

**AS GARANTIAS PROCESSUAIS DOS MIGRANTES: *STANDARDS*  
MÍNIMOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL**

THE GUARANTEES OF THE DUE PROCESS FOR THE IMMIGRANTS: MINIMUM  
STANDARDS OF INTERNATIONAL JUSTICE

**Guilherme Vinseiro Martins**

**João Lucas Cavalcanti Lembi**

**RESUMO**

O presente artigo pretende analisar e sistematizar as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente, sendo assim considerados um grupo vulnerável. Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, a vulnerabilidade inerente ao migrante e os *standards* mínimos internacionais de proteção. Posteriormente, serão verificadas as garantias que devem ser observadas pelos Estados em casos de deportação, desde aquelas referentes à assistência consular até as clássicas garantias do devido processo legal, como a comunicação adequada ao migrante sobre a acusação contra ele formulada e a concessão de advogados adequados, tradutores e intérpretes. Finalmente, será estudado, ainda no âmbito do acesso à justiça, o direito ao recurso efetivo. A base legal utilizada consistirá precipuamente da jurisprudência comparada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça referente ao assunto.

**Palavras-chave:** Migração – Direitos Humanos – Assistência Consular – Deportação – Devido Processo Legal – Acesso à Justiça

**ABSTRACT**

The present article aims to analyze and systematize the due process guarantees of the immigrants in the International Law and Human Rights sphere, confronting the limits from the state's prerogatives against the rights of illegal immigrants, which are considered the vulnerable part. In this way, the vulnerability of the immigrants will be analyzed with the minimum standards of international protection. Then, the guarantees that should be observed by the states in the case of deportation will be verified, from the consular assistance to the due process, like the right of knowing the prosecution and having a proper lawyer and translators. Finally, the appeal possibilities will be studied. The legal basis used will mostly consist of the compared jurisprudence between the Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights and the International Court of Justice.

**Keywords:** Immigration human Rights consular Assistance deportati on due Process Of Law justice Access

## 1 INTRODUÇÃO: A VULNERABILIDADE INERENTE AO MIGRANTE

Segundo delineiam o artigo 5º da Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares<sup>1</sup>, da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Opinião Consultiva nº 18<sup>2</sup> da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte Interamericana), *migrante* é todo aquele indivíduo que deixa um Estado e chega a outro Estado com o propósito de nele se estabelecer. Esses instrumentos ainda salientam a vulnerabilidade do migrante como sujeito de direitos, em uma “[...] condição individual de ausência ou diferença de poder com respeito aos não-migrantes (nacionais ou residentes).”<sup>3</sup> Tal condição vulnerável é oriunda da conjugação entre fatores históricos, que variam para cada Estado, e uma dimensão ideológica de desigualdade entre os nacionais e os não-nacionais: desigualdade tanto *de jure*, encontrada na legislação discriminatória contra migrantes, como *de facto*, vista nas próprias estruturas da sociedade.

A vulnerabilidade foi abordada também pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Resolução sobre a *Proteção dos Migrantes*, quando se constatou que os migrantes se encontram nessa circunstância devido ao fato de quem não vivem em seu Estado de origem, enfrentando, pois, inúmeras dificuldades com o idioma, os costumes, a cultura, assim como dificuldades econômicas, sociais e até obstáculos para regressarem a seus Estados de origem, quando estão sem documentação ou em situação irregular.<sup>4</sup> Neste contexto, insere-se a discriminação contra os migrantes.

O princípio da não-discriminação não se refere apenas à discriminação ocorrida intencionalmente, mas também às ações ou omissões dos Estados que tenham impacto discriminatório.<sup>5</sup> Por isso, principalmente quanto aos trabalhadores migrantes, o Estado não pode permitir que tenham seus direitos violados pelos empregadores privados, nem que a relação contratual vulnere os *standards* mínimos internacionais.<sup>6</sup> O Estado é responsável pela atuação de terceiros que ocorra sob sua tolerância, aquiescência ou negligência.<sup>7</sup> Logo, um ato violatório de direitos humanos cometido no âmbito do direito privado<sup>8</sup> pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado “[...] pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção”.<sup>9</sup>

A discriminação pode também ocorrer sob as formas processuais, quando o Estado se omite ou nega alguma garantia mínima que é direito do migrante durante a composição de sua defesa. A Corte Interamericana já afirmou que, para alcançar seus objetivos de assegurar a solução mais justa para a controvérsia, o processo deve reconhecer e resolver fatores de desigualdade real daqueles que são levados diante da justiça, adotando medidas de

compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz do migrante. Se não existirem esses meios de compensação, dificilmente se poderá afirmar que o verdadeiro acesso à justiça está se concretizando para aqueles que se encontram em condições de desvantagem.<sup>10</sup>

Baseado nisso, faz-se necessário analisar e sistematizar as principais garantias dos migrantes no âmbito do devido processo legal à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de demonstrar os meios que lhes são assegurados para efetivação do seu acesso à justiça.

