



# PUC

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO

---

**A PROTEÇÃO DOS IMIGRANTES EM  
SITUAÇÃO IRREGULAR À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
REGIONAIS: SISTEMAS INTERAMERICANO  
E EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
HUMANOS**

por

**TERESA LABRUNIE CALMON SOARES**

**ORIENTADORA: CAROLINA DE CAMPOS MELO**

**2009.1**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE  
JANEIRO RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP  
22453-900 RIO DE JANEIRO - BRASIL

**A PROTEÇÃO DOS IMIGRANTES EM  
SITUAÇÃO IRREGULAR À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
REGIONAIS: SISTEMA INTERAMERICANO E  
EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
HUMANOS**

**por**

**TERESA LABRUNIE CALMON SOARES**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
para a obtenção do Título  
de Bacharel em Direito.

Orientadora:  
Carolina de Campos Melo

**2009.1**

## AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, que me ensinou a amar a todos os seres humanos e à minha mãe que me ensinou a amar a mim mesma e a ser feliz.

Aos meus avós que compuseram a base sólida que me permite partir e retornar.

Ao Gustavo pelo amor de todos os dias.

À minha irmã e melhor amiga Luiza Labrunie.

À Ilana, ao Daniel e ao Ernesto pela convivência alegre, carinhosa e paciente nesses dias difíceis.

À minha orientadora, amiga e um pouco psicóloga, Carolina de Campos Melo, pela orientação impecável e, principalmente, por ter possibilitado que eu encontrasse o meu caminho no Direito.

À Luiza Athayde e à Letícia que foram um pedaço de mim no final da graduação.

À Vanessa, à Bianca, à Moana e à Luisa Tavares pelas sempre sinceras gargalhadas e lágrimas.

À Fernanda e à Cecília pela importância na minha vida e esperando que o tempo seja generoso.

Aos amigos do Grupo Simulações e Realidade que tornaram a universidade um espaço de reflexão e de sonhos.

Aos queridos professores Márcia Nina, João Ricardo Dornelles, Danielle Moreira, Bethânia Assy e Rachel Herdy que em diferentes momentos puxaram o fiozinho do raciocínio permitindo que eu formulasse os meus próprios pensamentos.

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a realização de um estudo comparativo dos posicionamentos adotados pelos Tribunais Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, Interamericano e Europeu, em sua jurisprudência acerca das problemáticas relativas ao reconhecimento e à efetivação dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular. Inicialmente é analisada a evolução atingida em âmbito internacional no reconhecimento desses direitos, com o objetivo de salientar a extrema vulnerabilidade em que se encontram tais imigrantes, assim como a insuficiência dos mecanismos de proteção existentes para salvaguardar os seus direitos. Em seguida, analisa alguns dos pronunciamentos mediante os quais a Corte Européia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixaram parâmetros para a garantia dos direitos em questão e, finalmente, realiza uma comparação entre os *standards* estabelecidos pelos dois tribunais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional dos Direitos Humanos. Imigração. Imigrantes em situação irregular. Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corte Européia de Direitos Humanos. Análise jurisprudencial

## SUMÁRIO

Introdução.....	8
Capítulo I – Imigrantes em situação irregular: vulnerabilidade e proteção internacional .....	12
1.1 – A vulnerabilidade a violações dos direitos humanos dos imigrantes .....	13
1.2 – A proteção dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos .....	16
Capítulo II – A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a proteção dos Imigrantes em situação irregular mediante o exercício da sua função consultiva .....	24
2.1 – Funções e funcionamento da Corte IDH.....	25
2.2 – A importância da Opinião Consultiva 16 na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular .....	33
2.3 – A importância da Opinião Consultiva – OC18 na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular.....	37
Capítulo III – A Corte Européia de Direitos Humanos e a proteção dos imigrantes em situação irregular.....	45
3.1 – Funções e funcionamento da Corte EDH.....	45
3.2 – A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos relativa à proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular.....	52
A – Proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 4º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso <i>Siliadin v. França</i> .....	53

B – Direito à liberdade e à segurança (artigo 5º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso <i>Galliani v. Romênia</i> .....	57
C – Direito à liberdade de reunião e de associação (artigo 11º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso <i>Cisse v. França</i> .....	61
D – Direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos nos casos <i>Dalia v. França, Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda e Sisojeva e outros v. Letônia</i> .....	65
Conclusão.....	72
Bibliografia.....	76
Abreviações.....	89



*En un mundo “globalizado”, se abren las fronteras a los capitales, bienes y servicios, pero lamentablemente no a las personas. Se abren las economías nacionales a los capitales especulativos, al mismo tiempo en que lamentablemente se cierran a las conquistas laborales de las Últimas décadas. Se concentran las riquezas en manos de pocos, al mismo tiempo que lamentablemente aumentan, de forma creciente, los marginalizados y excluidos.*

Antonio Augusto Cançado Trindade

## INTRODUÇÃO

A importância do tema dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular evidencia-se com o reconhecimento de que, dentre as diversas consequências da globalização figuram a exacerbação do acúmulo de riquezas nas mãos de poucas pessoas, o grande desenvolvimento econômico de determinados países em contraste com a estagnação de outros e a degradação dos costumes locais mediante um processo de hegemonização cultural. Tais elementos, somados ao desenvolvimento das tecnologias de transporte e de informação, estimulam o movimento de pessoas em busca de melhores condições de vida em diferentes localidades do mundo. Ainda, o significativo aumento da população de imigrantes gera consequências profundas tanto na vida das pessoas que migram quanto nas comunidades que as recebem, principalmente, considerando-se o alto grau de vulnerabilidade dessas pessoas.

Neste contexto, a imigração se transformou em um dos temas mais importantes da agenda política internacional. Desta forma, diversos tratados foram celebrados a respeito da matéria, bem como foram criados organismos internacionais de proteção. No entanto, a evolução no reconhecimento dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular é ainda lenta e insuficiente. Observa-se assim uma urgência na criação de novos mecanismos de amparo às populações imigrantes. Neste contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e notadamente os Tribunais Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, assumem o papel fundamental de fomentar o aceleramento desse processo e de impor aos Estados o respeito e a garantia dos direitos em questão.

No presente trabalho monográfico pretende-se observar de que forma os Tribunais Regionais Interamericano e Europeu têm cumprido tal papel,

mediante o exame dos precedentes estabelecidos por cada um deles com relação à proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular. Não há a pretensão de exaustão dos precedentes estabelecidos, em especial pela Corte Européia de Direitos Humanos, mas sim da formação de um panorama dos entendimentos atualmente adotados pelos tribunais e do alcance do reconhecimento dos direitos em questão.

Com relação aos estudos precedentes acerca do tema, verifica-se uma ampla consolidação da doutrina no que se refere à jurisprudência de cada Corte em separado, porém, o que se propõe neste trabalho é um possível diálogo entre os precedentes estabelecidos pelos dois Tribunais. Para tanto, será adotado o método de análise jurisprudencial comparativa

Assim, o trabalho se dividirá em três capítulos.

O primeiro capítulo definirá o contexto no qual se insere o tema, tratando de questões como a vulnerabilidade dos imigrantes em situação irregular, a evolução do reconhecimento dos direitos desse grupo em plano nacional e internacional e a necessidade da elaboração de novos sistemas de proteção. Sendo apresentadas as principais formas de violações de direitos humanos desse grupo de pessoas. Ao final, será abordada a importância dos Tribunais Regionais na efetivação dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular.

O segundo capítulo versará inicialmente sobre a formação e o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com ênfase nas características e na importância da sua função consultiva. Posteriormente, abordará a jurisprudência desse Tribunal relativa aos direitos dos imigrantes em situação irregular. Serão analisadas as Opiniões Consultivas 16 e 18, únicas

oportunidades nas quais a Corte Interamericana se manifestou acerca do tema<sup>2</sup>. Deve-se chamar atenção para o fato de que, embora a Opinião Consultiva 16 trate de direitos que devem ser garantidos aos imigrantes em geral - e não especificamente dos direitos dos imigrantes em situação irregular – essa contém análises jurídicas extremamente relevantes para a proteção das pessoas estrangeiras em geral e, por isso, faz jus a uma análise minuciosa, no presente trabalho.

No terceiro capítulo serão apresentadas as principais questões relativas à proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Inicialmente, realizar-se-á algumas ponderações acerca da formação, função e funcionamento do Tribunal Europeu, bem como a respeito das disposições contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos acerca dos direitos dos imigrantes. Posteriormente, serão analisadas seis sentenças de mérito eleitas dentre a vasta jurisprudência da Corte Europeia acerca do tema.

Ao final do trabalho os *standards* fixados pelos dois tribunais serão comparados de forma a se estabelecer uma relação entre os posicionamentos adotados. Dispondo-se desde já que os dois Tribunais comportam-se de maneiras diversas perante a temática, o que se explica pela própria conjuntura social, cultural e econômica dos dois continentes.

Muitas das citações doutrinárias, assim como das sentenças e votos utilizados na monografia encontravam-se em língua estrangeira. Diante disso, optou-se pela tradução livre de tais trechos, fazendo referência ao original em nota de rodapé. A exceção coube aos trechos das decisões da Corte Interamericana e dos votos dos juízes desta, escritos em espanhol, os quais

---

<sup>2</sup> Embora a Corte IDH tenha proferido sentenças em casos contenciosos relativos aos direitos dos imigrantes, somente nas suas Opiniões Consultivas OC16 e OC18 essa tratou dos direitos daqueles

foram mantidos no idioma original com o intuito de preservar o seu sentido literal.

Em síntese, pretende-se fazer um apanhado dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Européia de Direitos Humanos relativos à proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular para, posteriormente, compará-los. O objetivo final deste trabalho é compreender de que forma o tema tem sido abordado pelos Tribunais Regionais de Proteção dos Direitos Humanos a fim de verificar a situação atual da proteção dedicada a esse grupo.

## Capítulo I – Imigrantes em situação irregular: vulnerabilidade e proteção internacional

A expansão do fenômeno migratório nas últimas décadas – intimamente ligada à globalização<sup>3</sup> – inseriu o tema nas agendas dos governos, dos organismos internacionais e da sociedade civil<sup>4</sup>. Estima-se que atualmente haja mais de 175 milhões de imigrantes no mundo, o que gera um forte impacto tanto para os países envolvidos - sejam de origem, de trânsito, ou de emprego -<sup>5</sup> quanto para os indivíduos, suas famílias e as próprias comunidades<sup>6</sup>, já que a imigração provoca mudanças populacionais, culturais, na estrutura familiar e nas necessidades de proteção estatal.<sup>7</sup>

Os movimentos migratórios são impulsionados por diferentes razões e para diferentes direções do mundo<sup>8</sup>. Segundo Manuel Orozco, a globalização - e o conseqüente crescimento da transportabilidade e mobilidade de pessoas -, é um fator que contribuiu para a intensificação dos fluxos migratórios, uma vez que estimulam pessoas de diferentes segmentos sociais a procurar oportunidades fora do seu país de origem. O autor frisou, ainda, que à medida

---

<sup>3</sup> MURILLO, J. C. La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mistas. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José: IIDH, 2004, apresentação.

<sup>4</sup> MOZÓN, Luiz. Dinámica de las políticas migratorias. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José: IIDH, 2004, p. 159

<sup>5</sup> Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, preâmbulo e artigo 6º.

<sup>6</sup> PIZARRO, Gabriela R. Violaciones a los derechos humanos de los migrantes en La actual dinámica de las migraciones en América. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. San José: IIDH, 2004. pp. 148 a 150.

<sup>7</sup> OLEA, Helena. Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derechos de las poblaciones migrantes, mujeres, los pueblos indígenas y niños, niñas y adolescentes*. San José: IIDH, 2004, p. 15.

<sup>8</sup> Note-se que a imigração não é um fenômeno unilateral, do sul para o norte, mas ocorre em diversas direções e de diferentes maneiras, incluindo desde trabalhadores manuais até profissionais altamente qualificados. (OROZCO, Manuel. Remesas hacia latinoamerica y El Caribe: cuestiones y perspectivas acerca del desarrollo. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José: IIDH, 2004, p. 63)

que o tempo passa “mais e mais pessoas trabalham em corporações e organizações transnacionais e multinacionais, deslocando-se para diferentes partes do mundo”.<sup>9</sup>

### **1.1 – A vulnerabilidade a violações dos direitos humanos dos imigrantes**

Porém, deve-se considerar que a maior parte dos movimentos migratórios ainda tem como causa as sistemáticas violações de direitos humanos ocorridas no país de origem – tanto dos direitos civis e políticos quanto dos direitos econômicos, sociais e culturais –<sup>10</sup>, ocasionadas por conflitos armados, instabilidade política, desastres naturais, altas taxas de desemprego, exclusão social ou pela fome<sup>11</sup>. Desta forma, a própria motivação da imigração, por sua natureza, caracteriza a vulnerabilidade do imigrante e o sujeita a novas formas de violações de direitos humanos, comumente perpetradas no país de destino<sup>12</sup>.

Ademais, a ausência de assistência estatal - seja pela negação da prestação de determinados serviços públicos, seja pela negação do acesso à Justiça -, somada a circunstâncias características da imigração - como a distância dos parentes e amigos ou o desconhecimento da língua, da cultura e da legislação - põe os imigrantes em uma situação de vulnerabilidade, que propicia a perpetração de violações de direitos humanos. Neste contexto, as populações imigrantes, de uma forma geral, constituem uma parcela da sociedade menos protegida do que as demais contra práticas como a servidão, a

---

<sup>9</sup> No original: “*más y más personas trabajan em corporaciones y organizaciones transnacionales y multinacionales, desplazándose a diferentes partes Del mundo*”(Ibid., p. 63).

<sup>10</sup> OLEA, Helena. Op. Cit. , p. 11.

<sup>11</sup> PIZARRO, Gabriela R. Op. Cit., p. 135

<sup>12</sup> CORTE IDH. OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, pars. 112-117. ONU. Comissão de Direitos Humanos. Resolução 2005/47, de 19 de abril de 2005, preâmbulo; ONU. Comissão de Direitos Humanos. Resolução 1999/44, de 27 de abril de 1999, preâmbulo; ONU, Assembleia Geral. Resolução 59/194, adotada em 18 de março de 2005, preâmbulo.

exploração sexual, a detenção arbitrária, a denegação de direitos trabalhistas e xenofobia<sup>13</sup>. Tal como exposto por Helena Olea:

“A condição de não cidadão coloca às pessoas migrantes em uma situação de particular vulnerabilidade. O desconhecimento da língua, dos costumes, da legislação e das práticas dificulta sua relação com as autoridades estatais e limita ou põe travas ao acesso a serviços e programas estatais resultando em violações aos direitos humanos.”<sup>14</sup>

No entanto, há uma perceptível resistência dos Estados a implementar medidas efetivas de proteção aos imigrantes em suas políticas migratórias, exercendo, ao invés disso, meramente a função policial de proteger suas fronteiras e controlar os fluxos migratórios, sancionando os imigrantes em situação irregular<sup>15</sup>. Como exposto por Luis Monzón, os meios de comunicação, em geral, apresentam ao público somente aspectos negativos da imigração, formando uma opinião pública desfavorável à implementação de políticas migratórias flexíveis, o que torna a abordagem da imigração pouco atrativa para os governos que, quando não optam pela aplicação de políticas migratórias rígidas, adotam uma postura omissa com relação ao problema.<sup>16</sup>

É preciso observar também que, tal como exposto por Helena Olea, o aumento dos fluxos migratórios no mundo não coincidiu com a adoção de políticas que tenham favorecido a imigração. Ao contrário, fatores político-econômicos pressionaram por políticas migratórias mais restritas que não resultaram na diminuição dos fluxos migratórios, mas sim no aumento da população imigrante em situação irregular. A autora chama ainda atenção para

---

<sup>13</sup> PIZARRO, Gabriela. Rodríguez. Op. Cit. p. 147-156.

<sup>14</sup> No original: “*la condición de no ciudadanos coloca a las personas migrantes en una situación de particular vulnerabilidad. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas dificulta su relación con las autoridades estatales y limita o pone trabas AL acceso a servicios y programas estatales, resultando en violaciones a SUS derechos humanos.*” (OLEA, Helena. Op. Cit., p. 12).

<sup>15</sup> TRINDADE, Antônio A. Cançado. Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados. In: *Cuadernos de Trabajo sobre Migración*, nº 5. Guatemala: OIM, 2001, pág. 15.

<sup>16</sup> MOZÓN, Luiz. Op. Cit. , p. 159

o fato de que o controle migratório em muitos países tornou-se um elemento fundamental da política de segurança pública, o que resulta na construção de uma imagem do imigrante como criminoso e acentua ainda mais a sua vulnerabilidade. Na opinião de Olea, o enrijecimento das políticas migratórias contribui para esse fator, uma vez que torna a entrada no país mais difícil, mais cara e mais perigosa, fazendo surgir um verdadeiro mercado que engloba a falsificação de documentos, o tráfico e o contrabando de pessoas, além de certas formas de violência que passaram a ser diretamente relacionados à imigração.<sup>17</sup>

As questões migratórias tornam-se ainda mais complexas quando se referem especificamente aos imigrantes em situação irregular. É notória a maior exposição de tal grupo à estigmatização a qual se referiu a autora supramencionada - e conseqüente maior suscetibilidade desses a sofrer discriminação, xenofobia, detenção arbitrária, dentre outras violações -. Por outro lado, os imigrantes em situação irregular costumam adquirir um temor do Estado que os impede de denunciar a violações eventualmente sofridas. Neste contexto, é comum a exploração desses imigrantes por empregadores mediante o uso da ameaça de deportação ou detenção. Como bem salientou Helena Olea:

“Os empregadores e as autoridades conhecem a impossibilidade dos imigrantes não autorizados de solicitar proteção em caso de abuso ou violação das normas, o que resulta para eles em condições de trabalho violatórias da lei, na impossibilidade de aceder a bens e serviços como o resto da população e em sua própria renúncia a solicitar proteção estatal quando são vítimas de delitos ou de faltas administrativas, ou quando precisam de atenção a necessidades especiais.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> OLEA, Helena. Op. Cit. pp. 16 e 17.

