

# A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

---

Antonio Celso Alves Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

O presente texto tem como objeto analisar a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este tribunal conforma uma instituição judicial independente e autônoma, cuja finalidade compreende a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Regulada pelos artigos 33, b e 62 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do seu Estatuto, a Corte foi instalada, em 1979, e tem sua sede em San José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX<sup>a</sup> Conferência Interamericana realizada em Bogotá, em 1948. As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa, artigos 61, 62 e 63, e consultiva, artigo 64. Por sua amplitude, a competência consultiva da Corte Interamericana se apresenta, no contexto dos Tribunais internacionais, como *sui generis*. Ao longo de sua profícua atuação, a Corte Interamericana, em atendimento às solicitações dos Estados Membros e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, editou *Opiniões Consultivas* as quais, por sua originalidade, representam importantes contribuições para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Direito internacional público; direito internacional dos direitos humanos.

## Abstract

This paper aims at analyzing the advisory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. This court conforms an independent and autonomous judicial institution whose purpose includes the application and interpretation of the American Convention on Human Rights .. The Court was established in 1979 and is headquartered in San Jose, Costa Rica. Its creation stems from the proposal presented by the Brazilian delegation to IX<sup>a</sup> Inter-American Conference held in Bogotá in 1948. The functions of the Court are classified and defined by the American Convention in two categories: litigation, articles 61, 62 and 63, and advisory, Article 64. its extent, the advisory jurisdiction of the Court is presented in the context of international courts, as *sui generis*. Throughout his fruitful activity, the Inter-American Court, in response to requests from Member States and the Inter-American Commission on Human Rights, edited Advisory Opinions which, for its originality, represent important contributions to the evolution of international human rights law.

**Keywords:** Public international law; international human rights law.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença, RJ, e da Faculdade de Direito da UERJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

- I -

A aprovação pelas Nações Unidas da Carta Internacional dos Direitos Humanos, compreendendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, e seus dois Protocolos Facultativos<sup>2</sup>, na segunda metade do século passado, foi o ponto de partida de uma rica fase legislativa, sob os auspícios da ONU, que redundou na aprovação de uma série de resoluções, declarações<sup>3</sup> e de convenções multilaterais que formaram um substancial *corpus juris* que se destina à proteção dos direitos humanos, o que, considerando a titularidade desses direitos, constitui-se em verdadeira conquista do indivíduo contra o Estado.<sup>4</sup>

Além da aprovação dessa mencionada normativa internacional, foram criados órgãos e mecanismos que compõem os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 112 da Carta da OEA e 34 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 1969), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigos 52 a 73 da citada Convenção Americana), a Corte Europeia de Direitos Humanos criada pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das

<sup>2</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Resolução 2200 A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966 da Assembleia Geral, entrou em vigor em 3 de Janeiro de 1976. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela mesma Resolução 2200 A (XXI), entrou em vigor a 23 de Março de 1976. O primeiro Protocolo facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos entrou em vigor simultaneamente ao Pacto. O segundo Protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Resolução 44/128 da Assembleia Geral, entrou em vigor em 5 de dezembro de 1991.

<sup>3</sup> Por exemplo, entre outras: Declaração 1514 (XV) da Assembleia Geral sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, aprovada em 14 de dezembro de 1960; Resolução 1.235 (XLII) do Conselho Econômico e Social, de 06/06/1967; Declaração 41/128 sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Assembleia Geral em 4 de dezembro de 1986.

<sup>4</sup> É, de fato, notável a contribuição das Nações Unidas para a democratização e universalização do Direito Internacional geral e para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na segunda metade do século passado, a Organização conseguiu aprovar inúmeras convenções internacionais versando sobre direitos humanos, além da Carta Internacional dos Direitos Humanos: entre outros instrumentos de proteção, destacam-se: a Convenções sobre Genocídio (1948); sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), além da I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Teerã, 1968, e das grandes conferências mundiais dos anos noventa: Cúpula Mundial sobre a Criança 1990, Nações Unidas, Nova York; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – junho, 1992, Rio de Janeiro; I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – junho, 1993, Viena, Áustria; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento -setembro, 1994, Cairo, Egito; Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher – setembro, 1995, Pequim, China; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social – março, 1995, Copenhague, Dinamarca; Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – junho, 1996, Istambul, Turquia e a Cúpula do Milênio – setembro, 2000, Nações Unidas, Nova York, EUA.

