

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

CRISTIANE BÖES DE OLIVEIRA

***O BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES
INDOCUMENTADOS***

PORTO ALEGRE

2013

CRISTIANE BÖES DE OLIVEIRA

***O BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES
INDOCUMENTADOS***

Monografia apresentada ao Departamento
Direito Público e Filosofia do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a. Dra. Roberta Camineiro
Baggio

PORTO ALEGRE

2013

CRISTIANE BÖES DE OLIVEIRA

***O BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES
INDOCUMENTADOS***

Monografia apresentada ao Departamento
Direito Público e Filosofia do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito

Porto Alegre, 9 de dezembro de 2013.

Conceito atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Roberta Camineiro Baggio
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Professor Dr. Rodrigo Valin de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Professor Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Dedico esse trabalho a minha mãe pela sua compreensão e apoio durante essa jornada.

RESUMO

A migração é responsável por importantes reconfigurações políticas, sociais e econômicas na sociedade atual. No Brasil a situação jurídica dos estrangeiros é regulamentada pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) cujos dispositivos apresentam uma linha ideológica voltada para a preocupação com a segurança nacional. No continente americano existe um sistema regional de proteção aos direitos humanos: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo órgão jurisdicional é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência contenciosa e consultiva. Utilizando essa competência consultiva, o México solicitou um parecer que deu origem à opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa sentença reforçou a obrigação de respeitar e assegurar os direitos fundamentais, incluindo o direito ao devido processo legal e os direitos trabalhistas, independentemente de *status* migratório dos indivíduos. Também reforçou a importância do princípio da igualdade e da não - discriminação para a proteção dos direitos humanos, que passaram para o domínio do *jus cogens*.

Palavras-chave: imigrante indocumentado; opinião consultiva OC—18/03; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

Migration is responsible for important political, social and economic reconfiguration in present society. In Brazil, the legal situation of foreigners is regulated by the statute of foreigners (Act 6.815/80) whose devices feature an ideological line facing the concern for national security. In the American continent there is a regional system of human rights protection: the Inter-American system of human rights, whose jurisdictional organ is the Inter-American Court of Human Rights, with contentious and advisory jurisdiction. Using this consultative competence, Mexico requested an opinion that gave rise to advisory opinion OC-18/03 of the Inter-American Court of Human Rights. This ruling reinforced the obligation to respect and ensure the fundamental rights, including the right to due process of law and labor rights regardless of immigration status of individuals. Also reinforced the importance of the principle of equality and non-discrimination for the protection of human rights, which passed to the domain of *jus cogens*.

Key-words: undocumented immigrants; advisory opinion OC-18/03; Inter-American system of human rights

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	7
2 – DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E O IMIGRANTE INDOCUMENTADO NO BRASIL	11
2.1- Conceituando direitos humanos	11
2.2- O conceito de nacionalidade versus cidadania e o princípio da dignidade humana na Constituição Federal de 1988	17
2.3- O <i>status</i> de estrangeiro e de imigrante indocumentado perante o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e a Constituição Federal de 1988	21
3 – A IDENTIDADE DOS POVOS E O DIREITO DE IMIGRAR	25
3.1 – A identidade dos povos e a imigração	25
3.2 - O direito de imigrar	28
4. AS RECOMENDAÇÕES DA OPINIÃO CONSULTIVA OC— 18/03 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O DIREITO DOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS	30
4.1- O Sistema Interamericano de Direitos Humanos	30
4.2 – Os fatos e as principais recomendações da opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA sobre o direito dos imigrantes indocumentados	32
4.3 – 4.3 – A opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro	36
5 – CONCLUSÃO	51
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

A migração internacional é um fenômeno que sempre existiu, moldando o mundo atual. No Brasil, tivemos grandes fluxos migratórios, vindos de diversas partes do mundo. Porém, nas últimas décadas do séc. XX, esse panorama se alterou com uma queda na entrada de imigrantes no país. Essa queda se acentuou a partir de 1980 e o Brasil passou de um país que tradicionalmente recebia imigrantes para um país que exportava migrantes, principalmente para os Estados Unidos, Europa e Japão.

Quando se estuda os movimentos dos indivíduos, dentro do mesmo país ou entre países diversos, se utiliza as expressões *migração*, *imigração* e *emigração*. Saladini define migração como o ato de passar de um país para outro, podendo ser nacional, dentro das fronteiras do próprio país ou internacional, que implica na saída de sua origem para dirigir-se a país alheio ao seu. Já imigração é o estabelecimento do indivíduo em um país estranho ao seu, enquanto emigração é a saída voluntária da pátria para se estabelecer em outro país.¹ As migrações podem ser classificadas entre involuntárias e voluntárias. Nas involuntárias, contra sua vontade, os indivíduos são compelidos a deixar o seu local de origem por fatores externos de força maior. Nas migrações voluntárias os indivíduos deixam seu local de origem por escolha própria, geralmente por questões econômicas e à procura de um local com melhores condições de vida.

Contudo, recentemente, a situação econômica brasileira apresentou um período de crescimento econômico, recebendo investimentos de diversas partes do país e do mundo. Esse crescimento, aliado aos problemas econômicos que tem afetado, nos últimos anos, os pólos tradicionais receptores de imigrantes (Europa, Japão e Estados Unidos), estão resgatando a tradição histórica brasileira de recebimento de imigrantes.

Esses imigrantes, geralmente vindos de outros países da América Latina ou América Central, tem em comum uma situação de extrema vulnerabilidade

1. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

econômica e social. A situação é mais crítica no caso dos imigrantes indocumentados, aqueles que não possuem o documento legal de permanência, os famosos imigrantes ilegais.

A grande extensão das fronteiras brasileiras, que dificulta o controle de imigração, aliada ao crescimento da economia e do desenvolvimento social tornou o Brasil um grande receptor de imigrantes indocumentados. Existem apenas estimativas, porém um artigo no Jornal do Comércio² cita a existência de mais de seiscentos mil imigrantes em situação irregular na sociedade brasileira.

Os imigrantes indocumentados formam um grupo heterogêneo, geralmente tendo como características comuns a pobreza e um cotidiano à margem da sociedade no país de destino. Muitas vezes, por viver na clandestinidade ficam em situação vulnerável, privados de seus direitos humanos e expostos à exploração social. Aqueles que trabalham são expostos a péssimas condições de trabalho, em locais sem uma estrutura adequada de saúde e higiene, jornadas de trabalho extensas e baixa remuneração³. Além disso, o imigrante não procura defender os seus direitos e se sujeita à exploração e à exclusão pelo receio de ser penalizado por sua situação irregular, o que levaria à deportação.

Em outros países, um aumento de restrições legais impostas à estrangeiros não evitaram a imigração, porém tornaram mais difícil a inserção do estrangeiro no sistema jurídico do país para o qual emigrou, aumentando as classes de excluídos, em situação de abandono. Esse modelo de exclusão não é compatível com um ordenamento jurídico que visa proteger a dignidade humana

A situação jurídica dos estrangeiros é regulamentada pela Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro). Elaborada antes da Constituição Federal de 1988, ela prioriza o ingresso de mão-de-obra especializada na economia nacional e se dirige ao imigrante indocumentado apenas para puni-lo com a deportação e a proibição de legalização de sua estadia no Brasil. Apesar do ingresso oficial de mão-de-obra ser

2. **JORNAL DO COMÉRCIO**. Brasil é a bola da vez da migração. Disponível em <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=82931>. Acesso em 18/11/2013.

3. **SANTINELLI**, Fernanda. Os direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9669> Acesso em 02/08/2013.

predominantemente de pessoal qualificado, existe uma entrada massiva oculta de trabalhadores sem qualificação, que ingressam de maneira irregular, sem submeter-se aos trâmites legais de imigração. Sem a autorização legal para exercer trabalho remunerado no país, eles permanecem e trabalham de forma ilegal⁴.

Em relação à proteção e promoção dos direitos humanos, o sistema global e os sistemas regionais atuam de forma complementar, utilizando a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 como matriz normativa. No sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, a proteção dos direitos humanos é complementar à proteção interna, atuando após o esgotamento prévio dos recursos jurisdicionais internos⁵. Seu principal instrumento é a Convenção Americana de Direitos Humanos que, através da criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, monitora o respeito aos direitos humanos nos Estados-membros.

Em referência aos direitos humanos dos imigrantes, recentemente no plano internacional destacou-se a Opinião Consultiva nº.18 de 17 de setembro de 2003 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos questionando a discriminação dos migrantes em situação irregular. Esse parecer foi solicitado pelo México que questionou a atuação de alguns Estados que, ao interpretar e expedir suas leis, são contrários às determinações do Pacto de São José da Costa Rica e demais declarações de direitos humanos que compõem o sistema interamericano.

Nesse trabalho, dividido em três partes, de um modo geral veremos o conflito entre a atual visão do Estatuto do Estrangeiro e os direitos humanos dos imigrantes indocumentados. Primeiramente será realizada uma base conceitual sobre direitos humanos, cidadania e o *status* de estrangeiro e de imigrante indocumentado perante o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e a Constituição Federal de 1988.

Apresentará, na segunda parte uma base conceitual sobre a identidade dos povos e o direito de imigrar e na terceira parte apresentará a Corte Interamericana

4. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

5. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.

de Direitos Humanos da OEA, com foco em sua função consultiva. Por fim, ainda na terceira parte, serão apresentadas as recomendações da opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA sobre o direito dos imigrantes indocumentados e uma comparação sobre a sentença e a doutrina jurídica brasileira.

2 – DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E O IMIGRANTE INDOCUMENTADO NO BRASIL

2.1. Conceituando direitos humanos.

Embora a expressão “*direitos humanos*” seja amplamente utilizada tanto na mídia quanto no cotidiano dos cidadãos brasileiros, na verdade, existe uma imprecisão terminológica na delimitação do que são direitos humanos⁶, pois a doutrina utiliza uma série de expressões para se referir a eles. Fala-se em direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas, direitos fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos da pessoa humana, direitos individuais, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, além de outras variações destas expressões, todas elas utilizadas, muitas vezes, como se fossem expressões sinônimas.

Em sua obra, “Era do direitos”, Bobbio prefere utilizar a expressão *direitos do homem*. Para ele, essa classe de direitos apresenta definições tautológicas e vagas, que variaram durante a história. Afirma que os direitos do homem foram se modificando com as mudanças das condições históricas⁷. Além disso, essa classe é também heterogênea, com pretensões muito diversas entre si e às vezes, até mesmo incompatíveis.

Já Ingo Sarlet, indica que embora os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* sejam geralmente utilizados como sinônimos, na verdade eles são conceitos distintos.⁸ O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão direitos humanos, guardaria

6. BREGA FILHO, 2002 *apud* SALADINI. Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

7. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

8. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

José Gomes Canotilho também indica uma diferenciação entre os conceitos de *direitos do homem* e *direitos fundamentais* corriqueiramente utilizados como sinônimos. Ele considera que os “direitos do homem” são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista -universalista), enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Logo, os direitos do homem, seriam derivados da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta⁹.

Essa opinião também é partilhada por Fernando Gonzaga Jayme que considera que embora ambos conceitos apresentem um conteúdo similar, as conseqüência jurídicas de sua aplicação fática são bastante distintas¹⁰. Direitos fundamentais são direitos essenciais da pessoa humana definidos na constituição de estado, contextualizados histórica, política, cultural, econômica e socialmente, gozando de proteção jurídica no âmbito estatal. Assim, se reserva o emprego da expressão direitos humanos para as convenções e declarações internacionais, que desfrutam de proteção supra-estatal.

José Afonso da Silva prefere a expressão “*direitos fundamentais do homem*”. Para esse autor essa expressão, além de se referir a princípios que resumem uma concepção do mundo, informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico e também designam, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência

9. Canotilho, 2002 *apud* **SALADINI**. Ana Paula Seffrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

10. **JAYME**, Fernando Gonzaga. Direitos_humanos e sua efetivação pela Corte_Interamericana de Direitos_Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

digna, livre e igual de todas as pessoas¹¹. Em resumo, ele os conceitua como situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, e que no plano interno assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais. No qualificativo fundamentais se encontra a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Saladini, conclui que o termo *direitos humanos* é utilizado para os direitos fundamentais do homem quando considerados de forma genérica, de maneira ampla e imprecisa¹². Enquanto a terminologia *direitos fundamentais* acaba sendo reservada de forma mais específica para aqueles direitos humanos que se encontram devidamente positivados em ordenamentos internos, e por isso contam com uma maior precisão¹³. Isso, entretanto, não retira a natureza de humanos dos direitos fundamentais, e nem a fundamentalidade dos direitos humanos previstos nas declarações internacionais.

Apesar da imprecisão terminológica na delimitação do que são direitos humanos, nesse trabalho, esse termo será utilizado pela sua amplitude e fácil compreensão.

