

Artigo recebido em 11.09.2019 / Aprovado em 20.12.2019

O RECONHECIMENTO DO DIREITO DOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS COMO *JUS CONGENS* INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA OPINIÃO CONSULTIVA 18/03 NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**RECOGNITION OF THE RIGHT OF UNDOCUMENTED IMMIGRANTS AS INTERNATIONAL *JUS COGENS*: AN ANALYSIS OF ADVISORY OPINION 18/03 IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**João José Turri Brufatto¹Cynthia Soares Carneiro²**RESUMO**

O artigo apresenta um estudo da Opinião Consultiva 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos para destacar a sua atualidade e importância para o Brasil contemporâneo. Com uma exposição sintética de seus principais pressupostos teóricos e jurisprudenciais, demonstra os motivos pelos quais este parecer é tido como um dos instrumentos mais emblemáticos da jurisprudência do *jus cogens* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Isso nos serve como justificativa para analisar suas consequências jurídicas diretas, a intenção de conferir proteção máxima ao princípio da não discriminação ou equidade, alçado à condição de norma imperativa de direito internacional, e indiretas, como o alerta em relação às condições que estimulam o tráfico de pessoas. Para alcançar seu objetivo, o artigo se pauta pela análise de referências teóricas sobre o tema e de instrumentos jurídicos por ele suscitados para que possamos explorar seu potencial enquanto precedente no SIDH. Em suma, reafirmar e garantir os direitos trabalhistas dos migrantes não documentados, que devem ser tutelados em condições de igualdade com os demais trabalhadores, não afasta as potencialidades ainda latentes que o parecer acarreta ao sistema internacional de direitos humanos, inclusive em relação à proibição ao tráfico de

¹ Pós-graduando da Pós-Graduação – Lato Sensu em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Aluno especial do Programa de Pós-Graduação do mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) em 2018, com mérito pelo Prêmio de Reconhecimento de Desempenho da Graduação outorgado pela FDRP/USP. E-mail: jj_brufatto@outlook.com ORCID 0000-0002-1500-1159

² Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Franca Professora de Graduação e Pós Graduação da FDRP-USP. Bacharel em História pela FFLCH-USP e em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Franca. E-mail: cynthia.carneiro@usp.br ORCID 0000-0003-1870-7912

peçoas como um de seus desdobramentos jurídicos a ser incorporado na esfera do *jus cogens* internacional no SIDH.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. *Jus cogens*. Migrantes não documentados. Princípio da não discriminação ou equidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The article presents a study of the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 18/2003 to highlight its timeliness and importance for contemporary Brazil. With a brief exposition of its main theoretical and jurisprudential assumptions, it demonstrates the reasons why this opinion is considered as one of the most emblematic instruments of the *jus cogens* jurisprudence in the Inter-American Human Rights System. This serves as a justification for analyzing its direct legal consequences, the intention to give maximum protection to the principle of non-discrimination or equity, raised to the condition of an imperative norm of international law, and indirect, as the alert regarding the conditions that stimulate people trafficking. To achieve its objective, the article is based on the analysis of theoretical references on the subject and of legal instruments raised by it so that we can explore its potential as a precedent in the IACHR. In short, reaffirming and guaranteeing the labor rights of undocumented migrants, who must be protected on an equal basis with those of other workers, does not detract from the still latent potentialities that the opinion entails in the international human rights system, including the human trafficking prohibition as one of its legal developments to be incorporated into the international *jus cogens* sphere of the IACHR.

KEYWORDS: Inter-American Human Rights System. International Law. *Jus cogens*. Principle of non-discrimination or equity. Undocumented migrants.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com as questões migratórias surgindo a todo tempo nos noticiários nacionais e internacionais, diversas questões de direito tem sido suscitadas, principalmente em razão da dimensão contemporânea adquirida pelo fenômeno da migração, especialmente aquelas relativas às novas formas de trabalho escravo e ao trabalho precário, às quais estão sujeitos diversas modalidades de migrantes³.

³ Sobre as diversas modalidades migratórias, que não serão objeto deste trabalho, teorias buscam identificar quem é o migrante na sociedade de acolhimento. No entanto, em razão da complexidade dos fluxos contemporâneos importante destacar que “a definição das modalidades migratórias precisa estar em sintonia com a particularidade do fenômeno a ser pesquisado, pois sua função é oferecer uma

Tradicionalmente, vincula-se a ideia de migração à figura do trabalhador temporário, embora raramente o sejam e, nesse aspecto, os estudos de Abdelmalek Sayad, continuam essenciais⁴. Por isso, as migrações sempre foram pautadas pelo debate referente aos direitos trabalhistas, especialmente no ramo do direito internacional do trabalho, ligado aos direitos humanos.

Essa realidade também tem repercutido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), especialmente quando se depara com as questões das normas de *jus cogens*⁵, ou normas imperativa de direito internacional, oponíveis contra todos os Estados.

Na elaboração de uma jurisprudência do *jus cogens* no SIDH, a questão migratória e sua relação com o trabalho tem sua natureza jurídica vinculada ao princípio da não discriminação ou da equidade no direito internacional, que assegura que os direitos trabalhistas devem valer igualmente entre trabalhadores nacionais e migrantes, sejam estes documentados ou não.

Dentro da chamada jurisprudência paradigmática do *jus cogens* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (BRUFATTO, 2018b), o caso de maior destaque, certamente, é o que envolve a Opinião Consultiva n. 18/03 (ICHR, 2003), requerida pelo México, a partir da qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabelece orientações que poderão fundamentar uma série de futuras decisões judiciais, nacionais ou internacionais. Nesse aspecto, cabe destacar que a função consultiva, além da jurisdicional, constitui uma das principais funções da Corte e sua principal demanda⁶.

ferramenta à análise, não deve ser concebida para ser abstrata, nem universal: o valor explicativo da tipologia adotada deve fazer face ao contexto investigado” (ALMEIDA; BAENINGER, 2013, p. 32).

⁴ Nessa concepção, a figura do migrante trabalhador temporário pode ser caracterizada por sua inerente dispensabilidade, pois “basta que as circunstâncias que se encontravam na origem da imigração (ou seja, as condições econômicas) mudem e, ao mudar, que imponham uma nova avaliação dos lucros que se pode tirar dos imigrantes, para que ressurgja naturalmente, contra a ilusão coletiva que permitia que a imigração se perpetuasse, a primeira definição do imigrante como trabalhador provisório e da imigração como estadia literalmente provisória” (SAYAD, 1998, p. 48).

