

Dedicatória

Dedico este estudo principalmente a todos os migrantes a quem tive o privilégio de conhecer e de alguma forma assistir através do trabalho realizado na Assessoria Jurídica do Centro Pastoral dos Migrantes¹ e a todos os que partilham da luta pelos direitos dos migrantes. À labor admirável e incansável da Pastoral dos Migrantes no Brasil, dos Padres e das missionárias scalabrinianas, dos amigos do Centro Pastoral dos Migrantes em São Paulo.

Ao querido Prof. Guido Soares, uma homenagem *in memoriam*.

Dedico também este a minha família, meu esposo e meus filhos, alegria de viver, escusando-me pelo tempo subtraído ao seu convívio, mas ciente da partilha dos ideais, e aos meus pais, eterno exemplo em todos os sentidos.

¹ À Betti, Mario, Raquel, Aurélio, Maria Elena, Marisol, Carolina, Solange, Marcelo, David, Alfredo, Alfonso, Yudi, Dimitri, Mark, Mathias, Silvia, Carmen, Luis Enrique, Gustavo, Sandra, Carolina, Alejandro, Violeta Norma, Ciprian, Constantin Ion, Stefan, Rado, Elei, Nicolae, Radu, Voiko, Vasile, Áureo, Gica, Aurelian, Isabel, Paulo, Freddy, Oscar, Ibrahim, Socorro, Luis Romero, Breno, Helena, Rosário, Carlos, Hector, Hernan, Mirian, David, Catherine, Blanca, Ramona, Adriana, Ricardo, Jorge, José, Guillermo, Nancy, Mario Henrique, Maria Del Rosário, Oprea, ao pequeno Juan Gabriel, a Silvia..., e tantos outros que também guardo na memória. A vossa gratidão pela assistência jurídica recebida da minha parte, expressa em palavras, gestos, cartas, *lembrancinhas*... é para mim a melhor recompensa e a certeza de que meu trabalho tem valido a pena.

Agradecimento

Agradeço especialmente a meu esposo Duciran Farena, pelo carinho e apoio, durante a elaboração deste trabalho e pela sua colaboração na revisão do texto final. Ao meu pai, Alfredo Ferretti, que enriqueceu o texto com seus valiosos comentários.

A todos os professores do Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPB, pela importante labor de educação em Direitos Humanos neste Estado, e, muito especialmente, ao meu orientador Dr. Luciano Mariz Maia, pelo estímulo e orientação brindados e às preciosas sugestões dos professores Giuseppe Tosi e Jonas Duarte para a elaboração da versão final da Dissertação. Agradeço também aos professores de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP, pelas lições nas *Arcadas*.

Ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade, cujas aulas no Curso de Direito Internacional da Academia de Haia, no Chile, e cujo trabalho como Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inspiraram-me na escolha dos Direitos Humanos como caminho profissional e acadêmico a trilhar.

Ao padre Beto, meu mentor espiritual na luta pelos direitos dos migrantes.

A Deus e a Maria, por tudo.

Clandestino (Manu Chao)

*Solo voy con mi pena
Sola va mi condena
Correr es mi destino
Para burlar la ley*

*Perdido en el corazón
De la grande Babylon
Me dicen el clandestino
Por no llevar papel*

*Pa' una ciudad del norte
Yo me fui a trabajar
Mi vida la dejé
Entre Ceuta y Gibraltar*

*Soy una raya en el mar
Fantasma en la ciudad
Mi vida va prohibida
Dice la autoridad*

*Solo voy con mi pena
Sola va mi condena
Correr es mi destino
Por no llevar papel*

*Perdido en el corazón
De la grande Babylon
Me dicen el clandestino
Yo soy el quiebra ley*

*Mano Negra clandestina
Peruano clandestino
Africano clandestino
Marijuana ilegal*

*Solo voy con mi pena
Sola va mi condena
Correr es mi destino
Para burlar la ley*

*Perdido en el corazón
De la grande Babylon
Me dicen el clandestino
Por no llevar papel*

INTRODUÇÃO - Porque direitos humanos dos migrantes?

Nosso mundo é cenário de movimentos constantes de pessoas. São os **MIGRANTES**, que se deslocam de um território a outro na maioria das vezes em busca de melhores condições de vida, pois as migrações, historicamente responsáveis pelo povoamento do nosso planeta, constituem uma característica da humanidade.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações - OIM, mais de 200 milhões de pessoas são migrantes internacionais hoje, ou seja, um contingente maior do que a população brasileira.² As mulheres representam praticamente a metade (49,6 por cento do total).³ No início deste século, os migrantes já somavam a impressionante cifra de 191 milhões de migrantes (contra 155 milhões em 1990 e 75 milhões em 1965).⁴ Essas estatísticas, que na verdade são inferiores ao número real porque não é possível contabilizar o total de migrantes irregulares, refletem a dimensão de um fenômeno que se desenrola de forma crescente e dramática em praticamente todos os países do mundo, pois a grande maioria dos migrantes vê-se forçada a sair do seu país, vive em situação de irregularidade migratória e portanto de exclusão.

Para a OIM, a Migração é um dos principais fatores que definirão o século 21, pois atualmente é um componente essencial, inevitável e potencialmente benéfico da vida econômica e social de todos os países e regiões⁵. Aliás, o incremento das migrações no mundo inteiro e as suas contribuições, tanto aos países doadores como aos receptores de migrantes, é sem dúvida uma das dimensões humanas mais visíveis da chamada globalização – à parte a

² Conf. World Migration Report 2008: *Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy (Relatório Mundial sobre Migração 2008 – OIM)* de 02.12.2008. Disponível em: www.iom.int/iomwebsite/Publication/ServletSearchPublication.

³ Ver. *United Nations Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision.*, disponível em: <http://esa.un.org/migration>.

⁴ A primeira dessas estimativas é do *Relatório sobre Migração Internacional e Desenvolvimento* apresentado pelo Ex-Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, em junho de 2006, disponível em: www.unmigration.org. Conforme o mesmo estudo, só os EUA abrigam cerca de 20% dos migrantes. A Europa, como um todo, recebe 34% e a Ásia 28 %. EUA, Rússia e Alemanha são os países que mais recebem estrangeiros. Apenas 9 por cento estavam vivendo na África, 3 por cento na América Latina e no Caribe e mais 3 por cento na Oceania. Boletim da ONU n. 6/050, disponível em: www.cinu.org.mx/prensa.

⁵ Ver. *La Migración en el Siglo XXI Hechos y Cifras*. Disponível em: [International Organization for Migration http://www.iom.int/jahia/Jahia/pid](http://www.iom.int/jahia/Jahia/pid). Acesso em 11 de jan 2009.

discussão sobre o significado e repercussões desse fenômeno.

Em razão de sua peculiar condição e diante das adversidades que muitas vezes encontram no seu novo lar, os migrantes merecem uma atenção especial. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, são objeto da proteção de específicos instrumentos Internacionais, como a Convenção sobre os direitos dos Refugiados e a Convenção sobre os direitos dos Trabalhadores Migrantes, adiante examinadas.

Mas, a despeito dos avanços nesse campo, percebe-se que os direitos de milhões de migrantes ao redor do mundo, mesmo quando reconhecidos em tese, não são respeitados na prática. Os protagonistas das migrações sempre enfrentaram muitas dificuldades, discriminação e exclusão, sendo patentes a violência, os abusos e as hostilidades contra os migrantes, mesmo nos países desenvolvidos, os grandes receptores do fluxo migratório. Além disso, há pouca pesquisa, documentação e análise sobre o caráter e extensão das violações aos **direitos humanos dos migrantes** e sobre os instrumentos para combatê-los, concentrando-se os estudos, em geral, nos aspectos econômicos do fenômeno migratório. Nem sequer existe o tópico **Direitos Humanos dos Migrantes** na maioria das bibliotecas ou bibliografias.

Até meados do Séc. XX, dispositivos constitucionais de tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros eram a exceção na Europa. Em outros lugares, a certas categorias de migrantes eram aplicadas restrições, como a entrada no país, ou em lugares públicos, e a proibição do desempenho de certas profissões ou atividades (asiáticos e mexicanos nos Estados Unidos, asiáticos e judeus no Brasil), tal como acontecia também com os negros.⁶ Hoje, em quase todos os Estados da Comunidade Internacional, os estrangeiros teoricamente fazem jus aos mesmos direitos básicos aplicados aos nacionais, mas muito falta para que tais direitos encontrem sua plena efetividade, como veremos no decorrer deste trabalho.

O principal e mais recente instrumento jurídico de cunho universal sobre o tema, a **Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e seus familiares, de 1990, da ONU**, foi adotado, segundo seu Preâmbulo, porque a Comunidade

⁶ No Brasil, essa discriminação foi decorrente da política migratória seletiva para branqueamento da população ou de motivos políticos, durante o período das guerras mundiais e na “Era Vargas”.

Internacional concluiu que os direitos dos migrantes não estão ainda universalmente protegidos e que a aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos na matéria é imprecisa, insuficiente e pouco efetiva. Dezoito anos após a assinatura dessa Convenção, paradoxalmente, essa situação tende a piorar, em virtude dos novos fatores surgidos no contexto internacional.

Efetivamente, os direitos dos migrantes, além de seu tradicional déficit de efetividade, encontram-se fragilizados no contexto atual de acentuada crise econômica e crescentes tendências restritivas à migração, diante do incremento do fluxo migratório decorrente do agravamento das desigualdades internas e internacionais, e da agressiva campanha anti-terrorismo pós “11 de setembro”, que estimula os Estados a colocarem seus interesses acima de qualquer consideração humanitária. Acentua-se portanto para operadores do Direito e defensores dos direitos humanos a importância do conhecimento e manuseio do Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus princípios, bem como de toda a normatividade específica sobre direitos dos migrantes, a fim de assegurar aos mesmos uma real e efetiva proteção.

Primeiramente, pelo fato de ser eu própria imigrante, a questão me provoca grande inquietação. Por outro lado, a reduzida literatura jurídica sobre o tema, aliado à minha experiência na defesa dos direitos dos migrantes, foram estímulos decisivos para a elaboração deste trabalho. O objetivo é analisar a realidade dos direitos humanos dos migrantes e refletir sobre os meios para lograr uma proteção mais efetiva, a partir dos instrumentos jurídicos disponíveis no sistema da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, como tema de mais alta relevância para o Direito Internacional.

Para um país como o nosso, de migrantes, receptor de imigrantes por tradição, e atualmente com significativo número de emigrantes, o tema tem enorme relevância. Embora o Brasil não tenha aderido ainda a importantes convenções,⁷ a Constituição reconhece aos estrangeiros basicamente os direitos fundamentais assegurados aos brasileiros. Mas, se em tese avançamos muito, na prática inúmeras violações são cometidas, em parte pela aplicação

⁷ Até hoje o Brasil não ratificou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990, nem importantes Convenções da OIT sobre os direitos dos trabalhadores migrantes.

da retrógrada Lei do Estrangeiro, como veremos no curso deste trabalho. Mas, a proteção outorgada pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional impõe que as leis existentes sejam analisadas sob nova perspectiva, tendo sempre em mira o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos.

A realidade demonstra que os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no que se refere aos migrantes, não estão sendo respeitados, o que demanda uma maior operacionalização dos mesmos na ordem jurídica interna dos Estados e na ordem internacional.