Os primeiros direitos humanos reconhecidos e incluídos em um instrumento normativo constitucional foram os direitos da liberdade, conhecidos como direitos de primeira geração. Oponíveis ao Estado, eles têm por titular o indivíduo. Já os direitos de segunda geração, que são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos ou de coletividades, necessitam de prestações materiais do Estado que não são requeridas pela proteção do direito de liberdade. Logo, os direitos de liberdade nascem contra o poder excessivo do Estado e os direitos sociais exigem, para sua efetivação, o contrário, a ampliação dos poderes do

11. **SILVA**, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 34ªed. Malheiros Editores. São Paulo.

12. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

13. *Ibid*

Estado.

Karel Vasak e outros classificam como direitos de terceira geração, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹⁴. Porém, alguns autores, consideram que essa relação ainda é apenas indicativa, pois é possível que outros direitos surjam. O direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo são classificados como direitos de quarta geração e correntemente se discute a possibilidade de considerar o direito à paz como um direito de quinta geração¹⁵.

Os direitos humanos evoluíram gradualmente durante a história. No século XVIII, com as revoluções liberais, surgiram os chamados Direitos do Homem que se voltavam à proteção de valores como o direito à vida, à liberdade e à propriedade, apresentando uma aproximação do conceito atual de direitos humanos.

Após esse período, outros marcos importantes para a evolução dos direitos humanos foram o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do trabalho. Esses fatos, apesar de marcarem o início de um processo de internacionalização dos Direitos Humanos, foram seguidos por um período de estagnação que se estende até depois da Segunda Guerra Mundial.

As atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial induziram uma renovação no interesse de reconstruir e proteger os direitos humanos. "O moderno direito internacional dos direitos humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e a crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse" ¹⁶. Surgiu também a convicção de que a proteção desses direitos não poderia apenas estar contida no âmbito de um Estado, pois na verdade, essa proteção é um tema de

14. **BONAVIDES**, Paulo. Curso de direito constitucional. 28ªed. Malheiros Editores. São Paulo.2013.

15. *Ibid*

16. Thomas Buergenthal, *apud* **PIOVESAN**, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

interesse internacional. Nesse contexto, a violação dos direitos humanos deixa de ser concebida apenas como uma questão doméstica do Estado e se torna um problema de relevância internacional. Assim, buscando implementar ações internacionais mais eficazes para a proteção desses direitos, surgiram os sistemas globais de proteção aos direitos humanos.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), com suas agências especializadas, consolidou o processo de internacionalização dos direitos humanos, marcando o início de uma nova ordem internacional. Surge um novo modelo de manutenção da paz e segurança internacional, a adoção da cooperação internacional no plano econômico social e cultural, o desenvolvimento de relações amistosas entre Estados, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos¹⁷.

No Brasil, desde o fim do Regime Militar, medidas importantes em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos foram implementadas. O marco inicial dessa incorporação foi a ratificação da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, em 1984. O processo de democratização brasileiro, principalmente depois da Constituição Federal de 1988, estimulou a incorporação de outros importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e essa incorporação permitiu que o processo democrático saísse fortalecido pela ampliação do universo de direitos fundamentais por ele assegurados.

Em face da interação entre direito internacional e o direito interno, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e de desenvolver o estado democrático de direito e de proteger, e mesmo em situações de emergência, com um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional.¹⁸

A democracia é um pressuposto essencial para a efetivação dos direitos humanos. Não existe um conceito único de democracia, pois o ideal de democracia

17. **PIOVESAN**, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13^oed. São Paulo, Saraiva, 2012.

18. *Ibid*

foi sendo lentamente construído durante a história, incorporando elementos ao ideal democrático à medida que a complexidade das sociedades evoluía. Citando o ideal preconizado na Convenção Americana de Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica) um regime democrático procuraria efetivar a "consolidação de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais"¹⁹. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconhece que "o exercício efetivo da democracia representativa contribui decisivamente para a plena garantia da observância dos direitos humanos"²⁰.

Um Estado democrático se organiza politicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana e construir um sistema de proteção aos seus direitos essenciais, inclusive limitando o seu próprio poder e criando um sistema de garantias contra abusos de direito, oponível contra todos, inclusive o próprio Estado. Com isso, ao utilizar como parâmetro à prevalência dos direitos humanos, o Estado passa a reconhecer limites à tradicional noção de soberania estatal.

Uma democracia se caracteriza também pela implementação dos valores de igualdade e liberdade como ideais a serem atingidos em todas as suas relações e, na busca de um estado democrático justo, existe o desafio de promover o equilíbrio entre esses valores.

Atualmente, a fundamentação dos direitos humanos deixou de ser a principal dificuldade em relação à sua implementação. O principal foco deixou de ser quantos e quais são os direitos humanos e passou a ser como protegê-los, qual o modo mais seguro de garanti-los e impedir que sejam frequentemente violados.²¹ Conforme as pretensões dos direitos humanos aumentam, a sua proteção se torna mais difícil também.

Inclusive, em relação aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, muitos deles necessitariam de uma revisão das reservas e declarações restritivas feitas pelo Estado brasileiro quando foram ratificados, além da revisão de declarações feitas para restringir o alcance de mecanismos previstos nesses

19. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba: Juruá editora, 2008.

20. **TRINDADE** . Antônio Augusto Cançado. Tratado Internacional de Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Fabris. 1999

21. **BOBBIO**, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

tratados. A revisão dessas reservas e restrições possibilitaria a efetivação desses tratados com vigência plena.

2.2. O conceito de nacionalidade versus cidadania e o princípio da dignidade humana na Constituição Federal de 1988.

O território de um Estado é ocupado por um conjunto de residentes, nacionais ou estrangeiros que se submetem à coordenação jurídica política desse Estado. Se, embora no cotidiano, as palavras cidadão (cidadania) e nacional (nacionalidade) sejam utilizadas como sinônimos, no direito constitucional brasileiro, os termos apresentam conceitos bastante distintos. A nacionalidade é o fundamento da capacidade política e de parcela considerável da personalidade civil de um ser humano. Ela indica o vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do estado, consoante conceito de Pontes de Miranda²².

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na opinião Consultiva OC - 4/84 de 19.1.1984 definiu a nacionalidade como "o vínculo jurídico-político que liga uma pessoa a um Estado determinado por meio do qual se obriga a manter com ele relações de lealdade e fidelidade e se faz credor da sua proteção diplomática"²³. Já a Convenção Americana, em seu artigo 20, confere ao direito à nacionalidade um caráter duplo, ou seja "o direito a ter uma nacionalidade significa dotar o indivíduo de um amparo jurídico mínimo nas relações internacionais, ao estabelecer através de sua nacionalidade sua vinculação com o estado determinado"²⁴ e sob outro aspecto representa o direito de " protegê-lo contra privação de sua nacionalidade de forma arbitrária, porque desse modo estaria sendo privado da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se sustentam na nacionalidade do indivíduo" .

22. Pontes de Miranda *apud* **SILVA**, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 34^oed. Malheiros editores. São Paulo.

23. **JAYME**, Fernando Gonzaga. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

24. *Ibid*

A nacionalidade vincula o indivíduo, por nascimento ou naturalização a um território, já para ser cidadão o indivíduo tem que estar em gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou desempenhando seus deveres para com ele.

A cidadania, sendo atributo do cidadão, pressupõe uma relação recíproca de direitos e obrigações entre o indivíduo e o Estado do qual possui a nacionalidade. Ser cidadão significa ter direitos e deveres, de adquiri-los em igualdade de condições com outros homens, de estar integrado na sociedade estatal. A igualdade faz junção com a questão das declarações de direitos e a questão do direito à cidadania.

A era das declarações de direitos se inicia com o princípio básico de que todos são iguais perante a lei. A partir de então se pode falar, em tese, na extensão dos direitos de cidadania para todos os integrantes de um corpo social. Em relação ao Brasil, Felipe Mendonça cita a existência de no mínimo, duas cargas semânticas em relação ao conceito de cidadania: uma como sinônimo do conceito científico de “nacionalidade”; outra em proximidade ao conceito científico sociológico-político de um “complexo de direitos e deveres” (direitos e deveres civis, políticos e sociais)²⁵.

Ainda em relação ao conceito de cidadania, na atualidade ele apresenta uma conotação sociológica derivada do trabalho de dois autores: Hannah Arendt e Thomas Humphrey Marshall.

Hannah Arendt ao analisar a situação dos apátridas no período após a Segunda Guerra Mundial concluiu que por não existir mais países não civilizados no mundo, quando um indivíduo deixa de ser aceito por um país, automaticamente se torna um excluído da própria humanidade. Assim, ela defende o conceito de cidadania como “o direito a ter direitos”²⁶, ou seja, o direito de pertencer a uma sociedade organizada. Analisando as consequências da visão de Hannah Arendt, Felipe Mendonça defende:

(...) qualquer Estado teria que reconhecer e respeitar no mínimo, três grupos de direitos para os indivíduos: (1) plenos direitos aos seus nacionais (natos e naturalizados), tratando essa plenitude cívica como direitos e deveres civis, políticos, sociais e de solidariedade; (2) determinado rol de direitos às pessoas que ocupam seu território sem possuir sua nacionalidade,

25. **MENDONÇA**, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania. São Paulo, SP: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.176f.

26. *Ibid*

*incluindo, nestes, alguns direitos que são comuns ao primeiro grupo; e, por fim, (3) respeito e reconhecimento da existência de direitos às pessoas diversas que não ocupam seu território nem possuem sua nacionalidade(...)*²⁷.

Thomas Humphrey Marshall conectou o indivíduo ao território de uma sociedade e nessa conexão, a relação jurídica de direitos e deveres atribuída aos indivíduos desse território constitui a cidadania, que passa a ser um *status* de toda a população.

Restringir o conceito de cidadania a um mero complexo de direitos políticos dificulta a concretização de uma cidadania plena como a que foi postulada por Hanna Arendt e Thomas Humphrey Marshall. A evolução de uma sociedade potencializa o conteúdo sociológico da cidadania, permitindo cada vez mais a participação democrática e o compartilhamento do poder ²⁸.

Complementando as redefinições do conceito de cidadania discutidas nas últimas décadas, o direito internacional dos direitos humanos também passa a atuar nesse processo de redefinição ao ampliar o conceito para que ele inclua não só os direitos previstos na legislação nacional mas também os direitos internacionalmente enunciados

Em um paradigma de Estado democrático de Direito a cidadania é interdependente dos direitos fundamentais e deve buscar a sua concretização fática em todos os segmentos sociais²⁹. Ela não deve incluir apenas a participação política dos indivíduos, mas também os mecanismos de acesso ao Poder Judiciário e as garantias constitucionais do processo para todos, nacionais ou estrangeiros. Com base na evolução doutrinária do conceito de cidadania, Mendonça explica:

(...) No panorama democrático em que a participação e o compartilhamento do poder tendem a crescer e a possibilidade de governos tentarem impedir este cada vez menor, o conceito jurídico de cidadania necessariamente evolui, sendo possível, observando a evolução doutrinária já demonstrada, estendê-lo da concepção de direitos políticos ativos e passivos para a máxima inclusão política, econômica, social e cultural dos indivíduos na sociedade. Deste modo, o conceito jurídico de cidadania, que antes era de políticos ativos e

27. **MENDONÇA**, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania. São Paulo, SP: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

28. *Ibid*

29. *Ibid*

*ativos e passivos pode ser, agora, dito como princípio da máxima inclusão possível dos indivíduos(...)*³⁰

Além da redefinição e ampliação do conceito de cidadania, o modo como ele está sendo interpretado também está sofrendo alterações, principalmente quando essa interpretação é influenciada pelo princípio da dignidade humana.

Através da Constituição Federal de 1988, o valor da dignidade humana foi efetivamente incorporado como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira e hoje a dignidade se tornou um limitador e um dever dos poderes estatais³¹. Assim, citando a definição de dignidade humana de Sarlet:

*(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (...)*³²

Pode-se ressaltar que o valor da dignidade humana está sendo utilizado como critério e parâmetro de valoração para interpretar e compreender todas as suas normas e reinterpretar conceitos

Nesse contexto, na aplicação do Direito, quando o intérprete busca os valores éticos e morais que fundamentam o Estado brasileiro, surge a necessidade de interpretar o conceito de cidadania sob o enfoque dos princípios inovadores da ordem constitucional de primazia da dignidade humana e prevalência dos direitos humanos. Com a evolução do conceito de cidadania, ele passa a ser um princípio de máxima inclusão, não se limitando a inclusão política, mas também atingindo as

30. **MENDONÇA**, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania. São Paulo, SP: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

31. **BALDI**, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

32. **SARLET**, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

esferas social, econômica e cultural.³³

2.3 O *status* de estrangeiro e de imigrante indocumentado perante o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e a Constituição Federal de 1988

No Brasil, o indivíduo é considerado estrangeiro se nasceu fora do território brasileiro ou não adquiriu a nacionalidade brasileira através das formas previstas na Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal também faz referência aos direitos dos estrangeiros residentes, originando discussões sobre a definição e alcance do termo *estrangeiros residentes*.