<sup>18</sup> No original: “*los empleadores y las autoridades conocen la imposibilidad de los migrantes no autorizados de solicitar protección en caso de abuso o violación de las normas, lo que resulta para ellos en condiciones de trabajo violatorias de La lei, em La posibilidad de acceder a bienes y servicios como el resto de La poblción y em su própria renuencia a solicitar protección estatal cuando son víctimas de delitos o de faltas administrativas, o cuando requieren de atención a necesidades especiales*” (Ibid., p. 16).

Embora as situações relacionadas à miséria e à violência generalizada não sejam a única razão impulsionadora dos fluxos migratórios em geral, pode-se afirmar que a maioria das pessoas que deixam o seu país de origem para viver ilegalmente em outro Estado, o faz por tais razões. Desta forma, os imigrantes em situação irregular, em regra, se encontram em uma situação de vulnerabilidade desde o momento em que deixam seus países de origem, o que corrobora o já desenhado quadro de desamparo que os acomete. Resta, portanto, evidenciada a necessidade de se voltar os olhos da comunidade internacional para os imigrantes em situação irregular, adotando-se uma perspectiva de defesa dos direitos humanos e não mais enfrentando a questão como um problema de segurança pública.

## **1.2 – A proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Para compreender a evolução na proteção dos direitos das populações imigrantes é preciso ter em mente a própria história recente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que tanto esta quanto aquela se relacionam com o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos emanados diretamente do Direito Internacional. Tal como exposto por Cançado Trindade, “ao longo do século XX a doutrina mais lúcida do Direito Internacional conseguiu gradualmente suplantar os excessos do positivismo jurídico (derivados da personificação do Estado (...)), com uma influencia nefasta na evolução do Direito Internacional”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> No original: “*a lo largo del siglo XX la doctrina más lúcida del Derecho Internacional logró gradualmente suplantar los excesos del positivismo jurídico (derivados de la personificación del Estado inspirada sobre todo en la filosofía hegeliana), con una influencia nefasta en la evolución Del Derecho Internacional*” (TRINDADE. Antonio A. Cançado. *El Futuro de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª ed. San Jose: Corte Interamericana de Derechos Humanos e Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2004, p. 63).

De acordo com a mentalidade predominante durante o século XIX, a garantia dos direitos era considerada um dever dos Estados perante seus cidadãos, conseqüentemente, a idéia de direito era intimamente ligada ao conceito de nacionalidade e o Direito Internacional reduzia-se a um direito interestatal<sup>20</sup>. Com o processo de universalização dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948),<sup>21</sup> tais direitos passam a ser reconhecidos a todos os seres humanos independentemente da nacionalidade. Neste contexto começou-se a pensar a necessidade de proteção dos indivíduos não nacionais presentes no território de um Estado.

O reconhecimento dos direitos humanos dos imigrantes se alargou nas últimas décadas com, a antes mencionada, intensificação dos fluxos migratórios e o crescimento das populações de imigrantes, que tornaram evidente a vulnerabilidade na qual comumente encontram-se essas pessoas. Com isso, alguns acordos internacionais foram celebrados com o objetivo de oferecer formas de amparo aos imigrantes, representando um avanço considerável no reconhecimento e na efetivação dos direitos humanos.

Deve-se, porém, ressaltar que esses avanços se referem quase exclusivamente à proteção dos imigrantes em situação regular, sendo raras as disposições nos tratados internacionais que se refiram também os imigrantes em situação irregular. Tal fenômeno se explica pelo próprio interesse dos Estados que, com a expansão de suas economias, precisam atrair profissionais para trabalhar legalmente de acordo com as necessidades do seu mercado de trabalho.

---

<sup>20</sup> Ibid. p. 64.

<sup>21</sup> HIDAHA, Leonardo J. F. Uma reflexão sobre a universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural *In: Direitos Humanos Internacionais: avanços e desafios no início do século XXI*. LIMA, Jayme B.(organizador). Recife: DH Internacional, 2001, p. 33.

Ademais, deve-se chamar atenção para o fato da maioria dos acordos relativos à imigração constituírem tratados comerciais bilaterais que regulam a entrada e a saída de trabalhadores temporários qualificados ou não. De acordo com Luiz Monzón, tais acordos “não consideram a imigração mais que como transferência de pessoal entre entidades corporativas”.<sup>22</sup> Contudo, nas últimas décadas, ocorreu também a adoção de alguns instrumentos internacionais cuja finalidade principal era a proteção dos direitos dos indivíduos migrantes e que de fato representaram um avanço significativo sob o ponto de vista dos direitos humanos.

Ocorre, porém, que muitos desses instrumentos sequer consideram os imigrantes em situação irregular enquanto titulares dos direitos que prevêm<sup>23</sup>, como, por exemplo, a Convenção n.º 97 da OIT sobre Trabalhadores Migrantes e a Convenção n.º 143 da OIT<sup>24</sup> Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes. Poucos são os tratados internacionais que visam a garantir direitos também aos imigrantes que se encontram em situação irregular no país, dentre estes figuram notadamente a Declaração sobre os Direitos Humanos de Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem<sup>25</sup> e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> MOZÓN, Op. Cit., p. 162.

<sup>23</sup> BENVENUTI, Paolo. *Flussi Migratori dei Diritti Fondamentali*. Roma: Università degli studi, Dipartimento di Diritto Europeo, 2008, 10.

<sup>24</sup> Desde a década de 20 a OIT tem estado na vanguarda da proteção dos trabalhadores imigrantes, elaborando convenções e recomendações que serviram como modelos para o estabelecimento de legislações nacionais, procedimentos judiciais e administrativos, no que se refere ao emprego de imigrantes. As Convenções n.º 97, de 1949, e a n.º 143, de 1975, são consideradas as mais importantes sobre o tema.

<sup>25</sup> ONU. Declaração sobre os Direitos Humanos de Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem, adotada em 13 de dezembro de 1985.

<sup>26</sup> ONU. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, adotada em 18 de dezembro de 1990.

É de se ressaltar que a primeira dessas, embora preveja a todos os imigrantes direitos fundamentais como a proteção à vida, à segurança pessoal, à propriedade, à proteção da família e à igualdade perante os tribunais, dentre outros, ao tratar, em seu artigo 8, dos direitos trabalhistas dos imigrantes, faz uma distinção expressa entre aqueles que se encontram em situação regular e aqueles que se encontram irregulares no país. Desta forma, embora a Declaração represente um avanço na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular por reconhecer a sua titularidade de determinados direitos humanos, esta não oferece uma proteção ampla a tais indivíduos, uma vez que os diferenciais do demais no que se refere à diversos direitos humanos, notadamente aos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Por sua vez, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias se destaca por ter reconhecido o papel decisivo que desempenha o trabalhador imigrante na economia global<sup>27</sup>. De acordo com Rosita Milesi, a Convenção “vai além da simples estruturação de interesses de Estados Nacionais buscando a humanização das relações internacionais.”<sup>28</sup> Entretanto, tal tratado igualmente apresenta uma vasta gama de direitos que devem ser protegidos com relação a todos os trabalhadores imigrantes, independentemente do *status* migratório, porém não se pode deixar de comentar que todo um capítulo dessa convenção (Parte IV) é dedicado exclusivamente aos trabalhadores imigrantes e membros de suas famílias que se encontrem em situação irregular. Nesse capítulo são previstos direitos fundamentais como o direito à liberdade de associação sindical, o direito ao acesso aos serviços sociais e de saúde e o direito de eleger sua atividade profissional. Os direitos consagrados aplicáveis aos imigrantes

---

<sup>27</sup> PIZARRO, Gabriela. R. Op. Cit., p. 141.

<sup>28</sup> MILESI, Rosita. *Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[www.migrante.org.br/por\\_uma\\_nova\\_lei\\_migracao.doc](http://www.migrante.org.br/por_uma_nova_lei_migracao.doc)> Acessado em: 04/06/2009.

em situação irregular, como bem salientou Gabriela Pizzolo, tendem de uma forma geral a “impedir e limitar a sua exploração durante o processo migratório. Em particular, procuram acabar com o recrutamento ilegal ou clandestino e com tráfico de pessoas”.<sup>29</sup>

A Convenção merece uma especial atenção também por ter instituído, nos termos do seu artigo 72, o Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ao qual foi outorgada a função de examinar o cumprimento da Convenção pelos Estados Partes. O exercício dessa função se dá de três maneiras diferentes: mediante o recebimento de comunicações realizadas pelos próprios Estados Partes na Convenção<sup>30</sup>; mediante a apreciação dos informes periódicos apresentados por cada Estado Parte a respeito da efetivação dos direitos consagrados na Convenção em seu território e; mediante análise – em determinadas circunstâncias – de denúncias apresentadas pelos indivíduos que tiveram seus direitos violados.<sup>31</sup> Ademais, o Comitê emite informes gerais temáticos, acerca das suas interpretações relativas o conteúdo dos direitos humanos dos imigrantes.<sup>32</sup>

Com efeito, o Comitê tem cumprido um relevante papel no controle do cumprimento dos direitos dos imigrantes consagrados na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, o que dá a essa inegável efetividade.

---

<sup>29</sup> No original: “busca impedir y limitar su exploración durante el proceso migratorio. Em particular, persigue acabar con el reclutamiento ilegal o clandestino y con el tráfico de trabajadores migratorios” (PIZARRO, Gabriela R. Op. Cit., p. 141.)

<sup>30</sup> O exercício de tal função pelo Comitê está subordinado à prévia aceitação tanto pelo Estado Parte que apresenta a denúncia, quanto pelo Estado Parte denunciado, nos termos do artigo 76 da Convenção.

<sup>31</sup> Tal procedimento está previsto no artigo 77 da Convenção e também está subordinado à prévia aceitação tanto pelo Estado Parte denunciado.

<sup>32</sup> Comitê de Direitos dos Trabalhadores Migrantes. *Supervisar la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares.*

Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/>> Acessado em: 05/04/2009.

Contudo a atuação do Comitê - assim como a própria Convenção que o instituiu - ainda não abrange de forma satisfatória os direitos dos imigrantes em situação irregular, uma vez que os distingue dos demais no que se refere à proteção de determinados direitos.

Conforme exposto, há ainda um longo caminho a ser percorrido para a construção de um aparato efetivo para a proteção dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular. De um lado, os instrumentos normativos existentes em plano internacional têm se mostrado insuficientes para a proteção dos direitos dessas pessoas e, de outro lado, os Estados têm permanecido indiferentes diante da necessidade do reconhecimento e da realização de tais direitos. Neste contexto, as cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, podem assumir um papel importante. Enquanto intérpretes dos tratados de direitos humanos, esses tribunais têm a oportunidade – e o desafio – de impor mudanças nas práticas adotadas pelos Estados em âmbito interno a fim de que esses, em um momento posterior, adotem uma postura proativa no sentido de realizar os direitos humanos dos imigrantes em situação irregular.

Porém, a imposição de tais mudanças certamente não poderia dar-se de forma autoritária e inflexível, uma vez que a adoção de novas políticas migratórias pode influenciar profundamente a dinâmica sócio-econômica de um país e, portanto, essa deve ser negociada e pensada de forma a adaptar-se à realidade específica a que se destina. Na opinião de Luis Mózon, dada a especificidade da realidade migratória de cada país, é sempre difícil chegar a conclusões construtivas em debates globais, desta forma, é preferível que as decisões acerca das questões relativas à imigração sejam tomadas de forma regional, ou até bilateral.

Com relação à possibilidade de influência dos tribunais regionais nas políticas públicas adotadas pelos Estados tem-se travado um debate em sede doutrinária que diz respeito “ao quanto os valores universais da tradição ocidental liberal, exemplificados no Direito Internacional dos Direitos Humanos, podem mitigar políticas migratórias restritivas nacionais.”<sup>33</sup> Tal como exposto pela autora Sarah Walsum<sup>34</sup>, de um lado, há autores que expressam uma forte confiança no crescente impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas políticas migratórias, como por exemplo, Yasemin Soysal, que sustentou a ocorrência de uma evolução no conceito de cidadania, partindo de uma noção particularista, baseada no conceito de nacionalismo, até uma noção mais universalista, baseada no conceito de humanidade. Segundo a autora, direitos que costumavam ser garantidos exclusivamente a nacionais têm sido expandidos aos imigrantes<sup>35</sup>. De outro lado, expôs Sarah Walsum, há autores que chamam a atenção para o fato de o Direito Internacional dos Direitos Humanos é efetivo somente a partir da sua implementação no contexto concreto nacional. Linda Bosniak, por exemplo, observou o enrijecimento das políticas migratórias adotadas em plano nacional, que resultaria na restrição dos direitos concedidos aos imigrantes em situação irregular. Não obstante, Bosniak não nega a importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a legitimação do debate, em âmbito interno, acerca das políticas migratórias adotadas<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> No original: “to what extent the universalistic values of Western liberal tradition, exemplified in international human rights law, can mitigate restrictive national immigration policies.” (WALSUM. Sarah K. van. Transnational mothering, national immigration policy and the European Court of Human Rights. In: *Migration, diasporas and legal systems in Europe*. New York: Routledge Cavendish, 2006, p.185.)

<sup>34</sup> Ibid. p. 185.

<sup>35</sup> SOYSAL, Yasemin Nuhoğlu. *Limits of Citizenship: migrants and postnational membership in Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1994. *Apud*: WALSUM. Sarah K. van. Op. Cit., p.185.

<sup>36</sup> BOSNIAK, Linda S. *Universal Citizenship and the problem of alienage*. Candem: Northwestern Law Review, 2000. *Apud*: WALSUM. Sarah K. van. Op. Cit., p.185.

A despeito da controvérsia acerca da aptidão dos tribunais supra-estatais de proteção dos direitos humanos para impor a adequação das políticas migratórias adotadas pelos Estados aos direitos humanos, fato é que inúmeros casos relativos a violações dos direitos dos imigrantes têm sido levados perante as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos e, desta forma, inúmeras decisões têm sido proferidas sobre essa matéria. Ainda que se sustente que as decisões tomadas pelos tribunais regionais não sejam plenamente acatadas pelos Estados demandados, é inegável que um grande volume de sentenças proferidas pelas Cortes Regionais adotando entendimentos similares constitui ao menos uma forma eficaz de pressão sobre os Estados para que alterem suas políticas públicas. É também incontestável que um Estado reiteradamente responsabilizado pela perpetração de violações de direitos humanos se sentirá constrangido a rever suas políticas. Ademais, deve-se levar em conta o fato de os precedentes dos Tribunais Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos contribuírem, devido ao seu grande prestígio, para a formação de padrões de proteção, internacionalmente reconhecidos, que poderão ser adotados pelos Estados em âmbito interno.

## Capítulo II – A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a proteção dos Imigrantes em situação irregular mediante o exercício da sua função consultiva

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), criado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)<sup>37</sup>. É composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, tal como previsto no artigo 52 da CADH<sup>38</sup>. A Corte IDH foi instalada em 1979 na sua sede em San José na Costa Rica e desde então, exerce a função precípua de interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, regida pela própria CADH e pelo seu Regulamento<sup>39</sup>, tal como disposto no artigo 1º do seu estatuto.

---

<sup>37</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovada em 21 de novembro de 1969 pela Conferencia Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, convocada pelo Conselho da OEA, que se reuniu em San José da Costa Rica. Também denominada Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção foi elaborada sobre a base de dois projetos apresentados pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, levando em conta as observações apresentadas pelos Estados Partes. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação, apresentando hoje 25 Estados Partes.

De acordo com Héctor Fáundez Ledesma, em *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª Ed. San José: IIDH, 2004, p. 52: o subsistema da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o coração do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Segundo Olaya Sílvia Machado Portella Hanashiro em *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. EdUSP, 2001, p. 32: A Convenção Americana destaca-se por procurar proteger um amplo leque de direitos e é considerada a mais ambiciosa convenção sobre o tema dos direitos humanos, tendo sido chamada, até mesmo de irrealista.

<sup>38</sup> Atualmente a Corte Interamericana é composta pelos juízes Diego García Sayán, Sergio García Ramírez, Margarethe May Macaulay, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Rhadys Abreu Blondet e Cecilia Medina Quiroga, presidenta da Corte. Fonte:

<http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>. Acessado em: 24/04/2009

<sup>39</sup> A Corte adotou seu primeiro Regulamento em 1980, inspirado no da Corte Europeia de Direitos Humanos, que por sua vez se inspirou no da Corte Internacional de Justiça. A Corte gradualmente

## 2.1 – Funções e funcionamento da Corte IDH

A Corte IDH exerce duas competências distintas, tal como estabelecido na CADH: a contenciosa e a consultiva. A primeira refere-se à resolução de casos concretos de violação da CADH por um dos Estados Partes na Convenção, submetida à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) ou por qualquer dos Estados Partes. O exercício desta função é regido pelos artigos 61, 62 e 63 da CADH e está subordinado à prévia aceitação da jurisdição contenciosa pelo Estado demandado. A segunda função da Corte é relativa à interpretação em abstrato dos direitos consagrados na CADH ou em outro tratado de proteção dos direitos humanos nos Estados membros da OEA ou, ainda, relativa à emissão de pareceres acerca da compatibilidade das leis internas dos países membros – sejam eles partes na Convenção ou não – com a CADH ou qualquer outro tratado referente à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, sem que partes específicas sejam diretamente afetadas, diferentemente do que ocorre nos casos contenciosos.