⁵ Trata-se aqui das normas de *jus cogens* como fontes autônomas de direito internacional (ORAKHELASHVILI, 2006), cujo conteúdo são os interesses mais sensíveis de uma sociedade de Estados se a concebermos como Bull em vista de valores comuns (2002), tais como os direitos humanos em sentido lato, os direitos humanitários e o direito dos refugiados.

⁶ Pelo art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, “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 [...]”.

Na referida consulta, a CIDH começa por dar destaque a diversas questões de direito que, posteriormente, seriam desenvolvidas em sua jurisprudência do *jus cogens* internacional. São tratadas questões relacionadas ao *jus cogens* no que toca 1) aos direitos tutelados e deveres exigidos por suas normas; 2) às fontes de direitos que o embasam; 3) à hierarquia de suas normas no ordenamento jurídico internacional; e 4) os fatores extrajurídicos que realmente o embasariam.

No caso, diante de violações massivas aos direitos sociais de trabalhadores migrantes mexicanos nos Estados Unidos, o México requereu à CIDH a interpretação de algumas normas do direito internacional solicitando que emitisse parecer sobre algumas questões de direito a envolver a equidade perante o direito e o *jus cogens* em vista das obrigações internacionais dos Estados membros do SIDH. A Corte, então, exorta os Estados e demais partes interessadas para que sejam cessadas as violações de direitos trabalhistas, ou seja, direitos humanos sociais, ali levantadas.

Neste artigo, a partir do conjunto da jurisprudência paradigmática do *jus cogens* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (BRUFATTO, 2018b), analisa-se, especificamente, o seu caso mais citado para desenvolver entendimentos relativos a esse sistema em matéria de *jus cogens*. Nesse sentido, o caso dos imigrantes irregulares se mostra relevante a muitos temas de direito internacional, pois ele visa à maximização da proteção aos direitos humanos em decorrência da amplitude com que sedimenta um novo modelo de ordem jurídica, levantando-se a seguir seus pontos principais: (i) o caso do Parecer Consultivo 18/03, requerido pelo México, conta com a primeira proteção ao direito a não discriminação ou ao tratamento equitativo dentro da esfera do *jus cogens* internacional na CIDH; (ii) a aplicação desse direito como norma de *jus cogens* se dá por meio de tratados e outros documentos jurídicos normativos, bem como da alusão dos juízes à natureza de *direito natural*, à dignidade humana, à consciência comum e à razão superior; (iii) há também referência expressa a um ordenamento jurídico verticalizado em vista das normas de *jus cogens*; (iv) por fim, se nos pautarmos pela busca de fatores extrajurídicos à decisão, percebe-se uma construção da razão de decidir em vista da carência de norma nas fontes de direito positivo mais precisas na matéria de direito enfrentada e de um conflito normativo entre fontes de direito positivo, sendo algumas mais benéficas e outras prejudiciais. Isso,

aparentemente, justifica a atribuição da natureza de *jus cogens* ao princípio suscitado, o que, apesar de criticável, demonstra a disposição dos juízes da CIDH para garantir a máxima proteção aos direitos dos trabalhadores imigrantes.

Para desenvolver este estudo de caso, o artigo se encontra dividido em duas partes: a primeira busca explorar sua *ratio decidendi* na tutela dos migrantes vítimas da exploração laboral em razão do desrespeito ao princípio da não discriminação ou equidade; a segunda visa conferir um novo olhar à problemática, em vista de como essa violação relaciona-se com o tráfico de pessoas.

2 O *JUS COGENS* NO DIREITO INTERNACIONAL

Em meio à convergência de certos valores comuns a uma sociedade de Estados (BULL, 2002) e à necessidade de proteger os direitos humanitários dos refugiados e os direitos humanos propriamente ditos (TRINDADE, 2006), o *jus cogens* internacional começa a ganhar relevo à partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, vindo em esteio ao desenvolvimento de diversas decisões em matéria de direitos humanos por órgãos de direito internacional.

Através desse contexto jurídico do pós-guerras, as áreas mais sensíveis de direitos humanos ganham força e eficácia jurídica nas decisões da CIDH (BRUFATTO, 2018b), destacando-se, para os fins desse artigo, os direitos trabalhistas.

Segundo a posição minoritária de ORAKHELASHVILI (2006), o *jus cogens* pode ser considerado como fonte autônoma de direito internacional, acrescentando-o ao rol do art. 38⁷ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tradicionalmente visto como o dispositivo que estabelece uma relação indicativa das fontes do direito internacional.

O *jus cogens* é reconhecidamente aplicado em casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso *Almonacid arellano et al.*; no caso *Caesar*; no caso

⁷ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Chitay Nech et al.; no caso Goiburú et al.; entre outros. Além disso, a positivação do *jus cogens*, no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁸, fomenta o entendimento de se tratara de uma norma de ordem pública internacional e intensifica os debates a respeito de sua natureza de direito positivo ou de direito natural, evidenciando-se que:

(...) embora seja correto que o *jus cogens* exija o reexame da abordagem tradicional e consensual positivista, pelo menos na extensão do âmbito com que o *jus cogens* opera, este exercício não implica necessariamente o reencontro do direito natural clássico, mas exige consideração do caráter e dos efeitos das normas de ordem pública⁹ (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 38, tradução nossa).

De modo caricato e sucinto, pode-se ainda ver o *jus cogens* internacional como o herói super-homem (D'AMATO, 2009) ou mesmo através da construção figurada do detive Sherlock Holmes (SHELTON, 2015). Fato é que os extremos são didáticos, guardando essas figuras críticas, portanto, um pouco de verdade da realidade por de trás do *jus cogens* no direito internacional.

3 A CORTE INTERAMERICANA E A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS MIGRANTES NÃO DOCUMENTADOS

Os Estados Mexicanos submeteram à CIDH o pedido de emissão de uma *Advisory Opinion* relativa à privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas pelos trabalhadores migrantes, e sua incompatibilidade com a obrigação dos Estados americanos em garantir os princípios da igualdade jurídica, da não discriminação e proteção igual e efetiva de direitos a todos os cidadãos, no caso, independentemente de sua condição migratória, além de reafirmar obrigações com caráter *erga omnes*,

⁸ “Artigo 53 Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

⁹ “Although it is correct that *jus cogens* requires the reexamination of the tradicional positivist consensual approach, at least to the extent of the ambit with in which *jus cogens* operates, this exercise does not necessarily entail the reversion to the classical natural Law approaches, but rather requires consideration of the character and effects of public order norms” (ORAKHELASHVILI, 2006, p. 38).

tendo como fulcro a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, bem como de outros tratados e declarações internacionais.