Assim, o presente trabalho analisa a situação dos direitos humanos dos migrantes e das políticas migratórias dos Estados, desde a perspectiva da tutela jurídica internacional dos direitos humanos dos migrantes buscando avaliar o hiato entre a norma e a prática. Revisam-se as fontes jurídicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois elas sintetizam as preocupações da comunidade de nações e contêm as decisões coletivas e os compromissos dos Estados nesse terreno, verificando se no plano estatal esses compromissos são de fato cumpridos. O Direito Internacional realça assim sua importância como fundamento de proteção e fator de aprimoramento da ordem jurídica interna, por cujo descumprimento os Estados podem ser responsabilizados. Coloca-se também em relevo a importância do equilíbrio exigido pelo Direito Internacional entre o interesse do Estado em desenvolver sua própria política migratória e o respeito das obrigações jurídicas internacionais relativas aos direitos dos imigrantes, que deveriam prevalecer, no contexto de uma política jurídica universal, marcada por uma tendência à equiparação de direitos e liberdades entre nacionais e estrangeiros (cidadania universal). Enfim, os valores que embasam esta análise são essencialmente os contidos nos Princípios e Instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, refletindo simultaneamente a convicção da autora quanto à necessidade da prevalência dos **direitos humanos dos migrantes**.

Faz-se referência aos direitos dos migrantes em geral, inclusive dos refugiados, mas diante das limitações e objeto do mesmo é dada maior atenção aos imigrantes propriamente ditos, já que aqueles são objeto da proteção específica do Direito Internacional

dos Refugiados.⁸

Espero que o ensaio represente contribuição efetiva ao estudo do tema, ainda tão carente de inserção acadêmica e especialmente que sirva como instrumento de promoção dos direitos humanos dos migrantes e conscientização da sociedade, especialmente das autoridades e legisladores, sobre as necessidades urgentes dos migrantes, em prol do progressivo reconhecimento e implementação de seus direitos.

O trabalho foi dividido em três capítulos. **No primeiro capítulo** analisamos a inserção dos direitos dos migrantes no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Apresentando definições sobre as diversas categorias de migrantes e introduzimos o fenômeno migratório em seus variados aspectos, traçando um panorama das migrações atuais, principalmente das que concernem aos brasileiros e ao Brasil no contexto latino-americano. Tratamos do Direito Internacional dos Direitos Humanos como fundamento da proteção dos direitos dos migrantes e conseqüentemente limite da soberania dos Estados no que se refere à política e legislação migratória.

No segundo capítulo tratamos da proteção normativa outorgada pela Ordem Jurídica aos direitos humanos dos migrantes. Apresentamos os Instrumentos Jurídicos para a proteção dos direitos humanos dos migrantes, bem como as instituições e os mecanismos previstos para a promoção, proteção e controle desses direitos, pois o conhecimento dos mesmos pode ajudar na implementação dos direitos dos migrantes. Sistematizamos os instrumentos disponibilizados pelo Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos, no que concerne mais de perto à garantia dos direitos dos migrantes, nos âmbitos universal e regional, geral e especial, dando ênfase concretamente ao sistema interamericano, onde o Brasil se insere e às disposições da **Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e seus familiares**, de 1990. Destacamos a relevante tarefa de monitoramento dos direitos humanos realizada sob a supervisão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, principalmente pelo Relator Especial para os direitos humanos dos migrantes. Por último, analisamos a ordem jurídica nacional de proteção dos direitos dos migrantes, destacando o reconhecimento dos mesmos pela Constituição Federal, que consagra

⁸ Sistema de normas internacionais para a proteção específica do refugiado.

os princípios da Igualdade e da Primazia dos direitos humanos. Enfatizamos a responsabilidade que recai nos Estados pelo descumprimento das normas que protegem os direitos humanos dos migrantes, insistindo que para efeito de direitos fundamentais a situação migratória das pessoas ou o trabalho irregular não afeta a garantia dos mesmos.

No terceiro capítulo, tratamos da vulneração dos direitos humanos dos migrantes e dos fatores que a causam, baseando-nos principalmente em documentos internacionais como informes do Relator Especial para os direitos humanos dos migrantes, relatórios de organizações que trabalham pela promoção dos direitos dos migrantes, principalmente da OIM e notícias sobre o assunto. Expusemos também a condição particular dos direitos humanos dos migrantes no nosso país, com base na experiência de trabalho junto à Assessoria Jurídica da Pastoral dos Migrantes. Utilizamos também documentação do Centro Pastoral dos Migrantes de São Paulo, do Centro de Estudos Migratórios – CEM de São Paulo e do Centro de Estudos Migratórios – CEMI de Brasília. No último item desta parte refletimos sobre as perspectivas para esses direitos, partindo da análise de três documentos: o ante-projeto da nova Lei do estrangeiro no Brasil, a chamada Diretiva de Retorno da União Europeia e o informe sobre a situação atual dos direitos dos migrantes nos EUA, do Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

As Conclusões são apresentadas como resultado do cotejo entre a realidade e a norma, ou seja, entre a situação fática dos direitos dos migrantes e as respectivas disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Constatamos que as normas previstas nos instrumentos internacionais e nacionais de proteção não são implementadas na prática, pois os Estados, apesar de adotarem Tratados de Direitos Humanos não os aplicam aos migrantes, havendo resistência em adotar tratados específicos, especialmente no que concerne aos direitos dos migrantes irregulares. Por outro lado, constatamos também que o Brasil descumpra as obrigações internacionais e os compromissos constitucionais de proteção dos direitos humanos dos migrantes. Apesar da retórica, não evoluiu mais do que os outros países nessa área, mantendo uma legislação retrógrada e anticonstitucional, que pode ensejar a responsabilidade internacional, especialmente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posto que nenhuma pessoa pode ser desprovida de direitos que são inerentes a sua condição de ser humano.

*“Uma história de sofrimento
Acompanha o MIGRANTE
Sendo portador desta
Ao invés do documento...”⁹*

CAPÍTULO I) OS MIGRANTES NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*... Tendo-lhes sido negada uma cidadania mínima
no país em que nasceram,
lutam por uma cidadania sem fronteiras
na nação maior que é o planeta Terra.
...Não se deixam abater facilmente,
tenazes na busca de novos horizontes.
São portadores incansáveis da justiça,
da solidariedade e da paz!
Pe. Alfredo J. Gonçalves. SPM*

1. MIGRANTES E MIGRAÇÕES

1.1. O conceito de Migrante

Migrantes são as pessoas que se deslocam desde seu lugar de residência habitual até outro, com o objetivo de ali assentar-se temporária ou definitivamente. Seu destino é um novo território e uma nova comunidade.

O pensamento transcrito acima bem que traduz a realidade da maioria dos migrantes e o significado da migração para eles. Mas, é necessário distinguir as diversas categorias de migrantes, bem como delimitar dentre elas o objeto deste estudo.

Entende-se por migrantes ou deslocados internos os que são forçados a migrar dentro do próprio país, devido a conflitos ou desordens internos, violação generalizada e sistemática dos direitos humanos, disparidades econômicas ou fenômenos climáticos (como a estiagem). Vivem situação semelhante à dos refugiados, mas permanecem no território nacional.

⁹ Resposta nossa a um policial federal que exigia com rigor o documento ao primeiro imigrante assistido em nosso trabalho pastoral, em 1993.

Migrantes externos ou internacionais são os migrantes que saem dos seus países ou Estados de origem dirigindo-se a outro com intuito de ali permanecer (provisória ou definitivamente). O migrante é **emigrante** do seu país e **imigrante** no país de destino. Atualmente há consenso na comunidade internacional para definir os migrantes internacionais como "as pessoas que cruzam uma fronteira, mudam seu lugar de residência e ingressam com uma nacionalidade estrangeira ao país de imigração", constando como sujeitos de Convenções, Declarações ou Acordos assinados pelos Estados. Nossa análise se refere principalmente aos migrantes externos e os designaremos apenas como migrantes.

Migrantes regulares são os que têm autorização para entrar e permanecer num país, na forma estabelecida pelas normas migratórias do Estado receptor, são os documentados.

Migrantes irregulares são os que não têm autorização para ingressar, permanecer ou exercer atividade remunerada no país de destino; entram de forma clandestina ou ultrapassam o período autorizado de permanência num Estado do qual não são nacionais. São os indocumentados, chamados de “ilegais”.

1.1.1. Migrante e estrangeiro

Migrante é uma condição que independe de qualificação jurídica, e diz respeito aqueles que migram, às vezes se confundindo com a expressão estrangeiro, que diz respeito ao *status* jurídico daquele que não é considerado nacional de um país determinado. Migrante é quem pratica ou praticou o ato de migrar, com o intuito de mudar de lugar de residência, mesmo que temporariamente, envolvendo todos os aspectos da sua vida (moradia, trabalho) desenvolvendo no novo local todos os aspectos da vida. Ou seja, nem todo estrangeiro é migrante (porquanto sua estadia em outro país pode se dar sem intuito de permanecer pelo menos temporariamente: pode estar de passagem (em trânsito), a turismo, ou a negócios, por exemplo) e nem todo migrante é estrangeiro. Mas migrante e estrangeiro se confundem como vítima. Ou seja, a discriminação e as violações de direitos são quase sempre praticadas contra os imigrantes, porque são estrangeiros, e além disso geralmente são pessoas com características étnicas e raciais diferentes.

Embora a maioria dos imigrantes sejam estrangeiros, porque permanecem no seu novo país com a nacionalidade de origem, alguns adquirem a nacionalidade do país de destino, modificando sua situação jurídica e, ainda assim, às vezes são alvo de discriminação em alguns lugares, e, como regra geral, seus direitos políticos sofrem restrição por não serem nacionais natos.¹⁰

Em geral, o migrante deixa seu país por motivos alheios à sua própria vontade, por exemplo, em virtude de uma guerra, de difíceis condições de vida ou por causa de calamidades; ou seja, *uma história de sofrimento o acompanha, sendo muitas vezes portador desta ao invés de um documento* que regularize a permanência em seu novo país, onde encontra toda sorte de obstáculos, que não raro o colocam em condições de vulnerabilidade e privação de direitos.

1.2. Migrações forçadas e migrações voluntárias - causas da migração

O ato migratório envolve ou a necessidade de mobilizar-se em função da sobrevivência, dificultada ou colocada em risco por adversidades de ordem política, religiosa, econômica ou ambiental, ou bem a vontade de deslocar-se para melhoria das condições de vida (em busca de poder, riquezas, conhecimentos ou realização pessoal). Embora em muitos casos esta diferenciação seja difícil de se estabelecer, devido às múltiplas circunstâncias e motivações que envolvem a decisão de emigrar, em geral fala-se de migrações forçadas e voluntárias.¹¹

As **migrações forçadas** representam a maioria dos movimentos populacionais da história e contêm em si mesmas um fato dramático: o necessário abandono do lugar onde a pessoa tem desenvolvido sua vida e estabelecido suas raízes sociais e culturais, para dirigir-se a um novo ambiente, muitas vezes desconhecido. Já as **migrações voluntárias** dizem respeito àqueles que migram por opção, em busca de melhores condições de vida, para um destino escolhido.

¹⁰Usam-se indistintamente muitos termos para designar os migrantes: estrangeiros, alienígenas, diversos, imigrantes, não nacionais, não-nativos, não-cidadãos.