Três são os tipos de opinião consultiva que podem ser emitidas pela Corte IDH: (i) a referente à interpretação da própria CADH; (ii) aquela que tem por fim a interpretação de outros tratados de direito de proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; (iii) e, finalmente, a que se relaciona com as leis internas dos Estados Americanos<sup>40</sup>.

---

aprimorou o seu procedimento a fim de adequá-lo às necessidades da defesa dos direitos humanos, mediante a adoção de novos Regulamentos. Hoje está em vigor o quarto Regulamento da Corte IDH, aprovado em novembro de 2000 e parcialmente reformado parcialmente em janeiro de 2009. (CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto, em *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. III, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003)

<sup>40</sup> PIZZOLO, Calogero. *Sistema Interamericano: La denuncia ante La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El Proceso ante La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes y Jurisprudencia*. 1ª Ed. Buenos Aires: Editar, 2001, p. 399.

O exercício desta função é regido pelo artigo 64 da CADH e tem como principal objetivo dirimir dúvidas quanto à adequação de determinados atos ou leis internas, em relação às obrigações impostas pela Convenção<sup>41</sup>. Segundo Olaya Hanashiro as opiniões consultivas da Corte têm “uma função preventiva, de persuasão e colaboração”, não protegem diretamente os direitos humanos, mas contribuem para fortalecer os princípios e interpretações dos instrumentos de proteção que devem nortear o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), criando uma chamada “jurisprudência emergente”.<sup>42</sup>

Muito se tem discutido na doutrina a respeito da natureza das opiniões consultivas. No que concerne à existência de um caráter jurisdicional dessas, boa parte da doutrina tem concordado que as atividades dos tribunais – e inclusive a Corte IDH – são, em regra, jurisdicionais.<sup>43</sup> Por outro lado, autores como Hector Fix Zamudio sustentam a inexistência de um caráter jurisdicional, uma vez que, embora possam ser classificadas como judiciais, as opiniões consultivas consistem exclusivamente na emissão de uma opinião acerca de preceitos cuja interpretação se solicita, não resultando em solução de controvérsias<sup>44</sup>.

A principal divergência sobre a temática da natureza das opiniões consultivas da Corte recai, porém, sobre o caráter vinculante ou não vinculante dessas. Certo é que as declarações proferidas pela Corte IDH nos seus

---

<sup>41</sup> BRAWERMAN, André; RESENDE, Fábio Teixeira; FARIAS, Valéria Cristina Farias. Nota Introdutória à Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm>> Acessado em: 22/04/2009.

<sup>42</sup> HANASHIRO, Olaya S. M. P. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 39

<sup>43</sup> PIZZOLO, Calogero. Op. Cit. , p. 399.

<sup>44</sup> ZAMUDIO, Hector Fix. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos em las Constituciones Latinoamericanas y em la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *The Modern World of Human Rights: Essays in Honor of Thomas Buergenthal*. San José: IIDH, 1996.

pareceres afetam os interesses dos Estados Americanos e podem ser determinantes na solução de casos contenciosos futuros, embora tais interesses sejam resguardados pelo artigo 62 do Regulamento da Corte que prevê a possibilidade dos Estados interessados se pronunciarem durante o procedimento consultivo.

Por essa razão, muitos doutrinadores sustentam o caráter vinculante das declarações da Corte IDH no exercício da sua função consultiva como, por exemplo, Hanashiro que afirma serem as opiniões consultivas “vinculantes, porém não executáveis”<sup>45</sup>. Ainda segundo a autora, “as declarações internacionais de direitos humanos expressam a ‘consciência moral da humanidade’. Um Estado, ao assinar uma declaração, assume os direitos por ela protegidos como princípios gerais do Direito, portanto, fica obrigado a respeitá-los.”<sup>46</sup> Neste mesmo sentido, André Brawerman<sup>47</sup>, fundamenta a força vinculante das opiniões consultivas no artigo 68 da convenção segundo o qual “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Por outro lado, uma notável parte da doutrina defende a ausência de caráter vinculante das opiniões consultivas. Como Calogero Pizzolo, que afirmou que apesar desses pronunciamentos a princípio não serem vinculantes, estes originam um resultado similar ao da jurisdição contenciosa, já que são voluntariamente acatados por seus destinatários<sup>48</sup>. Ainda, a própria Corte IDH afirmou, em sua Opinião Consultiva 15, que mesmo que as opiniões consultivas não tenham o caráter vinculante de uma sentença em um caso

---

<sup>45</sup> HANASHIRO, Op. Cit., p. 39

<sup>46</sup> Ibid., p. 30

<sup>47</sup> BRAWERMAN, André; RESENDE, Fábio Teixeira e FARIAS, Valéria Cristina Farias. Op. Cit.

<sup>48</sup> PIZZOLO, Calogero. Op. Cit. , p. 395.

contencioso, essas produzem efeitos jurídicos inegáveis, sendo o resultado do seu procedimento de interesse de todos os Estados Americanos<sup>49</sup>.

Na opinião de Faundez Ledesma, os pareceres da Corte IDH são vinculantes sempre que contenham uma interpretação dos direitos consagrados na própria CADH, já que a Corte IDH é o órgão autorizado a efetuar tal interpretação. Nestes casos, as opiniões consultivas constituem fonte interpretativa originária da CADH. Por outro lado, o autor entende que não são vinculantes aquelas opiniões consultivas nas quais a Corte analisa uma lei interna de um Estado Parte, nesses casos, os Estados não têm a obrigação de acatar a interpretação da Corte, embora esta contenha argumentos jurídicos relevantes que não devem ser ignorados<sup>50</sup>.

Fato é que a Corte tem considerado e aplicado as opiniões consultivas para sustentar suas decisões em casos contenciosos<sup>51</sup>. Desta forma, a classificação dos efeitos dos pareceres consultivos como vinculantes ou não vinculantes, não é dotada de grande importância prática, já que a *praxis* do Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe a boa-fé dos Estados signatários das convenções internacionais de cumprir com as obrigações assumidas. Nesse sentido, há uma obrigatoriedade de cumprimento dos ditames proferidos pela Corte IDH nas suas opiniões consultivas.

A Corte IDH possui ampla competência seja pessoal seja material para proferir opiniões consultivas, como se depreende do próprio texto do artigo 64 da CADH, que as define.

---

<sup>49</sup> PIZZOLO, Calogero. Op. Cit., p. 395

<sup>50</sup> LEDESMA, Hector Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: IIDH, 2004.

<sup>51</sup> CORREIA, Theresa Rachel. *A função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a importância da OC16/99 sobre assistência Consular*. Rio de Janeiro. 2002. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 94.

Art. 64 - 1. Os estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Quanto à legitimidade para solicitar opiniões consultivas e à possibilidade do Estado de ter sua conduta ou norma interna analisada pela Corte IDH em sede de opinião consultiva, não restam dúvidas de que estas são destinadas aos Estados membros da OEA, sejam ou não partes na CADH, e aos órgãos da OEA listados no Capítulo X da Carta da OEA, de acordo com suas competências específicas. Note-se que, enquanto o exercício da competência contenciosa da Corte está subordinado a sua prévia aceitação pelo Estado demandado, tal como disposto no artigo 62 da CADH, a atividade consultiva da Corte pode ser exercida com relação a qualquer Estado membro da OEA, mesmo que esse não seja parte na CADH e não tenha reconhecido a competência jurisdicional da Corte IDH.

Por outro lado, quanto ao alcance material da competência da Corte IDH para proferir pareceres consultivos, não há no texto convencional disposições claras. Desta forma, diversas questões relativas à abrangência de tal função foram apresentadas pelos Estados Partes em suas solicitações de opiniões consultivas<sup>52</sup>. Assim, a Corte teve a oportunidade de paulatinamente declarar sua ampla competência para interpretar tratados sobre a proteção dos

---

<sup>52</sup> Para uma análise resumida do conteúdo das opiniões consultivas 1 a 16 da Corte IDH, ver: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, pp. 60 a 66.

direitos humanos nos Estados americanos mediante a elaboração de opiniões consultivas.

Já na sua primeira Opinião Consultiva<sup>53</sup> a Corte tratou do amplo alcance da sua faculdade consultiva. Naquela ocasião, a Corte estabeleceu, em primeiro lugar, que a sua competência consultiva pode ser exercida sobre toda disposição que vise à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente do seu objeto principal ser especificamente a proteção dos direitos humanos. Podendo o tratado ser bilateral ou multilateral ou de que sejam - ou possam ser - partes do mesmo Estados alheios ao SIPDH. E em segundo lugar, a Corte declarou que não estará obrigada a responder questões que julgue exceder os limites da sua função consultiva, seja porque o assunto se refira a compromissos estabelecidos por um Estado não americano, seja porque o trâmite consultivo em questão possa alterar em prejuízo do ser humano o regime previsto na CADH ou por qualquer questão análoga.

Com efeito, a Corte tem realizado uma análise restritiva da matéria a ser tratada em seus pareceres, analisando, por exemplo, se o tema não está sendo objeto de apreciação por outro Tribunal internacional ou se não se trata de um caso contencioso encoberto<sup>54</sup>. De acordo com Olaya Hanashiro, uma das preocupações da Corte é a de que sua função consultiva comprometa sua função contenciosa. Na mesma linha dispôs a Corte em sua quarta opinião consultiva<sup>55</sup>, ao insistir no amplo alcance da sua função consultiva declarando

---

<sup>53</sup> Corte IDH. OC 1/82. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982

<sup>54</sup> Como, por exemplo, o fez na OC 16 no qual o Estado solicitante indicou a existência de dois casos contenciosos tratando do mesmo tema tramitando na Corte Internacional de Justiça. A Corte, no entanto, verificou que seu parecer não afetaria a resolução desses casos e optou por pronunciar-se.

<sup>55</sup> Corte IDH. OC 4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, de 19 de janeiro de 1984.

que esta abrangência não apenas as normas que estivessem em vigor, mas também os projetos normativos, caso contrário sua função consultiva estaria injustificadamente limitada.

Ainda, na Opinião Consultiva 15<sup>56</sup>, a Corte estabeleceu que a retirada pelo Estado solicitante de sua consulta não priva a Corte da competência para emitir o parecer, sempre que os órgãos e Estados membros da OEA tivessem sido notificados, o que torna a questão de ordem pública. Naquela ocasião, o Estado do Chile, solicitante do parecer, decidiu retirar seu pedido de opinião consultiva sob a alegação de, mediante uma nova análise dos fatos, ter concluído que essa era desnecessária. A Corte ainda assim emitiu o parecer. Na opinião de Antonio Augusto Cançado Trindade<sup>57</sup>, expressa inclusive no seu voto concordante que fundamentou a decisão que prevaleceu, a Corte agiu corretamente ao dar continuidade ao procedimento consultivo, por outro lado, o juiz M. Pacheco Gómez, em seu voto dissidente, se opôs a tal decisão.

O Tribunal Interamericano possui uma ampla competência consultiva, tal como declarado pela própria Corte IDH: *“el artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente”*<sup>58</sup>. Porém tal competência não é ilimitada, uma vez que, por um lado, são interpretados somente os tratados que se relacionam com a proteção dos direitos humanos nos Estados membros da OEA e, por outro, não são admitidas as solicitações de consulta que desvirtuem a função contenciosa da Corte IDH ou os objetivos da CADH.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-15/97 de 14 de novembro de 1997.

<sup>57</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, p. 64.

<sup>58</sup> Corte IDH. OC 1/82. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982, par. 14.

<sup>59</sup> CORREIA, Theresa Rachel. Op. Cit. , p. 94.

Desta forma, a Corte IDH tem a possibilidade de esclarecer diferentes questões atinentes à prevalência dos direitos humanos no continente americano, como de fato tem feito<sup>60</sup>, contribuindo assim para a compreensão e a conseqüente solidificação desses direitos na nossa região.

Com relação à proteção dos direitos das pessoas imigrantes em situação irregular, a Corte IDH emitiu as importantes Opiniões Consultivas OC16/99 e OC18/03, que declaram direitos aplicáveis a esse grupo e constituem um marco na defesa desses direitos no continente.

Até a presente data, cento e noventa e cinco casos contenciosos foram julgados pela Corte IDH e dezenove opiniões consultivas foram proferidas. No entanto, o volume da jurisprudência firmada pela Corte IDH relativa à imigração ainda é pequeno, muito embora tal fenômeno esteja se tornando cada vez mais importante no continente americano, tanto pelo volume de pessoas envolvidas quanto pelo impacto econômico e social que ocasiona<sup>61</sup>. A Corte IDH se pronunciou a respeito da matéria somente em cinco casos contenciosos<sup>62</sup>, uma única vez em sede de medidas provisórias<sup>63</sup> e em duas

---

<sup>60</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, p. 66.

<sup>61</sup> OLEA, Helena. Op. Cit. , p. 11.

<sup>62</sup> CORTE IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*, sentença de 7 de setembro de 2004, que trata da detenção de um imigrante em situação regular, sem que fossem asseguradas as garantias judiciais; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, sentença de 8 de setembro de 2005, nesse caso duas crianças descendentes de haitianos nascidas na República Dominicana, tiveram seu registro negado, não podendo obter qualquer documento de identificação; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, sentença de 21 de novembro de 2007, que trata da detenção de um imigrante em situação regular, sem que fossem asseguradas as garantias judiciais; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentença de 24 de setembro de 1999, *Bueno Alves v. Argentina*, sentença de 11 de maio de 2007, que trata dos abusos sofridos por um estrangeiro durante a sua detenção provisória.

<sup>63</sup> CORTE IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, resolução de 18 de agosto de 2000 proferida em sede de medidas provisórias. Neste caso, um grande número de pessoas foi selecionado de acordo com a coloração da pele e deportado de forma massiva para o Haiti, sem que se verificasse a nacionalidade ou o status migratório dessas pessoas.

opiniões consultivas<sup>64</sup>. Mas foi precisamente no exercício da sua competência consultiva que a Corte IDH passou a exercer um papel de destaque na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular. Embora a Corte IDH tenha abordado a matéria somente nas OC16 e OC18, tais pronunciamentos constituem marcos de grande relevância no estabelecimento de parâmetros para a proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular. Por essa razão, o presente trabalho fará uma análise mais detalhada somente desses dois pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **2.2 – A importância da Opinião Consultiva 16 na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular**

A Opinião Consultiva 16 (OC16) de 1999 é, nas palavras de Cançado Trindade, “uma das mais importantes – se não a mais importante – de toda a história da Corte Interamericana”<sup>65</sup>. Foi o parecer que contou com a maior mobilização em procedimentos consultivos diante da Corte Interamericana: oito Estados apresentaram suas alegações, além da Comissão IDH e de organizações não-governamentais.<sup>66</sup>

A Opinião Consultiva 16 não trata especificamente dos direitos dos imigrantes em situação irregular, mas versa sobre o direito à comunicação sobre a possibilidade de receber assistência consular, do qual são titulares todas as pessoas que forem detidas em um país diverso do seu país de origem. A importância da OC16/99 deve-se ao reconhecimento pela Corte da situação da especial vulnerabilidade dos imigrantes, bem como da necessidade de se

---

<sup>64</sup> El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1 de outubro de 1999; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003

<sup>65</sup> Note-se que após tal pronunciamento outras três importantes opiniões consultivas foram editadas, quais sejam a OC17, OC18 e OC 19.

<sup>66</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, pp. 65 - 66

aplicarem mecanismos capazes de suprir essa circunstância, promovendo, assim, a igualdade material dessas pessoas com relação aos nacionais.

O décimo sexto parecer da Corte IDH foi solicitado pelo Estado do México diante da detenção e da condenação à pena de morte de alguns cidadãos mexicanos nos Estados Unidos da América. O Estado solicitante requereu um pronunciamento da Corte IDH acerca do direito dos imigrantes detidos a serem comunicados sobre o direito de receber assistência consular, consagrado no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963<sup>67</sup>.

De início, a Corte IDH declarou sua competência para proferir o parecer solicitado, reafirmando sua competência para analisar tratados que protejam os direitos humanos, ainda que esse não seja o seu objeto principal, tal como a Convenção de Viena sobre relações consulares que não é um tratado de direitos humanos, mas de direito internacional. A Corte entendeu que, embora a Convenção de Viena tenha por principal objetivo o estabelecimento de um equilíbrio nas relações entre os Estados, a alínea b do seu art. 36.1 garante o direito dos estrangeiros submetidos a uma detenção de serem informados

---

<sup>67</sup> Artigo 36 - Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo; c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. 2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos

prontamente sobre seu direito de comunicar-se com seu consulado. Tal direito é individual e imprescindível para a realização de outros direitos fundamentais, como o devido processo legal e as garantias judiciais, podendo ser analisado pela Corte em sede de opinião consultiva.

A Corte IDH garantiu amplamente a efetividade do direito em questão estabelecendo, dentre outras determinações, que: (i) a obrigação em questão não está subordinada ao prévio requerimento do Estado de origem do imigrante detido; (ii) cumpre ao Estado que recebe identificar o indivíduo sob sua custódia enquanto estrangeiro e, em caso de dúvida, esse deve informar à pessoa detida sobre os direitos dos quais dispõe caso não seja nacional; (iii) tal informação deve ser realizada antes que a pessoa detida preste qualquer declaração diante das autoridades estatais; (iv) e que, apesar da consulta se referir a casos sancionáveis com pena de morte, os direitos conferidos no art. 36 devem também ser aplicados a outras circunstâncias.