O parecer requerido perpassa questões sobre: (i) a possibilidade de estabelecer um tratamento distinto em matéria de direitos trabalhistas em detrimento de migrantes não documentados; (ii) a necessidade da condição de legalidade da residência em país estrangeiro para assegurar direitos e liberdades; (iii) a compatibilidade das obrigações da não discriminação e de proteção do direito igual, expressas na Convenção Americana de Direitos Humanos, com a negativa de certos direitos trabalhistas com base na condição administrativa de trabalhadores migrantes não documentados ; (iv) a validade de normas domésticas que subordinam essas obrigações internacionais em face do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (BRASIL, 1992) e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos que tenham um caráter *erga omnes*; (v) a natureza do princípio da não discriminação e do direito à proteção igual da lei na hierarquia das normas do direito internacional geral e, a partir disso, a natureza jurídica dessas normas como *jus cogens*.

Para fins desta análise, interessa-nos principalmente a última questão.

Em respostas às arguições apresentadas pelo México, a CIDH emitiu seu parecer, sendo as respostas mais relevantes resumidas em cinco pontos:(i) o tratamento inferior oferecido aos migrantes não documentados vai contra o direito incorporada no artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948)¹⁰, nos artigos 1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹, no artigo 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948)¹² e nos artigos 2 e

¹⁰ “Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”.

¹¹ “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”; “Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

¹² “Artigo VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

26 do Pacto internacional de Direitos Civis e Político¹³ (IACHR, 2003); (ii) neste sentido, mesmo políticas domésticas de cunho migratório devem respeitar obrigações internacionais e os direitos humanos, sendo que a diferença imposta entre nacionais e estrangeiros devem possuir justificativas razoáveis e objetivas (IACHR, 2003); (iii) direitos humanos fundamentais pertencem *ab initio* ao domínio das normas de *jus cogens* (IACHR, 2003); (iv) os direitos trabalhistas fundamentais, que não podem ser restritos, são aqueles estabelecidos em instrumentos internacionais de direitos humanos em relação a todos os trabalhadores, inclusive os migrantes, independentemente da sua situação regular ou irregular. Como exemplos podem ser citados, segundo o parecer: o direito à igual remuneração por trabalho de igual valor; o direito a uma remuneração justa e satisfatória, incluindo a segurança social e outros benefícios derivados de trabalho passado; o direito de formar sindicatos e de se juntar a sindicatos para defender os interesses de alguém; o direito a garantias judiciais e administrativas para determinar os direitos da pessoa; a proibição do trabalho obrigatório ou forçado e a proibição do trabalho infantil (IACHR, 2003); (v) diversas alegações de violações e suas conformidades legais são, igualmente, levantadas e analisadas pela Corte (IACHR, 2003).

¹³ “Artigo 2: 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”. “Artigo 26: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

Nota-se que, conquanto haja um questionamento direto à Organização dos Estados Americanos (OEA) a respeito da natureza do princípio da não discriminação, pouco foi argumentado pelo México e pela Corte sobre sua expressão enquanto normas de *jus cogens*. Sem demérito das demais exposições encontradas no parecer, consideramos relevante expor os seguintes comentários, mais detalhados.

O México relata que o estabelecimento de uma jurisprudência para as normas de *jus cogens* se dá para a proteção dos direitos humanos fundamentais e para esclarecer quais as normas legais aplicáveis (IACHR, 2003, p. 89, p. 14).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos relata que, em vista do *jus cogens*, todos os Estados devem observar essas normas fundamentais, tendo ou não sido ratificados por eles os tratados que as estabelecem (IACHR, 2003, p. 89, p. 23), podendo ainda se encontrar fundamento para esta interpretação na Carta da ONU, art. 2º, inciso 6.

As Clínicas Jurídicas do Colégio de Jurisprudência da Universidade San Francisco de Quito relatam que há diversos efeitos legais que decorrem da caracterização do princípio da não discriminação ou do direito ao tratamento igual como normas de *jus cogens*, a exemplo de seu *status* superior e sua capacidade de prevalecer sobre outra norma (IACHR, 2003, p. 89, p. 33).

Estudantes da Facultad de Direito da Universidade Nacional Autônoma de México relatam que normas de *jus cogens* são *erga omnes* em decorrência de valores de humanidade baseados em consenso universal em vista da natureza especial de sua proteção (IACHR, 2003, p. 89, p. 39).

O *Central American Council of Ombudsmen with the support of its Technical Secretariat (the Inter-American Institute of Human Rights)* relata que são as Cortes que decidem se uma norma é de *jus cogens*, sendo que estas normas, ao limitarem a vontade dos Estados, estabelecem uma ordem pública internacional. A partir disso, o princípio da não discriminação e o direito ao tratamento igual devem ser considerados normas de *jus cogens*, fazendo com que sejam tornados sem efeito ou invalidados atos de Estados em conflito com essas normas (IACHR, 2003, p. 80/81).

Após a participação de terceiros perante a CIDH com importante papel relacionado a questionamentos e a respostas, ocorre a análise da competência da

Corte para o pedido realizado, sendo este abarcado pelo dispositivo 64(1) do Pacto de San José da Costa Rica¹⁴.

Nesse ponto, a Corte divide sua argumentação segundo as seguintes questões:

a) Obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e a natureza fundamental do princípio da igualdade e da não discriminação (segunda questão, 2 (1) e 4); b) Aplicação do princípio da igualdade e não discriminação aos migrantes (pergunta 2 (1)); c) Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados (questões 2 (2) e (1)); e d) Obrigações do Estado na determinação das políticas migratórias à luz dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (pergunta 3)¹⁵ (IACHR, 2003, p. 89, tradução nossa).

Segundo a exposição agora dos juízes da CIDH, os direitos humanos se referem à dignidade humana, sendo uma obrigação geral de imposição obrigatória aos Estados, principalmente em face dos instrumentos internacionais trazidos pelo México. Quanto ao princípio da não discriminação, uma distinção se torna uma discriminação quando não tem um fim legítimo ou não está conectado à justiça, à razão e à natureza das coisas. No parecer, vê-se que, no que diz respeito a sua natureza, trata-se de uma norma de *jus cogens*, pois se liga à natureza e à dignidade humanas e, ao se aplicar a todos os Estados, é imperativa sob o direito internacional geral, atingindo inclusive terceiros.