¹¹ MÁRMORA, *Direitos Humanos e Políticas Migratórias*, cit. p.72.

Mas migrantes forçados não são apenas os refugiados e migrantes voluntários não são os que se deslocam por razões econômicas, como querem alguns. Para muitos, as migrações forçadas dizem respeito a uma única categoria: os refugiados, ou seja, as pessoas que saem dos seus países porque sua vida ou liberdade correm perigo, em virtude de perseguição por motivos políticos, de raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou por pertencer a determinado grupo social, segundo a definição da Convenção Internacional para a proteção dos refugiados, e que são objeto de efetiva proteção internacional.¹² Os demais seriam migrantes voluntários, equivocadamente denominados econômicos, porque a migração está relacionada às condições de vida.

A concepção restritiva que identifica todas as migrações forçadas com perseguições de natureza racial, política, religiosa ou étnica, peca por ignorar os demais fatores que podem determinar uma migração forçada (como as sócio-econômicas ou ambientais), e que também podem ameaçar a vida humana de modo idêntico ou até mais gravemente.

A princípio, é o grau de necessidade que distingue o migrante forçado por razões sócio-econômicas ou ambientais do migrante voluntário em busca de melhores condições de vida; o primeiro não tem opção em seu lugar de origem, e sua permanência coloca em risco a sua vida ou a de seus familiares; o segundo pode permanecer, embora prive-se das vantagens que poderia obter com sua inserção em uma nação com economia mais forte.

Assim, o que para uns pode significar um aumento da qualidade de vida, ou da condição econômica, por via da migração, para outros representa a própria sobrevivência. Em suma, há mais categorias de migrantes forçados do que simplesmente os refugiados. O que distingue uma migração forçada de uma voluntária é que na primeira está em jogo a necessidade e na segunda a vontade.

Considerando a tragédia humana provocada pela migração forçada, muitas vezes destrutiva a nível pessoal ou de coletividades, o primeiro direito que deveria garantir-se às

¹² A proteção é brindada pela Convenção Internacional para a Proteção dos Refugiados da ONU de 1951, pelas Convenções regionais e leis nacionais pertinentes e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que compõem o Direito Internacional dos Refugiados.

peçoas é o direito de migrar apenas voluntariamente, pois os migrantes forçados não gozam do direito de permanecer na própria terra, que deveria oferecer-lhes as condições necessárias para uma vida digna.

MÁRMORA faz uma classificação das migrações interessante para esta reflexão, a qual inclui como migrações forçadas, além das clássicas migrações compulsórias para distribuição da população, recrutamento de mão-de-obra e tráfico de escravos, as migrações obrigatórias diante do perigo de perder a vida ou a liberdade em virtude de perseguição, guerras ou violência generalizada (refugiados), bem como as migrações ocorridas “*quando a sobrevivência cotidiana em termos econômicos não é mais possível no lugar de origem ou quando a qualidade de vida ou expectativas de realização pessoal estão fortemente limitadas pela situação econômica-social em que se encontra a pessoa*” (as crescentes migrações sócio-econômicas e as ambientais); e, por fim, a migração determinada por fatores sócio-culturais, em que a pessoa ou grupo foge da intolerância e perseguição para preservar sua identidade cultural, categoria que tende a incluir-se no grupo dos refugiados.¹³

Já as verdadeiras migrações voluntárias, que para MÁRMORA se caracterizam por uma decisão tomada em função das vantagens que oferece o lugar de destino, embora as condições da origem não obriguem a partida, são por ele divididas em dois tipos: *aquelas caracterizadas pelo espírito de aventureiro do ser humano*, visando acumular poder ou riquezas mais rápida ou facilmente e *aquelas que respondem a uma decisão de melhorar as condições de vida*, que constituem o caso típico onde a decisão de migrar resulta de um conjunto de elementos avaliados em termos de custo-benefício por parte do migrante, com uma leve incidência das condições do lugar de origem e com um grande peso das possibilidades que brinda o lugar de chegada (são os investidores de capital, como os nacionais da Europa ou Estados Unidos que buscam países da América Latina em busca de oportunidades de negócio ou simplesmente para usufruir de uma aposentadoria com moeda forte).

Os migrantes voluntários obviamente representam a minoria, pois, como bem salientou CAVARZERE, “*poucos são os afortunados que têm a oportunidade de, pelo menos*

¹³ Id. p.p.73/74.

*efemeramente, instalar-se onde as perspectivas lhes pareçam mais amplas”.*¹⁴

Na verdade, qualquer discussão sobre os motivos para a migração humana deve incluir a consideração de fatores econômicos, sociais, políticos e até ambientais que possam produzir a decisão de sair, pois as ações dos seres humanos no sentido de deixar suas raízes, seu lar, sua pátria e seus bens e migrar para qualquer lugar, se baseiam num número de fatores e não numa única razão.

Os grandes movimentos migratórios ocorridos em outras épocas tiveram sua causa nas invasões, conquistas, conflitos, perseguições étnicas e religiosas, mudanças sazonais, fome, superpopulação de determinadas regiões, entre outras. Motivos semelhantes aos do passado caracterizam as migrações atuais, que assistem ao paradoxo da facilidade de deslocamento propiciada pela abertura dos mercados e pela tecnologia, ao lado do emprego dos mais avançados instrumentos tecnológicos para barrar e segregar os migrantes.

O professor Oscar CHACÓN, reconhecido especialista em matéria de migrações, aponta como causas das migrações atuais os desastres naturais, o empobrecimento contínuo, fruto das mudanças ou ajustes estruturais neoliberais e a indução cultural, provocada pela atração exercida pelos modos de vida e padrões de super-consumo dos países ricos, que motiva muitas pessoas a buscar-lhes acesso nesses países.¹⁵

Contribuem também para o incremento da migração nos dias de hoje, a desaparecimento dos blocos ideológicos da *Guerra Fria*, a abertura e transnacionalização dos mercados, as maiores facilidades para viajar, a difusão de informações e divulgação em escala planetária sobre opções em outros países, os laços étnicos e familiares; as oportunidades e as exigências de experiência internacional para avançar nos negócios, na profissão ou na carreira, bem como a globalização, determinada pela interdependência cada vez maior entre os países.

Conclui-se assim que são diversas as causas que provocam o aumento das

¹⁴ CAVARZERE, cit. p.2.

¹⁵ *Migrantes en el Desorden Global* - 1º Foro Social de las Américas, Quito, 2000. Disponível em: www.migracoes.com.br/eventos.html. Acesso em julho de 2007.

migrações e que fatores positivos e negativos levam a migrar. Mas, sem dúvida, uma das grandes causas das migrações é a situação de subdesenvolvimento, provocadora de significativos fluxos de *migrantes sócio-econômicos*. A cada dia mais pessoas procuram outros países que pelas suas condições de maior desenvolvimento parecem oferecer-lhes a dignidade perdida.

Patrick TARAN, especialista em Migrações da Organização Internacional do Trabalho-OIT, afirma que a migração não pode ser apenas explicada como uma escolha racional por pessoas que avaliaram os custos e benefícios do deslocamento e fizeram uma eleição que sentiram preencher melhor suas necessidades. Ao contrário, devem considerar-se fatores macro que encorajam, induzem ou às vezes compelem a migrar, pois muitos migram hoje como resposta aos fatores que os forçam a mover-se para sobreviver e fornecer segurança, dignidade e bem-estar a si e suas famílias.¹⁶ Por isso para a Organização Internacional para as Migrações (OIM) não é a grande diferença entre os Estados o que mais motiva a migração, mas sim a necessidade que as pessoas sentem de mover-se quando sua situação e a de suas famílias se torna intolerável, sem perspectivas de sobrevivência.

A percepção do nível econômico e de quais sejam as condições toleráveis varia muito de país para país, cultura para cultura e de povo para povo, mas sem dúvida para sobreviver todos precisam de um padrão mínimo de dignidade humana, que permita ao homem preencher suas necessidades vitais. E é principalmente esta ausência de dignidade humana, somada ao aumento e maior visibilidade das desigualdades internacionais a grande causa do deslocamento forçado nos dias atuais.

Impõe-se, assim, a necessidade de proteção e assistência às pessoas que migram como resultado direto dessas condições adversas. São fatores que também requerem ação e cooperação internacional para solucioná-los. Porém não existe ainda um instrumento hábil de proteção para as pessoas que deixam suas pátrias como consequência da violação dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, em razão da qual a sobrevivência no país de origem é impossível ou extremamente sacrificada, não há um programa global de cooperação

¹⁶ Ver. Patrick TARAN. *Human Rights of Migrants: Challenges of the new decade*. In: International Migration, Quarterly Review Vol. 38 No. 6 p. 7/51, Special Issue 2/2000 IOM, p.8, Disponível em: <http://www.Migrantwatch.org./mri>, acesso em junho de 2007.

econômica para prevenir o aumento das migrações, nem há para a maioria dos migrantes, proteção institucionalizada como aquela garantida aos refugiados.

1.2.1. Migrantes e Refugiados

O aspecto fundamental diferenciador entre refugiado e outros migrantes forçados (ambas categorias vítimas de violação de direitos humanos) é o de que uma perseguição, seja religiosa, de raça, nacionalidade ou de outra natureza, gera um refugiado, enquanto uma violação dos direitos econômicos ou sociais gera os demais migrantes forçados.

O termo refugiado poderia ser estendido aos migrantes forçados por razões de sobrevivência econômica e dignidade (migrantes sócio-econômicos). Mas, mesmo a definição ampliada de Refugiado, constante da Declaração de Cartagena de 1984 – segundo a qual o termo refugiado se aplica também a “*todas as pessoas que fogem dos seus países porque sua vida, segurança ou liberdade encontra-se ameaçada entre outros pela **violação massiva dos direitos humanos** ou outras circunstâncias que tenham afetado gravemente a ordem pública,* os migrantes que fogem à violação de seus direitos econômicos e sociais não são considerados refugiados e não há no momento perspectiva de mudança. Assim, as vítimas da violência da miséria e das catástrofes naturais não se enquadram, de forma específica, na definição convencional de refugiado.

Na verdade, o não reconhecimento do migrante “sócio-econômico” como refugiado é conseqüência da tendência ao não reconhecimento dos direitos econômicos e sociais como verdadeiros direitos humanos. Destarte, para efeitos de concessão de refúgio, a violação massiva dos direitos humanos não inclui os direitos econômicos, sociais e culturais, somente os direitos civis e políticos.

