrantes por motivos de trabalho passou de 29 a 55. Nas últimas décadas, o motivo principal que tem provocado que as pessoas abandonem seu Estado de origem foi o de

encontrar bons empregos ou ter acesso a uma melhor remuneração.

A imigração irregular tem aumentado como consequência de situações de extrema pobreza e falta de oportunidades nos Estados de origem. Este fato favoreceu o surgimento da "indústria da migração". Com o propósito de não pagar salários adequados ou não se esforçar em dar condições de trabalho dignas, os patrões optam por empregar os imigrantes indocumentados. "Os Estados receptores não são alheios a esta exploração, pois também se beneficiam desta 'indústria', em virtude de que sua economia cresce às custas desta situação irregular".

No continente americano, os trabalhadores migrantes em situação irregular foram objeto de várias práticas discriminatórias e abusivas, as quais se observam em seu ingresso traumático ao Estado receptor, na discriminação e nos ataques xenófobos que sofrem em sua vida cotidiana, nos maus-tratos que recebem em seu trabalho, e no modo em que são expulsos do Estado receptor.

A desigualdade de condições entre o patrão e o trabalhador migrante indocumentado é mais drástica que em outras relações de trabalho, em razão da irregularidade deste último. Pela grave situação econômica que enfrentam, os trabalhadores migrantes indocumentados estão dispostos a aceitar condições de trabalho inferiores às de outras pessoas que residem legalmente no país. As ocupações às que podem ter acesso os trabalhadores migrantes variam segundo o país; entretanto, "em todos os casos os empregos que obtêm, quanto à sua remuneração, são os menos atrativos e, em termos de higiene e salubridade, os mais perigosos".

Os trabalhadores migrantes em situação irregular enfrentam possibilidades limitadas (de fato ou de direito) de alcançar a tutela de seus direitos diante de situações de precariedade ou exploração. Em geral, existe um regime de imunidade para quem abusa da vulnerabilidade destes trabalhadores e um regime de castigo para estes últimos.

Todas as mencionadas condições em que se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados os converte em um grupo desfavorecido, sendo assim vítimas de práticas sistemáticas de discriminação na região. Além disso, a situação das mulheres migrantes merece uma menção especial, pois são vítimas de uma dupla discriminação, primeiro por serem mulheres e depois

por serem migrantes.

Em muitas oportunidades o egresso dos migrantes dos Estados receptores ocorre no contexto de procedimentos arbitrários. Nem sempre os trâmites de deportação se realizam de acordo com as garantias mínimas exigíveis.

“Em conclusão, os estudos realizados por organizações supranacionais e por organizações não governamentais dão conta da situação precária na qual se encontram os/as trabalhadores/as imigrantes irregulares quanto ao desfrute e exercício de seus direitos humanos nos países que os recebem; e, em particular, trazem luz para a discriminação sistemática da que são objeto no âmbito trabalhista”.

Em razão da situação de vulnerabilidade que afeta os trabalhadores migrantes em situação irregular, é imperativo examinar com especial atenção qualquer distinção de tratamento baseada em sua condição migratória, pois tal situação origina uma “categoria suspeita”. A identificação de uma “categoria suspeita” exige que se presuma a ilegitimidade da distinção.

Na definição das situações que originam uma “categoria suspeita” devem ser incluídas aquelas que expressam as realidades de discriminação e abuso sistemático atual na região.

A primeira razão que justifica o reconhecimento dos trabalhadores migrantes em situação irregular como “categoria suspeita” é que a discriminação contra este grupo se encontra intimamente ligada à sua nacionalidade, etnia ou raça, que sempre é distinta à hegemônica do Estado em que trabalham. A esse respeito, a nacionalidade, raça ou etnia são proibidas explicitamente como motivo de distinção. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na decisão *Trimble v. Gordon*, “considerou que as classificações baseadas na origem nacional eram primas-irmãs das relativas à raça, de modo que correspondiam a áreas nas quais era necessário aplicar o princípio de igualdade perante a lei e não discriminação”.

A segunda razão que justifica o reconhecimento dos trabalhadores migrantes em situação irregular como “categoria suspeita” é a condição especial de vulnerabilidade deste grupo, principalmente pela discriminação sistemática que sofrem no âmbito trabalhista nos Estados receptores. Os trabalhadores migrantes indocumentados são discriminados em vários âmbitos de seu desenvolvimento vital. Entretanto, a discriminação se manifesta com especial clareza no

âmbito trabalhista.

Os tratados de direitos humanos se referem aos direitos de "toda pessoa", e os tratados que prescrevem os direitos dos trabalhadores enunciam os direitos de "todos os trabalhadores", sem distinções relativas à situação migratória do trabalhador. No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reconhece os direitos dos trabalhadores migrantes com independência de que sejam documentados ou indocumentados.

As distinções de tratamento em razão da origem nacional, etnia ou raça estão explicitamente proibidas na Convenção Americana, na Declaração Americana, bem como em outros instrumentos internacionais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que nos casos de discriminação por nacionalidade é necessário realizar um exame estrito, e que em casos de direitos à previdência social, a origem nacional deve ser considerada como uma "classificação suspeita". No caso *Gaygusuz Vs. Áustria*, o Tribunal Europeu afirmou que devem ser alegadas razões de muito peso para que a diferença de tratamento, fundamentada apenas na nacionalidade, seja considerada compatível com a Convenção Europeia, e decidiu que havia sido violado o artigo 14 deste tratado ao denegar a um trabalhador turco a obtenção ao seguro desemprego com base em sua nacionalidade.

A proibição de dar um tratamento diferente com base na origem nacional, somada à discriminação sistemática da que são objeto os trabalhadores migrantes em situação irregular no âmbito trabalhista, exigem que as distinções entre trabalhadores imigrantes indocumentados e trabalhadores imigrantes legais ou cidadãos no âmbito trabalhista "se vinculem de forma necessária com os fins perseguidos".

A elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho poderiam justificar restrições aos direitos trabalhistas dos migrantes, sempre que tais restrições sejam necessárias. "Uma distinção legal ou prática entre os imigrantes indocumentados, por um lado, e os residentes documentados e os cidadãos, por outro, que negue aos primeiros, o direito a gozar de condições dignas e equitativas de trabalho, de jornadas de trabalho limitadas, de férias pagas, de remunerações justas e de promoções no emprego ou de qualquer outro direito trabalhista reconhecido na legislação do país receptor, ou que desconheça os direitos sindicais para

defender seus interesses, ou que negue os direitos à previdência social, não poderia de nenhuma forma ser necessária para a regulamentação de políticas migratórias ou do mercado de trabalho”.

A princípio, não existe uma “relação necessária” entre a elaboração e execução de políticas migratórias e a regulamentação do mercado de trabalho, por um lado, e as eventuais restrições aos direitos trabalhistas durante a vigência do contrato, por outro, que permita definir essas restrições como proporcionais aos objetivos perseguidos. “Esse tipo de restrições não são as que claramente procuram um interesse social imperativo e tampouco são as que restringem em menor escala o direito protegido”.

Os direitos trabalhistas contemplados nos pactos internacionais correspondem aos trabalhadores por sua condição de trabalhador, com independência de sua nacionalidade ou situação migratória. Não se poderia agravar ou perpetuar a situação de desproteção na qual se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados, invocando como fim “a elaboração e execução de políticas migratórias ou a regulamentação do mercado de trabalho”.

Restringir o desfrute dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes em situação irregular é irrazoável e desnecessário. Tais restrições fomentam a contratação de migrantes indocumentados e consolidam a vulnerabilidade de um setor da população que se encontra em uma situação de discriminação sistemática e de grave vulnerabilidade.

Os objetivos das políticas migratórias e da regulamentação do mercado de trabalho podem ser alcançados através de meios menos onerosos para a tutela dos direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular. Por exemplo, podem ser impostos maiores controles sobre as políticas de ingresso dos imigrantes ou punições pecuniárias aos empregadores.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias demonstra que o objetivo de regulamentar o mercado de trabalho pode ser alcançado através de um meio menos oneroso para os trabalhadores migrantes, ao estabelecer que “[a] prática de empregar trabalhadores migrantes que se encontrem em situação irregular seria desencorajada se fossem reconhecidos mais amplamente os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes”.

É conveniente identificar os custos de uma política que não protege os direitos trabalhistas dos trabalhadores imigrantes em situação irregular, mas que se beneficia economicamente da exploração do trabalho. "Se a partir do Direito Internacional se pretende alentar a consolidação de sociedades democráticas, em lugar de permitir a manutenção de situações de exclusão que não são mais do que outra forma de impor sanções aos migrantes, deveria se recomendar aos Estados que, a partir do direito trabalhista, do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos se ofereça uma proteção generosa aos/as trabalhadores/as migrantes indocumentados/as".

Em conclusão, não se deve estabelecer nenhuma diferença em relação à situação dos imigrantes indocumentados quanto ao alcance da proteção em termos do direito trabalhista. As condições atuais dos trabalhadores migrantes em situação irregular originam uma "categoria suspeita", de modo que qualquer restrição que queira se impor a seus direitos trabalhistas deverá passar por um controle estrito. Os trabalhadores migrantes em situação irregular que sejam contratados para realizar um trabalho deverão gozar de todos os direitos trabalhistas.

As respostas do Estado diante da situação especial de vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes irregulares podem ser variadas, mas não se pode deixar de considerar sua situação especial de discriminação sistemática e desamparo. "[O] direito interamericano requer que, diante desta realidade, sejam tomadas as medidas especiais ou diferenciadas a fim de garantir a igualdade".

Na Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, no ano de 2001, reafirmou-se a necessidade de eliminar a discriminação contra os trabalhadores migrantes e se recomendou a adoção de todas as medidas possíveis para promover que os migrantes desfrutem dos direitos humanos, em particular dos direitos relacionados: aos salários justos e à remuneração equitativa por trabalho de igual valor, sem distinção alguma; ao direito à segurança em caso de desemprego, doença, deficiência, viuvez, velhice ou outra falta de meios de subsistência em circunstâncias alheias a sua vontade; e à previdência social, incluindo o seguro social.

Entre as medidas dirigidas a eliminar as referidas discriminações, os Estados deveriam examinar sua legislação e práticas com a finalidade de derrogar todas

as disposições que restrinjam os direitos dos trabalhadores migrantes e modificar as condutas segregativas. Além disso, o Estado pode “promover políticas públicas para impulsionar o respeito pela diversidade, dissuadir a discriminação e incentivar que as instituições públicas adotem medidas concretas para promover a igualdade”. Inclusive, o Estado pode organizar campanhas educativas e de sensibilização dirigidas a seus funcionários e à população em geral.

A existência de condições de real desigualdade obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos interesses.

Ademais, um passo fundamental para garantir a efetiva proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes em situação irregular consiste em “articular os meios para que o sistema de justiça receba suas reivindicações”, já que a simples existência dos direitos substantivos não basta para garantir sua vigência. Além disso, quando os imigrantes tenham retornado a seu estado de origem, o Estado receptor também deverá garantir o acesso à justiça. Se os empregadores concederem aos imigrantes um tratamento contrário às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes poderiam reivindicar a correspondente reparação, com independência de sua situação migratória. “Por isso, o Estado deve pôr ao alcance dos trabalhadores migrantes irregulares serviços jurídicos gratuitos ou de baixo custo para que possam realizar sua reivindicação através de um recurso simples e rápido”. Este critério se encontra previsto no artigo 18 da Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

As reformas que o Estado estabeleça para melhorar a situação dos migrantes em situação irregular devem ter um impacto tanto no setor público como no setor privado, em virtude de que as violações aos direitos “que aconteçam no setor privado, enquanto tenham contado com a anuência ou cumplicidade do Estado[,] poderão ser imputáveis a este”. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua Observação Geral 28, argumentou que os Estados devem eliminar as ações discriminatórias tanto no setor público como no privado.

A condição migratória dos trabalhadores imigrantes não pode ser uma variável a considerar para reconhecer seus direitos trabalhistas durante o período de sua contratação. Devem ser garantidos não apenas os

direitos trabalhistas fundamentais, mas também todos os direitos trabalhistas reconhecidos nos pactos internacionais aplicáveis na América.

A interrelação dos direitos humanos não apenas se dá entre as distintas classificações de direitos, mas também “compreende todos os direitos incluídos dentro de uma única categoria de direitos, como, por exemplo, neste caso, os direitos trabalhistas”. Em particular, a Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e os Membros das suas Famílias prescreve que os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes, sejam documentados ou indocumentados, não podem ser restringidos de nenhuma outra maneira.

Para efeitos deste *amicus curiae*, os direitos contemplados nos pactos internacionais compreendem: 1) direitos trabalhistas no contexto do contrato de trabalho, 2) direitos sindicais, e 3) direitos à previdência social.

Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço Ecumênico de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF) e Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires

Em suas intervenções escritas e orais, manifestaram que:

Esse *amicus curiae* se limita a responder as perguntas 2.1 e 3.

A situação migratória das pessoas foi e continua sendo um obstáculo para o acesso de todos os imigrantes a seus direitos humanos fundamentais. Existe normativa legal e infra legal que se opõe ao disposto na Convenção e na Declaração Americanas e em outros instrumentos internacionais, privando as pessoas de seus direitos humanos em razão de sua situação migratória.

Quanto à segunda pergunta (par. 4 supra):

O preâmbulo da Convenção Americana reconhece a essência natural e universal dos direitos humanos, que tem como fundamento os atributos da pessoa humana e não sua nacionalidade. Disso decorre que a proteção à pessoa humana alcança todas as pessoas, isto é, que tem um caráter universal.

Através da aprovação e ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, os Estados assumem uma série de obrigações inescapáveis para todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição. Estas obrigações foram amplamente desenvolvidas pelos distintos órgãos de controle destes tratados, “seja de forma genérica, em relação a um determinado grupo social, ou se referindo a cada direito em particular”.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral 15, ao interpretar recentemente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, destacou que "o desfrute dos direitos reconhecidos pelo Pacto não está *limitado aos cidadãos* dos Estados Partes, devendo estar *também* ao alcance de todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou de sua condição de apátridas, entre eles os solicitantes de asilo, os refugiados, os *trabalhadores migrantes e demais pessoas que estejam no território ou sob a jurisdição* do Estado Parte".

De acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos e sua interpretação realizada pelos órgãos de controle e pela doutrina, todo ser humano que se encontre no território de um Estado pode exigir a este a proteção de seus direitos. O princípio de não discriminação é um dos elementos essenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e se encontra consagrado em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

As milhares de pessoas migrantes em todo o mundo que não possuem uma residência regular no país que habitam constituem um grupo com uma particular "condição social".

Deve-se considerar que o princípio de não discriminação se encontra íntima e inseparavelmente vinculado ao conceito de grupo em situação de alta vulnerabilidade, o qual requer proteção especial. Portanto, a situação de vulnerabilidade e a "condição social" dos migrantes, em particular os que se encontram em situação irregular, poderiam determinar a existência de um motivo proibido em virtude do princípio de não discriminação".

As Nações Unidas convocaram três Conferências Mundiais contra o Racismo e a Discriminação, e em todas se fez ampla referência à discriminação aos migrantes, com menção expressa a seu *status* de residência. Também se deve mencionar que foram criadas Relatorias especiais, no âmbito universal e regional, com o propósito de verificar a situação dos direitos humanos das pessoas migrantes e a discriminação que sofrem por sua condição de estrangeiros ou por seu *status* de residência.

Além disso, as legislações nacionais incluíram o conceito de "condição migratória" como uma condição social que se deve considerar como motivo proibido segundo o princípio de não discriminação.

As obrigações dos Estados que emanam de instrumentos internacionais não podem ser evitadas por razões de nacionalidade, *status* migratório ou pela situação de residência da pessoa. Sobre esta questão, os órgãos criados pela Carta das Nações Unidas ou pelos tratados de direitos humanos expressaram de maneira conclusiva que as pessoas migrantes, independentemente de seu *status* migratório, encontram-se protegidas por todos os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado no qual se encontrem.

O Grupo de Trabalho Intergovernamental de Especialistas em Direitos Humanos dos Migrantes das Nações Unidas afirmou que “[*todas as pessoas, independentemente do local de residência, têm direito ao pleno desfrute de todos os direitos estabelecidos na Declaração Universal sobre Direitos Humanos. Corresponde a todos os Estados respeitar os direitos humanos fundamentais dos migrantes, independentemente de sua condição jurídica*”]. Além disso, destacou que “[*u]m princípio básico dos direitos humanos é que o fato de entrar em um país distinto do próprio violando as leis de imigração do país não supõe a perda dos direitos humanos do imigrante em situação irregular*”. Tal situação também não suprime a obrigação de um Estado membro de protegê-los”.

Em conclusão, a resposta à pergunta 2.1 pode ser resumida em que “[*a]s obrigações e a responsabilidade dos Estados, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não se desvirtuam -de forma alguma- segundo o tipo de residência ou permanência de cada pessoa no Estado no qual habite. Os direitos emanados do DIDH são de todas as pessoas, por sua única condição de ser humano, e se devem respeitar, proteger e garantir sem nenhuma discriminação por motivos proibidos (entre eles, a situação migratória da pessoa). Por sua vez, [...] toda pessoa está sujeita à jurisdição do Estado em cujo território se encontre, independentemente de sua condição migratória. Por tal motivo, os órgãos de controle dos tratados de direitos humanos -bem como os emanados da Carta da ONU- destacaram em diversas ocasiões que os direitos humanos devem se respeitar e garantir a todas as pessoas, independentemente de sua situação migratória*”.

Quanto à terceira pergunta (par. 4 supra):

Cada Estado tem a faculdade -em razão do princípio de soberania- de fixar sua própria política migratória e, em consequência, de estabelecer os critérios sobre a

admissão e residência das pessoas migrantes. No entanto, isso não significa que esta política se encontre fora das obrigações de cada Estado, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A política e a normativa migratórias devem respeitar todo o estipulado nos instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecidos em cada Estado. De acordo com o disposto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e a interpretação realizada pelos órgãos competentes, a faculdade soberana de fixar a política migratória -bem como outras políticas emanadas da soberania estatal- *“não exime nem restringe de nenhuma forma as obrigações de respeito, proteção e garantia de todos os seres humanos sujeitos à jurisdição de cada Estado”*.

Também em matéria de legislação migratória, como em qualquer outro âmbito da política estatal, cada legislação ou política definida pelo Estado ou a ausência delas, poderia configurar a violação de direitos consagrados nos instrumentos internacionais dos quais esse Estado seja parte. Com o fim de evitar tal situação, existem uma série de princípios, padrões e limites estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos que cada Estado deve respeitar ao estabelecer qualquer política, incluída a política e legislação migratórias.

Na Conferência de Durban, os Estados se comprometeram a “revisar, quando necessário, suas leis de imigração, suas políticas e práticas, de modo que estejam livres de toda discriminação racial, e que sejam compatíveis com as obrigações dos Estados, de acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos”. No mesmo sentido, na Conferência Regional das Américas, os governos se comprometeram a “revisar suas políticas e práticas de imigração a fim de eliminar aquelas que discriminam os migrantes de uma maneira incoerente com as obrigações contraídas em instrumentos internacionais de direitos humanos”.

Cada instrumento internacional de direitos humanos se ocupa em estabelecer de forma expressa os critérios e requisitos que cada Estado parte deve respeitar no momento de regular, regulamentar e restringir os direitos reconhecidos em tais instrumentos.

As restrições ao exercício dos direitos humanos devem se estabelecer de acordo com certos requisitos de forma e condições de mérito.

O artigo 30 da Convenção Americana afirma os

requisitos formais que devem cumprir tais restrições. A exigência de uma lei formal implica que os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para se assegurar que toda a normativa que não emana dos "órgãos democraticamente escolhidos e constitucionalmente facultados" não estabeleça nenhuma restrição, violação ou interferência ilegítima a um direito reconhecido na Convenção.

Com o fim de cumprir essa obrigação em relação aos direitos dos migrantes, os Estados devem avaliar prioritariamente as regras proferidas pelos organismos especializados em questões migratórias. Devem ser examinadas as diferentes decisões (resoluções, decretos, etc.) proferidas por todas as esferas e políticas estatais, as quais incidem ou podem incidir de forma grave e inquestionável na violação dos direitos dos migrantes em razão de sua situação migratória.

O fato de que a restrição deva estar prescrita por lei "supõe uma regra de aplicação geral que se deve compadecer com o respeito ao princípio de igualdade, e não deve ser arbitrária, insensata nem discriminatória".

Além do cumprimento do requisito formal, para que a restrição de um direito humano seja legítima, deve estar dirigida à consecução de determinados fins ou objetivos legítimos.

De acordo com o estabelecido nos instrumentos internacionais, os fins que justificam ou legitimam uma restrição dos direitos humanos, ou seja, os requisitos de mérito, são conceitos tais como "necessidade democrática", "ordem pública", "segurança nacional", "bem comum", "saúde pública" e "moral". Em seguida, procedeu a analisar cada um destes conceitos.

As perguntas realizadas pelo México apenas podem ter uma resposta: "o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi elaborado para a proteção universal de todas as pessoas, sem discriminação alguma pelos motivos proibidos (entre eles, a situação migratória da pessoa)".

Em conclusão, toda política ou normativa migratória deve ser acorde aos padrões internacionais e regionais vigentes em matéria de restrições legítimas de direitos humanos. Em primeiro lugar, apenas é possível restringir direitos na medida em que a restrição pretenda alcançar fins legítimos contemplados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em segundo lugar, a restrição deve-se realizar através da lei formal, a qual deve respeitar o princípio de igualdade,

não ser arbitrária nem discriminatória. Em terceiro lugar, não deve existir nenhuma alternativa menos restritiva aos direitos em questão. Finalmente, em cada caso concreto, o Estado deverá fundamentar não apenas a razoabilidade da medida, mas terá de realizar um estrito escrutínio que desvirtue o princípio de ilegitimidade que recai sobre toda medida que restrinja um direito com base em um motivo proibido pelo princípio de não discriminação.

“[A]s pessoas que migram por causas ligadas à pobreza, antes disso foram privadas de seus direitos (entre outros, ao emprego, educação, moradia, saúde, etc.). Diante dessa desproteção por parte de seu Estado (ou melhor, dito das violações de direitos humanos cometidas pelo Estado), a pessoa decide imigrar a outro país, no qual espera -dessa vez- poder gozar dos direitos que os instrumentos internacionais lhe garantem [...]. Diante desta realidade, é ainda mais inadmissível que milhões de pessoas possam ser excluídas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, dessa vez em razão do *status* migratório que possa ter no país ao qual imigrou”.

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

Em sua intervenção oral, o ACNUR manifestou que:

Na atualidade, carece de sentido traçar uma linha estrita entre o que são o deslocamento voluntário e o deslocamento forçado de pessoas, devido a que os motivos que provocam a migração são complexos e implicam uma mistura de fatores políticos, econômicos e sociais. A natureza e complexidade dos deslocamentos atuais dificultam a determinação de uma linha clara entre migrantes e refugiados. A partir da década de 1990, o ACNUR estudou o nexo existente entre asilo e migração e, em particular, a necessidade de proteger os refugiados dentro das correntes migratórias. Entretanto, ainda não existe um mecanismo internacional que se ocupe estritamente da migração.

Embora seja verdade que as políticas migratórias se enquadram dentro do âmbito da soberania dos Estados, a adoção e implementação de tais políticas têm limites estabelecidos pelos instrumentos de direitos humanos. Dentro destes limites, encontra-se o estipulado pela Convenção Americana, pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966, e pela Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Tais instrumentos igualmente devem informar a decisão da Corte sobre este pedido de Parecer Consultivo, de acordo com o artigo 29 da

Convenção Americana e o princípio *pro homine*.

Em relação ao nexos entre o asilo e a migração, cabe ressaltar que nas atuais circunstâncias, os migrantes e outras pessoas que buscam proteção, tais como os solicitantes de asilo e os refugiados, compartilham os mesmos movimentos e requerem proteção. Apesar de que nem todas essas pessoas se qualificam como refugiados sob os instrumentos internacionais, é necessário estabelecer as proteções que permitam identificá-los e oferecer proteção às distintas categorias migratórias. Diante da existência de poucas opções legais para efeitos de ingressar e permanecer em determinados territórios, cada vez "é mais frequente o uso dos sistemas de asilo, a fim de que determinadas categorias migratórias possam ter uma oportunidade de permanecer em um país".

Na atualidade, não apenas se presume que as pessoas estrangeiras que ingressam a um território são migrantes, mas, além disso, quando são catalogadas como tais "o que se quer dizer é que não possuem direitos e que, desse modo, o Estado, em exercício de sua soberania, pode expulsá-los, deportá-los ou violar seus direitos básicos". Além disso, a carência de opções legais para migrar e as políticas restritivas em matéria de asilo e migração provocam que os refugiados e os migrantes "enfrentem condições sub-humanas, com *status* jurídico precário e em muitos casos com direitos abertamente limitados", sejam mais vulneráveis ao problema do tráfico de pessoas, e sejam objeto de maior discriminação e xenofobia na maioria dos Estados receptores.

A condição irregular de um migrante não deve privá-lo do desfrute e do exercício dos direitos fundamentais estabelecidos na Convenção Americana e em outros instrumentos de direitos humanos. O Estado deve proteger todas as pessoas sob sua jurisdição, sejam ou não nacionais.

É necessário ressaltar a vulnerabilidade dos migrantes, a qual se vê exacerbada não apenas pelo número limitado de países que ratificaram os instrumentos internacionais para sua proteção, mas também pela carência de uma organização internacional que tenha o mandato específico de proteger os direitos fundamentais de tais pessoas. A respeito deste último aspecto, é importante afirmar que o Estatuto da Organização Internacional para as Migrações se refere ao manejo e à administração da migração, que não necessariamente corresponde à proteção dos direitos fundamentais dos migrantes.

É necessário ressaltar que em um contexto, no qual a maioria dos Estados de América são partes das convenções internacionais em matéria de refugiados, igualmente uma imensa maioria não possui instrumentos idôneos para o propósito de identificar àquelas pessoas que requerem proteção. Isso não se refere unicamente aos solicitantes de asilo e refugiados, mas também aos migrantes que tampouco contam com as proteções necessárias para garantir um respeito mínimo de seus direitos fundamentais, consagrados na Convenção Americana.

Assim mesmo, a aplicação de maiores controles migratórios e políticas de interceptação faz que se opte, na maioria dos casos, pelo anonimato e a permanência irregular, e assim, diferentemente do que foi no passado, hoje se pode falar de "refugiados de fato", porque a maioria ou não querem ser reconhecidos pelos Estados ou estão sendo devolvidos.

Além disso, embora seja verdade que, no caso dos refugiados, o direito ao trabalho está consagrado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, este instrumento internacional que estabelece os direitos mínimos para esta categoria migratória lamentavelmente não se refere aos solicitantes de asilo. Nesse sentido, uma interpretação simplista poderia chegar a dizer que, no caso dos solicitantes de asilo e dos migrantes, não existem direitos trabalhistas. Tal interpretação não apenas é contrária ao espírito e a letra dos instrumentos internacionais, mas também equivale a um aberto retrocesso a respeito do caráter progressivo dos direitos humanos.

Em consequência, os parâmetros de proteção que se estabeleçam através deste pedido de Parecer Consultivo, podem ser aplicáveis, por analogia, à proteção dos direitos trabalhistas dos solicitantes de asilo.

A condição migratória "constitui e deve constituir um motivo proibido para a discriminação em nosso Continente, com base na Declaração Americana, bem como [na] Convenção Americana sobre Direitos Humanos". O princípio de não discriminação está consagrado em todos os instrumentos de direitos humanos.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ampliou os motivos de não discriminação, com base no artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Foi estabelecido que qualquer diferença deve

ser razoável, objetiva e dirigida a alcançar um propósito legítimo. No caso do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabeleceu o motivo de discriminação por "outro *status*", o que seria equivalente a "outra condição", isto é, que poderio ocorrer uma discriminação sob outros motivos não enunciados explicitamente neste Pacto.

A linha de interpretação anterior é relevante para este Parecer Consultivo, porque a Declaração Americana estabelece que pode haver discriminação por "outra" distinção além da raça, sexo, idioma e credo. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado proíbe qualquer discriminação de direitos e liberdades, estabelecendo 12 motivos, entre os quais se mencionam a origem nacional e "qualquer outra condição social".

Em razão de que o princípio de não discriminação é uma regra básica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de acordo com o estabelecido pelos órgãos de supervisão dos tratados internacionais das Nações Unidas, deve-se chegar à conclusão de que "os motivos de não discriminação contemplados nos instrumentos interamericanos são igualmente indicativos, enunciativos e nunca exaustivos ou taxativos, já que desvirtuariam o objeto e o propósito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é o respeito dos direitos e liberdades fundamentais em nosso continente".

Em particular, com base na condição especial de vulnerabilidade dos solicitantes de asilo, dos refugiados e dos migrantes, pode-se validamente deduzir que de acordo com a Declaração Americana e a Convenção Americana, qualquer outra condição social ou "*any other factor*" seria motivo suficiente para afirmar que existe uma proibição específica de não discriminação em nosso continente.

É necessário firmar que no caso da América, a referida vulnerabilidade dos migrantes, solicitantes de asilo e refugiados foi explicitamente reconhecida na Convenção de Belém do Pará para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, na qual se estabelece que "para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados partes terão especialmente em consideração a situação de vulnerabilidade à violência que possa sofrer a mulher em razão, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou deslocada".

Em razão das considerações anteriores, deve-se concluir que dentro das discriminações proibidas se encontra “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em qualquer motivo como a nacionalidade” e que tenha como objetivo anular o reconhecimento, o desfrute ou o exercício dos direitos estabelecidos nos instrumentos internacionais, em igualdade de condições.

Além disso, as garantias legais judiciais contempladas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana são igualmente aplicáveis quando se decida uma situação que afete os direitos do solicitante de asilo e do refugiado, mas também são regras que devem orientar a proteção dos migrantes no continente.

Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos com o apoio de sua Secretaria Técnica (Instituto Interamericano de Direitos Humanos)

Em suas intervenções escritas e orais, afirmou que:

Quanto à primeira pergunta (par. 4 supra):

É necessário reconhecer a distinção entre o direito humano a não ser submetido a tratamentos discriminatórios (nem na formulação da lei nem em sua aplicação) e a obrigação dos Estados de não realizar nenhuma discriminação em relação ao desfrute e exercício dos direitos humanos a respeito das pessoas submetidas à sua jurisdição.