A Corte, reiteradas vezes, manifesta-se no sentido de que a obrigação da não discriminação, fundamentada na dignidade que deve ser reconhecida à qualquer pessoa, independentemente de sua origem, cultura, crenças, etnia, religião, ideologias, gênero, cor ou idade, impede que o Estado promova a criação de leis, atos administrativos, decisões judiciais ou desenvolva políticas que determinam que agentes do Estado ou entidades civis encorajem a prática da discriminação contra grupos

¹⁴ “Artigo 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”.

¹⁵ “a) Obligation to respect and guarantee the human rights and fundamental nature of the principle of equality and non-discrimination (Questions 2(1) and 4); b) Application of the principle of equality and non-discrimination to migrants (Question 2(1)); c) Rights of undocumented migrant workers (Questions 2(2) and 1); and d) State obligations in the determination of migratory policies in light of the international instruments for the protection of human rights (Question 3)” (IACHR, 2003, p. 89).

específicos de pessoas; podendo, por outro lado, estabelecer distinções objetivas e razoáveis¹⁶ quando assim fundamentadas (IACHR, 2003).

A partir de uma contextualização, a Corte reconhece especial cuidado no tratamento dos direitos humanos dos migrantes, dos quais, o mais sensível e recorrente é a violação indiscriminada do princípio da não discriminação, em face à prática dos Estados, não apenas dos Estados Unidos, em estabelecer, por meio de leis e atos administrativos, condições diferenciadas entre nacionais e estrangeiros, e no âmbito da população imigrante, entre os documentados e os indocumentados.

Ocorre que, a precariedade dos direitos trabalhistas garantidos aos trabalhadores migrantes decorre de sua condição de vulnerabilidade econômica, potencializada quando a pessoa se encontra em situação de irregularidade administrativa perante órgãos do Estado, uma situação que expõe os indocumentados à relações de trabalho que caracterizam as formas de escravidão contemporânea. Apesar do direito internacional reiteradamente declarar, desde a Declaração de Filadélfia, anexa à Constituição da Organização Internacional do Trabalho, de 1946, vê-se declarada a obrigação do Estado de, por atos negativos ou positivos, garantir a igualdade entre os trabalhadores. No seu segundo tópico consagra:

Todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades; b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional; c) quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal (...)

Sobre a obrigação do Estado em determinar suas políticas migratórias à luz dos instrumentos internacionais, de forma a garantir a proteção dos direitos humanos, percebe-se que os princípios supramencionados são abarcados por instrumentos internacionais subsequentes como a Declaração e Programa de Ação de Durban adotados pela Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a

¹⁶ Referencia-se termos utilizados pela própria CIDH, admitindo-se suas pluralidades.

Xenofobia e a Intolerância Relacionada; o parágrafo 9º da Resolução 2001/5 da Comissão de Direitos Humanos sobre racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata¹⁷; o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁸; e o artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressalta-se que todos os braços do Estado, seja o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, devem exercer suas funções segundo as normas internacionais aplicáveis na opinião da CIDH (IACHR, 2003).

Ante o exposto, a Corte manifesta-se, unanimemente, que o princípio da equidade ou da não discriminação forma parte do direito internacional geral e entrou no domínio do *jus cogens*, devendo ser garantido, independentemente do status migratório, inclusive aos migrantes não documentados quando empregados no país de destino, seja ele, portanto, qual for.

Em sua opinião concorrente, o juiz Cançado Trindade expõe essencialmente que, a visão dos pais fundadores do direito internacional sobre um sistema universal, como Grotius, Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Samuel Pufendorf e Christian Wolff, foi afastada pelo positivismo voluntarista, sendo retomada atualmente pelas novas necessidades humanas, as quais estão conectadas aparentemente às violações de direitos humanos (IACHR, 2003, p. 116/148).

Nota-se até aqui uma nítida tensão entre propósitos e realidade no âmbito das doutrinas jusnaturalistas, ao reivindicarem uma consciência comum, uma razão superior ou uma necessária e evidente proteção por parte dos Estados, independentemente da oportunidade e de suas conveniências, sendo que a expressão do *jus cogens* como norma jurídica manifesta-se nesse sentido, como apontamos acima. Contudo, os novos jusnaturalistas afirmam que não se trata de um retorno ao clássico direito natural, mas a uma forma, um método de avaliar o direito positivo. Nesse sentido, a manifestação da Corte na Opinião Consultiva n. 16 (IACHR, 2003, p. 132). Ao transparecer esse cenário turvo, Trindade conclui que essas normas de *jus cogens*:

¹⁷ “9. Reafirmamos que cada pessoa está atrelada a uma ordem social e internacional na qual todos os direitos humanos podem ser realizados por todos, sem qualquer discriminação [...]”.

¹⁸ “Artigo 27 Direito Interno e Observância de Tratados: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

(...) não emanam da inescrutável "vontade" dos Estados, mas sim da consciência humana. O direito internacional geral ou consuetudinário não emana tanto da prática dos Estados (não desprovida de ambiguidades e contradições), mas da *opinio juris communis* de todos os sujeitos do Direito Internacional (os Estados, as organizações internacionais e os seres humanos). Acima da vontade está a consciência¹⁹ (IACHR, 2003, p. 147, tradução nossa).

Cançado Trindade, naquela ocasião juiz da CIDH, relata que o princípio em debate se tornou parte do direito internacional geral, tendo prescrição no art. 26 do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; no art. 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁰ e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (IACHR, 2003, p. 116/148).

Adentrando ao campo do *jus cogens*, especialmente, Trindade considera que esse tipo de norma fora incorporado ao direito internacional nos artigos 53, aqui já mencionado, e 64 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados²¹, e seu efeito implica na verticalização do direito internacional contemporâneo ao colocar limites à plena autonomia da vontade soberana dos Estados ao estabelecer obrigações arguíveis *erga omnes* (IACHR, 2003, p. 116/148). A força dessa norma fica, então, patente ao se analisar sua potencial dimensão horizontal e vertical (IACHR, 2003, p. 116/148).

Por sua vez, em sua opinião concorrente, o juiz Sergio García Ramírez explicita que igualdade perante a lei e rejeição a todas as formas de discriminação são expressões do *jus cogens*, o que seria depreendido do grau de aceite que eles

¹⁹ "Emanate from the inscrutable "will" of the States, but rather from human conscience. General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the *opinio juris communis* of all the subjects of International Law (the States, the international organizations, and the human beings). Above the will is the conscience" (IACHR, 2003, p. 147).

²⁰ "Artigo 14° Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação".