Por outro lado, situações complexas dificultam na prática uma distinção clara entre refugiados e outros migrantes. Não há dúvida de que as pessoas que sofrem perseguição são refugiados, segundo a definição aceita internacionalmente, constante na Convenção da ONU para proteção dos Refugiados. Entretanto, como observa TARAN, a natureza dos conflitos militares, políticos e econômicos no mundo tem evoluído muito desde a

simplificação dos termos do mundo bipolar de cinquenta anos atrás.¹⁷

Além disso, apesar do reconhecimento universal de que outros fatores além da perseguição direta podem ameaçar a segurança, a dignidade e os direitos humanos das pessoas, não há reconhecimento expresso da necessidade de proteção das pessoas que migram porque sofrem devido a colapso econômico, devastação ambiental, conflitos civis generalizados ou discriminação, que também ameaçam a sobrevivência humana.¹⁸

A proteção brindada pela Convenção de 1951 aos refugiados consagra, como primeiro compromisso, o princípio da “não devolução”, o que significa que um solicitante de refúgio, ou um refugiado, não pode ser devolvido ao país onde sua vida corre perigo. A justificação do refúgio, por si própria, gera a proibição de regresso aos países de origem, por serem os refugiados grupos sociais perseguidos. Teoricamente isso também distingue um migrante de um refugiado, porquanto aquele, ainda que sujeito à miserabilidade e à fome, pode regressar ou ser devolvido ao seu país, onde também corre risco de vida. Entretanto, o amparo exclusivo aos refugiados vai de encontro ao princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, que demanda uma só proteção, política, jurídica e econômica, isto é, uma proteção que deveria ser universal, pois o próprio conceito de pessoa humana repele qualquer distinção entre os integrantes dessa categoria de entes, no referente a direitos protegidos.

Nesse sentido, de um ponto de vista ético, o conceito de refugiado da Convenção de 1951 não deveria ser interpretado de forma minimalista ou exclusivista, como se apenas aquelas pessoas que se enquadram inteiramente na definição convencional têm direito à segurança e à proteção. Muito pelo contrário, o cuidado com os refugiados, deve ser a ponto de partida de um compromisso mais abrangente com a proteção das vítimas de qualquer tipo de perseguição, seja ela de origem ambiental ou econômica. Nessa ótica, atualmente há quem fale em “refugiados de fato”, com o objetivo de ampliar o conceito tradicional.¹⁹

Não que defendamos que todos os migrantes sejam refugiados, pois, é óbvio que há os privilegiados que migram voluntariamente, ou por mera conveniência econômica, que

¹⁷ TARAN, cit. p.8.

¹⁸ Ver nesse sentido TARAN, cit. Id.

¹⁹ CUNHA, Guilherme da. *Migrantes e Refugiados: Marco Jurídico e Estratégia no Limiar do Século XXI* cit.

não fogem a nenhuma miséria. Mas, o que deve ficar claro é que todos os migrantes (refugiados ou não) fazem jus à proteção dos direitos humanos, isto é, apesar de que somente àqueles reconhecidos como refugiados aplica-se o estatuto de proteção específica, os migrantes que não são refugiados devem ter seus direitos fundamentais reconhecidos e respeitados, mesmo quando irregulares no país de destino, como pessoas humanas titulares de uma proteção generalizada, e como pessoas vulneráveis pela situação de migração.

Contudo, o termo refugiado seria mais atualizado, e adequado à proteção demandada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, se ampliado para abranger os migrantes forçados pela miséria, tragédias ambientais, fome, ou qualquer situação cujo regresso ao território de origem também coloca-lhes em risco a vida. Isso levaria proteção aos que não têm o necessário para sobreviver com um mínimo de dignidade ou que têm sua existência ameaçada pelas possibilidades de subsistência drasticamente reduzidas. Aliás, o Relator especial das Nações Unidas para a alimentação, Jean ZIEGLER, recentemente pediu a criação de uma nova norma de direito internacional que reconheça os direitos dos *refugiados da fome*.²⁰

Pensamos que a ampliação é possível, tal como vem acontecendo com a proteção aos deslocados internos. Mesmo que a própria definição da Convenção dos refugiados não inclua como objeto de proteção e assistência por parte do ACNUR, o órgão tem assumido responsabilidade limitada para certos grupos de pessoas internamente deslocadas. Os documentos internacionais agora se referem a pessoas ou populações de interesse para o ACNUR, aumentando o número de pessoas sob atenção internacional em situação similar a do refúgio, em que pese a limitação dos recursos financeiros do órgão.

Os países desenvolvidos praticam a determinação individual do refúgio segundo a definição convencional e se resistem a aplicar critérios ampliadores que implicariam em investimentos econômicos e sociais maiores. Para livrar-se da responsabilidade, basta ao país considerar o refugiado como *migrante econômico*, já que esse não tem direitos de proteção. O reconhecimento dos direitos econômico-sociais dos migrantes, somado ao reconhecimento de

²⁰ “Relator da ONU pede direitos a refugiados da fome”, proposta apresentada ao Conselho dos Direitos Humanos, Genebra em 20 de abril de 2008. Portal latino-americano da Agência ANSA – Disponível em: <http://www.ansa.it/ansalatinabr/.html>. Acesso em 14 junho de 2008.

novas categorias de refugiados, certamente reduziria essa prática, já que estes também fariam jus à proteção específica.

Destarte, a solução lógica seria a ampliação do conceito e da proteção ao refugiado, contudo, a conjuntura geopolítica contemporânea, longe de promovê-la, tem-na reduzido sensivelmente, determinando uma menor aceitação dos pedidos de refúgio. A realidade atual, incluindo a *Guerra contra o Terror*, mostra que a cada dia é menos provável a sua ampliação natural, apenas novas normas de Direito Internacional obrigariam os Estados a uma mudança no tratamento da questão, o que também é difícil de lograr-se.

1.3. Reações ao fenômeno migratório

A mobilidade humana, traduzida no ato de migrar, constitui um elemento permanente na história da contínua inter-relação do ser humano com o meio físico e social, isto é, com a natureza e com os outros humanos. O homem sempre migrou e sempre migrará, seja por causas de ordem natural, que motivaram principalmente o ser primitivo, seja pelas de ordem econômica e social, hoje preponderantes. Nunca parará ele de circular pelo mundo, pois migrar é característico do ser humano, por isso a história das migrações se confunde com a própria história da humanidade. Por volta de 20.000 a.C. o homem moderno, originário da África, já estava presente na maior parte dos continentes.²¹ Pela sua relação com a origem dos povos e das nações, formadas por migrantes, a história humana não deixa de ser a história do movimento migratório.

Todos os Estados são em parte formados por povos que migraram. Nós brasileiros somos o resultado da mistura de imigrantes de várias raças, nações e povos, que nos enriquecem, como povo multi-cultural e multi-étnico. Há um aspecto positivo inegável nas migrações: o estímulo a crescer, a aprender, a criar e recriar; novas culturas e costumes enriquecem a nossa própria cultura, outras línguas abrem horizontes, novos espaços representam mais oportunidades.

Apesar de que em muitas sociedades, a identidade nacional tem sido construída

²¹ CAVARZERE, cit. p.13.

com base em uma história e consciência comuns, mantida por um grupo social mais ou menos homogêneo e afirmado como unidade perante os demais, cada vez mais as migrações têm interferido nesse processo, tornando os países mais multiculturais, ao absorverem a rica diversidade racial, étnica, lingüística, de tradições, religiões e fé, como resultado da admissão de contingentes de migrantes das mais diversas origens. As migrações e a multiculturalização das nações no mundo são fatos da história e características crescentes desta época de globalização. A realidade da diversidade crescente propõe também o desafio de encontrar os mecanismos políticos, legais, sociais e econômicos para assegurar o respeito mútuo e o relacionamento entre seres humanos iguais em natureza, mas diferentes na cultura.

Diante do fenômeno da integração intercultural, propôs o Papa JOÃO PAULO II:

*“... Assim, surge a necessidade do diálogo entre homens de culturas diferentes, num contexto de pluralismo que vá para além da simples tolerância e chegue à simpatia. Uma simples justaposição de grupos de migrantes e de autóctones tende ao fechamento recíproco das culturas, ou então à instauração de simples relacionamentos de exterioridade ou de tolerância entre si. Todavia, dever-se-ia promover uma fecundação recíproca das culturas. Isto supõe o conhecimento e abertura das culturas entre si mesmas, num contexto de compreensão e benevolência autênticas”.*²²

Durante a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994 (Conferência do Cairo), foram apontados como motores principais das migrações internacionais: os desequilíbrios econômicos internacionais, a pobreza e a degradação ambiental, combinados com a falta de paz e segurança, as violações dos direitos humanos e os distintos graus de desenvolvimento das instituições jurídicas e democráticas. Esse quadro parece não ter mudado muito quinze anos depois: três por cento da população mundial reside fora de seu país de origem ou de nacionalidade e as razões migratórias persistem. Sessenta por cento dos migrantes do mundo (115 milhões em 2005), vivem em países mais desenvolvidos (aproximadamente 1,4 milhão de pessoas por ano dirigem-se a esses países).²³ Desses, 56 milhões estão na Europa. Em alguns países europeus, como Luxemburgo e Suíça, eles representam 25% da força de trabalho, mas isso não se reflete na garantia de direitos concedidos normalmente aos nacionais dos países receptores.

²² JOÃO PAULO II. Mensagem do Papa por ocasião do *Dia mundial do migrante e do refugiado*, 2005 Disponível em <http://www.vatican.va>, acesso em jun. 2007.

²³ Ver. World Labour Report 2000, International Labour Office (OIT). Ver também: Labour Migration Statistics. Disponível em: www.ilo.org/htm.

Os brasileiros e mexicanos que atravessam a fronteira americana em busca de trabalho, os bolivianos que emigram para o Brasil, os guatemaltecos para o México, os nicaraguenses a Costa Rica, os filipinos para Hong Kong, os tailandeses para o Japão, os egípcios para Bahrein, os marroquinos para Espanha e França, os moçambicanos para África do Sul, etc. são todos migrantes internacionais, voluntários ou forçados por circunstâncias alheias a sua vontade, procurando por uma vida melhor ou simplesmente uma vida diferente, com residência legalmente permitida ou vivendo uma vida clandestina às margens da sociedade. “*Mas todos, independentemente de sua nacionalidade, sua raça, credo ou cor, ou situação legal, partilham com os nacionais do país de destino tanto uma humanidade comum quanto o direito a esperar um tratamento decente e humano*”.²⁴

Se a migração de europeus para América no passado foi considerada bem vinda, como mão de obra ou reforço populacional para povoamento de terras desertas, não se pode dizer o mesmo dos migrantes que acorrem hoje aos países ricos. Nestes, a plataforma política volta-se cada vez mais à exploração do medo dos imigrantes, aos quais são atribuídos males como o crescimento do desemprego, o aumento da criminalidade e do vandalismo, a sobrecarga dos serviços públicos, o crescimento de cultos e religiões objetáveis pela maioria, e finalmente, o terrorismo. A xenofobia aumenta o medo e vice-versa. As restrições abusivas ampliam o número de indocumentados, que, por sua vez, vivem e criam os seus filhos em condições de crescente insegurança social, fomentando o caldo de cultura da violência.

Mesmo filhos de migrantes, com permanência assegurada, ou mesmo nacionalidade adquirida, sofrem os efeitos da xenofobia e do preconceito, sendo a categoria por excelência a integrar a massa dos desempregados e excluídos. A indignação contra essa situação acaba por explodir, como demonstraram as revoltas urbanas de jovens negros magrebinos na França, marcadas por destruições indiscriminadas nos seus próprios bairros, noticiadas em diversos jornais, no final do ano de 2005.²⁵

Nos Estados Unidos, Europa ocidental e Austrália boa parte da população tem

²⁴ REDPATH, Jilyanne. Representante da OIM. Item 14^a: Relatório 60^a Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU: *Direitos dos Trabalhadores Migrantes*, 8 de Abril de 2004 (Arquivo de Documentos da OIM, 2004).