Sarlet indica duas interpretações para o conceito de estrangeiros residentes: “estrangeiros residentes seriam todos os que não sendo brasileiros natos ou naturalizados, se encontram, pelo menos temporariamente, no país, guardando, portanto algum vínculo de certa duração”³⁴ e a segunda interpretação, mais abrangente deve-se conferir:

*(...) uma extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residentes, mesmo nos casos em que tal não decorre diretamente de disposição constitucional expressa. Nesse contexto, a que invocar o princípio da universalidade que evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensiva aos estrangeiros(...).*³⁵

A situação jurídica dos estrangeiros é regulamentada pela Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro). Elaborada anteriormente à Constituição Federal de 1988, seus dispositivos encaram estrangeiros com certa desconfiança e declaram que a segurança nacional, os interesses políticos, socioeconômicos e culturais, a organização institucional e a defesa do trabalhador estão em primeiro plano³⁶.

33. **MENDONÇA**, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania. São Paulo, SP: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

34. **SARLET**, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10^o Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

35. *Ibid*

36. Lei nº 6.815/80

Os dispositivos do Estatuto do Estrangeiro apresentam um contraste substancial e ideológico com a Constituição Federal de 1988. Enquanto a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, o Estatuto considera o imigrante como “uma ameaça à coletividade”³⁷, seguindo a linha ideológica da doutrina da segurança nacional, surgida durante a Guerra Fria, cujo foco principal era a segurança nacional de cada país

Cada Estado determina a sua política migratória. No sistema brasileiro o Conselho Nacional de Imigração formula, coordena e orienta as atividades de migração nos termos do Decreto nº 840/93, sendo que geralmente a política de imigração brasileira está voltada para a questão trabalhista, procurando atrair trabalhadores qualificados e ignorando trabalhadores não-qualificados ³⁸.

Contudo, a tendência de aplicar à migração um olhar mais voltado aos direitos humanos já se faz presente na Política Nacional de Imigração e Proteção do Trabalhador Migrante. Aprovada pelo Conselho Nacional de Imigração em 12.05.2010, porém ainda não promulgada, ela estabelece princípios, diretrizes, estratégias e ações em relação aos fluxos migratórios.

Entre seus os princípios destaca-se a não-discriminação nos procedimentos de admissão de estrangeiros no Brasil, assegurando os direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, legislação brasileira e tratados internacionais e a igualdade de oportunidades, direitos e tratamento, sem nenhum tipo de distinção, entre imigrantes documentados em situação regular no território brasileiro e cidadãos brasileiros. Além disso, a migração não documentada ou irregular é considerada como uma infração administrativa não sendo sujeita a sanção penal.³⁹

Embora a Política Nacional de Imigração e Proteção do Trabalhador Migrante ainda esteja em tramitação, seu texto já representa um avanço em direção

37. **SANTINELLI**, Fernanda. Os direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9669> Acesso em 02/08/2013.

38. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

39. **PINTAL**, Alexandre Rocha. Direito Imigratório. Curitiba: Juruá, 2011.

ao princípio da dignidade humana e aos direitos humanos.

Em relação aos direitos dos estrangeiros, a Constituição Federal equipara os direitos dos estrangeiros residentes no país aos direitos dos indivíduos com nacionalidade brasileira no artigo quinto:

*(...)Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).*⁴⁰

Para exemplificar os direitos discriminados acima, em relação ao direito à vida, na proteção desse direito, o estrangeiro poderá usar o poder judiciário ou proteção judicial. Em relação ao direito de liberdade, ele se desdobra em liberdade de locomoção (física), de expressão (ideológica) e de ofício (trabalho) embora esse último sofra condicionamentos de eficácia, dependendo do visto concedidos⁴¹.

A Constituição Federal reforça a titularidade do estrangeiro aos direitos humanos, mas também estabelece distinções, em relação ao direito de propriedade, pois a compra de alguns tipos de imóveis (aforamento da união, circunferência de em torno de fortificações ou estabelecimentos militares...) apresentam restrições em relação aos estrangeiros. Além disso, existem limitações nos direitos aos estrangeiros em exercer pesquisa e lavra de recursos minerais ou propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão. Em complementação, os direitos políticos também são limitados, como a proibição de se alistar como eleitor ou exercer os cargos discriminados no art. 12, § 3º (Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados...).

Quanto aos imigrantes indocumentados, no contexto de uma interpretação constitucional voltada para a dignidade da pessoa humana e a inclusão do indivíduo, a ilegalidade da permanência do imigrante não afastaria a titularidade de direitos fundamentais embora não impeça, respeitando os direitos, eventuais sanções como

40. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23/11/2013

41. **SARLET**, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

a deportação.⁴²

Atualmente, no projeto de lei que visa substituir o Estatuto do Estrangeiro (Projeto 5.655/2009), a linha ideológica voltada para a preocupação com a segurança nacional está sendo substituída por uma diretriz que indica o tratamento da migração como um direito humano. Esse projeto cita em vários artigos que a aplicação dessa lei deve utilizar como diretriz a garantia e proteção dos direitos humanos (Art. 2º e Art. 3º) e das garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal (Art. 5º). Porém também continua a priorizar a admissão de mão-de-obra qualificada, não demonstra grande interesse no imigrante de baixa qualificação⁴³ e, além disso, muitos de seus artigos mantêm procedimentos burocráticos e mecanismos de expulsão que contradizem suas primeiras palavras⁴⁴.

42. **SARLET**, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

43. **SALADINI**, Ana Paula Seffrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA -Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011

44. **VENTURA**. Deisy, **ILLES**, Paulo. Qual a política migratória do Brasil? Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em 21/11/2013.

3 – A IDENTIDADE DOS POVOS E O DIREITO DE IMIGRAR

3.1 – A identidade dos povos e a imigração.

A formação da identidade de um povo é um processo social, dinâmico e contínuo. Examinando-se a ligação entre a atuação das questões da segurança nacional e das migrações humanas no processo de formação da identidade dos povos, Stivachti exemplifica essa ligação citando a experiência dos Estados Unidos e da Europa⁴⁵.

Nos Estados Unidos, os eventos de 11/09/2001 e o medo do terrorismo alteraram a percepção dos norte-americanos sobre aquelas pessoas de origem árabe ou muçulmana. Muitos indivíduos norte - americanos acreditam hoje que pessoas de origem árabe ou muçulmana, além de não partilhar as mesmas crenças, também possuem uma identidade compartilhada que ameaça a identidade social e política norte-americana.

Como consequência dessa visão, houve uma diminuição na integração desse grupo de imigrantes na sociedade norte-americana. Esse isolamento apenas intensificou a identificação dessas pessoas com a identidade de sua região ou religião original⁴⁶. Considerando os exemplos históricos, o isolamento desse grupo pode gerar um agravamento do problema, pois um dos caminhos para a solução seria a integração e adaptação dos imigrantes na sociedade do país receptor. Quanto mais um grupo de imigrantes tenta se adaptar na sociedade receptora, menos ameaçadores eles parecem ser para as pessoas dessa sociedade⁴⁷.

Já na Europa, a formação da identidade do “povo europeu” sofre influências econômicas. Receando, entre outros fatores, a perda de empregos locais e um aumento de criminalidade, muitas pessoas da comunidade europeia veem um

45. **STIVACHTIS**, Yannis A. International Migration and the Politics of Identity and Security. *Jornal of Humanities & Social Sciences*. Volume 2, Issue 1, 2008. Disponível em < <http://www.scientificjournals.org/journals2008/articles/1387.pdf>> . Acesso em 25/11/2013.

46. *ibid*

47. *ibid*

conflito entre sua identidade como “povo europeu” e a identidade dos “outros” (aqueles que não tem cidadania europeia).

Assim, analisando esses exemplos e muitos outros, percebe-se como algumas comunidades de imigrantes são vistas como uma ameaça aos nacionais do país receptor. As causas desse fato ainda estão sendo analisadas mas estão relacionadas com o processo de auto-identificação e a visão que os povos dos países receptores possuem sobre o grupo imigrante⁴⁸. Um grupo pode se auto-identificar através das qualidades e características que eles partilham (origem comum, língua, religião...), porém também os grupos humanos podem se auto-identificar através de características que eles não possuem ou se opondo a outro grupo⁴⁹. O método de identificação não altera o fato da criação da identidade de um povo ser uma construção social.

A migração além de ter sido uma das principais forças atuantes na formação dos Estados modernos também é responsável por importantes reconfigurações políticas, sociais e econômicas na sociedade atual. Provocando imensas transformações nas dinâmicas de vida individuais e coletivas, as migrações são um tema fundamental nas relações internacionais no século XXI.

A mobilidade humana reproduz as desigualdades internacionais causadas pelo processo de globalização⁵⁰. Para alguns imigrantes, a circulação é facilitada, para outros, que cometeram o erro de nascer nos países “incorretos” (menos desenvolvidos economicamente, “terceiro mundo”, etc) ou não ter uma formação “desejável”, a migração é perigosa, quase impossível.

O grande aumento de mobilidade humana é uma das conseqüências do estilo de vida contemporâneo e uma das principais forças das circulações globais atuais.⁵¹ Contudo, alguns países olham as migrações com pessimismo e desconfiança, considerando-as como uma fonte de problemas e os imigrantes como uma ameaça

48. **STIVACHTIS**, Yannis A. International Migration and the Politics of Identity and Security. *Journal of Humanities & Social Sciences*. Volume 2, Issue 1, 2008. Disponível em < <http://www.scientificjournals.org/journals2008/articles/1387.pdf> > . Acesso em 25/11/2013.

49. *Ibid*

50. **MOULIN**, Carolina. Eppur si Muove: Mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto int.* vol.33 no.1 Rio de Janeiro Jan./June 2011. disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-85292011000100001&script=sci_arttext> . Acesso em 21/11/2013.

51. *Ibid*

à economia nacional e a paz social.

O imigrante passou a ser percebido como estrangeiro (no sentido de estranho ou adversário) e como consequência dessa linha de pensamento, as migrações tem sido incluídas nas agendas de segurança nacional e internacional⁵². Além disso, as políticas de imigração tem sido utilizadas, em muitos países, como parte fundamental da pauta dos partidos conservadores para as agendas internas.

A securitização da política em relação às migrações humanas é facilmente visível no cotidiano daqueles que imigram. Situações como as exigências crescentes em relação ao fornecimento de vistos e documentação, a construção de muros entre países e a utilização de equipamentos de vigilância e de controle de movimento humano são exemplos dessa política⁵³. Exemplificando o panorama atual, em que ocorre o que ela considera uma *demonização do estrangeiro pobre*, Deisy Ventura afirma:

“(...)a migração fez-se bode expiatório da profunda crise econômica em curso e grande trunfo dos partidos de direita. Contrariando a maioria dos estudos realizados a respeito, diz-se que o estrangeiro rouba os empregos dos nacionais, abusa dos serviços do Estado e eleva os índices de criminalidade, o que faz dele uma ótima desculpa para os perenizados déficits públicos. O resultado é a reversão brutal do direito humanista que se instalava paulatinamente após o trauma da Segunda Guerra Mundial(...)”⁵⁴.

No momento, os fluxos migratórios que envolvem o Brasil, comparados aos dos países europeus e do Estados Unidos, não são expressivos, porém mantida a atual conjuntura econômica e social brasileira, a imigração para o Brasil deve continuar crescendo no futuro. Logo, o Estado brasileiro necessitará definir a sua linha de atuação em relação aos imigrantes já que as migrações estão provocando importantes mudanças no panorama econômico, social, político e cultural da atualidade, além de criar sociedades mais cosmopolitas.

52. **MOULIN**, Carolina. Eppur si Muove: Mobilidade humana, cidadania e globalização. Contexto int. vol.33 no.1 Rio de Janeiro Jan./June 2011. disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-85292011000100001&script=sci_arttext>. Acesso em 21/11/2013.

53. *Ibid*

54. **VENTURA**. Deisy, **ILLES**, Paulo. Qual a política migratória do Brasil? Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em 21/11/2013.

3.2. O direito de imigrar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, no artigo n.º 13, direitos sobre a mobilidade humana:

*(...) 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.(...)*⁵⁵

Embora tenham assinado a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a maioria dos Estados interpreta restritivamente o artigo sobre mobilidade humana e o relacionam apenas ao direito de emigrar⁵⁶. Tal interpretação é justificada, por eles, pela necessidade de prevalência do princípio da soberania nacional sobre o direito individual da livre circulação mesmo quando ocorre uma contradição entre ambos.