Admitindo o caráter progressivo e expansivo dos direitos humanos, a Corte interpretou de forma evolutiva, à luz da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que garante o devido processo legal, incluindo o direito à informação sobre a assistência consular no rol das garantias inerentes a esse<sup>68</sup>. Entendeu, ainda, que para que exista um devido processo legal é necessário que as partes possam defender seus direitos e interesses de forma efetiva e igualitária. Bem como que a igualdade diante da Lei pressupõe a supressão pelo Estado dos obstáculos que confirmam uma desvantagem a alguém que é levado a julgamento, como, por exemplo, as dificuldades de natureza lingüística ou o

---

do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

<sup>68</sup> Voto concorrente do juiz Sergio Ramirez. Corte IDH. Opinião Consultiva OC16 de 1 de outubro de 1999, p. 1.

desconhecimento da legislação aplicável, frequentemente enfrentados pelas pessoas imigrantes. Nas palavras do juiz da Corte IDH, Sergio García Ramírez:

*Los extranjeros sometidos a procedimiento penal --en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad-- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.*<sup>69</sup>

Como entendeu a Corte IDH, para suprir a natural desigualdade existente entre nacionais e estrangeiros submetidos a processos judiciais é necessário garantir o acesso destes à assistência consular. Sendo esse um dos meios para possibilitar que os acusados estrangeiros gozem de outros direitos reconhecidos a todas as pessoas. Considerando-se que o Estado de origem possivelmente lhes auxiliará com a indicação de um intérprete, com a nomeação de um advogado ou qualquer outra forma de assistência que lhes permitirá elaborar adequadamente a sua defesa.

---

<sup>69</sup> Voto concorrente do juiz Sergio Ramirez. Corte IDH. Opinião Consultiva OC16 de 1 de outubro de 1999, p. 2.

Embora a Corte IDH não tenha criado o direito a receber assistência consular mediante a OC16, mas o tenha apenas “incorporado à formação dinâmica do conceito de devido processo legal do nosso tempo”<sup>70</sup>, ao reconhecê-lo e reafirmar a sua exigibilidade, a Corte estimulou o seu estrito cumprimento pelos Estados americanos. E neste sentido, a Opinião Consultiva 16 representa um grande avanço para a proteção do direito ao devido processo e à ampla defesa de todas as pessoas estrangeiras e, notadamente, dos imigrantes em situação irregular, grupo que se encontra em uma mais extrema situação de vulnerabilidade.

### **2.3 – A importância da Opinião Consultiva – OC18 na proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular**

O mais importante pronunciamento da Corte IDH a respeito da proteção dos imigrantes em situação irregular é a Opinião Consultiva 18 (OC18) que trata especificamente da situação jurídica e dos direitos desse grupo de indivíduos. Tal parecer teve sua relevância reconhecida por diferentes órgãos internacionais, como, por exemplo, pela Assembléia Geral da OEA nas Recomendações e Observações ao Informe Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>71</sup>, aprovada em 2004, assim como pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas na sua resolução número 2005/47<sup>72</sup>.

Nesse parecer consultivo, emitido em 17 de setembro de 2003, a partir da solicitação realizada pelo Estado do México, a Corte IDH fez uma articulação das obrigações de todos os Estados Americanos contidas no artigo

---

<sup>70</sup> Voto concorrente do juiz Sergio Ramirez. Corte IDH. Opinião Consultiva OC16 de 1 de outubro de 1999, p. 3.

<sup>71</sup> OEA. Assembléia geral. *Observaciones y Recomendaciones AL Informa Anual de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, AG/RES.2043 (XXXIV-O/04). Disponível em: [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs\\_approved/agres2043\\_04.asp](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2043_04.asp). Acessado em: 23/04/2009.

<sup>72</sup> NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado para Direitos Humanos. *Human Rights of Migrants*, 2005. Disponível em: [http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN\\_4-RES-2005-47.doc](http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-47.doc). Acessado em: 23/04/2009.

2º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigos 2º e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e dos artigos 24 e 25 da CADH. A OC18 trata principalmente da obrigatoriedade dos Estados Americanos garantirem o gozo dos direitos trabalhistas por todos os trabalhadores imigrantes, inclusive aqueles em situação irregular, para que sejam respeitados os princípios da igualdade e da não discriminação.

Assim, a OC 18 foi elaborada no contexto de um reconhecimento pela comunidade internacional da necessidade de se estabelecer medidas especiais para a proteção dos direitos humanos dos imigrantes em razão da sua especial vulnerabilidade<sup>73</sup>. Tal como disposto na própria opinião consultiva, os imigrantes, em regra, encontram-se em uma condição individual de ausência ou diferença de poder em relação aos nacionais ou residentes. Condição esta que segundo a Corte *“tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado”*, podendo ser mantida em situação *de jure* (desigualdades presentes na legislação) ou *de facto* (desigualdades estruturais).<sup>74</sup>

A Corte IDH tem declarado a existência de um vínculo indissolúvel entre o dever de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da não discriminação, pois os Estados têm a obrigação de efetivar as liberdades e garantias de todos os indivíduos sob sua jurisdição sem qualquer discriminação. A noção de igualdade, segundo a Corte IDH, se depreende da unidade da natureza humana e está intimamente ligada à noção de dignidade humana, sendo inadmissível o tratamento privilegiado ou hostil de um

---

<sup>73</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994*, Programa de Ação, Capítulo X.A.10.1.

<sup>74</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 112.

determinado grupo de pessoas em virtude de esse ser considerado superior ou inferior aos demais.<sup>75</sup>

A partir desses preceitos, a Corte IDH declarou, em seu décimo oitavo parecer, que os princípios da igualdade e da não discriminação integram o *ius cogens*, constituindo um imperativo do direito internacional geral e sendo aplicáveis a todos os Estados, independentemente de serem partes em determinados tratados internacionais. Desta forma, todos os Estados têm a obrigação de garantir o respeito desses princípios com relação a todas as pessoas que se encontrem em seu território, inclusive aos estrangeiros independentemente do seu *status* migratório.

Ainda, a Corte IDH destacou que os direitos dos imigrantes em situação irregular a um recurso efetivo, à ampla defesa e ao devido processo - fundamentais para a realização dos demais direitos humanos - são frequentemente violados, seja em razão do temor desses indivíduos de serem deportados, expulsos ou detidos ao recorrer às instâncias judiciais ou administrativas, seja pela negativa por parte do Estado da prestação de um serviço público de defesa em favor desse grupo de pessoas<sup>76</sup>. Diante dessas colocações, a Corte IDH chamou a atenção para a especial importância da garantia dos direitos em questão aos imigrantes em situação irregular, em todas as causas que tratem dos seus interesses, não apenas nas de natureza penal.

Ademais, a Corte IDH reconheceu na OC 18, tal como havia feito em seus últimos pareceres, que “*no toda distinción de trato puede considerarse*

---

<sup>75</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 112; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, par. 45; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, par. 55.

<sup>76</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 126.

*ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*”<sup>77</sup>. Não sendo ofensiva a distinção entre indivíduos que se baseia em diferenças substanciais existentes entre eles e desde que haja uma conexão clara entre essas diferenças e os objetivos da distinção realizada, que devem ser razoáveis e justos. A distinção não pode perseguir fins que de alguma maneira repugnem a essencial unidade e dignidade da natureza humana<sup>78</sup>. Não é considerada discriminatória, de acordo com os padrões estabelecidos pela Corte IDH, por exemplo, a distinção na qual se baseia a proibição da detenção de menores de idade em local onde se encontram detidas pessoas adultas, ou a limitação do exercício de alguns direitos políticos a apenas nacionais. De acordo com a Corte IDH é possível a distinção pelo Estado entre imigrantes em situação regular ou irregular e entre imigrantes e nacionais, desde que essa seja razoável, objetiva, proporcional e não seja violatória de direitos humanos. Desta forma, circunstâncias como a regularidade da situação no país não podem ser utilizadas como requisito necessário para a aplicação dos princípios da igualdade e da não discriminação, que se aplicam a qualquer ser humano.

Com relação especificamente aos direitos dos trabalhadores imigrantes<sup>79</sup>, a Corte IDH certificou que: uma pessoa que cria vínculos de trabalho em um determinado Estado adquire os direitos trabalhistas contidos na legislação do Estado de emprego, uma vez que o respeito e a garantia desses direitos devem dar-se sem qualquer discriminação. Uma diferenciação que limite o gozo de tais direitos, baseada na nacionalidade ou no *status*

---

<sup>77</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 89; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, par. 46; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, par 56.

<sup>78</sup> CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, par 57.

<sup>79</sup> A Corte IDH considera como trabalhador imigrante toda pessoa que vá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual no é nacional.

migratório, não seria razoável ou justa. Certo é que, tal como asseverou a Corte, o Estado e os particulares não estão obrigados a estabelecer vínculos empregatícios com imigrantes em situação irregular, porém, caso estabeleçam, têm o dever de brindar-lhes todos os direitos outorgados aos demais trabalhadores.

Considerando-se que o direito trabalhista por natureza visa à proteção do trabalhador, em razão do desequilíbrio da sua relação com empregador e da sua vulnerabilidade presumida, deve-se sempre aplicar a regra mais benéfica para o trabalhador, princípio esse que aproveita a todos os trabalhadores, inclusive aos imigrantes em situação irregular. De acordo com a OC18, sempre que a lei interna for mais benéfica para o trabalhador que os *Standards* internacionais, essa deve ser aplicada e, da mesma forma, quando a norma internacional for mais protetiva para o indivíduo, essa deve ser utilizada.

Restou ainda esclarecido, na OC18, que os Estados têm a obrigação de garantir o respeito dos direitos trabalhistas dos imigrantes nas relações de emprego tanto de direito público quanto de direito privado. Desta forma, a responsabilidade internacional de um Estado pela violação dos direitos trabalhistas dos imigrantes pode dar-se de diferentes maneiras: (i) quando a violação for perpetrada pelo próprio Estado figurando como empregador; (ii) quando perpetrada por um ente privado, porém com a tolerância do Estado que descumpriu seus deveres de vigilância das relações entre particulares e de garantia do cumprimento da norma vigente; (iii) quando a um trabalhador, empregado por ente público ou privado, for recusado algum dos direitos previstos na legislação trabalhista e devidos pelo Estado, como o direito à aposentadoria e ao seguro social, mesmo diante do preenchimento dos requisitos necessários; (iv) quando um trabalhador reclamar seus direitos sem que lhe sejam providas as devidas garantias e a proteção judicial. Com relação

a esta última situação deve-se acrescentar o afirmado pela Corte IDH: “*pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, éste último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador*”.<sup>80</sup>

A corte IDH, ainda, manifestou sua preocupação com a proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes em situação irregular, em virtude destes constituem um grupo especialmente vulnerável em razão das dificuldades que encontram para acessar as instituições do país de emprego a fim de obter a proteção Estatal. Tal situação propicia o frequente emprego dessas pessoas em condições de trabalho precárias e a salários muito mais baixos que aqueles pagos aos outros trabalhadores. Para determinadas empresas essa vulnerabilidade constitui uma possibilidade de contratação de mão de obra mais barata e em condições de emprego menos favoráveis.<sup>81</sup>

Com base nesse reconhecimento a Corte IDH listou uma série de direitos que assumem uma importância ainda maior com relação aos imigrantes em situação irregular, já que são mais frequentemente violados, quais sejam: a proibição de trabalho forçado ou obrigatório, a proibição e abolição do trabalho infantil, as atenções especiais para a trabalhadora mulher e os direitos de associação sindical, negociação coletiva, salário justo pelo trabalho realizado, segurança social, garantias judiciais e administrativas, duração da jornada razoável e em condições adequadas, descanso e indenização.

---

<sup>80</sup> CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, par. 159.

<sup>81</sup> Nesse mesmo sentido prevê a Convenção Internacional sobre la Protección dos Derechos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares de 18 de dezembro de 1990, Preâmbulo.

Por fim, a Corte IDH opinou pela impossibilidade dos Estados subordinarem a efetivação dos direitos humanos dos imigrantes, em especial dos direitos trabalhistas dos imigrantes em situação irregular, às suas políticas migratórias, à luz das obrigações consagradas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações oponíveis *erga omnes*.

Embora reconheça que os Estados têm a prerrogativa de decidir sobre suas políticas migratórias<sup>82</sup>, estabelecendo medidas relativas ao ingresso, à permanência e à saída de imigrantes do seu território para trabalhar em determinado setor de produção, a Corte afirmou que: “*Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos.*”<sup>83</sup> Para isso, é necessário que o Estado, ao outorgar ou negar permissões de trabalho, considere apenas as características da atividade produtiva e as capacidades das pessoas que buscam o emprego, garantindo uma vida digna ao trabalhador migrante e protegendo-o da situação de vulnerabilidade em que geralmente se encontra. É inadmissível que um Estado proteja sua produção nacional, fomentando ou tolerando a exploração de pessoas imigrantes, aproveitando-se da sua situação de vulnerabilidade diante do empregador.

Finalmente, a OC18 representou um grande progresso na proteção dos direitos humanos das populações migrantes, ao declarar como intrínsecos à condição de trabalhador, direitos já reconhecidos no direito internacional, porém, anteriormente outorgados somente aos nacionais e aos imigrantes que se encontrassem em situação regular no país de emprego. A Corte IDH reconhece o direito dos Estados de regular a entrada e permanência de pessoas

---

<sup>82</sup> Na OC18 a Corte IDH definiu as políticas migratórias como: *todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc...) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.*

<sup>83</sup> CORTE IDH. OC-18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de setembro de 2003, par. 168.

estrangeiras no seu território, porém, chama a atenção para o fato de que tal controle não pode contrapor-se ao dever de efetivação de direitos individuais que, por serem obtidos mediante a prática de atividades laborais, são de titularidade de todas as pessoas que as praticam. Sendo inaceitável qualquer forma de discriminação no exercício desses direitos.

A partir da análise realizada é possível perceber a grande preocupação e comprometimento do Tribunal Interamericano com a proteção dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular. A Corte IDH expressamente reconheceu a extrema vulnerabilidade que caracteriza esse grupo e impôs aos Estados o dever de assegurar-lhes garantias adicionais àquelas outorgadas aos demais indivíduos em seu território. Ademais, a Corte IDH não parece estabelecer distinções entre grupos de imigrantes baseadas no *status* migratório, exceto no que se refere ao direito de residir no país, já que reconhece como elemento da soberania estatal o controle da entrada e permanência de estrangeiros no território do país.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> A Corte IDH declarou nos casos *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, sentença de 15 de setembro de 2005, *Massacres de Ituango v. Colombia*, julgado em 01 de julho de 2006, e *Valle Jaramillo v. Colombia*, sentença de 27 novembro de 2008, que o direito de circulação e residência, consagrado no artigo 22 da CADH, abrange àquelas pessoas que se encontrem legalmente no território de um país. Sendo tal regra excepcionada no próprio artigo 22 que, em seus itens 7, 8 e 9, consagram, respectivamente, o direito de se solicitar asilo, o princípio da não devolução e a proibição da deportação massiva de imigrantes.

## Capítulo III – A Corte Européia de Direitos Humanos e a proteção dos imigrantes em situação irregular

A Corte Européia de Direitos Humanos (Corte EDH) foi instituída pelo Conselho da Europa<sup>85</sup>, em 1959, em um contexto de busca pela integração europeia e de afirmação dos valores democráticos e dos direitos humanos no pós-guerra<sup>86</sup>. Composto atualmente por quarenta e sete juizes<sup>87</sup>, o Tribunal Europeu possui a função precípua de apreciar hipóteses de violações dos direitos consagrados na Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>88</sup> e nos seus Protocolos.

### 3.1 – Funções e funcionamento da Corte EDH

Tal como a Interamericana, a Corte Européia é dotada de competência contenciosa e consultiva<sup>89</sup>, porém, até a presente data, proferiu somente duas

---

<sup>85</sup> O Conselho da Europa é a mais antiga organização política europeia, instituído em 1949, tem sua sede na França, em Estrasburgo e conta com quarenta e sete países membros. Embora seja distinto da União Européia, nunca nenhum país aderiu à União sem primeiro ter pertencido ao Conselho da Europa. De acordo com o artigo 1º do seu estatuto: “o objetivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são o seu patrimônio comum e de favorecer o seu progresso econômico e social”. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/pt/com/about\\_coe/](http://www.coe.int/t/pt/com/about_coe/)> Acessado em: 11/05/2009.

<sup>86</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e Justiça Internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

<sup>87</sup> De acordo com o artigo 38 da CEDH a Corte EDH é composta por um número de juizes igual ao número de Estados membros do Conselho da Europa, sem que haja mais que um juiz de mesma nacionalidade, assim, todos os Estados membros têm representação na Corte. Ainda, tal como previsto no artigo 39 da CEDH, os juizes da Corte são eleitos pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, para cumprir um mandato de seis anos renovável por mais seis anos, observada, porém, a obrigação dos juizes de se aposentar aos setenta anos de idade.

<sup>88</sup> A Convenção Européia de Direitos Humanos, assinada em Roma em 4 de novembro de 1953, é um tratado internacional mediante o qual cada Estado membro do Conselho da Europa assume o dever de assegurar os direitos fundamentais civis e políticos, não apenas para os seus cidadãos como para todas as pessoas sob a sua jurisdição sem qualquer discriminação por gênero, raça, nacionalidade ou origem étnica. (*The European Court of Human Rights Some Facts and Figures 1998-2008*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/65172EB7-DE1C-4BB8-93B128676C2C844/0/FactsAndFiguresENG10ansNov.pdf>> Acessado em: 11/05/2009). Acerca do processo de negociação da CEDH ver: JANIS, Mark W. KAY, Richard S. BRADLEY, Anthony. *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>89</sup> A função consultiva da Corte EDH foi-lhe conferida mediante a adoção do segundo Protocolo à CEDH (*Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental*

opiniões consultivas<sup>90</sup> e, desta forma, pode-se afirmar que a sua principal atividade consiste na emissão de sentenças em casos contenciosos, submetidos à sua jurisdição pelos Estados Partes ou pelos próprios indivíduos, supostamente vítimas de violações de direitos humanos<sup>91</sup>.