²⁵ Ver. BORGES, Altamira. *A Revolta dos Imigrantes na França*. Disponível em <http://alainet.org/active/9741&lang=es>, acesso em junho de 2007.

uma opinião negativa sobre os imigrantes, resumida em três idéias: que chegam principalmente para melhorar sua situação econômica, que reduzem o acesso dos nacionais aos empregos menos remunerados e à obtenção dos benefícios assistenciais e que representam um "problema" social, porque são uma carga para os demais; porque seriam mais propensos ao crime e porque insistem em preservar seus costumes sem assimilar os dos países receptores.²⁶

Apesar dessa rejeição, obviamente, os imigrantes não podem entrar em outro país de maneira legal ou ilegal sem certo grau de conivência por parte dos nacionais, conseqüentemente porque desempenham alguma função para eles: dispõem-se a aceitar empregos que os nacionais às vezes recusam, mas são necessários para o funcionamento da economia. E não se trata exclusivamente de empregos desagradáveis que requerem pouca qualificação, mas de trabalho profissional também. Atualmente, por exemplo, as estruturas médicas dos países mais ricos teriam sérios problemas se fossem excluídos os imigrantes. Por outro lado, a maioria dos países ricos tem taxas de crescimento demográfico decrescentes, cujos nacionais não poderiam beneficiar-se das pensões que gozam se não fosse pelos imigrantes (de faixa etária entre 18 e 65 anos de idade), que aumentam a base de contribuição que permite financiá-las.

Verifica-se também um choque de forças diversas, umas tendendo a um maior incremento das migrações, outras no sentido oposto. Mesmo sob o aspecto econômico, enquanto que uns segmentos propugnam por maiores restrições migratórias, outros, que se beneficiam da mão de obra migrante, defendem mais flexibilização, como ocorre no Reino Unido e nos Estados Unidos. Observa-se claramente, nos países desenvolvidos, uma relação que além de contraditória, é terrivelmente injusta: os migrantes são ao mesmo tempo necessários e discriminados.

Por essa razão, para MÁRMORA prevalece uma contradição quanto à mobilidade humana nos dias de hoje, manifestada na aceitação e rejeição do migrante. Segundo o especialista:

²⁶ WALLERSTEIN. Immanuel. *Inmigrantes*. La Jornada, 18/06/2002. Disponível em: www.migrações.com.br, acesso em junho de 2007.

*“Por um lado, abre-se a porta dos fundos para a entrada de trabalhadores clandestinos, pois há necessidade de mão de obra fácil e barata para os serviços mais sujos e pesados nas economias desenvolvidas. Por outro lado, fecha-se a porta da frente, negando aos imigrantes o status de trabalhadores legais e, conseqüentemente, os direitos de cidadania”.*²⁷

Com efeito, em poucos temas há tanta hipocrisia como na imigração. Os proponentes da economia de mercado quase nunca a estendem ao livre movimento da força laboral, devido a duas razões: 1) seria politicamente impopular nas regiões mais ricas e 2) devastaria o sistema mundial diferencial de custos trabalhistas, crucial para maximizar os níveis mundiais de lucros.²⁸

YUENGERT, referindo-se à realidade americana, combate o preconceito corrente de que as migrações seriam prejudiciais para o país receptor, recordando que um século atrás expressaram-se os mesmos medos sobre os imigrantes judeus e católicos do sul e leste da Europa (*“não seriam assimilados, seriam uma carga pública, não seriam democráticos e seriam potencialmente desleais”*) e que hoje a cultura americana inclui influências italianas, judias, gregas e polacas sem nenhum prejuízo. Pondera que os novos imigrantes são da mesma forma que os antigos, *“trabalhadores, ansiosos pelo êxito e ainda unidos a seus países e formas de vida de origem, ...não elevam a taxa criminal, porque quase todos estão ali para trabalhar, não para roubar”*.

O Prof. Yuengert explana seu pensamento, demonstrando as vantagens de uma política de imigração aberta derivada da economia de livre mercado, propondo medidas simples para atenuar seus impactos negativos. Para ele as vantagens da imigração são semelhantes àquelas do livre mercado, podendo se obter grande vantagem de sua força econômica:

*“Embora os imigrantes imponham pesadas cargas fiscais aos estados onde se concentram são uma vantagem nítida para o governo federal. Já que são jovens, ajudarão a pagar os gastos do governo quando os baby-boomers se retirem, através de suas contribuições à seguridade social e aos seguros-saúde”.*²⁹

²⁷ MÁRMORA. Seminário Migrações: *Exclusão ou Cidadania?* CEM, Brasília-DF de 25 a 27 de setembro de 2003. Disponível em: www.migrações.com.br.

²⁸ MÁRMORA. Id.

²⁹ YUENGERT. *El derecho a emigrar, según el pensamiento social católico. Sobre el bien común de la inmigración*. ZENIT, Agência Internacional de Informação. Disponível em: http://www.agea.org.es/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=267. Acesso em julho de 2007.

Com efeito, mesmo nas condições difíceis em que ocorre, a migração contribui positivamente tanto para os países de origem como para os de destino. Para os doadores, a importância internacional do fenômeno migratório encontra sua demonstração mais evidente, em termos econômicos, na transferência de divisas, mas também é vantajoso porque possibilita uma mobilidade social ascendente e alivia tensões sociais facilitando a redução das pressões sobre o emprego. Para os receptores possibilita a melhoria da qualidade de vida, o aporte de criatividade e aumento populacional, além de revitalizar as sociedades envelhecidas, fornecer recursos humanos qualificados e aumentar a produtividade.

A Organização das Nações Unidas, dentre outros organismos internacionais, tem procurado enfatizar o aspecto positivo das migrações, tanto na origem como no destino. Nesse sentido, Kofi ANNAN, Ex-Secretário Geral das Nações Unidas, declarou:

*“A migração internacional, apoiada em políticas corretas, pode ser altamente benéfica para o desenvolvimento tanto dos países de onde [os migrantes] saem quanto daqueles aonde chegam”.*³⁰

O “Relatório sobre Migração Internacional e Desenvolvimento” divulgado pela ONU, em junho de 2006, destaca que o impacto dos migrantes foi geralmente positivo para as economias nos países de acolhimento e os efeitos negativos dos fluxos migratórios nos salários dos nacionais ou no nível de emprego destes são muito limitados. No Reino Unido, por exemplo, os partidários da imigração defendem que o crescimento da economia britânica é sustentado pelos migrantes, que representam 8% da força de trabalho, mas colaboram com 10% do Produto Interno Bruto e como recebem salários mais baixos, ajudam a manter a economia britânica competitiva e as taxas de juros baixas. Além disso, em 2005, o crescimento da população foi de 0,6%, o maior desde 1962, desempenhando os migrantes papel fundamental nesse acréscimo.³¹

³⁰ Ver. *Diálogo de alto nível sobre la Migración Internacional y el Desarrollo* – Assembléia Geral da ONU, 14-15 de setembro de 2006 Disponível em: <http://www.un.org/spanish/News/migration> e Folha de São Paulo. *Imigrantes já chegam a 191 milhões, afirma ONU*, caderno Mundo, 8 de junho de 2006, pág. A-14. Em 2007, as remessas pelo mundo foram estimadas em 337 bilhões de dólares, dos quais 251 bilhões foram para países em desenvolvimento segundo Relatório do Banco Mundial sobre Migração e Desenvolvimento de 2007 (*World Bank's Migration and Development Brief 2007*), disponível em: <http://go.worldbank.org/NN93K4Q420> (acesso julho/2008).

³¹ Dados citados no artigo “Número de imigrantes explode e provoca reação de britânicos”. Folha de São Paulo, Domingo, 27 de agosto de 2006, Caderno Mundo, pág. A-24

Conforme observa Adalid CONTRERAS, curiosamente, e como corolário dos efeitos da liberalização da economia em tempos de globalização, os ingressos gerados nas remessas dolarizadas enviadas pelos migrantes de outros países, especialmente da Espanha e dos EUA, tem se convertido na segunda fonte de ingresso do PIB dos países de origem, com o qual, paradoxalmente, são os deslocados do sistema os que o estão sustentando.³²

O Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID acompanha o fluxo de remessas de migrantes latino-americanos para seus países de origem, classificando esses aportes como fatores importantes para o desenvolvimento da região. Na maioria deles, as remessas agora superam o valor combinado de investimento direto estrangeiro, ajuda multilateral e pagamentos de juros sobre a dívida externa. Em março de 2008 o BID anunciou que os emigrantes da América Latina e do Caribe enviaram US\$ 66,5 bilhões a seus países em 2007, 7% a mais do que em 2006, sendo Brasil e México as duas nações que mais receberam dinheiro. A cada ano, os migrantes enviam o equivalente a US\$ 100 bilhões de dólares em remessas para sustentar suas famílias e comunidades, isso desconsiderando canais não oficiais na transmissão dos capitais.³³ O dinheiro que os estrangeiros ganham e enviam a suas famílias representa, em muitos países, volume equiparável às receitas com exportações. Ou seja, a América Latina desponta com o maior crescimento mundial como região receptora de remessas de dinheiro de emigrantes.³⁴ Segundo a Comissão Econômica para América Latina e o Caribe – CEPAL, o México, por exemplo, recebe ao redor de 15 bilhões de dólares anualmente nesse conceito. Com razão, Donald TERRY, Diretor do Fundo de Investimento Multilateral do BID, ressalta a importância de ser conhecida a enorme contribuição dos trabalhadores migrantes, que deveria resultar na garantia de uma situação jurídica mais estável nos países de acolhida.³⁵

³² CONTRERAS, Adalid Baspineiro. *Otra América Latina es Posible con la Integralidad, Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*. Primera Parte: *La situación Latinoamericana desde la perspectiva de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturais*. In: *Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Jayme Benvenuto LIMA Jr. (Organizador), Rio de Janeiro, 2004, p. 14.

³³ Ver: BASSEGIO, Luiz. *Reflexões a Partir do Fórum Mundial das Migrações*, 2004, Agência Latinoamericana de Informação-Alainet, 2/03/2005. Disponível em: www.adital.com.br.

³⁴ *Imigrantes nos EUA mandam para a América Latina mais do que os países ricos investem na região*, Revista ÉPOCA, 14 de junho, 2004.

³⁵ Id.

As migrações são na verdade um fenômeno mundial que os Estados encaram com enorme dificuldade. Em matéria de migrações internacionais, as políticas dos países de origem e de destino determinam muitas vezes a amplitude, a duração e direção dos fluxos.

As políticas migratórias, no período pós-guerra, foram responsáveis pelo grande aumento das migrações, mão de obra necessária e conveniente para o desenvolvimento dos países industrializados. O fechamento das fronteiras após a crise do petróleo não conseguiu evitar o aumento da imigração clandestina e irregular, cuja presença é relevante no mundo inteiro atualmente.³⁶

Ao lado das medidas migratórias cada vez mais restritivas, cresce o número dos “ilegais” e dos traficantes de mão-de-obra estrangeira, que com objetivos de lucro, incrementam os ingressos – e mortes – de migrantes, ampliando os custos com controle e expulsão nos países de destino e alimentando ao mesmo tempo, no mundo industrializado, o medo dos fluxos incontrolados. Em todos os países de imigração verifica-se que longe de refrear, as restrições migratórias excessivas aumentam o número de clandestinos e entregam às mãos dos traficantes, organizados em redes internacionais, pessoas que poderiam entrar e permanecer legalmente.