²¹ "Artigo 64 Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se".

alcançaram na sociedade internacional, decorrendo daí sua natureza imperativa constituindo-se em obrigação arguível *erga omnes*, ou seja, independentemente de serem parte em tratados internacionais ou membros de organizações internacionais (IACHR, 2003, p. 149/159). Para o juiz, são apenas admissíveis, nesse âmbito, diferenciações razoáveis, sendo impositivo que o Estado a) garanta, por meios legislativos e outros, a efetividade desse princípio; b) elimine provisões contrárias ao princípio; e c) combata práticas públicas e privadas discriminatórias, independentemente do fato de o Estado ser parte de uma convenção internacional específica (IACHR, 2003, p. 149/159).

Na opinião concorrente do juiz Hernán Salgado Pesantes, o voto caminha no mesmo sentido, argumentando que o tratamento diferenciado para os migrantes não documentados não é necessário nem proporcional, sendo seus efeitos inclusive não razoáveis (IACHR, 2003, p. 160/162).

Por fim, o juiz Alirio Abreu Burelli manifesta-se no sentido de que mesmo que o Estado seja ou não parte de um tratado, ele está obrigado a garantir o princípio da não discriminação, pelo fato de se apresentar como uma obrigação *erga omnes* (IACHR, 2003, p. 163/166). Ademais, considera que uma norma de *jus cogens* deve ser reconhecida como norma superior a qualquer outra norma de direito internacional, conferindo-lhe primazia, de onde decorre que a disposição que contrariar a norma peremptória será nula ou não terá efeitos legais (IACHR, 2003, p. 163/166).

4 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO APLICADO AOS IMIGRANTES

A Corte, quando aplica aos imigrantes o citado princípio da equidade, considerado por ela dentro da esfera do *jus cogens* internacional, observa suas notórias vulnerabilidades econômicas e jurídicas no país de destino, decidindo em defesa de seus direitos trabalhistas em condição de igualdade com os nacionais. Em vista da carência de motivação para tratar desigualmente os imigrantes, documentados e não documentados, e da necessidade de se evitar exploração nas relações de trabalho contrárias a padrões internacionais mínimos, consagra seu entendimento que o *status*

migratório não é pode apresentar-se como justificativa para a privação de direitos fundamentais trabalhistas. Sobre isso, a Corte ainda explica que

(...) ao assumir uma relação de trabalho, o migrante adquire direitos que devem ser reconhecidos e assegurados porque ele é um empregado, independentemente de seu status regular ou irregular no Estado onde está empregado. Esses direitos são resultado da relação de emprego²² (IACHR, 2003, p. 113, tradução nossa).

Nos termos da CIDH, admitem-se legalmente restrições estatais quanto, precisamente, à entrada dos “estrangeiros”, todavia, uma vez dentro das fronteiras nacionais, deve-se assegurar igualdade dos direitos trabalhistas, principalmente no que toca à dignidade da pessoa humana²³. Essa parece ser a mesma conclusão de Lopes, para a qual, ainda utilizando o termo discriminatório “estrangeiro”,

(...) no que diz respeito ao acesso ao trabalho, apesar de admitidas restrições à sua consolidação (são as restrições à imigração propriamente dita), tem-se bem claro que os contratos de trabalho que envolvam estrangeiros devem subordinar-se às regras do país. Isso é, preservação de jurisdição e salvaguarda da ordem social. E também não discriminação, nem de estrangeiro em face de nacional, nem vice-versa (2012, p. 60).

Ressalta-se que esse entendimento deve ser aplicado, inclusive, aos migrantes irregulares, cuja irregularidade deve ser considerada apenas no plano administrativo, a demandar do Estado a pronta regularização de sua situação, posto que nada justifica manter esse trabalhador na opressora condição de indocumentado, o que potencializa sua vulnerabilidade, eis que “os direitos humanos garantidos pela Constituição de 1988 valem até mesmo para estrangeiros não residentes ou *residentes ilegais* (sic)” (LOPES,

²² “When assuming an employment relationship, the migrant acquires rights that must be recognized and ensured because he is an employee, irrespective of his regular or irregular status in the State where he is employed. These rights are a result of the employment relationship” (IACHR, 2003, p. 113).

²³ Adota-se aqui um sentido lato da palavra dignidade da pessoa humana, o qual implica, além do respeito aos valores intrínsecos do ser humano, à autonomia, ao mínimo vital e ao reconhecimento, a busca por integrar diferentes culturas, etnias e identidades de sujeitos plurais (GOMES, 2019). Por outro lado, quais seriam os “valores intrínsecos aos seres humanos”? Valores são sempre subjetivos e temporais (históricos, ou seja, mudam no tempo e no espaço).

2012, p. 44). O Tribunal Superior do Trabalho (TST) brasileiro, em 2006, portanto, ainda na vigência do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980, entendeu que

(...) o paradigma do trabalho ilícito, em relação ao estrangeiro irregular, não deveria mais prevalecer, sendo superado pelo paradigma do trabalho proibido, quando muito, no qual se reconhece o vínculo empregatício e, em consequência, se defere todas as verbas trabalhistas subjacentes ao contrato (PADOVANI, 2017, p. 85).

Considerando-se o histórico das políticas migratórias brasileiras (CARNEIRO, 2018b), pode-se levantar algumas hipóteses para o modelo jurídico discriminatório em relação aos trabalhadores imigrantes em relação aos seus direitos trabalhistas no Brasil. A primeira hipótese relaciona-se à cultura escravagista presente na sociedade brasileira, especialmente entre os representantes de sua elite que tem composto os parlamentos brasileiros desde sua instituição, no Primeiro Reinado. Desde o aumento dos fluxos migratórios espontâneos e regulares de trabalhadores para o Brasil, esses estiveram associados à substituição da mão de obra escrava (TST, 2013), em razão da proibição da prática das migrações forçadas, com a Lei Euzébio de Queiroz, em 1850, no Segundo Reinado e, finalmente proibição da escravidão, com a Lei Aurea, em 1888. A segunda hipótese, umbilicalmente ligada à anterior, remete-nos ao racismo estrutural da sociedade brasileira em relação ao imigrante não-branco, não apenas em relação aos africanos, mas também em relação aos árabes e asiáticos, cuja migração passou a ser restringida à partir da década de 1930, posto que a de africanos, mesmo quando espontânea, foi proibida desde 1889²⁴ (CARNEIRO, 2018a, 2018b).