## **2 DO DIREITO À ASSISTÊNCIA CONSULAR**

Conforme disposto pelo art. 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares da ONU (CVRC), as funções consulares são amplas, como por exemplo: a proteção, pelo Estado receptor, dos interesses do Estado que envia<sup>11</sup> e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; o fomento do desenvolvimento das relações comerciais, econômicas, culturais entre o Estado que envia e o Estado receptor e a expedição de passaportes e documentos de viagem aos nacionais do Estado que envia.

Além disso, os consulares também tem a função de prestar ajuda e assistência aos nacionais do Estado que envia, representá-los e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil, nos termos do referido art. 5º da CVRC.

Neste último contexto é que analisaremos o instituto da assistência consular enquanto direito, mais especificamente, enquanto garantia processual imprescindível para que o migrante detido prepare sua defesa e afaíra o pleno acesso à justiça.

### **2.1 A informação ao direito à assistência consular como direito individual**

O Estado que envia deve ter a oportunidade de conferir a seus cidadãos a assistência de funcionários consulares em casos de detenção, encarceramento ou prisão preventiva.<sup>12</sup> Assim, o cônsul poderá

assistir o detido em diversos atos da defesa, como a outorga ou contratação de um de um advogado, a obtenção de provas no país de origem, a verificação de condições em que se exerce a assistência legal e a observação da situação que guarda o processado enquanto estiver este na prisão.<sup>13</sup>

Verifica-se, portanto, a extrema necessidade que o migrante detido tem de ser informado sobre seu direito a ser assistido por seu consulado, o que situa a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, inicialmente planejada para regular relações entre Estados, em uma posição de instrumento internacional de proteção de um direito do indivíduo.

No projeto apresentado à Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, o cumprimento do dever de notificar ao funcionário consular nos casos previstos pelo art. 36.1.b<sup>14</sup> não dependia da vontade da pessoa privada de sua liberdade. Entretanto, alguns participantes da Conferência se opuseram a esta formulação baseados em motivos de ordem prática que impossibilitariam o cumprimento do dever mencionado<sup>15</sup>, e na necessidade de o indivíduo decidir livremente se desejava que o funcionário consular fosse notificado da detenção e, nesse caso, autorizar a intervenção deste ao ser favor. Como fundamento destas posições, argumentou-se que deveria ser respeitado o livre arbítrio da pessoa.<sup>16</sup>

A primeira referência jurisprudencial no Direito Internacional acerca dessa abordagem foi feita pela Corte IDH, em sua Opinião Consultiva nº 16 de 1999, solicitada pelo México, acerca do *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Neste parecer, a referida Corte, além de declarar que o direito em questão tinha realmente o caráter de direito humano,<sup>17</sup> reconheceu-o no âmbito das garantias judiciais mínimas<sup>18</sup> do devido processo legal.

Juiz da Corte IDH à época, Antônio Augusto Cançado Trindade chega a afirmar que:

[...] *En la civitas maxima gentium de nuestros días, se ha tornado imprescindible proteger, contra un tratamiento discriminatorio, a extranjeros detenidos, vinculando así el derecho a la información sobre la asistencia consular con las garantías del debido proceso legal consagradas en los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos.* [...] <sup>19</sup>

Tendo como referência a posição da Corte Interamericana, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) se posicionou acerca do tema, considerando, no caso dos irmãos *LaGrand*, em 2001, entre Alemanha e Estados Unidos, que o direito do estrangeiro à informação, sem dilação, sobre o direito a solicitar auxílio consular, previsto no artigo 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações, é um direito individual.<sup>20</sup>

Manifestando-se contrariamente no julgamento deste caso, o Juiz Oda chegou a criticar a decisão da CIJ, frisando que a Corte confundiu o direito à assistência consular com os direitos de proteção aos estrangeiros, elencados em vários tratados e documentos de Direito

Internacional próprios para tal.<sup>21</sup> Por sua vez, o Professor Stefan Trechsel, antigo presidente da Comissão Europeia de Direitos Humanos, chegou a defender que o direito à assistência consular não tem o caráter de direito fundamental, visto que nenhum instrumento internacional menciona tal direito como um direito humano.<sup>22</sup>

No entanto, cabe aqui considerar o posicionamento da Corte IDH, de que um tratado pode concernir à proteção dos direitos humanos, independentemente de qual seja seu objeto principal.<sup>23</sup> O escopo principal de estabelecer um equilíbrio entre Estados não descarta o fato de que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares possa concernir também sobre a proteção dos direitos humanos em alguns momentos.