O princípio de igualdade tem uma dupla dimensão no Direito Internacional dos Direitos Humanos: a) a igualdade no desfrute e exercício dos direitos humanos; e b) o direito de toda pessoa de ser tratada de maneira igual às demais perante a lei. A importância desta dupla dimensão não é apenas seu reconhecimento em um texto constitucional, mas também que o Estado realize todas as ações pertinentes para alcançar, na prática, que os obstáculos para a igualdade entre as pessoas sejam removidos, segundo o artigo 1 da Convenção Americana e o artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O Estado não apenas deve se abster de gerar discriminações *de jure*, mas também deve remover os fatores que geram discriminações *de facto*, tanto a respeito dos direitos civis e políticos como em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A resposta à primeira pergunta alude aos direitos humanos de conteúdo trabalhista, regulamentados em um amplo conjunto normativo no Sistema Interamericano, o qual possui dois níveis de reconhecimento: 1) o aplicável aos Estados membros da OEA, que não são partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e 2)

o aplicável àqueles Estados membros da OEA que também são partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador". Estes dois níveis permitem advertir duas situações jurídicas distintas em relação à proteção dos direitos trabalhistas: os Estados que pertencem ao primeiro grupo estão obrigados pelos artigos 30, 34 e 45 da Carta da OEA e os artigos XIV, XV e XVI da Declaração Americana. Por sua vez, os Estados partes deste Protocolo, além de estarem obrigados pelas disposições anteriores, têm obrigações derivadas dos artigos 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 desse instrumento.

Para entender a expressão "legislação trabalhista" na consulta do México, deve-se afirmar que em todos os sistemas jurídicos dos Estados membros da OEA, as obrigações internacionais assumidas convencionalmente "podem ser catalogadas como legislação, isto é, como parte integrante de seu direito interno". Por isso, a expressão "legislação trabalhista" incluída na primeira pergunta do Estado solicitante, refere-se ao direito doméstico dos Estados. As regras de Direito Internacional anteriormente indicadas não admitem uma interpretação ou aplicação restritiva ou discriminatória, muito menos que se encontre baseada em um *status* migratório específico. "A qualidade regular ou irregular, sob a perspectiva jurídica migratória, não modula ou afeta o alcance da obrigação dos Estados" de respeito e garantia dos direitos humanos. A legislação trabalhista doméstica inclui mais direitos que os protegidos nas regras internacionais citadas. Os Estados têm o direito de exercer um controle sobre as considerações migratórias e adotar medidas de proteção de sua segurança nacional e ordem pública. Os Estados devem exercer esse controle com apego aos direitos humanos.

Uma resposta detalhada à primeira pergunta do México requereria uma análise particular e específica de cada Estado. Entretanto, é possível dizer que os direitos trabalhistas, como direitos humanos, correspondem a todas as pessoas e são exigíveis no contexto das relações trabalhistas. Em consequência, a capacidade de desempenho de uma atividade produtiva depende exclusivamente da capacidade e formação profissional e, em nenhum caso, se encontra vinculada à condição migratória das pessoas.

As causas que originam a migração, em particular a irregular, são diferentes das circunstâncias de perseguição que originam a existência de refugiados, que estão protegidos pelo Direito dos Refugiados. A migração irregular está associada a condições

socioeconômicas de vida, à busca de melhores oportunidades e meios de subsistência que os que tem a pessoa em seu Estado de origem. Na prática, elevados níveis de migrantes irregulares incrementam a oferta de trabalho e afetam a avaliação deste. Em razão de que a pessoa migrante em situação irregular não deseja ser descoberta pelas autoridades estatais, renuncia de fato a recorrer aos tribunais, o que favorece que se realizem contra ela violações de direitos humanos no âmbito trabalhista.

Uma pessoa que ingressa a outro Estado e estabelece relações trabalhistas, independentemente de sua situação migratória, "ativa seus direitos humanos" nesse contexto. Tal situação "ativa", outrossim, as obrigações do Estado receptor incluídas na Carta da OEA, na Declaração Americana (se se trata de um Estado membro da OEA) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (se o Estado é também parte deste). Essa "ativação" de direitos implica que uma medida do Estado orientada a gerar uma privação no desfrute e exercício dos direitos humanos trabalhistas com base na qualidade migratória da pessoa, "conduziria a um tratamento diferenciado que geraria arbitrariedade, e conseqüentemente, uma discriminação".

Em conseqüência, considera que a resposta à primeira pergunta do México é que: os Estados membros da OEA e os Estados partes do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "encontram-se impossibilitados de realizar um tratamento prejudicial distinto aos trabalhadores imigrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas", entendendo por estes, tanto os contidos nos artigos 30, 34.g) e 45 da Carta da OEA; nos artigos XIV, XV e XVI da Declaração Americana; e nos artigos 6, 7, 8 e 9 deste Protocolo, bem como os que adicionalmente reconheça a legislação doméstica dos Estados, tomando como base para tal tratamento distinto a condição migratória destes trabalhadores. Tais direitos humanos se gozam a partir do estabelecimento de uma relação trabalhista, a qual não depende da condição migratória.

Quanto à segunda pergunta (par. 4 supra):

As obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos não se originam no artigo 1.1 da Convenção Americana ou no artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas na natureza dos direitos humanos e na dignidade humana, a qual não depende

de nenhuma qualificação sustentada em algum ato positivo do Estado. Por isso, a exigibilidade destas obrigações não depende da adesão ou ratificação que um Estado realize à Convenção Americana. Disso depende unicamente sua exigibilidade (justiciabilidade) perante os órgãos do Sistema Interamericano. Nesse sentido, as obrigações de respeito e garantia não são condicionais, pois se derivam da dignidade humana.

Em consequência, consideramos que a resposta à primeira parte da segunda pergunta é que as obrigações estatais de respeitar e garantir os direitos humanos em geral, e em especial o direito humano a não ser submetido a tratamento discriminatório, nem a tratamento desigual perante a lei, não podem ser interpretadas no sentido de condicionar o conteúdo de tais obrigações à situação migratória regular de uma pessoa no território de um Estado. O *status* migratório não é condição necessária para que um Estado respeite e garanta os direitos humanos contidos nos artigos 2.1 da Declaração Universal, II da Declaração Americana, 2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1 e 24 da Convenção Americana.

A segunda parte da segunda pergunta deve ser respondida levando em consideração o direito humano a não ser submetido a tratamento discriminatório, nem a tratamento desigual perante a lei, a respeito do qual existe uma obrigação dos Estados de respeito e garantia. Desta forma, um Estado não pode privar um trabalhador de um ou mais de seus direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição migratória irregular, pois ao fazê-lo tal Estado estaria descumprindo sua obrigação de garantir tais direitos, uma vez que o ato de privação poderia ser-lhe atribuído conforme o Direito Internacional.

Quanto à terceira pergunta (par. 4 supra):

O dever de respeito e garantia dos direitos humanos é uma obrigação cuja fonte é o Direito Internacional, de modo que nenhuma normativa interna pode ser oposta para pretender justificar o seu descumprimento, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Esta obrigação genérica é exigível a respeito de todos os direitos humanos.

Apesar da prática generalizada da maioria dos Estados, a hierarquia do Direito Internacional diante do direito interno não determina este último. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, em aplicação do princípio *pro homine*, concede maior prevalência à regra que confere uma proteção à dignidade humana (que

reconheça mais amplamente os direitos humanos), com independência da fonte de origem da obrigação em questão. Por isso, o ordenamento jurídico de um Estado tem validade à medida que seja congruente com os direitos humanos das pessoas.

A resposta à terceira pergunta é que nenhum Estado se encontra autorizado a realizar uma interpretação dos direitos humanos originados em uma fonte do Direito Internacional, utilizando para isso seu direito interno, se o resultado que produzirá será a redução do padrão de reconhecimento de tais direitos. Uma interpretação dessa natureza carece de validade e não pode produzir efeitos jurídicos. No entanto, um Estado pode desenvolver uma interpretação dos direitos humanos, originados em uma fonte do Direito Internacional, utilizando para isso seu direito interno, se o resultado de tal interpretação conduzirá a preferir a opção que apresente o padrão de reconhecimento mais amplo.

Quanto à quarta pergunta (par. 4 supra):

Não existe um catálogo fechado que indique quais são as normas de *jus cogens*, pois não há aparentemente critérios que permitam identificá-las. São os tribunais os que determinarão se uma regra pode ser considerada como *jus cogens*, "para efeitos de invalidar um tratado". Estas regras são limites à vontade dos Estados, de modo que formam uma ordem pública internacional, com o que se convertem em regras de exigibilidade *erga omnes*. As regras de direitos humanos são, por sua transcendência, normas de *jus cogens* e, em consequência, fonte de validade do ordenamento jurídico internacional. Os direitos humanos devem ser respeitados de forma igualitária, visto que se derivam da dignidade humana e, portanto, implicam a necessidade que o reconhecimento e proteção dos mesmos se realize com base na proibição de discriminação e a exigência de igualdade perante a lei.

A resposta à primeira parte da quarta pergunta é que, dado o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei devem ser considerados como regras de *jus cogens*. Trata-se de regras de Direito Internacional imperativo que integram uma ordem pública internacional, ao qual não podem se opor validamente o restante das regras do Direito Internacional, e menos as regras domésticas dos Estados. As regras de *jus cogens* se encontram em uma posição hierárquica superior à do restante das regras jurídicas, de maneira que a validade destas últimas depende da conformidade com aquelas.

Um Estado membro da OEA que seja parte no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos reconhecidos no mesmo, bem como na Declaração Americana, visto que “os direitos humanos formam um *corpus iuris* unitário, inseparável, inter-relacionado e interdependente”.

A resposta à segunda parte da quarta pergunta é que o efeito jurídico que produz o reconhecimento do princípio de não discriminação e do direito à proteção igualitária e efetiva da lei, como regras de *jus cogens*, a respeito dos Estados americanos, é a perda de validade e eficácia jurídica dos atos do Estado que contradigam tal princípio e direito.

*Jorge A. Bustamante,
Instituto de Investigações
Jurídicas da Universidade
Nacional Autônoma do
México (UNAM)*

Em suas intervenções escritas e orais, afirmou que:

O marco jurídico para avaliar as condições nas quais se encontram atualmente os migrantes mexicanos, tanto em seu próprio país, como nos Estados Unidos da América como Estado receptor de quase a totalidade dos migrantes internacionais mexicanos, deve-se considerar em dois contextos analíticos diferentes: o contexto internacional, derivado da natureza internacional da migração (análise do Estado receptor da imigração e da relação dos migrantes com o Estado e com a sociedade de acolhida); e o contexto nacional (análise dos migrantes como sujeitos de direitos humanos em seu estado de origem).

A condição de vulnerabilidade que incide sobre os direitos humanos dos migrantes internacionais tem um caráter estrutural, derivado da definição que fazem a maioria dos Estados nacionais em suas constituições, de quem é nacional e quem é estrangeiro. A maior parte dos Estados estatuem determinada supremacia dos nacionais *vis à vis* os estrangeiros, de modo que a condição estrutural de vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos é igual à desigualdade social entre estes e os nacionais do Estado receptor.

A vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos em seu contexto nacional se deriva da associação de natureza ideológica que fazem os indivíduos da sociedade civil de seu estado de origem, entre a definição social de migrante e outra condição socialmente subavaliada (mulher, criança, indígena, portadores de deficiência, filiação religiosa, etc.) ou outra condição à qual a sociedade do Estado de origem lhe designa uma condição de inferioridade, frente ao

restante dos não migrantes dessa sociedade. Tal associação tem uma dimensão ideológica e um contexto histórico que é distinto para cada Estado, assim como é distinto o grau em que se designa aos migrantes tal condição de inferioridade.

Há uma dimensão objetiva da vulnerabilidade, segundo a qual quanto maior distância do migrante com relação a seu lar, maior será sua vulnerabilidade como sujeito de direitos humanos. Embora este enunciado possa ser válido para todos os migrantes, o é em maior medida para o contexto nacional dos migrantes internos, do que para o contexto internacional da migração.

Há uma assimetria de poder que se transforma em um contexto de relações sociais entre nacionais e estrangeiros-migrantes, que é punida pelo Estado através do estabelecimento de acessos diferenciados para uns e outros aos recursos públicos; daí surge um marco jurídico de relações sociais que entra em contradição com a noção mais ampla de direitos humanos.

Nessa assimetria de poder é mais provável que o estrangeiro acabe em uma posição de subordinação diante do nacional. Daí surge uma condição de vulnerabilidade estrutural dos estrangeiros.

A posição de subordinação imposta sobre os estrangeiros/migrantes é algo que o Estado receptor "confirma". Aqui, a vulnerabilidade se vê virtualmente completada pelo papel do Estado, seja por ação ou por omissão, mas sempre no contexto desse tratamento diferenciado que o Estado receptor concede aos nacionais diante dos estrangeiros.

As assimetrias de poder entre os Estados de origem e os Estados receptores das migrações internacionais estão claramente refletidas na escassa lista de Estados receptores que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

"[A] integração dos migrantes/estrangeiros como iguais aos nacionais perante a lei e o Estado significa um empoderamento ou habilitação jurídica dos estrangeiros/migrantes, cuja consequência seria o desaparecimento da vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos". Esse "empoderamento" é concomitante à preeminência dos direitos humanos como lei interna no Estado receptor, a partir da qual os estrangeiros/migrantes podem se defender por si mesmos da discriminação e do abuso a seus direitos

humanos, ao adquirir condições de igualdade com os nacionais perante a lei e o Estado.

A morte de aproximadamente 2.000 migrantes mexicanos e de alguns centro-americanos é a prova mais contundente de que os Estados Unidos da América violaram e continuam violando os direitos humanos com a manutenção da chamada "Operação Guardiã". Esta tese se reforça com o fato de que, em um relatório do Escritório de Auditoria do Congresso dos Estados Unidos da América, reconhece-se expressamente a associação que existe entre a "Operação Guardiã" e as mortes dos migrantes. O Estado tem a responsabilidade de reparar o dano causado por aquelas ações das quais é responsável em razão de sua elaboração, manutenção e continuidade, através do pagamento correspondente aos parentes pela perda da vida de um membro produtivo de sua família. "É muito estranho que o governo do México não tenha apresentado nenhuma reclamação" na qual se estabeleça a relação entre: a elaboração, a manutenção da colocação em prática e a continuidade da "Operação Guardiã"; e a responsabilidade do Estado que se deriva destes atos do governo.

Um obstáculo para que o México pudesse formular a referida reclamação aos Estados Unidos da América pela responsabilidade em relação às mortes de mexicanos migrantes na fronteira deste último, é a ausência de reconhecimento expresso de parte do México de sua corresponsabilidade nessas mortes, derivada do fato de que sua política econômica contribuiu de maneira causal à migração de mexicanos em busca de emprego nos Estados Unidos da América. Este fenômeno migratório é o resultado de uma interação de fatores localizados em ambos os lados da fronteira, isto é, entre uma demanda da força de trabalho dos migrantes que se origina nos Estados Unidos da América e uma oferta de força de trabalho que se origina no México. A relação causal entre a política econômica do México e a geração dos fatores que produzem essa oferta de trabalho gera a "responsabilidade de Estado" a respeito da migração e, deste modo, uma corresponsabilidade do México nas mortes de migrantes na fronteira dos Estados Unidos da América.

Este reconhecimento de responsabilidade pelo México deveria ser concebido como um dos elementos da negociação bilateral para um acordo sobre trabalhadores migrantes entre ambos os governos. Nesse contexto poderia se negociar um reconhecimento expresso do México da corresponsabilidade pelas mortes dos migrantes, bem como a coparticipação no pagamento das indenizações pela reparação do dano derivado

dessas mortes, ao mesmo tempo em que os Estados Unidos da América aceitassem a suspensão da "Operação Guardião".

III COMPETÊNCIA

48. Este pedido de Parecer Consultivo foi submetido à Corte pelo México, no exercício da faculdade que lhe concede o artigo 64.1 da Convenção, o qual estabelece que:

[o]s Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

49. A faculdade antes mencionada foi exercida em cumprimento dos seguintes requisitos estabelecidos no Regulamento da Corte: formulação precisa das perguntas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte; indicação das disposições cuja interpretação se solicita; apresentação das considerações que originam a consulta; indicação do nome e endereço do Agente (artigo 59 do Regulamento), e a indicação das regras internacionais diferentes às da Convenção Americana que também se solicita interpretar (artigo 60.1 do Regulamento).

50. O cumprimento dos requisitos regulamentares para a formulação de uma consulta não implica que o Tribunal esteja obrigado a respondê-la. Nesta ordem de ideias, a Corte deve ter presente considerações que ultrapassam os aspectos meramente formais e que se relacionam aos limites genéricos que o Tribunal reconheceu ao exercício de sua função consultiva.¹ Estas considerações serão tratadas nos parágrafos seguintes.

51. A consulta submete à consideração da Corte quatro perguntas que fazem referência à "[...] privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes,] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, frente à consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano". Além disso, a consulta trata sobre "o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação".

52. Especificamente, as perguntas formuladas pelo México são as seguintes:

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

¹ Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 19; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 31; *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (artigo 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15, par. 31; e "*Outros Tratados*" objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1, par. 13.

e no artigo 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ...],

1) Pode um Estado americano, em relação à sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores imigrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que esta condição migratória dos trabalhadores impede *per se* o desfrute de tais direitos?

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?

2.2) À luz das disposições citadas na pergunta anterior [,] é possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição indocumentada de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei impostas através das disposições mencionadas?

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 validade 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 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?

53. Da leitura destas perguntas decorre que o Estado solicitante requer uma interpretação da Convenção Americana, bem como de outros tratados e declarações internacionais. A Corte determinou algumas diretrizes sobre a interpretação de regras internacionais distintas à Convenção Americana. Principalmente, considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao se referir à faculdade da Corte de proferir um parecer sobre "outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos" é amplo e não restritivo. Isto é,

[...] a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, com independência de que seja

bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano.²

54. Nesse sentido, o Tribunal estabeleceu que pode "abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos em um Estado membro do Sistema Interamericano",³ apesar de que este instrumento não provenha do mesmo sistema regional de proteção,⁴ e que

[n]ão existe nenhuma razão para excluir, prévia e abstratamente, que possa se solicitar da Corte, e esta proferir, uma consulta sobre um tratado aplicável a um Estado americano em matéria concernente à proteção dos direitos humanos, pelo simples fato de que sejam também partes deste tratado Estados que não pertencem ao Sistema Interamericano, ou de que não tenha sido adotado dentro do contexto ou sob os auspícios deste.⁵

55. Portanto, a Corte considera que tem competência para se pronunciar sobre as perguntas propostas pelo México e que solicitam a interpretação da Declaração Americana, da Convenção Americana, da Declaração Universal e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, instrumentos todos que protegem direitos humanos e que são aplicáveis aos Estados americanos.

56. Em relação à Carta da Organização dos Estados Americanos, em outro parecer o Tribunal afirmou, ao se referir à Declaração Americana, que:

[...] o artigo 64.1 da Convenção Americana [o] autoriza [...] para, a pedido de um Estado membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos da mesma, prestar pareceres consultivos sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no contexto e dentro dos limites de sua competência em relação à Carta e à Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.⁶

Além disso, nessa mesma oportunidade, o Tribunal afirmou que "não se pode interpretar e aplicar a Carta da [OEA] em matéria de direitos humanos, sem integrar as regras pertinentes dela com as correspondentes disposições da Declaração [Americana]".⁷

57. O anterior significa que a Corte tem competência para oferecer pareceres consultivos sobre a interpretação da Carta da OEA, tendo em consideração a relação desta Carta com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, concretamente no marco da

² "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, ponto decisivo primeiro.

³ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 22; e *Cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36; *Responsabilidade Internacional pela Expedição e Aplicação de Leis Violatórias à Convenção* (artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A Nº 14, par. 21; e "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 21.

⁴ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, pars. 71 e 109; e "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 38.

⁵ "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 48. Além disso, veja pars. 14, 31, 37, 40 e 41.

⁶ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36; e *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10; ponto decisivo único e *Cf.* par. 44.

⁷ *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, nota 6 *supra*, par. 43.

Declaração Americana, da Convenção Americana, ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

58. Agora, se a Corte circunscrevesse seu pronunciamento àqueles Estados que ratificaram a Convenção Americana, seria difícil desvincular o presente Parecer Consultivo de um pronunciamento específico sobre a legislação e práticas dos Estados que não ratificaram a Convenção, em relação às perguntas propostas. Esta circunstância, na opinião da Corte, limitaria o objeto do procedimento consultivo, o qual, como já se afirmou, "está destinado [...] a facilitar aos Estados membros e aos órgãos da OEA a obtenção de uma interpretação judicial sobre uma disposição da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos".⁸

59. Além disso, se o parecer alcançasse apenas Estados membros da OEA que são Partes da Convenção Americana, o Tribunal prestaria seus serviços consultivos a um número reduzido de Estados americanos, o que não estaria em conformidade com o interesse geral que reveste a consulta.

60. Por estas razões, a Corte determina que tudo o que se afirma no presente Parecer Consultivo se aplica aos Estados membros da OEA que assinaram indistintamente a Carta da OEA, a Declaração Americana, a Declaração Universal, ou ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, independentemente de que tenham ou não ratificado a Convenção Americana ou algum de seus protocolos facultativos.

61. Seguindo sua prática em matéria consultiva, a Corte deve determinar se o proferimento do parecer poderia "conduzir a alterar ou a debilitar, em detrimento do ser humano, o regime previsto pela Convenção".⁹

62. Vários são os parâmetros que podem ser utilizados pelo Tribunal ao realizar este exame. Um deles, coincidente com grande parte da jurisprudência internacional nesta matéria,¹⁰ refere-se à inconveniência de que, por via de um pedido consultivo, obtenha-se prematuramente um pronunciamento sobre um tema ou assunto que poderia eventualmente ser apresentado à Corte no contexto de um caso contencioso.¹¹ Entretanto, posteriormente esta Corte advertiu que a existência de uma controvérsia sobre a interpretação de uma disposição não constitui, *per se*, um impedimento para o exercício da função consultiva.¹²

⁸ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 36, par. 40; *Restrições à pena de morte* (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3; par. 22.

⁹ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 31; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 43; *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, par. 31; e "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, ponto decisivo segundo.

¹⁰ *Cf. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177, para 29-36; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 27-41; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12; Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, (19, 20); e I.C.J.: Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 65 (71, 72).*

¹¹ *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 32; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, pars. 37 e 40.

¹² *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 32; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-

63. No exercício de sua função consultiva, a Corte não está chamada a decidir questões de fato, mas a determinar o sentido, propósito e razão das regras internacionais sobre direitos humanos. Neste âmbito, o Tribunal cumpre com sua função consultiva.¹³ A Corte argumentou em diversas oportunidades a distinção entre suas competências consultiva e contenciosa. No Parecer Consultivo OC-15/97, sobre *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, afirmou que

[a] competência consultiva da Corte difere de sua competência contenciosa em que não existem “partes” envolvidas no procedimento consultivo, e não existe tampouco um litígio [por] decidir. O único propósito da função consultiva é “a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. O fato de que a competência consultiva da Corte possa ser promovida por todos os Estados membros da OEA e seus órgãos principais estabelece outra distinção entre as competências consultiva e contenciosa da Corte.

[...] Consequentemente, a Corte adverte que o exercício da função consultiva que lhe confere a Convenção Americana possui caráter multilateral e não litigioso, o que está fielmente refletido no Regulamento da Corte, cujo artigo 62.1 estabelece que um pedido de Parecer Consultivo será notificado a todos os “Estados Membros”, os quais podem apresentar suas observações sobre o pedido e participar nas audiências públicas a respeito do mesmo. Além disso, mesmo quando o Parecer Consultivo da Corte não possua o caráter vinculante de uma sentença em um caso contencioso, em troca, tem efeitos jurídicos inegáveis. Desta maneira, é evidente que o Estado ou órgão que solicita à Corte um Parecer Consultivo não é o único titular de um interesse legítimo no resultado do procedimento.¹⁴

64. Ao afirmar sua competência sobre este assunto, o Tribunal recorda o amplo alcance de sua função consultiva, única no Direito Internacional contemporâneo, a qual constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano, com o propósito de contribuir ao cumprimento de seus compromissos internacionais” relacionados aos direitos humanos¹⁵ e de

ajudar os Estados e órgãos a cumprir e a aplicar tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracteriza o processo contencioso.¹⁶

65. A Corte considera que a indicação de alguns exemplos serve ao propósito de se referir a um contexto particular e ilustrar as distintas interpretações que podem existir sobre a questão jurídica objeto do Parecer Consultivo em questão, sem que por isso implique que o Tribunal esteja proferindo um pronunciamento jurídico sobre a situação

12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A Nº 12, par. 28.

¹³ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 33; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 47; e *Cf. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção*, nota 3 *supra*, par. 23.

¹⁴ *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, pars. 25 e 26.

¹⁵ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 34; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 64; e “*Outros Tratados*” objeto da função consultiva da Corte, nota 1 *supra*, par. 37 e 39.

¹⁶ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 34; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 64; e *Cf. Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, nota 12 *supra*, par. 20.

proposta nestes exemplos.¹⁷ Além disso, estes últimos permitem a esta Corte mostrar que seu Parecer Consultivo não constitui uma mera especulação acadêmica e que o interesse no mesmo se justifica pelo benefício que possa trazer à proteção internacional dos direitos humanos e ao fortalecimento da consciência jurídica universal.¹⁸ Ao abordar o respectivo tema, a Corte atua em sua condição de Tribunal de Direitos Humanos, guiada pelos instrumentos internacionais que governam sua competência consultiva e procede à análise estritamente jurídica das questões propostas diante dela.

66. Como consequência do exposto, a Corte considera que deve examinar os assuntos arguidos no pedido que agora se analisa e proferir o correspondente Parecer.

IV ESTRUTURA DO PARECER

67. É inerente às faculdades desta Corte, a de estruturar seus pronunciamentos na forma que considere mais adequada aos interesses da justiça e aos propósitos de um Parecer Consultivo. Para isso, o Tribunal considera as questões básicas que subjazem às perguntas propostas no pedido de parecer e as analisa para chegar a conclusões gerais que possam se projetar, por sua vez, sobre os pontos específicos mencionados no próprio pedido e sobre outros temas conexos a estes.¹⁹ Nesse caso, a Corte decidiu estabelecer, em primeiro termo, um glossário com o fim de delimitar o alcance conceitual dos termos a utilizar no presente Parecer. Uma vez estabelecido este marco conceitual, o Tribunal procederá à análise dos assuntos específicos submetidos à sua consideração, para o que responderá às perguntas que lhe foram formuladas, na ordem que considere mais adequada, em atenção à coerência que deve possuir o Parecer. De acordo com a faculdade, inerente a todo Tribunal, de dar a seus pronunciamentos a estrutura lógica que considere mais adequada aos interesses da justiça,²⁰ a Corte considerará as perguntas propostas da seguinte maneira:

- a) Obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e caráter fundamental do princípio de igualdade e não discriminação (perguntas nº 2.1 e 4);
- b) Aplicação do princípio de igualdade e não discriminação aos migrantes (pergunta nº 2.1);
- c) Direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados (perguntas nº 2.2 e 1); e
- d) Obrigações estatais na determinação das políticas migratórias à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (pergunta nº 3).

68. A Corte passa a considerar, na sequência indicada, cada um dos pontos mencionados.

V

¹⁷ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 35; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 49; e *Cf. Garantias judiciais em Estados de Emergência* (artigos 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 16.

¹⁸ *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 35; *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 49; e *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, nota 1 *supra*, par. 32.

¹⁹ *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 37.

²⁰ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 66.

GLOSSÁRIO

69. Para efeitos do presente Parecer Consultivo, a Corte utilizará os seguintes termos com o significado indicado:

- a) emigrar ou migrar** Deixar um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele.
- b) emigrante** Pessoa que deixa um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele.
- c) imigrar** Chegar a outro Estado com o propósito de residir nele.
- d) imigrante** Pessoa que chega a outro Estado com o propósito de residir nele.
- e) migrante** Termo genérico que inclui tanto o emigrante como o imigrante.
- f) *status* migratório** Situação jurídica em que se encontra um migrante, de acordo com a normativa interna do Estado de emprego.
- g) trabalhador** Pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada.
- h) trabalhador migrante** Pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional.²¹
- i) trabalhador migrante documentado ou em situação regular** Pessoa que se encontra autorizada a ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte.²²
- j) trabalhador migrante indocumentado ou em situação irregular** Pessoa que não se encontra autorizada a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte, e que, entretanto, realiza esta atividade.²³

²¹ Cf. OIT, Convenção nº 97 relativa aos Trabalhadores Migrantes (revisado) de 1949 e convenção nº 143 relativa aos Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) de 1975, a qual define em seu artigo 11 o trabalhador migrante como "toda pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego não por conta própria; compreende todo e qualquer indivíduo regularmente admitido como trabalhador migrante."

²² Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 5 afirma que os trabalhadores migrantes e seus familiares "[s]erão considerados documentados ou em situação regular se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja parte".

²³ Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 5 afirma que "[s]erão considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a) do presente artigo".

k) Estado de origem Estado do qual é nacional o trabalhador migrante.²⁴

l) Estado de emprego ou Estado receptor Estado no qual o trabalhador migrante irá realizar, realiza ou tenha realizado uma atividade remunerada.²⁵

VI

OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS E O CARÁTER FUNDAMENTAL DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

70. Em relação à obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, as seguintes regras são invocadas na consulta:

a) Artigo 1 da Convenção Americana, o qual afirma que:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

b) Artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estipula que:

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agiam no exercício de funções oficiais;

²⁴ Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 6.a) afirma que “[p]or ‘Estado de origem’ se entenderá o Estado do que seja nacional a pessoa em questão.

²⁵ Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 6.b) afirma que “[p]or ‘Estado de emprego’ se entenderá o Estado onde o trabalhador migrante irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, conforme o caso”.

b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

71. Em relação ao princípio de igualdade e não discriminação, as regras mencionadas na consulta são:

a) Artigos 3.I e 17 da Carta da OEA, os quais afirmam que:

Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal.

b) Artigo 24 da Convenção Americana, que determina que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

c) Artigo II da Declaração Americana, o qual manifesta que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

d) Artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estipula que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A esse respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

e) Artigo 2.1 da Declaração Universal, o qual afirma que:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Obrigação de Respeitar e Garantir os Direitos Humanos

72. A seguir, a Corte considera pertinente fazer referência à obrigação estatal geral de respeitar e garantir os direitos humanos, que é de suma importância, para depois proceder a analisar o princípio de igualdade e não discriminação.

73. Os direitos humanos devem ser respeitados e garantidos por todos os Estados. É inquestionável o fato de que toda pessoa tem atributos, inerentes à sua dignidade humana e invioláveis, que a fazem titular de direitos fundamentais que não se podem desconhecer e que, em consequência, são superiores ao poder do Estado, independentemente de sua organização política.

74. A obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos se encontra plasmada em vários instrumentos internacionais.²⁶

75. No que se refere à Convenção Americana e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, normativa indicada pelo México nas perguntas do pedido de Parecer Consultivo que se analisam nesta seção, os órgãos de supervisão destes instrumentos se pronunciaram sobre a mencionada obrigação.

76. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que:

[o] artigo 1.1 é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado Parte. Com efeito, este artigo põe a cargo dos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo prejuízo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção, que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela própria Convenção.

Conforme o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um desses direitos, está-se diante de um suposto de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, já que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuam fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.²⁷

77. Além disso, a Corte Interamericana manifestou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações

²⁶ Alguns destes instrumentos internacionais são: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 2), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador" (artigo 1), Carta das Nações Unidas (artigo 55.c), Declaração Universal dos Direitos Humanos (Preâmbulo), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 2.1 e 2.2), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2.2), Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 7), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Preâmbulo), Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 1), Carta Social Europeia (Preâmbulo), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos "Carta de Banjul" (artigo 1), e Carta Árabe dos Direitos Humanos (artigo 2).

²⁷ *Caso "Cinco Aposentados"*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 163; e *Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 154; e *Caso Baena Ricardo e outros*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 178.

assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte, de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.²⁸

78. No mesmo sentido, o Tribunal afirmou que

[o] dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das regras e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias.²⁹

79. Por sua vez, em relação ao estabelecido no artigo 2 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos observou que:

[...] em geral e dentro do marco nele determinado, o artigo 2 do Pacto deixa ao arbítrio dos Estados Partes interessados a escolha do método de aplicação do próprio Pacto em seus territórios. Em particular, reconhece que essa aplicação não depende exclusivamente do proferimento de disposições constitucionais ou legislativas, que costumam ser por si só insuficientes. O Comitê considera necessário levar à atenção dos Estados Partes o fato de que a obrigação prevista no Pacto não se limita ao respeito dos direitos humanos, mas os Estados Partes se comprometeram também a garantir o desfrute destes direitos por todas as pessoas submetidas à sua jurisdição. Este aspecto exige que os Estados Partes realizem atividades concretas para que as pessoas possam desfrutar de seus direitos. [...]

A esse respeito, é muito importante que os indivíduos saibam quais são seus direitos em virtude do Pacto (e do Protocolo Facultativo, se for o caso) e que todas as autoridades administrativas e judiciais conheçam as obrigações que assumiu o Estado Parte em virtude do Pacto.³⁰

80. Além disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que:

A Convenção não apenas obriga as altas autoridades dos Estados partes a respeitar os direitos e liberdades nela contidas; tal como estabelece o artigo 14 (art. 14) e o texto em inglês do artigo 1 (art. 1) ("deve assegurar", "*shall secure*"), a Convenção, além disso tem como efeito que, com o fim de garantir o desfrute de tais direitos e liberdades, estas autoridades devem prevenir ou reparar qualquer violação em níveis subordinados.³¹

²⁸ Caso "Cinco Aposentados", nota 27 *supra*, par. 164; e *Cf. Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, par. 59; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 213; e *Cf. também "principe allant de soi"; Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. nº 10, p. 20.

²⁹ *Cf. Caso "Cinco Aposentados"*, nota 27 *supra*, par. 165; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 180; e *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 178.

³⁰ ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 3, Aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no âmbito nacional (artigo 2), 29 de julho de 1981, CCPR/C/13, pars. 1 e 2.

³¹ *Eur. Court H.R., Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A Nº 25, para. 239.*

81. Como decorre do exposto anteriormente, tanto os instrumentos internacionais como a jurisprudência internacional estabelecem claramente que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental e suprimir as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.

Princípio de Igualdade e não discriminação

82. Uma vez estabelecida a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, este Tribunal referir-se-á aos elementos constitutivos do princípio da igualdade e não discriminação.

83. A não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a favor de todas as pessoas, são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado com a proteção dos direitos humanos. O elemento da igualdade é difícil de desligar da não discriminação. Inclusive, os instrumentos já citados (par. 71 *supra*), ao falar de igualdade perante a lei, afirmam que este princípio deve ser garantido sem nenhuma discriminação. Este Tribunal afirmou que “[e]m função do reconhecimento da igualdade perante a lei é proibido todo tratamento discriminatório”.³²

84. No presente Parecer Consultivo será feita uma diferenciação ao utilizar os termos distinção e discriminação. O termo distinção será empregado para o admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo. A discriminação será utilizado para fazer referência ao inadmissível, por violar os direitos humanos. Portanto, será utilizado o termo discriminação para fazer referência a toda exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde em detrimento dos direitos humanos.

85. Existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem discriminação alguma. O descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.

86. O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação está consagrado em muitos instrumentos internacionais.³³ O fato de o princípio de igualdade e

³² *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A N° 4, par. 54.

³³ Alguns destes instrumentos internacionais são: Carta da OEA (artigo 3.1); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 24); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo 2); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (artigo 3); Carta das Nações Unidas (artigo 1.3); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 2 e 7); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3); Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigos 2 e 26); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2); Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2); Declaração dos Direitos da Criança (Princípio 1); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 e 70); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 2, 3, 5 a 16); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigos 2 e 4); Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e ao seu Acompanhamento (2.d); Convenção nº 97 da Organização

não discriminação estar regulamentado em tantos instrumentos internacionais é um reflexo de que existe um dever universal de respeitar e garantir os direitos humanos, emanado daquele princípio geral e básico.

87. O princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação foi desenvolvido pela doutrina e jurisprudência internacionais. A Corte Interamericana entendeu que:

[a] noção de igualdade decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, inversamente, por considerá-lo inferior, trate-o com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine no desfrute de direitos que são reconhecidos a quem não se considera incluído em tal situação de inferioridade. Não é admissível criar diferenças de tratamento entre seres humanos que não correspondam a sua única e idêntica natureza.³⁴

88. O princípio de igualdade e não discriminação tem um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno. Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, de eliminar deste ordenamento as regulamentações de caráter discriminatório e de combater as práticas discriminatórias.

89. Embora, ao examinar as implicações do tratamento diferenciado que algumas regras podem dar a seus destinatários, é importante fazer referência ao afirmado por este Tribunal, no sentido de que "nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si mesma, à dignidade humana".³⁵ Neste mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, baseando-se "nos princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos", advertiu que apenas é discriminatória uma distinção quando "carece de justificação objetiva e razoável".³⁶ Podem

Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (revisado) (artigo 6); Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (artigos 1 a 3); Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementarias) (artigos 8 e 10); Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Fomento do Emprego e Proteção contra o Desemprego (artigo 6); Proclamação de Teerã, Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11); Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artigos 19 a 24; II.B.2, artigos 25 a 27); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1 e 5); Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, Programa de Ação, (parágrafos da Declaração: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 e 104); Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (artigo 3); Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9); Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País onde Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigos 1 e 14); Carta Social Europeia (artigo 19.4, 19.5 e 19.7); Protocolo Nº 12 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 1); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos "Carta de Banjul" (artigos 2 e 3); Carta Árabe dos Direitos Humanos (artigo 2); e Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

³⁴ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 45; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 55.

³⁵ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 46; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 56.

³⁶ *Cf. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.*

ser estabelecidas distinções, baseadas em desigualdades de fato, que constituem um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou impotência em que se encontra.³⁷ Por exemplo, uma desigualdade punida pela lei se reflete no fato de que os menores de idade que se encontram detidos em um centro carcerário não podem ser presos juntamente com as pessoas maiores de idade que se encontram também detidas. Outro exemplo destas desigualdades é a limitação no exercício de determinados direitos políticos em atenção à nacionalidade ou cidadania.

90. A esse respeito, o Tribunal Europeu afirmou também que:

"É importante, então, buscar os critérios que permitam determinar se uma diferença de tratamento, relacionada com o exercício de um dos direitos e liberdades estabelecidos, contravém o artigo 14. A esse respeito, o Tribunal, seguindo os princípios que podem se deduzir da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos, argumentou que o princípio de igualdade de tratamento é violado se a distinção carece de justificação objetiva e razoável. A existência de tal justificação deve ser avaliada em relação ao propósito e aos efeitos da medida em consideração, levando em consideração os princípios que normalmente prevalecem nas sociedades democráticas. Uma diferença de tratamento no exercício de um direito estabelecido na Convenção não apenas deve buscar um fim legítimo: o artigo 14 é violado igualmente quando se estabelece de maneira clara que não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim que se procura realizar."

"Em sua tentativa de encontrar em um caso concreto se houve ou não uma distinção arbitrária, o Tribunal não pode fazer caso omissos dos aspectos jurídicos e fáticos que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, como Parte Contratante, tem que responder pela medida em discussão. Ao fazê-lo, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, já que perderia de vista a natureza subsidiária da maquinária internacional de aplicação coletiva estabelecida pela Convenção. As autoridades nacionais são livres para escolher as medidas que considerem apropriadas nas matérias submetidas à Convenção. A análise do Tribunal se limita à conformidade destas medidas com os requisitos da Convenção."³⁸

91. Por sua vez, a Corte Interamericana estabeleceu que:

[n]ão haverá, pois, discriminação se uma distinção de tratamento está orientada legitimamente, isto é, se não conduz a situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Daí que não se pode afirmar que existe discriminação em toda diferença de tratamento do Estado em relação ao indivíduo, sempre que essa distinção parta de pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da regra, os quais não podem se afastar da justiça ou da razão, vale dizer, não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que de alguma maneira conflitante com a essencial unidade e dignidade da natureza humana.³⁹

92. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas definiu discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou

³⁷ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 46.

³⁸ *Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968*, para. 10.

³⁹ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 47; e *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 57.

qualquer outra condição social, e que tenham por objetivo ou por resultado anular ou prejudicar o reconhecimento, desfrute ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.⁴⁰

93. Além disso, o mencionado Comitê afirmou que:

[...] o desfrute em condições de igualdade dos direitos e liberdades não significa tratamento idêntico em toda circunstância.⁴¹

94. O Comitê de Direitos Humanos também afirmou que:

[o]s Estados Partes devem velar para que sejam garantidos os direitos reconhecidos no Pacto "a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição" [...]. Em geral, os direitos reconhecidos no Pacto são aplicáveis a todas as pessoas, independentemente da reciprocidade, e independentemente de sua nacionalidade ou de que sejam apátridas. [...]

Assim, pois, a regra geral é de que se garantam todos e cada um dos direitos reconhecidos no Pacto, sem discriminação entre nacionais e estrangeiros. Os estrangeiros se beneficiam do requisito geral de não discriminação a respeito dos direitos garantidos, conforme ao artigo 2 do Pacto. Esta garantia deve ser aplicada igualmente a estrangeiros e nacionais. Excepcionalmente, alguns dos direitos reconhecidos no Pacto são expressamente aplicáveis apenas aos cidadãos (art. 25), enquanto o artigo 13 é aplicável apenas aos estrangeiros. Não obstante isso, a experiência do Comitê no exame dos relatórios demonstra que em alguns países se negam aos estrangeiros outros direitos dos quais deveriam desfrutar, ou que estes direitos são objeto de limitações especiais que não sempre podem se justificar conforme o Pacto. [...]

O Pacto concede plena proteção aos estrangeiros a respeito dos direitos nele garantidos e suas disposições devem ser respeitadas pelos Estados Partes em sua legislação e na prática, conforme proceda. [...]

Os estrangeiros têm direito à proteção da lei em pé de igualdade. Não deve haver discriminação entre estrangeiros e nacionais na aplicação destes direitos. Esses direitos dos estrangeiros ficarão restringidos apenas pelas limitações que possam ser impostas legalmente em conformidade com o Pacto.⁴²

95. A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos estabeleceu,⁴³ quanto ao princípio da igualdade e não discriminação, que este

[s]ignifica que os cidadãos devem ser tratados de maneira justa no sistema jurídico e que lhes deve ser garantido um igual tratamento perante a lei, bem como o desfrute por igual dos direitos disponíveis para todos os demais cidadãos. O direito à igualdade é muito importante devido a uma segunda razão. A igualdade, ou a falta desta, afeta a capacidade do indivíduo de desfrutar muitos outros direitos.

⁴⁰ ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não Discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7.

⁴¹ ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não Discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 8.

⁴² ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 15, A Situação dos Estrangeiros de acordo com o Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, pars. 1, 2, 4, 7, 8 e 9.

⁴³ *African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication n° 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.*

96. Em face do anteriormente exposto, os Estados devem respeitar e garantir os direitos humanos à luz do princípio geral e básico da igualdade e não discriminação. Todo tratamento discriminatório a respeito da proteção e exercício dos direitos humanos gera a responsabilidade internacional dos Estados.

Caráter fundamental do Princípio de Igualdade e Não Discriminação

97. A Corte procede agora a considerar se este princípio tem caráter de *jus cogens*.

98. O conceito de *jus cogens* esteve em suas origens vinculado particularmente ao direito dos tratados. Tal como está formulado o *jus cogens*, no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “[é] nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”. Por sua vez, o artigo 64 da mesma Convenção se refere ao *jus cogens superveniente*, ao afirmar que “[s]e sobreviver uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O *jus cogens* foi desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência internacionais.⁴⁴

99. Em sua evolução e por sua própria definição, o *jus cogens* não tem se limitado ao direito dos tratados. O domínio do *jus cogens* tem se ampliado, alcançando também o Direito Internacional geral, e incluindo todos os atos jurídicos. O *jus cogens* se manifestou, assim, também no direito da responsabilidade internacional dos Estados, e tem incidido, em última instância, nos próprios fundamentos da ordem jurídica internacional.

100. Ao se referir, em particular, à obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, independentemente de quais destes direitos estejam reconhecidos por cada Estado em regras de caráter interno ou internacional, a Corte considera evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir essas obrigações sem discriminação alguma, o que se encontra intrinsecamente relacionado ao direito a uma proteção igualitária perante a lei, que por sua vez decorre “diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”.⁴⁵ O princípio de igualdade perante a lei e não discriminação se estende a toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. Este princípio pode ser considerado efetivamente como imperativo do Direito Internacional geral, visto que é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares. Isso implica que o Estado, seja no âmbito internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros que atuem sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode atuar contra o princípio de igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas.

⁴⁴ Cf. I.C.T.Y., *Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case nº IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, e Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.*

⁴⁵ *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, par. 45; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, nota 32 *supra*, par. 55.

101. Em concordância com isso, este Tribunal considera que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa, por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição. Este princípio (igualdade e não discriminação) faz parte do Direito Internacional geral. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

Efeitos do Princípio de Igualdade e Não Discriminação

102. Desta obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, sem discriminação alguma e em uma base de igualdade, derivam-se várias consequências e efeitos que se concretam em obrigações específicas. A seguir a Corte se referirá aos efeitos derivados da aludida obrigação.

103. Em cumprimento desta obrigação, os Estados devem se abster de realizar ações que, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. Isto se traduz, por exemplo, na proibição de emitir leis, em sentido amplo, de emitir disposições civis, administrativas ou de qualquer outra natureza, bem como de favorecer atos e práticas de seus funcionários, em aplicação ou interpretação da lei, que discriminem determinado grupo de pessoas em razão de sua raça, gênero, cor, ou outros motivos.

104. Além disso, os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer a respeito de atos e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.

105. Em razão dos efeitos derivados desta obrigação geral, os Estados apenas poderão estabelecer distinções objetivas e razoáveis, quando estas se realizem com o devido respeito aos direitos humanos e de acordo com o princípio da aplicação da regra que melhor proteja a pessoa humana.

106. O descumprimento destas obrigações gera a responsabilidade internacional do Estado, e esta é mais grave na medida em que esse descumprimento viola regras peremptórias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Desta maneira, a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.

107. Consequência do exposto anteriormente é que os Estados devem assegurar, em seu ordenamento jurídico interno, que toda pessoa tenha acesso, sem restrição alguma, a um recurso simples e efetivo que a ampare na determinação de seus direitos, independentemente de seu *status* migratório.

108. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que:

[...]a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado Parte no qual semelhante situação tenha lugar. Nesse sentido, deve-se sublinhar que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um dado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.⁴⁶

109. Essa obrigação geral de respeitar e garantir o exercício dos direitos tem um caráter *erga omnes*. Essa obrigação se impõe aos Estados, em benefício dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições, e independentemente do *status* migratório das pessoas protegidas. A mencionada obrigação alcança a totalidade dos direitos previstos na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, inclusive o direito às garantias judiciais. Desse modo, preserva-se o direito de acesso de todos à justiça, entendido como o direito à tutela jurisdicional efetiva.

110. Finalmente, no que se refere à segunda parte da quarta pergunta do pedido de Parecer Consultivo (par. 4 *supra*), todo o indicado nos parágrafos anteriores se aplica a todos os Estados membros da OEA. Os efeitos do princípio fundamental da igualdade e não discriminação alcançam a todos os Estados, precisamente por pertencer este princípio ao domínio do *jus cogens*, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos a respeito de terceiros, inclusive os particulares.

VII

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO AOS MIGRANTES

111. Uma vez estabelecido o caráter de *jus cogens* do princípio de igualdade e não discriminação, e os efeitos que se derivam da obrigação dos Estados de respeitar e garantir este princípio, o Tribunal se referirá à migração em geral e à aplicação deste princípio às pessoas imigrantes indocumentadas.

112. Geralmente, os migrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, em uma condição individual de ausência ou diferença de poder a respeito dos não migrantes (nacionais ou residentes). Essa condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto para cada Estado, e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e *de facto* (desigualdades estruturais). Essa situação conduz ao estabelecimento de diferenças no acesso de uns e outros aos recursos públicos administrados pelo Estado.

113. Existem também preconceitos culturais sobre os migrantes, que permitem a

⁴⁶ Caso "Cinco Aposentados", nota 27 *supra*, par. 136; e Cf. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, nota 27 *supra*, par. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, pars. 136 e 137; e Garantias judiciais em Estados de Emergência, nota 17 *supra*, par. 24.

reprodução das condições de vulnerabilidade, tais como os preconceitos étnicos, a xenofobia e o racismo, que dificultam a integração dos migrantes à sociedade e levam à impunidade das violações de direitos humanos cometidas contra eles.

114. É pertinente, a esse respeito, o afirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução sobre "Proteção dos Migrantes", segundo a qual deve-se ter presente "a situação de vulnerabilidade em que costumam se encontrar os migrantes devido, entre outras coisas, a que não vivem em seus Estados de origem e às dificuldades que enfrentam por causa de diferenças de idioma, costumes e culturas, bem como as dificuldades econômicas e sociais e os obstáculos para retornar a seus Estados de origem a que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular".⁴⁷ A mencionada Assembleia expressou, além disso, sua preocupação "pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo".⁴⁸ Com base nestas considerações, a Assembleia Geral reiterou

a necessidade de que todos os Estados protejam plenamente os direitos humanos universalmente reconhecidos dos migrantes, em particular das mulheres e das crianças, independentemente de sua situação jurídica, e que os tratem com humanidade, sobretudo em relação à assistência e proteção [...].⁴⁹

115. A Corte é consciente de que, segundo observou também a Assembleia Geral das Nações Unidas, "entre outros fatores, o processo de mundialização e liberalização, incluindo a crescente disparidade econômica e social entre muitos países e a marginalização de alguns da economia mundial, tem contribuído a criar grandes movimentos de população entre os países e a intensificar o complexo fenômeno da migração internacional".⁵⁰

116. Em relação ao afirmado anteriormente, no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo, em 1994, afirmou-se que:

Os desequilíbrios econômicos internacionais, a pobreza e a degradação do meio ambiente, combinados com a falta de paz e segurança, as violações dos direitos humanos e os distintos graus de desenvolvimento das instituições judiciais e democráticas são todos fatores que afetam as migrações internacionais. Embora a maioria das migrações internacionais se produza entre países vizinhos, tem aumentado a migração inter-regional, em especial para os países desenvolvidos.⁵¹

117. Em virtude do anterior, a comunidade internacional reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes.⁵²

⁴⁷ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre "Proteção dos Migrantes" de 24 de fevereiro de 2000.

⁴⁸ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre "Proteção dos Migrantes" de 24 de fevereiro de 2000.

⁴⁹ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/166 sobre "Proteção dos Migrantes" de 24 de fevereiro de 2000.

⁵⁰ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução A/RES/54/212 sobre "Migração Internacional e Desenvolvimento" de 1º de fevereiro de 2000.

⁵¹ Nações Unidas, A/CONF.171/13, 18 de outubro de 1994, relatório da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A.10.1.

⁵² Cf. Nações Unidas, Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social realizada em Copenhague em março de 1995, Programa de Ação, pars. 63, 77 e 78; Nações Unidas, A/CONF.171/13, 18 de outubro de 1994, relatório da

118. Deve-se indicar que a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação, visto que, como já se mencionou, este princípio tem caráter fundamental e todos os Estados devem garanti-lo a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território. Isto não significa que não se poderá iniciar ação alguma contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal. O importante é que, ao tomar as medidas que correspondam, os Estados respeitem seus direitos humanos e garantam seu exercício e desfrute a toda pessoa que se encontre em seu território, sem discriminação alguma por sua permanência regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

119. Os Estados, portanto, não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes. Entretanto, o Estado sim pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos. Por exemplo, podem ser realizadas distinções entre as pessoas migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos. Além disso, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados a seu território, os quais devem sempre ser aplicadas com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana. A esse respeito, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos afirmou que

[...] não pretende questionar o direito de um Estado a tomar ações legais contra os imigrantes ilegais, tais como deportá-los a seus países de origem se os tribunais competentes assim decidirem. Entretanto, a Comissão considera que é inaceitável deportar indivíduos sem lhes dar a possibilidade de argumentar seu caso perante as cortes nacionais competentes, já que isso é contrário ao espírito e texto da Carta [Africana dos Direitos Humanos e dos Povos] e do Direito Internacional.⁵³

120. Ao abordar o princípio da igualdade e não discriminação deve-se ter presente a contínua evolução do Direito Internacional. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou, em seu Parecer Consultivo OC-16/99 sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, que:

O corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica exerceu um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame no marco da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo.⁵⁴

Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento realizada no Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Assembleia Geral das Nações Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julho de 1993, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em Viena, Áustria, de 14 a 25 de junho de 1993, Declaração e Programa de Ação, I.24 e II.33-35.

⁵³ *African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, para. 20.*

⁵⁴ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 115.

121. O devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório. A esse respeito, este Tribunal opinou,⁵⁵ no referido Parecer Consultivo sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, que

[...]para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional.

e que:

Para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. É assim como se cumpre o princípio de igualdade perante a lei e perante os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não houvesse estes meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do processo, dificilmente se poderia dizer que aqueles em desvantagem gozam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não enfrenta essas desvantagens.

122. A Corte considera que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no âmbito das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo se aplica não apenas *ratione materiae*, mas também *ratione personae* sem discriminação alguma.

123. Tal como este Tribunal já afirmou, o devido processo legal se refere ao

conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais a fim de que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos perante qualquer [...] ato do Estado que possa afetá-las. Isto é, qualquer atuação ou omissão dos órgãos estatais dentro de um processo, seja administrativo, sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal.⁵⁶

⁵⁵ *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, nota 1 *supra*, par. 117 e 119; e *Cf. Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, nota 1 *supra*, pars. 97 e 115; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 28 *supra*, par. 146.

⁵⁶ *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 124; e *Cf. Caso Ivcher Bronstein*, nota 46 *supra*, par. 102; *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 69; e *Garantias judiciais em Estados de Emergência*, nota 17 *supra*, par. 27.

124. Além disso, a Corte afirmou⁵⁷ que o elenco de garantias mínimas do devido processo legal se aplica na determinação de direitos e obrigações de ordem “civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”⁵⁸ Isso revela que o devido processo incide sobre todas essas esferas e não apenas sobre a penal.

125. Além disso, é importante estabelecer, como já fez a Corte, que “[é] um direito humano obter todas as garantias que permitam alcançar decisões justas, não estando a administração excluída de cumprir este dever. As garantias mínimas devem ser respeitadas no procedimento administrativo e em qualquer outro procedimento cuja decisão possa afetar os direitos das pessoas”.⁵⁹

126. Viola-se o direito às garantias e à proteção judicial por vários motivos: pelo risco da pessoa quando comparece às instâncias administrativas ou judiciais de ser deportada, expulsa ou privada de sua liberdade, e pela negativa da prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica a seu favor, o que impede que se façam valer os direitos em questão. A esse respeito, o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não apenas formal, mas real. Os direitos derivados da relação trabalhista subsistem, apesar das medidas que se adotem.

127. Tendo a Corte estabelecido o que é aplicável a todos os migrantes, passa a analisar, a seguir, os direitos dos trabalhadores migrantes, em particular os indocumentados.

VIII DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS

128. Como já foi indicado no glossário (par. 69 *supra*), trabalhador migrante é toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional. Esta definição está consagrada na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 2.1).

129. Os trabalhadores migrantes documentados ou em situação regular são os que “foram autorizados a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego,⁶⁰ de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte”.⁶¹ Os trabalhadores indocumentados ou em situação irregular são os que não cumprem as condições dos trabalhadores documentados, isto é, não contam com autorização para ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada em um Estado do qual não são nacionais.

130. A seguir, o Tribunal se pronunciará sobre os trabalhadores migrantes indocumentados e seus direitos.

⁵⁷ Cf. *Caso Ivcher Bronstein*, nota 46 *supra*, par. 103; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 125; e *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 56 *supra*, par. 70.

⁵⁸ Cf. Artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁵⁹ Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 127.

⁶⁰ ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, artigo 6.b), segundo o qual o Estado de emprego é “o Estado onde o trabalhador migrante vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada [...]”.

⁶¹ ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, artigo 5.a).

131. É necessário fazer referência à vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes em relação aos trabalhadores nacionais. A esse respeito, o preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias considerou "a situação de vulnerabilidade em que frequentemente se encontram os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias devido, entre outras coisas, à sua ausência do Estado de origem e às dificuldades resultantes da sua presença no Estado de emprego".

132. Atualmente, os direitos dos trabalhadores migrantes "não foram devidamente reconhecidos em todas as partes"⁶² e, inclusive, os trabalhadores indocumentados "são empregados frequentemente em condições de trabalho menos favoráveis que as de outros trabalhadores e [...] para determinadas empresas[, o que] constitui um estímulo para buscar esse tipo de mão de obra com o objetivo de obter os benefícios de uma competição desleal".⁶³

133. Os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, entendida em seu sentido mais amplo. Toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, conseqüentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulamentado no âmbito nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, isto é, regulamenta os direitos e obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer outra consideração de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingressa a um Estado e estabelece relações trabalhistas, adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego, independentemente de sua situação migratória, visto que o respeito e garantia do desfrute e exercício destes direitos devem se realizar sem nenhuma discriminação.

134. Deste modo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.

135. É importante esclarecer que o Estado e os particulares em um Estado não estão obrigados a oferecer trabalho aos imigrantes indocumentados. Os Estados e os particulares, tais como os empregadores, podem se abster de estabelecer uma relação trabalhista com os migrantes em situação irregular.

136. Entretanto, se os imigrantes indocumentados são contratados para trabalhar, imediatamente se convertem em titulares dos direitos trabalhistas que correspondem aos trabalhadores, sem que exista possibilidade de discriminação por sua situação irregular. Isso é de suma importância, já que um dos principais problemas que se apresentam no âmbito da imigração é que se contrata pessoas migrantes que carecem de autorização de trabalho em condições desfavoráveis em comparação com outros trabalhadores.

137. Não basta fazer referência às obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos

⁶² ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, Preâmbulo.

⁶³ ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, Preâmbulo.

trabalhistas de todos os trabalhadores migrantes, mas é pertinente indicar que estas obrigações projetam diversos alcances e efeitos para os Estados e a terceiros.

138. As relações trabalhistas se estabelecem tanto no direito público como no direito privado e em ambos os âmbitos o Estado tem um papel importante.

139. No contexto de uma relação trabalhista, na qual o Estado se constitui em empregador, este evidentemente deve garantir e respeitar os direitos humanos trabalhistas de todos os seus funcionários públicos, sejam estes nacionais ou migrantes, documentados ou indocumentados, já que a inobservância deste dever gera a responsabilidade estatal interna e internacionalmente.

140. Em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em consideração que existe uma obrigação de respeito dos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe para os Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, em particular, pela teoria do *Drittwirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação a outros particulares.

141. A Corte Interamericana, desde os primeiros casos contenciosos que decidiu, esboçou a aplicação dos efeitos da Convenção Americana em relação a terceiros (*erga omnes*), tendo afirmado que:

É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.⁶⁴

142. Além disso, este Tribunal ordenou, através de medidas provisórias, a proteção de membros de comunidades e de pessoas que lhes prestem serviços, por atos de ameaças de morte e danos à sua integridade pessoal supostamente causados pelo Estado e por terceiros.⁶⁵ Além disso, em outra oportunidade ordenou a proteção das pessoas privadas de liberdade em uma penitenciária, diante das mortes e ameaças que ocorriam no interior da mesma, muitas das quais supostamente foram perpetradas pelos próprios detidos.⁶⁶

143. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu a aplicabilidade da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais às relações

⁶⁴ *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 172; e *Cf. Caso Godínez Cruz*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, pars. 181, 182 e 187.

⁶⁵ *Cf. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002. Série E Nº 3; e *Caso das Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 6 de março de 2003.

⁶⁶ *Caso da Penitenciária Urso Branco*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002.

interindividuais, quando declarou que o Estado havia violado esta Convenção por ter imposto uma restrição à liberdade de associação, que estabelecia que o pertencimento a determinados sindicatos era condição necessária para que os petionários no caso pudessem continuar sendo empregados de uma empresa, já que a restrição imposta não era "necessária em uma sociedade democrática".⁶⁷ Em outro caso, o Tribunal Europeu considerou que mesmo quando o objeto do artigo 8 desta Convenção (direito ao respeito da vida privada e familiar) é essencialmente a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias de autoridades públicas, o Estado deve se abster de realizar tais interferências. Além deste dever de abstenção, existem obrigações positivas inerentes ao respeito efetivo da vida privada e familiar, que podem implicar a adoção de medidas para assegurar o respeito à vida privada inclusive nas relações entre indivíduos. Neste último caso, aquele Tribunal decidiu que o Estado havia violado o direito à vida privada e familiar de uma jovem mentalmente incapacitada que havia sido agredida sexualmente, porquanto não foi possível iniciar nenhum processo penal contra o agressor devido a um vazio na legislação penal.⁶⁸

144. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, por sua vez, considerou que o direito à liberdade e à segurança pessoais, consagrado no artigo 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, impõe ao Estado a obrigação de tomar as medidas adequadas para assegurar a proteção de um indivíduo ameaçado de morte; ou seja, que uma interpretação deste artigo que autorizasse os Estados partes a ignorar as ameaças que pesam contra a vida de pessoas sob sua jurisdição, apesar de que não tenham sido detidas ou presas por agentes estatais, privaria as garantias previstas no Pacto de toda eficácia.⁶⁹ Além disso, o Comitê considerou que o Estado tem a obrigação de proteger os direitos dos membros de minorias contra as agressões de particulares. Por sua vez, em seus Comentários Gerais Nº 18 e 20 sobre a "Não Discriminação" e o artigo 7 do referido Pacto, o Comitê afirmou que os Estados partes devem punir a tortura, os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, cometidos por funcionários públicos, outras pessoas que atuem em nome do Estado e particulares; e também devem "adotar disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam que se perpetue a discriminação proibida pelo Pacto".