²⁴ Carneiro, ao dissertar sobre a migração qualificada, constata que mesmo migrantes altamente qualificados, como pesquisadores acadêmicos, ainda sofrem forte discriminação na sociedade brasileira, mesmo na vigência do Estatuto do Estrangeiro, que procurava estimular essa migração (CARNEIRO, 2018a). Em outro artigo, a mesma autora discorre sobre a Lei de Migração brasileira (Lei 13.445/2017), que, “embora tenha estabelecido o princípio da não criminalização do imigrante (art. 3º, III) e restringido as possibilidades de sua prisão, manteve, integralmente, sua possibilidade, desde que submetida à Justiça Federal. Assim, além da detenção do imigrante nas áreas de fiscalização dos portos e aeroportos, para efeito de repatriação, a prisão é igualmente possível, quando o imigrante é residente *irregular*” (CARNEIRO, 2018b), para efeito de deportação, demonstrando que a nova lei não alterou, em quase nada, a situação anterior. Ao contrário, representa, de fato, um retrocesso, pois por meio de portaria ministerial (Portaria 666/2019), tornou-se possível inclusive a deportação de detentores do status de refugiados, em flagrante violação ao princípio da não-devolução (non refoulement) consagrado pelos instrumentos internacionais relativos ao refúgio.

A discriminação jurídica, propulsora das desigualdades e implementada pelo Estado, e manifesta nos limites impostos à cidadania, ao proibir ou inibir a participação política de imigrantes, e ao acesso aos direitos civis, como o direito de se identificar com o porte de um documento válido, e sociais, como direitos trabalhistas; estimulando situações de exploração no trabalho e negando direitos previdenciários, expressam uma política de assimilação, caracteristicamente discriminatória (SANTOS, 2005), na medida em que são concepções através das quais o Estado esconde uma linguagem de violência (GOMES, 2019). Em outras palavras, numa perspectiva colonial, “o louco ou o criminoso perverso e aquele que não é; o bom ou o mau imigrante, o povo indígena bárbaro e aquele que é assimilável; o grupo étnico hibridizável e o que não é; desvio e orientação social tolerável e intolerável”²⁵ (SANTOS, 2005, p. 13, tradução nossa).

Brito (2013), ao discorrer sobre a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, no Cairo, Egito, analisa suas conclusões relativas às políticas migratórias, dentre essas a defesa de que os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores nacionais devem ser igualmente garantidos aos imigrantes, além da obrigação dos Estados membros da ONU de impedir o racismo, a xenofobia, a exploração e o tráfico de trabalhadores não documentados. Portanto, no que tange ao regime internacional de direitos, são altamente questionáveis as práticas discriminatórias como as observadas em uma série de países, principais destinos migratórios, revelando-se como exemplo notório e criticável a política migratória implementada por Trump, nos Estados Unidos, ou Salvini, na Itália²⁶.

Nesse diapasão, deve-se rever a relação entre a ampla soberania do Estado nacional e migração internacional, pois aquele instituto clássico tem sido ressignificado

²⁵ “El Estado tiene que intentar validar socialmente esta repartición, apoyandose em ciertos criterios: el loco o el criminal peligroso y el que no lo es; el buen o mal inmigrante, el pueblo indígena bárbaro y aquel que es asimilable; la etnia hibridizable y la que no lo es; el desvio y la orientación social tolerable e intolerable” (SANTOS, 2005, p. 13).

²⁶ Sobre isso, é possível constatar que a “política migratória de Trump está seriamente comprometida ao enfoque do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sem nem dissertar sobre as diversas questões éticas e políticas por trás dessas medidas, basta somente olhar para o Direito Internacional no âmbito americano para suscitar a nulidade de medidas discriminatórias das pessoas migrantes. Isso ocorre, pois se constata a intenção de discriminar os migrantes por causa de sua religião com base na intolerância da crença de que o islamismo estaria conectado a práticas fundamentalistas, evidenciando nada mais do que os três males citados” (BRUFATTO, 2018a, p.1).

em decorrência de fatos históricos ocorridos na primeira metade do século XX que determinaram a positivação internacional de valores comuns aos Estados, representados em organismos internacionais como a ONU e OEA, que desenvolveram sistemas voltados ao fortalecimento dos direitos humanos. Isso implica que falácias relativas à “proteção do trabalhador nacional” devem ser combatidas e excluídas das leis nacionais. Neste sentido:

(...) a soberania não pode ser entendida como algo intangível a prover imunidade absoluta aos Estados frente a sistemáticas violações de direitos humanos sob o manto da proteção dos mercados econômicos internos ante a pretensa invasão de estrangeiros não qualificados que visam a roubar os empregos da população economicamente ativa do Estado receptor, sobrecarregam os serviços sociais e aumentam os índices de criminalidade (MELLO, 2013, p. 188).

A Lei de Migração brasileira, de 2017, foi concebida para enfrentar um contexto em que os imigrantes não documentados estão sujeitos à situações de extrema vulnerabilidade, pois estão submetidos ao aprofundamento da exploração do trabalho e precarização das condições em que é exercido, em permanente violação aos seus direitos laborais (LESSA, 2016, p. 246). Para enfrentar esse problema, a Lei 13.445/2017, veio no sentido de promover a regularização migratória, ao eliminar a figura do imigrante não documentado. No entanto, o texto da lei foi descaracterizado por seu Regulamento (Decreto 9.199/2019), instituído, portanto, como norma flagrantemente *contra legem* e *praeter legem* (RAMOS et al., 2017).

A nova Lei de Migração, inclusive, tem como obrigatória a igualdade de direitos trabalhistas entre o imigrante e trabalhadores nacionais, eis que seu artigo 4º expressamente dispõe que:

Ao migrante é garantida, no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: [...] XI - *garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.* (grifo nosso)

A interpretação do direito à igualdade contida no dispositivo abrange o migrante não documentado por força do inciso IV do seu art. 3º, que trata, justamente, dos princípios e diretrizes da política migratória brasileira. O referido inciso determina a “não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional” (BRASIL, 2017). Quanto aos seus demais princípios, ali encontramos consagrados a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não criminalização da migração. A lei buscava, evidentemente, superar e combater o escravismo estrutural presente na sociedade brasileira, posto que os imigrantes têm sido, e não apenas no Brasil, as principais vítimas das condições contemporâneas de escravidão²⁷.

Acontece que uma análise mais aprofundada do papel dos imigrantes no mercado de trabalho informal nos leva a constatar uma realidade em que a marginalização dos migrantes internacionais é útil à manutenção de um modelo de acumulação ilimitada em que empresários de má-fé conseguem se beneficiar dos trabalhadores não documentados, o que tem estimulado, inclusive, o tráfico de pessoas e persistência das migrações forçadas, recorrentes nos noticiários (BARBOSA, 2017; LOCATELLI, 2018, 2017; SILVA, 2017), a demonstrar essa demanda por trabalho ilícito.