Quanto à interpretação de tratados e à insurgência de novos direitos, como o analisado direito individual à informação sobre o direito à assistência consular, deve-se considerar a chamada *interpretação evolutiva*. O aplicador do Direito Internacional deve, segundo este preceito, tomar em consideração as transformações ocorridas com o tempo, assim como a evolução do direito posterior à data de conclusão do tratado. Afinal, um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do conjunto do sistema jurídico vigente no momento em que se pratica a interpretação.<sup>24</sup>

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, avança muito neste sentido. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) já considerou, inclusive, que tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.<sup>25</sup>

Além disso, em 2004, a CIJ reiterou seu posicionamento no caso *Avena e outros nacionais mexicanos*, contencioso entre México e Estados Unidos em que o Sr. Avena, juntamente com cerca de cinquenta estrangeiros mexicanos estavam detidos nos Estados Unidos esperando pela aplicação da pena de morte, sem nenhuma informação sobre seus direitos ao contato com o consulado mexicano.<sup>26</sup>

A posição adotada pela CIJ e pela Corte IDH de que este direito é individual pode ser embasada também no fato de que o art. 36.1.b não exige que se informe ao funcionário consular sobre as razões que determinaram sua privação de liberdade, pois, se o fizesse, violaria o direito fundamental do migrante à privacidade.

A polêmica entre ser o direito à assistência consular um direito individual ou uma prerrogativa estatal não deve ser negligenciada, mas preferimos deixar reflexões mais profundas sobre este tema em trabalhos futuros. Por enquanto, basta-nos a análise de que o direito à informação sobre a assistência consular provê efetividade ao direito ao devido

processo legal e, por conseguinte, constitui meio para a defesa do acusado e para seu pleno acesso à justiça.

## **2.2 A interpretação da expressão *sem dileção* expressa no art. 36.1.b. da Convenção de Viena sobre Relações Consulares**

Segundo o art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, *in verbis*:

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, **sem dileção**, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;<sup>27</sup> (Grifo nosso).

Percorrendo a história legislativa deste artigo se depreende que a obrigação de informar *sem dileção* ao detido do Estado que envia sobre os direitos conferidos por dito preceito foi proposta pelo Reino Unido, aceita pela maioria dos Estados participantes da Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, e incluída na Convenção.<sup>28</sup> Isso se deu em consideração a ser esta uma medida que permite assegurar que o detido esteja consciente, em forma oportuna, do direito que lhe assiste de solicitar que se notifique ao funcionário consular sobre sua detenção para os fins da assistência consular.

A Corte IDH interpretou a expressão normativa *sem dileção* aplicando um princípio geral de interpretação reiterado na jurisprudência internacional, para que o art. 36 obtivesse o seu *efeito útil*.<sup>29</sup>

Dessa forma, entendeu a Corte que a notificação *sem dileção* expressa na Convenção de Viena é uma notificação a ser realizada no momento da privação de liberdade e em todo caso antes de o indivíduo render a sua primeira declaração perante as autoridades. Isso se dá devido ao fato de que tal notificação vai atender ao propósito de que o indivíduo possa dispor de uma defesa eficaz.<sup>30</sup>

## **2.3 Da importância da assistência consular para a preparação adequada da defesa do migrante**

Para que se estabeleça a responsabilidade estatal pelo descumprimento do seu dever de informar aos indivíduos sobre seu direito à assistência consular, é necessário que o Estado tenha conhecimento da condição de estrangeiro do indivíduo.<sup>31</sup> Assim que se percebe que o

indivíduo não é nacional do país, ou a partir do momento em que há condições para estabelecê-lo, as autoridades designadas têm o dever de informar-lhe sobre seu direito ao auxílio consular, como afiançado pela CIJ no recente *Caso Avena e outros nacionais mexicanos*.<sup>32</sup>

Deve-se considerar a situação real em que se encontram os migrantes sujeitos a um procedimento penal, do qual dependem seus bens jurídicos mais valiosos e, eventualmente, sua vida. Mesmo em processos administrativos de deportação, as circunstâncias do migrante devem ser analisadas, por muitas vezes a sanção de excluir do território onde este se encontra ter características de pena, por restringir, privar ou alterar alguns de seus direitos adquiridos com a experiência de residir em outro país.

É nessa linha de raciocínio que se concluiu o quão importante é a notificação ao acusado migrante sobre seu direito de comunicação com o representante de seu país, que poderá contribuir a melhorar consideravelmente suas possibilidades de defesa, desde atos processuais simples aos correspondentes às diligências de polícia, fiscalizando para que se realizem com o maior apego possível ao Direito e com respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

O Direito Penal Internacional também tem recebido recentemente o direito dos detidos estrangeiros à comunicação com funcionários consulares do Estado que envia como um direito do detido.<sup>34</sup>

Com a crescente humanização do Direito Internacional, é de suma relevância estudar os institutos que estão participando deste processo. A assistência consular se insere neste ponto, vez que antigamente não era considerada direito do indivíduo, apenas dever dos Estados. Para Cançado Trindade, a abordagem em questão é hoje reconhecida como uma preocupação da humanidade como um todo, a partir de relevante crescimento do novo *jus gentium*.<sup>35</sup>

Diante da inexistência ou falta de efetividade na comunicação ao indivíduo sobre o direito mencionado, o acusado não pode preparar adequadamente sua defesa, tendo seu direito ao devido processo legal e ao contraditório violados.<sup>36</sup>

Após analisados os direitos dos migrantes no âmbito consular internacional, passa-se à análise pormenorizada das garantias que lhes são asseguradas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a ótica do devido processo legal.