Exercendo discricionariamente o princípio da soberania nacional, os Estados implementam restrições à entrada de imigrantes no seu território e utilizam políticas repressivas para controlar os fluxos de deslocamentos humanos. Assim, os obstáculos ao exercício da liberdade de circulação estão conectados à manutenção de noções restritivas da soberania estatal e cidadania nos Estados e a negação da universalidade dos direitos fundamentais⁵⁷.

As restrições ao direito à mobilidade tendem também a reproduzir as desigualdades entre os Estados e regiões. Indivíduos nacionais dos países mais desenvolvidos economicamente encontram poucas restrições ao seu direito à livre circulação e imigração, enquanto no resto do mundo os indivíduos sofrem restrições crescentes.

Exemplificando, pode-se citar o caso do controle migratório no norte ocidental africano pelos países europeus visando à interceptação e devolução dos

55. Declaração Universal dos Direitos Humanos

56. **GUERTECHIN**. Thierry Linard. Direito a migrar versus soberania dos Estados à luz da ética econômica e social. REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 16, n. 31 (2008). Disponível em < <http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/120> > Acesso em 26/11/2013

57. *Ibid*

imigrantes indocumentados. Esses indivíduos sofrem diversas violações nos seus direitos. No plano da liberdade pessoal dos indivíduos que são devolvidas, o seu direito à mobilidade sofre restrições em dois níveis: primeiro na detenção imediatamente posterior à interceptação; segundo, no estabelecimento de uma pena pela tentativa de migrar de maneira irregular⁵⁸.

Além disso, as devoluções aparentemente são realizadas sem analisar a existência de possíveis enquadramentos de indivíduos no princípio da “não devolução”. Esse princípio do direito internacional proíbe que uma pessoa seja remetida de um Estado para outro quando existam indícios que revelem que ela possa sofrer um prejuízo a sua vida ou integridade física no lugar de destino⁵⁹. A aplicação desse princípio é universal, não está restrita apenas aos indivíduos que solicitam asilo.

58. **CERNADAS**, Pablo Ceriani. Controle migratório europeu em território africano: a omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.* vol.6 n.º.10. São Paulo. June 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000100010&script=sci_arttext Acesso em 30/11/2013.

59. *Ibid*

4. AS RECOMENDAÇÕES DA OPINIÃO CONSULTIVA OC—18/03 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O DIREITO DOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS

4.1. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Sistema Internacional de Direitos Humanos apresenta sistemas com campos de atuação diferentes. Um sistema global estabelece parâmetros normativos mínimos e os sistemas regionais, com aparato jurídico próprio, adicionam e aperfeiçoam direitos conforme as peculiaridades de cada região. Ambos os sistemas são complementares, possuindo princípios e valores normativos similares, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶⁰. A existência de mais de um sistema não interfere na eficiência da proteção dos direitos humanos, segundo Correia:

(...) A existência de arquiteturas regionais não enfraquece a universalidade dos direitos humanos, já que todos os sistemas de proteção tem o mesmo objetivo: a integridade da pessoa humana como princípio e fim da convivência em sociedade. A universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, à qual jamais pode ser invocada para tentar justificar a denegação ou violação dos direitos humanos.(...)⁶¹

Na América, existe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo principal instrumento é a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). No Sistema Interamericano, a proteção dos direitos humanos é complementar à proteção conferida pela legislação interna dos países e embora só atue após o esgotamento prévio dos recursos

60.PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional.13ªed. São Paulo, Saraiva,2012.

61.CORREIA, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.

jurisdicionais internos, sua jurisprudência reconhece a supranormatividade da Convenção Americana de Direitos humanos em relação ao ordenamento jurídico interno ⁶².

A Comissão tem por principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Assim, entre suas atribuições, cabe a ela atender a consultas e efetuar recomendações aos Estados - partes, indicando a adoção de medidas que visem à proteção desses direitos. Dessa forma, ela atua de diversas formas, funcionando como conciliadora entre um Estado e grupos sociais que tiveram os direitos de seus membros violados e como crítica ao informar a situação dos direitos humanos em um Estado membro. Ela também atua como assessora, aconselhando Estados sobre a adoção de medidas adequadas para promover os direitos humanos; como promotora, ao estudar os direitos humanos, como protetora, solicitando em casos urgentes que o Estado contra o qual apresentou queixa, suspenda sua ação e também atua como legitimadora quando o Estado, em decorrência do resultado de informe da comissão, decide sanar as violações⁶³.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos atua como o órgão supremo para interpretar e aplicar a Convenção americana de direitos humanos no continente americano⁶⁴, sendo um órgão jurisdicional, além da competência contenciosa, também possui competência consultiva. No plano contencioso, ela opera na solução de controvérsias sobre a aplicação ou a interpretação da própria convenção entre os Estados-membros da Convenção que tenham reconhecido essa jurisdição. No plano consultivo, membros da OEA, mesmo que não façam parte da Convenção, podem requisitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos estados americanos. Também podem ser solicitados pareceres sobre incompatibilidades entre as legislações nacionais e os instrumentos internacionais. A Corte é composta de sete membros, dentre juízes de alta autoridade moral e capacidade reconhecida no

62. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba: Juruá editora, 2008.

63. **PIOVESAN**, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

64. *Ibid*

Direito Internacional dos Direitos Humanos, eleitos pelos Estados-partes da Convenção, na Assembleia Geral da OEA.⁶⁵

4.2 – Os fatos e as principais recomendações da opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA sobre o direito dos imigrantes indocumentados.

A função consultiva da Corte Interamericana orienta os Estados sobre a abrangência dos dispositivos da Convenção Americana e sua compatibilidade com os ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros, auxiliando no cumprimento das obrigações em relação aos direitos humanos. Sua competência e alcance foi definida no artigo nº64 da Convenção Americana que permite que os Estados-Membros da Organização consultem à Corte, sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Além disso, a Corte, a pedido de um Estado-Membro, também poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e instrumentos internacionais⁶⁶.

Araújo cita que existem dois tipos de pareceres consultivos:

*(...) de controle da interpretação das normas americanas de direitos humanos, onde se fixa a orientação da Corte para os operadores internos do Direito e os pareceres de controle de leis ou projetos com relação às disposições da Convenção Americana, em que se analisa a incompatibilidade entre os primeiros e a Convenção (...)*⁶⁷

Entre os pareceres emitidos pela Corte Interamericana, na sua função consultiva destaca-se a opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às condições jurídicas e direitos dos trabalhadores

65. **ARAÚJO**, Nádia. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico Brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 64-69, abr./jun. 2005. Disponível em < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/664>> Acesso em 26/11/2013.

66. **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (1969). Disponível em <<http://www.direito.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/convencaoamericanadireitoshumanospdf>> Acesso em 24/11/2013

67. *Ibid*

imigrantes indocumentados. Com base no artigo nº 64 da Convenção Interamericana de direitos humanos, o México solicitou um parecer consultivo à Corte Interamericana, cujo teor está transcrito a seguir:

(...) em relação à privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas (de trabalhadores migrantes) e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados Americanos de garantir os princípios da igualdade legal, não – discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei personificada nos instrumentos legais de proteção aos direitos humanos; assim como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelas leis internacionais de direitos humanos, incluindo aquelas de natureza erga omnes, visando atingir os objetivos de algumas políticas domésticas de um Estado Americano. Além disso, a consulta inclui “o que o significado dos princípios da igualdade legal, não discriminação e de uma proteção igualitária e efetiva da lei significam dentro do contexto do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos internacionais e de sua codificação (...)”⁶⁸ (tradução nossa)

Acatado o pedido depois de examinada a admissibilidade formal, o México informou às deliberações que originaram esse pedido:

(...) Os trabalhadores migrantes, como todas as outras pessoas devem ter garantidos o gozo e o exercício dos seus direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, a sua vulnerabilidade os transforma em um alvo fácil para a violação de seus direitos humanos, baseados especialmente em critério da discriminação e conseqüentemente, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei no gozo e exercício desses direitos ⁶⁸ (tradução nossa)

Nesse contexto, o governo do México está profundamente preocupado com

68. [...] deprivation of the enjoyment and exercise of certain labor rights [of migrant workers,] and its compatibility with the obligation of the American States to ensure the principles of legal equality, non-discrimination and the equal and effective protection of the law embodied in international instruments for the protection of human rights; and also with the subordination or conditioning of the observance of the obligations imposed by international human rights law, including those of an *erga omnes* nature, with a view to attaining certain domestic policy objectives of an American State.” In addition, the request dealt with “the meaning that the principles of legal equality, non-discrimination and the equal and effective protection of the law have come to signify in the context of the progressive development of international human rights law and its codification (...).**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013.

69 (...) Migrant workers, as all other persons, must be ensured the enjoyment and exercise of human rights in the States where they reside. However, their vulnerability makes them an easy target for violations of their human rights, based, above all, on criteria of discrimination and, consequently, places them in a situation of inequality before the law as regards the effective enjoyment and exercise of these rights. (...).**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013.

*a incompatibilidade entre o sistema de direitos humanos da OEA e as interpretações, práticas e promulgação de leis em alguns Estados da região. O governo do México considera que essas interpretações, práticas e leis significam uma negação dos direitos trabalhistas com base em critérios discriminatórios, derivados do status migratório dos trabalhadores indocumentados, entre outros assuntos. Isso pode incentivar os empregadores a usar essas leis ou interpretações para justificar uma perda progressiva de outros direitos trabalhistas (...). Nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região são uma ameaça real ao exercício dos direitos protegidos por esses instrumentos (...)*⁷⁰ (tradução nossa)

Baseado nas deliberações precedentes, o México solicitou a opinião da Corte nos seguintes assuntos:

*(...) No contexto do princípio da igualdade perante a lei personificado no artigo II da Declaração Americana, no artigo nº 24 da Convenção Americana, no artigo nº 7 da Declaração Universal e no artigo nº 26 do Pacto de direitos civis e políticos. 1 - Pode um Estado americano estabelecer na legislação trabalhista, um tratamento prejudicialmente diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados daquele que é concedido aos residentes legais ou cidadãos, em relação ao gozo dos seus direitos trabalhistas, no sentido de que o status migratório dos trabalhadores impede per se o gozo de tais direitos?*⁷¹ (tradução nossa)

2.1 - Pode o artigo nº 2, parágrafo 1, da Declaração universal, artigo II da Declaração americana, artigos nº 2 e nº 26 do Pacto de direitos civis e políticos e os artigos nº1 e nº 24 da Convenção americana ser interpretados no sentido de que a residência legal do indivíduo no território de um Estado americano é uma condição necessária para que esse Estado respeite e assegure os direitos e

70 (...) In this context, the Government of Mexico is profoundly concerned by the incompatibility with the OAS human rights system of the interpretations, practices and enactment of laws by some States in the region. The Government of Mexico considers that such interpretations, practices and laws imply the negation of labor rights based on discriminatory criteria derived from the migratory status of undocumented workers, among other matters. This could encourage employers to use those laws or interpretations to justify a progressive loss of other labor rights; for example: payment of overtime, seniority, outstanding wages and maternity leave, thus abusing the vulnerable status of undocumented migrant workers. In this context, the violations of the international instruments that protect the human rights of migrant workers in the region are a real threat to the exercise of the rights protected by such instruments(...). **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013**

71. (...)In the context of the principle of equality before the law embodied in Article II of the American Declaration, Article 24 of the American Convention, Article 7 of the Universal Declaration and Article 26 of the [International] Covenant [of Civil and Political Rights ...]: 1) Can an American State establish in its labor legislation a distinct treatment from that accorded legal residents or citizens that prejudices undocumented migrant workers in the enjoyment of their labor rights, so that the migratory status of the workers impedes *per se* the enjoyment of such rights? **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013**

liberdades reconhecidas em tais disposições às pessoas sujeitas na sua jurisdição?

2.2- À luz das disposições citadas na questão precedente, pode-se considerar que a negação de um ou mais direitos trabalhistas, baseada no status de indocumentado de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de assegurar a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei imposta pelas disposições acima mencionadas?

Baseado no artigo nº 2, parágrafos 1 e 2, e no artigo nº 5, parágrafo 2 do Pacto de direitos Civis e Políticos

3- Qual seria a validade de uma interpretação feita por um Estado americano que subordina ou condiciona a observância de direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e de uma proteção igualitária e eficaz pela lei sem discriminação, para conquistar objetivos políticos em relação à migração; não obstante a classificação que as leis domésticas atribuem a tais leis em relação às obrigações internacionais decorrentes do Pacto de direitos civis e políticos e outras obrigações de leis internacionais de direitos humanos, que têm um caráter erga omnes?