Durante os seus primeiros anos de funcionamento, a Corte EDH raramente teve a sua jurisdição solicitada. Somente a partir dos anos setenta o número de sentenças proferidas em casos contenciosos começou a crescer<sup>92</sup>, tendo se multiplicado de forma especialmente intensa durante a última década. Note-se que até 1998 apenas 837 sentenças haviam sido proferidas, enquanto em setembro de 2008 a Corte EDH proferiu sua sentença número dez mil<sup>93</sup>. O grande acréscimo no volume de julgados deveu-se principalmente à entrada em vigor do décimo primeiro protocolo à CEDH<sup>94</sup>, em 01 de novembro de 1998, que ocasionou profundas alterações na estrutura da Corte EDH.

Com a vigência do Protocolo nº 11 à CEDH, a Corte EDH se tornou um tribunal permanente e dotado de competência jurisdicional obrigatória. Segundo Flávia Piovesan, a adoção do Protocolo nº 11 teve o objetivo de substituir a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que atuavam

---

*Freedoms Conferring Upon the European Court os Human Rights Competence to Give Advisory Opinions).*

<sup>90</sup> Corte EDH. *Decision on the Competence of the Court to Give an Advisory opinion*, proferida em 2 de junho de 2004; *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*, proferida em 12 de fevereiro de 2008.

De acordo com Cançado Trindade, a raridade do exercício da função consultiva da Corte EDH se deve à utilização de termos extremamente restritivos no Protocolo à CEDH que a instituiu, que resultaria ainda na indagação por parte da doutrina acerca da necessidade da manutenção de tal função. (CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, pp. 126 e 127)

<sup>91</sup> *Ibid.*, 2003, p. 126.

<sup>92</sup> JANIS, Mark W. KAY, Richard S. BRADLEY, Anthony. *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3ª edição, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 69.

<sup>93</sup> *Corte Europeia de Direitos Humanos completa 50 anos. Disponível em:*  
<<http://www.dw3d.de/dw/article/04050623,00.html>> *Acessado em:* 29/05/2009.

<sup>94</sup> Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby.

em tempo parcial, por uma nova Corte permanente<sup>95</sup>. Na opinião de Mark Janis, a entrada em vigor do décimo primeiro protocolo à CEDH, resultou na fusão da Comissão e da Corte Europeias de Direitos Humanos, da qual derivou a atual configuração da Corte EDH<sup>96</sup>.

A mais relevante inovação proporcionada pelo Protocolo nº 11 à CEDH foi a possibilidade das vítimas de violações de direitos humanos e seus representantes apresentarem demandas diretamente à Corte EDH<sup>97</sup>. Até 1998 somente a Comissão Europeia de Direitos Humanos (Comissão EDH) e os Estados Partes na CEDH possuíam legitimidade para iniciar processos diante da Corte EDH. Desta forma, os indivíduos que desejassem ter seus casos apreciados pela Corte EDH deviam submetê-los a um procedimento obrigatório diante da Comissão EDH, a fim de que esta os levasse perante a Corte, tal como ocorre no SIPDH. Com efeito, a partir da adoção do Protocolo nº 11 à CEDH, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEPDH) passou a diferenciar-se drasticamente daquele Interamericano pela simplicidade do procedimento adotado e pela facilidade de acesso à Corte.

O procedimento estabelecido pelo Protocolo nº 11 acarretou grandes conseqüências para o funcionamento da Corte EDH. De um lado, as mudanças ocorridas contribuíram para a composição de sua sólida jurisprudência que a torna o sistema de proteção dos direitos humanos “mais consolidado e amadurecido”<sup>98</sup>, bem como o de “mais sucesso”<sup>99</sup>, dentre os sistemas existentes. De outro lado, resultou em um aumento exacerbado no volume de casos contenciosos submetidos à Corte EDH o que resultou em problemas

---

<sup>95</sup> PIOVESAN, Op. Cit. , p. 72.

<sup>96</sup> JANIS, Mark W. KAY, Richard S. BRADLAY, Anthony. Op. Cit. 2008, p. 70.

<sup>97</sup> *Corte Europeia de Direitos Humanos completa 50 anos.*

*Disponível em:* <<http://www.dw3d.de/dw/article/0,,4050623,00.html>> *Acessado em:* 29/05/2009;

PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 73.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 63.

<sup>99</sup> JANIS, Mark W. KAY, Richard S. BRADLAY, Anthony. Op. Cit. , p. 5.

relativos à insuficiência da sua estrutura e recursos para enfrentar o volume diário de demandas.<sup>100</sup> Na opinião de Giovanni Bonello “apenas um reforma radical será capaz de evitar o colapso da Corte. O Protocolo 14, que tem por objetivo reformar os mecanismos do sistema regional europeu, tem sido debatido com senso de urgência”.<sup>101</sup>

Dentre as diversas temáticas analisadas pela Corte EDH em sua vasta jurisprudência, as questões relativas aos direitos humanos dos imigrantes têm sido muito recorrentes. De acordo com o Relatório de Casos proferido pela Corte EDH em 2008 (Case Report 2008):

“A Corte proferiu 1,543 sentenças em 2008 (...) muitas das quais concernentes às leis de imigração e ao direitos de asilo. (...) A imigração constitui tanto uma oportunidade quanto um desafio para o nosso continente, que deve acolher às vítimas de perseguições e proteger a vida privada e familiar dos imigrantes, mas que, ao mesmo tempo, não pode ignorar a inevitável necessidade de regulamentação, providenciando para que tal articulação se dê de forma humana e com respeito à dignidade humana.”<sup>102</sup>

O crescente número de casos envolvendo imigrantes que tem batido às portas da Corte EDH é facilmente compreendido pela observância do ambiente encontrado atualmente no continente europeu. Tal como descrito pela autora Marta Masó, desde o fim de Segunda Guerra Mundial, a questão migratória tem estado muito presente em países do norte e centro da Europa, que se tornaram pólos atrativos de trabalhadores. Posteriormente, com a crise econômica ocorrida nos anos setenta e o rápido desenvolvimento de países no sul da Europa, os fluxos migratórios voltaram-se também para aquela região.

---

<sup>100</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 74.

<sup>101</sup> BONELLO, Giovanni. The European Court on Human Rights. In: *The essentials of Human Rights*. Apud: PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 74.

<sup>102</sup> No original: “The Court gave 1,543 judgments in 2008 (...) mostly in sensitive cases concerning immigration law and the right of asylum. (...) Immigration is both an opportunity and a challenge for our continent, which has to take in the victims of persecution and protect immigrants’ private and family lives, but which at the same time cannot disregard the inevitable need for regulation, provided that this is done humanely and with respect for the dignity of each individual” (Corte EDH. *Annual Report 2008*: Registry of the European Court of Human Rights. Estrasburgo, 2009).

Com isso, tanto os países de norte quanto os do sul armaram-se com uma série de medidas destinadas a conter a imigração. Nos anos oitenta, com a celebração do Tratado de Roma, a instituição do livre mercado e o fim da fronteiras dentro da Europa, a preocupação e o temor gerados pela possibilidade da livre circulação de imigrantes em situação irregular ocasionou o enrijecimento progressivo das políticas migratórias. O fato das questões relativas à imigração muitas vezes confundirem-se com aquelas relativas ao terrorismo, ao tráfico de drogas e ao crime organizado definiu o enfoque dado pelos Estados europeus à problemática<sup>103</sup>. Neste contexto, práticas controversas sob o ponto de vista dos direitos humanos - tais como a detenção de imigrantes em situação irregular, a deportação de imigrantes já estabelecidos ou de segunda geração<sup>104</sup> e a separação familiar - passaram a ser utilizadas e a fim de restringir a imigração em direção à Europa.

Desta forma, as hipóteses de violações de direitos humanos das pessoas imigrantes submetidas à apreciação da Corte EDH são variadas. O Tribunal julgou até hoje, inúmeras causas tratando matérias distintas, como a proibição da escravidão e do trabalho forçado<sup>105</sup>, o direito à liberdade e segurança pessoal<sup>106</sup>, o direito a um processo equitativo<sup>107</sup> e o direito de reunião<sup>108</sup>, consagrados respectivamente nos artigos 4º, 5º, 6º e 11 da CEDH. Porém, é notória a prevalência na jurisprudência da Corte EDH das questões relativas à

---

<sup>103</sup> MASÓ, Marta M. *La Gestión Penal da La Inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, pp.354 e 355.

<sup>104</sup> São chamadas imigrantes de segunda geração aquelas pessoas filhas de imigrantes que nasceram no território de um Estado do qual não obtiveram a cidadania.

<sup>105</sup> Por exemplo no caso *Siliadin v. França*, sentença de 26 de julho de 2005.

<sup>106</sup> Por exemplo nos casos: *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentença de 12 de outubro de 2006; *Rusu v. Austria*, sentença de 2 de outubro de 2008; *A. and Others v. The United Kingdom*, sentença 19 de fevereiro de 2009;

<sup>107</sup> Por exemplo no caso *Estrikh v. Letônia*, sentença de 18 de janeiro 2007.

<sup>108</sup> Por exemplo no caso *Cisse v. France* sentença de 9 de abril de 2002.

proteção da família, consagrada no artigo 8º da CEDH<sup>109</sup>, e da proibição da tortura e trato cruel ou degradante, contida no artigo 3º da CEDH<sup>110</sup>. Especificamente com relação aos imigrantes em situação irregular a maior parte dos casos julgados refere-se ao direito estabelecido no artigo 8º da CEDH.

A relevância das questões migratórias para o SEPDH transparece também no próprio texto da CEDH e de seus Protocolos, que em alguns artigos fazem menção expressa aos imigrantes, seja para determinar a igualdade na aplicação de alguns dos direitos consagrados, seja para limitar a garantia de determinados direitos aos nacionais ou aos imigrantes em situação regular<sup>111</sup>. Em outras palavras, embora os direitos consagrados sejam, em geral, aplicáveis a “qualquer pessoa”<sup>112</sup>, a CEDH em algumas ocasiões distingue entre estrangeiros e nacionais e entre imigrantes em situação regular e irregular.

O artigo 16 da CEDH, por exemplo, prevê que nenhuma das disposições dos artigos 10º (liberdade de expressão), 11 (liberdade de reunião e associação) e 14 (proibição de discriminação) pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à atividade

---

<sup>109</sup> Por exemplo nos casos: *Berrehab v. Netherlands*, sentença de 21 de junho de 1988; *Gül v. Switzerland*, sentença de 19 de fevereiro de 1996; *Boughanemi vs. France*, sentença de 24 de abril de 1996; *Ahmut v. The Netherlands*, sentença de 28 de novembro de 1996; *Shevanova v. Latvia*, sentença de 15 de junho de 2006; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentença de 12 de outubro de 2006; *Uner v. Netherlands*, sentença de 18 de outubro de 2006.

<sup>110</sup> Por exemplo nos casos: *Soering v. United Kingdom*, sentença de 7 de julho de 1989; *Dougoz v. Grecia*, sentença de 6 de março de 2001; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentença de 12 de outubro de 2006; *Nnyanzi v. The United Kingdom*, sentença de 8 de Abril de 2008; *Saadi v. Italy*, sentença de 28 de fevereiro de 2008; *NA. v. The United Kingdom*, sentença de 17 de julho de 2008; *Z and Others v. the United Kingdom*, sentença de 10 de maio de 2001; *E. and Others v. the United Kingdom*, sentença de 26 de novembro de 2002; *M.C. v. Bulgaria*, sentença de 4 de dezembro de 2003.

<sup>111</sup> DRZEMCZEWSKI, Andrew. The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights: a general survey. In: *Human Rights of Aliens in Europe: Proceedings of the Colloquy on Aliens in Europe*. Funchal: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 351-358.

<sup>112</sup> O artigo 1º da CEDH prevê o seguinte: Obrigação de respeitar os direitos do homem - As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

política dos estrangeiros. Ainda, o artigo 5º da CEDH, por um lado, permite a detenção de imigrantes que ingressem ilegalmente no país ou que estejam sendo submetidos a um processo de deportação e, por outro lado, determina que todas as pessoas privadas da sua liberdade devem ser informadas em língua que compreendam sobre as razões da sua detenção, impondo ao mesmo tempo uma restrição e um garantia adicional às pessoas estrangeiras. Também o quarto Protocolo à CEDH<sup>113</sup> estabelece diferenciações entre nacionais e estrangeiros no que se refere ao direito de movimento, restringindo o direito de circulação e residência àqueles que se encontrem legalmente no território de um Estado. Já o sétimo Protocolo à CEDH, no seu artigo 1º<sup>114</sup>, diferencia entre estrangeiros em situação regular e irregular, impondo salvaguardas adicionais exclusivamente para os primeiros.

Porém, tal como explicitado por Andrew Drzemczewski, embora a CEDH possibilite a diferenciação pelos Estados partes entre nacionais e estrangeiros ou entre estrangeiros em situação regular e irregular, esta deve ser excepcional. A CEDH, que em seu artigo 1º dispõe que as Altas Partes Contratantes devem assegurar a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da Convenção, dispensa a nacionalidade como um requisito para a proteção, sendo raras as exceções a essa regra.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Protocolo N° 4: *Em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção.* (16.9.1963). Dentre outras medidas, esse protocolo consagra o direito de circulação, a proibição de expulsão de nacionais e a proibição de deportação coletiva de estrangeiros.

<sup>114</sup> O artigo 1º do Protocolo n. 7 prevê garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros legalmente residentes nos Estados partes.

<sup>115</sup> DRZEMCZEWSKI, Andrew., pp. 352 e 355.

### **3.2 – A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos relativa à proteção dos direitos dos imigrantes em situação irregular**

Diante do grande número de precedentes do Tribunal Europeu acerca dos direitos dos imigrantes em situação irregular, foi necessário, para a realização da presente análise, eleger alguns casos ilustrativos do entendimento geral da Corte EDH relativo à matéria. O panorama dos *standards* fixados para a proteção dos imigrantes em situação irregular, proposto neste capítulo, dar-se-á mediante a abordagem temática de seis sentenças de mérito proferidas em casos contenciosos nos quais os petionários residam ou tenham residido de forma irregular no Estado demandado, julgadas dentro de um marco temporal que vai desde 1998, primeira oportunidade na qual a Corte EDH se manifestou sobre o tema, até o ano de 2008, quando foi proferido o último *Case Report* do Tribunal Europeu. Especial atenção será dedicada ao tema da proteção da família devido à sua grande relevância na jurisprudência da Corte EDH.

As sentenças serão divididas em quatro grupos, de acordo com os direitos supostamente violados em cada caso. Inicialmente, será analisado o caso *Cisse v. França* que trata do direito dos imigrantes em situação irregular à liberdade de reunião e de associação, consagrado no artigo 11 da CEDH. Posteriormente, será apresentado o caso *Siliadin v. França*, no qual a Corte EDH estabeleceu parâmetros para proteção dos imigrantes em situação irregular contra o trabalho forçado, tal como previsto no artigo 4º da CEDH. Em seguida, será analisado o caso *Galliani v. Romênia*, que trata da detenção de imigrantes para fins de deportação. Finalmente, serão abordados os casos *Dalia v. França*, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda e Sisojeva e outros v. Letônia*, nos quais a Corte EDH manifesta seu entendimento relativo

à proteção da vida familiar de imigrantes em situação irregular, consagrada no artigo 8º da CEDH.<sup>116</sup>

### **A – Proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 4º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Siliadin v. França***

O Caso *Siliadin v. França*, julgado em 26 de julho de 2005, foi levado perante a Corte EDH pela cidadã togolesa Siwa-Akofa Siliadin, que em sua demanda alegou não ter recebido por parte do Judiciário do Estado demandado o amparo devido em razão ter sido vítima de trabalho forçado perpetrado por cidadãos franceses.

De acordo com os fatos do caso, em janeiro de 1994, a demandante, que à época tinha quinze anos de idade, ingressou no território francês provida de um visto de turismo, em companhia do senhor D., cidadão francês de origem togolesa que lhe havia prometido a regularização de seu *status* migratório, bem como um emprego em sua residência na França. Porém, ao chegar ao país, a demandante teve seu passaporte tomado pelo senhor D. e sua esposa, passando a trabalhar na residência da família sem receber qualquer remuneração. Após alguns meses, a demandante foi entregue ao senhor e à senhora B., para quem passou a trabalhar.

O senhor e a senhora B. igualmente submeteram a demandante a trabalhos domésticos forçados sem qualquer forma de pagamento<sup>117</sup>. A demandante trabalhou em condições precárias durante cerca de quatro anos,

---

<sup>116</sup> Deve-se chamar a atenção para o fato de que não serão consideradas as numerosas sentenças proferidas pela Corte EDH nas quais se analisa casos em que o demandante solicitava asilo ou refúgio no Estado demandado, como os emblemáticos casos *Chahal v. Reino Unido* e *Conka vs. Bélgica*, uma vez que tal categoria de estrangeiros possui um rol de direitos próprios e não deve ser confundida com os imigrantes comuns dos quais trata a presente monografia.

<sup>117</sup> Com exceção de uma ou duas ocasiões nas quais a mãe da senhora B entregou à demandante a quantia de quinhentos francos franceses, conforme consta dos fatos do caso.

sete dias por semana, sem freqüentar a escola, sendo autorizada apenas a ir ocasionalmente à missa aos domingos. Até que, em julho de 1998, a polícia foi até a residência do senhor e da senhora B., devido a uma denúncia oferecida por um vizinho do casal a respeito da situação em que a demandante era mantida.