### **3 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PREVISTAS NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A Corte IDH já asseverou que o processo é um meio de assegurar, *na maior medida possível*, uma solução justa para a controvérsia. Ademais, com o desenvolvimento histórico do processo, concomitante com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, novos direitos processuais emergiram.<sup>37</sup>

O direito ao devido processo<sup>38</sup> abarca as garantias a serem observadas nas instâncias processuais, a fim de que os indivíduos possam defender de forma adequada seus direitos ante qualquer ato do Estado passível de afetá-los.<sup>39</sup> Assim, busca-se confirmar a legalidade e a correta aplicação das leis, em um marco de respeito mínimo à dignidade humana.<sup>40</sup>

Como demonstrado na OC-18/03, a Corte IDH reconhece o direito ao devido processo entre as garantias mínimas a serem usufruídas por todos os migrantes, independentemente de seu *status* migratório.<sup>41</sup> Dita Corte já se pronunciou neste sentido, afirmando, ainda, que “[...] o amplo alcance da intangibilidade do devido processo se aplica não só *ratione materiae* como também *ratione personae* sem discriminação alguma”.<sup>42</sup>

Para compensar as desvantagens que os migrantes naturalmente enfrentam em relação aos cidadãos nacionais, como já referido *supra*, é que se provê, por exemplo, de tradutor a quem desconhece o idioma em que o processo se desenvolve, e também por isso mesmo se atribui ao estrangeiro ser informado oportunamente sobre seu direito à assistência consular, e até mesmo o provê um advogado *ex officio*. Esses são meios para que os acusados possam fazer uso pleno de outros direitos a que a lei reconhece a todas as pessoas.<sup>43</sup>

#### **3.1 Da aplicabilidade das garantias processuais em âmbitos diferentes do direito penal**

Apesar de a jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos indicar que as garantias judiciais do devido processo (art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) podem se aplicar em procedimentos de outras naturezas que não apenas a penal,<sup>44</sup> a aplicação dessas garantias aos distintos tipos de procedimentos ainda é matéria de debate tanto na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto na Corte IDH.

Ambas já afirmaram que as garantias mínimas consagradas no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não se aplicam necessariamente aos processos administrativos, devendo-se analisar sua exigibilidade casuisticamente.<sup>45</sup> A partir desse

entendimento, não se pode esperar que “[...] na deportação ou exclusão se apliquem todas as garantias de um juízo justo em matéria penal”.<sup>46</sup>

Já a Comissão Europeia de Direitos Humanos, quando da sua existência, estabeleceu que as garantias do devido processo e da ampla defesa são aplicáveis em processos e investigações administrativas.<sup>47</sup>

É nesse contexto que analisaremos alguns dos parâmetros judiciais a serem seguidos pelos Estados em processos migratórios - processos administrativos em sua maioria. Analisar-se-á, conjuntamente, a importância de tais garantias para a efetivação do acesso do migrante à justiça.

### *3.1.1 A comunicação ao migrante acerca da acusação formulada*

Conforme postulado pela Corte IDH, para que o devido processo legal seja garantido, é preciso que o acusado possa lançar mão de seus direitos, defendendo-se de forma efetiva e em condições de igualdade processual com a outra parte.<sup>48</sup>

Neste contexto se insere a garantia judicial da comunicação clara, precisa e circunstanciada acerca da acusação formulada, de fundamental importância para que o direito à audiência alcance seus devidos efeitos.<sup>49</sup> No âmbito da CADH, esta garantia está expressa no art. 8.2.b, representando, assim, o “[...] primeiro passo para conseguir o exercício pleno do direito à defesa”,<sup>50</sup> além de estar entre as garantias que efetivam o princípio da igualdade entre as partes.<sup>51</sup>

Utilizando-se da norma mais favorável ao indivíduo, deve-se considerar a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que adicionam que a referida comunicação deve ocorrer “[...] em uma língua que o acusado entenda.”<sup>52</sup> No caso *Brozicek v. Italy*, a Corte EDH decidiu que as autoridades judiciais devem garantir a informação de maneira inequívoca ao indivíduo que não é nacional do Estado.<sup>53</sup> Dessa forma, o Estado deve garantir que todo migrante entenda o procedimento a que está sendo submetido,<sup>54</sup> direito este não apenas necessário enquanto garantia do devido processo legal como também enquanto garantia contra as arbitrariedades da detenção como demonstrado *supra*.