Além disso, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados - ACNUR, existe uma estreita relação entre refugiados e ilegais, sendo que as pessoas, obrigadas a perambular em busca de sobrevivência, solicitam a condição de refugiado em outros países e quando esse reconhecimento é negado, e também dificultado o acesso ao documento, são forçadas a optar pela ilegalidade ou clandestinidade nos países receptores.

O fenômeno da ilegalidade é tão preocupante que a nível mundial constata-se que o aumento da presença de “ilegais” e clandestinos é hoje considerado um fenômeno estrutural. Parece que existe pelo menos a mesma quantidade de migrantes internacionais ilegais quanto migrantes oficialmente reconhecidos.³⁷

³⁶ Ver. BONASSI, Margherita. *Canta América Sem Fronteiras*. Loyola, São Paulo, 2000, p. 36.

³⁷ Ver. GRAEME, Hugo. *Migrações Internacionais Não-documentadas: Uma tendência global crescente*. Revista Travessia, n. 30, Jan./Abr.98. Ano XI, CEM. p.5/7.

Afirma ainda o “*Relatório sobre Migração Internacional e Desenvolvimento*” da ONU de 2006:

“a experiência da migração evoluiu de modo não muito positivo... Migrantes de ambos os sexos são cada vez mais expostos à exploração e abuso por contrabandistas e traficantes, às vezes perdendo suas vidas”.

O documento também cita discriminação, xenofobia e racismo como outros problemas enfrentados por imigrantes ‘*como resultado do aumento de tensões religiosas e culturais em algumas sociedades*’, exortando para combatê-los, à cooperação internacional”.³⁸

Nesse sentido e com bastante realismo, afirma Danilo ZOLO:

*“A resposta dos Estados diante do fenômeno migratório, que se concretiza em expulsões e perseguições, ou através da negação da qualidade de sujeitos aos imigrantes, está escrevendo e parece destinada a escrever nas próximas décadas as páginas mais funestas da história civil e política dos países ocidentais”.*³⁹

1.4. Evolução e Perfil das migrações

1.4.1. América Latina: Da imigração à emigração

As desigualdades econômicas e a procura pelo bem-estar provocaram nos últimos anos um aumento nos fluxos migratórios provenientes da América Latina e Caribe. Até 2005, cerca de 25 milhões de indivíduos, aproximadamente 4% da população total da América Latina e do Caribe, havia migrado. Os migrantes da região constituem cerca de 13% do fluxo migratório mundial. Em algumas partes do Caribe, 1 a cada 5 pessoas deixou seu país de origem.⁴⁰

Para BONASSI:

*“Num contexto que atingiu dimensões planetárias, o fenômeno migratório na América Latina apresenta-se complexo, com suas múltiplas correntes que cruzam o continente de sul a norte, de oeste a leste, no interior de cada país e também para fora do continente, especialmente rumo aos países mais desenvolvidos. Os movimentos populacionais na região constituem um fenômeno antigo, porque existiam mesmo antes da conquista espanhola.”*⁴¹

³⁸ *Imigrantes já chegam a 191 milhões, afirma ONU.* cit.

³⁹ ZOLO, Danilo. *La Stratègia della cittadinanza.* In: *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti.* Danilo Zolo (editor), 2ª. Ed., Laterza, Roma-Bari, 1999, pp.03/46, p.42.

⁴⁰ Dados da Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL. Ver. *Aumenta número de Imigrantes em América Latina.* <http://www.adital.org.br/site/noticia.asp>. Acesso em 11.06.2008.

⁴¹ *Canta América Sem Fronteiras - Imigrantes Latino-americanos no Brasil*, pp.18 e ss. A autora

A persistência da desigualdade econômica nos países da América Latina durante as próximas décadas não permite um prognóstico de mudança significativa nas tendências gerais. O número crescente de pessoas na região que resolve migrar ocorre pela falta de recursos de seus países e pela sedução do estilo de vida e do poder de compra das nações desenvolvidas, que são cada vez mais mostrados nos meios de comunicação. “*O conhecimento de novas realidades estimula a universalização das aspirações, provocando uma movimentação internacional à procura de espaços que permitam o acesso a melhores condições de vida*”.⁴²

O fenômeno migratório na América Latina remonta à época da colonização, com os grandes deslocamentos forçados de populações indígenas, e, posteriormente, a introdução da mão de obra negra, extraída à força das terras africanas.

O fim da escravidão, a finais do século XVIII, determina a adoção de políticas migratórias pelos estados latino americanos. No século XIX, essas políticas vincularam-se intimamente ao suprimento de trabalhadores para substituição da mão de obra escrava recém liberta e também para fins de povoamento. Sem graves crises de mão-de-obra e tendo uma vastidão territorial por povoar, a política de liberdade imigratória prevaleceu nesse período, com restrições apenas determinadas pela saúde pública e pela preservação da segurança nacional. Adotam-se políticas promocionais de imigração massiva, que para o migrante também significou enfrentar novas situações acompanhadas do desconhecimento ou violação de seus direitos humanos. Eles tiveram que se integrar a estruturas ou contextos sociais que não lhes eram favoráveis, a despeito da propaganda imigratória, resultando muitas vezes discriminatórias dos seus direitos sociais e laborais.⁴³

Isso não impediu, contudo, que a América Latina se transformasse, até meados do século XIX, em área de intensa imigração intercontinental, pela chegada de grande volume de imigrantes dos países europeus – e também asiáticos, no caso do Brasil – que tiveram um

analisa com profundidade o fenômeno migratório em América Latina e critica o aspecto primordialmente comercial imprimido às migrações, destacando a necessidade e importância da integração social.

⁴² PELLEGRINO, Adela. "A imigração internacional na América Latina: tendências e perfis dos imigrantes". Série Población y Desarrollo, n. 35, março de 2003. CELADE, Santiago.

⁴³ Id. p. 88.

papel determinante no desenvolvimento dos países.

Conforme BONASSI:

*“A região do Cone Sul foi uma das grandes receptoras destas imigrações em massa: de 1880 a 1950, Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, receberam mais de 10 milhões de pessoas, mesmo que neste período estivessem presentes também os movimentos fronteiriços tradicionais”.*⁴⁴

Quando surgem os Estados independentes, em inícios do Séc. XIX, todos eles, ainda escassamente povoados, promoveram a imigração europeia, produzindo-se ao mesmo tempo um importante deslocamento intra-regional que, nessa época, não era concebido como migração internacional.⁴⁵

Na década de 30, influenciadas pelo contexto e evolução da II Guerra Mundial, tanto o Brasil quanto outros países latino-americanos restringiram certas categorias de migrantes, especialmente os negros, judeus, orientais e alemães. A “Era Vargas” especificamente foi responsável por políticas mais discriminatórias e contraditórias. A legislação brasileira, desde então, estabelece uma forte restrição à entrada de estrangeiros.

O fim do ciclo de crescimento econômico acelerado na maioria dos países da América, determinado pela recessão mundial, faz intensificar as migrações intra-regionais concentrando-se em três áreas: Cone Sul, Andina e América Central. Trata-se em sua maioria, de migrações forçadas, provocadas pela pobreza e também por conflitos e guerras internas, perseguições ideológicas e políticas dos regimes locais.⁴⁶

Historicamente, o Brasil não se caracteriza como importante receptor de imigrantes latino-americanos, nem os brasileiros tinham, até recentemente, a tendência de emigrar para outros países. As migrações limítrofes começam a ter um significado expressivo na década de 70, pelas políticas de estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico dos

⁴⁴ BONASSI. cit. p. 20.

⁴⁵ Ver. MÁRMORA et al. *La variable migratória en el Mercosur*. Revista de la OIM sobre Migraciones Internacionales en América Latina. V. 17, n. 1, 1999, p.5.

⁴⁶ 65% dos latinoamericanos sobrevivem abaixo dos índices de desenvolvimento humano e 30% deles em situação de extrema pobreza. (Conf. CONTRERAS. *Otra América Latina es Posible con la Integralidad, Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*.cit.p.15).

países da região e pela ocorrência de regimes repressivos.⁴⁷

O Brasil nos anos 70 experimentava uma relativa prosperidade; por isso, muitos migrantes da região se dirigiram para *o país do milagre econômico* que tinha um regime “menos repressivo” do que países como a Argentina e o Chile. Desencadeia-se pela primeira vez na região o movimento de refugiados latino-americanos; um êxodo forçado, massivo, marcado pela clandestinidade, que continuou nos anos 80, quando, às causas políticas, uniram-se as econômicas, que assolaram estes países.

A década de oitenta é considerada marco na concepção das políticas migratórias na região, as quais se tornam cada vez mais seletivas ou restritivas, a raiz tanto da diminuição da demanda de mão de obra industrial dos centros urbanos, como da super-oferta da força de trabalho derivada das correntes migratórias desenvolvidas durante as duas décadas anteriores.

Naturalmente, os novos tempos já não permitiam discriminação explícita contra categorias de migrantes ou raças, como no passado; forçoso foi ao preconceito moldar-se, já não se manifestando impudentemente em diplomas escritos, mas agora travestido sob o manto de exigências burocráticas e a pretexto da proteção nacional contra a subversão da ordem e o narcotráfico, mas, produzindo o mesmo efeito – o afastamento dos migrantes indesejáveis.⁴⁸

As turbulências econômicas dos anos 80 repercutiram decisivamente sobre as migrações, cujos fluxos intensificam-se também em direção a países distantes. Países que foram pólos de atração se convertem progressivamente em centros expulsores, rumo especialmente aos Estados Unidos, Canadá, Japão, Europa e Austrália.

Na expressão de Teresa Sales:

“O aumento da emigração rumo aos países desenvolvidos é um fenômeno presente em quase todos os países de América Latina, afetando principalmente a mão-de-obra altamente qualificada, sendo os EUA o principal destino. São os chamados emigrantes da década perdida”.⁴⁹

Se a intensificação da emigração teve início com profissionais qualificados, e com

⁴⁷ Conf. BONASSI, cit, p.23.

⁴⁸ Conf. MÁRMORA, *Derechos Humanos e Políticas Migratórias*, cit. p.93.

⁴⁹ SALES, *Brasileiros Longe de Casa, São Paulo, Cortez Editora, 1999, p.28.*

renda suficiente para arcar com os custos do deslocamento, nas décadas seguintes, com a facilitação das comunicações e barateamento dos transportes, a emigração continuou a crescer, aumentando principalmente o número de emigrantes com menor qualificação e renda. A maior concentração de migrantes latino-americanos, ocorre nos Estados Unidos e cresce 3% ao ano. Na “terra dos sonhos” o total de migrantes saltou de 30 para 36 milhões entre 2000 e 2006, desses, o número de latino-americanos cresceu de 8,4 milhões em 1990 para cerca de 18 milhões de pessoas em 2006, ou seja, 65% dos imigrantes nos EUA são de origem latino-americana ou caribenha. Depois dos Estados Unidos o principal país receptor dos imigrantes desta região é a Espanha.

Estima-se que em torno de 10 milhões de imigrantes nos EUA sejam irregulares, dos quais a grande maioria são latino-americanos e caribenhos.⁵⁰ As excessivas barreiras impostas nas fronteiras e a demanda de mão de obra barata são a causa da existência de tantos imigrantes indocumentados, não só nos Estados Unidos mas também na Europa.