145. Adicionalmente, em uma decisão relativa à obrigação de investigar os atos de discriminação racial e violência contra pessoas de outra cor ou origem étnica cometidos por particulares, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial afirmou que "quando se realizam ameaças de violência racial, em especial quando foram realizadas em público e por um grupo, o Estado deve investigar tais ameaças com a devida diligência".⁷⁰

146. Desta maneira, a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações interindividuais. No que se refere ao presente Parecer Consultivo, estes efeitos da obrigação de respeito dos direitos humanos

⁶⁷ *Eur. Court H.R., Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A nº 44, paras. 48 to 65.*

⁶⁸ *Eur. Court H.R., Case of X and e v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A nº 91, para. 23.*

⁶⁹ *Cf. ONU, Comitê de Direitos Humanos. Delgado Páez c. Colômbia. Decisão de 12 de julho de 1990, nº 195/85, par. 5.5.*

⁷⁰ *Cf. U.N., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Communication nº 4/1991, L.K. v. The Netherlands, paras. 6.3 and 6.6; e também Cf., inter. alia, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão.*

nas relações entre particulares se especificam no marco da relação trabalhista privada, na qual o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores.

147. A obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos diante de terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, de modo que também devem velar para que nessas relações privadas entre terceiros sejam respeitados os direitos humanos, já que do contrário o Estado pode acabar sendo responsável pela violação dos direitos.

148. O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes, nas relações trabalhistas que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.

149. Essa obrigação estatal encontra seu apoio na mesma normativa tutelar dos trabalhadores, normativa que precisamente se fundamenta em uma relação desigual entre ambas as partes e que, portanto, protege o trabalhador como a parte mais vulnerável que é. Dessa maneira, os Estados devem velar pelo estrito cumprimento da normativa de caráter trabalhista que melhor proteja os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, origem social, étnica ou racial, e de sua condição migratória e, portanto, têm a obrigação de tomar as medidas de ordem administrativa, legislativa ou judicial que sejam necessárias para corrigir situações discriminatórias *de jure* e para erradicar as práticas discriminatórias realizadas por determinado empregador ou grupo de empregadores, no âmbito local, regional, nacional ou internacional, em detrimento de trabalhadores migrantes.

150. Em muitas oportunidades, os trabalhadores migrantes devem recorrer ao aparato estatal para a proteção de seus direitos. Assim, por exemplo, os trabalhadores de empresas privadas recorrem ao Poder Judiciário para reivindicar o pagamento de salários, indenizações, etc. Estes trabalhadores também utilizam muitas vezes os serviços de saúde estatais ou contribuem para o sistema previdenciário estatal. Em todas estas oportunidades, o Estado também está envolvido nesta relação entre particulares como garante dos direitos fundamentais, já que se requer a prestação de um serviço determinado de sua parte.

151. Nas relações trabalhistas, os empregadores devem proteger e respeitar os direitos dos trabalhadores, quer essas relações se desenvolvam nos setores público ou privado das sociedades. A obrigação de respeito dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes tem um efeito direto em qualquer tipo de relação trabalhista, tanto quando o Estado é o empregador como quando o é um terceiro, e quer se trate de uma pessoa física ou jurídica.

152. O Estado é então responsável tanto quando funciona como empregador, como pela atuação de terceiros que atuem com sua tolerância, aquiescência ou negligência, ou respaldados por alguma diretriz ou política estatal que favoreça a criação ou manutenção de situações de discriminação.

153. Em síntese, as relações de trabalho entre os trabalhadores migrantes e terceiros empregadores podem gerar a responsabilidade internacional do Estado de diversas formas. Em primeiro lugar, os Estados têm a obrigação de velar para que dentro de seu território sejam reconhecidos e aplicados todos os direitos trabalhistas que seu ordenamento jurídico estipula, direitos originados em instrumentos internacionais ou em normativa interna. Além

disso, os Estados são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudicam os trabalhadores migrantes, seja porque não lhes reconhecem os mesmos direitos que aos trabalhadores nacionais ou porque lhes reconhecem os mesmos direitos, mas com algum tipo de discriminação.

154. Além disso, há casos nos quais o Estado diretamente viola os direitos humanos dos trabalhadores. Casos como o da denegação do direito à aposentadoria de um trabalhador migrante que contribuiu e cumpriu todos os requisitos exigidos legalmente aos trabalhadores, ou como o de um trabalhador que comparece ao órgão judicial correspondente para reivindicar seus direitos sem que este lhe proporcione as devidas garantias ou proteção judiciais.

155. A Corte afirma que os direitos trabalhistas são os que o sistema jurídico, nacional e internacional, reconhece aos trabalhadores. Isto é, que os Estados receptores devem garantir e respeitar a todo trabalhador seus direitos consagrados no âmbito nacional nas constituições políticas; na legislação trabalhista; nos convênios coletivos; nos convênios-lei; nos decretos ou inclusive nas práticas locais e específicas; ou no âmbito internacional, em qualquer tratado internacional do qual seja parte.

156. Este Tribunal afirma que como são vários os instrumentos jurídicos nos quais se regulamentam os direitos trabalhistas no âmbito interno e internacional, a interpretação destas regulamentações deve ser realizada de acordo com o princípio da aplicação da regra que melhor proteja a pessoa humana, neste caso, o trabalhador. Isso é de suma importância já que nem sempre há harmonia entre as distintas regras nem entre as regras e sua aplicação, o que poderia causar um prejuízo para o trabalhador. Assim, se uma prática interna ou uma regra interna favorece mais ao trabalhador do que uma regra internacional, deve ser aplicado o direito interno. Do contrário, se um instrumento internacional beneficia o trabalhador concedendo direitos que não estão garantidos ou reconhecidos internamente, estes deverão ser respeitados e garantidos igualmente.

157. No caso dos trabalhadores migrantes, há certos direitos que assumem uma importância fundamental e, entretanto, são frequentemente violados, a saber: a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a proibição e abolição do trabalho infantil, as atenções especiais para a mulher trabalhadora, e os direitos correspondentes a: associação e liberdade sindical, negociação coletiva, salário justo por trabalho realizado, assistência social, garantias judiciais e administrativas, duração de jornada razoável e em condições de trabalho adequadas (segurança e higiene), descanso e indenização. Possui grande relevância a proteção destes direitos dos trabalhadores migrantes, tendo presentes o princípio da inalienabilidade de tais direitos, dos quais são titulares todos os trabalhadores, independentemente de seu *status* migratório, bem como o princípio fundamental da dignidade humana consagrado no artigo 1 da Declaração Universal, segundo o qual “[t]odas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

158. Esta Corte considera que o exercício dos referidos direitos trabalhistas fundamentais garante ao trabalhador e a seus familiares o desfrute de uma vida digna. Os trabalhadores têm direito a desempenhar uma atividade de trabalho em condições dignas e justas, e receber como contraprestação de seu trabalho uma remuneração que permita a eles e seus familiares gozar de um padrão de vida digno. Além disso, o trabalho deve ser uma forma de realização e uma oportunidade para que o trabalhador desenvolva suas aptidões, habilidades e potencialidades, e alcance suas aspirações, a fim de alcançar seu desenvolvimento integral como ser humano.

159. Em muitas ocasiões ocorre que não se reconhecem aos trabalhadores imigrantes indocumentados os direitos trabalhistas já mencionados. Por exemplo, muitos empregadores os contratam para que prestem determinado serviço em troca de uma remuneração mais baixa à que lhes corresponderia; demitem-nos por formar parte de sindicatos; ameaçam deportá-los, entre outras situações. Inclusive, em algumas ocasiões, os trabalhadores imigrantes indocumentados não podem recorrer aos tribunais de justiça para reivindicar seus direitos por temor à sua situação irregular. Isso não deve ocorrer; apesar de que poderia ser deportado um trabalhador migrante indocumentado tem sempre o direito de se fazer representar perante o órgão competente para que lhe seja reconhecido todo direito laboral que tenha adquirido como trabalhador.

160. A Corte considera que os trabalhadores imigrantes indocumentados, que se encontram em uma situação de vulnerabilidade e discriminação a respeito dos trabalhadores nacionais, possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado de emprego, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática. Os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los.

IX

OBRIGAÇÕES ESTATAIS NA DETERMINAÇÃO DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS À LUZ DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

161. A seguir, a Corte fará referência às obrigações estatais na determinação das políticas migratórias, unicamente à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

162. Nesta seção do presente Parecer Consultivo, considerar-se-á se é compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos que os Estados americanos subordinem e condicionem a observância dos direitos humanos a suas políticas migratórias, e isso se fará à luz das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações *erga omnes*.

163. A política migratória de um Estado está constituída por todo ato, medida ou omissão institucional (leis, decretos, resoluções, diretrizes, atos administrativos, etc...) que versa sobre a entrada, saída ou permanência de população nacional ou estrangeira dentro de seu território.

164. A esse respeito, a Declaração e o Programa de Ação de Durban, adotados pela Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata⁷¹ instaram todos os Estados a que “[r]evisem e modifiquem, quando necessário, suas leis, políticas e procedimentos de imigração, a fim de eliminar todos os elementos de discriminação racial neles contidos e deixá-los compatíveis com as obrigações dos Estados segundo os instrumentos internacionais de direitos humanos”. Além disso, no parágrafo 9 da Resolução da Comissão de Direitos Humanos 2001/5, sobre “o racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância”, “solicitou-se a todos os Estados que examinem e, quando seja necessário, revisem suas políticas de imigração incompatíveis com os instrumentos internacionais de direitos humanos a fim de eliminar todas as políticas e práticas discriminatórias contra os migrantes”.

⁷¹ Cf. Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, realizada em Durban, África do Sul de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, pars. 38 e 30.b), respectivamente.

165. Este Tribunal considera indispensável recordar o indicado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual afirma, ao se referir ao direito interno e à observância dos tratados, que: “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”.

166. Ou seja, ao ratificar ou aderir a um tratado internacional, os Estados manifestam seu compromisso de boa fé de garantir e respeitar os direitos nele reconhecidos. Além disto, os Estados devem adequar seu direito interno ao Direito Internacional aplicável.

167. Sobre o particular, a Corte Interamericana afirmou que a obrigação geral dos Estados estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana inclui a adoção de medidas para suprimir as regras e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias previstas na Convenção, bem como a expedição de regras e o desenvolvimento de práticas dirigidas à observância efetiva destas garantias.⁷² Em relação a isso, este Tribunal afirmou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.⁷³

168. Os objetivos das políticas migratórias devem ter presente o respeito pelos direitos humanos. Além disso, estas políticas migratórias devem ser executadas com o respeito e a garantia dos direitos humanos. Como já se afirmou (pars. 84, 89, 105 e 119 *supra*), as distinções que os Estados estabeleçam devem ser objetivas, proporcionais e razoáveis.

169. Considerando que o presente Parecer se aplica às questões relacionadas aos aspectos jurídicos da migração, a Corte considera conveniente afirmar que, no exercício de sua faculdade de fixar políticas migratórias, é lícito que os Estados estabeleçam medidas relacionadas ao ingresso, permanência ou saída de pessoas migrantes para exercer como trabalhadores em determinado setor de produção em seu estado, sempre que isso seja acorde com as medidas de proteção dos direitos humanos de toda pessoa e, em particular, dos direitos humanos dos trabalhadores. Com o fim de cumprir essa necessidade, os Estados podem tomar diversas medidas, tais como a concessão ou denegação de autorizações de trabalho gerais ou para determinados trabalhos específicos, mas devem ser estabelecidos mecanismos para assegurar que isso se realize sem nenhuma discriminação,

⁷² Cf. *Caso "Cinco Aposentados"*, nota 27 *supra*, par. 165; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 180; e *Caso Cantoral Benavides*, nota 29 *supra*, par. 178.

⁷³ *Caso "Cinco Aposentados"*, nota 27 *supra*, par. 164; e Cf. *Caso "A Última Tentação de Cristo"* (*Olmedo Bustos e outros*). Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 87; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 27 *supra*, par. 179; *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 136; e Cf. também "*principe allant de soi*"; *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. Nº 10, p. 20.

atendendo unicamente às características da atividade produtiva e a capacidade individual das pessoas. Dessa forma, garante-se uma vida digna ao trabalhador migrante, protegendo-o da situação de vulnerabilidade e insegurança em que usualmente se encontra, e organiza-se assim, eficiente e adequadamente, o processo de produção local ou nacional.

170. Portanto, não é admissível que um Estado receptor proteja sua produção nacional, em um ou vários setores, fomentando ou tolerando a contratação de trabalhadores imigrantes indocumentados com fins de exploração trabalhista, valendo-se da condição de vulnerabilidade destes trabalhadores diante do empregador no Estado ou considerando-os como oferta de trabalho menos custosa, seja pagando salários mais baixos, negando-lhes ou limitando o desfrute ou exercício de um ou mais direitos trabalhistas, ou negando a possibilidade de reivindicar a violação dos mesmos perante a autoridade competente.

171. O estabelecido pela Corte Interamericana se estende à obrigação dos Estados de cumprir todo instrumento internacional que lhes seja aplicável. Entretanto, é importante afirmar que, ao se referir a esta obrigação estatal, este Tribunal considera que não apenas se deve adequar toda normativa interna ao respectivo tratado, mas, além disso, as práticas estatais relativas à sua aplicação devem se adequar ao Direito Internacional. Isto é, não basta que o ordenamento jurídico interno se adequa ao Direito Internacional, mas é necessário que os órgãos ou funcionários de qualquer poder estatal, executivo, legislativo ou judiciário, exerçam suas funções e realizem ou emitam seus atos, resoluções e sentenças de maneira efetivamente conforme com o Direito Internacional aplicável.

172. A Corte considera 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. Este princípio de caráter geral deve ser respeitado e garantido sempre. Qualquer atuação ou omissão em sentido contrário é incompatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

X PARECER

173. Pelas razões expostas,

A CORTE,

DECIDE

por unanimidade,

Que é competente para emitir o presente Parecer Consultivo.

PROFERE O SEGUINTE PARECER

por unanimidade,

1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.

2. Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório,

da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.

3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.

4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.

6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.

7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma.

8. Que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado receptor. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.

9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.

10. Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática.

11. 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.

Os Juízes Cançado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli deram a conhecer à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham este Parecer Consultivo.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 17 de setembro de 2003.

Antônio A. Caçado Trindade
Presidente

Sergio García Ramírez

Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman

Alirio Abreu Burelli

Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Antônio A. Caçado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor da adoção do presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que constitui, a meu ver, uma significativa contribuição à evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há quatro anos, a Corte Interamericana proferiu o histórico Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), verdadeiramente pioneiro, que tem servido de inspiração para a jurisprudência internacional *in statu nascendi* sobre a matéria.

¹ No dia de hoje, na mesma linha de fundamentação orientada às necessidades e imperativos da proteção da pessoa humana, e ao final de um procedimento consultivo que gerou a maior mobilização de toda sua história,² a Corte Interamericana adota outro Parecer Consultivo, de grande transcendência e novamente pioneiro, sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, tornando-se o primeiro tribunal internacional a se pronunciar sobre esta matéria como tema central.

2. Ainda mais significativo é o fato de que a matéria tratada no presente Parecer Consultivo, solicitado pelo México e adotado pela Corte por unanimidade, é de interesse direto para amplos segmentos da população em distintas latitudes, - na realidade, de milhões de seres humanos,³ - e constitui em nossos dias uma preocupação legítima de toda a comunidade internacional, e - eu não me eximiria de acrescentar, - da humanidade como um todo. Dada a transcendental importância dos pontos examinados pela Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo, vejo-me na obrigação de deixar registro, como fundamento jurídico de minha posição sobre a matéria, das reflexões que me permito desenvolver neste Voto Concordante, em particular em relação aos aspectos que me parecem merecer especial atenção.

3. Estes aspectos correspondem aos que me permito assim denominar: a) a *civitas maxima gentium* e a universalidade do gênero humano; b) as disparidades do mundo contemporâneo e a vulnerabilidade dos migrantes; c) a reação da consciência jurídica universal; d) a construção do direito individual subjetivo do asilo; e) a posição e o papel dos princípios gerais do Direito; f) os princípios fundamentais como *substratum* do próprio ordenamento jurídico; g) o princípio da igualdade e de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos; h) a emergência, o conteúdo e o alcance do *jus cogens*; e i) a emergência, o conteúdo e o alcance das obrigações *erga omnes* de proteção (suas

¹ A Corte Interamericana, através de seu referido Parecer Consultivo N° 16, - emitido no final de um procedimento consultivo que gerou ampla mobilização (com oito Estados intervenientes, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de diversas organizações não governamentais e indivíduos), - foi efetivamente o primeiro tribunal internacional a advertir que o descumprimento do artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 se dava em prejuízo não apenas de um Estado Parte nesta Convenção, mas também dos seres humanos afetados.

² Além de um considerável volume de escritos, este procedimento contou com duas audiências públicas, a primeira realizada na sede da Corte Interamericana em San José da Costa Rica, em fevereiro de 2003, e a segunda realizada fora de sua sede, pela primeira vez em sua história, em Santiago do Chile, em junho de 2003. O procedimento contou com a participação de 12 Estados acreditados (entre os quais, cinco Estados intervenientes nas audiências públicas), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma agência das Nações Unidas (o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR), e nove entidades da sociedade civil e da Academia de diversos países da região, além do Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos.

³ Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), de 1965 a 2000, o total de migrantes no mundo mais que duplicou, elevando-se de 75 milhões a 175 milhões de pessoas; e as projeções para o futuro são no sentido de que este total aumentará ainda muito mais nos próximos anos; I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; e cf. também, em geral, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Pubs., 2000, pp. 26-33.

dimensões horizontal e vertical). Passo a apresentar minhas reflexões sobre cada um destes aspectos.

I. **A Civitas Maxima Gentium e a Universalidade do Gênero Humano**

4. A consideração de uma questão como a que se ocupa o presente Parecer Consultivo não pode fazer abstração aos ensinamentos dos chamados fundadores do Direito Internacional, em cujo pensamento se encontram reflexões de notável atualidade, e de importância para a solução jurídica inclusive de problemas contemporâneos. Francisco de Vitoria, por exemplo, em sua contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do *Estado de Derecho*, afirmou, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos - tanto governados como governantes, e que a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual.⁴ Na concepção de Vitoria, o grande professor de Salamanca, o direito das gentes regulamenta uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade;⁵ a reparação das violações de direitos (humanos) reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça se aplicando tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam.⁶

5. Na visão de Francisco Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regulamente suas relações, como membros da sociedade universal.⁷ Para Suárez, o direito das gentes incluía, além das nações e dos povos, o gênero humano como um todo, e o direito atendia às necessidades de regulamentação de todos os povos e seres humanos. Tanto Suárez como Vitoria formularam as bases dos deveres internacionais dos Estados *vis-à-vis* inclusive os estrangeiros, no contexto do princípio geral da liberdade de circulação e das comunicações, à luz da *universalidade do gênero humano*.⁸ A sociabilidade e solidariedade humanas estavam presentes em toda a construção doutrinária e na contribuição dos teólogos espanhóis à formação do direito das gentes.

6. Por sua vez, a concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius - cuja obra, sobretudo o *De Jure Belli ac Pacis* (1625), situa-se nas origens do Direito Internacional, como veio a ser conhecida a disciplina, - esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas, ao contrário, um meio para assegurar o ordenamento social conforme com a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a "sociedade comum que inclui toda a humanidade".⁹ No pensamento grociano, toda regra jurídica - seja de direito

⁴ Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (15), pp. 30-39; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, W. de Gruyter, 2000, pp. 189-190.

⁵ Cf., Em particular, Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

⁶ A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172.

⁷ Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

⁸ Cf. *ibid.*, pp. 40-46, e *cf.* pp. 5-6 e 11-12.

⁹ P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 e 203. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus

interno ou de direito das gentes - cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirigem. A obra precursora de Grotius, já na primeira metade do século XVII, admite assim a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado.¹⁰

7. Segundo a visão grociana, o ser humano e seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais; os padrões de justiça se aplicam *vis-à-vis* tanto aos Estados como aos indivíduos.¹¹ Para Grotius, o direito natural deriva da razão humana, é um "ditado da reta razão", e impõe limites à "conduta irrestrita dos governantes dos Estados".¹² Estão os Estados submetidos ao Direito, e o Direito Internacional tem "um fundamento objetivo, independente e acima da vontade dos Estados".¹³ As considerações de justiça permeiam assim as regras de direito e fomentam sua evolução.¹⁴

8. Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) afirmou, a finais do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da *societas gentium* universal.¹⁵ Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), por sua vez, defendeu "a submissão do legislador à mais alta lei da natureza humana e da razão".¹⁶ Por sua vez, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, por sua vez o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição.¹⁷

9. Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional, que o concebiam como um sistema verdadeiramente universal,¹⁸ vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que, sobretudo a partir do século XIX, personificou o Estado dotando-o de "vontade própria", reduzindo os direitos dos seres

cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última se torna aplicável nas relações tanto internacionais como internas do Estado. *Ibid.*, pp. 219-220 e 217.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 243 e 221. Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do Direito Internacional. A comunidade internacional não pode pretender se basear na *voluntas* de cada Estado individualmente. Diante da necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à "razão de Estado", a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito. (Cf., a respeito, o estudo clássico de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53).

¹¹ Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.

¹² E. Jiménez de Aréchaga, "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", em *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidade Complutense de Madrid, 1986, pp. 608 e 612-613.

¹³ *Ibid.*, p. 617.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 619-621.

¹⁵ A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

¹⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁷ César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbrou os Estados-Nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de "realismo", pretendeu substituir por uma "sociedade de nações" (conceito menos avançado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Ihe Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de *obrigação* no Direito Internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

¹⁸ C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

humanos aos que o Estado a estes "concedia". O consentimento ou a "vontade" dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se a opinião predominante no Direito Internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos.¹⁹ Isso dificultou a compreensão da sociedade internacional, e debilitou o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito interestatal, não mais *acima*, mas *entre* Estados soberanos.²⁰ As consequências desastrosas desta distorção são amplamente conhecidas.

10. O grande legado do pensamento jurídico da segunda metade do século XX, através da emergência e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi, a meu ver, o resgate do ser humano como sujeito do direito tanto interno como internacional, dotado de capacidade jurídica internacional.²¹ Mas este avanço vem acompanhado de novas necessidades de proteção, a requerer novas respostas por parte do próprio *corpus juris* de proteção. É o caso, em nossos dias, das pessoas afetadas pelos problemas discutidos no presente procedimento consultivo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

11. Para fazer frente a estes problemas, entendo que se deve ter em mente o valioso legado dos fundadores do Direito Internacional. Já na época da elaboração e divulgação das obras clássicas de F. Vitoria e F. Suárez (*supra*), o *jus gentium* se havia liberado de suas origens de direito privado (do direito romano), para ser aplicado universalmente a todos os seres humanos: a *societas gentium* era expressão da unidade fundamental do gênero humano, formando uma verdadeira *societas ac communicatio*, porquanto nenhum Estado era autossuficiente.²² O novo *jus gentium*, assim concebido inclusive para atender às necessidades humanas, abriu caminho para a concepção de um Direito Internacional universal.²³

12. Passou a prevalecer a crença - expressada na obra de H. Grotius - de que era possível captar o conteúdo desse direito por meio da razão: o direito natural, do qual derivava o direito das gentes, era um ditado da razão.²⁴ No contexto da nova concepção universalista se afirmou, a partir de F. Vitoria, o *jus communicationis*, estabelecendo a liberdade de movimento e de intercâmbio comercial como um dos pilares da própria comunidade internacional.²⁵ Os controles de ingresso de estrangeiros apenas se manifestaram em época histórica bem mais recente (*cf. par. 35 infra*), ao mesmo tempo que os grandes fluxos migratórios e o desenvolvimento do direito dos refugiados e deslocados.²⁶

II. As Disparidades do Mundo Dito "Globalizado", os Deslocamentos Forçados e a Vulnerabilidade dos Migrantes

13. Atualmente, em uma era de grandes migrações, constata-se lamentavelmente uma distância cada vez maior do ideal universalista da *societas gentium* dos fundadores do Direito Internacional. As migrações e os deslocamentos forçados, intensificados na década de

¹⁹ P.P. Remec, *The Posición of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (9), pp. 36-37.

²⁰ *Ibid.*, p. 37.

²¹ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

²² P. Guggenheim, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 21-22.

²³ J. Moreau-Reibel, "Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 506-510.

²⁴ G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17.

²⁵ *Ibid.*, pp. 19-23, e *cf.* pp. 79-81.

²⁶ *Cf. ibid.*, pp. 160-161 e 174-175.

noventa,²⁷ caracterizaram-se, em particular, pelas disparidades nas condições de vida entre o local de origem e o de destino dos migrantes. Suas causas são múltiplas: colapso econômico e desemprego, colapso nos serviços públicos (educação, saúde, entre outros), desastres naturais, conflitos armados, repressão e perseguição, violações sistemáticas dos direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, violência de distintas formas, insegurança pessoal.²⁸

14. As migrações e os deslocamentos forçados, com o conseqüente desenraizamento de tantos seres humanos, acarretam traumas: sofrimento do abandono do lar (às vezes com separação ou desintegração familiar), perda da profissão e de bens pessoais, arbitrariedades e humilhações impostas por autoridades fronteiriças e agentes de segurança, perda do idioma materno e das raízes culturais, choque cultural e sentimento permanente de injustiça.²⁹ A chamada "globalização" da economia se fez acompanhar da persistência (e em várias partes do mundo do agravamento) das disparidades no interior das nações e nas relações entre elas, constatando-se, *v.g.*, um contraste marcante entre a pobreza dos países de origem das migrações (às vezes clandestinas) e os recursos incomparavelmente maiores dos países buscados pelos migrantes.

15. Os migrantes, - em particular os indocumentados, - como afirma a Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo Nº 18 (pars. 112-113 e 131-132), - encontram-se frequentemente em uma situação de grande vulnerabilidade, diante do risco do emprego precário (na chamada "economia informal"), da exploração do trabalho, do próprio desemprego e da perpetuação na pobreza (também no país receptor).³⁰ A "falta administrativa" da indocumentação foi "criminalizada" em sociedades intolerantes e repressivas, agravando ainda mais os problemas sociais de que padecem. O drama dos refugiados e dos imigrantes indocumentados apenas poderá ser tratado em meio a um espírito de verdadeira solidariedade humana para os vitimados de maneira eficaz.³¹ Definitivamente, apenas a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação de todos estes traumas.

16. Em tempos da assim chamada "globalização" (o neologismo dissimulado e falso que está na moda em nossos dias), as fronteiras se abriram aos capitais, bens e serviços, mas se fecharam tristemente aos seres humanos. O neologismo que sugere a existência de um processo que abrangeria todos e do qual todos participariam, na realidade oculta a fragmentação do mundo contemporâneo, e a exclusão e marginalização sociais de segmentos cada vez maiores da população. O progresso material de alguns se fez acompanhar pelas formas contemporâneas (e clandestinas) de exploração do trabalho de muitos (a exploração dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, ou tráfico de crianças, ou trabalho

²⁷ Os deslocamentos forçados nos anos noventa (depois do chamado fim da guerra fria) abrangeram aproximadamente nove milhões de pessoas; UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

²⁸ N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 e 151-252, e *cf.* p. 260; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

²⁹ Como advertia Simone Weil já a meados do século XX, "estar arraigado é talvez a necessidade mais importante e menos reconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir"; S. Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41; e *cf.* também as ponderações de H. Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Ed., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 e 125-127.

³⁰ H. Domenach e M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61, 66 e 111, e *cf.* pp. 48 e 82-85.

³¹ J. Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafios en los Inicios del Nuevo Milenio", *Memória del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*, San José da Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001, pp. 37-72.

forçado e escravo), em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais.³²

17. Como circunstâncias agravantes, o Estado abdica de sua inescapável função social, e entrega irresponsavelmente ao "mercado" os serviços públicos essenciais (educação e saúde, entre outros), transformando-os em mercadorias às quais o acesso se torna cada vez mais difícil para a maioria dos indivíduos. Estes últimos passam a ser vistos como meros agentes de produção econômica,³³ em meio à triste mercantilização das relações humanas. Atualmente, verifica-se, além disso, ao lado de um recrudescimento da intolerância e da xenofobia, uma lamentável erosão do direito de asilo³⁴ (*cf. infra*, pars. 36-42). Todos estes perigosos desenvolvimentos apontam para um novo mundo vazio de valores, que se adere, sem maior reflexão, a um modelo insustentável.

18. No seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em meu Voto Concordante no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (Medidas Provisórias de Proteção, Resolução de 18.08.2000) sinalizei que, nesse limiar do século XXI, "o ser humano foi por si mesmo situado em escala de prioridade inferior à atribuída aos capitais e bens, - apesar de todas as lutas do passado, e de todos os sacrifícios das gerações anteriores" (par. 4). Com o desenraizamento, - prossegui, - perde seus meios espontâneos de expressão e de comunicação com o mundo exterior, bem como a possibilidade de desenvolver um *projeto de vida*: "é, pois, um problema que concerne a todo o gênero humano, que envolve a totalidade dos direitos humanos e, sobretudo, que tem uma dimensão espiritual que não pode ser esquecida, ainda mais no mundo desumanizado de nossos dias" (par. 6).

19. E, sobre este primeiro aspecto do problema, concluí que "o problema do desenraizamento deve ser considerado em um marco da ação orientada à erradicação da exclusão social e da pobreza extrema, - se é que se deseja chegar a suas causas e não apenas combater seus sintomas. Impõe-se o desenvolvimento de respostas a novas demandas de proteção, apesar de que não estejam literalmente contempladas nos instrumentos internacionais de proteção do ser humano vigentes" (par. 7). Acrescentei meu entendimento no sentido de que "a questão do desenraizamento deve ser tratada não à luz da soberania estatal, mas, ao contrário, como problema de dimensão verdadeiramente *global* que é (requerendo uma concertação no âmbito universal), tendo presentes as obrigações *erga omnes* de proteção" (par. 10).

20. Apesar de ser o desenraizamento "um problema que afeta a toda a *comunidade internacional*", - continuei advertindo, -

"continua sendo tratado de forma atomizada pelos Estados, com a visão de um ordenamento jurídico de caráter puramente interestatal, sem parecer se dar conta de que o modelo westphaliano deste ordenamento internacional se encontra, já faz muito tempo, definitivamente esgotado. É precisamente por isso, que os Estados não podem se eximir de responsabilidade em razão do caráter global do desenraizamento, porquanto seguem aplicando ao mesmo seus próprios critérios do ordenamento interno. (...) O

³² *Cf., e.g.*, M. Lengellé-Tardy, *L'esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 8-13, 21-32 e 73-98.