### *3.1.2 O direito a um juízo justo e a um intérprete*

É ainda direito do migrante ser escutado de forma a alegar o que estimar relevante e assim, defender a sua não deportação. Esse direito a uma audiência deve se estender à capacidade do indivíduo de conhecer e contradizer as provas que são apresentadas

contra ele, oferecendo e produzindo provas pertinentes em oportunidades razoáveis para tal.<sup>55</sup> Para tal, é de suma importância que se lhe assegure a tradução e a explicação de conceitos jurídicos em um idioma que ele domine, às custas do Estado,<sup>56</sup> para que o migrante entenda o procedimento ao qual está sendo submetido, incluídos os direitos processuais que o assistem.<sup>57</sup>

Ainda, segundo a jurisprudência da Corte IDH, como, por exemplo, no caso do *Tribunal Constitucional v. Peru*,<sup>58</sup> o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete se deve ao fato de que as garantias estabelecidas no art. 8º da CADH supõe que as vítimas devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e de atuarem nos respectivos processos.

### 3.1.3 O dever do Estado de proporcionar assistência legal ao migrante

Outra garantia a ser proporcionada pelos Estados aos migrantes é a assistência legal. O indivíduo que está para ser deportado deve contar com a possibilidade de ser representado por advogados de sua escolha, ou por pessoas idôneas nas matérias escolhidas *ex officio* pelo Estado.

Na verdade, a CIDH entende que, em processos de deportação, não é necessário que o Estado provenha defesa profissional gratuita aos acusados, como o faz em processos de matéria penal; deve pelo menos oferecer auxílio gratuito aos indigentes. Mesmo assim, o direito à defesa técnica deve incluir, para todos os interessados, uma forma de assessoria especializada sobre os direitos que assistem o migrante.<sup>59</sup> Exemplo disso é a concessão de listas de advogados e associações disponíveis para realizar a defesa do acusado gratuitamente, o que já foi considerado pela CIDH no Informe *Andrew Harte and Family v. Canadá* como meio para se garantir o direito a um advogado.<sup>60</sup>

Nesse sentido, a Corte EDH determinou, no caso *Quaranta v. Switzerland*, que o direito de se defender pessoalmente ou por assistência legal não especifica os meios de se exercer esse direito, cabendo aos Estados a escolha dos meios de assegurar tais direitos em seus sistemas judiciais, desde que consistentes com os requerimentos do devido processo.<sup>61</sup>

Além disso, também foi afirmado pela Corte EDH que não cabe ao Estado dispor de fundos públicos para garantir total igualdade entre as partes, desde que cada parte do processo tenha oportunidades razoáveis de se apresentar no caso sob condições que não os situem em desvantagem substancial *vis-à-vis* a outra parte.<sup>62</sup>

Entretanto, uma vez proporcionada a assistência legal ao migrante, esta deve ser efetiva,<sup>63</sup> para a qual o Estado deve adotar todas as medidas adequadas.<sup>64</sup> A falta de

assistência oportuna impede a defesa adequada,<sup>65</sup> violando o direito do indivíduo à ser assistido por um advogado.

#### 3.1.4 A garantia de tempo e meios adequados para o preparo da defesa

Ademais, cabe aos Estados concederem os meios e tempo adequados para que o acusado prepare sua defesa. Segundo o *Comentário Geral n.º 13* do Comitê de Direitos Humanos da ONU, o *tempo adequado* depende das circunstâncias de cada caso, mas os meios devem incluir

[...] o acesso à documentos e outras evidências que o acusado requeira para preparar sua defesa, assim como a oportunidade de se encontrar e de se comunicar com seu advogado. [...] requer-se ademais que a comunicação entre o advogado e o acusado se realize com respeito à confidencialidade. Os advogados devem estar aptos a representar e a defender seus clientes de acordo com seus padrões profissionais e de julgamento, sem nenhuma restrição, influência, pressão ou interferência indevida de outras partes.<sup>66</sup>

Conclui-se portanto, que o Estado que recebe deve prover o migrante das melhores condições para que este possa preparar a sua defesa, analisando-se o *tempo adequado* casuisticamente.

### 3.2 Do direito a um recurso efetivo

Ainda permeando o tema das garantias judiciais, não se pode esquecer do direito à recorrer a um tribunal superior e distinto, garantindo o princípio do duplo grau de jurisdição.