Com a permanência do quadro de dificuldades econômicas na região e conseqüentes restrições na concessão de vistos, após os atentados terroristas nos EUA no começo deste século, a Europa passou a ser o principal destino dos imigrantes provenientes da América Latina e Caribe. O crescimento do número de imigrantes desta procedência ocorre em maior escala no sudoeste europeu; na Espanha, por exemplo, a população de latino-americanos e caribenhos se incrementou de 92.642 para 514.485 pessoas, entre 1995 e 2003, outros grandes países receptores são Itália e Portugal, em virtude dos laços históricos com a região. Embora predomine uma migração menos qualificada e do sexo feminino, o perfil de parte dos recentes migrantes latino-americanos destoa dos usuais estereótipos, pois se trata de profissionais liberais, marcadamente na área de saúde, técnicos, cientistas, esportistas e artistas.⁵¹

Ao contrário do Brasil, a Espanha, porta de entrada de latino-americanos e africanos em Europa, com quase três milhões de imigrantes, de país tradicionalmente de emigração, passou a país receptor de imigrantes. Segundo dados oficiais, vivem na Espanha

⁵⁰ *Renda de migrantes tira 2,5 mi da miséria na AL.* Nações Unidas no Brasil, 06/09/2006 Disponível em: www.onu-brasil.org.br

⁵¹ *Ver BOMFIM, Evandro. Mulheres são as principais migrantes latino-americanas na UE.* Adital. Disponível em www.guiadoimigrante.com/artigo.1247 – 30k, acesso em julho de 2008 .

2,6 milhões de imigrantes, ou seja, algo como 5% da população total espanhola, dos quais em torno de 600 mil são latino-americanos. E, segundo a ONG espanhola SOS Racismo, mais de 1 milhão de imigrantes estão em situação irregular no país.⁵²

O Brasil, a partir da segunda metade de 1980, também se insere no contexto internacional das migrações, com um fluxo representado em sua maioria por jovens, em direção aos países desenvolvidos, especialmente Estados Unidos, Canadá, Europa e Japão.

Segundo o Ministério das Relações Exteriores, em 2003 havia mais de dois milhões de brasileiros residindo no exterior, ou seja, mais de 1% da população nacional. Atualmente calcula-se que já sejam quatro milhões os brasileiros emigrantes, e estima-se que mais de cem mil brasileiros busquem, a cada ano, melhor emprego e remuneração em outros países. Mais da metade dos que decidem emigrar escolhem os Estados Unidos como principal destino, onde calcula-se que moram oitocentos mil brasileiros, grande parte de forma não documentada. No Japão, segundo destino, moram em torno de trezentos mil, conforme censo do Ministério da Justiça japonês.

O perfil das pessoas que decidem deixar o país é bem variado, são tanto profissionais com nível acadêmico e social elevado quanto pessoas de menor qualificação, provenientes de regiões economicamente deprimidas.

A colaboração econômica dos emigrantes, sob a forma de remessas, é um aspecto comemorado pelo governo. Segundo o diretor das Comunidades Brasileiras no Exterior, Manoel Gomes Pereira, do Ministério das Relações Exteriores, os brasileiros que vivem no exterior injetam cerca de R\$ 5,8 bilhões na economia brasileira por ano.⁵³ Em 2003, o Banco Central do Brasil registrou um envio de R\$ 2,9 bilhões, que não inclui as quantias trazidas pessoalmente ao país ou enviadas através de amigos e parentes.

⁵² *Espanha Anistia Imigrantes Ilegais*. Além Fronteiras, Boletim da Pastoral dos Brasileiros no Exterior - CNBB Ano VI, n. 26, jan/abr.2005. Disponível em www.mig.org.br. V. também: *Espanha vai Legalizar Imigrantes Irregulares*. Boletim do Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, Ano II, n. 05, fev. 05. Disponível em www.csem.org. Mesmo criticada por outros membros da UE, a Espanha realizou um processo de legalização em 2005, que resultou em 690.679 deferimentos dos mais de um milhão de pedidos feitos, seguido de uma forte campanha de inspeção contra irregulares, com fins de deportação.

⁵³ Folha de São Paulo, p. Mundo, 13/05/2005.

Por outro lado, o Cone Sul continua sendo uma sub-região de importantes movimentos migratórios limítrofes, sendo o Paraguai o mais importante destino limítrofe dos brasileiros. Apesar das políticas migratórias restritivas, que aumentam a irregularidade dos migrantes e a exclusão dos direitos básicos, estas migrações intensificaram-se nas últimas décadas e constituem o principal fluxo migratório dentro da região.⁵⁴ Segundo dados oficiais do Ministério da Justiça, o Brasil acolhe cerca de um milhão de imigrantes, a maioria da região latino-americana, em torno de oitocentos mil com permanência regular, e os restantes de forma irregular.⁵⁵

Conforme observa PIZARRO:

*“Globalmente, podemos decir que América Latina es un continente que expulsa mayoritariamente hacia América del norte y Europa, y en menor grado hacia Asia. Sin embargo, los flujos intraregionales mantienen su importancia, sobre todo debido a la creciente diferencia de desarrollo económico entre los países latinoamericanos”.*⁵⁶

Observa-se, como uma das características da atual estrutura das relações internacionais (Ordem Mundial), a organização e desenvolvimento pelos Estados das diferentes regiões do mundo de blocos de integração econômica, concentrando riquezas, recursos, tecnologia e produção ao redor de grandes eixos, fato que também provoca novas formas de correntes e movimentos migratórios. Nesses processos, a livre locomoção das pessoas deveria se impor. No entanto, tal como ocorre com a globalização, em geral os espaços integrados centram-se na internacionalização do capital e no princípio da livre circulação de mercadorias, raras vezes na livre circulação de seres humanos. Pretextos os mais variados servem de justificativa para as limitações, que incluem a necessidade de controle das “invasões” de nacionais de países membros mais pobres, e da “criminalidade” – organizada ou não – trazida por estes. Na União Européia, o direito à livre circulação das pessoas é garantido como direito fundamental apenas e exclusivamente para os nacionais dos

⁵⁴ BONASSI, cit. p. 26. Ver. nesse sentido SILVA, Sidney. *Costurando Sonhos, A Trajetória de um Grupo de Bolivianos em São Paulo*, Paulinas, São Paulo, 1997. p. 52.

⁵⁵ Ver. Dados do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores, disponíveis em: <http://www.mj.gov.br/> e <http://www.mre.gov.br/>; estimativas não oficiais calculam um número maior de imigrantes irregulares, em torno de meio milhão, conforme dados do Centro de Estudos Migratórios e da Pastoral dos Migrantes em São Paulo.

⁵⁶ *Estado de las migraciones en el mundo*, cit.

Estados membros partes no *Acordo Schengen*, o que resulta muito conveniente às políticas migratórias para reforçar a exclusão dos nacionais dos Estados não membros.⁵⁷

Uma mudança de relevo no cenário migratório regional latino-americano foi o surgimento do MERCOSUL (Mercado Comum do Cone Sul) no início dos 90, que favoreceu, pelo incremento das relações comerciais regionais, não somente o fluxo de pessoas entre os países integrantes, mas provocou inclusive migração forçada, diante dos desequilíbrios regionais.

Contudo, a questão dos movimentos migratórios não foi contemplada nos programas de integração regional, ficando limitada por muito tempo a uma previsão programática do exame de uma possível coordenação das políticas migratórias dos Estados membros.⁵⁸ O Tratado de Assunção, que criou o MERCOSUL, deu ênfase ao desenvolvimento econômico, sem a preocupação com uma política social, principalmente no que se refere à liberdade de circulação dos trabalhadores da área, e à não-discriminação de suas relações laborais. A livre circulação de pessoas não acompanhou a livre circulação de mercadorias dentro do espaço em vias de integração, restando esquecidos os direitos do trabalhador migrante.

Privilegiados os aspectos econômicos e comerciais, os grandes beneficiários do processo de integração são sempre os grandes grupos transnacionais, que livres de impostos e barreiras comerciais, elegem o local mais conveniente para a produção. Os aspectos humanos, sociais e culturais são deixados em segundo plano, resultando num maior empobrecimento dos excluídos. Por isso, o MERCOSUL, conforme compromisso no preâmbulo do seu Tratado constitutivo, tem o desafio de conjugar equilibradamente o processo de desenvolvimento econômico com a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, com a justiça social, sem o qual a integração não tem sentido. Não podemos esquecer, sobretudo, que entre

⁵⁷ *O Acordo de Schengen é uma convenção entre 24 países europeus sobre a livre circulação de pessoas no espaço geográfico da Europa. Sobre a liberdade de circulação na Europa Ver. JIMÉNEZ, Patricia P. Maseda. O Direito à Livre Circulação das Pessoas Físicas. Madrid: Tecnos, 1994.*

⁵⁸ Conforme o documento "*Mercosul 2000 - Objetivos e Programa de Ação até o ano 2000: Migrações no Mercosul*", prevendo a possibilidade de coordenação das políticas migratórias dos Estados Partes. Boletim de Integração Latino-Americana, n. 17, maio-dez/95, Aduaneiras, Ministério das Relações Exteriores, p. 33.

esses cidadãos estão os trabalhadores migrantes da região.⁵⁹

Com razão, adverte BONASSI:

*“Frente ao contexto de integração regional, as políticas imigratórias dos países latino-americanos têm a obrigação de mudar de perspectiva, a fim de adequarem-se aos processos de integração e abertura econômica, tendo como objetivo o desenvolvimento sustentado, centrado na pessoa humana”.*⁶⁰

A idéia de integração, no contexto regional, não se sustenta apenas na abrangência dos mercados. Os Estados-partes, e principalmente, seus nacionais, são também participantes importantes do processo de integração, que, por óbvio, exige trabalhadores como sujeitos de produção, com vida própria e participação ativa. Por isso, não apenas o fator econômico deve ser contemplado, a cidadania é também, essencial. Nesse contexto, a compatibilização do direito laboral e social nos blocos econômicos, por envolver assuntos como condições de trabalho e qualidade de vida, constitui uma das premissas fundamentais.

O compromisso tem sido reconhecido, mas tem levado tempo para cumpri-lo. A Declaração de Buenos Aires, resultante da Décima Conferência Interamericana de Ministros do Trabalho, levada a cabo em outubro de 1995, destacou :

*“Um dos desafios que se apresenta é a “desatualidade das normas e instituições destinadas a absorver as necessidades e urgências dos migrantes, nos seus direitos sociais, culturais, econômicos e políticos”.*⁶¹

A história dos migrantes latino-americanos é a da interdição ao livre movimento pelo território ao qual pertencem e a prática da discriminação. Apenas em dezembro de 2002, foi adotado em Brasília o **Acordo sobre Residência no Mercosul**, treze anos após o tratado constitutivo do mercado, mas cuja vigência ainda resta por demonstrar-se.⁶²

Situação que reproduz o que descreve MÁRMORA:

⁵⁹ Ver. Preâmbulo e Tratado de constituição do MERCOSUL, assinado em 26/3/91. Disponível em: www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm – 86k.

⁶⁰ *Canta América Sem Fronteiras, cit.*, p.33.

⁶¹ Décima Conferência Interamericana de Ministros do Trabalho, outubro de 1995. Disponível em www.oas.org/udse/documentos/decbapor.html.