Na visão do desenvolvimento progressivo das leis internacionais de direitos humanos e sua codificação, particularmente através das disposições citadas nesse pedido

4 - Qual é a natureza atual do princípio da não discriminação e do direito à proteção igualitária e eficaz da lei na hierarquia normativa estabelecida pelas leis internacionais gerais e, nesse contexto, poderiam elas ser consideradas como uma expressão da norma de jus cogens? Se a resposta for afirmativa, qual seriam os efeitos jurídicos para um Estado membro da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e assegurar, nos termos do artigo nº 2, parágrafo primeiro do Pacto de direitos civis e políticos em conformidade o artigo nº 3, inciso I e o artigo nº 17 da carta da OEA? (...)⁷²(tradução nossa)

72. 2.1) Should Article 2, paragraph 1, of the Universal Declaration, Article II of the American Declaration, Articles 2 and 26 of the [International] Covenant [of Civil and Political Rights], and Articles 1 and 24 of the American Convention be interpreted in the sense that an individual's legal residence in the territory of an American State is a necessary condition for that State to respect and ensure the rights and freedoms recognized in these provisions to those persons subject to its jurisdiction? 2.2) In the light of the provisions cited in the preceding question, can it be considered that the denial of one or more labor right, based on the undocumented status of a migrant worker, is compatible with the obligations of an American State to ensure non-discrimination and the equal, effective protection of the law imposed by the above-mentioned provisions? Based on Article 2, paragraphs 1 and 2, and Article 5, paragraph 2, of the International Covenant on Civil and Political Rights, 3) What would be the validity of an interpretation by any American State which, in any way, subordinates or conditions the observance of fundamental human rights, including the right to equality before the law and to the equal and effective protection of the law without discrimination, to achieving migration policy goals contained in its laws, notwithstanding the ranking that domestic law attributes to such laws in relation to the international obligations arising from the International Covenant on Civil and Political Rights and other obligations of international human rights law that have an *erga omnes* character? In view of the progressive development of international human rights law and its codification, particularly through the provisions invoked in the instruments mentioned in this request, 4) What is the nature today of the principle of non-discrimination and the right to equal and effective protection of the law in the hierarchy of norms established by general international law and, in this context, can they be considered to be the expression of norms of *ius cogens*? If the answer to the second question is affirmative, what are the legal effects for the OAS Member States, individually and collectively, in the context of the general obligation to respect and ensure, pursuant to Article 2, paragraph 1, of the [International] Covenant [on Civil and Political Rights], compliance with the human rights referred to in Articles 3 (I) and 17 of the OAS Charter? **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

Após a admissão, a Corte interamericana transmitiu a solicitação dessa opinião consultiva para todos os Estados-membros e demais pessoas relacionadas, informando o período disponível para o recebimento de comentários relativos a essa solicitação. Recebidos e analisados os documentários e demais documentos, a Corte informou o parecer.

4.3 – A opinião consultiva OC—18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro

A Corte decide, por unanimidade que é competente para emitir a opinião consultiva, a qual foi dividida nos seguintes itens:

(...) Os Estados têm obrigação geral de respeitar e assegurar os direitos fundamentais. Para esse fim, eles devem adotar medidas positivas, evitar iniciativas que limitem ou infrinjam direitos fundamentais e suprimir medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.

O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e assegurar os direitos humanos gera a responsabilidade internacional (...).⁷³(tradução nossa)

Tais disposições do parecer da Corte reafirmam a relevância da obrigação de respeitar e assegurar os direitos fundamentais, além de determinar que se o Estado descumprir essa obrigação, através de um tratamento discriminatório, pode ser responsabilizado internacionalmente.

A obrigação de respeitar e assegurar os direitos humanos está estabelecida em inúmeros dispositivos tanto no direito interno quanto no direito internacional, citando apenas, entre inúmeros, a Declaração universal dos direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. No Brasil, pode-se encontrar diversas disposições semelhantes na legislação e jurisprudência brasileira. Desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, inúmeros artigos demonstram a opção clara da legislação brasileira pela defesa dos direitos humanos. Além disso, também

73 (...)1. That States have the general obligation to respect and ensure the fundamental rights. To this end, they must take affirmative action, avoid taking measures that limit or infringe a fundamental right, and eliminate measures and practices that restrict or violate a fundamental right. 2. That non-compliance by the State with the general obligation to respect and ensure human rights, owing to any discriminatory treatment, gives rise to international responsibility.(...). **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

foram previstos diversos instrumentos jurídico-processuais de proteção aos direitos humanos e contra o abuso do poder. Nesse aspecto, a legislação brasileira está seguindo a orientação da Corte Interamericana, que indica o dever, pelos Estados – partes, de organizarem todo o seu aparato governamental, visando assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos a todas as pessoas sob sua jurisdição.⁷⁴

Os Estados têm o dever de respeitar (não violar), proteger (não deixar seja violado) e promover (possibilitar que todos usufruam) os direitos humanos. Deve se abster, tanto de prejudicá-los quanto de adotar medidas que os possam ameaçar. Além disso, o Estado deve atuar positivamente, protegendo-os e promovendo-os.⁷⁵

Avanços na jurisprudência brasileira em relação ao tema dos direitos humanos têm ocorrido nos últimos anos. Entre eles pode-se citar a mudança da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a prisão do depositário infiel. A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXVII, admite essa prisão como uma das exceções em que é possível a prisão por dívida, porém desde a conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343 e do Habeas Corpus (HC) 87585, o STF não admite mais esse tipo de restrição à liberdade.⁷⁶

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil

74. **RAMOS**, Andre de Carvalho. Direitos humanos em juízo : comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo : M. Limonad, 2001.

75. **MARMELSTEIN**.George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo.Editora Atlas.2013 .4ºed.

76. **Supremo Tribunal Federal**.Noticias.STF Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100474>>Acesso em 07/12/2013

de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).(...)(STF - RE: 349703 RS , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)⁷⁷

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)⁷⁸

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (STF - HC: 87585 TO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237)⁷⁹

Embora diversos direitos preconizados na legislação brasileira ainda aguardem a implementação fática, defensores dos valores humanistas previstos legislativamente buscam diariamente a concretização das normas constitucionais. A proliferação de organizações não - governamentais (ONGs) e de entidades defensoras de direitos humanos demonstram o interesse da sociedade brasileira sobre o assunto.

Em relação à responsabilidade internacional do Estado, a doutrina e a jurisprudência ainda estão desenvolvendo as orientações sobre o alcance da

77. **Supremo Tribunal Federal** - STF - RE: 349703 RS , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

78. **Supremo Tribunal Federal**- STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

79. **Supremo Tribunal Federal** - STF - RE: 349703 RS , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

responsabilidade internacional dos Estados. Atualmente, já não se discute sobre a existência da responsabilidade dos Estados, mas sim os limites e a forma mais adequada de implementação.⁸⁰

Considerando responsabilidade internacional como:

*(...) instituto jurídico, em virtude do qual o Estado a quem é imputado um ato ilícito, deve reparação ao Estado contra o qual esse ato foi cometido. A responsabilidade internacional do Estado possui três elementos essenciais: existência de fato ilícito, lesão do direito e nexa causal entre fato e o resultado lesivo (imputabilidade). Possui ainda algumas características: é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo, praticamente não há responsabilidade penal; a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando a vítima ou o autor do ilícito é um particular; é um instituto consuetudinário (...)*⁸¹

Sendo responsabilizado, o Estado passa a ter a obrigação jurídica de reparar o dano decorrente de uma violação prévia de norma internacional, essa obrigação tem por objetivo evitar que novas violações de normas internacionais ocorram e assim assegurar o desenvolvimento das relações entre Estados com base na paz e na segurança coletiva.⁸²

Em relação à responsabilidade brasileira em relação às sentenças condenatórias prolatadas pela Corte Interamericana, infelizmente o Brasil, como outros países, carece de mecanismos internos que garantam a execução das sentenças da Corte. Em relação ao recebimento e implementação das sentenças anteriores relacionadas ao Brasil, Garbini analisa:

(...) Cientes da inexistência de uma Lei interna que regule tal matéria, verificamos as vias apresentadas pela estrutura organizacional do Brasil, Estado Membro do Sistema Interamericano e que aceitou a jurisdição da Corte Interamericana, para receber e implementar as determinações contidas nos julgados da Corte. Constatamos, com isso, que o Estado brasileiro não está preparado internamente para executar as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que as alternativas sugeridas pela doutrina, apesar de representarem poderem proporcionar parte da reparação devida às vítimas, são ineficazes para a concretização plena deste fim, de uma maneira que respeite e promova a dignidade humana.

80. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.

81. *Ibid*

82. **RAMOS**, Andre de Carvalho. Direitos humanos em juízo : comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo : M. Limonad, 2001.

Diante da inexistência de uma lei interna no Brasil que estabeleça um procedimento específico a ser seguido na execução das decisões da Corte, verificamos que a primeira alternativa de cumprimento de uma sentença de tal natureza seria através de ato espontâneo do Poder Executivo. Ou seja, ingressando uma sentença da Corte Interamericana na esfera brasileira, caberia primeiramente ao governo a execução de tal julgado, pelo exercício de sua prerrogativa constitucional nas relações internacionais. Esta é a prática que em geral vem sendo adotada pelo Estado brasileiro no que se refere ao cumprimento das primeiras condenações recebidas pela Corte.(...)⁸³

Além da referência ao respeito aos direitos fundamentais e responsabilização internacional, a opinião consultiva OC- 18/03 também estabeleceu:

(...) O princípio da igualdade e da não- discriminação é fundamental para a proteção dos direitos humanos, tanto na lei internacional quanto na lei interna.

*O princípio fundamental da igualdade e da não discriminação faz parte do direito internacional geral, porque é aplicável a todos os Estados, independentemente de serem ou não participantes de um tratado internacional específico. Nesse atual estágio de desenvolvimento da lei internacional, o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens**

*O princípio fundamental da igualdade e não discriminação que tem caráter imperativo acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vincula todos os Estados e gera efeitos com relação a terceiros, incluindo particulares. (...)⁸⁴*

O princípio da igualdade e da não - discriminação é fundamental para proteção dos direitos humanos, fazendo parte tanto na lei internacional quanto da lei interna e pertencendo ao domínio do *jus cogens*. São aplicáveis a todos os Estados, mesmo aqueles que não são participantes de um tratado internacional específico, e, além disso, possuem caráter imperativo, o que acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam os Estados e geram efeitos a terceiros, mesmo particulares.

A igualdade perante a lei é um princípio básico do Estado Democrático de

83. **GARBINI**, Vanessa Gischkow. Concretizando a justiça internacional no Brasil: problemas jurídicos no cumprimento das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento brasileiro. Porto Alegre, RS: Monografia de Graduação em Bacharel de Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. 100f.

84 (...) 3. That the principle of equality and non-discrimination is fundamental for the safeguard of human rights in both international law and domestic law. 4. That the fundamental principle of equality and non-discrimination forms part of general international law, because it is applicable to all States, regardless of whether or not they are a party to a specific international treaty. At the current stage of the development of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the domain of *jus cogens* 5. That the fundamental principle of equality and non-discrimination, which is of a peremptory nature, entails obligations *erga omnes* of protection that bind all States and generate effects with regard to third parties, including individuals. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

Direito e está prevista em vários dispositivos internacionais, como a Declaração universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de direitos humanos.

No Brasil, pode-se encontrar diversas disposições semelhantes na legislação e jurisprudência brasileira. Na Constituição Federal de 1988, vários artigos adotam os deveres de respeitar o princípio da igualdade e da não - discriminação. Já no preâmbulo é mencionada a instituição do Estado Democrático destinado a assegurar, entre outros, direitos à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Também pode-se citar disposições semelhantes no artigo terceiro e no quinto. O artigo terceiro inclui como objetivo a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E o artigo quinto, ao utilizar a expressão “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁸⁵, está enunciando um dever de respeito ao outro, que se materializa juridicamente através dos mandamentos constitucionais de não-discriminação, tolerância, respeito às diferenças e do combate o preconceito e racismo.⁸⁶

Além do dever de respeitar o princípio da igualdade e da não - discriminação, a Constituição Federal também impõe um dever de equalizar, ou seja, o Estado tem dever constitucional de agir para reduzir as desigualdades sociais e promover o bem-estar social, adotando medidas compensatórias que permitam aos indivíduos em desvantagem socioeconômica e cultural concorrer em igualdade de condições com os demais cidadãos⁸⁷. Nesse caso, irá ocorrer uma discriminação positiva, que visa proporcionar uma maior participação econômica e ascensão social aos grupos socialmente desfavorecidos.

Existem várias decisões sobre a discriminação positiva na jurisprudência brasileira. Uma das mais conhecidas é a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 que considerou constitucional a criação de cotas raciais para acesso ao ensino superior na Universidade de Brasília.

85. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em 23/11/2013

86. **MARMELSTEIN**. George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2013 .4ºed.

87. *Ibid*

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Partido Democratas - DEM, com pedido de liminar, com o escopo de se obter declaração de inconstitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília-UNB que utilizaram o critério racial na seleção de candidatos para ingresso na universidade. Alega-se, em suma, ofensa aos artigos 1º, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, 205, 206, I, 207, 208, V, da Constituição Federal de 1988. Às fls. 2291-2369, o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Públicas e o Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular - IDEP requerem seu ingresso nesta ADPF na condição de amicus curiae. Afirmam que têm o propósito de trazer subsídios a fim de auxiliar esse egrégia Corte a obter informações que consideram de extrema importância para o julgamento da ação epigrafada (...). Sustentam, ademais, possuírem representatividade, pois vêm se destacando nacionalmente na luta contra as ilegalidades/inconstitucionalidades contidas nas resoluções editadas nas universidades públicas para implção do Programa de Ações Afirmativas no Ensino Superior. É o breve relatório. Passo a decidir. De acordo com o art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Sobre a admissão de amicus curiae, menciono o pronunciamento do Min. Celso de Mello, nos autos da ADI 3.045/DF, de sua relatoria: a intervenção do amicus curiae, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Ressalto ainda que a admissão de amicus curiae, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para se tornar efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre eles, a adequada representatividade daquele que a pleiteia. Verifico que o pleito atende aos requisitos necessários para participar desta ação na qualidade de amigos da Corte. Isso posto, defiro o pedido, nos termos do art. 6º, § 1º e § 2º, da Lei 9.882/1999, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental 15/2004. À Secretaria, para registro. Publique-se. Brasília, 5 de agosto de 2010. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - (STF - ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2010, Data de Publicação: DJe-149 DIVULG 12/08/2010 PUBLIC 13/08/2010)⁸⁸

A Corte Interamericana tem vinculado o dever de respeitar e garantir os direitos humanos ao princípio da não -discriminação, considerando que o Estado tem o dever de efetivar as liberdades e as garantias de todos os indivíduos sob sua jurisdição sem qualquer discriminação. Logo, para a Corte Interamericana a noção de igualdade é consequência da própria natureza humana e está intimamente ligada à noção de dignidade humana.

88. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - ADPF: 186. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15668147/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf> > Acesso em 07/12/2013

Para uma melhor compreensão do princípio da não – discriminação se torna necessário apresentar uma definição para discriminação. Entre as diversas definições que podem ser encontradas, destaca-se a adotada em quatro convenções setoriais:

(...) discriminação é toda em extinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em determinados motivos como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra índole, a origem nacional ou social, a posição econômica ou nascimento ou qualquer outra posição social; e que tenha por objetivo ou por resultado anular ou diminuir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.(...)⁸⁹

A Corte Interamericana, reconhecendo a existência de diversidade nos seres humanos, também estabelece que nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva para dignidade humana. A verdadeira igualdade perante a lei deve levar em conta as diferenças entre os indivíduos.⁹⁰ É possível estabelecer diferenças razoáveis, baseadas em informações objetivas. Existem diferenças entre distinção, no sentido de se referir à concessão de um tratamento diferente daquele geralmente aplicado, e discriminação. Para a distinção não se tornar discriminação, ela deve possuir um objetivo legítimo, ser objetiva e também deve ser relevante o suficiente para justificar o tratamento diferenciado.⁹¹

Complementando, a Corte Interamericana estabeleceu que os princípios da igualdade e da não - discriminação passaram a integrar o domínio do *jus cogens*. Expressa pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seus artigos nº53 e 64, as normas *jus cogens* são normas jurídicas obrigatórias, imperativas ou absolutas que se sobrepõem à autonomia de vontade do Estado.⁹² Além de serem inderrogáveis, a sua obediência não se encontra sujeita ao arbítrio dos Estados, ultrapassando os limites do princípio *pacta sunt servanda* das normas do direito

89. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.

90. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

91. *Ibid*

92. **MAZZUOLI**, Valério Oliveira. Curso de direito internacional público..6º ed.são Paulo.Editora revista dos tribunais,2012.

internacional geral (*jus cogens*). Dessa forma, esses princípios passam para um plano hierárquico superior, se tornando valores fundamentais que consolidam a ordem pública internacional e restringem a produção normativa dos Estados e Organizações Internacionais.

Com essa declaração, a Corte também institui a existência de obrigações *erga omnes* de proteção a esses princípios, estabelecendo-os como valores essenciais para a comunidade internacional. Ao integrar o domínio do *jus cogens*, a proteção a esses princípios passa a ser uma obrigação de todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares, integrando-se a todas às ordens jurídicas e leis internacionais gerais. As obrigações *erga omnes* devem ser abordadas, nesse caso, levando em consideração a sua dupla dimensão, uma dimensão horizontal onde são obrigações destinadas à comunidade internacional como um todo e uma dimensão vertical onde são obrigações que vinculam os órgãos e agentes públicos e os particulares. Uma dimensão deve completar a outra.⁹³

Logo, os princípios da igualdade e da não – discriminação, pela natureza *jus cogens*, constituem um imperativo do direito internacional geral e são aplicáveis a todos os Estados, independentemente de serem partes em determinados tratados internacionais. Dessa forma, os Estados têm a obrigação e garantir o respeito a esses princípios para todos os indivíduos, que se encontrem em seu território, incluindo estrangeiros, independentemente do seu status migratório.⁹⁴

*(...) A obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, incluindo o status migratório do indivíduo.*⁹⁵ (tradução nossa)

O direito ao devido processo legal deve ser reconhecido como uma das garantias mínimas que devem ser oferecidas a qualquer imigrante, independentemente de seu status migratório. A ampla aplicação da preservação

93. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

94. **SOARES**, Teresa Labrunie Calmon. A proteção dos imigrantes em situação irregular à luz da jurisprudência dos tribunais regionais: Sistema Interamericano e Europeu de proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro, RJ: Monografia de Graduação em Bacharel de Direito – Departamento de Direito da PUC -Rio, 2009. 88p.

95. 6. That the general obligation to respect and guarantee human rights binds States, regardless of any circumstance or consideration, including the migratory status of a person. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

*do processo legal engloba todos os assuntos e todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação (...)*⁹⁶(tradução nossa)

A obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, inclusive o direito ao devido processo legal, vincula os Estados. Esses direitos devem ser oferecidos a todos os imigrantes, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, incluindo o *status* migratório do indivíduo.

Já citada, a existência da obrigação de respeitar e assegurar os direitos humanos pode ser encontrada em inúmeros dispositivos, tanto no direito interno quanto no direito internacional. O direito ao devido processo legal também está estabelecido em diversos instrumentos internacionais, podendo-se citar, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (que inclusive amplia o conceito).

No Brasil, também existem disposições semelhantes na legislação e jurisprudência brasileira. A Constituição Federal de 1988 estabelece no seu artigo 5º que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Com a ampliação desse conceito através da Emenda constitucional nº 45/2004, o acesso à justiça inclui, além do direito de ingressar na justiça, o direito de obter uma prestação jurisdicional célere e eficaz com a duração razoável do processo.⁹⁷

Nesse caso a Corte salienta que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido como uma garantia que todo imigrante possui, independentemente de seu status migratório. O alcance desse direito compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação.⁹⁸ Para ser realmente efetivo, ou seja produzir resultados ou respostas à violação de direitos, o indivíduo, deve defender seus direitos e interesses em igualdade processual com todos os outros, sendo o princípio

96. 7. That the right to due process of law must be recognized as one of the minimum guarantees that should be offered to any migrant, irrespective of his migratory status. The broad scope of the preservation of due process encompasses all matters and all persons, without any discrimination.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

97. A problemática dos direitos humanos Fundamentais na América latina e na Europa – desafios materiais e eficazes. Organizador Narciso Leandro Xavier Baez. Joaçaba. Ed. UNOESC. 2012

98. **LEÃO**, Renato Zerbini Ribeiro. Corte Interamericana e o direito dos trabalhadores migrantes. Disponível em <<http://www.sindicatomecosul.com.br/noticia02.asp?noticia=9131>> Acesso em 02/08/2013

da igualdade e não discriminação elemento essencial ao direito ao devido processo legal.

Considerando que os imigrantes, especialmente os indocumentados geralmente vivem em situações de extrema vulnerabilidade e expostos ao risco de exploração laboral, a ocorrência de práticas discriminatórias por parte das autoridades dos países receptores, amplia essa vulnerabilidade. Estados que não investigam devidamente os abusos cometidos contra os trabalhadores imigrantes e que aceitem práticas que obstruam o acesso à justiça, tais como retaliações a esses indivíduos, ameaças de deportação, prisão ou outras medidas de coerção ou detenção estão impedindo o exercício, desses indivíduos aos seus direitos humanos básicos. A Corte interamericana indica que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos deve servir de parâmetro mínimo para Poder Judiciário.

(...) O status migratório de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para priva-lo do gozo e exercício dos seus direitos humanos, incluindo aqueles de natureza trabalhista. Quando o migrante assume uma relação de trabalho, adquire direitos que devem ser reconhecidos e assegurados porque ele é um empregado, independentemente do seu status regular ou irregular no Estado ao onde ele está empregado. Esses direitos são consequência de uma relação laboral.

*O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente do seu status de nacionais ou estrangeiros, e não deve tolerar situações de discriminação que são prejudiciais às relações de trabalho estabelecidas entre particulares (empregador-empregado). O Estado não deve permitir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, ou que uma relação contratual violem os padrões internacionais mínimos.*⁹⁹(tradução nossa)

Os trabalhadores, sendo titulares de direitos trabalhistas, devem possuir todos os meios apropriados de exercita-los. Trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que os outros trabalhadores no Estado

99. 8.That the migratory status of a person cannot constitute a justification to deprive him of the enjoyment and exercise of human rights, including those of a labor-related nature. When assuming an employment relationship, the migrant acquires rights that must be recognized and ensured because he is an employee, irrespective of his regular or irregular status in the State where he is employed These rights are a result of the employment relationship. 9.That the State has the obligation to respect and guarantee the labor human rights of all workers, irrespective of their status as nationals or aliens, and not to tolerate situations of discrimination that are harmful to the latter in the employment relationships established between private individuals (employer-worker). The State must not allow private employers to violate the rights of workers, or the contractual relationship to violate minimum international standards. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

*onde eles estão empregados, e este último deve tomar as medidas necessárias para garantir que isto seja reconhecido e cumprido na prática(...)*¹⁰⁰
(tradução nossa)

Um indivíduo não pode ser privado do gozo e exercício de seus direitos humanos, inclusive dos trabalhistas devido ao seu *status* migratório. Se o imigrante está em uma relação de emprego, mesmo que ele seja indocumentado ele tem os mesmos direitos trabalhistas que os indivíduos nacionais ou imigrantes regulares. O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir esses direitos trabalhistas e proteger todos os trabalhadores, independentemente do seu *status* migratório, da violação desses direitos, não admitindo a violação de direitos trabalhistas. Também não deve ser admitida a existência de situações de discriminação em prejuízo dos trabalhadores, nas relações trabalhistas que se estabeleçam no poder público ou entre particulares (empregador-trabalhador), nem que a relação contratual despreze as bases mínimas internacionais.¹⁰¹ A Corte considera que privar o trabalhador imigrante de seus direitos, devido a sua condição de não documentado é incompatível com os deveres dos Estados Americanos em garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que se lhes impõem as citadas disposições.¹⁰² Em complementação, mesmo quando medidas de coerção e sanções devem ser implementadas devido ao *status* migratório do indivíduo (deportação, expulsão), a pessoa continua com todos os seus direitos trabalhistas, porque esses direitos são originários de uma fonte diferente.