O casal foi, então, processado e condenado em primeira instância pelo cometimento dos delitos de submeter alguém a trabalho não remunerado ou com remuneração manifestamente desproporcional ao trabalho executado e de empregar um estrangeiro desprovido de permissão de trabalho. Foi fixada uma pena de doze meses de prisão, dos quais sete foram suspensos, bem como ao pagamento de uma indenização à demandante. A sentença foi, porém, reformada por mais de uma vez em sede de recurso, restando decidido, findo o processo, pela condenação do senhor e da senhora B. exclusivamente ao pagamento de uma indenização pelos danos ocasionados à demandante. É importante notar também que o Estado Francês reconheceu o sofrimento pela demandante de violações de seus direitos e, assim, que essa teria seu *status* migratório regularizado.

Em sua demanda perante a Corte EDH, a petionária, dentre outras alegações, afirmou que o Estado demandado havia descumprido as suas obrigações impostas pelo artigo 4º da CEDH, uma vez que deixou de protegê-la contra as práticas proibidas em tal artigo, ao impor ao senhor e à senhora B. somente sanções de natureza civil. Alegou ainda que os tipos penais existentes na legislação francesa, equivalentes às proibições contidas no artigo 4º da CEDH, são demasiadamente abertos e elusivos para promover uma proteção efetiva contra tais práticas.

A Corte EDH reiterou sua jurisprudência no sentido de que “com relação a certas obrigações consagradas na Convenção, o fato do Estado não

ter infringido o direito garantido não é suficiente para concluir que este cumpriu com as suas obrigações dispostas no artigo 1º da Convenção.”<sup>118</sup> A Corte reafirmou ainda que, assim como os artigos 2 e 3, o artigo 4 da CEDH “resguarda um dos valores básicos das sociedades democráticas”<sup>119</sup> não podendo ser derogado em qualquer hipótese. Neste sentido, a Corte EDH considerou que há uma obrigação dos Estados de impedir que situações análogas à escravidão ocorram no seu território, não sendo relevante a nacionalidade ou o *status* migratório da pessoa submetida a tal violação. A Corte EDH certificou, ainda, que os Estados têm a obrigação positiva de penalizar e submeter a um processo efetivo a todas as pessoas que pratiquem atos com o intuito de manter alguém em tais situações.

No caso em análise, restou demonstrado que a demandante foi submetida a uma servidão, entendida tal como anteriormente conceituada pela Comissão EDH como:

“Um dano à liberdade particularmente sério (...). A servidão inclui, além da obrigação de prestar determinados serviços para outros (...) a obrigação do servo de viver na propriedade do da outra pessoa e a impossibilidade de alterar essa condição.”<sup>120</sup>

Ao verificar a existência da servidão no caso em debate, a Corte EDH considerou, dentre outros fatores, a vulnerabilidade da demandante, derivada

---

<sup>118</sup> No original: “with regard to certain Convention provisions, the fact that a State refrains from infringing the guaranteed rights does not suffice to conclude that it has complied with its obligations under Article 1<sup>118</sup> of the Convention” (CORTE EDH. *Siliadin v. França*, sentença de 26 de julho de 2005, par. 78).

<sup>119</sup> No original: “enshrines one of the basic values of the democratic societies” CORTE EDH. (*Siliadin v. França*, sentença de 26 de julho de 2005, par. 82). A Corte EDH pronunciou-se no mesmo sentido nos casos: *Ireland v. the United Kingdom*, sentença de 18 de janeiro de 1978, par. 163; *Soering v. the United Kingdom*, sentença de 7 de julho de 1989, par. 88; *Chahal v. the United Kingdom*, sentença de 15 de novembro de 1996, par. 79.

<sup>120</sup> No original: “particularly serious form of denial of freedom (...). It includes, in addition to the obligation to perform certain services for others ... the obligation for the 'serf' to live on another person's property and the impossibility of altering his condition”. (COMISSÃO EDH. *Droogbroeck v. Belgium*, sentença de 9 de julho de 1980, par. 78-80)

da sua condição de imigrante em situação irregular e do seu temor de ser privada de sua liberdade caso procurasse o auxílio das autoridades estatais.

Finalmente, a Corte acatou os argumentos apresentados pela demandante e declarou a impossibilidade da lei vigente no Estado demandado, à época dos fatos<sup>121</sup>, de garantir o direito da demandante a não ser submetida à servidão. Chamou ainda a atenção para o fato da Promotoria de Justiça não ter apresentado qualquer recurso contra a decisão que determinou a aplicação exclusiva de sanções civis ao senhor e à senhora B., considerou também o fato da demandante ter sido impossibilitada de ver seus exploradores criminalmente condenados, concluindo ao final pela violação do artigo 4º da CEDH pelo Estado francês.

Embora esse caso trate especificamente da insuficiência do ordenamento interno francês para evitar situações de escravidão e servidão, este repercute diretamente nos direitos dos imigrantes em situação irregular uma vez que a Corte, em sua decisão, não apenas reconhece que a proibição contida no artigo 4º da Convenção Européia se aplica também a esse grupo, mas equipara tal disposição àquelas contidas nos artigos 2º e 3º da CEDH.

Assim, a sentença proferida no caso *Siliadin v. França* destaca-se pelo reconhecimento, pela Corte EDH, da obrigação dos Estados de assegurar a ausência de violação de determinados direitos humanos, inclusive aos imigrantes em situação irregular, nomeadamente o direito à vida, a proibição da tortura e a proibição da escravidão e do trabalho forçado. Mais especificamente, a sentença destaca-se em virtude da Corte EDH ter evidenciado que, embora os Estados tenham a possibilidade de negar a prestação de determinados serviços sociais aos imigrantes em situação

irregular e o direito de detê-los e expulsá-los, de acordo com suas políticas migratórias, esses têm o dever de garantir que tais prerrogativas não sejam utilizadas como formas de ameaças com a finalidade de exploração dos imigrantes em situação irregular.

## **B – Direito à liberdade e à segurança (artigo 5º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Galliani v. Romênia***

O caso *Galliani v. Romênia*, julgado em 10 de Junho de 2008, foi submetido à Corte EDH pela cidadã italiana Paola Galliani, que alegou ter sido vítima de violações de seus direitos consagrados nos artigos 3º e 5º da CEDH e no artigo 1º do sétimo Protocolo à CEDH pelo Estado da Romênia.

De acordo com os fatos do caso, em 19 de janeiro de 1998, a peticionária ingressou no território romeno com um visto de turismo válido até 02 de fevereiro e passou a praticar atividades comerciais no país. Após a expiração do visto, a demandante requereu a sua renovação, a qual lhe foi negada. A demandante então permaneceu em território romeno ilegalmente, até maio de 2000, quando foi interceptada por policiais que, após verificar seus documentos, conduziram-na até a delegacia de polícia, onde foi submetida a revistas e interrogatórios, sendo posteriormente levada até um centro de detenções. A demandante permaneceu detida por quatro dias, até que em 07 de maio de 2000, oficiais da polícia empreenderam a sua repatriação com proibição de regresso pelo prazo de dois anos. Em agosto de 2001 a proibição de regresso imposta foi anulada, após o envio pela demandante de duas cartas de protesto contra a sua repatriação ao Parlamento Romeno.

---

<sup>121</sup> Notes-se que durante o processo diante da Corte EDH ocorreram alterações na normativa a que se refere à sentença em análise. (CORTE EDH. *Siliadin v. França*, sentença de 26 de julho de 2005, par. 148).

A Corte EDH, observou a aplicabilidade do artigo 5 § 1 (f)<sup>122</sup> ao caso, já que a detenção da demandante deu-se devido à instauração de um procedimento de expulsão em seu desfavor. A Corte, ainda, reiterou sua jurisprudência no sentido de que a detenção especificada em tal dispositivo exige garantias diversas das demais. Tal detenção dispensa, por exemplo, o requisito da necessidade<sup>123</sup>.

Assim, a Corte EDH verificou somente se o requisito da legalidade da detenção havia sido respeitado. Ao efetuar tal análise, a Corte reafirmou seu entendimento de que para ser legal não basta que a detenção esteja prevista na legislação interna, é necessário que os procedimentos descritos em lei sejam respeitados<sup>124</sup> e estejam de acordo com o devido processo legal<sup>125</sup>.

Em sua análise, a Corte EDH concluiu que houve violação do artigo 5 § 1 (f) da CEDH, devido à detenção da demandante ter se baseado apenas em um formulário padrão preenchido pelo escritório de imigração (*Office for Foreigners in the Ministry of Interior*), sem que houvesse qualquer revisão judicial da sua legalidade e sem que a demandante tivesse a oportunidade de deixar espontaneamente o país.

A Corte EDH notou, ademais, a impossibilidade de indicar em seu ordenamento interno qualquer recurso disponível para ser ajuizado por pessoas detidas com vistas à repatriação. E, desta forma, concluiu que o Estado deixou

---

<sup>122</sup> O artigo 5 § 1 (f) da CEDH prevê: 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: f) Se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

<sup>123</sup> Tal parâmetro foi estabelecido pela Corte EDH no caso *Chahal v. Reino Unido*, sentença de 15 de novembro de 1996, e foi reiterado pelo Tribunal em diversas ocasiões, como no caso *Čonka v. Bélgica*, sentença de 5 de fevereiro de 2002.

<sup>124</sup> A Corte EDH adotou esse mesmo entendimento em casos como *Bozano v. France*, sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 54; *Chahal v. Reino Unido*, sentença de 15 de novembro de 1996, par. 118; e *Čonka v. Bélgica*, sentença de 5 de fevereiro de 2002, pars. 38 e 39.

de garantir o direito da demandante de recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal<sup>126</sup>, violando o artigo 5º § 4º da CEDH.

Com relação à alegação apresentada pela demandante relativa à ausência de informação acerca das razões da sua detenção, a Corte EDH reiterou a sua jurisprudência no sentido de que essa é uma salvaguarda elementar e que constitui uma inteira parte do esquema de proteção contido no artigo 5º da CEDH:

“Em decorrência do previsto no parágrafo 2, qualquer pessoa detida deve ser comunicada, em linguagem simples, livre de tecnicismos, que possa entender, das razões legais e factuais da sua detenção. Assim como, deve ter a possibilidade de recorrer, caso entenda cabível, a uma Corte a fim de contestar a legalidade da detenção de acordo com parágrafo 4. Tal informação de ser realizada apropriadamente e pelo agente que efetuar a detenção, no exato momento em que esta ocorrer. Além da informação dever ser suficiente em seu conteúdo e no momento em que é efetuada, essa deve ser prestada de acordo com as particulares de cada caso.”<sup>127</sup>

Porém, a Corte EDH considerou demonstrada a informação da demandante acerca das razões da sua detenção, já que, embora não tenha contado com o auxílio de um intérprete no momento em que foi informada, a

---

<sup>125</sup> A Corte EDH havia anteriormente adotado tal parâmetro em casos como *Amuur v. France*, sentença de 25 de Junho de 1996, par. 50; e *Dougoz v. Greece*, sentença de 6 de março de 2001, par. 55.

<sup>126</sup> O artigo 5º § 4º da CEDH prevê que: qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

<sup>127</sup> No original: “by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4. Whilst this information must be conveyed “promptly”, it need not be related in its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest. Whether the content and promptness of the information conveyed were sufficient is to be assessed in each case according to its particular features” (CORTE EDH. *Galliani v. Romania*, sentença de 10 de junho de 2008, par 53). A Corte EDH decidiu no mesmo sentido no caso *Murray v. the United Kingdom*, sentença de 28 de outubro de 1994, par. 72.

demandante era capaz de estabelecer diálogos com os policiais e não demonstrou dificuldade em compreender o que lhe estava sendo dito. Tendo sido, por tanto, declarada a ausência de violação do artigo 5 § 2 da CEDH.<sup>128</sup>

Por fim, cabe comentar que a demandante no caso em apreço alegou, ainda, a violação do seu direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 10 da CEDH, uma vez que sua expulsão teria ocorrido em razão de uma discussão travada com o comandante da delegacia de polícia<sup>129</sup>. Bem como, alegou a violação do artigo 1º do sétimo Protocolo à CEDH, afirmando que sua deportação deu-se a despeito da sua anterior obtenção de um visto provisório, válido por sete dias. Ainda, alegou a violação dos direitos consagrados no artigo 3º da CEDH, em razão da forma como se empreendeu sua detenção e das condições em que permaneceu no centro de detenção de Otopeni. Porém, a Corte EDH não examinou o mérito dessas alegações, entendendo que essas não aparentavam constituir violações de direitos humanos.

No caso, a Corte EDH aplicou alguns dos *standards* comumente empregados em casos que tratam da detenção de imigrantes em situação regular como a obrigatoriedade da existência de um recurso para impugnar a aplicação da medida, o dever de informar acerca das razões da detenção<sup>130</sup> e a dispensa do dever do Estado de fornecer um intérprete nos casos em que o imigrante detido demonstrar conhecimento da língua falada.

---

<sup>128</sup> A Corte EDH decidiu nesse mesmo sentido no caso *Vikulov e outros v. Letônia*, declarado inadmissível em 2004.

<sup>129</sup> De acordo com os parágrafos 11 e 12 da sentença de mérito em análise, a demandante narrou, em sua demanda, os seguintes fatos: “*she was put in a room where the commander of Precinct no. 19 was writing on a paper that he was hiding from the applicant with his hands. The commander informed the applicant, who requested an explanation, that she was not allowed to ask questions, to read or to know anything, and that she had to sit in a corner and wait. He then told her to stop crying, because the treatment she was subjected to was not even comparable to that inflicted on Romanians arrested by the Italian police.*”

<sup>130</sup> Tal direito, que antes abrangia somente às pessoas detidas em virtude de processo penais, foi estendido pela Corte EDH às pessoas submetidas a detenções de qualquer natureza pela no caso *Van der Leer v. Holanda*, julgado em 21 de fevereiro de 1990, que trata da detenção da demandante em um hospital psiquiátrico.

Porém, deve-se chamar a atenção para dois pontos relativos à aplicação do artigo 5 § 1º (f) da CEDH. Em primeiro lugar, tal como estabeleceu a Corte EDH, a detenção prevista nesse artigo exige garantias diversas da detenção comum, havendo, por exemplo, a presunção da sua necessidade. O que por si, pode ser considerado como uma restrição do direito à liberdade dos imigrantes em geral. Em segundo lugar, deve-se observar que tal dispositivo é aplicado principalmente aos imigrantes em situação irregular e aos solicitantes de refúgio, já que nos casos em que há detenção e deportação de um imigrante em situação regular, em regra, a detenção deve-se à prática de um delito pelo imigrante e não ao processo de deportação. Desta forma, ainda que a Corte EDH não faça qualquer diferenciação expressa com relação ao *status* migratório do demandante, ao verificar as hipóteses de violação do artigo 5 da CEDH, esta restringe o direito à liberdade especialmente dos imigrantes em situação irregular, ao aplicar o seu § 1º (f), que permite a detenção de indivíduos em razão da mera pretensão de deportação pelo Estado.

### **C – Direito à liberdade de reunião e de associação (artigo 11º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Cisse v. França***

O caso *Cisse v. France*, julgado em 09 de abril de 2002, foi levado diante da Corte EDH pela cidadã senegalesa Madjiguene Cisse, que alegou a violação do seu direito à reunião pacífica, consagrado no artigo 11 da CEDH<sup>131</sup>. A demandante era membro de um grupo de imigrantes em situação irregular que organizava atos coletivos de protesto pelas dificuldades que

---

<sup>131</sup> O art. 11 da CEDH estabelece o seguinte: Liberdade de reunião e de associação - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar - se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das

encontravam para obter uma revisão do seu *status* migratório pelas autoridades francesas.

A campanha do grupo, que passou a ser conhecido como *St Bernard sans papiers*, culminou em 1996 com a ocupação da igreja St. Bernard em Paris por duzentos imigrantes em situação irregular, que ali passaram a viver em greve de fome, com a aceitação do padre responsável pela igreja e o apoio de diversas organizações de defesa dos direitos humanos. A ocupação perdurou por cerca de dois meses, quando o Comissariado da Polícia de Paris ordenou a evacuação do local, devido à ausência de vinculação dos ocupantes com atividades religiosas e à existência de sérios riscos à saúde, paz, segurança e à ordem pública. Durante a execução da ordem, os policiais interrogaram a todos os ocupantes da igreja, liberando em seguida as pessoas de pele branca e conduzindo as de pele negra a um centro de detenção para imigrantes.

A demandante foi detida durante a evacuação da igreja, tendo sido, posteriormente, condenada a uma pena de detenção pelo período de dois meses, por ter ocupado um local próprio para a realização de atividades religiosas. O tribunal que julgou a causa determinou ainda a deportação da demandante.

Ao analisar o caso, a Corte EDH chamou a atenção para o fato de a demandante fazer parte de um grupo de imigrantes sem permissão para residir no Estado demandado que protestava contra o tratamento que vinham recebendo. Considerou também o fato de os responsáveis pela igreja de St. Bernard estarem de acordo com a manifestação ocorrida e de não terem impedido que as cerimônias e serviços religiosos ocorressem normalmente. Em

---

liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

face de tais razões, a Corte EDH reconheceu que a evacuação da igreja representou uma interferência no direito da demandante à liberdade de reunião pacífica em assembléia e, diante de tal reconhecimento, passou a analisar se tal interferência constituiu uma violação do artigo 11 da CEDH. Para tatanto a Corte utilizou três critérios aplicados reiteradamente em sua jurisprudência para avaliar hipóteses de violação de determinados direitos consagrados na CEDH, conhecidos como direitos qualificados, quais sejam, a legalidade da interferência, se essa perseguia a um fim legítimo e se era necessária em uma sociedade democrática.