As questões que podemos retirar diretamente do caso analisado, a Opinião Consultiva n. 18/2003 terminam aqui. Porém, consideramos importante abordar sucintamente alguns aspectos relativos ao tráfico de pessoas, uma vez que o artigo tem

²⁷ Para demonstrar a inexorabilidade dessa realidade, o Brasil foi recentemente condenado pela CIDH em outro caso paradigmático de *jus cogens* internacional (BRUFATTO, 2018b): o relativo aos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, no qual a Corte reconheceu que ações e omissões do Estado brasileiro levaram a um mecanismo de recrutamento de trabalhadores através de fraudes que, por sua vez, levou-os a uma situação de servidão por dívida pela cobrança de valores de bens consumidos, de forma a fazer impagável as dívidas contraídas com seu empregador (CIDH, 2016). Destaca-se, aliás, que essa era uma situação recorrente a vitimar os primeiros trabalhadores imigrantes que chegaram ao Brasil ainda no Século XIX. A decisão reconheceu as condições de vida degradantes dos trabalhadores que eram submetidos à violência e a jornadas de trabalho diárias de 12 horas, com exceção dos domingos. Ademais, não podiam sair da propriedade devido a uma guarda armada e à coação física e psíquica sobre os trabalhadores. Além de servidão por dívida e dos trabalhos forçados, os fatos estão no conceito estrito de escravidão, pois existia estrito controle sobre os empregados e diversas restrições à liberdade individual (CIDH, 2016).

o propósito de aprofundar o tratamento das omissões estatais geradoras de violações de direitos humanos retratadas neste parecer da CIDH.

5 AS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE PESSOAS

No que tange aos direitos trabalhistas, o estudo do princípio da não discriminação aplicado aos migrantes evidencia sua vulnerabilidade tornando-os suscetíveis à exploração e potencializando o crime do tráfico de pessoas.

Nesse sentido, Healy (2009) faz um estudo abrangente e atualizado a respeito das diversas modalidades de tráfico, quais sejam, a exploração sexual na prostituição, o casamento forçado, exploração em atividades criminais forçadas, venda de criança ou adoção ilegal, tráfico para remoção de órgãos, abuso relacionado à privação de liberdade por extorsão ou ao rapto infantil e, finalmente, exploração laboral, como, por exemplo tráfico para trabalho doméstico. A respeito da exploração laboral, a autora conclui que “os riscos de tráfico relacionados ao contrabando de migrantes são exacerbados por dificuldades na continuidade das viagens, falta de *status* regular e falta de acesso ao mercado de trabalho formal”²⁸ (2009, p. 231, tradução nossa).

Visando à diminuição da vulnerabilidade e ao aumento da resiliência dos imigrantes, a autora pondera que, “porque geralmente não têm autorização para o emprego, eles se envolvem em trabalho irregular, o que pode tornar as pessoas vulneráveis à exploração do trabalho”²⁹ (HEALY, 2019, p. 138, tradução nossa). Nesse sentido também, “a 'ociosidade forçada' criada por restrições ao acesso ao mercado de trabalho e, em menor escala, oportunidades limitadas no mercado de trabalho para aqueles que têm acesso, é prejudicial para a resiliência financeira e psicológica”³⁰ (HEALY, 2019, p. 167, tradução nossa), resultando em explorações nas relações trabalhistas (HEALY, 2019).

²⁸ “Risks of trafficking related to migrant smuggling are exacerbated by difficulties in onward travel, lack of regular status and lack of access to the formal labour market” (HEALY, 2009, p. 231).

²⁹ “Because they generally do not have authorisation for employment, they engage in irregular work, which can make people vulnerable to labour exploitation” (HEALY, 2019, p. 138).

³⁰ “The ‘enforced idleness’ created by restrictions to access to the labour market, and, to a lesser extent, limited opportunities in the labour market for those who do have access, is detrimental to both financial and psychological resilience” (HEALY, 2019, p. 167).

O quadro exposto resume a vulnerabilidade econômica do migrante que, considerada como um fator crucial para a migração, justifica a preocupação das diversas medidas internacionais relacionadas ao tráfico de pessoas. Essa vulnerabilidade econômica aparece conectada à ausência de autorização para o trabalho e demais restrições laborais, configurando então uma violação do princípio da não discriminação ou equidade em face de direitos trabalhistas.

Não se buscou explorar o tema do tráfico de pessoas nesse artigo, mas somente, pontuar um vazio jurídico de proteção existente nessa jurisprudência paradigmática do *jus cogens* internacional no SIDH (BRUFATTO, 2018b). Nem mesmo a jurisprudência paradigmática do *jus cogens* no SIDH revela um caso em que se estabelece uma relação direta entre o desrespeito ao princípio da não discriminação ou equidade nas relações trabalhistas e o tráfico de pessoas.

Nesse ínterim, o Parecer Consultivo 18/03, balizador de uma série de decisões na jurisprudência do *jus cogens*, certamente contribuirá com o reconhecimento dessa relação, num futuro próximo, a fim de ampliar a proteção desse importante sistema internacional de direitos humanos, reconhecido mundialmente, e de desenvolver o *jus cogens* internacional.

Para tanto, é possível estimular a luta dos oprimidos com a adoção de mais instrumentos democráticos caso sejam revistos os debates desses instrumentos sob a ótica das políticas migratórias (SUZUKI, 2017). É justamente, por intermédio desses instrumentos, que será possível estimular o desenvolvimento da jurisprudência na CIDH e, em última instância, no Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo revisitou um famoso caso da jurisprudência paradigmática do *jus cogens*, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, posto que essa Opinião Consultiva contribui para a proteção dos migrantes internacionais, especialmente em vista da tutela de seus direitos laborais, independentemente de sua condição migratória no país de destino. Com esse estudo, procurou-se ressaltar que as violações condenadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos estão

intimamente relacionadas à exploração do trabalho, como apontado expressamente na decisão, e, igualmente, ao tráfico de pessoas, mesmo que indiretamente, já que uma das principais motivações para este crime internacional, previsto na Convenção de Palermo é, justamente, a exploração do trabalho.

É fundamental fixar que estamos diante de um precedente que tem norteado as decisões judiciais da CIDH ao longo de toda sua jurisprudência paradigmática, sendo raro um caso em que se dê a aplicação do *jus cogens* internacional sem que se remeta ao Parecer Consultivo 18/03. Mesmo assim, o caso do Parecer Consultivo 18/03 apresenta uma potencialidade ainda latente, sendo um importante instrumento ou fonte de direito para novas decisões do SIDH. Isso se dá, pois, quando invocado pela Corte, oferece amplas possibilidades de evolução para esse sistema no tocante ao combate às violações de direitos humanos no âmbito do direito internacional e em relação à esfera do *jus cogens* internacional.