A efetividade dos recursos está relacionada com a sua idoneidade, *i.e.*, o seu potencial “[...] para estabelecer se se incorreu em uma violação de direitos humanos e prover o necessário para remediá-la.”<sup>67</sup> A Corte IDH vem reiterando em suas sentenças que um recurso eficaz é aquele capaz de produzir o resultado para o qual foi concebido,<sup>68</sup> e que os recursos judiciais devem ser efetivos e adequados, e não apenas existirem formalmente.<sup>69</sup> Ademais, a eficácia do recurso implica na celeridade da decisão.<sup>70</sup> O fato de um Estado não garantir recursos efetivos contra as violações aos direitos reconhecidos pela CADH constitui *per se* uma transgressão a esta.<sup>71</sup>

Em sua Opinião Consultiva sobre *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos*, a Corte IDH reafirmou que a interposição de recursos que, por prática ou política ordenada ou tolerada pelo poder público, são rejeitados sem chegar ao exame de validade dos mesmos, se converte em uma “[...] formalidade que carece de sentido”.<sup>72</sup>

Ainda, a tramitação do recurso deve se ajustar às regras do devido processo,<sup>73</sup> sendo o tribunal que analisa a impugnação o responsável por proteger as garantias judiciais e do processo a todas as partes que intervierem.

A CIDH já estabeleceu que, em processos de deportação de estrangeiros, independentemente do *status* migratório destes, o Estado deve oferecer recursos efetivos que permitam a pessoa que vai ser deportada solicitar que se protejam seus direitos e que a decisão de deportação seja revista,<sup>74</sup> por via de recursos no contencioso-administrativo ou por via de amparo ou *habeas corpus*.

Segundo a Comissão Interamericana,

[...] não é necessário que cada decisão administrativa de deportação seja examinada de novo pela justiça, mas sim que os juízes se reservem um mínimo de controle de legalidade e de razoabilidade nas decisões do poder administrador [...].<sup>75</sup>

Não garantir um recurso efetivo ao migrante é, portanto, denegar a este o acesso à justiça, sendo que o direito a um recurso efetivo aqui é tratado tanto em sentido *lato*, de verdadeiro acesso à jurisdição para reclamar violações a seus direitos, quanto em sentido estrito, tratando-se de direito de recorrer da decisão judicial de primeira instância.

#### 4 CONCLUSÃO

O risco de um imigrante irregular que recorre às instâncias administrativas ou judiciais de ser expulso e a negação de um serviço público de defesa legal constituem causas da vulnerabilidade do direito às garantias e à proteção judiciais.<sup>76</sup> Somada a esta vulnerabilidade se encontra a que o migrante carrega consigo pela sua simples condição, o que aumenta o risco de ter seus direitos violados pela máquina repressora estatal.

Depois de todo este estudo, após promover a sistematização dos *standards* mínimos de proteção internacional aos migrantes no âmbito do devido processo legal, entendemos que os Estados que recebem migrantes devem alocar todos os recursos possíveis para garantir os direitos mínimos necessários à adequada preparação da defesa destes, em casos de confrontos com a justiça. O direito ao acesso à justiça é garantia imprescindível, sendo considerado por parte da doutrina e jurisprudência no âmbito do *jus cogens*<sup>77</sup>, inclusive. Uma vez garantido o acesso à justiça, todos os outros direitos podem ser observados pelo Estado com mais facilidade e menos risco de violações.

Neste ponto, não consideramos que o Estado que recebe deve garantir apenas os direitos aos migrantes, pois sua prioridade são seus nacionais. Dessa forma, pode se valer da

sua prerrogativa de analisar casuisticamente quais garantias são aplicáveis em cada caso; porém, nunca se olvidando de oferecer ao migrante o *quantum minimum* necessário para que este se faça valer do seu direito à ampla defesa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>1</sup> ONU (Organização das Nações Unidas). Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares, adotada em 18 de dezembro de 1990.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, série B No. 18. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2015, capítulo 5.

<sup>3</sup> *Ibidem*, §112.

<sup>4</sup> ONU. Assembleia Geral. Resolução A/RES/54/166 sobre Proteção dos migrantes, de 24 de fevereiro de 2000.

<sup>5</sup> Corte IDH. *Audiencia Pública: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 41.

<sup>6</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica... op. cit.*, §148.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentença de 15 de setembro de 2005, série C No. 134,, §§178 e 228; *Idem, Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, Sentença de 31 de janeiro de 2006, série C No. 140*, §175.

<sup>8</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica... op. cit.*, §147.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C No. 1, §172.

<sup>10</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinião Consultiva OC-16/99, §121, (tradução nossa).

<sup>11</sup> Conforme se depreende da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, *Estado que envia* é o Estado de origem do indivíduo. (ONU. Convenção de Viena sobre Relações Consulares, adotada em 24 de abril de 1963. Cf. também em: Corte IDH, *El Derecho a la*

---

*Información sobre Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinião Consultiva OC-16/99, §5,e.

<sup>12</sup> ONU. Convenção de Viena... *op. cit.*, arts. 5 e 36.1.c.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, Sentença de 7 de setembro de 2004, série C No. 114, §112; *Idem*, Caso *Bulacio v. Argentina*, Sentença de 18 de setembro de 2003, série C No.100, §130; *Idem*. *El Derecho a la Información...* *op. cit.*, §86.