Liberdades Fundamentais (1950)<sup>5</sup>, e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (artigos 30 a 64 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos - 1981) e a Corte Africana de Direitos Humanos – em funcionamento desde julho de 2006 –, além dos mecanismos internacionais convencionais de monitoramento contínuo, como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Parte IV), o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, entre outros. É importante destacar o fato de que, no contexto da lenta reforma das Nações Unidas<sup>6</sup> merece comemoração a substituição, em 2006, da

<sup>5</sup> A Comissão Europeia de Direitos Humanos foi extinta pelo Protocolo XI à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que criou uma nova e ampliada Corte Europeia de Direitos Humanos.

<sup>6</sup> A necessidade de se empreender uma ampla reforma das Nações Unidas está na agenda internacional desde os dias imediatos ao fim da Guerra Fria. A ordem internacional montada em Ialta, o condomínio de feitura “tordesiliano” daí resultante, fora-se com o fim do Império Soviético. As discussões sobre a necessidade de reformar as Nações Unidas tiveram início na gestão do antigo Secretário-Geral Boutros Boutros-Ghali, em 1992. Naquele momento a preocupação era empreender esforços para dotar a ONU de condições para que ela pudesse cumprir os mandamentos de sua própria Carta, criar mecanismos para manter o necessário equilíbrio entre seus diversos órgãos, consolidar e simplificar suas atividades, definindo, de forma clara, as funções de cada uma de suas Agências. Dois importantes documentos lançados por Boutros-Ghali completavam sua proposta de reforma: a Agenda para a Paz e a Agência para o Desenvolvimento.

No primeiro ano de seu mandato, em 1997, o secretário-geral Kofi Annan retomou a questão das mudanças na estrutura da ONU, ao dar publicidade ao documento *Renovação das Nações Unidas: um Programa de Reforma*, texto no qual apontava as propostas de mudanças até então apresentadas por seus antecessores, afirmando que o processo de reforma deveria ser amplo e permanente. Prosseguindo em seus esforços para avançar no projeto de reforma, o secretário-geral Kofi Annan, em dezembro de 2003, instalou, em Nova Iorque, uma Comissão Mundial, presidida por Anand Panyarachum, antigo primeiro-ministro da Tailândia, composta por 16 personalidades de alto prestígio internacional, dentre as quais o embaixador brasileiro João Clemente Baena Soares, para coadjuvar o Secretariado Geral na elaboração do projeto de reforma das Nações Unidas. Membros do Painel de Alto Nível das Nações Unidas sobre Ameaças, Desafios e Mudanças: Anand Panyarachum (TAILÂNDIA) Presidente do Painel; Roberto Badinter (FRANÇA); João Clemente Baena Soares (BRASIL); Gro Harlem Brundtland (NORUEGA); Mary Chinery-Hesse (GANA); Gareth Evans (AUSTRÁLIA); David Hannay (REINO UNIDO); Enrique Iglesias (URUGUAI); Amre Moussa (EGITO); Satish Nambiar (ÍNDIA); Sadako Ogata (JAPÃO); Yevgeny Primakov (RÚSSIA); Qian Qichen (CHINA); Nafis Sadik (PAQUISTÃO); Salim Ahmed Salim (TANZÂNIA); Brent Scowcroft (ESTADOS UNIDOS).

Tal expediente propiciou a formação do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças, que, durante todo o ano de 2004, ouviu, em consultas regionais, seminários e *workshops*, representantes dos diversos setores dos países-membros das Nações Unidas. Dessas atividades resultou o relatório *Um mundo mais seguro: nossa responsabilidade comum*, em 129 páginas, contendo 101 recomendações, e que foi entregue ao secretário-geral Kofi Annan no dia 2 de dezembro de 2004.