A Corte EDH entendeu que a ordem de evacuação da igreja de St. Bernard tinha base legal, já que de acordo com a legislação francesa as autoridades locais são responsáveis por supervisionar as atividades religiosas e estas estão autorizadas a atuar, ainda que sem requerimento do padre. Concluiu também que tal medida possuía um fim legítimo, qual seja, prevenir a desordem ao por fim à ocupação de um local de utilidade pública por pessoas que haviam infringido a lei francesa. E, finalmente, a Corte entendeu que a evacuação era uma medida necessária em uma sociedade democrática uma vez que, embora tenha sido pacífica e não tenha impedido o uso normal da igreja, a ocupação contínua, realizada pela demandante e os demais imigrantes em situação irregular, por mais de dois meses, havia se tornado uma situação insustentável considerando-se a deterioração da saúde das pessoas que faziam greve de fome e das condições sanitárias na igreja. Restou assim decidido que as ingerências no direito de reunião da demandante não configuraram uma violação de tal direito.

O Tribunal Europeu certificou ainda que a tolerância pelo Estado da presença da demandante e dos demais manifestantes durante dois meses na

igreja de St. Bernard indica o respeito do direito consagrado no artigo 11 da CEDH, tal como se extrai da seguinte passagem da sentença:

“Em todo caso, o valor simbólico e testemunhal da presença da demandante e dos demais imigrantes foi tolerada por tempo suficientemente longo para a interferência ocorrida não ser considerada irrazoável.”<sup>132</sup>

Ademais, embora a Corte EDH tenha declarado a ausência de violação do artigo 11 da CEDH, pelas razões acima expostas, essa afirmou também que, ao contrário do alegado pelo Estado demandado em sua defesa, a irregularidade do *status* migratório de um indivíduo não é suficiente para justificar uma violação do seu direito à liberdade de reunião. A Corte, ainda, reiterou seu entendimento, já estabelecido em outros casos como no caso *Ärzte für das Leben v. Austria*<sup>133</sup>, de que os Estados dispõem de ampla margem de apreciação<sup>134</sup> para determinar de que forma e em que medida se dará a garantia do direito consagrado no artigo 11 da CEDH.

Desta forma, no caso *Cisse v. França*, ainda que se tenha concluído pela ausência de violação do artigo 11 da CEDH, pode-se notar a presença de importantes padrões relativos ao direito de reunião e associação dos imigrantes em situação irregular. De um lado, a Corte reconheceu a existência e a

---

<sup>132</sup> No original: “In any event, the symbolic and testimonial value of the applicant's and other immigrants' presence had been tolerated sufficiently long enough in the instant case for the interference not to appear, after such a lengthy period, unreasonable.”

<sup>133</sup> O caso *Ärzte für das Leben* trata da interrupção de manifestações organizadas por médicos pela reforma da legislação austríaca referente ao aborto, por pessoas que eram contrárias à reforma, não obstante a presença de policiais. Nesse caso Corte EDH entendeu que os Estados têm o dever de permitir que manifestações populares ocorressem, mas dispõem de ampla margem de apreciação para optar pelos meios dos quais se valerão (CORTE EDH. *Ärzte für das Leben* v. *Austria*, sentença de 21 Junho de 1988, p. 12, § 34).

<sup>134</sup> A teoria da margem de apreciação desenvolvida pelo Tribunal Europeu – segundo a qual os Estados têm a possibilidade de ponderar entre direitos conflitantes, optando pela restrição de um deles, até uma determinada margem – tem sido aplicada de forma especialmente ampla. Como bem explicitou Sarah Walsun, a Corte EDH ainda não apresentou uma justificativa clara para tal entendimento. (WALSUM, Sarah, K. van. Op. Cit., p. 204).

necessidade de proteção desses direitos, seja ao declarar que a irregularidade do *status* migratório não é em si uma justificativa para a restrição do direito à liberdade de reunião e associação, seja ao entender que houve interferência em tais direitos da demandante. De outro lado, porém, a Corte reafirmou seu entendimento de que tais direitos podem ser restringidos desde que respeitados três requisitos - previsão legal, fim legítimo e ser uma medida necessária em uma sociedade democrática -, assim como reiterou a ampla margem de apreciação da qual dispõem os Estados para decidir sobre a sua efetivação.

**D – Direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º da CEDH) e os padrões fixados pela Corte Européia de Direitos Humanos nos casos *Dalia v. França, Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda e Sisojeva e outros v. Letônia***

Tal como anteriormente exposto, a maior parte dos casos contenciosos relativos aos imigrantes em situação irregular julgados pela Corte EDH trata de hipóteses de violação do direito ao respeito à vida familiar, uma das problemáticas de mais relevância relativa aos fluxos migratórios em direção ao continente europeu. Em razão da grande importância da proteção da família na jurisprudência da Corte EDH, não apenas devido ao grande número sentenças proferidas sobre a matéria, mas pela relevância das próprias análises jurídicas realizadas pela Corte nesses casos, será dedicada uma especial atenção a tal tema neste capítulo, que será a seguir abordado mediante o estudo de quatro sentenças de mérito.

No caso *Dalia v. França*, julgado em 19 de fevereiro de 1998, a Corte EDH manifestou-se pela primeira vez acerca do direito dos imigrantes em situação irregular à proteção da família. Essa foi, ainda, a primeira sentença de mérito proferida pelo Tribunal Europeu acerca dos direitos dos imigrantes em

situação irregular, em geral<sup>135</sup>. Ademais, esse constitui um caso paradigmático, mencionado inúmeras vezes pela Corte EDH em suas decisões subsequentes, representando uma base para diversas análises jurídicas posteriormente realizadas pelo Tribunal Europeu com relação ao direito dos imigrantes em situação irregular à proteção da família e a permanecer no país onde se encontram.

O caso foi submetido à Corte EDH pela senhora Aïcha Dalia, cidadã argelina,<sup>136</sup> que ingressou no território francês aos 17 ou 18 anos, no contexto de um procedimento estatal para reunificação familiar. Alguns anos após sua chegada à França, a demandante foi condenada pelo cometimento do crime de tráfico de heroína, recebendo uma ordem de expulsão e exclusão permanente da França. Ocorre que, após a sua soltura, a demandante descumpriu a ordem de expulsão, permanecendo de forma ilegal no território francês. Cerca de quatro anos mais tarde<sup>137</sup>, a demandante deu à luz uma criança a quem foi outorgada a nacionalidade francesa<sup>138</sup>. Após o nascimento de seu filho, a demandante realizou diversos pedidos de levantamento da ordem de exclusão permanente emitida em seu desfavor, os quais foram negados.

A Corte EDH observou que, embora a demandante tenha vivido desde os 17 ou 18 anos na França e tenha um filho e outros parentes próximos nesse país, ela passou 17 ou 18 anos na Argélia, fala o idioma nacional e possui

---

<sup>135</sup> Corte EDH. *Survey Forty years of activity: 1959 – 1998*. Disponível em:

<<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/66F2CD35-047E-44F4A95D890966820E81/0/Surveyapercus19591998.pdf>> Acessado em: 20/04/2009

<sup>136</sup> Note-se que, embora não detenha cidadania francesa, a demandante nasceu na Argélia, no tempo em era parte do território francês.

<sup>137</sup> Durante esse período a demandante foi casada com um cidadão francês, de quem se divorciou após seu retorno à Argélia, devido ao recebimento de uma segunda ordem de detenção ocasionada pela sua condenação pelo cometimento de um novo delito.

<sup>138</sup> O filho da demandante recebeu nacionalidade francesa em virtude de ser uma criança nascida na França e filha de uma pessoa nascida em um *department* francês.

vínculos com o país, portanto a sua nacionalidade não é um mero fato legal, mas reflete os laços emocionais e afetivos da demandante com seu país de origem. Nestas condições, a deportação não seria tão drástica quanto nos casos em que a pessoa nasce no país ou vai para lá quando pequena. A Corte considera, ainda, que a demandante deu a luz a seu filho na França consciente da insegurança de sua situação no país e que, portanto, a maternidade não pode ser um fator decisivo para evitar a sua deportação. Desta forma, a Corte EDH decidiu pela ausência de violação do artigo 8 da CEDH.

Outro caso relevante para a presente análise jurisprudencial é o caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda*, julgado em 31 de janeiro de 2006. À diferença do caso anteriormente tratado, nessa sentença a Corte EDH declarou a violação pelo Estado holandês dos direitos à proteção da vida familiar de uma imigrante em situação irregular, que teve negado o direito de permanecer no país.

De acordo com os fatos do caso, a demandante é uma cidadã brasileira que ingressou ilegalmente na Holanda, onde passou a viver com um cidadão holandês com quem teve uma filha. Com a separação do casal, a guarda da criança foi concedida pela Justiça holandesa ao pai, porém, a menina continuou a viver com sua mãe durante a metade dos dias da semana e com os avós paternos durante a outra metade. Após o recebimento de uma notificação estatal a respeito da sua possível deportação, a demandante requereu a regularização do seu *status* migratório, sob a justificativa de que não poderia ser separada de sua filha. Tal solicitação foi negada, razão pela qual a demandante submeteu o caso à Corte EDH.

Ao declarar a violação do artigo 8º da CEDH, a Corte EDH observou, em primeiro lugar, a idade da criança envolvida, já que essa tinha apenas três anos de idade e, portanto, não poderia ser separada de sua mãe. E, em segundo

lugar, observou a existência, em tese, da possibilidade de regularização do *status* migratório da demandante, o que diferenciaria o seu caso dos demais julgados pelo tribunal.

O caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda* é frequentemente comparado ao caso *Dalia v. França*, uma vez que, embora os fatos dos dois casos se assemelhem, a Corte EDH tomou decisões apostas nas duas sentenças. A oposição das duas sentenças pode ser interpretada como uma evolução, ou uma mudança, no entendimento da Corte EDH, já que a declaração da obrigação de um Estado de permitir que uma imigrante em situação irregular permaneça no país em virtude de ter uma filha cidadã daquele país é uma novidade. Não obstante, deve-se observar que na sentença proferida no caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer v. Holanda* há elementos que demonstram a ausência da intenção da Corte EDH de romper com seu precedente estabelecido no caso *Dalia v. França*. Note-se que a Corte EDH teve o cuidado de explicitar em que pontos os dois casos diferenciam-se e por quais motivos essas diferenças deveriam levar a conclusões opostas nas duas sentenças.

Ainda, a comparação dessas duas decisões é ilustrativa do valor dedicado pelo Tribunal europeu às circunstâncias fáticas de cada caso. Principalmente no que se refere ao direito à proteção da família dos imigrantes submetidos a processos de deportação, a Corte EDH tem analisado detalhadamente questões fáticas como o tempo de residência no país, o vínculo com o país de origem, os antecedentes criminais do demandante, dentre outros<sup>139</sup>. No caso *Sisojeva e outros v. Letônia*, julgado em 16 de junho de

---

<sup>139</sup> Outro exemplo da relevância dada pela Corte EDH às particularidades dos fatos de cada caso analisado é o fato de que esta estabeleceu no caso *Boultif v. Suíça*, julgado em 02 de agosto de 2001, e vem aplicando desde então em sua jurisprudência, alguns critérios fáticos para verificar se a expulsão de imigrantes que tenham praticado delitos é, em cada caso, violatória do artigo 8º da CEDH. Tais critérios são: (i) a natureza e gravidade do crime cometido, (ii) o tempo de permanência no país, (iii) o tempo transcorrido desde o cometimento do delito até a data da expulsão, (iv) a conduta do indivíduo neste período, (v) a nacionalidade dos familiares envolvidos, (vi) A situação familiar do indivíduo,

2005, que passa a ser analisado, a Corte EDH deixa em evidência sua consideração pelas circunstâncias pessoais dos petionários para decidir pela violação dos direitos humanos desses.

Tal como descrito na sentença em questão, os demandantes são um casal, a senhora Svetlana Sisojeva e o senhor Arkady Sisojev, e uma de suas filhas, a senhora Aksana Sisojeva, sendo o segundo e a terceira demandantes cidadãos russos e a primeira demandante apátrida. Os dois primeiros demandantes ingressaram na Letônia na década de sessenta quando o país ainda era parte da União Soviética, permanecendo de forma ilegal após a sua independência. Os demandantes empreenderam diversas tentativas de regularização do seu *status* migratório. Não obtendo resultado, apresentaram uma demanda diante do SEPDH. Após algum tempo, os demandantes receberam uma carta do Estado comunicando-os de que a primeira demandante poderia regularizar sua situação e, nessas circunstâncias, o segundo e a terceira demandantes também poderiam obter permissão para permanecer no país. Ao procurar a polícia, a primeira demandante foi submetida a um severo interrogatório a respeito da submissão da sua demanda à Corte EDH.

Na análise do mérito, a Corte EDH concluiu, de início, que não houve interferência arbitrária na vida familiar dos demandantes, uma vez que estes poderiam continuar convivendo caso retornassem à Rússia, tendo a Corte considerado ainda que a terceira demandante e sua irmã mais velha<sup>140</sup> eram adultas à época dos fatos. Não obstante, a Corte EDH observou a ocorrência de

---

(vii) se cõnjuge desta estava ciente da prática da ofensa ao estabelecer uma relação familiar, (viii) a existência e a idade de filhos, (ix) as dificuldades que os familiares poderiam encontrar no país de origem do imigrante.

A tais requisitos, a Corte EDH somou, no julgamento proferido na Caso Onur v. Reino Unido em 17 de fevereiro deste ano, outros dois: (i) o melhor interesse e bem estar das crianças envolvidas, (ii) a solidez de laços sociais, culturais e familiares com o país de residência e com o país de origem.

<sup>140</sup> A filha mais velha dos dois primeiros demandantes, Tatjana Vizule, embora fosse cidadã russa, era casada com um cidadão letão e, portanto, tem permissão para residir no país.

uma interferência na vida privada dos demandantes, já que a família havia vivido durante muito tempo na Letônia e possuía fortes laços com o país. A Corte reafirmou a sua jurisprudência no sentido de, embora o Estado tenha o direito de regular a entrada e saída de não nacionais no seu território, esse não pode interferir na vida privada e familiar se a medida não for legal, não tiver um fim justo e não for necessária em uma sociedade democrática. No caso em análise a medida não foi considerada necessária, tendo a Corte EDH declarado a violação do artigo 8 da Convenção em prejuízo dos demandantes.

A corte aplicou no caso *Sisojeva e outros v. Letônia* os mesmos critérios que tem aplicado desde o caso *Berrehab v. Holanda*, a casos nos quais o imigrante se encontra de forma regular no país, protegendo assim os direitos dos demandantes sem considerar o seu *status* migratório.

Diante dessa análise jurisprudencial pode-se chegar a algumas conclusões a cerca do entendimento da Corte EDH a respeito dos direitos dos imigrantes em situação irregular. Certo é que em todos os casos apreciados a Corte reconheceu a titularidade dos imigrantes em situação em questões dos direitos apreciados, porém, pode-se perceber algumas diferenças no tratamento de cada direito. Com efeito, os direitos consagrados tratados nos casos ocupam róis distintos dentre os direitos consagrados na CEDH e, por essa razão, recebem tratamento distinto da Corte EDH. Segundo Andrew Drzemczewski, os direitos consagrados na CEDH podem ser divididos em três grupos: (i) os direitos absolutos, inderrogáveis em qualquer circunstância; (ii) os direitos qualificados, que podem ser limitados por circunstâncias descritas nos próprios dispositivos que os consagram; (iii) e os direitos mínimos, que são considerados um denominador comum mínimo entre os direitos garantidos

pelos Estados membros<sup>141</sup>. A Corte EDH tem oferecido uma proteção distinta aos imigrantes em situação irregular que alegam ter sofrido violações de direitos de cada uma dessas naturezas, como é possível notar a partir da análise dos casos concretos.

Dentre os direitos abordados, somente a proibição do trabalho escravo e da servidão<sup>142</sup> pode ser considerada um direito absoluto e, efetivamente, a Corte EDH não faz qualquer diferenciação relativa ao *status* migratório do demandante ao determinar ao Estado a garantia de tal direito. Por outro lado, com relação aos direitos mínimos que devem ser garantidos pelos Estados partes, como o direito à liberdade e segurança pessoal, a Corte EDH tende a diferenciar entre imigrantes em situação regular ou irregular<sup>143</sup>, já que a medida de detenção, por exemplo, é aplicada automaticamente quando um imigrante em situação irregular é submetido a um processo de deportação. Por fim, o direito de reunião e associação e o direito à vida privada e familiar enquadram-se dentre os chamados direitos qualificados, já que os próprios artigos 11 e 8º, que os consagram, enumeram uma série de razões possíveis para sua limitação. Com relação a tais direitos, a jurisprudência da Corte EDH tem igualmente diferenciado os imigrantes de acordo com seu *status* migratório, uma vez que considera tal circunstância ao ponderar entre os interesses em conflito, a fim de verificar a possibilidade de restrição dos direitos em questão.

---

<sup>141</sup> DRZEMCZEWSKI, Andrew. Op. Cit., p. 359.

<sup>142</sup> Importante frisar que a proibição de servidão e sua aplicação aos imigrantes em situação irregular, foram equiparadas pela própria Corte EDH aos direitos consagrado no artigos 2 e 3 da CEDH, que também são direitos absolutos.

<sup>143</sup> Note-se que, como anteriormente exposto, o direito mínimo a um processo equitativo, por exemplo, possui requisitos aplicáveis exclusivamente aos imigrantes em situação regular, tal como determina o artigo 1º do sétimo Protocolo à CEDH.