Os imigrantes trabalhadores indocumentados são titulares de direitos fundamentais *erga omnes*, logo para proteger esses direitos, o Estado deve implementar medidas positivas que evitem a exploração dos indivíduos, inclusive por particulares. Também é necessário, para proteger a dignidade dos trabalhadores a garantia de direitos trabalhistas fundamentais essenciais:

100. 10. That workers, being possessors of labor rights, must have all the appropriate means to exercise them. Undocumented migrant workers possess the same labor rights as other workers in the State where they are employed, and the latter must take the necessary measures to ensure that this is recognized and complied with in practice. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

101. **LEÃO**, Renato Zerbini Ribeiro. Corte Interamericana e o direito dos trabalhadores migrantes. Disponível em <<http://www.sindicatomecosul.com.br/noticia02.asp?noticia=9131>> Acesso em 02/08/2013

102. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

*(...) Entre os direitos trabalhistas fundamentais que devem ser garantidos e protegidos pode-se citar: proibição do trabalho forçado ou obrigatório; direito ao salário; direito de associação sindical; eliminação da discriminação no trabalho ou emprego; abolição do trabalho infantil (...)*¹⁰³

No Brasil, a política de imigração prioriza a admissão de mão-de-obra qualificada, não demonstrando grande interesse no imigrante de baixa qualificação. Todavia, conforme já citado, a sociedade brasileira convive com centenas de milhares de imigrantes indocumentados. Provavelmente a grande maioria deles participa de relações trabalhistas no solo brasileiro, sendo titulares de direitos trabalhistas. Analisando os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais, Saladini conclui que a realidade brasileira ainda está distante do ideal preconizado na Corte interamericana e defende alterações na perspectiva de análise dos direitos sociais do imigrante:

No Brasil, a política imigrantista é tradicionalmente voltada à obtenção de trabalhador qualificado, o que não privilegia a realidade encontrada no Brasil, em especial quanto aos não documentados. (...) Na perspectiva dos direitos humanos, a proteção aos direitos do trabalhador não pode ficar limitada apenas aos que têm uma relação de legalidade em sua permanência no país, porque isso acaba por excluir justamente os mais carentes da proteção social - situação que acontece com todos os estrangeiros irregulares, inclusive aqueles que estão no Brasil e com os brasileiros que estão irregulares no exterior. A falta de proteção ao trabalhador acaba por propiciar a exploração dessas pessoas por empresários inescrupulosos, que, além de explorar a carência e a miséria humanas, ainda estabelecem uma competição desleal com os que obedecem aos termos da legislação nacional, gerando espécie de dumping social. (...)

O imigrante ilegal encontra-se entre dois problemas igualmente graves: caso denuncie as condições de trabalho irregulares, sofre o risco de deportação; se não faz a denúncia, continua a trabalhar em condições degradantes. A proteção legal de tais pessoas, analisada sob a perspectiva dos direitos humanos, não pode ser limitada àqueles estrangeiros que observam as regras da legalidade de ingresso, porque isso importaria em excluir uma grande quantidade de trabalhadores explorados.

Há necessidade de reverter o quadro de exclusão social observado em relação ao trabalhador imigrante, propiciando a todo trabalhador, independente de sua nacionalidade, condições de acesso a um trabalho decente. A extensão da proteção do direito do trabalho aos estrangeiros, seja a permanência legal ou ilegal, é um modo de se iniciar um processo de reversão do perverso ciclo de exclusão composto por miséria, emigração forçada por motivos econômicos, permanência ilegal, exploração do imigrante e mais miséria.

A presença de tais trabalhadores, verdadeiros refugiados da miséria, deve ser vista sob a ótica dos direitos humanos, a fim de que tenham efetivo acesso aos direitos fundamentais constitucionais. Deve ser considerado como estrangeiro residente, para fins de acesso aos direitos fundamentais sociais, não

103. CORREIA, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.

*apenas aquele que logrou obter o visto burocrático estatal, mas todo aquele que elegeu o país como seu local de residência e aqui desenvolve trabalho lícito que lhe dá a subsistência. (...) É essencial e urgente mudar a perspectiva de análise dos direitos sociais do imigrante, deixando de lado qualquer perspectiva nacionalista, protecionista e que acaba gerando vantagens apenas para o capital, e partindo-se para uma perspectiva sustentada nos direitos humanos, que dê valor efetivo à pessoa do trabalhador, independentemente de sua origem. Somente assim se estará atendendo ao critério do direito internacional dos direitos humanos no campo do direito do trabalho. (...)*¹⁰⁴

Em relação aos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados, a jurisprudência brasileira, utilizando os princípios da dignidade humana, reconheceu em diversas sentenças que a situação irregular do imigrante não interfere no reconhecimento da relação de emprego:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. *A situação irregular do estrangeiro não pode servir de argumento para sonegar direitos do trabalhador, quando se constata a existência de uma relação típica de emprego. Seria um avilte às garantias e aos princípios constitucionais e dos que regem o Direito Laboral, como o da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. (TRT-1 - RO: 5831520115010432 RJ , Relator: Gustavo Tadeu Alkmim, Data de Julgamento: 29/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 2012-06-06)*¹⁰⁵

"VÍNCULO DE EMPREGO. *Trabalhador estrangeiro em situação irregular. Inexistência de óbice ao reconhecimento. A condição de estrangeiro em situação irregular, cidadão de origem paraguaia, não constitui óbice ao reconhecimento da relação de emprego. Entendimento diverso apenas favorece o empregador que valendo-se da propagada irregularidade, emprega força de trabalho a custo inferior, em detrimento do trabalhador brasileiro, preterido em face da contratação de mão-de-obra barata e informal, em desprestígio à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, e à igualdade de direitos entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no país (Constituição Federal, art. 1º, III e IV, e art. 5º, caput, bem como ao art. 3º, do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinado em Las Lenãs, em 27/06/92, e promulgado pelo Decreto nº 2.067/96)". (TRT-2 - RO: 2014200607002001 SP 02014-2006-070-02-00-1, Relator: ROSA MARIA ZUCCARO, Data de Julgamento: 29/07/2009, 2ª TURMA, Data de Publicação: 18/08/2009)*¹⁰⁶

104. SALADINI, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA - Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011.

105. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região** - TRT-1 - RO: 5831520115010432 RJ. Disponível em < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24563744/recurso-ordinario-ro-5831520115010432-rj-trt-1> > Acesso em 07/12/2013

106. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região** - TRT-2 - RO: 2014200607002001 SP. Disponível em < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811758/recurso-ordinario-ro-2014200607002001-sp-02014-2006-070-02-00-1> > Acesso em 07/12/2013

(...) *Os Estados não devem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação para conquistar os objetivos de suas políticas públicas, qualquer que sejam eles, incluindo aqueles de caráter migratório.*(...)¹⁰⁷ (tradução nossa)

A Corte indica que os Estados não devem implementar políticas públicas baseadas em discriminação e desigualdade. O compromisso essencial do Estado com os direitos humanos deve sempre prevalecer, pois o respeito aos direitos humanos faz parte dos princípios da estrutura política estatal do Estado Democrático.

O Estado deve garantir, em todos os seus setores, inclusive na área legislativa, o exercício efetivo dos direitos trabalhistas, com base nos princípios da igualdade e não-discriminação. Sendo uma função estatal a implementação de políticas públicas destinadas a preservar esses direitos, somente ao eliminar as disposições e práticas, tanto públicas quanto privadas, que possam causar discriminação é que o Estado cumpre sua obrigação *jus cogens* nessa área.

107. 11. *That States may not subordinate or condition observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to achieving their public policy goals, whatever these may be, including those of a migratory character.* **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013

CONCLUSÃO

O presente trabalho iniciou discutindo a imprecisão terminológica existente na doutrina jurídica brasileira na conceituação dos direitos humanos. Após análise conceitual dos direitos humanos, foi apresentada a sua formação histórica e classificação. Em seguida, apresentou-se um breve histórico de sua implementação no Brasil e a interação entre o direito internacional e o direito interno brasileiro.

No segundo capítulo, foram apresentados o conceito de nacionalidade, tanto no ordenamento jurídico nacional quanto no internacional e o de cidadania. Em relação ao conceito de cidadania, foram citados tanto o conceito tradicional quanto sua redefinição proposta por Hannah Arendt, que transforma a cidadania no “direito a ter direitos”. A redefinição do conceito de cidadania transforma-o em um conceito sociológico onde existe, cada vez mais, a participação democrática e o compartimento do poder.

A partir da análise do valor da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, surge a indicação da necessidade de reinterpretar o conceito de cidadania utilizando o enfoque dos princípios inovadores da primazia da dignidade humana e prevalência dos direitos humanos.

A partir da leitura do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e da Constituição Federal de 1988, pode-se conceituar o indivíduo estrangeiro e a situação jurídica dos estrangeiros na doutrina brasileira. No Brasil, o indivíduo é considerado estrangeiro se nasceu fora do território brasileiro ou não adquiriu a nacionalidade brasileira através das formas previstas na Constituição Federal de 1988. Em relação aos direitos humanos dos estrangeiros, a Constituição Federal reforça a titularidade do estrangeiro aos direitos humanos, mas também estabelece distinções, como restrições aos direitos políticos, ao direito de propriedade de imóvel ou de empresa jornalística e de radiodifusão e ao direito de exercer pesquisa e lavra de recursos minerais.

Conclui-se que os dispositivos do Estatuto do Estrangeiro apresentam um contraste substancial com a ideologia da Constituição Federal de 1988, apresentando uma linha ideológica voltada para a preocupação com a segurança nacional. Porém existe uma tendência, nos legisladores, de instituir nas políticas

nacionais voltadas à imigração um olhar mais voltado para os direitos humanos. Essa tendência está presente na Política Nacional de Imigração e Proteção do Trabalhador e dos Direitos Humanos dos Estrangeiros no Brasil. Aprovada pelo Conselho Nacional de Imigração em 12.05.2010, porém ainda não promulgada.

No projeto de lei que visa substituir o Estatuto do Estrangeiro a linha ideológica voltada para a preocupação com a segurança nacional está sendo substituída por uma diretriz que indica o tratamento da migração como um direito humano, porém esse novo projeto também estabelece diversos procedimentos burocráticos e mecanismos de expulsão que contradizem seu interesse pelos direitos humanos.

Em seguida, foi apresentada uma análise sobre o processo atual de formação de identidade de um povo e sobre direito à mobilidade humana. A migração é responsável por importantes reconfigurações políticas, sociais e econômicas na sociedade atual, sendo o grande aumento de mobilidade humana uma das consequências de estilo de vida contemporâneo, porém alguns países olham as migrações com pessimismo e desconfiança e os imigrantes como uma ameaça à economia nacional e paz social.

A securitização da política em relação às migrações humanas é facilmente visível no cotidiano daqueles que imigram, ocorrendo um processo de “*demonização do estrangeiro pobre*” onde para alguns imigrantes, a circulação é facilitada, porém para outros, oriundos de países com economias menos desenvolvidas, a migração é perigosa, quase impossível.

Em relação ao direito de imigrar, embora esteja estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo nº 13, o direito à liberdade de locomoção, a maioria dos Estados interpreta restritivamente o artigo e o relacionam apenas ao direito de imigrar, considerando o direito de receber imigrantes apenas um exercício do princípio de soberania nacional. Assim, utilizando a justificativa do princípio de soberania nacional, os Estados implementam restrições à entrada de imigrantes nos seus territórios e o utilizam políticas repressivas para controlar os fluxos de deslocamentos humanos.

Vimos que o Sistema Internacional de Direitos Humanos apresenta um sistema global e diversos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos com campos de atuação diferentes. Um sistema global estabelece parâmetros normativos mínimos e os sistemas regionais, com aparato jurídico próprio, adicionam e aperfeiçoam direitos conforme as peculiaridades de cada região. Ambos os

sistemas são complementares, possuindo princípios e valores normativos similares, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No continente americano existe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Seu principal instrumento é a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpreta e aplica a Convenção Americana nos Estados-membros. A Corte Interamericana possui competência contenciosa, atuando na solução de controvérsias sobre a aplicação ou interpretação da própria Convenção entre os Estados-membros da Convenção que tenham reconhecido essa jurisdição. Atualmente suas sentenças, promovem interpretações evolutivas da Convenção Americana, esclarecendo o significado e o alcance dos direitos nela consagrados,

Além da competência contenciosa, também possui competência consultiva através da qual, membros da OEA, mesmo que não façam parte da Convenção, podem requisitar um parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também podem ser solicitados pareceres sobre incompatibilidades entre as legislações nacionais e os instrumentos internacionais.

Com base no artigo nº 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o México solicitou um parecer consultivo à Corte Interamericana sobre a privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas (de trabalhadores migrantes) e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados Americanos de garantir os princípios da igualdade legal, não – discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei personificada nos instrumentos legais de proteção aos direitos humanos. A consulta também inclui, entre outros, o questionamento sobre o significado dos princípios da igualdade legal, não -discriminação e de uma proteção igualitária e efetiva da lei dentro do contexto do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos internacionais e de sua codificação.

Após o relato do pedido e dos fatos relativos a essa consulta, foi apresentada a sentença da opinião consultiva OC—18/03, a qual foi dividida em vários segmentos, agrupados por semelhança.

Analisando a sentença, algumas disposições se destacam, como a obrigação de respeitar e assegurar os direitos fundamentais, já estabelecida em inúmeros dispositivos tanto no direito interno quanto no direito internacional. Assim, os Estados têm o dever de respeitar, proteger e promover os direitos humanos, dever que se for descumprido, pode gerar uma responsabilização internacional. Sendo responsabilizado, o Estado passa a ter a obrigação jurídica de reparar o dano decorrente da violação de norma internacional. Infelizmente o Brasil quando é responsabilizado através de sentenças condenatórias prolatadas pela Corte Interamericana, não possui mecanismos internos que garantam a execução dessas sentenças.