O “Painel” identifica, ao lado de antigos e persistentes conflitos, as novas situações e as novas ameaças que flagelam os indivíduos e as nações neste século XXI, protestando, entre outras coisas, por ações multilaterais que favoreçam a segurança biológica. O relatório reafirma o conceito de que “pobreza é também questão de segurança, além do problema do desenvolvimento”. Mostra, por exemplo, como a epidemia da AIDS, que incide sobre o continente africano com maior intensidade do que em outras partes do mundo, constitui



A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra a figura do juiz *ad hoc*, que deverá reunir os requisitos mencionados no artigo 52 e será convocado “se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*” (Art.55).

A competência e as funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa, artigos 61, 62 e 63, e consultiva, artigo 64. Para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou por um Estado Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresse, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. Tal declaração deve ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazos determinados ou para casos específicos. Da mesma forma, o Estado poderá fazê-lo por meio de convenção especial. (Artigo 62.1, 2 e 3.)

O Brasil depositou a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Secretaria-Geral da OEA, em 25/09/92, e da declaração de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana em 10/12/1998.

No exercício de sua competência contenciosa a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem prestado relevantes serviços à cidadania, à democracia e à efetividade dos direitos humanos no Continente. É importante salientar a contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consagração definitiva e o reconhecimento da existência de normas imperativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na sentença no caso *Niños de la Calle – Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, e na *Opinião Consultiva OC-18 sobre o Direito dos Trabalhadores Imigrantes Indocumentados*, para citar, à guisa de exemplo, apenas estas duas situações decididas pela Corte Interamericana, pode-se observar o reconhecimento definitivo do *jus cogens* no âmbito dos direitos humanos, fato que confirma as assertivas da melhor doutrina, segundo a qual a questão das normas cogentes não é exclusividade do direito dos tratados, conforme consagraram as duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigos 53 e 64). Em sentenças que têm como ponto central a questão da violação de normas da Convenção Americana sobre direito à vida, sobre a prática de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, denegação de acesso à Justiça e conseqüente desrespeito ao princípio do devido processo legal, direitos da criança e do adolescente, execuções sumárias, trabalho escravo, direitos da população indígena, direito à assistência consular, enfim, violações dos princípios da igualdade, da não-discriminação e da dignidade humana são hoje consagrados pela

Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma incontestada, como normas imperativas de Direito Internacional dos Direitos Humanos (ver parágrafos 38 a 47 do Voto em Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na sentença do *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*).

## – II –

No presente texto intenta-se destacar a importância da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando em conta a originalidade e amplitude da mesma em relação aos outros tribunais internacionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 64, 1, dispõe o seguinte:

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.

26

Discutindo a amplitude de sua competência em matéria consultiva oriunda do dispositivo acima, a Corte Interamericana esclarece, em sua terceira Opinião Consultiva<sup>8</sup>, editada em 8 de setembro de 1983, sobre *Restrições à Pena de Morte*, que tal competência, “*es única en el derecho internacional contemporáneo*”.<sup>9</sup>

Em outra importante Opinião, a Corte esclarece também que

[...] la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros. (Parágrafo 15).<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A, nº 3. Opinión Consultiva OC-03/83 del 8 de Septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/seriec/index\\_c.html](http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html)>. Acesso em: 01 fev 2015. [www.oas.org](http://www.oas.org)

<sup>9</sup> CIDH - Opinião Consultiva OC-3/83, parágrafo 43.

<sup>10</sup> *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por el Perú, parr. 15, pág. 4*. Disponível em:

Na Opinião Consultiva – OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, a Corte destaca que a sua função consultiva tem por finalidade coadjuvar o cumprimento por parte dos Estados americanos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, assim como o cumprimento das funções que são atribuídas aos distintos órgãos da OEA nessa mesma matéria. Destina-se, dessa forma, a oferecer ao solicitante – Estado membro da Organização dos Estados Americanos ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA – a interpretação correta de dispositivo da Convenção Americana, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano.