<sup>14</sup> *In verbis*: “1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: (...) b) Se o interessado assim o solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar o posto consular competente quando, na sua área de jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada ao posto consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado dos seus direitos, nos termos da presente alínea;” (ONU. Convenção de Viena... *op. cit.*, art. 36.1.b).

<sup>15</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información...* *op. cit.*, §§89-91. Neste momento da opinião consultiva, a Corte exemplifica a *opinio juris* dos Estados com as apresentações de países como França, Itália, Coreia, Tailândia, Vietnã, Filipinas e Nova Zelândia na Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, ocorrida em Viena, 1963.

<sup>16</sup> Complementando o raciocínio anterior, são citadas apresentações de países como Estados Unidos, Austrália, Países Baixos, Argentina, Reino Unido, Suíça, Espanha e Equador na Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, ocorrida em Viena, 1963. (*Ibidem*, §§89-91).

<sup>17</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información...* *op. cit.*, §§89-91.

<sup>18</sup> *Ibidem*, §§ 121-122.

<sup>19</sup> “Na *civitas maxima gentium* de nossos dias, tornou-se imprescindível proteger, contra um tratamento discriminatório, os estrangeiros detidos, vinculando assim o direito à informação sobre a assistência consular com as garantias do devido processo legal consagradas nos instrumentos internacionais de direitos humanos.” (Tradução nossa). *In*: Corte IDH, *El Derecho a la Información...* *op. cit.* Voto Concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

<sup>20</sup> Corte Internacional de Justiça (CIJ). *LaGrand Case (Federal Republic of Germany v. U.S.)*, Merits, I.C.J. Reports, 2001. §77.

---

<sup>21</sup> *Idem. LaGrand Case (Federal Republic of Germany v. U.S.)*, Merits, ICJ Rep. 2001, 472, 492 (*Dissenting Opinion of Judge Oda*).

<sup>22</sup> *Idem. LaGrand Case (Federal Republic of Germany v. United States)*, Merits, ICJ Rep. 2001, 466, 19 (*Oral Arguments of November 14, 2000*). O Dr. Trechsel é especialista em direito penal internacional e direito internacional dos direitos humanos e compôs a equipe de advogados que preparou os memoriais e os argumentos orais para os Estados Unidos no Caso LaGrand.

<sup>23</sup> Corte IDH. “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1; opinión, punto primero.

<sup>24</sup> CIJ. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, p. 16/31.

<sup>25</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH). *Tyrer v. United Kingdom judgment of 25 April 1978*, Series A no. 26; págs. 15-16, párr. 31; *Idem, Marckx case, judgment of 13 June 1979*, Series A no. 31; pág. 19, párr. 41.

<sup>26</sup> CIJ. *Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. U.S.)*, Merits, I.C.J. Reports, 2004, §140.

<sup>27</sup> ONU. Convenção de Viena... *op. cit.*

<sup>28</sup> Consta do voto respectivo que votaram a favor 65 Estados, 13 se abstiveram e 2 votaram contra (*Idem. Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares. A/CONF.25/16, Vol. I; p. 90*). Posteriormente, a Checoslováquia, que se absteve de votar, manifestou que a emenda proposta pelo Reino Unido constitui uma “disposição totalmente aceitável” (*Ibidem*).

<sup>29</sup> ONU. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 31.1. *Cf. Também CIJ. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929*, Serie A, No. 22; pág. 13; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C No. 1, §30.

<sup>30</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información... op. cit.*, § 106.

<sup>31</sup> *Ibidem*, §93-95.

<sup>32</sup> CIJ. *Case concerning Avena... op. cit.*, §88.

<sup>33</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información... op. cit.*, §121.

<sup>34</sup> ONU. *Rules Governing the detention of persons awaiting trial or appeal before the Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the*

---

*Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*; 17 de novembro de 1997, IT/38/REV.7; Regra 65.

<sup>35</sup> The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice. In: *Chinese Journal of International Law*, Março de 2007, pp. 1-2.

<sup>36</sup> Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador* (Mérito), §195. Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* (Mérito), §125.

<sup>37</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información... op. cit.*, §121.

<sup>38</sup> Garantido em vários instrumentos internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, art. 6º e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14.

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*, Sentença de 24 de setembro de 1999, série C No.54, §102; Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC- 9/87, de 6 de outubro de 1987, série A No. 9, §27.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Victor M. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *Líber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria. V. 2. San José, C. R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p.1295.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica... op. cit.*, §122.

<sup>42</sup> *Idem*, *El Derecho a la Información... op. cit.*, § 135 (tradução nossa, grifos originais); Conferir também em: Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinião consultiva OC-18/03, §§119 e 122, e 135; ONU. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos... *op. cit*, art. 18; *Idem*. Declaração sobre os Direitos Humanos de Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem, arts. 5.1.c e 5.1.d.

<sup>43</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinião Consultiva OC-16/99, §121.