Nos últimos anos, a jurisprudência brasileira tem incorporado, em suas sentenças, o dever de respeito aos direitos humanos. Entre os exemplos, pode-se citar a mudança da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a prisão do depositário infiel.

Outro destaque na sentença é a discussão sobre a importância do princípio da igualdade e do princípio da não - discriminação para a proteção dos direitos humanos. Estabelecidos tanto em leis internacionais quanto em leis internas, como a Constituição Federal, e pertencendo ao domínio do *jus cogens*, esses princípios são aplicáveis a todos os Estados, mesmo aqueles que não são participantes de um tratado internacional específico,

Além do dever de respeitar esses princípios, a Constituição Federal também impõe um dever de equalizar, ou seja, o Estado tem dever constitucional de agir para reduzir as desigualdades sociais e promover o bem-estar social, adotando medidas compensatórias que permitam aos indivíduos em desvantagem socioeconômica e cultural concorrer em igualdade de condições com os demais cidadãos. Nesse caso, irá ocorrer uma discriminação positiva, que visa proporcionar uma maior participação econômica e ascensão social aos grupos socialmente desfavorecidos. Existem várias decisões sobre a discriminação positiva na jurisprudência brasileira, sendo uma das mais conhecidas a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 que considerou constitucional a criação de cotas raciais para acesso ao ensino superior na Universidade de Brasília.

Complementando, a Corte Interamericana estabeleceu que os princípios da igualdade e da não - discriminação passaram a integrar o domínio do *jus cogens*, ou

seja, além de serem inderrogáveis, a sua obediência não se encontra sujeita ao arbítrio dos Estados. Assim, esses princípios hoje são considerados como valores fundamentais que consolidam a ordem pública internacional e restringem a produção normativa dos Estados e Organizações Internacionais.

Os direitos humanos, incluindo o direito ao devido processo legal, devem ser oferecidos a todos os imigrantes, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, incluindo o *status* migratório do indivíduo. O direito ao devido processo legal também está estabelecido em diversos instrumentos internacionais e nacionais. No Brasil, o direito ao devido processo legal não está só relacionado ao direito de ingressar na justiça, mas também ao direito de obter uma prestação jurisdicional célere e eficaz com a duração razoável do processo. O alcance desse direito compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação.

A Corte Interamericana também declara que um indivíduo não pode ser privado do gozo e exercício de seus direitos humanos, inclusive dos trabalhistas devido ao seu *status* migratório. Se o imigrante está em uma relação de emprego, mesmo que ele seja indocumentado ele tem os mesmos direitos trabalhistas que os indivíduos nacionais ou imigrantes regulares. A Corte Interamericana considera que privar o trabalhador imigrante de seus direitos, devido a sua condição de indocumentado é incompatível com os deveres dos Estados Americanos em garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei. Em relação aos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados, a jurisprudência brasileira, utilizando os princípios da dignidade humana, reconheceu em diversas sentenças que a situação irregular do imigrante não interfere no reconhecimento da relação de emprego.

A realidade contradiz o discurso teórico. A disparidade entre o discurso sobre direitos humanos defendido por alguns países e o tratamento que tem sido oferecido por eles aos imigrantes levou a uma busca por esclarecimentos que originou a opinião consultiva OC—18/03

No momento que o Brasil procura desempenhar um papel de liderança na defesa dos direitos humanos dos imigrantes, as escolhas brasileiras relativas ao modo como nossa legislação irá tratar os imigrantes, documentados ou não, irá nos definir. Escolheremos, como citou Deisy Ventura, “*demonizar o estrangeiro pobre*” e seguir o caminho de outros países, criando um abismo entre a teoria e a prática? Escolheremos respeitar os imigrantes pelo que eles são, seres humanos, independentes dos documentos que carregam ou ainda seguiremos vias

alternativas? A imigração hoje se tornou uma fronteira para os direitos humanos, pondo à prova a capacidade dos Estados em universalizar os direitos humanos e aplicar essas declarações dentro de suas fronteiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ACCIOLY**, Hildebrando; **SILVA**, G.E do Nascimento, **CASELLA**, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. Ed.Saraiva.17º ed. 2009. São Paulo.
2. **A problemática dos direitos humanos Fundamentais na América Latina e na Europa – desafios materiais e eficaciais**. Organizador Narciso Leandro Xavier Baez.Joaçaba.Ed. UNOESC.2012
3. **ARAÚJO**, Nádia. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico Brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 64-69, abr./jun. 2005. Disponível em < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/664>>Acesso em 26/11/2013.
4. **BALDI**, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
5. **BOBBIO**, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992
6. **BONAVIDES**, Paulo. Curso de direito constitucional. 28ºed. Malheiros Editores.São Paulo.2013.
7. **BREGA FILHO**, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
8. **BRITO**, Fausto. A politização das migrações internacionais : direitos humanos e soberania nacional. Belo Horizonte : UFMG/CEDEPLAR, 2011. 25 p. Disponível em <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20426.pdf>. Acesso em 30/11/2013.
9. **CERNADAS**,Pablo Ceriani. Controle migratório europeu em território africano: a omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos. Sur, Rev. int. direitos human. vol.6 nº.10. São Paulo. June 2009.Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000100010&script=sci_arttext Acesso em 30/11/2013.
- 10.**Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas:nacionais-regionais-globais**. Org. Arno Dal Ri Júnior. Odete Maria de Oliveira. 2ºed .Ijuí: Ed.Unijuí. 2003.
- 11.**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/11/2013

12. **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (1969).Disponível em <<http://www.direito.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/convencaoamericanadireitoshumanos.pdf>>Acesso em 24/11/2013
13. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. ADVISORY OPINION OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf> Acesso em 14/08/2013.
14. **CORREIA**, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba:Juruá editora,2008.
15. **COUTINHO**, Ana Luísa Celino; **SORTO**, Fredys Orlando. Projeto de pesquisa na pós-graduação em Direito.Verba Juris, ano 6, nº 6, jan/dez 2007. Disponível em < <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14870> >. Acesso em 23/07/2013
16. **DEL'OLMO**, Florisbal de Souza. Vertentes do direito internacional contemporâneo e cidadania. Campinas:Millennium, 2012.
17. **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves.Curso de Direito Constitucional. 36ªed. São Paulo:Saraiva:2010.
18. **GARBINI**, Vanessa Gischkow. Concretizando a justiça internacional no Brasil: problemas jurídicos no cumprimento das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento brasileiro. Porto Alegre, RS:Monografia de Graduação em Bacharel de Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,2012.100f.
19. **GIL**, Ana Rita. A detenção de imigrantes na jurisprudência nacional e internacional. Revista do Ministério Público 125: Janeiro : Março 2011- pp. 125-145.
20. **GUERTECHIN**.Thierry Linard. Direito a migrar versus soberania dos Estados à luz da ética econômica e social. REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 16, n. 31 (2008).Disponível em < <http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/120>>Acesso em 26/11/2013.
21. **GOMES**, Luiz Flavio. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
22. **JAYME**, Fernando Gonzaga. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.
23. **JORNAL DO COMÉRCIO**. Brasil é a bola da vez da migração.Disponível em <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=82931>.Acesso em 18/11/2013.

24. **LEÃO**, Renato Zerbini Ribeiro. Corte Interamericana e o direito dos trabalhadores migrantes. Disponível em <<http://www.sindicatomecosul.com.br /noticia02 .asp? noticia=9131>> Acesso em 02/08/2013
25. **MARMELSTEIN**.George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo.Editora Atlas.2013 .4ºed.
26. **MAZZUOLI**, Valério Oliveira.Curso de direito internacional público..6º ed.são Paulo.Editora revista dos tribunais,2012.
27. **MENDES**, André Luiz Conrado. O conceito de povo brasileiro e suas peculiaridades no debate constituinte: um diálogo com “quem é o povo” de Friedrich Muller. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 15: 140-153 vol.1 ISSN 1678 – 2933. Disponível em <<http://apps.unibrasil.com.br /revista/index.php/direito/article/view/807>. Acesso em 30/11/2013
28. **MENDONÇA**, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania. São Paulo, SP: Dissertação de mestrado.. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,2012.176f.
29. **MOULIN**, Carolina. Os direitos humanos dos humanos sem direitos -Refugiados e a política do protesto.Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092011000200008&script=sci_arttext>Acesso em 02/12/2013.
30. **MOULIN**, Carolina. Eppure si Muove: Mobilidade humana, cidadania e globalização. Contexto int. vol.33 no.1 Rio de Janeiro Jan./June 2011.Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-85292011000100001&script= sci_arttext >. Acesso em 21/11/2013.
31. **OLIVEIRA**, Márcio Luís. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos : interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
32. **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Assembléia Geral. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Adotada em 18 de Dezembro de 1990.
33. **PAGANINI**. Nicole Cardoso; **LEONI**, Rafaela Aparecida Parizi. Direito internacional e imigração: a problemática da xenofobia nos países europeus. Disponível em<<pesquisas.uniseb.com.br/arquivos /DireitoInternacionalMigracao .pdf> >. Acesso em 31/07/2013.
34. **PINTAL**, Alexandre Rocha.Direito Imigratório.Curitiba:Juruá,2011.

35. **PIOVESAN**, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
36. **RAMOS**, Andre de Carvalho. Direitos humanos em juízo : comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro. São Paulo. M. Limonad, 2001.
37. **RAMOS**, Andre de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro. Renovar. 2004.
38. **REIS**, Rossana Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. CONTEXTO INTERNACIONAL – vol. 33, n. 1, janeiro/junho 2011.
39. **REZEK**, Francisco. Direito internacional público : curso elementar. São Paulo : Saraiva, 2011.
40. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Direitos humanos, cidadania e o trabalhador imigrante ilegal no Brasil. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Bahia, 2011, nº 128 , fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440>>. Acesso em 15/08/2013.
41. **SALADINI**, Ana Paula Sefrin. Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Jacarezinho, PR: Dissertação de mestrado. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA - Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011.
42. **SANTINELLI**, Fernanda. Os direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9669> Acesso em 02/08/2013.
43. **SARLET**, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
44. **SARLET**, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
45. **SCHAEFER**, Anair Isabel. Tratados internacionais de direitos humanos: os níveis de ordenamento, a convergência das decisões das cortes internacionais e nacionais sobre os direitos humanos, a possível implementação de um tribunal internacional de direitos humanos, indicando a supremacia dos direitos humanos no século XXI. Porto Alegre, RS: Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

46. **SCHULZE**, Clenio Jair. Igualdade, discriminação positiva, cotas e ADPF 186. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21671/igualdade-discriminacao-positiva-cotas-e-adpf-186>> Acesso em 07/12/2013
47. **SILVA**, João Carlos Jarochinski. A imigração ilegal e o direito internacional. Santos, SP: Dissertação de mestrado. Universidade Católica de Santos, Programa de Direito, 2009. 113p.
48. **SILVA**, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 34^oed. Malheiros Editores. São Paulo.
49. **SOARES**, Teresa Labrunie Calmon. A proteção dos imigrantes em situação irregular à luz da jurisprudência dos tribunais regionais: Sistema Interamericano e Europeu de proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro, RJ: Monografia de Graduação em Bacharel de Direito – Departamento de Direito da PUC -Rio, 2009. 88p.
50. **STIVACHTIS**, Yannis A. International Migration and the Politics of Identity and Security. *Jornal of Humanities & Social Sciences*. Volume 2, Issue 1, 2008. Disponível em < <http://www.scientificjournals.org/journals2008/articles/1387.pdf>> . Acesso em 25/11/2013.
51. **TAVARES**, Rodrigo de Souza. O *jus cogens* na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito. *Revista de Direito da UNIGRANRIO*. Disponível em < <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/555>>. Acesso em 07/12/2013.
52. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. STF Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100474>> Acesso em 08/12/2013.
53. **TRINDADE**, Antônio Augusto Cançado. Direito das organizações internacionais. 4. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.
54. **TRINDADE**, Antônio Augusto Cançado. Tratado Internacional de Direitos Humanos. 2^a Ed. Porto Alegre : Fabris, 1999.
55. **VENTURA**. Deisy, **ILLES**, Paulo. Qual a política migratória do Brasil? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em 21/11/2013.
56. **VENTURA**. Deisy, **ILLES**, Paulo. MERCOSUL. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>>. Acesso em 21/11/2013.

57. Vertentes do direito contemporâneo e cidadania. coordenadores Florisbal de Souza Del'Olmo, Mara Darganchy, Liana Maria Feix Suski. Campinas. Millennium Editora. 2013