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos a competência consultiva atribuída à Corte Europeia pelo artigo 1º do Protocolo II à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tem a amplitude da competência consultiva que a Convenção Americana confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Europeia e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Europeia e dos seus Protocolos. Estes pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão Europeia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (art.1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar apresentar sua opinião. Na Opinião Consultiva 01/82 isso está bem claro.

De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de



assistência consular.<sup>12</sup> A OC-16/99 repercute na questão dos direitos do imigrante indocumentado, quando afirma que os direitos de acesso à justiça e às garantias do devido processo legal devem ser asseguradas ao estrangeiro. Em seu voto, na aprovação da OC/16, o juiz Sergio García Ramírez afirmou:

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.

Importante também para se fixar os direitos do imigrante no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, principalmente em relação aos Estados do continente que não ratificaram a Convenção Americana, é o que explicita a *Opinião Consultiva OC-10/89 – Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 14 de julho de 1989*. A CIDH sustenta o seguinte:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Parágrafo 45).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> “Em seu décimo sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso imposição e execução de pena de morte acarreta um privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, com todas a consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero”. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, p.64.

<sup>13</sup> *Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/seriec/index\\_c.htm.l](http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htm.l)>. Acesso em: 01 fev 2015. [www.oas.org](http://www.oas.org)



instrumentos que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção.<sup>15</sup>

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas compreendendo o seguinte:

1. Pode um Estado americano, de acordo com sua legislação trabalhista, tratar de forma distinta e prejudicial os trabalhadores migrantes ilegais comparativamente aos direitos que são conferidos ao trabalhadores migrantes legais e aos trabalhadores nacionais desse Estado? É a condição de migrante ilegal que impede o gozo de tais direitos?

2. Os artigos 2º, parágrafo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, II da *Declaração Americana*, 2º e 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e 1º e 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* devem ser interpretados no sentido de que somente em situação legal no interior de um Estado deve este respeitar e garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições? Ainda à luz dessas disposições, pode-se considerar que a privação de um ou de mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de imigrante ilegal, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as mencionadas disposições?

3. Considerando os artigos 2º, parágrafos 1º e 2º e 5º, parágrafo 2º, do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade ante a lei à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

4. Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial por meio das disposições dos instrumentos internacionais apontados na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não-discriminação e, da mesma forma, do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e, neste contexto, podem tais dispositivos serem considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as consequências

<sup>15</sup> “Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos”. *Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A: Fallos y Opiniones. N° 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2004.*

jurídicas para os Estados membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, incisos (I) e 17 da *Carta da OEA*?

Atendendo ao governo mexicano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a *Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003 – Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, deixando claro que tem competência para pronunciar-se sobre as perguntas formuladas pelo Estado mexicano. No parágrafo 60 dessa Opinião Consultiva, a Corte Interamericana destaca que o inteiro teor do referido parecer se aplica aos Estados membros da OEA, que firmaram indistintamente a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, subscreveram a *Declaração Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ou que hajam ratificado o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, independentemente de serem partes da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* ou de algum de seus protocolos facultativos.

Partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa traduzir-se em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação às suas políticas públicas, “quaisquer que seja estas, incluídas as de caráter migratório” (parágrafo 172).

O princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. “Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*”.<sup>16</sup>

A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo imigrante, independente de sua situação legal ou ilegal no país em que trabalha. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. Portanto, não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes ilegais por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais, e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos não sejam violados, não importando em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.

<sup>16</sup> Parágrafo 4, capítulo X, conclusões da OC-18-03.