³³ Já em meados do século XX, distintas correntes do pensamento filosófico de então se rebelavam contra a desumanização das relações sociais e a despersonalização do ser humano, geradas pela sociedade tecnocrática, que trata o indivíduo como simples agente de produção material; *cf., vg., inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968, pp. 141-143 e 163-165.

³⁴ *Cf., e.g.*, F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. de Bruxelles, 1995, pp. 17-353; Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-171; A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 2a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2003, pp. 23-123.

Estado deve, pois, responder pelas consequências da aplicação prática das regras e políticas públicas que adota em matéria de migração, e, em particular, dos procedimentos de deportações e expulsões" (pars. 11-12).

III. A Reação da Consciência Jurídica Universal (*Opinio Juris Communis*)

21. Sobre este último ponto, cabe recordar que, em 1986, a *International Law Association* adotou (em sua 62ª sessão, em Seul), por consenso, a Declaração de Princípios de Direito Internacional sobre Expulsão Massiva, na qual, *inter alia*, expressou sua "profunda preocupação" com "a vulnerabilidade e posição precária de muitas minorias", inclusive os trabalhadores migrantes (preâmbulo). Afirmou que o princípio do *non-refoulement*, como "pedra angular da proteção dos refugiados", aplica-se, apesar de que não tenham sido estes admitidos legalmente no Estado receptor, e independentemente de ter chegado individual ou massivamente (princípio 12). E instou os Estados a pôr fim a toda expulsão de caráter massivo e a estabelecer sistemas de "alerta imediato" (*early warning* - princípio 19).³⁵ Quatro anos depois, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (1990) veio proibir medidas de expulsão coletiva, e a determinar que cada caso de expulsão deveria ser "examinado e decidido individualmente", conforme a lei (artigo 22).

22. Cabe, além disso, destacar que o denominador comum do ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas do final do Século XX³⁶ foi precisamente a atenção especial dedicada às *condições de vida* da população (em particular dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção, os quais incluem certamente os imigrantes indocumentados), daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos, definitivamente, no centro de todo processo de desenvolvimento.³⁷ No presente Parecer Consultivo N° 18, a Corte Interamericana levou em conta os documentos finais de duas daquelas Conferências (pars. 116 e 164), a saber, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), e a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001).

23. Os documentos finais das recentes Conferências Mundiais das Nações Unidas (realizadas no período de 1992 até 2001) refletem a reação da consciência jurídica universal contra os atentados e afrontas à dignidade da pessoa humana em todo o mundo. Na realidade, o referido ciclo de Conferências Mundiais consolidou o reconhecimento "da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em todas as partes e em qualquer momento".³⁸ Tal como me permiti afirmar em meu Voto Concordante na Parecer Consultivo N° 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre

³⁵ A referida Declaração chegou a vincular a expulsão massiva em determinadas circunstâncias com o conceito de "crime internacional" (princípio 9).

³⁶ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992; II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995; IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 1995; II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat-II, Istambul, 1996. A estas se seguiram, mais recentemente, a Conferência de Roma sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998; e a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, Durban, 2001.

³⁷ A.A. Cançado Trindade, "Desarrollo Humano y Derechos Humanos en la Agenda Internacional del Siglo XXI", in *Memória - Foro Desarrollo Humano y Derechos Humanos* (Agosto de 2000), San José de Costa Rica, PNUD/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 25-42.

³⁸ A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 2001, p. 413, e *cf.* p. 88.

o *Direito à Informação sobre A Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999),

"a própria emergência e consolidação do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos se devem à reação da *consciência jurídica universal* ante os recorrentes abusos cometidos contra os seres humanos, frequentemente convalidados pela lei positiva: com isto, o Direito veio ao encontro do ser humano, destinatário último de suas normas de proteção" (pars. 3-4).

24. Em seguida, no referido Voto Concordante no Parecer Consultivo N° 16, deixei registro do reconhecimento, em nossos dias, da necessidade de restituir ao ser humano a posição central, "como *sujeito do direito tanto interno como internacional*" (par. 12), e acrescentei:

- "Com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, tornou-se evidente que apenas se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do Direito Internacional geral na consciência jurídica universal, a partir da afirmação da ideia de uma justiça objetiva. Como uma manifestação desta última, afirmaram-se os direitos do ser humano, emanados diretamente do Direito Internacional, e não submetidos, portanto, às vicissitudes do direito interno" (par. 14).

25. Com efeito, as atrocidades e abusos que vitimaram milhões de seres humanos em toda parte nas últimas décadas, aumentando os contingentes de refugiados, deslocados e migrantes indocumentados em busca da sobrevivência, despertaram definitivamente a *consciência jurídica universal* para a urgente necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico internacional. Mas urge, em nossos dias, que se estimule este despertar da *consciência jurídica universal* para intensificar o processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo.³⁹ Também no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentença sobre mérito, de 25 de novembro de 2000), permiti-me insistir no ponto; em meu Voto Fundamentado, reafirmei que

"(...) a existência de uma *consciência jurídica universal* (correspondente à *opinio juris communis*) (...) constitui, na minha opinião, a fonte *material* por excelência (além das fontes formais) de todo o direito das gentes, responsável pelos avanços do gênero humano não apenas no plano jurídico, mas também no espiritual" (par. 16, e *cf.* par. 28).

26. A partir daí, urge buscar a reconstrução do direito das gentes, neste início do século XXI, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central⁴⁰ e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo. A existência da pessoa humana, que tem sua raiz no espírito, foi o ponto de partida, *v.g.*, das reflexões de Jacques Maritain, para quem o verdadeiro progresso significava a *ascensão da consciência*, da igualdade e comunhão de todos na natureza humana, realizando assim o bem comum e a justiça.⁴¹ A evolução conceitual aqui examinada gradualmente se

³⁹ Tal como enfatizei em meu já citado Voto Concordante no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (Medidas Provisórias de Proteção, 2000) perante a Corte Interamericana (par. 12).

⁴⁰ Trata-se de uma verdadeira reconstrução; há mais de meio século, Maurice Bourquin advertia que "ni au point de vue de son objet, nem même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique. (...) L'être humain (...) y occupe une place de plus en plus considérable"; M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", in *a technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 53-54.

⁴¹ J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpressão), pp. 12, 18, 38, 43 e 94-96, e *cf.* p. 69. Impunha-se a liberação das servidões materiais, para o desenvolvimento, sobretudo da vida do espírito; em sua visão, a humanidade apenas progride quando marcha no sentido da emancipação humana (*ibid.*, pp. 50 e 105-108). Ao afirmar que "a pessoa humana transcende o Estado", porquanto tem "um destino superior ao tempo", acrescentou que "cada pessoa humana tem o direito de decidir por si mesma no que concerne a seu destino

movia, a partir dos anos sessenta, da dimensão *internacional* à *universal*, sob a grande influência do desenvolvimento do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. O reconhecimento de certos *valores* fundamentais, com base em um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da *opinio juris communis*⁴² nas últimas décadas do século XX, que cabe seguir desenvolvendo em nossos dias para fazer frente às novas necessidades de proteção do ser humano.

27. Apesar de o ordenamento jurídico internacional deste início do século XXI se encontrar, pois, muito distante dos ideais dos fundadores do direito das gentes (*supra*), não se deve capitular diante desta realidade, mas, ao contrário, enfrentá-la. Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época de F. Vitoria, F. Suárez e H. Grotius, que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes, o novo *jus gentium* por eles reconstruído. Mas, apesar de que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), a aspiração humana é a mesma, ou seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos seres humanos (o direito *das gentes*), de acordo com certos padrões universais de justiça, sem cuja observância não pode haver paz social. Há, pois, que se empenhar em um verdadeiro *retorno às origens* do direito das gentes, através do qual se impulsionará o atual processo histórico de *humanização* do Direito Internacional.

28. Se é verdade que o drama dos muitos refugiados, deslocados e imigrantes indocumentados representa hoje um enorme desafio ao trabalho de proteção internacional dos direitos da pessoa humana, também é certo que as reações às violações de seus direitos fundamentais são hoje imediatas e contundentes, em razão precisamente do despertar da consciência jurídica universal para a necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana em quaisquer circunstâncias. A emergência e consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo (*cf. infra*) constituem, na minha opinião, uma manifestação inequívoca deste despertar da consciência jurídica universal.

29. No curso do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos relativo ao presente Parecer Consultivo, o Estado solicitante, o México, destacou com pertinência a importância da chamada *cláusula Martens* como elemento de interpretação do direito (principalmente humanitário), que poderia inclusive amparar os migrantes. A esse respeito, acredito ser possível ir ainda além: ao menos uma corrente da doutrina jurídica contemporânea chegou a caracterizar a cláusula Martens como *fonte* do próprio Direito Internacional geral;⁴³ e hoje ninguém ousaria negar que as "leis de humanidade" e as "exigências da consciência pública" invocadas pela cláusula Martens pertencem ao domínio do *jus cogens*.⁴⁴ A referida cláusula, como um todo, foi concebida e reiteradamente afirmada, em última instância, em benefício de todo o gênero humano, mantendo assim sua grande atualidade. Pode-se considerá-la, - como afirmei em obra recente, - como expressão da *razão de humanidade* impondo limites à *razão de Estado (raison d'État)*.⁴⁵

peçoal (...)" (*ibid.*, pp. 79-82, e *cf.* p. 104).

⁴² Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, e *cf.* pp. 246 e 253-255.

⁴³ F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor Dr. A. Truyol Serra*, tomo II, Madrid, Universidade Complutense, 1986, p. 836.

⁴⁴ S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/A Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 438 e 440.

⁴⁵ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.* n. (21) *supra*, tomo III, p. 509, e *cf.* pp. 497-509.

30. Uma das contribuições significativas do presente Parecer Consultivo N° 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* reside em sua determinação do amplo alcance do devido processo legal (par. 124). Em seu anterior Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, a Corte Interamericana destacou a evolução histórica do devido processo legal no sentido de sua expansão *ratione materiae* (pars. 117 e 119), enquanto, no presente Parecer Consultivo N° 18, examina esta expansão *ratione personae*, e determina que "o direito ao devido processo deve ser reconhecido no âmbito das garantias mínimas que se deve oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório" (par. 122). A acertada conclusão da Corte, no sentido de que "o amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma" (ponto resolutivo n° 7), atende efetivamente às exigências e aos imperativos do bem comum.

III. A Construção do Direito Individual Subjetivo do Asilo

31. A própria noção do bem comum deve ser considerada não em relação a um meio social *in abstracto*, mas com a totalidade dos seres humanos que o compõem, independentemente do *status* político ou migratório de cada um. Os direitos humanos transcendem em muito os chamados "direitos da cidadania", "concedidos" pelo Estado. O bem comum, como afirmava com acerto Jacques Maritain, erige-se na própria *pessoa humana* (mais que em indivíduos ou cidadãos), e o conceito de personalidade inclui a dimensão mais profunda do ser ou do espírito.⁴⁶ O bem comum é "comum" porque se projeta e se reflete nas *pessoas humanas*.⁴⁷ Se fosse requerido de determinados indivíduos que capitulassem diante do todo social, que se despojassem dos direitos que lhe são inerentes (em razão, *v.g.*, de seu *status* político ou migratório), que confiassem seu destino inteiramente ao todo social artificial, em tais circunstâncias a noção mesma de bem comum desapareceria por completo.⁴⁸

32. Apesar de se encontrar atualmente reconhecido o direito a *emigrar*, como corolário do direito à liberdade de movimento, os Estados ainda não reconheceram o direito correlato de *imigrar*, criando assim uma situação que gerou incongruências e arbitrariedades, muitas vezes afetando negativamente o devido processo legal.⁴⁹ Ao perpetuar, desse modo, as incertezas e inconsistências, os Estados responsáveis por essa situação deixaram de atuar à altura de suas responsabilidades como sujeitos do Direito Internacional, o *direito das gentes*. E têm criado mais problemas tanto para vários indivíduos diretamente impactados como, em última instância, para si mesmos, ao contribuir indiretamente para a formação dos fluxos de imigrantes "ilegais".

33. Além disso, também há Estados que buscaram soluções para o problema. O fato de que 12 Estados acreditados participaram do procedimento consultivo perante a Corte Interamericana que precedeu a adoção do presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* é sintomático do propósito comum da busca destas soluções. Da análise dos argumentos apresentados no transcurso do mencionado procedimento, por México, Honduras, Nicarágua, El Salvador, Costa Rica e Canadá, observa-se, de modo alentador, como denominador comum, o reconhecimento de que os Estados têm

⁴⁶ J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 [reprint], pp. 29-30, 40 e 105.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 49, 76 e 103-104. Qualquer entendimento em contrário muito provavelmente levaria a abusos (próprios do autoritarismo e dos regimes repressivos) e violações dos direitos humanos; *ibid.*, p. 50, e *cf.* pp. 95-97.

⁴⁸ *Cf. ibid.*, pp. 92-93.

⁴⁹ A.A. Cañado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, *op. cit.* n. (105) *infra*, pp. 15-16 e 18.

a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições, à luz do princípio da igualdade e não discriminação, independentemente de que tais pessoas sejam nacionais ou estrangeiras.

34. Além disso, no mesmo procedimento perante a Corte Interamericana relacionado a este Parecer Consultivo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), ao enfatizar a situação de vulnerabilidade dos migrantes, referiu-se ao nexos existente entre migração e asilo, e acrescentou com lucidez que a natureza e complexidade dos deslocamentos contemporâneos dificultam estabelecer uma clara linha de distinção entre refugiados e migrantes. Esta situação, envolvendo milhões de seres humanos,⁵⁰ revela uma nova dimensão da proteção do ser humano em determinadas circunstâncias, e destaca a importância capital do princípio fundamental da igualdade e não discriminação, ao qual farei referência mais adiante (*cf.* par. 58-63, *infra*).

35. Trata-se, na realidade, de um grande desafio à proteção dos direitos da pessoa humana em nossos dias, neste início do século XXI. A esse respeito, não deve passar despercebido que, como já afirmado, o *jus communicationis* e a liberdade de movimento, propugnados desde os séculos XVI e XVII, perduraram por muito tempo, e apenas em época histórica bem mais recente passaram a se manifestar restrições a eles (*cf.* par. 9, *supra*). Com efeito, apenas na segunda metade do século XIX, quando a *imigração* penetrou definitivamente na esfera do direito *interno*, passou a sofrer restrições sucessivas e sistemáticas.⁵¹ Daí a importância crescente da prevalência de determinados direitos, como o direito de acesso à justiça (o direito à justiça *lato sensu*), o direito à vida privada e familiar (compreendendo a unidade familiar), o direito a não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; este é um tema que ultrapassa a dimensão puramente estatal ou interestatal,⁵² e que deve ser abordado à luz dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados.

36. Tampouco deve passar despercebida, no presente contexto, a doutrina mais lúcida que levou, no passado, à configuração do estatuto do asilo territorial. Com efeito, a *historia juris* da instituição do asilo foi marcada pela tensão entre sua caracterização como uma faculdade discricionária do Estado, ou então como um direito individual subjetivo. Não é meu propósito entrar a examinar a fundo esta instituição no presente Voto Concordante, mas, ao contrário, referir-me a um aspecto pertinente à matéria objeto do presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana. Nos últimos anos, com as crescentes restrições no uso pelos Estados da auto atribuída faculdade de controle migratório, é a primeira corrente que parece *de facto* se impor,⁵³ em detrimento da tese do direito individual subjetivo.

37. Recordando a malograda Conferência das Nações Unidas sobre Asilo Territorial, realizada em Genebra, em 1977, esta não conseguiu obter um consenso universal quanto ao asilo como direito individual e, desde então, o unilateralismo estatal se tornou sinônimo da precariedade do asilo.⁵⁴ As medidas "protecionistas" dos Estados industrializados (em relação a

⁵⁰ *Cf.* notas (3) e (27), *supra*.

⁵¹ F. Rigaux, "L'immigration: droit international et droits fondamentaux", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 693-696.

⁵² *Ibid.*, pp. 707-708, 710-713, 717-720 e 722.

⁵³ Nesta, como em outras áreas do ordenamento jurídico internacional, tem persistido uma tensão latente e recorrente entre a vigência das obrigações convencionais contraídas pelos Estados e a insistência destes em seguir buscando por si mesmos a satisfação de seus próprios interesses, tais como por eles percebidos. *Cf., vg.,* J.-G. Kim e J.M. Howell, *Conflict of International Obligations and State Interests*, The Hague, Nijhoff, 1972, pp. 68 e 112.

⁵⁴ Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile, op. cit. supra* n° (34), pp. 107 e 140. - Sobre a malograda Conferência sobre Asilo Territorial de 1977, *cf.* O relato "Diplomatic Conference on Territorial Asylum", 18 *Review of the International*

fluxos migratórios "indesejáveis") se afastaram da melhor doutrina jurídica e geraram distorções na prática relativa à instituição do asilo.⁵⁵

38. Entretanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reagiu para responder às novas necessidades de proteção. E é perfeitamente possível que estejamos testemunhando os primórdios de formação de um verdadeiro *direito humano à assistência humanitária*.⁵⁶ Estamos diante de dois enfoques distintos do ordenamento jurídico internacional, um centrado no Estado, o outro (que firmemente sustento) centrado na pessoa humana. Estaria em conformidade com este último a caracterização do direito de asilo como um direito individual subjetivo. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos contém, com efeito, elementos que podem implicar a construção (ou talvez reconstrução) de um verdadeiro direito individual ao asilo.⁵⁷

39. Há de se ter presente que a instituição do asilo é muito mais ampla que o sentido atribuído ao asilo no âmbito do Direito dos Refugiados (*i.e.*, equiparado ao refúgio). Além disso, a instituição do asilo (gênero ao qual pertence a espécie do asilo territorial, em particular) antecede historicamente em muito tempo o próprio *corpus juris* do Direito dos Refugiados. O *aggiornamento* e uma compreensão mais integral do asilo territorial, - que poderiam se realizar a partir do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, - poderiam vir em auxílio dos trabalhadores imigrantes indocumentados, pondo fim à sua clandestinidade e vulnerabilidade. Para isto, deveria vir (ou voltar) a ser reconhecido precisamente como um direito individual subjetivo,⁵⁸ e não como uma faculdade discricionária do Estado.

40. De igual modo, quanto aos refugiados, se "reconhece", e não se "concede", seu estatuto; não se trata de uma simples "concessão" dos Estados. No entanto, a terminologia hoje em dia comumente empregada é um reflexo dos retrocessos que lamentavelmente testemunhamos. Por exemplo, há termos, como "proteção temporária", que parecem implicar uma relativização da proteção integral concedida no passado. Outros termos (*v.g.*, "refugiados em órbita", "deslocados em trânsito", "*safe havens*", "convenção plus") parecem se revestir de certo grau de surrealismo, mostrando-se francamente abertos a todo tipo de interpretação (inclusive a retrógrada), em lugar de se ater ao essencialmente jurídico e às conquistas do direito no passado. É talvez sintomático de nossos dias que se tenha que invocar as conquistas

Commission of Jurists (June 1977) pp. 19-24; e *cf.* P. Weis, "The Present State of International Law on Territorial Asylum", 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de Droit international* (1975) pp. 71-96.

⁵⁵ F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, *op. cit.* n° (34) *supra*, pp. 306-317, 324-330 e 335-339.

⁵⁶ *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso das *Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó*, Medidas Provisórias de Proteção de 06.03.2003, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 6.

⁵⁷ *Cf., vg.*, Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 14(1); Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 22(7); Convenção da OUA (de 1969) Regendo Aspectos Específicos dos Problemas de Refugiados na África, artigo II(1) e (2).

⁵⁸ No mesmo ano da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na medida em que se discutia no seio do *Institut de Droit International* se o asilo era um direito do Estado ou do indivíduo (*cf. Annuaire de l'Institut de Droit International* (1948) pp. 199-201 e 204-205), diante das incertezas manifestadas, G. Scelle comentou que "o asilo se tornou uma questão de *ordre public* universal" (*ibid.*, p. 202). Dois anos depois, o tema voltou a ser discutido no mesmo *Institut* (nos debates de 07-08.09.1950): com base no impacto dos direitos humanos no Direito Internacional (*cf. Annuaire de l'Institut de Droit International* (1950)-II, p. 228), apresentou-se a possibilidade do estabelecimento *de lege ferenda* de uma obrigação dos Estados de conceder asilo. Apesar de certa oposição à ideia, afortunadamente não faltaram aqueles juristas que respaldaram o estabelecimento desta obrigação estatal, ou ao menos a levaram a sério; *cf. ibid.*, pp. 204 e 221 (F. Castberg), p. 200 (H. Lauterpacht), pp. 204-205 (P. Guggenheim), e p. 225 (A. de La Pradelle).

do passado para frear retrocessos ainda maiores no presente e no futuro. Neste momento - de sombras, mais que de luz - que vivemos, há ao menos que preservar os avanços conseguidos por gerações passadas para evitar um mal maior.

41. Não se deve esquecer, pois, que houve manifestações doutrinárias que sustentam o processo de gradual formação do direito individual de asilo, ao mesmo tempo em que afirmam o caráter de *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.⁵⁹ Esta postura se mostra conforme o pensamento dos fundadores do Direito Internacional: enquanto Francisco de Vitoria argumentava o *jus communicationis*, Francisco Suárez, na mesma linha de pensamento, visualizava um "direito natural subjetivo", próprio do *jus gentium*, em um sentido comparável ao utilizado em nossos dias⁶⁰ no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

42. Naturalmente, não faltarão os "realistas" que objetarão que o direito individual subjetivo do asilo é uma utopia. A eles eu replicaria que a alternativa à utopia é o desespero. Há mais de três décadas (e a situação dos milhões de desenraizados apenas se agravou desde então) L. Legaz e Lacambra advertiam que

"A existência de 'povos proletários' significa um contrassenso se se afirma a ideia de uma comunidade internacional; e, principalmente, constitui uma injustiça quando já há povos que alcançaram uma etapa de máximo desenvolvimento e nível econômico, social e cultural, que contrasta duramente com a situação de miséria de tantos outros. [...Há uma] obrigação da comunidade internacional para com seus membros mais indigentes e necessitados que, nessa dimensão, encarnam também a ideia da humanidade como sujeito de Direito.

É evidente, pois, na evolução do Direito um sentido humano - humanista e humanitário (...): deixa de ser uma ordem coativa do Estado e se incorpora mais e mais a algumas formas de vida social abertas à crescente comunicação entre todos os homens (...). Tudo isso, e apenas isso, é o que dá sentido à personalização e subjetivação jurídica da humanidade".⁶¹

43. Em sua biografia de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), Stefan Zweig, um dos mais lúcidos escritores do século XX, destacou, no precioso legado do grande humanista, a tolerância para pôr fim, sem violência, aos conflitos que dividem os seres humanos e os povos. Erasmo, pacifista e defensor da liberdade de consciência, identificava na intolerância o mal hereditário da sociedade humana, que havia de ser erradicada. Apesar de que o ideal de Erasmo não tenha realizado até hoje, não por isso estava desprovido de valor. Nas palavras penetrantes de S. Zweig,

"Uma ideia que não chega a se ver corporificada é, por isso, invencível, já que não se pode provar sua falsidade. O necessário, apesar de que se atrase sua realização, não por isso é menos necessário; muito ao contrário, apenas os ideais que não se gastaram e comprometeram pela realização continuam atuando em cada geração como elemento de impulso moral. Apenas as ideias que não foram cumpridas retornam eternamente. (...) O que Erasmo, este idoso desenganado, e, entretanto, não excessivamente desenganado, nos deixou como herança (...) não era outra coisa, senão o renovado e sonhado antiquíssimo desejo de todas as religiões e mitos de uma futura e contínua humanização da humanidade e de um triunfo da razão (...). E apesar de que os cautos e frios

⁵⁹ G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, op. cit. supra nº(24), pp. 143-144, 146, 149 e 172-173.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁶¹ L. Legaz e Lacambra, "La Humanidad, Sujeto de Derecho", in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado - Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, tomo II, Oviedo, Universidade de Oviedo, 1970, pp. 558-559.

calculadores possam voltar a demonstrar sempre a falta de porvir do erasmismo, e apesar de que a realidade pareça lhes dar cada vez a razão, sempre serão necessários aqueles espíritos que afirmam o que conecta os povos entre si, além do que os separa e que renovam fielmente, no coração da humanidade, a ideia de uma idade futura de mais elevado sentimento humano".⁶²

IV. A Posição e o Papel dos Princípios Gerais do Direito

44. Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e formam suas regras. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às regras jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua incontenstável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última instância, proveem seus próprios fundamentos. É assim que concebo a presença e o posicionamento dos princípios em qualquer ordenamento jurídico, e seu papel no universo conceitual do direito.

45. Os princípios gerais do direito ingressaram na cultura jurídica, com raízes históricas que remontam, *v.g.*, ao direito romano, e passaram a se vincular com a própria concepção do Estado democrático de Direito, sobretudo a partir da influência do pensamento iluminista. Apesar da aparente indiferença com que foram tratados pelo positivismo jurídico (sempre buscando demonstrar um "reconhecimento" destes princípios na ordem jurídica positiva), e apesar da menor atenção a eles dispensada pela doutrina jurídica apressada e reducionista de nossos dias, entretanto nunca poderemos deles prescindir.

46. Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os princípios se encontram assim presentes nas origens do próprio Direito. Os princípios nos mostram os fins legítimos a buscar: o bem comum (de todos os seres humanos, e não de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (nos planos tanto nacional como internacional), a necessária primazia do direito sobre a força, a preservação da paz. Ao contrário dos que tentam - a meu ver em vão - minimizá-los, entendo que, se não há princípios, tampouco há, verdadeiramente, um sistema jurídico. Sem os princípios, a "ordem jurídica" simplesmente não se realiza, e deixa de existir como tal.

47. A identificação dos princípios básicos acompanhou *pari passu* a emergência e consolidação de todos os domínios do Direito, e todos seus ramos (direito civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, constitucional, e assim por diante). É assim com o Direito Internacional Público,⁶³ com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o Direito Internacional Humanitário,⁶⁴ com o Direito Internacional dos Refugiados,⁶⁵ com o Direito Penal Internacional.⁶⁶ Por mais circunscrito ou especializado que seja um regime

⁶² S. Zweig, *Triunfo y Tragedia de Erasmo de Rotterdam*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Juventud, 1986, pp. 205-207; S. Zweig, *Érasme - Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Grasset, 2002 (reed.), pp. 183-185.

⁶³ *E.g.*, princípio da proibição do uso ou ameaça da força, princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais, princípio da não intervenção nas relações interestatais, princípio da igualdade jurídica dos Estados, princípio da igualdade de direitos e a autodeterminação dos povos, princípio da boa fé no cumprimento das obrigações internacionais, princípio da cooperação internacional. *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 91-140.

⁶⁴ Princípio da humanidade, princípio da proporcionalidade, princípio de distinção (entre combatentes e população civil), princípio segundo o qual a escolha de métodos ou meios de combate não é ilimitada, princípio que exige evitar sofrimentos desnecessários ou danos supérfluos.

⁶⁵ Princípio do *non-refoulement*, princípio da humanidade.

⁶⁶ Princípio da legalidade (*nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*), princípio da responsabilidade penal individual,

jurídico, aí se encontram seus princípios básicos, como, *v.g.*, no Direito Ambiental Internacional,⁶⁷ no Direito do Mar,⁶⁸ no Direito do Espaço Exterior,⁶⁹ entre outros tantos. Como afirmado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante o procedimento relacionado ao presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) buscou identificar os "princípios e direitos fundamentais no trabalho", através da Declaração adotada em junho de 1998.

48. Alguns dos princípios básicos são próprios de determinadas áreas do Direito, outros permeiam todas as áreas. A normativa jurídica (nacional ou internacional) opera movida pelos princípios, alguns deles regendo as próprias relações entre os seres humanos e o poder público (como os princípios da justiça natural, do Estado do Direito, dos direitos da defesa, do direito ao juiz natural, da independência da justiça, da igualdade de todos perante a lei, da separação dos poderes, entre outros). Os princípios iluminam o caminho da legalidade e da legitimidade. Daí o contínuo e eterno "renascimento" do direito natural, o qual jamais desapareceu.

49. Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas, ao contrário, da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, anunciado pelos princípios gerais do direito, através do qual se avalia o direito positivo.⁷⁰ Ao sustentar que a *opinio juris* está acima da vontade estatal, F. Castberg ponderou com acerto que

"the experiences of our own age, with its repellent cruelties and injustice under cover of positive law, have in fact confirmed the conviction that something - even though it is only certain fundamental norms - must be objectively valid. This may consist of principles which appear to be valid for every human community at any time (...). The law can and should itself move forward in the direction of greater expedience and justice, and to a higher level of humanity".⁷¹

Esse "eterno retorno" do jusnaturalismo foi, assim, reconhecido pelos próprios jus internacionalistas,⁷² contribuindo em muito à afirmação e consolidação da primazia, na ordem

princípio da presunção da inocência, princípio da não retroatividade, princípio do julgamento justo.

⁶⁷ *Vg.*, princípio da precaução ou da devida diligência, princípio da prevenção, princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, princípio da equidade intergeracional, princípio do poluidor pagador.

⁶⁸ *Vg.*, princípio do patrimônio comum da humanidade (méritos oceânicos), princípio dos usos pacíficos do mar, princípio da igualdade de direitos (no alto mar), princípio da solução pacífica de controvérsias, princípios da liberdade de navegação e da passagem inofensiva, princípios da equidistância e de circunstâncias especiais (delimitação de espaços marítimos).

⁶⁹ *Vg.*, princípio da não apropriação, princípio dos usos e fins pacíficos, princípio da repartição dos benefícios da exploração espacial.

⁷⁰ C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207; e *cf.*, em geral, *vg.*, e.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Library, 1972 [reprint], pp. 13-203.

⁷¹ F. Castberg, "Natural Law and Human Rights", 1 *Revue des droits de l'homme / Human Rights Journal* (1968) p. 37, e *cf.* pp. 21-22. [Tradução: "as experiências de nossa época, com suas crueldades e injustiça repelentes encobertas pelo direito positivo, têm realmente confirmado a convicção de que algo - apesar de que sejam apenas determinadas normas fundamentais - deve ser objetivamente válido. Isto pode consistir em princípios que parecem ser válidos para toda comunidade humana em qualquer momento (...). O direito pode e deveria se mover adiante para maior agilidade e justiça, e para um nível de humanidade mais alto "].

⁷² *Cf.*, e.g., L. Le Fur, "La théorie du droit naturel du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399; A. Truyol e Serra, "Théorie du Droit international public - Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; A. Truyol e Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4a. ed. rev., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 69 e 105; J. Puente Egido, "Natural Law", in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max

dos valores, das obrigações em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo.⁷³ O que é verdade é que não há Direito sem princípios, os quais informam e formam as normas e regras jurídicas.