<sup>44</sup> Em casos como *Ivcher Bronstein v. Peru* (§103), e *Tribunal Constitucional v. Peru* (§70), a Corte IDH esclareceu que, conforme o art. 8(1), o devido processo incide sobre a determinação de direitos e obrigações civis, trabalhistas, fiscais ou de qualquer outro caráter, e não só devem ser aplicadas no processo penal.

---

<sup>45</sup> Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-11/90, §28. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Relatório No. 49/99, Caso 11610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein e Rodolfo Izal Elorz*, México, 13 de Abril de 1999, §65.

<sup>46</sup> DÍAZ, Pedro. Acceso a los tribunales y debido processo legal de las personas migrantes desde los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: *Derechos Humanos de los migrantes*. México, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2480/16.pdf>> (tradução nossa).

<sup>47</sup> Comissão Europeia de Direitos Humanos, *Case of Huber v. Austria*, 1975 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague 1976, §§69-71. No mesmo sentido, a Corte EDH já considerou no que os princípios do devido processo legal são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à sanções disciplinares de caráter administrativo.

<sup>48</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información... op. cit.*, §117.

<sup>49</sup> GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel. *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá*. ILANUD: San José, Costa Rica, 1991, p. 14.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*, Sentença de 7 de setembro de 2004, série C No. 114, §187. Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*, Sentença de 24 de junho de 2005, série C No. 129, §118. (tradução nossa).

<sup>51</sup> HECKMAN, Gerald P. Securing Procedural Safeguards for Asylum Seekers in Canadian Law: An Expanding Role for International Human Rights Law?. In: *International Journal of Refugee Law*, Oxford, 2003, p.7.

<sup>52</sup> ONU. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966, art. 14.3.a; Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 4 de novembro de 1950., art. 6.3.a.

<sup>53</sup> Corte EDH. *Case of Brozicek v. Italy* (Appl. No. 10964/84), Judgement of 19 December 1989, §41.

<sup>54</sup> CIDH. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 16 de abril de 2001, §§92 e 99,c.

<sup>55</sup> *Ibidem*, §99(b).

<sup>56</sup> DÍAZ. *Op. cit...*, p. 224.

<sup>57</sup> CIDH, *Segundo Informe... op. cit.*, §99(c).

---

<sup>58</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*. Sentença de 31 de janeiro de 2001, série C No. 71.

<sup>59</sup> CIDH, *Segundo Informe... op. cit.*, §99(d).

<sup>60</sup> CIDH, Relatório N° 81/05, Petição 11.862, Inadmisibilidade, *Andrew Harte and Family*, Canadá, 24 de outubro de 2005.

<sup>61</sup> Corte EDH, *Case of Quaranta v. Switzerland*, judgment of 24 May 1991, Series A no. 205, § 30.

<sup>62</sup> Corte EDH. *Case of Steel and Morris v. United Kingdom*, (Appl. No. 68416/01), judgment 15 February 2005, §61; *Idem. Case of De Haes and Gijssels v. Belgium*, judgment of 24 February 1997, § 53.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Sentença de 30 de maio de 1999, série C No. 52, §141.

<sup>64</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñez v. Ecuador*, Sentença de 21 de novembro de 2007, série C No. 170, §159.

<sup>65</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón... op. cit.*, §124; *Idem. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* Sentença de 17 de junho de 2005, série C No. 125, §§116 e 117; Corte IDH. *Caso Castillo... op. cit.*, §§146-149.

<sup>66</sup>ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Comentário Geral n° 13*. 23ª Sessão, 1984, §9. (tradução nossa.)

<sup>67</sup> Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein, op. cit...*, §136; *Idem. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingn v. Nicaragua*, Sentença de 15 de junho de 2005, série C No. 124, § 113; *Idem. Garantías Judiciales en Estados... op. cit.*, §24.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodrigues... op. cit.*, §§64 e 66; *Idem, Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, Sentença de 27 de novembro de 2003, série C No. 103, §117.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, §150; Corte IDH, Corte IDH, *Suaréz Rosero v.Ecuador*, Sentença de 12 de novembro , série C no. 35, §61.

<sup>70</sup> RAMÍREZ, Sergio Garcia. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de La Corte Interamericana. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2006, p. 1143.

<sup>71</sup> Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú* (Mérito), §136.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-11/90, §34.

---

<sup>73</sup> RAMÍREZ. *op. cit.*

<sup>74</sup> CIDH, *Tercer Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, 16 de abril 2002, § 77.

<sup>75</sup> *Idem. Segundo Informe... op. cit.*, § 99(e).

<sup>76</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica... op. cit.*, §126.

<sup>77</sup> O acesso à justiça já foi reconhecido no âmbito do *jus cogens* no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. *Cf.* em: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentença de 22 de setembro de 2006, série C No. 153, §131; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, Sentença de 15 de setembro de 2005, série C No. 134, Voto do Juiz A. A. Cançado Trindade, §64.