Ocorre que sua evolução deve ocorrer por meio das decisões do SIDH, ou seja, tanto da Comissão de Direitos Humanos como da própria Corte, que decide subsidiariamente, de contribuições acadêmicas, entre as quais esse artigo tenta se inserir, e de instrumentos democráticos promovidos pelos Estados.

Como intervenção, devemos articular os instrumentos democráticos para dar voz aos oprimidos, dando especial enfoque aos migrantes internacionais, lembrando-se sempre da frase de Boaventura que sintetiza séculos da história de algumas democracias: “temos o direito de sermos iguais a cada vez que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”³¹ (2005, p. 44, tradução nossa).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gisele Maria Ribeiro de; BAENINGER, Rosana. Modalidades migratórias internacionais: da diversidade dos fluxos às novas exigências conceituais. **Migração internacional**. Campinas: Nepo/Unicamp, p. 23-34, 2013.

³¹ “Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza” (2005, p. 44).

BARBOSA, Leandro. “Me chamavam de xica da silva, mônica e pilar, até o dia que passaram a me chamar de tristeza”. **The Intercept Brasil**, 26/12/2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/12/26/me-chamavam-de-xica-da-silva-monica-e-pilar-ate-o-dia-que-passaram-a-me-chamar-de-tristeza/>>. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei de Migração**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em 03 dez. 2019.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRITO, Fausto A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 30, n. 1, p. 77-97, 2013.

BRUFATTO, João José Turri. Juízo de Convencionalidade pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Política migratória de Trump: um reflexo das normas de *Jus cogens* de proibição da discriminação. **Observatório de Direito e Relações Internacionais do NEDIRP: Internacional em Análise**. Disponível em: <<https://sites.google.com/usp.br/odrinedirp/internacional-em-an%C3%A1lise/edi%C3%A7%C3%A3o-12018-pol%C3%ADtica-trump?authuser=0>>. Acesso em: 02 dez. 2019. 2018a.

_____. **Positividade do Jus Cogens no Direito Internacional à Luz da Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2018. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018b.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 1, 2002.

CARNEIRO, Cynthia. Discriminação e preconceito em migração qualificada para o Brasil: restrições relatadas por estudantes na Universidade de São Paulo. **Périplos: Revista de Estudos sobre Migrações**, v. 2, n. 1, 25 ago. 2018a.

_____. Políticas Migratórias no Brasil e a instituição dos “indesejados”: a construção histórica de um estado de exceção para estrangeiros. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 16, n. 22, p. 56-85, 2018b.

CIDH. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**: sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

D'AMATO, Anthony. It's a bird, it's a plane, it's jus cogens. **Journal of International Law**, Storrs, v. 6, 1990.

GOMES, Camilla de Magalhães. Os sujeitos do performativo jurídico—relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 2, p. 871-905, 2019.

HEALY, Claire. **The Strength to Carry On: Resilience and Vulnerability to Trafficking and Other Abuses among People Travelling along Migration Routes to Europe**. Vienna: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2019.

IACHR. **Advisory opinion oc-18/03 of september 17, 2003, requested by the united mexican states: Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. 2003a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

LESSA, Danielle Karina Pincerno Favaro Trindade de Miranda. **Direitos fundamentais do migrante internacional: mudança de paradigma legislativo frente ao novo contexto migratório global**. 268 p. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2016.

LOCATELLI, Piero. Condenado por tráfico de pessoas, empresário chamou de 'oportunista' lipina vítima de trabalho escravo. **RepórterBrasil**. 17/05/18. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2018/05/condenado-por-traffic-de-pessoas-empresario-chamou-de-oportunista-filipina-vitima-de-trabalho-escravo/>>. Acesso em 25 jul. 2019.

_____. Trabalhando por meses sem descanso e sem alimentação suficiente, imigrantes viviam em situação de trabalho escravo dentro de condomínio de alta renda. **RepórterBrasil**, 31/07/17. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2017/07/domesticas-das-filipinas-sao-escravizadas-em-sao-paulo/>>. Acesso em 25 jul. 2019.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. O direito a não-discriminação dos estrangeiros. **Boletim Científico ESMPU**, v. 11, n. 37, p. 37-61, 2012.

MELLO, Daniela Juliana de. **Direitos Humanos e migração: a proteção internacional aos trabalhadores migrantes**. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção de título de mestre em Direito. 2013.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. New York: Oxford University Press, 2006.

OAS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

PANDOVANI, Daniela Wernecke. **Cenário Jurídico dos Imigrantes Indocumentados**: uma reflexão sobre a efetividade de seus direitos sociais. Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de PósGraduação em Direito no Núcleo de Estudos de Direito e Relações Internacionais da Universidade Metodista de Piracicaba. 2017.

RAMOS *et al.* Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem e praeter legem*. **Opinião conjur.** 23 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinio-regular-lei-migracao-praeter-legem>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Desigualdad, Exclusión y Globalización: Hacia la Construcción Multicultural de la Igualdad y la Diferencia, In: **Revista de Interculturalidad**, n. 1, Oct. 2004-Jan 2005, Santiago-Chile, pp. 10-44. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4527886/mod_resource/content/1/SANTOS_BOAVENTURA_Desigualdad%20exclusi%C3%B3n%20y%20globalizaci%C3%B3n.pdf>. Acesso em 20 de out. 2014.

SHELTON, Dinah. *Sherlock Holmes and the Mystery of Jus cogens*. **Netherlands Yearbook of International Law**, Amsterdam. 2015.

SILVA, Cleide. Ministério do Trabalho constata trabalho escravo entre domésticas trazidas das Filipinas. Estadão: Economia & Negócios, 31/07/2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-do-trabalho-constata-trabalho-escravo-entre-domesticas-trazidas-das-filipinas,70001917544>>. Acesso em 25 jul. 2019.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.

SUZUKI, Natália Sayuri. Políticas públicas: a relação de representação entre o estado e o trabalhador vítima de trabalho escravo. In: BARBOZA, Márcia Noll. **Coletânea sobre escravidão contemporânea do Ministério Público do Trabalho**. vol. 1. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Os imigrantes no Brasil, a transição para o século XX e suas consequências para as relações de trabalho.** Informativo da Coordenadoria de Gestão Documental e Memória. Ano 3. n. 5. maio 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: del Rey, 2006.