Importante por suas consequências, a Opinião Consultiva nº 19, emitida em 28 de novembro de 2005, solicitada pela República Bolivariana da Venezuela, sobre o controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme os artigos 41 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O governo da Venezuela, contrariado com decisões da Comissão Interamericana apostas às denúncias de graves violações da Convenção Americana por parte do governo daquele Estado, solicitou o Parecer da Corte sobre o tema questionando o seguinte: 1) existe um órgão dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que disponha de competências para exercer controle de legalidade dos atos da Comissão Interamericana, ao qual pode um Estado partes da Convenção Americana recorrer em defesa da legalidade? 2) Em caso de existência de tal órgão, solicita que ele seja apontado pela Corte, bem como que sejam explicitadas suas atribuições. A Corte, por unanimidade, em sua OC-19, deixou claro que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem plena autonomia e independência no exercício do seu mandato, conforme dispõe a Convenção Americana, e que ela atua dentro do marco legal estabelecido pela mesma Convenção, nos termos dos artigos 44 a 51 e, da mesma forma, consoante o artigo 41. E conclui esclarecendo ao governo venezuelano que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de suas funções, efetua o controle de legalidade dos atos da Comissão, no que se refere ao trâmite dos assuntos que estejam sob o conhecimento da própria Corte, conforme a competência que lhe conferem a Convenção Americana e outros instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos.

Em atendimento à solicitação do governo argentino, a Corte Interamericana emitiu a Opinião Consultiva nº 20/09, em 29 de setembro de 2009, na qual esclarece, de forma definitiva, questões relativas à interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação à figura do juiz *ad hoc* e a questão da igualdade de armas em processos perante a Corte derivados de petição individual. Após declarar-se competente para opinar sobre a demanda argentina, a Corte, por unanimidade, decidiu que, de acordo com o artigo 55.3 da Convenção Americana, a nomeação por um Estado Parte de um juiz *ad hoc* para integrar o mesmo Tribunal quando nele não houver um juiz de sua nacionalidade, se restringe aos casos contenciosos originados de comunicações interestatais e que não é possível, de acordo com a Convenção Americana, derivar um direito similar a favor dos Estados Partes em casos originados de petições individuais.

Por último, trazemos à colação a Opinião Consultiva OC-21/2014, exarada em 19 de agosto de 2014, mediante solicitação conjunta dos seguintes Estados: República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Os governos desses países pedem o Parecer da Corte Interamericana sobre os direitos e garantias que devem ser assegurados a crianças e adolescentes no contexto da emigração latino-americana e caribenha, ou em situações de necessidade de proteção internacional. Trata-se de um instrumento da maior relevância doutrinária, extenso e inovador (108 pp.), constituindo-se em um dos marcos mais importantes da rica contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o desenvolvimento do Direito



uma problemática que suscita uma profunda preocupação em diferentes âmbitos nacionais e internacionais. [...] Estabelecido o princípio de não criminalização, ainda restam muitas questões pendentes em relação [ao] reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes e, em particular, sobre o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos das crianças migrantes.

[...] Neste cenário, resulta fundamental que a [...] Corte Interamericana de Direitos Humanos defina com maior precisão quais são os padrões, princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das pessoas migrantes, em particular no que diz respeito aos direitos dos meninos e meninas migrantes e filhos/as de migrantes.<sup>18</sup>

A demanda dos Estados solicitantes está configurada em nove itens, compreendendo amplamente toda a questão. A Corte, levando em conta quesitos específicas, desenvolveu, como já ficou destacado, uma Opinião inquestionavelmente relevante, contemplando e esclarecendo todos os pontos sobrelevados. Assim, resumidamente, damos abaixo, a *Opinião* da Corte:

[...] Os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições.

[...] Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança tenha sido uma consideração primordial em todas as decisões adotadas, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes estejam adaptados às suas necessidades e sejam acessíveis a elas.

[...] As garantias de devido processo que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório.

[...] Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger, de forma prioritária e integral, os direitos da criança.

[...] Os Estados devem elaborar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, que visem, de forma prioritária, a proteção integral dos direitos da criança, com estrito respeito de seus direitos humanos e do princípio de legalidade, e as decisões que ordenem estas medidas devem ser adotadas por uma autoridade administrativa ou judicial competente em

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos – *Opinião Consultiva OC-21. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda\\_opiniones\\_consultas.cfm?Lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultas.cfm?Lang=es)>. Acesso em: 01 fev 2015.