## CONCLUSÃO

Diante da análise da jurisprudência das Cortes Interamericana e Européia de Proteção dos Direitos Humanos, realizada neste trabalho monográfico, restam evidenciadas semelhanças e diferenças existentes entre as duas Cortes no que se refere à abordagem das problemáticas relativas aos direitos dos imigrantes em situação irregular.

De início, há uma sensível diferença no volume dos precedentes estabelecidos pelas duas Cortes. Tal desequilíbrio deve-se, em parte, às diferenças nas formas de organização e de funcionamento dos dois tribunais. Note-se que a submissão de um caso contencioso à Corte IDH é, em geral, realizada pela Comissão IDH e, portanto, depende de um procedimento prévio, mediante o qual muitos casos são solucionados ou inadmitidos. Ao passo que no SEPDH os casos são diretamente submetidos à Corte EDH, pelos próprios indivíduos que julgam ter sido vítimas de violações de direitos humanos, o que resulta em um acréscimo considerável no número total de sentenças proferidas.

Há ainda um fator de natureza sócio-econômica determinante para definir o volume de casos julgados pelos dois tribunais. Embora os fluxos migratórios no continente americano tenham se intensificando, esses ainda são pequenos se comparados àqueles existentes na Europa. Justamente em razão da grande população de imigrantes existente no continente europeu, as questões migratórias assumem uma grande importância para a proteção dos direitos humanos no âmbito do SEPDH, o que o diferencia do SIPDH. Tal relevância é manifestada, inclusive, no texto da CEDH, que como anteriormente referido, possui diversas disposições aplicáveis especificamente aos imigrantes. Ao

passo que os direitos consagrados na CADH são quase sempre aplicáveis a “todas as pessoas”.<sup>145</sup>

A diferença no volume de casos julgados concernentes à imigração irregular é, portanto, um reflexo da dimensão do tema na realidade de cada um dos continentes. Pode-se afirmar que tal diferença influencia, em última instância, o tratamento dado pelos tribunais aos direitos apreciados em suas decisões. Com relação à forma, as sentenças proferidas pela Corte EDH são mais concisas e pontuais, destinam-se mais à solução dos casos concretos que à fixação de linhas gerais de proteção, enquanto as decisões proferidas pela Corte IDH, nota-se que as opiniões consultivas analisadas são mais extensas e estabelecem prioritariamente parâmetros gerais, que poderão guiar as condutas futuras dos Estados.

Ademais, o próprio fato de o Tribunal Europeu ter se pronunciado acerca dos direitos dos imigrantes em situação irregular somente em casos contenciosos, ao passo que o Tribunal Interamericano o fez exclusivamente em sede de opinião consultiva, indica algumas diferenças importantes entre as duas Cortes. Em primeiro lugar, tal diferença tem como causas a própria dificuldade de se solicitar opiniões consultivas à Corte EDH, tal como descrito no capítulo terceiro deste trabalho, bem como a complexidade do procedimento para a submissão de casos contenciosos à Corte IDH. Em segundo lugar, a solicitação de pareceres consultivos é realizada pelos próprios Estados Partes e, desta forma - tendo em vista a inexistência de questões migratórias importantes entre países europeus, em virtude da livre circulação de pessoas no continente -, dificilmente a Corte EDH receberá uma solicitação de opinião consultiva a respeito dessa matéria. Por outro lado, uma das principais questões relativas à imigração no continente Americano é

---

<sup>145</sup> Com exceção do direito de circulação e residência, consagrado no artigo 22, que de acordo com o

justamente aquela referente aos cidadãos mexicanos que imigram para os Estados Unidos da América. Considerando-se que os EUA, até a presente data, não reconheceram a competência contenciosa da Corte IDH, tais impasses só poderiam ser analisados em sede de opinião consultiva.<sup>146</sup>

Com relação ao conteúdo das decisões analisadas, embora os entendimentos adotados se assemelhem em diversos aspectos, deve-se chamar a atenção para o fato de que, por vezes, o Tribunal Europeu mostrou-se menos rigoroso que aquele Interamericano ao declarar as obrigações dos Estados perante os imigrantes em situação irregular.

Note-se que, embora as duas Cortes reconheçam o direito dos Estados de controlar a entrada e permanência de imigrantes no seu território, a Corte EDH vai mais além, estabelecendo que os Estados dispõem de uma ampla margem de apreciação para fixar suas política migratórias. Ademais, ao passo em que a Corte IDH estabelece critérios que devem ser respeitados para qualquer distinção entre indivíduos – entre nacionais e imigrantes ou entre imigrantes em situação regular e irregular<sup>148</sup> -, a própria Corte EDH distingue grupos de imigrantes reconhecendo alguns dos seus direitos em graus diferentes.<sup>149</sup>

Não obstante, é certo que os entendimentos adotados pelos dois tribunais coincidem em muitos aspectos. De início, ambos reconheceram os imigrantes em situação irregular como titulares dos direitos consagrados nas

---

item 1 do dispositivo se aplica a “toda pessoa que se encontre legalmente na território de um Estado”.

<sup>146</sup> Note-se que o Estado do México foi o solicitante das duas opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH acerca dos direitos dos imigrantes.

<sup>148</sup> Tal como estabelecido pela Corte IDH na OC18, qualquer distinção entre indivíduos deve basear-se em diferenças substanciais existentes entre eles, sendo necessária uma conexão clara entre essas diferenças e os objetivos da distinção realizada, que devem ser razoáveis e justos.

<sup>149</sup> Por exemplo, com relação às garantias judiciais, já que essas são diversas para os processo de deportação e os demais processos, bem como são diversas para imigrantes em situação regular ou irregular submetidos a um processo de deportação, tal como disposto no artigo 1 do Protocolo 7 à CEDH.

Convenções Americana e Européia, garantindo determinados direitos, considerados absolutos, sem fazer qualquer distinção relativa ao *status* migratório.<sup>150</sup> Ainda, tanto a Corte EDH quanto a Corte IDH estabeleceram a possibilidade de responsabilização do Estado por violações dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular perpetradas por particulares. Desta forma, as Cortes indiretamente impõem aos Estados a obrigação de tomar medidas a fim de evitar que a sua própria prerrogativa de exercício do controle migratório seja utilizada como forma de ameaça, objetivando a exploração de imigrantes em situação irregular, bem como que o temor desses, gerado pela possibilidade de expulsão e detenção, os impossibilite de denunciar os abusos eventualmente sofridos.

Por fim, à luz da análise jurisprudencial realizada neste trabalho, restou demonstrada a tendência de ambas as Cortes a oferecer aos imigrantes em situação irregular um tratamento similar àquele destinado aos imigrantes em situação regular. Porém, deve-se chamar a atenção para o fato de que enquanto a Corte Européia equipara os dois grupos no que diz respeito aos direitos classificados como absolutos, a Corte Interamericana vai além, reconhecendo que a vulnerabilidade na qual se encontram os imigrantes em situação irregular é ainda mais grave e que, nessas condições, tal grupo é merecedor de uma proteção adicional.

Conclui-se, portanto, que os dois tribunais têm contribuído largamente para a efetivação dos direitos humanos dos imigrantes em situação irregular, ainda que de formas diferentes. De um lado, a Corte EDH teve a oportunidade de desenvolver uma vasta jurisprudência e de estabelecer inúmeros *standards* relativos à matéria, mediante o julgamento de um grande número de casos contenciosos. Mostrando-se, porém, reticente ao fixar os padrões de proteção

---

<sup>150</sup> Como por exemplo a proibição da escravidão e da servidão que é repugnada pela duas Cortes sem

dos imigrantes em situação irregular. Enquanto, por outro lado, a Corte IDH, que proferiu somente duas opiniões consultivas sobre o tema, foi mais ousada ao estabelecer seus parâmetros, mostrando-se mais progressista no sentido de criar uma proteção efetiva e incondicionada aos imigrantes em situação irregular.

## BIBLIOGRAFIA

BENVENUTI, Paolo. *Flussi Migratori dei Diritti Fondamentali*. Roma: Università degli studi, Dipartimento di Diritto Europeo, 2008.

BOSNIAK, Linda S. *Universal Citizenship and the problem of alienage*. Candem: Northwestern Law Review, 2000.

BRAWERMAN, André; RESENDE, Fábio Teixeira; FARIAS, Valéria Cristina Farias. Nota Introdutória à Jurisdição Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Legislação e Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/su-mario.htm>.> Acesso em: 22/04/2009.

CORREIA, Theresa Rachel. *A função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos e importância da OC16/99 sobre assistência Consular*. Rio de Janeiro. 2002. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC-Rio. 179 p.

DRZEMCZEWSKI, Andrew. The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights: a general survey. In: *Human Rights of Aliens in Europe: Proceedings of the Colloquy on Aliens in Europe*. Funchal: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

HANASHIRO, Olaya S. M. P. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. São Paulo: EdUSP, 2001.

HIDAKA, Leonardo J. F. Uma reflexão sobre a universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural *In: Direitos Humanos Internacionais: avanços e desafios no início do século XXI*. LIMA, Jayme B.(org). Recife: DH Internacional, 2001.

JANIS, Mark W; KAY, Richard S.; BRADLAY, Anthony. *European Human Rights Law: text and materials*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LEDESMA, Héctor F. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: IIDH, 2004.

MASÓ, Marta M. *La Gestión Penal da la Inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratórios*. 1ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

MILESI, Rosita. *Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos*. Disponível em: [www.migrante.org.br/por\\_uma\\_nova\\_lei\\_migracao.doc](http://www.migrante.org.br/por_uma_nova_lei_migracao.doc) Acesso em: 04/06/2009.

MOZÓN, Luiz. Dinámica de las políticas migratórias. *In: Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José: IIDH, 2004.

MURILLO, J. C. La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las migraciones mistas. *In: Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José: IIDH, 2004.

OLEA, Helena. Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derechos de las poblaciones migrantes, mujeres, los pueblos indígenas y niños, niñas y adolescentes*. San José: IIDH, 2004.

OROZCO, Manuel. Remesas hacia latinoamerica y el Caribe: cuestiones y perspectivas acerca del desarrollo. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. São José IIDH, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIZARRO, Gabriela R. Violaciones a los derechos humanos de los migrantes en la actual dinámica de las migraciones en América. In: *Migraciones y derechos: reunión de personas expertas*. San José: IIDH/2004.

PIZZOLO, Calogero. *Sistema Interamericano: la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes y Jurisprudencia*. 1ª ed. Buenos Aires: Editar, 2001.

SOYSAL, Yasemin Nuhoğlu. *Limits of Citizenship: migrants and postnational membership in Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados. *In: Cuadernos de Trabajo sobre Migración*, nº 5. Guatemala: OIM, 2001.

\_\_\_\_\_. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª ed. San Jose: Corte Interamericana de Direitos Humanos e Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. III. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

WALSUM. Sarah K. van. Transnational mothering, national immigration policy and the European Court of Human Rights. *In: Migration, diasporas and legal systems in Europe*. New York: Routledge Cavendish, 2006.

ZAMUDIO, Hector Fix. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos em las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In: The Modern World of Human Rights: essays in honor of Thomas Buergenthal*. San José: IIDH, 1996.

## **Jurisprudência**

### **1. Corte Interamericana de Direitos Humanos:**

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-1/82, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de setembro de 1982.

\_\_\_\_\_. Opinião Consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, de 19 de janeiro de 1984.

\_\_\_\_\_. Opinião Consultiva OC-15/97, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 14 de novembro de 1997.

\_\_\_\_\_. Opinião Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de outubro de 1999.

\_\_\_\_\_. Opinião Consultiva OC-17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002.

\_\_\_\_\_. Opinião Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de setembro de 2003.

\_\_\_\_\_. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolução de 18 de agosto de 2000.

\_\_\_\_\_. *Caso Bueno Alves v. Argentina*, sentença de 11 de maio de 2007.

\_\_\_\_\_. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. v. Ecuador*, sentença de 21 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, sentença de 8 de setembro de 2005.

\_\_\_\_\_. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentença de 24 de setembro de 1999,

\_\_\_\_\_. *Caso Massacre de Mapiripan v. Colombia*, sentença de 15 de setembro de 2005.

\_\_\_\_\_. *Caso Massacres de Ituango v. Colombia*, sentença de 01 de julho de 2006.

\_\_\_\_\_. *Caso Tibi Vs. Ecuador*, sentença de 7 de setembro de 2004.

\_\_\_\_\_. *Caso Valle Jaramillo v. Colombia*, sentença de 27 de novembro de 2008.

## **2. Corte Européia de Direitos Humanos:**

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*, proferida em 12 de fevereiro de 2008.

\_\_\_\_\_. *A. and Others v. The United Kingdom*, sentença de 19 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Ahmut v. The Netherlands*, sentença de 28 de novembro de 1996.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2008: Registry of the European Court of Human Rights*. Estrasburgo, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ärzte für das Leben” v. Austria*, sentença de 21 Junho de 1988.

\_\_\_\_\_. *Berrehab v. Netherlands*, sentença de 21 de junho de 1988.

\_\_\_\_\_. *Boughanemi vs. France*, sentença de 24 de abril de 1996.

\_\_\_\_\_. *Boultif v. Suíça*, sentença de 02 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. *Bozano v. France*, sentença de 18 de dezembro de 1986.

\_\_\_\_\_. *Chahal v. the United Kingdom*, sentença de 15 de novembro de 1996.

\_\_\_\_\_. *Cisse v. France*, sentença de 9 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. *Čonka v. Bélgica*, sentença de 5 de fevereiro de 2002.

\_\_\_\_\_. *Dougoz v. Grecia*, sentença de 6 de março de 2001.

\_\_\_\_\_. *Droogenbroeck v. Belgium*, sentença de 9 de julho de 1980.

\_\_\_\_\_. *E. and Others v. the United Kingdom*, sentença de 26 de novembro de 2002.

\_\_\_\_\_. *Estrikh v. Letônia*, sentença de 18 de janeiro 2007.

\_\_\_\_\_. *Gül v. Switzerland* , sentença de 19 de fevereiro de 1996.

\_\_\_\_\_. *Ireland v. the United Kingdom*, sentença de 18 de janeiro de 1978.

\_\_\_\_\_. *M.C. v. Bulgaria*, sentença de 4 de dezembro de 2003.

\_\_\_\_\_. *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentença de 12 de outubro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Murray v. the United Kingdom*, sentença de 28 de outubro de 1994.

\_\_\_\_\_. *NA. v. The United Kingdom*, sentença de 17 de julho de 2008.

\_\_\_\_\_. *Nnyanzi v. The United Kingdom*, sentença de 8 de Abril de 2008.

\_\_\_\_\_. *Onur v. Reino Unido*, sentença de 17 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Rusu v. Austria*, sentença de 2 de outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. *Saadi v. Italy*, sentença de 28 de fevereiro de 2008.

\_\_\_\_\_. *Shevanova v. Latvia*, sentença de 15 de junho de 2006.

\_\_\_\_\_. *Siliadin v. França*, sentença de 26 de julho de 2005.

\_\_\_\_\_. *Soering v. the United Kingdom*, sentença de 7 de julho de 1989.

\_\_\_\_\_. *Uner v. Netherlands*, sentença de 18 de outubro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Van der Leer v. Holanda*, sentença de 21 de fevereiro de 1990.

\_\_\_\_\_. *Vikulov e outros v. Letônia*, sentença de inadmissibilidade 2004.

\_\_\_\_\_. *Z and Others v. the United Kingdom*, sentença de 10 de maio de 2001.

### **Instrumentos Normativos**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, adotada em 18 de dezembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Assembléia Geral. Declaração sobre os Direitos Humanos de Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem, adotada em 13 de dezembro de 1985.

\_\_\_\_\_. Informe da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento celebrada na cidade do Cairo de 5 a 13 de setembro de 1994, Programa de Ação, Capítulo X.A.10.1.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 97 Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, adotada em 22 de Janeiro de 1952.

\_\_\_\_\_. Convenção n.º 143 Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, adotada em 24 de Junho de 1975

CONSELHO EUROPEU. Protocolo n. 2 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

\_\_\_\_\_. Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

\_\_\_\_\_. Protocolo n. 11 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

ASSEMBÉIA GERAL DA ONU. Resolução 59/194, adotada em 18 de março de 2005, preâmbulo.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Resolução 2005/47, de 19 de abril de 2005, preâmbulo.

\_\_\_\_\_. Resolução 1999/44, de 27 de abril de 1999, preâmbulo.

### **Web Sites Consultados**

COMITÉ DE DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES.  
*Supervisar la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares.* Disponível em:

<<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/>> Acesso em: 05/04/2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembléia Geral. *Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, AG/RES.2043 (XXXIV-O/04).

Disponível em:

[http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs\\_approved/agres2043\\_04.asp](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2043_04.asp).

Acesso em: 23/04/2009.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado para Direitos Humanos. *Human Rights of Migrants*, 2005.

<[http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN\\_4-RES-2005-47.doc](http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-47.doc)>

Acessado em: 23/04/2009.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *The European Court of Human Rights Some Facts and Figures 1998-2008*. Disponível em: <

<<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/65172EB7-DE1C-4BB8-93B128676C2C844/0/FactsAndFiguresENG10ansNov.pdf>>

Acessado em: 11/05/2009.

DEUTSCHE WELLE. *Corte Europeia de Direitos Humanos completa 50 anos*. Disponível em: <<http://www.dw3d.de/dw/article/04050623,00.html>>

Acessado em: 29/05/2009.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Composition*.

<http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>.

Acessado em: 24/04/2009.

## ABREVIACOES

Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Corte EDH	Corte Européia de Direitos Humanos
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Comissão EDH	Comissão Européia de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Européia de Direitos Humanos
SIPDH	Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos
SEPDH	Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos
OC	Opinião Consultiva