50. Na medida em que se forma um novo *corpus juris*, é preciso atender a urgente necessidade de identificação de seus princípios. Uma vez identificados, estes princípios devem ser observados, pois de outro modo a aplicação das regras seria substituída por uma simples retórica de "justificação" da "realidade" dos fatos; se há verdadeiramente um sistema jurídico, deve este operar com base em seus princípios fundamentais, pois de outro modo estaríamos diante do vazio legal, perante a simples ausência de um sistema jurídico.⁷⁴

51. Os princípios gerais do direito contribuíram à formação de normativas de proteção do ser humano. O recurso a estes princípios foi dado, no plano normativo, como resposta a novas necessidades de proteção do ser humano. Ninguém ousaria negar sua relevância, *v.g.*, na formação histórica do Direito Internacional dos Refugiados, ou, mais recentemente, na emergência, nos últimos anos, da normativa internacional relacionada aos deslocados (internos).⁷⁵ Ninguém ousaria negar sua incidência - para citar outro exemplo - no regime jurídico aplicável aos estrangeiros. A esse respeito, sugeriu-se que certos princípios gerais do direito se aplicam específica ou predominantemente aos estrangeiros, *v.g.*, o princípio da unidade da família, e o princípio da proibição da extradição sempre que esta apresente riscos de violações dos direitos humanos.⁷⁶

V. Os Princípios Fundamentais como *Substratum* do Próprio Ordenamento Jurídico

52. Os princípios gerais do direito têm, assim, inspirado não apenas a interpretação e a aplicação das regras jurídicas, mas também o próprio processo legiferante de sua elaboração. Refletem eles a *opinio juris*, a qual, por sua vez, encontra-se na base da formação do Direito,⁷⁷ e é decisiva para a configuração do *jus cogens*⁷⁸ (*cf. infra*). Estes princípios marcam presença nos planos tanto nacional como internacional. Se, no marco deste último, insistiu-se, no capítulo das "fontes" (formais) do Direito Internacional nos princípios gerais "reconhecidos" *in foro domestico*, isto se deveu a um afã de proceder com segurança jurídica,⁷⁹ pois estes

Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

⁷³ J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

⁷⁴ G. Abi-Saab, "Cours général de Droit international public", 207 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 378: "soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n'y a pas de système de tout".

⁷⁵ *Cf.* W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 6-74; e *cf.* F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 1-148.

⁷⁶ C. Pierucci, "Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers", 10 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (1999) n° 37, pp. 8, 12, 15, 17, 21, 24 e 29-30 entre estes princípios, aplicáveis aos estrangeiros, há os consagrados inicialmente no plano internacional (*vg.*, no contexto do direito da extradição, e do direito de asilo ou refúgio) que se têm projetado no plano do direito interno; *cf. ibid.*, pp. 7-32, esp. pp. 8, 15-21 e 30-32.

⁷⁷ Sobre o amplo alcance da *opinio juris* na formação do Direito Internacional contemporâneo, *cf.* A.A. Cançado Trindade, "A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de Suas Fontes", 29 *Curso de Direito Internacional Organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano* (2002) pp. 54-57, e *cf.* pp. 51-65.

⁷⁸ B. Simma, "International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis", 4 *Collected Courses of the Academy of European Law - Florence* (1993)-II, pp. 226-229.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 224.

princípios se encontram presentes em todo e qualquer sistema jurídico (*cf. supra*), no âmbito nacional ou internacional. Em suma, em todo sistema jurídico (de direito interno ou internacional) os princípios gerais marcam presença, assegurando sua coerência e revelando sua dimensão axiológica. Quando um se afasta dos princípios, incorre-se em distorções, e violações graves da ordem jurídica inclusive positiva.

53. Há princípios gerais do direito que parecem verdadeiramente *fundamentais*, a ponto de se identificarem com os próprios fundamentos do sistema jurídico.⁸⁰ Estes princípios fundamentais revelam os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiam-no e o protegem das incongruências da prática dos Estados, e atendem às necessidades da comunidade internacional.⁸¹ Estes princípios, como expressão da "ideia de justiça", têm um alcance universal; não emanam da "vontade" dos Estados, mas são dotados de um caráter objetivo que os impõem à observância de todos os Estados.⁸² Desse modo, - como afirma lucidamente A. Favre, - eles asseguram a unidade do Direito, a partir da ideia da justiça, em benefício de toda a humanidade.⁸³

54. É evidente que estes princípios de direito não dependem da "vontade", nem do "acordo", nem do consentimento, dos sujeitos de direito; sendo os direitos fundamentais da pessoa humana o "fundamento necessário de toda ordem jurídica", que não conhece fronteiras, o ser humano é titular de direitos inalienáveis, que independem de seu estatuto de cidadania ou de qualquer outra circunstância.⁸⁴ No domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um exemplo de princípios gerais de direito reside no *princípio da dignidade do ser humano*; outro reside no de *inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano*. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana se referiu expressamente a ambos os princípios (par. 157).

55. Além disso, em sua *jurisprudence constante*, a Corte Interamericana, ao interpretar e aplicar a Convenção Americana, tem, assim mesmo, recorrido sempre aos princípios gerais do direito.⁸⁵ Entre esses princípios, os que se revestem de caráter verdadeiramente fundamental, aos quais aqui me refiro, em realidade formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, revelando o *direito ao Direito* de que são titulares todos os seres humanos,⁸⁶

⁸⁰ G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 192-193; F. Sudre, "Existe-t-il un ordre public européen?", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 57-59.

⁸¹ M. Koskeniemi, "General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law", in *Sources of International Law* (ed. M. Koskeniemi), Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 360-365, 377, 381, 387, 390 e 395-398.

⁸² A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens", in *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-374, e *cf.* p. 369.

⁸³ *Ibid.*, pp. 375-376, e *cf.* p. 379.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 376-380, 383, 386 e 389-390.

⁸⁵ *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso dos *Cinco Aposentados versus Peru* (Sentença de 28.02.2003), par. 156; CtIADH, caso *Cantos versus Argentina* (Exceções Preliminares, Sentença de 7.09.2001), par. 37; CtIADH, caso *Baena Ricardo e Outros versus Panamá* (Sentença de 2.02.2001), par. 98; CtIADH, caso *Neira Alegria versus Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 11.12.1991), par. 29; CtIADH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (Sentença de 29.07.1988), par. 184; e *cf.* também CtIADH, Parecer Consultivo N° 17, sobre *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças* (de 28.08.2002), pars. 66 e 87; CtIADH, Parecer Consultivo N° 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), pars. 58, 113 e 128; CtIADH, Parecer Consultivo N° 14, sobre *Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 9.12.1994), par. 35.

⁸⁶ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n° (21), tomo III, pp.

independentemente de seu estatuto de cidadania ou qualquer outra circunstância. E não poderia ser de outro modo, porquanto os direitos humanos são universais e inerentes a todos os seres humanos, ao passo que os direitos de cidadania variam de país a país e se estendem apenas aos que o direito positivo estatal considera cidadãos, não amparando, pois, os imigrantes indocumentados. Como proclamou com veemência, em um raro momento de iluminismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 1),

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São, dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

56. A proteção e prevalência do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana se identificam com o próprio fim do Direito, da ordem jurídica tanto nacional como internacional. Em virtude deste princípio fundamental, toda pessoa deve ser respeitada pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, independentemente de sua condição, seu estatuto de cidadania, ou qualquer outra circunstância.⁸⁷ O princípio da inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano, por sua vez, identifica-se com uma premissa básica da construção de todo o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

57. Não pode haver dúvidas quanto ao alcance dos referidos princípios fundamentais, e, se por ventura existirem dúvidas, é função do jurista esclarecê-las e não perpetuá-las, para que o Direito realize sua função primordial de ministrar justiça.⁸⁸ É aqui que o inevitável recurso aos princípios gerais do Direito pode ajudar a dissipar qualquer dúvida que se possa apresentar quanto ao alcance dos direitos individuais. É verdade que as regras são as juridicamente obrigatórias, mas quando elas se afastam dos princípios, sua aplicação implica lesões dos direitos individuais e graves injustiças (*v.g.*, a discriminação *de jure*).

58. Na realidade, quando reconhecemos princípios fundamentais que formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, já nos adentramos no domínio do *jus cogens*, do direito imperativo (*cf. infra*). Com efeito, é perfeitamente possível visualizar o direito imperativo (o *jus cogens*) como identificado com os princípios gerais do direito da ordem material, que são garantes do próprio ordenamento jurídico, de sua unidade, integridade e coesão.⁸⁹ Tais princípios são indispensáveis (o *jus necessarium*), são anteriores e superiores à vontade; ao expressar uma "ideia de justiça objetiva" (o direito natural), são consubstanciais à própria ordem jurídica internacional.⁹⁰

VI. O Princípio da Igualdade e Não Discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos

59. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, outro princípio fundamental, apesar de que não suficientemente desenvolvido pela doutrina até hoje, mas que permeia todo seu *corpus juris*, é precisamente o princípio da igualdade e não discriminação. Este princípio, consagrado, como recorda a Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo (par. 86), em vários instrumentos internacionais de direitos humanos, assume

524-525.

⁸⁷ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

⁸⁸ M. Chemillier-Gendreau, "Principe d'égalité et libertés fondamentales en Droit international", in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* (eds. E. Yakpo e T. Boumedra), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 659-669.

⁸⁹ R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 98.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 104-105 e 110-112.

especial importância em relação à proteção dos direitos dos migrantes em geral, e dos trabalhadores imigrantes indocumentados em particular. Ao lado do elemento constitutivo da igualdade, - essencial ao próprio Estado de Direito,⁹¹ - o outro elemento constitutivo, o da não discriminação, consignado em tantos instrumentos internacionais,⁹² assume importância capital no exercício dos direitos protegidos. A discriminação é definida, nas Convenções setoriais destinadas à sua eliminação, essencialmente como qualquer distinção, exclusão, restrição ou limitação, ou privilégio, em detrimento dos direitos humanos nelas consagrados.⁹³ A proibição da discriminação inclui tanto a totalidade destes direitos, no plano substantivo, como as condições de seu exercício, no plano processual.

60. Sobre este ponto, a doutrina contemporânea é pacífica, ao considerar o princípio da igualdade e não discriminação como um dos pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos,⁹⁴ e, inclusive, como elemento integrante do Direito Internacional geral ou consuetudinário.⁹⁵ Afinal de contas, a normativa do Direito Internacional, "deve, por definição, ser a mesma para todos os sujeitos da comunidade internacional".⁹⁶ Não é meu propósito abundar, neste Voto Concordante, sobre a jurisprudência internacional a respeito, porquanto já se encontra analisada em detalhes em uma de minhas obras.⁹⁷ Limite-me, pois, a afirmar aqui, em resumo, que a jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos se orientou, de modo geral, - bem como o presente Parecer Consultivo N° 18 da Corte Interamericana (pars. 84 e 168), - no sentido de considerar discriminatória qualquer distinção que não tenha um propósito legítimo, ou uma justificativa objetiva e razoável, e que não guarde uma relação de proporcionalidade entre seu propósito e os meios empregados.

61. Com base no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos tem efetivamente afirmado o amplo alcance do artigo 26 do Pacto, que consagra o princípio básico da igualdade e não discriminação: em seu *Comentário Geral n° 18* (de 1989), o Comitê afirmou, sobre este princípio, o entendimento no sentido de que o artigo

⁹¹ G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

⁹² Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 2 e 7; Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 2(1) e 26; Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 2-3; Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigos 1(1) e 14; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 1(1) e 24; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, artigos 2-3; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, artigos 1(1) e 7; além do *corpus juris* da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção da OIT concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958), da Convenção contra a Discriminação no Ensino da UNESCO (1960), bem como da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas na Religião ou Crenças (1981).

⁹³ *Cf., e.g.*, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo 1(1); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, artigo 1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, artigo 7; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (de 1999), artigo 1(2); entre outras.

⁹⁴ A. Eide e T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n° 1), 1990, p. 4, e *cf.* pp. 1-44 (estudo reproduzido in T. Opsahl, *Law and Equality - Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206). E, para um estudo geral, *cf.* M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240.

⁹⁵ Y. Dinstein, "Discrimination and International Human Rights", 15 *Israel Yearbook on Human Rights* (1985) pp. 11 e 27.

⁹⁶ H. Mosler, "To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?", in *International Law and the Grotian Heritage* (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, p. 184.

⁹⁷ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

26 do Pacto consagra um "direito autônomo", e a aplicação deste princípio não se limita aos direitos estipulados no Pacto.⁹⁸ Esta postura avançada do Comitê de Direitos Humanos, somada à determinação, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de uma violação do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no caso *Gaygusuz versus Áustria* (1996), bem como aos requisitos consagrados na doutrina jurídica de que "distinções" devem ser razoáveis e conformes com a justiça (para não incorrer em discriminações), levaram à sugestão da emergência e evolução de um verdadeiro *direito à igualdade*.⁹⁹

62. Entretanto, apesar da busca, pela doutrina e pela jurisprudência internacionais, da identificação de bases ilegítimas da discriminação, isso não me parece suficiente; é preciso ir além, porquanto dificilmente a discriminação ocorre com base em um único elemento (*v.g.*, raça, origem nacional ou social, religião, sexo, entre outros), sendo antes uma mistura complexa de vários deles (e inclusive existindo casos de discriminação *de jure*). Além disso, quando as cláusulas de não discriminação dos instrumentos internacionais de direitos humanos contêm um elenco das referidas bases ilegítimas, o que realmente pretendem com isso é eliminar *toda uma estrutura social discriminatória*, tendo em vista os distintos elementos componentes.¹⁰⁰

63. É perfeitamente possível, além de desejável, voltar as atenções a todas as áreas de comportamento humano discriminatório, inclusive aquelas que até hoje foram ignoradas ou menosprezadas no plano internacional (*v.g.*, *inter alia*, status social, renda, estado médico, idade, orientação sexual, entre outras).¹⁰¹ Na realidade, as causas das migrações forçadas (em busca de sobrevivência, de trabalho e de melhores condições de vida - *cf. supra*) não são fundamentalmente distintas das do deslocamento populacional, e não é mera casualidade que o princípio básico da igualdade e não discriminação ocupe uma posição central no documento adotado pelas Nações Unidas em 1998, contendo os *Princípios Básicos sobre Deslocamento Interno (Guiding Principles on Internal Displacement)*.¹⁰²

64. A ideia básica de todo o documento é no sentido de que os deslocados internos não perdem os direitos que lhes são inerentes como seres humanos em razão do deslocamento, e estão protegidos pela normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.¹⁰³ Na mesma linha de raciocínio, a ideia básica subjacente à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990) é no sentido de que todos os trabalhadores qualificados como migrantes de acordo com suas disposições devem desfrutar seus direitos humanos, independentemente de sua situação jurídica; daí a posição central ocupada, também neste

⁹⁸ Parágrafo 12 do *comentário geral nº 18*; o Comitê destacou o caráter fundamental deste princípio (pars. 1 e 3); *cf.* texto reproduzido in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 1997, pp. 26-29.

⁹⁹ *Cf.* A.H.E. Morawa, "The Evolving Human Right to Equality", 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001-2002) pp. 163, 168, 190 e 203.

¹⁰⁰ E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 129-130.

¹⁰¹ D. Türk (*special rapporteur of the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights - Final Report*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, de 3.07.1992, p. 48, e *cf.* p. 55; e *cf.* também, *vg.*, T. Clark e J. Niessen, "Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America; The Promise, the Practice and Some Remaining Issues", 14 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1996) pp. 245-275.

¹⁰² *Cf.* ONU, documento E/CN.4/1998/L.98, de 14.04.1998, p. 5; *cf.* Os princípios 1(1), 4(1), 22 e 24(1). O princípio 3(2), por sua vez, afirma o direito dos deslocados internos à *assistência humanitária*.

¹⁰³ R. Cohen e F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

contexto, pelo princípio da não discriminação.¹⁰⁴ Em resumo, os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares dos direitos humanos fundamentais, que não se condicionam por sua situação jurídica (irregular ou não).¹⁰⁵ Em conclusão sobre este ponto, ao princípio fundamental da igualdade e não discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, um posicionamento verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

VII. Emergência, Conteúdo e Alcance do *Jus Cogens*

65. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana, significativamente, reconheceu que o referido princípio fundamental da igualdade e não discriminação, na atual etapa da evolução do Direito Internacional, "ingressou no domínio do *jus cogens*"; sobre este princípio, "permeia todo ordenamento jurídico", - acrescentou acertadamente a Corte, - "descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional" (par. 101, e *cf.* pontos resolutivos números 2 e 4). A Corte, além disso, não se eximiu de se referir à evolução do conceito de *jus cogens*, transcendendo o âmbito tanto do direito dos tratados como do direito da responsabilidade internacional dos Estados, de modo a alcançar o Direito Internacional geral e os próprios fundamentos da ordem jurídica internacional (pars. 98-99). Em respaldo a este importante pronunciamento da Corte, permito-me acrescentar algumas reflexões.

66. A emergência e consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo atendem a necessidade de um mínimo de verticalização no ordenamento jurídico internacional, erguido sobre pilares que fusionam o jurídico e o ético. O *jus cogens* se incorporou, definitivamente, ao universo conceitual do Direito Internacional contemporâneo a partir da inclusão, entre as bases de nulidade e extinção de tratados, das regras imperativas do Direito Internacional geral, nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.¹⁰⁶ A Convenção consagrou o conceito de *jus cogens*, sem com isto adotar a tese - defendida no passado por A. McNair¹⁰⁷ - de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.¹⁰⁸ O conceito parece ter sido reconhecido pela Convenção de Viena de 1969 como um todo; se esta deixou de adotar a noção de tratados estabelecendo "regimes jurídicos de

¹⁰⁴ Tal como enunciado em seu artigo 7.

¹⁰⁵ A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Cidade da Guatemala, OIM/IIDH (Cadernos de Trabalho sobre Migração nº 5), 2001, pp. 13 e 18.

¹⁰⁶ Mais de três décadas antes, a expressão "*jus cogens*" foi utilizada pelo Juiz Schücking, em seu célebre Voto Fundamentado no caso *Oscar Chinn* (Reino Unido versus Bélgica); Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Série A/B, nº 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. Um ano depois, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, Alfred Verdross também utilizou a expressão "*jus cogens*", e se referiu ao mencionado Voto Fundamentado do Juiz Schücking; *cf.* A. Verdross, "*Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale*", 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 206 e 243.

¹⁰⁷ *Cf.* A.D. McNair, "*Treaties Producing Effects `Erga Omnes'*", *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

¹⁰⁸ S. Rosenne, "*Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties*", *Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, e O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; e *cf.* Ph. Cahier, "*Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers*", 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 589-736. - Durante os *travaux préparatoires* da Convenção realizados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a noção de "*community interest*" se fez presente: primeiramente utilizada por J.-M. Yepes em 1950, a ideia passou depois a aparecer no 1º relatório de J.L. Brierly (o primeiro relator sobre a matéria), no 1º relatório de H. Lauterpacht (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de G. Fitzmaurice (o terceiro relator), para enfim ressurgir no 2º relatório de H. Waldock (o quarto e último relator sobre o tema); S. Rosenne, *op. cit. supra*, pp. 212-219.

caráter objetivo", por outro lado consagrou o conceito de *jus cogens*,¹⁰⁹ *i.e.*, de regras imperativas do Direito Internacional geral.¹¹⁰ A consagração do *jus cogens* tornou-se objeto de análise de uma ampla bibliografia especializada.¹¹¹

67. Transcorrida uma década e meia, o conceito de *jus cogens* voltou a ser consagrado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986); na minha intervenção na Conferência das Nações Unidas que a adotou, permiti-me advertir para a manifesta incompatibilidade com o conceito de *jus cogens* da concepção voluntarista do Direito Internacional,¹¹² a qual se mostrara incapaz de explicar sequer a formação de normas do Direito Internacional geral e a incidência no processo de formação e evolução do Direito Internacional contemporâneo de elementos independentes do livre arbítrio dos Estados.¹¹³ Com a consagração do *jus cogens* nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969 e 1986), o próximo passo consistiu em determinar sua incidência além do direito dos tratados.

68. De minha parte, sempre sustentei que é uma consequência inescapável da afirmação e da própria existência de regras *imperativas* do Direito Internacional não limitá-las às normas convencionais, ao direito dos tratados, e estendê-las a todo e qualquer ato jurídico.¹¹⁴ Desenvolvimentos recentes apontam no mesmo sentido, ou seja, de que o domínio do *jus cogens*, além do direito dos tratados, alcança igualmente o Direito Internacional geral.¹¹⁵ Além disso, o *jus cogens*, no meu entender, é uma categoria aberta, que se expande na medida em

¹⁰⁹ Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, cf. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 e 97-108.

¹¹⁰ O termo, como tal, apareceu pela primeira vez no Terceiro relatório de G. Fitzmaurice, e voltou depois a surgir no 2º relatório de H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit. supra* nº (98), pp. 104-105 e 108. - nos trabalhos preparatórios - os debates de 1963 e 1966 da VI Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmou-se a necessidade do estabelecimento de critérios para a determinação das regras de Direito Internacional que poderiam constituir *jus cogens*. Cf. I.M. Sinclair, "Vienna Conference on the Law of Treaties", 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124-129, e *cf.* pp. 129-131.

¹¹¹ *Cf.*, e.g. Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1ss.; Ch. de Visscher "Positivisme et jus cogens", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, "Réflexions sur le jus cogens", 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, "Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, "A liberté de traiter des États et le jus cogens", 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Z.f.a.o.R.u.V.]* (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law", 27 e 29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 e 1969) pp. 520-532 e 28-38, respectivamente; H. Mosler, "Jus cogens im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, "Contribution à l'étude du jus cogens en Droit international", *Recueil d'études de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, "Jus cogens im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; L. Alexidze, "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law", in *ibid.*, pp. 227-268; e outras fontes citadas nas notas (109), (115), (123), (124), (125) e (131).

¹¹² *Cf.* U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (Vienna, 1986) - *Official Records*, tomo I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervenção de A.A. Cançado Trindade).

¹¹³ A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Genebra (1981) pp. 201-240.

¹¹⁴ *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.* nº (97) *supra*, tomo II, pp. 415-416.

¹¹⁵ Para a extensão do *jus cogens* a todos os atos jurídicos possíveis, *cf.*, *vg.*, E. Suy, "The Concept of Jus Cogens in Public International Law", in *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Grecia, 03-08.04.1966), Genève, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

que se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o Direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes a todo ser humano em toda e qualquer situação.

69. A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos enfatizou o caráter absoluto dos direitos fundamentais *inderrogáveis*. A proibição absoluta das práticas de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, e execuções sumárias e extralegais, fazem-nos ingressar decididamente na *terra nova* do *jus cogens* internacional.¹¹⁶ No caso *A. Furundzija* (Sentença de 10.12.1998), a Corte Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia (*Trial Chamber*) afirmou que a proibição da tortura, realizada de modo absoluto pelo Direito Internacional, tanto convencional (sob determinados tratados de direitos humanos) como consuetudinário, tinha o caráter de uma regra de *jus cogens* (pars. 137-139, 144 e 160).¹¹⁷ Isto ocorria em razão da importância dos valores protegidos (par. 153). Tal proibição absoluta da tortura, - acrescentou a Corte Penal Internacional, - impõe aos Estados obrigações *erga omnes* (par. 151); a natureza de *jus cogens* desta proibição a torna "um dos padrões mais fundamentais da comunidade internacional", incorporando "um valor absoluto do qual ninguém deve se desviar" (par. 154).

70. O conceito de *jus cogens* efetivamente não se limita ao direito dos tratados, e é igualmente próprio do direito da responsabilidade internacional dos Estados. Os Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2001, dão testemunho deste fato. Entre as passagens desses Artigos e seus comentários que se referem expressamente ao *jus cogens*, há um em que se afirma que "*various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties*".¹¹⁸ Em meu entendimento, é neste capítulo central do Direito Internacional, o da responsabilidade internacional (talvez mais do que no capítulo do direito dos tratados), que o *jus cogens* revela sua real, ampla e profunda dimensão, alcançando todos os atos jurídicos (inclusive os unilaterais), e incidindo (inclusive além do domínio da responsabilidade estatal) nos próprios *fundamentos* de um Direito Internacional verdadeiramente universal.

71. À responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados corresponde necessariamente a noção de *ilegalidade objetiva*¹¹⁹ (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*). Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de atos de genocídio,¹²⁰ de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extralegais, e de desaparecimento forçado de pessoas, - práticas estas que representam crimes contra a humanidade, - condenadas pela consciência jurídica universal,¹²¹ ao lado da aplicação de tratados. Já em seu

¹¹⁶ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. n° (97) *supra*, tomo II, p. 415.

¹¹⁷ Acrescentou o Tribunal que esta proibição era tão absoluta que incidia não apenas sobre violações atuais, mas também potenciais (sobretudo a partir da Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Soering versus Reino Unido*, 1989), impedindo assim a expulsão, o retorno ou a extradição de uma pessoa a outro Estado em que possa incorrer no risco de ser submetida a tortura; *ibid.*, pars. 144 e 148. - A esse respeito, sobre a prática sob o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, cf. F. Pocar, "*Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione*", in *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione - Atti do Convegno di Ferrara (1999) per Salutare G. Battaglini* (ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 2003, pp. 89-90.

¹¹⁸ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, e cf. pp. 246 e 127-128.

¹¹⁹ Em seu Parecer Consultivo de 21.06.1971 sobre *Namíbia*, a Corte Internacional de Justiça se referiu efetivamente a uma situação que caracterizou como "ilegal *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1971) p. 56, par. 126.

¹²⁰ Em sua sentença de 11 de julho de 1996, no caso relativo à *Aplicação da Convenção contra o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça afirmou que os direitos e obrigações consagrados nesta Convenção eram "direitos e deveres *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1996) p. 616, par. 31.

¹²¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 25, e cf. pars. 23-24.

Parecer Consultivo de 1951 sobre as *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça afirmou que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente "obrigatórios para os Estados, ainda na ausência de qualquer obrigação convencional".¹²²

72. Assim, no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, foi reconhecido o princípio básico do *non-refoulement* como sendo parte do *jus cogens*,¹²³ no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi reconhecido igualmente o caráter de *jus cogens* do princípio fundamental da igualdade e não discriminação (*cf. supra*). A ilegalidade objetiva não se limita aos atos e práticas anteriormente mencionados. Como o *jus cogens* não é uma categoria fechada (*supra*), entendo que ninguém tampouco ousaria negar que o trabalho escravo, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal igualmente afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente chocam, com as regras peremptórias do *jus cogens*. Isso é particularmente significativo para a proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados. Toda essa evolução doutrinária aponta na direção da consagração das obrigações *erga omnes* de proteção (*cf. infra*). Sem a consolidação destas obrigações pouco se avançará na luta contra as violações dos direitos humanos.

73. As manifestações do *jus cogens* internacional marcam presença na própria maneira como os tratados de direitos humanos foram interpretados e aplicados: as restrições, nestes previstas, aos direitos humanos que consagram, são restritivamente interpretadas, protegendo o Estado de Direito, e demonstrando que os direitos humanos não pertencem ao domínio do *jus dispositivum*, e não podem ser considerados como simplesmente "negociáveis";¹²⁴ ao contrário, eles permeiam a própria ordem jurídica nacional e internacional. Em suma, e em conclusão sobre o ponto em exame, a emergência e consagração do *jus cogens* evocam as noções de ordem pública internacional e de uma hierarquia de regras jurídicas, bem como a prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*; o *jus cogens* se apresenta como a expressão jurídica da própria comunidade internacional como um todo, a qual, enfim, toma consciência de si mesma, e dos princípios e valores fundamentais que a guiam.¹²⁵

VIII. Emergência e Alcance das Obrigações Erga Omnes de Proteção: Suas Dimensões Horizontal e Vertical

74. No presente Parecer Consultivo sobre *A Condição Jurídica e Direitos dos imigrantes indocumentados*, a Corte Interamericana afirmou que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por pertencer ao domínio do *jus cogens*, "acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos a respeito de terceiros, inclusive particulares" (par. 110, e *cf.* ponto resolutivo número 5).¹²⁶ Também sobre este particular me permito apresentar algumas reflexões, em respaldo ao determinado pela Corte

¹²² CIJ, Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

¹²³ *Cf.* J. Allain, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558.

¹²⁴ J.A. Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el 'Jus Cogens' Internacional", in *Estudios de Derecho Internacional – Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 581-590. - Sobre a possibilidade da incidência do *jus cogens* na própria elaboração de projetos de instrumentos internacionais, *cf.* discussão in G.M. Danilenko, "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", 2 *European Journal of International Law* (1991) pp. 48-49 e 59-65.

¹²⁵ A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 20-21, 222-223 e 226, e *cf.* p. 140; e *cf.* também R.St.J. Macdonald, "Fundamental Norms in Contemporary International Law", 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 e 148.

¹²⁶ E *cf.* também par. 146.

Interamericana. É amplamente reconhecido, em nossos dias, que as regras imperativas do *jus cogens* efetivamente acarretam obrigações *erga omnes*.

75. Em conhecido *obiter dictum* em sua sentença no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), a Corte Internacional de Justiça precisou que há determinadas obrigações internacionais *erga omnes*, obrigações de um Estado *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo, que são do interesse de todos os Estados; "tais obrigações derivam, por exemplo, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição de atos de agressão e de genocídio, e também dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos correspondentes de proteção *ingressaram no corpus do Direito Internacional geral (...)*; outros são atribuídos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal".¹²⁷ As proibições citadas neste *obiter dictum* não são exaustivas: a elas se acrescentam novas proibições, como as citadas nos parágrafos 71-72 do presente Voto Concordante, precisamente por não ser o *jus cogens* uma categoria fechada (*supra*).

76. Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das regras imperativas do Direito Internacional geral (o *jus cogens*) e das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas a todos, e à comunidade internacional como um todo). O *jus cogens*, ao acarretar obrigações *erga omnes*, caracteriza-se como sendo dotadas de um caráter necessariamente objetivo e, portanto, incluindo todos os destinatários das regras jurídicas (*omnes*), tanto os integrantes dos órgãos do poder público como os particulares.

77. A meu modo de ver, podemos considerar tais obrigações *erga omnes* sob duas dimensões, uma horizontal e outra vertical, que se complementam. Assim, as obrigações *erga omnes* de proteção, em uma dimensão horizontal, são obrigações relacionadas à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo.¹²⁸ No contexto do Direito Internacional convencional, elas vinculam todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos (obrigações *erga omnes partes*), e, no âmbito do Direito Internacional geral, vinculam todos os Estados que compõem a comunidade internacional organizada, sejam ou não Partes naqueles tratados (obrigações *erga omnes lato sensu*). Em uma dimensão vertical, as obrigações *erga omnes* de proteção vinculam tanto os órgãos e agentes do poder público (estatal), como os simples particulares (nas relações interindividuais).

78. Para a conformação desta dimensão vertical contribuíram decisivamente o advento e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mas é surpreendente que, até hoje, estas dimensões horizontal e vertical das obrigações *erga omnes* de proteção tenham passado inteiramente despercebidas da doutrina jurídica contemporânea. No entanto, vejo-as claramente configuradas no próprio regime jurídico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, por exemplo, quanto à dimensão vertical, a obrigação geral, consagrada no artigo 1(1) da Convenção Americana, de respeitar e garantir o livre exercício dos direitos por

¹²⁷ CIJ, Sentença de 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports* (1970) p. 32, pars. 33-34 (ênfase acrescentada). - a mesma Corte teve uma oportunidade única de desenvolver estas considerações anos depois, no caso do *Timor Oriental*, mas a desperdiçou: na Sentença de 30.06.1995, em que reafirmou a existência das obrigações *erga omnes* (em relação ao direito de autodeterminação dos povos), entretanto relacionou estas obrigações com algo que é sua antítese, o consentimento de um Estado terceiro (Indonésia); sob uma perspectiva bilateral e voluntarista, deixou assim, infelizmente, de extrair as consequências da existência destas obrigações *erga omnes*; cf. CIJ, caso do *Timor Oriental* (Portugal versus Austrália), *ICJ Reports* (1995) pp. 90-106.

¹²⁸ CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 26, e cf. pars. 27-30.

ela protegidos, gera efeitos *erga omnes*, alcançando as relações do indivíduo tanto com o poder público (estatal) quanto com outros particulares.¹²⁹

79. Por sua vez, as obrigações *erga omnes partes*, em sua dimensão horizontal, encontram expressão também no artigo 45 da Convenção Americana, que prevê a via (ainda não utilizada na prática no Sistema Interamericano de Direitos Humanos), de reivindicações ou petições interestatais. Esta via, - como sinalizei em meu Voto Concordante (par. 3) no caso da *Comunidade de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisórias de Proteção de 18.06.2002), - constitui não apenas um mecanismo *par excellence* de ação de garantia coletiva, mas também um verdadeiro embrião de *actio popularis* no Direito Internacional, no contexto da Convenção Americana. De todo modo, estas dimensões tanto horizontal como vertical revelam o amplo alcance das obrigações *erga omnes* de proteção.

80. A consagração das obrigações *erga omnes* de proteção da pessoa humana representa, na realidade, a superação de um padrão de conduta erguido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio Direito Internacional buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.¹³⁰ Por definição, todas as regras do *jus cogens* geram necessariamente obrigações *erga omnes*. Enquanto o *jus cogens* é um conceito de direito material, as obrigações *erga omnes* se referem à estrutura de seu desempenho por parte de todas as entidades e todos os indivíduos obrigados. Por sua vez, não todas as obrigações *erga omnes* se referem necessariamente a regras do *jus cogens*.

81. É preciso dar acompanhamento aos esforços de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das regras peremptórias do Direito Internacional (*jus cogens*) e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano,¹³¹ movido, sobretudo pela *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos.¹³² Através deste desenvolvimento conceitual se avançará na superação dos obstáculos dos dogmas do passado e na criação de uma verdadeira *ordre public* internacional baseada no respeito e observância dos direitos humanos. Este desenvolvimento contribuirá, assim, a uma maior coesão da comunidade internacional organizada (a *civitas maxima gentium*), centrada na pessoa humana.

82. Como me permiti afirmar em meu Voto Fundamentado no Caso Las Palmeras (Exceções Preliminares, 2000, pars. 13-14) e em meus Votos Concordantes no caso da *Comunidade de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisórias de Proteção, 18.06.2002, pars. 2-9) e no caso das *Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó* (Medidas Provisórias de

¹²⁹ Cf., a esse respeito, em geral, a resolução adotada pelo *Institut de Droit International* (I.D.I.) na sessão de Santiago de Compostela de 1989 (artigo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 e 288-289.

¹³⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXist Century", 3 *Cursos Euromediterrâneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

¹³¹ Sobre a relação entre o *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* de proteção, cf.: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 135, 201-202 e 213; e. Dinstein, "The Erga Omnes Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239; J. Juste Ruiz, "Las Obligaciones 'Erga Omnes' en Derecho Internacional Público", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja da Muela*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 228.

¹³² CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24.01.1998, Série C Nº 36, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 28; CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Reparações), Sentença de 22.01.1999, Série C Nº 48, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 40.

Proteção, 6.03.2003, pars. 4-6), em um plano mais circunscrito, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos contém mecanismos para aplicação das obrigações convencionais de proteção *erga omnes partes*. Isso possui particular relevância nos planos tanto conceitual como operativo. A obrigação geral, consagrada no artigo 1(1) da Convenção Americana, de respeitar e garantir o livre exercício dos direitos por ela protegidos, tem um caráter *erga omnes*.¹³³

83. A meu ver, não há que minimizar as obrigações *erga omnes partes*, tampouco no plano conceitual, porquanto, através do exercício da garantia coletiva, tais obrigações podem servir de guia, ou mostrar o caminho, para a consagração, no futuro, das obrigações *erga omnes lato sensu*, devidas à comunidade internacional como um todo. E, no plano operativo, as obrigações *erga omnes partes* sob um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana também assumem especial importância, perante a atual diversificação das fontes de violações dos direitos consagrados na Convenção, que requer o claro reconhecimento dos efeitos das obrigações convencionais *vis-à-vis* de terceiros (o *Drittwirkung*), inclusive os particulares (*v.g.*, nas relações trabalhistas).

84. Com isso se pode assegurar rapidamente um mínimo de proteção convencional, por exemplo, aos trabalhadores imigrantes indocumentados, em suas relações não apenas com o poder público, mas também com outros indivíduos, em particular seus empregadores. Pode-se, assim, sustentar que os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares de direitos fundamentais *erga omnes*. Em última instância, o Estado tem a obrigação de tomar medidas positivas para impedir a exploração do trabalho inescrupulosa, e para pôr fim à mesma. O Estado tem o dever de assegurar a prevalência do princípio fundamental da igualdade e não discriminação, que, como estabelece com acerto o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana, é um princípio do *jus cogens* (par. 101, e ponto resolutivo nº 4). O esclarecimento deste ponto básico constitui uma valiosa contribuição do presente Parecer Consultivo Nº 18 da Corte.

85. O Estado está obrigado pela normativa da proteção internacional dos direitos humanos, que protege toda pessoa humana *erga omnes*, independentemente de seu estatuto de cidadania, ou de migração, ou qualquer outra condição ou circunstância. Os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares (*v.g.*, os empregadores), nas relações interindividuais. O Estado não pode se prevalecer do fato de não ser Parte em um determinado tratado de direitos humanos para se evadir da obrigação de respeitar o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por ser este um princípio de Direito Internacional geral, e do *jus cogens*, que transcende assim o domínio do direito dos tratados.

IX. Epílogo

86. O fato de que os conceitos tanto do *jus cogens* como das obrigações (e direitos) *erga omnes* já integram o universo conceitual do Direito Internacional é revelador da alentadora e necessária abertura deste último, nas últimas décadas, a determinados valores superiores e fundamentais. É preciso impulsionar esta significativa evolução da consagração das normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* de proteção, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos. Apenas assim resgataremos a visão universalista dos fundadores do *direito das gentes*, e nos aproximaremos da plenitude da proteção internacional dos direitos inerentes à pessoa humana. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e, de sua fiel observância, a meu ver, dependerá em grande parte a

¹³³ Cf., neste sentido, a resolução adotada pelo *Institut de Droit International* (I.D.I.) na sessão de Santiago de Compostela de 1989 (artigo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 e 288-289.

evolução futura do presente domínio de proteção da pessoa humana, bem como, em última instância, do próprio Direito Internacional como um todo.

87. Não é função do jurista simplesmente tomar nota do que fazem os Estados, em particular os mais poderosos, que não hesitam em buscar fórmulas para impor sua "vontade", inclusive em relação ao tratamento a ser dispensado às pessoas sob sua jurisdição. A função do jurista é mostrar e dizer qual é o Direito. No presente Parecer Consultivo N° 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, com firmeza e clareza, qual é o Direito. Este último não emana da insondável "vontade" dos Estados, mas, ao contrário, da consciência humana. O Direito Internacional geral ou consuetudinário emana não tanto da prática dos Estados (não isenta de ambiguidades e contradições), mas em especial da *opinio juris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional (os Estados, as organizações internacionais, e os seres humanos). Acima da vontade está a consciência.

88. O fato de que, apesar de todos os sofrimentos das gerações passadas, persistam em nossos dias novas formas de exploração do homem pelo homem, - tais como a exploração da força de trabalho dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, o tráfico de crianças, o trabalho forçado e escravo, em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais, ao desenraizamento e a desintegração familiar, - não significa que "falta regulamentação" ou que o Direito não exista. Significa, em especial, que o Direito está sendo ostensiva e flagrantemente violado, dia a dia, em detrimento de milhões de seres humanos, entre os quais os imigrantes indocumentados em todo o mundo. Ao se insurgir contra estas violações generalizadas dos direitos dos imigrantes indocumentados, que afrontam a consciência jurídica da humanidade, o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana contribui ao processo em curso da necessária *humanização* do Direito Internacional.

89. Ao fazê-lo, a Corte Interamericana tem presentes a universalidade e a unidade do gênero humano, que inspiraram, há mais de quatro séculos e meio, o processo histórico de formação do direito das gentes. Ao resgatar, no presente Parecer Consultivo, a visão universalista que marcou as origens da melhor doutrina do Direito Internacional, a Corte Interamericana contribui para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais do direito (entre os quais o princípio fundamental da igualdade e não discriminação), caracterizado pela intangibilidade do devido processo legal em seu amplo alcance, sedimentado no reconhecimento do *jus cogens* e instrumentalizado pelas consequentes obrigações *erga omnes* de proteção, e erguido, em última instância, sobre o pleno respeito e a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juiz

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

**VOTO FUNDAMENTADO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ AO
PARECER CONSULTIVO OC-18/03, SOBRE "A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS
DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS" DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, EMITIDO PELA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

1. A Corte Interamericana profere o Parecer Consultivo OC-18/03, em 17 de setembro de 2003, sob a epígrafe "A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados". Desta maneira inclui um amplo panorama: a situação dos migrantes indocumentados em geral, isto é, das pessoas que deixam um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele, mas não contam com a autorização para isso do Estado no que pretendem residir, caracterização que decorre do "Glossário" que figura no Capítulo V deste Parecer Consultivo (par. 69). Nessa situação se encontram muitas pessoas, independentemente do propósito que anime sua transferência, das condições em que se encontrem e da atividade que desenvolvam ou queiram desenvolver.

2. Uma categoria específica dentro deste gênero é a que corresponde aos trabalhadores migrantes indocumentados, isto é, as pessoas que não dispõem de autorização para ingressar e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, conforme as leis desse Estado e os acordos internacionais nos quais este seja parte, e que, entretanto, realizam essa atividade, como entendeu a Convenção Internacional sobre a Proteção de todos os Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, e se reconhece no "Glossário" citado no parágrafo anterior. Sobre estes últimos, trabalhadores da cidade e do campo, versa principalmente —apesar de que não exclusivamente—o pedido proposto pelos Estados Unidos Mexicanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Requer-se examinar os direitos que assistem os milhões de seres humanos, mulheres e homens, que se deslocaram ou se deslocam no mundo inteiro --e dentro desse mundo, nos países americanos--, movidos por diversos fatores e impulsionados por uma mesma expectativa: ganhar a vida, como se costuma dizer, fora do país onde nasceram.

3. Por si mesma, esta questão reveste a maior importância e mereceu, em consequência, referências destacadas no pedido de parecer e nas expressões dos Estados e dos particulares que intervieram --estes como *amici curiae*-- no processo da consulta. Esta matéria destaca igualmente as respostas da Corte Interamericana, que também poderiam se agrupar sob outra epígrafe específica que destaque o universo que preocupa o solicitante e os participantes e ocupa o tribunal interamericano: "a condição jurídica e os direitos dos **trabalhadores** imigrantes indocumentados".

4. O tema a que se refere este Parecer Consultivo possui importância fundamental em nosso tempo. A crescente relação entre os povos, o processo de mundialização que se projeta sobre diversos âmbitos e as condições heterogêneas das economias nacionais, regionais e globais, determinaram o aparecimento e o crescimento de correntes migratórias que possuem características particulares e demandam soluções racionais. Em uma resolução sobre "Migração Internacional e Desenvolvimento" (A/RES/54/212, de 1º de fevereiro de 2000) --que se menciona no OC-18, a Assembleia Geral das Nações Unidas afirmou que, "entre outros fatores, o processo de mundialização e liberalização, incluindo a crescente disparidade econômica e social entre muitos países e a marginalização de amplos segmentos da população da economia mundial, contribuiu a criar grandes movimentos de população entre os países e a intensificar o complexo fenômeno da migração internacional".

5. Em uma recente publicação se recorda que "a maioria das pessoas se deslocam para melhorar seus meios de vida, buscar novas oportunidades ou fugir da pobreza", sem ignorar outros motivos: a reunião das famílias, as guerras e outros conflitos, as violações aos

direitos humanos, a expulsão e a discriminação. No “final do século XX, havia aproximadamente 175 milhões de migrantes internacionais, quase três por cento da população mundial e o dobro do que havia em 1975. Aproximadamente 60% dos migrantes internacionais, ou seja, aproximadamente 40 milhões, estão em países desenvolvidos” (Comissão da Segurança Humana, A Segurança Humana, Nova York, 2003, p. 45).

6. As novas correntes migratórias, que constituem o ponto de referência para o Parecer Consultivo OC-18/2003, refletem as condições da economia nos países de origem e destino dos migrantes. Nestes operam fatores de atração que reivindicam a contribuição da mão de obra destes trabalhadores, que contribuem para a criação de riqueza e de maneira muito significativa --como reconheceram os analistas destes processos-- ao bem estar e desenvolvimento dos países receptores. Uma análise da OIT sobre essa matéria--que se invoca na intervenção do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)-- menciona, a respeito de um universo de 152 países, que entre 1970 e 1990 o número dos classificados como grandes receptores de imigrantes em busca de trabalho passou de 39 a 67, e o dos considerados grandes emissores sob o mesmo conceito se elevou de 29 a 55. As condições em que se produzem alguns destes processos e os seus resultados implicam, com efeito, uma espécie de subsídio às economias mais desenvolvidas, além de seu significado como fonte de recursos para os migrantes que prestam seus serviços nestas e para os familiares que residem nos locais de procedência.

7. Estes processos não podem --ou melhor: não devem-- subtrair-se à observância escrupulosa dos direitos humanos dos migrantes. Esta é a tese central sustentada no Parecer Consultivo OC-18/2003 e projetada nas diversas áreas de interesse que este abrange, uma tese que corresponde à opinião orientadora do Direito Internacional e nacional contemporâneo, em suas melhores expressões, à doutrina e à prática do Estado de Direito em uma sociedade democrática e aos princípios que governam o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a aplicação de suas regras por parte dos Estados integrantes da comunidade jurídica e as correspondentes jurisdições internacionais.

8. Evidentemente, não é possível reduzir um fenômeno desta natureza a uma questão de polícia fronteiriça, nem abarcá-lo sob a simples perspectiva da legalidade ou ilegalidade, regularidade ou irregularidade, da permanência de estrangeiros em determinado território. Esta ótica não permite entender e normatizar de forma racional e construtiva a oferta de trabalho lícito e criativo e a demanda que mantém em operação os processos econômicos, com benefício para quem presta seus serviços e para quem os contrata. O fenômeno ultrapassa essas perspectivas reducionistas, que com frequência conduzem à adoção de medidas improcedentes e lesivas para os trabalhadores migrantes, e inclusive para a economia na qual estes se instalam. Tal visão limitada e errônea traz consigo, também com frequência, problemas na relação entre nações vizinhas.

9. Quem faz parte dessas correntes migratórias se encontra sujeito, com grande frequência, a condições de grave impotência, derivadas de sua estranheza social, econômica e cultural a respeito do país no qual trabalham, e da carência de instrumentos para preservar seus direitos. Nestas circunstâncias constituem um setor sumamente vulnerável, que efetivamente sofre as consequências dessa vulnerabilidade na aplicação de leis, a adoção e execução de políticas e a proliferação de práticas discriminatórias e abusivas em suas relações trabalhistas a respeito dos empregadores que utilizam seus serviços e das autoridades do país no qual se encontram. Essa vulnerabilidade tem natureza estrutural. Sua vertente cultural, de caráter endógeno, associa-se --como sustenta o escrito de *amicus curiae* apresentado por um acadêmico do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México-- a “condições suficientes para que se deem extremos de impunidade dos violadores dos direitos humanos dos estrangeiros/imigrantes”.

10. São bem conhecidos os abundantes casos de agressão de migrantes indocumentados, por parte de servidores públicos, que descumprem ou desviam o exercício de suas atribuições, e pela mão de particulares, que aproveitam a situação de desvantagem na qual se encontram os imigrantes indocumentados para submetê-los a maus-tratos ou fazê-los vítimas de crimes. Entre estes figuram diferentes tipos de crimes violentos e tratamento arbitrário, que regularmente ficam impunes ou são punidos com medidas leves que não possuem nenhuma proporção com a gravidade dos ilícitos cometidos. Em uma resolução sobre "Proteção dos Migrantes" (A/RES/54/166, de 24 de fevereiro de 2000) -- mencionada no Parecer Consultivo--, a Assembleia Geral das Nações Unidas expressou sua preocupação "pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo".

11. A vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes aumenta, até chegar a extremos dramáticos que comovem a consciência moral da humanidade, quando estes carecem da autorização oficial para ingressar e permanecer no país, e pertencem, pelo mesmo motivo, à categoria dos que são sumariamente identificados como trabalhadores "indocumentados", "em situação irregular" ou, pior ainda, "ilegais". O que deveria ser uma característica administrativa com efeitos bem demarcados, converte-se em uma "etiqueta" que traz consigo múltiplas desvantagens e expõe a inumeros abusos. Esse setor fica sob um rótulo expressivo: é uma "categoria suspeita, como afirma a Comissão Interamericana de Direitos Humanos --no escrito de outro *amicus curiae* se alude a "categoria suspeitada"--, conceito elaborado a partir da jurisprudência europeia e do direito comparado. Trata-se, enfim, de "pessoas sob suspeita", com tudo o que isso significa e, além disso, com tudo o que sugere e, inclusive, permite.

12. Não mencionarei aqui com detalhe --mas é preciso levar em consideração-- as características do tratamento que se costuma dar aos trabalhadores indocumentados. Neste figuram abusos e arbitrariedades de diversa natureza nos centros de trabalho, mas também fora deles, através das condições de insegurança que os agoniam, o tratamento que recebem e outros aspectos, muito diversos, de sua vida pessoal e familiar, inclusive os mais íntimos e delicados. Os relatos pontuais desta situação, feitos por observadores de diversos países a propósito do estado das coisas que prevalece em distintos Continentes, ilustram amplamente esta matéria.

13. Esta é a situação em que vivem, trabalham e padecem milhões de pessoas em muitos países do mundo, entre eles alguns que figuram, historicamente, na linha avançada dos direitos humanos e da democracia. Assim, quando se alude ao problema dos trabalhadores migrantes indocumentados, tema central do OC-18/2003, faz-se referência a um grande número de seres humanos localizados em diversos países, como se adverte através das contribuições estatísticas dos participantes, como representantes de Estados ou *amici curiae*, no processo de reflexão que conduz a este Parecer Consultivo.

14. O OC-18/2003 se baseia, como não podia ser menos, na admissão dos direitos humanos reconhecidos a todas as pessoas e exigíveis de todos os Estados. Isto corresponde, ademais, à ideia radical dos direitos fundamentais nos termos expressados pelas declarações nacionais a partir do século XVIII e aos instrumentos internacionais mais destacados no século XX. Esse reconhecimento, que se fundamenta na dignidade humana e ultrapassa todas as fronteiras políticas, constitui o dado moral, jurídico e político mais relevante na etapa atual da ordem jurídica. As violações cometidas naquele século e no que agora se inicia não reduzem o estatuto contemporâneo do ser humano, produto de uma longa e frustrada evolução, nem suprimem a exigibilidade dos direitos humanos frente a

todos os Estados. Ao contrário, reforçam uma preocupação compartilhada por inúmeras pessoas e manifestam a necessidade de sustentar a batalha para assegurar a todos o mais amplo desfrute e exercício destes direitos. Podemos dizer que esta é a filosofia que anima as grandes organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, nos termos de suas cartas constitutivas, e vincula, portanto, aos Estados que fazem parte delas e aceitaram seu ideário e os compromissos que este representa.

15. No pensamento gerador das declarações de direitos e em suas expressões modernas figuram as invocações à liberdade e à igualdade dos seres humanos. Esta traz consigo, primeiro implicitamente, logo de forma explícita que já povoa vários documentos --como se afirma no presente Parecer Consultivo-- o mais completo e terminante rechaço da discriminação por quaisquer motivos. Esta profunda convicção constitui a fonte das lutas históricas do ser humano contra diversas formas de opressão --lutas que culminaram na consagração de sucessivos conjuntos de direitos fundamentais-- e são o princípio sobre o qual se constrói a ordem jurídica moderna.

16. A igualdade perante a lei e o rechaço de todas as formas de discriminação se encontram diante dos textos declarativos, preceptivos e garantidores dos direitos humanos. Integram, de certo modo, pontos de referência, fatores de criação, critérios de interpretação e espaços de proteção de todos os direitos. Constituem, pelo grau de aceitação que alcançaram, expressões claras do *jus cogens*, com o caráter imperativo que este reveste, além das convenções gerais ou particulares, e com os efeitos que possui para a determinação de obrigações *erga omnes*.

17. Essa ideia, que se afirma no OC-18/2003, foi expressada no curso dos trabalhos dirigidas a ela. Assim, na participação como *amicus curiae* do Conselho Centro-Americano de Procuradores de Direitos Humanos, com o apoio de sua Secretaria Técnica, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, mencionou-se, em síntese, que "devido ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei devem ser considerados como regras de *jus cogens*, e nesse sentido se trata de normas de Direito Internacional imperativo que integram uma ordem pública internacional à qual não se podem opor validamente o restante (das) normas do Direito Internacional, e menos ainda as regras domésticas dos Estados". Enfim, sem a consagração e vigência da igualdade perante a lei e o rechaço da discriminação seria impossível entender o desenvolvimento humano e apreciar o momento atual da evolução jurídica.

18. A verdadeira igualdade perante a lei não se encontra apenas na declaração igualitária que esta pudesse conter, sem consideração para as condições reais em que se encontram as pessoas sujeitas a ela. Não há igualdade quando pactuam --para formar, por exemplo, uma relação de trabalho-- o empregador que conta com suficientes recursos e sabe estar apoiado pelas leis, e o trabalhador que apenas dispõe de seus braços e intui --ou conhece perfeitamente-- que as leis não lhe oferecerão o apoio que oferecem à sua contraparte. Tampouco há autêntica igualdade quando comparecem perante o tribunal um contendente poderoso, bem provido de meios de defesa, e um litigante débil, que carece dos instrumentos para provar e alegar em sua defesa, independentemente das boas razões e dos direitos que sustentem suas respectivas pretensões.

19. Nestes casos, a lei deve introduzir fatores de compensação ou correção --e assim afirmou a Corte Interamericana quando examinou, para os fins do Parecer Consultivo OC-16/99, o conceito de devido processo-- que favoreçam a igualação dos que são desiguais por outros motivos, e permitam alcançar soluções justas tanto na relação material como na

processual. Parece-me útil trazer aqui uma expressão de Francisco Rubio Llorente, que pode ser aplicável ao ponto que agora me ocupa, sem prejuízo do alcance mais geral que possui. Todo "Direito se pretende justo --diz o tratadista espanhol--, e é a ideia de justiça a que leva diretamente ao princípio de igualdade que, de certo modo, constitui seu conteúdo essencial". Portanto, "a igualdade não é um ponto de partida, mas uma finalidade" ("a igualdade na jurisprudência do Superior Tribunal", na forma do poder (*Estudios sobre la Constitución*), Centro de Estudos Constitucionais, Madrid, 1993, pp. 644 e 656). A essa finalidade devem atender e a ela devem tender os ordenamentos que regulamentam relações entre partes social ou economicamente desiguais, e as regras e práticas do julgamento, em todas as suas vertentes.

20. A proscrição da discriminação não admite exceções ou âmbitos de tolerância, que funcionariam como "santuários de infrações": reprova-se em todos os casos. Não importa, para este propósito, que esta se projete sobre direitos considerados primordiais, como poderiam ser os referidos à vida, à integridade física ou à liberdade pessoal, entre outros, ou sobre direitos aos que alguns designam uma categoria diferente ou uma transcendência distinta. É discriminatório prever sanções diferentes pelas mesmas faltas em função do pertencimento dos autores a determinados grupos sociais, religiosos ou políticos. Também é discriminatório negar o acesso à educação aos integrantes de um grupo étnico e permiti-la, em troca, aos membros de outro. E é discriminatório --sob o mesmo título de reprovação-- prover algumas pessoas com todas as medidas de proteção que merece a realização de um trabalho lícito, e negá-las a outras pessoas que realizam a mesma atividade, erguendo para isso condições alheias ao próprio trabalho, como são as derivadas, por exemplo, de seu *status* migratório.

21. Os princípios de igualdade perante a lei e não discriminação ficam à prova quando entram em contato diversos grupos humanos, chamados a participar em relações jurídicas e econômicas que põem em risco os direitos dos que são mais fracos ou se encontram menos providos, em virtude de suas circunstâncias e da forma em que se estabelecem e desenvolvem essas relações. Isso se observou --e atualmente se observa-- em múltiplos casos, pelos mais diversos motivos: nacionais e estrangeiros, homens e mulheres, adultos e menores, maiorias e minorias étnicas, culturais, políticas e religiosas, vencedores e vencidos em disputas internas e internacionais, grupos arraigados e grupos deslocados, apenas como exemplo. E isso ocorre entre quem faz parte do contingente de trabalho em seu próprio país e quem concorre com eles nos mesmos processos econômicos, mas carecem da condição de nacionais. Esta condição constitui o escudo de proteção de uns; sua ausência significa, com frequência, o fator de exclusão ou detrimento de outros.

22. A pretensão irreduzível e permanente do sistema de direitos humanos, bem como das ideias em que se sustenta e dos fins que persegue-- é eliminar as distâncias, combater os abusos, assegurar os direitos; em suma, estabelecer a igualdade e realizar a justiça, não apenas como desígnio ético, que seria, por si só, relevante, mas também como estrito cumprimento de regras imperativas que não aceitam exceções e obrigam todos os Estados: *jus cogens* e deveres *erga omnes*, como se afirmou. Em alguns casos há avanços consideráveis, apesar de ainda serem insuficientes --assim, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, que não alcança, porém, dominar a realidade e se converter em experiência unânime--, e fica muito por recorrer em outros, como ocorre no âmbito das relações trabalhistas, quando nele concorrem trabalhadores nacionais e estrangeiros.

23. O OC-18/2003 desautoriza a opinião que sugere restrições e reduções nos direitos das pessoas, quando estas excedem as fronteiras de seu país e se transferem ao exterior, como se esse trânsito desgastasse a condição humana e retirasse a dignidade e, portanto, direitos e liberdades aos migrantes. O Grupo de Trabalho Intergovernamental de

Especialistas nos Direitos Humanos dos Migrantes das Nações Unidas --citado no escrito de *amicus curiae* do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço de Apoio e Orientação a Migrantes e Refugiados (CAREF) e Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires-- afirmou que "(t)odas as pessoas, independentemente do local de residência, têm direito ao pleno desfrute de todos os direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Corresponde a todos os Estados respeitar os direitos humanos fundamentais dos migrantes, independentemente de sua condição jurídica". Acrescenta: "(u)m princípio básico dos direitos humanos é que o fato de entrar em um país distinto do próprio violando as leis de imigração do país não supõe a perda dos direitos humanos do imigrante em situação irregular. Tampouco suprime a obrigação de um Estado Membro (em um instrumento internacional) de protegê-los". No entanto, nem sempre se reconhece isto. Ocorre, em troca, como se afirmou na intervenção de *amicus curiae* do representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) que, quando se cataloga uma pessoa como migrante, "o que se quer dizer é que não possuem direitos e que, deste modo, o Estado, em exercício de sua soberania, pode expulsá-los, deportá-los ou violar seus direitos básicos".

24. O presente Parecer Consultivo não nega a possibilidade de estabelecer diferenças entre categorias de sujeitos: diferenças razoáveis, fundamentadas em dados objetivos, com as que se pretenda alcançar objetivos lícitos por meios legítimos. Desde logo, é factível que um Estado, ao regular o acesso a seu território e a permanência neste, fixe condições e requisitos que os migrantes devem atender. A inobservância das disposições migratórias traria consigo consequências da mesma ordem, mas não deveria acarretar efeitos em matérias alheias à questão do ingresso e à permanência do migrante.

25. Em função do anterior, não seria admissível, por exemplo, que se privasse o indocumentado, pelo fato de sê-lo, das liberdades de pensamento e de opinião. Tampouco o é punir o descumprimento de disposições migratórias com medidas que correspondem a outros âmbitos, desconhecendo as situações nestes criadas e os efeitos que deveriam trazer consigo, por si mesmas, completamente alheios à infração migratória. Proceder de outra maneira significaria, como ocorre de fato, despossuir uma pessoa, alegando faltas administrativas, do produto de um trabalho já realizado: uma expropriação, *lato sensu*, daquilo que obteve o operário com seu trabalho, através do acordo de vontades com um terceiro, e que já produziu certo benefício a este, que se transformaria em lucro indevido se for excluída a contraprestação --em suas diversas expressões-- pelo trabalho realizado.

26. Levando em consideração as características dos deveres gerais dos Estados ao amparo do Direito Internacional geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente, no que corresponde a estes requisitos do *jus cogens*, estes devem desenvolver, como se sustenta no OC-18/2003, determinadas ações em três ordens mutuamente complementares: a) por um lado, assegurar através de medidas legislativas e de outra natureza --ou seja, em todo o âmbito de atribuições e funções do Estado-- a efetiva vigência --não apenas a consagração nominal-- dos direitos humanos dos trabalhadores de forma igualitária e sem discriminação alguma; b) além disso, suprimir as disposições, quaisquer que sejam sua categoria ou seu alcance, que impliquem desigualdade indevida ou discriminação; e c) finalmente, combater as práticas públicas ou privadas que tenham esta mesma consequência. Apenas então, pode-se dizer que um Estado cumpre suas obrigações de *jus cogens* nesta matéria, que, como se mencionou, não dependem de que o Estado seja parte em determinado convênio internacional, e apenas então ficaria protegido da responsabilidade internacional que provém do descumprimento de deveres internacionais.

27. O OC-18/2003 examina centralmente os direitos derivados do trabalho e concernentes, deste modo, aos trabalhadores. Estes pertencem à categoria dos direitos denominados "econômicos, sociais e culturais", que alguns tratadistas qualificam como direitos de "segunda geração". Então, seja qual for a sua embalagem, levando em consideração sua matéria e, inclusive, a época na que chegaram aos textos constitucionais, primeiro, e internacionais, depois, o certo é que têm a mesma categoria dos direitos chamados "civis e políticos". Uns ou outros, mutuamente dependentes ou condicionados, integram o estatuto contemporâneo do ser humano: são um único conjunto amplo, partes do mesmo universo, que se desintegraria artificialmente se ficasse excluída alguma delas.

28. Entre estes direitos não há mais distância que a relativa à sua matéria, à identidade dos bens que tutelam, ao espaço no qual surgem e prosperam. Têm a mesma hierarquia e reivindicam idêntico respeito. Não é devido confundir uns com outros, mas tampouco é possível ignorar a relação em que se encontram, pelo mesmo império das circunstâncias: digamos, por exemplo, que embora o direito ao trabalho não se confunda com o direito à vida, o trabalho é condição de uma vida digna, e inclusive da própria vida: fator de subsistência. Se se nega o acesso ao trabalho, ou se impede ao trabalhador a recepção de seus frutos, ou se obstrui a via jurisdicional ou administrativa pela que este reivindica seus direitos, poderia ficar em risco a vida, e, em todo caso, a qualidade da vida sofrerá prejuízo, que é um ponto básico tanto dos direitos econômicos, sociais e culturais como dos civis e políticos.

29. Os direitos humanos dos trabalhadores, isto é, os direitos fundamentais de caráter trabalhista, derivam de duas fontes, que operam de forma concertada: a) primeiro, a condição humana do titular, que exclui, como já se afirmou, desigualdades inadmissíveis e discriminações; e b) segundo, a relação de trabalho que se estabelece entre o titular destes direitos e a pessoa jurídica, individual ou coletiva, à que prestará, presta ou prestou seus serviços, relação que surge do próprio fato de prestar, dispor-se a prestar ou ter prestado um serviço, independentemente de que esta se encontre formalizada através de um contrato, que não existe em um grande número de casos --a maioria, provavelmente--, apesar de que sim exista --e isto é o que verdadeiramente importa-- o fato determinante da relação trabalhista, que é, ao mesmo tempo, fonte de direitos e obrigações.

30. É preciso acentuar essas considerações em relação a todos os indivíduos que realizam atividades em troca de determinada remuneração, mas principalmente --por se tratar da matéria que se analisa no OC-18/2003-- na hipótese dos que têm a qualidade de trabalhadores conforme a caracterização que sobre esta categoria costuma proporcionar o direito do trabalho: prestadores de serviços de forma dependente e subordinada, que integram o mais amplo contingente do grupo vulnerável por causa de sua condição migratória, principalmente quando se trata de migrantes indocumentados.

31. Em diversos instrumentos internacionais --além dos textos nacionais mais avançados-- formulam-se listas ou relações de direitos trabalhistas que devem ser reconhecidos e garantidos. Assim é na Declaração Universal sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (86ª Reunião, Genebra, 1998).

32. Estes e outros instrumentos contribuem a estabelecer os padrões internacionais em matéria de direitos trabalhistas, invocados neste Parecer Consultivo e aplicáveis ao direito e

às práticas que, conforme o Parecer, apresentem-se nos Estados. Tais padrões são o produto de uma constante e comprovada evolução, expressam a opinião compartilhada pelos membros da comunidade jurídica internacional e possuem, portanto, o duplo valor que lhe designam esta circunstância e a própria natureza dos instrumentos nos quais estes se inscrevem.

33. Há certos direitos, mencionados na parte considerativa do OC-18/2003, que possuem especial importância enquanto são os mais geralmente reunidos nas regras nacionais e internacionais, com frequência constituem condições ou fatores de outros direitos trabalhistas e por suas próprias características determinam o marco geral para a prestação do trabalho e a proteção e o bem estar de quem o realiza. Na correspondente relação --que não é exaustiva-- figuram a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a eliminação de discriminações na prestação do trabalho, a abolição do trabalho infantil, a proteção das mulheres trabalhadoras e os direitos correspondentes ao salário, à jornada de trabalho, ao descanso e às férias, à higiene e segurança no trabalho, à associação sindical, à negociação coletiva.

34. O "Programa de Ação" aprovado pela Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) instou os Estados a assegurar a plena igualdade dos migrantes perante a lei, "incluindo a legislação trabalhista", e a "eliminar os obstáculos, segundo proceda: à participação na formação profissional, à negociação coletiva, ao emprego, aos contratos e às atividades sindicais; ao acesso aos tribunais judiciais e administrativos para apresentar queixas; ao direito a buscar emprego em diferentes partes do país de residência, e ao trabalho em condições seguras e saudáveis" (Programa, par. 28). Também instou os Estados a adotar "todas as medidas possíveis para promover o pleno desfrute por todos os migrantes de todos os direitos humanos, em particular os relacionados aos salários justos e a remuneração equitativa por trabalho de igual valor sem distinção de nenhuma espécie, e o direito à segurança em caso de desemprego, enfermidade, deficiência, viuvez, velhice ou outra falta de meios de subsistência em circunstâncias alheias à sua vontade, à previdência social, incluindo o seguro social, ao acesso à educação, à atenção sanitária, aos serviços sociais e ao respeito à sua identidade cultural" (Programa, par. 30, g).

35. A menção destes direitos no Parecer Consultivo OC-18 não serve ao propósito de estabelecer determinada organização hierárquica dos direitos humanos dos trabalhadores, distribuídos em um conjunto que pudesse constituir o "núcleo duro" e outro que pudesse possuir outro caráter, de alguma maneira secundário ou prescindível. Apenas se trata de pôr ênfase sobre determinados direitos que se destacam na relação trabalhista e nas necessidades e expectativas dos trabalhadores migrantes indocumentados e a cuja observância e garantia é preciso dedicar especial atenção, sem menosprezo da que se deva oferecer a outros direitos não mencionados nessa relação.

36. A proclamação de direitos sem a provisão de garantias para exercê-los fica no vazio. Converte-se em uma formulação estéril, que semeia expectativas e produz frustrações. Por isso é preciso estabelecer as garantias que permitam reivindicar o reconhecimento dos direitos, recuperá-los quando foram desconhecidos, restabelecê-los se foram violados e colocá-los em prática quando seu exercício tropeça em obstáculos indevidos. A isso atende o princípio de acesso igual e expresso à proteção jurisdicional efetiva, isto é, a possibilidade real de ter acesso à justiça através dos meios que o ordenamento interno proporciona a todas as pessoas, com a finalidade de alcançar uma solução justa à controvérsia que se suscitou. Em outros termos: acesso formal e material à justiça.

37. A esse acesso serve o devido processo, amplamente examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de suas competências consultiva e contenciosa. A rigor, o devido processo é o meio consequente com o mais avançado conceito dos direitos humanos para assegurar a efetiva realização destes direitos: um método ou fator para a eficácia do direito em seu conjunto e dos direitos subjetivos em casos concretos. O devido processo, conceito dinâmico guiado e desenvolvido sob um modelo garantidor que serve aos interesses e direitos individuais e sociais, bem como ao supremo interesse da justiça, constitui um princípio orientador para a devida solução dos litígios e um direito primordial de todas as pessoas. Aplica-se à solução de controvérsias de qualquer natureza --entre elas, obviamente, as trabalhistas-- e às petições e reivindicações que se apresentam perante quaisquer autoridades: judiciais ou administrativas.

38. O devido processo, em seus elementos que interessam para o objeto do OC-18/2003, implica, por uma parte, a maior igualdade --equilíbrio, "igualdade de armas"-- entre os litigantes, particularmente importante quando em um extremo da disputa se encontra o vulnerável trabalhador migrante e no outro o empregador dotado de direitos suficientes e eficientes, uma igualdade que apenas se consegue --na maioria dos casos, que refletem a verdadeira dimensão do problema coletivo-- quando o poder público incorpora, através de leis e critérios de interpretação e aplicação, os elementos de compensação ou correção aos que antes me referi; e, além disso, o cumprimento claro e fluído do dever que tem o Estado de oferecer o serviço de justiça, sem distinção e, muito menos, discriminação, que implicaria, de entrada, a derrota do acusado débil.

39. Estas precisões por parte do OC-18/2003 têm especial relevância. Efetivamente, os trabalhadores indocumentados costumam enfrentar problemas severos de acesso efetivo à justiça. Estes problemas não apenas derivam de fatores culturais e de carência de recursos ou conhecimentos adequados para invocar a proteção das autoridades competentes para oferecê-la, mas da existência de regras ou práticas que obstruem ou enrarecem a prestação jurisdicional do Estado. Isso ocorre quando o pedido de justiça pode desembocar em represálias contra os solicitantes por parte de autoridades ou particulares, medidas de coerção ou detenção, ameaças de deportação ou privação de liberdade e outras similares, que lamentavelmente não são alheias à mais frequente experiência dos imigrantes indocumentados. Desta sorte, o exercício de um direito humano primordial --acesso à justiça-- culmina na privação de múltiplos direitos. Convém enfatizar que inclusive no caso de que se apliquem medidas de coerção ou sanções baseadas em disposições migratórias --, a deportação ou a expulsão--, o impactado conserva integralmente os direitos que lhe correspondem em função do trabalho realizado, cuja fonte é alheia ao problema migratório e se localiza unicamente na prestação do trabalho.

40. O Parecer Consultivo com o qual concordo com este Voto Fundamentado aborda o tema das políticas públicas, apresentado no pedido formulado pelo Estado requerente. A esse respeito, reconhece-se que os Estados têm a faculdade de adotar políticas públicas --que se manifestam em leis, regulamentos e outras regras, planos, programas e ações diversas-- dirigidas à obtenção de fins coletivos legítimos. Entre essas políticas figuram as relativas aos processos populacionais, que incluem as questões migratórias, além das concernentes ao manejo da economia, ao emprego da mão de obra, ao fomento de determinadas atividades produtivas, à proteção de setores específicos da agricultura, da indústria, do comércio e dos serviços, etc.

41. Surge um problema, entretanto, quando alguns aspectos específicos de uma política do Estado entram em colisão com os direitos humanos de certo setor da população. Evidentemente, isto não deverio OCorrer em nenhuma circunstância. É função do Estado que responde uma vocação democrática, reconhece e garante os direitos humanos de seus

habitantes, implementar as diversas políticas públicas de maneira que se preservem estes direitos e, ao mesmo tempo, procurem e alcancem os legítimos objetivos que estas políticas pretendem. Digamos, novamente, que o fim plausível não justifica o emprego de meios ilegítimos. Em tais casos prevalecem os compromissos essenciais do Estado com os direitos humanos, cuja preservação constitui a razão de ser da organização política, como se manifestou constantemente a partir dos mais importantes documentos políticos da etapa moderna, gerados pelos grandes movimentos insurgentes e revolucionários dos Estados Unidos e da França no último terço do século XVIII. Se este é o dado ético e jurídico essencial da sociedade política, um Estado não poderia violar os direitos humanos das pessoas sujeitas à sua jurisdição alegando para isso determinadas políticas.

42. Sobre estas bases, o Parecer Consultivo OC-18/2003 se refere a vários acordos -- que se sustentam, é preciso acreditar, em convicções profundas-- da comunidade internacional a propósito das políticas migratórias, tema da consulta proposta pelos Estados Unidos Mexicanos. Nesse sentido, figuram a "Declaração" e o "Programa de Ação" emanados da Conferência de Durban, e a Resolução sobre estes mesmos temas da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados pela Corte Interamericana no presente Parecer Consultivo. No documento citado primeiramente se enfatizou o direito dos Estados a adotar suas próprias políticas de migração, e igualmente se afirmou "que essas políticas devem ser congruentes com os instrumentos, regras e princípios de direitos humanos" (Declaração, par. 47).

43. Seria ilusório acreditar que a opinião de um órgão jurisdicional --apoiado, entretanto, nas convicções e nas decisões de Estados que representam, neste Continente, centenas de milhões de pessoas-- e as correntes de progresso com justiça que animam muitos homens e mulheres de boa vontade poderiam inverter, no curto prazo, tendências antigas que têm sua raiz em preconceitos profundos e muitos interesses. No entanto, estas forças, concertadas, podem fazer sua parte no esforço humano por mover montanhas. Recorrer esse caminho e concluí-lo exige adotar --como se afirmou em Durban-- estratégias, políticas, programas e medidas que competem à "responsabilidade de todos os Estados, com a plena participação da sociedade civil no âmbito nacional, regional e internacional" (Declaração, par. 122). Neste esforço, o OC-18/2003 cumpre sua própria missão. O faz, como corresponde a este tribunal, sob a perspectiva que lhe compete: jurídica, a partir dos princípios germinais e radicais do sistema internacional dos direitos humanos.

Sergio García Ramírez
Juiz

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ HERNÁN SALGADO PESANTES

O presente Parecer Consultivo, solicitado pelo Estado do México e enriquecido com os critérios de outros Estados e com a contribuição intelectual das organizações não governamentais, permitiu realizar várias reflexões, das quais quero retomar algumas como apoio aos critérios expostos.

1. Dentro da inter-relação e indivisibilidade dos direitos humanos, a igualdade e a não discriminação são direitos que formam uma plataforma sobre a qual outros são construídos, em especial os direitos econômicos, sociais e culturais, cujos conteúdos não podem prescindir daqueles. Coisa similar ocorre com a liberdade.

2. Inseparável da igualdade está a não discriminação que determina o alcance da primeira. No momento atual da evolução dos direitos humanos, penso que a igualdade e a não discriminação são dois direitos de conteúdo autônomo que têm vida própria dentro desse contexto de inter-relação indivisível.

3. É sabido que a igualdade, reconhecendo a diversidade dos seres humanos, aceita e propicia determinadas distinções sempre que tendam a fortalecer, não a impedir, o desfrute e o exercício de todos os direitos, incluída a própria igualdade. Estas distinções, em consequência, não afetam o direito a não ser discriminado. Tampouco restringem o conceito de igualdade.

4. No contexto do presente Parecer, esta Corte diferenciou o termo distinção da discriminação (parágrafo 84) e indicou seus elementos caracterizadores, sobre os quais quero insistir.

5. O conceito de distinção se refere ao tratamento diferente do que se aplica de modo geral, isto é, singulariza-se uma situação concreta com fundamento em determinadas razões. Para que a distinção não se converta em discriminação deve cumprir as seguintes exigências, estabelecidas pela doutrina e a jurisprudência dos direitos humanos.

6. Que persiga um fim legítimo e que tenha caráter objetivo, no sentido de que exista uma diferença substantiva e não meramente formal, pois, como afirmou esta Corte a distinção de tratamento deve estar fundamentada em *"pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma"*.¹

7. Além disso, essa diferença deve ser relevante, possuir uma importância suficiente para justificar um tratamento distinto, e ser necessária e não unicamente conveniente ou útil. Por exemplo, não basta a diferença homem-mulher para impor um tratamento distinto no trabalho, mas sim o fato da gravidez e da maternidade.

8. Deve haver proporcionalidade entre a diferença fática e a jurídica, entre os meios escolhidos e os fins; a desproporção entre o conteúdo do tratamento diferente e a finalidade proposta leva à discriminação. Por exemplo, para manter uma política de trabalho se dispõe que o trabalhador indocumentado deve ser despojado de seus direitos fundamentais.

9. Juntamente com a proporcionalidade, costuma-se indicar a idoneidade ou

¹ Corte I.D.H., *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 57.

adequação, referida às consequências jurídicas que querem ser alcançadas com o tratamento diferenciado e levando em consideração as condições concretas e atuais em que se aplicará a distinção.

10. Mas há um denominador comum frente aos anteriores, que afina o conteúdo e alcance dos outros elementos, a razoabilidade. O emprego destes elementos permite detectar a presença da discriminação em uma "categoria suspeita", identificada no presente caso, pelos migrantes trabalhadores indocumentados.

11. Os migrantes trabalhadores indocumentados têm -como todo ser humano- os direitos de igualdade perante a lei e de não serem discriminados.

12. A igualdade perante a lei significa que devem ser tratados da mesma maneira que os migrantes documentados e que os nacionais perante a lei do país receptor. A proibição de trabalhar deve ser considerada neste contexto. A condição de trabalhador indocumentado não pode se converter jamais em fundamento para que não tenha acesso à justiça e ao devido processo, para perder salários atrasados, não ter prestações sociais e ser objeto de diversos abusos e arbitrariedades.

13. Tais situações demonstram fidedignamente a existência de uma série de tratamentos discriminatórios que buscam se fundamentar na distinção entre documentados e indocumentados.

14. Como se expressa no Parecer Consultivo, esta diferença de tratamento não possui justificativa, não é necessária nem proporcional, seus efeitos não são razoáveis; contradiz o fim maior do Estado de respeitar e garantir os direitos de toda pessoa que, por razões de trabalho com documentos ou sem eles, encontre-se sob sua jurisdição.

15. É preciso ter presente que as graves violações de direitos, como ocorre com os trabalhadores migrantes indocumentados, terminam afetando seriamente o direito à vida. Nesse sentido, a Corte Interamericana manifestou que a vida compreende, "*não apenas o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não lhe seja impedido o acesso às condições que lhe garantam uma existência digna*".²

16. Cabe destacar que a obrigação de respeitar e garantir a igualdade e a não discriminação (tanto como os demais direitos) que consagra o Direito Internacional dos Direitos Humanos -com seus tratados e jurisprudência- é também uma obrigação irrenunciável na ordem interna dos Estados constitucionais e democráticos.

17. Em meu critério, um ponto de particular importância neste Parecer Consultivo é o de estabelecer claramente a eficácia dos direitos humanos frente a terceiros, em uma concepção horizontal. Estes aspectos, como se sabe, foram amplamente desenvolvidos pela doutrina alemã (*Drittwirkung*) e resgatados pelo constitucionalismo de nossa época.

18. A obrigação de respeitar os direitos humanos não é só do Estado, é também dos particulares em sua inter-relação com outros particulares. O âmbito da autonomia da vontade, que predomina no direito privado, não pode ser um obstáculo para que se dilua a eficácia vinculante *erga omnes* dos direitos humanos.

² Corte I.D.H., *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 144.

19. Os destinatários dos direitos humanos –além do Estado (âmbito público)- são também os terceiros (âmbito privado), que podem violá-los no campo das relações particulares. Para os fins deste Parecer, limitamo-nos basicamente ao mundo do trabalho onde se estabeleceu que se violam os direitos à igualdade e à não discriminação.

20. Os direitos trabalhistas, em seu conjunto, adquirem uma real dimensão nas relações entre particulares, portanto é frente a terceiros que devem ter uma eficácia vinculante. Com esta finalidade, todo Estado deve adotar medidas legislativas ou administrativas para impedir estas violações, e os instrumentos processuais devem ser efetivos e ágeis.

21. No plano da responsabilidade internacional, toda violação de direitos que realizem os particulares serão imputáveis ao Estado no caso de não ter tomado medidas eficazes para prevenir tal violação, por tolerá-la ou por permitir a impunidade para seus autores.

22. O afirmado significa que os instrumentos internacionais de direitos humanos também produzem efeitos vinculantes frente a terceiros. E, a responsabilidade dos particulares incide na do Estado e a compromete.

Participei neste Parecer Consultivo, assim como meus colegas, consciente de sua importância para todos os países de nosso Continente.

Hernán Salgado Pesantes
Juiz

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ ALIRIO ABREU BURELLI

Ao somar meu Voto ao dos demais juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no proferimento do presente Parecer Consultivo, permito-me fazer, separadamente, as seguintes considerações:

A Corte, nesta oportunidade, precisou o alcance das obrigações dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, de respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade, ao estabelecer que o princípio de igualdade e não discriminação, que é fundamental para a proteção destes direitos, pertence ao *jus cogens*.¹

Esta precisão conduz a Corte a declarar, igualmente, que os Estados, sejam ou não partes de um determinado tratado internacional, estão obrigados a proteger os direitos de igualdade e não discriminação e que essa obrigação tem efeitos *erga omnes*, não apenas em relação aos Estados, mas também frente a terceiros e particulares. Os Estados devem, portanto, respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores, seja qual for seu *status* migratório, e, ao mesmo tempo, devem impedir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados ou que a relação de trabalho viole os padrões mínimos internacionais. Para que seja efetiva a tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados é necessário que se garanta a estes o acesso à justiça e o devido processo legal.²

A observância pelo Estado do princípio da igualdade e não discriminação e o direito a um devido processo legal não pode estar subordinada a objetivos de suas políticas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

Ao dar meu Voto a favor da adoção deste Parecer, estou consciente de sua especial transcendência, ao buscar dar respostas jurídicas, na ordem internacional, ao grave problema da violação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes. Entretanto, sua natureza não contenciosa, os Pareceres Consultivos, em geral, por sua força moral, e pelo princípio de boa fé em que se fundamentam os tratados internacionais que os autorizam, têm efeitos inegáveis tanto na atividade legislativa e administrativa dos Estados, como na interpretação e aplicação, pelos juízes, das leis e dos tratados sobre direitos humanos.

¹ Afirmar que o princípio de igualdade e não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens*, tem, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vários efeitos jurídicos: o reconhecimento de que a norma é hierarquicamente superior a respeito de qualquer norma de direito internacional, excetuando outras normas de *jus cogens*; em caso de conflito, teria primazia a norma de *jus cogens* frente a qualquer outra norma de direito internacional, e seria nula ou careceria de efeitos jurídicos a disposição que contradiga a norma imperativa. (Tomado dos argumentos das Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito).

² No Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirmou que " para que exista "devido processo legal" é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplo deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional".

II

Neste Parecer, a Corte se pronunciou sobre os direitos que devem ser reconhecidos e aplicados pelos Estados aos trabalhadores que, por distintas circunstâncias, emigram de seus países em procura de bem estar econômico, e que ao não terem *status* migratório legal, podem ser vítimas de violações de seus direitos, entre outros, de seus direitos trabalhistas, de seus direitos à integridade, à igualdade e não discriminação. Nesse sentido, o Estado solicitante do Parecer da Corte, refere-se ao fato concreto de que, quase seis milhões de trabalhadores mexicanos vivem fora do território nacional, dos quais aproximadamente dois milhões e meio são trabalhadores migrantes indocumentados. Acrescenta que "apenas em cinco meses, (do ano de 2002), o México teve que intervir, através de suas representações consulares, em aproximadamente 383 casos em defesa dos trabalhadores mexicanos, por discriminação trabalhista, salários não pagos, indenizações por doenças adquiridas nos centros de trabalho e acidentes de trabalho, entre outros motivos".

Assim mesmo, o Juiz Antônio Cançado Trindade, em um estudo sobre os fluxos migratórios forçados, afirma que "...os migrantes em busca de trabalho e melhores condições de vida totalizam hoje 80 milhões de seres humanos... As causas das migrações forçadas não são fundamentalmente distintas às do deslocamento populacional. Em um relatório Analítico sobre Deslocados Internos de 1992, o Secretário Geral das Nações Unidas identificou, entre as causas das migrações massivas involuntárias dentro das fronteiras estatais, os desastres naturais, os conflitos armados, a violência generalizada, as violações sistemáticas dos direitos humanos".³

Outras causas das migrações massivas são, segundo o Juiz Cançado Trindade, "os múltiplos conflitos internos, de caráter étnico e religioso, reprimidos no passado, mas desencadeados nos últimos anos. A estes se soma o aumento da pobreza crônica, a qual, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apenas na América Latina afeta atualmente mais de 270 milhões de pessoas...". Segundo um relatório do Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas,⁴ as causas das migrações contemporâneas em busca de trabalho são, fundamentalmente, a pobreza e a incapacidade para ganhar ou produzir o suficiente para a própria subsistência ou da família no país de origem. Estas razões não apenas caracterizam a migração de Estados pobres a ricos; a pobreza alimenta também os movimentos de países em desenvolvimento para outros países onde as perspectivas de trabalho parecem, ao menos a distância, melhores. Existem outras razões –segundo o mencionado relatório– que explicam a saída ao exterior em busca de trabalho. A guerra, os conflitos civis, a insegurança ou a perseguição derivadas da discriminação por motivos de raça, origem étnica, cor, religião, idioma ou opiniões políticas, são todos fatores que contribuem todos ao fluxo de trabalhadores migrantes.

III

Limitada a um âmbito estritamente jurídico, determinado pelos instrumentos convencionais, estatutário e regulamentar que regem suas atuações, não pode a Corte, no exercício de sua competência, ir além da interpretação e aplicação de regras de direito em suas

³ Cançado Trindade, Antônio A. "Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados". Publicação da Organização Internacional para as Migrações e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Guatemala 2001, pág. 11.

⁴ Citado por Antônio Cançado Trindade, ob. cit., pág. 12.

sentenças ou pareceres consultivos. Não é possível, no entanto, impedir que o drama humano que subjaz no mérito dos processos que conhece, fique refletido nas atas e na memória da Corte. Não poucas vezes as declarações das vítimas, ou de seus familiares, que comparecem a este Tribunal em busca de justiça, comoveram profundamente a sensibilidade dos juízes. A morte arbitrária de crianças, de jovens e, em geral, de toda pessoa; o desaparecimento forçado; a tortura; a privação ilegítima da liberdade, e outras violações de direitos humanos, colocados sob o conhecimento e decisão da Corte, não chegam a se decidir em conceitos puramente jurídicos, nem sequer com os esforços do Tribunal por tentar reparar, além das indenizações patrimoniais, os danos sofridos pelas vítimas. Continua sendo um ideal –cuja realização depende da formação de uma nova concepção coletiva sobre a justiça– que estas violações não voltem a se repetir nunca mais e que, caso ocorram, seus autores sejam severamente punidos. Nesse Parecer, expressado em termos jurídicos concretos, –mas também humanísticos–, e tendo em conta as obrigações internacionais assumidas pelos Estados, a Corte precisou a conduta que estes devem observar de respeito e garantia dos direitos dos imigrantes indocumentados para evitar que sejam vítimas de exploração ou de discriminação no desfrute e exercício de seus direitos trabalhistas. É um pronunciamento da Corte sobre a interpretação e aplicação de regras vigentes, de aceitação universal, por estarem fundamentadas em princípios de *jus cogens*, que obrigam por igual a todos os Estados, mas contém igualmente um chamado implícito à justiça social e à solidariedade humana.

IV

Em particular –e pela possibilidade de fazê-lo neste voto separado– considero que não é possível evitar, através de considerações apenas jurídicas, a tragédia representada em cada caso de migração forçada, seja qual for sua causa. Deve, portanto, ser motivo de reflexão a tragédia representada em toda pessoa que, contra sua vontade, abandona seu país de origem, seu lar, seus pais, sua mulher, seus filhos, suas lembranças, para enfrentar uma realidade geralmente hostil, e se converter em um alvo para a exploração humana e do trabalho devido à sua condição especialmente vulnerável. A comunidade internacional, além de tentar reparar as consequências das migrações forçadas, através de instrumentos de Direito Internacional, da criação de tribunais, de políticas migratórias e de medidas administrativas ou de qualquer outra natureza, deverá igualmente se preocupar por indagar quais são as causas reais das migrações e buscar que as pessoas não se vejam forçadas a emigrar. Encontrar-se-á assim que, ao lado de inevitáveis fatos naturais, em muitas ocasiões as migrações são resultado do empobrecimento dos países, causado por políticas econômicas equivocadas, com exclusão de vários setores da população, ao qual se deve acrescentar o fato generalizado da corrupção. Outros fatores de distinta natureza são as ditaduras ou regimes populistas; a extração irracional, nos países pobres, das matérias primas para a industrialização no exterior por empresas transnacionais, e a exploração dos trabalhadores, sob a tolerância ou cumplicidade dos governos; os enormes desequilíbrios sociais e econômicos e a desigualdade; a carência de políticas educativas nacionais que reúnam a totalidade da população, que garantam a profissionalização e capacitação para o trabalho produtivo; a excessiva publicidade que induz ao consumismo e à ilusão de bem estar nos países altamente desenvolvidos; a ausência de uma sincera cooperação internacional nos planos nacionais de desenvolvimento; as políticas de desenvolvimento macroeconômico, independentemente da justiça social.

Diante da magnitude destes problemas se formularam propostas, entre outras, dirigidas à construção de uma nova ordem internacional baseada na justiça, e no fortalecimento da democracia. Em seu livro *"El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI"*, o Juiz Cançado Trindade considera que "...o fenômeno atual do *empobrecimento*, segundo recentes dados do PNUD e da CEPAL, do crescimento considerável dos

contingentes de “novos pobres” em tantos países latino-americanos, revela a inobservância, e mesmo a violação generalizada dos direitos econômicos, sociais e culturais. Determinados direitos, de caráter econômico e social, como os direitos a não ser submetido a trabalho forçado e a discriminação em relação ao emprego e à ocupação, além da liberdade de associação para fins sindicais, estão intimamente vinculados às chamadas liberdades civis... O relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1992, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), afirma que ‘a democracia e a liberdade dependem de muito mais que das urnas. A expansão da democracia teve como complemento um maior reconhecimento dos direitos humanos.’ Em resumo, não há direitos humanos sem democracia, bem como não há democracia sem direitos humanos... A democracia participativa, e em última análise, o próprio desenvolvimento humano, apenas são possíveis no contexto dos direitos humanos... O conceito de democracia inclui hoje tanto a democracia política (com ênfase nos processos democráticos formais) como “a democracia de desenvolvimento: nesta última ‘os direitos civis e políticos se consideram veículos para fazer avançar a igualdade de condição, não simplesmente as oportunidades’. ...A inter-relação dos direitos humanos com a democracia em nossos dias encontra expressão nas disposições dos próprios instrumentos gerais de direitos humanos nos planos global e regional”.⁵

No Parecer Consultivo OC 9/87, de 6 de outubro de 1987, a Corte enfatizou, como havia feito em Pareceres anteriores (OC 5/85, OC /86, OC 8/87), que são substanciais o Estado de Direito, a Democracia e a liberdade pessoal com o Sistema Interamericano e, em particular, com o regime de proteção dos direitos humanos contido na Convenção e acrescentou: “Em uma sociedade democrática os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, em que cada um dos componentes se define, completa e adquire sentido em função dos outros”.

É possível que a formação de uma sociedade justa comece com o fortalecimento de uma democracia verdadeira que garanta plenamente a dignidade do ser humano.

Alirio Abreu Burelli
Juiz

Manuel E. Ventura Robles
Secretário

⁵ Cançado Trindade, Antônio A. *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.