⁶² Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 210, de 2004, publicado no Diário Oficial da União de 24 de maio de 2004, Seção 1, página 1.

*“O problema é o da relação entre o acordo e a sua aplicação. O acordado é neutralizado pela regulamentação, a qual é limitada pelas normas internas que, por sua vez, são condicionadas pelas pressões políticas que respondem aos humores da opinião pública e às pressões econômicas derivadas do “negócio migratório”.*⁶³

1.4.2. União Européia e Estados Unidos: Restrição e fechamento

O tema das migrações é vislumbrado nos países industrializados da Europa e nos Estados Unidos numa perspectiva que é ao mesmo tempo de restrição e de segurança, possuindo como eixos comuns o reforço dos controles nas fronteiras nacionais. Acrescentando-se o notório fato de que a grande maioria da população, presa ao medo e preconceitos, apóia a política restritiva de imigração dos governos. Dessa forma, *“A questão da imigração politiza-se ao invés de humanizar-se”*.⁶⁴

As leis migratórias americanas constituem também um exemplo de seletividade e xenofobia generalizadas. A lista crescente dos indesejáveis inclui desde trabalhadores chineses, prostitutas, anarquistas, bolchevistas e defensores do mundo comunista, a terroristas.⁶⁵

Nestes últimos anos, a intensa atividade legislativa dos países europeus tem objetivado restringir ainda mais as possibilidades de entrada e permanência dos originários de países de fora da União Europeia, assim como acelerar a cooperação para a harmonização dos critérios de admissão de refugiados e imigrantes. A implantação de uma política de “importação de cérebros” e de trabalhadores qualificados, foi acompanhada do aperto do cerco contra “migrantes indesejáveis”.

A livre circulação dos cidadãos europeus é acompanhada de restrições cada vez mais severas aos imigrantes externos. As políticas migratórias, antes diferenciadas, são uniformizadas a cada entrada de um novo país na União Européia, em torno do controle rigoroso da imigração e do trânsito dentro do espaço comum. Prova disso é uma das últimas

⁶³ *Migrações e Política na América Latina*. In: Políticas Migratórias. São Carlos, Brasil, Editora Sumaré, 2002.p.27

⁶⁴ Jornal *O Estado de São Paulo*, Editorial, 17/6/02.

⁶⁵ MITCHELL, Christopher. *As Recentes Políticas de Imigração dos Estados Unidos e seu Provável Impacto nos Imigrantes Brasileiros*, In Políticas Migratórias, cit. p. 177.

regulamentações adotadas sobre o assunto, a chamada *Diretiva de Retorno*, que já é alvo de inúmeros protestos.⁶⁶

Conforme observa a Anistia Internacional: “*em matéria de imigração e refúgio, a política comum da União Europeia encontra-se seqüestrada por uma mentalidade que se apóia cada vez mais na idéia da "Europa-fortaleza"*”.⁶⁷

As severas restrições impostas à imigração legal de mão-de-obra também aumentam as pressões sobre o sistema de proteção aos refugiados. Um número crescente de imigrantes, por não encontrar outro meio, tenta valer-se do refúgio político como uma forma para inserir-se no mercado de trabalho de um país estrangeiro. A reação local a este fenômeno inclui, por um lado, uma forte retração da assistência oficial para acolhida de refugiados e, por outro, um aumento das atitudes de xenofobia e racismo por parte dos nacionais. A situação agrava-se pelo fato de ocorrer um notório crescimento no número de pessoas que solicitam refúgio no mundo, sendo a maioria negados, e apenas uma pequena parte autorizados a permanecer nos países, por razões humanitárias.⁶⁸

Nos EUA a noção de “*refugiados econômicos*” vem servindo para legitimar uma suspeita generalizada contra os que pedem refúgio. Aliás, o direito de *refúgio político* foi objeto prioritário de mudanças legislativas restritivas, principalmente na França, Alemanha e Holanda.

O terrorismo então surge como o perfeito pretexto para restrições mais rigorosas, escondendo os sentimentos racistas e xenófobos que permeiam as decisões legislativas, cujo pano de fundo é a associação da imigração ao aumento da criminalidade e da insegurança. Sob alegação da segurança nacional, facilita-se o exercício da discriminação e negação dos direitos humanos aos migrantes, arbitrariedades comuns após os atentados de setembro de 2001.

⁶⁶ Diretiva relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular do Parlamento e do Conselho Europeus, de junho de 2008.

⁶⁷ Além Fronteiras, Ano VI, n. 26 – jan/fev2005. Disponível em www.migrante.org.br

⁶⁸ PRENCIPE, Lorenzo, Políticas Migratórias na Europa: rigor e fechamento. Travessia, n.25, maio/96, p.16.

Nas ruas da Europa, os efeitos de uma retórica desmesurada contra a imigração têm-se manifestado no aumento da hostilidade e agressão contra determinados grupos de imigrantes, o que já pode resultar em reação violenta por parte das vítimas, sufocadas com as condições sociais adversas, como aconteceu na França, em 2005.

Na chamada **Cúpula de Sevilha**,⁶⁹ realizada em Junho de 2003, a UE anunciou uma série de medidas para conter os fluxos migratórios, incluindo a possibilidade de sanções aos países de origem de trabalhadores clandestinos que não tomarem medidas para contê-los, ou seja, com reflexos consideráveis sobre os imigrantes latino-americanos, incluindo os brasileiros que trabalham ou buscam oportunidades no continente europeu. A UE também estabeleceu acordos sobre migrantes com cada país da região latino-americana, para evitar o tráfico de pessoas e a imigração ilegal, destinando para essa cooperação 13 milhões de Euros em 2003.

Em geral, constata-se maior resistência e discriminação na concessão de vistos e autorização de residência, justificadas pelo discurso oficial em razões de segurança, mas, há um forte componente econômico nestas determinações. Com a ampliação da Europa, hoje há mais europeus dispostos a aceitar trabalhos menos qualificados, como serviços de limpeza, consertos gerais e em outras funções de menor remuneração, disputando vagas antes relegadas aos imigrantes externos. A redução do emprego formal nas empresas, que em grande parte optaram pela terceirização e relações trabalhistas mais flexíveis, provocou uma concorrência maior no mercado de trabalho e uma sensível diminuição de renda, levando os europeus a buscar emprego nessas funções antes desprezadas.

A França aprovou em 2006, sob fortes críticas, nova lei migratória que tem como ponto principal a implantação definitiva de uma política de imigração seletiva, tornando mais difícil a entrada de imigrantes de menor qualificação profissional; o que, em tese, atinge candidatos muçulmanos das ex-colônias ou protetorados franceses da África do Norte. Foi suprimida também a norma que permitia aos imigrantes irregulares a regularização automática de seus vistos de residência, depois de uma permanência de dez anos no país.⁷⁰

⁶⁹ Encontro da UE que reuniu representantes dos 15 Estados membros da época, para discutir a Migração.

⁷⁰ *França aprova lei que prevê a imigração seletiva*, Folha de São Paulo, Mundo. 18 de junho de 2006. pág. A15.

Certamente o ponto mais controvertido da lei é a obrigação dos imigrantes se comprometem perante o governo francês a aprender o idioma e aceitar os “valores culturais franceses”.⁷¹ Tal exigência reflete bem duas tendências restritivas da legislação migratória moderna: a primeira, a de “contratualização” da aceitação do migrante (que deixa de ter direitos, para se tornar um simples “contratante”, sujeito a obrigações excepcionais, discrepantes do direito comum, aplicável a todos); a segunda, a da imposição de valores culturais, em aberta afronta aos direitos humanos (e, no caso Francês, às próprias leis do país) que contemplam a diversidade cultural.

Este é mais um aspecto perverso da tendência restritiva em voga. Não basta ao migrante cumprir com suas obrigações de cidadão, ou integrar-se à nova comunidade, deve ele “despersonalizar-se”, massificar-se, confundir-se, tanto quanto permitir sua aparência, com os cidadãos do país de acolhida.

Portugal é um foco de preocupação para os brasileiros. Uma nova legislação, entre outras restrições à imigração, proíbe a regularização de quem se encontra no território ilegalmente. Essas medidas atingem entre vinte e quarenta mil brasileiros, deixando-os sem perspectivas de obter vistos de trabalho porque ainda não regularizaram sua permanência.⁷²

Segundo a Organização Internacional para Migrações (OIM), entre 300 mil e 500 mil imigrantes irregulares chegam aos países europeus todos os anos, provenientes da Ásia, da África, da América Latina e do antigo Leste europeu. A organização calculou em 2006 nada menos que entre 20 e 40 milhões de pessoas em situação irregular no continente.

Conseqüência dramática do rigoroso fechamento é o agravamento das condições de deslocamento dos migrantes, que resultam em tragédias quase diariamente, conforme noticiam os jornais. São muitas vezes vítimas das máfias do tráfico humano, que lucram com

⁷¹ Os principais pontos da nova lei francesa incluem: a) Visto de residência só para ‘habilitados e talentosos’ b) Estrangeiros com menos direitos a pensão e aposentadoria; c) maior dificuldade para imigração de cônjuge; d) Obrigatoriedade de aprender o idioma francês; e) Assinatura de contrato de respeito aos valores franceses; f) dificuldade de obter a cidadania depois de dez anos. Ver. *França aprova...* Folha de São Paulo, cit.

⁷² RATTNER, Jair. *Mudança na lei em Portugal vai dificultar a legalização de trabalhadores estrangeiros no país e ameaça barrar imigrantes brasileiros*. Especial para o Estado de São Paulo, Além Fronteiras, Ano V, n. 23, Jul/Ago 2004. Em: www.bbc.co.uk.

as restrições à imigração.

Trezentos mil latino-americanos cruzam anualmente a fronteira dos EUA com o México, quinhentas pessoas morreram em 2006 ao tentar cruzá-la.⁷³ Como alerta a diretora da Comissão para Refugiados da ONU, no Reino Unido, Lyndal SACHS: “*Fechar o portão aos imigrantes não vai deter as pessoas. Elas estão tão desesperadas para fugir de seus países ou melhorar de vida que acabam apelando para as quadrilhas*”.⁷⁴

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DOS MIGRANTES

Muito se tem discutido e realizado em torno da necessidade de proteção e garantia dos direitos humanos, que contam hoje com um sistema normativo global de proteção. O Direito Internacional dos Direitos Humanos representa a evolução lógica da consciência jurídica universal, procurando colocar um freio às violações dos direitos humanos, que parecem resistir à multiplicação dos instrumentos jurídicos. Visando a proteção mais efetiva de todas as pessoas, especializa-se através de seus mecanismos e instrumentos, para amparar de forma particular certas categorias de pessoas ou seres vulnerabilizados pela prática estatal. Renomados autores têm destacado a sua importância ao colocar no seu devido lugar o ser humano, como fim do direito e como principal sujeito.

A proteção da pessoa no âmbito do Direito Internacional progrediu gradativamente a partir da evolução da doutrina que, a princípio, negava ser o indivíduo sujeito de direito, excetuando a hipótese em que a violação de seus direitos fosse provocada por um Estado do qual não era nacional, para, posteriormente, numa concepção mais universalista, admitir que o respeito dos direitos dos nacionais de um Estado também interessa ao Direito Internacional. Revolucionou-se o Direito Internacional ao alçar o ser humano à categoria de sujeito de Direito Internacional. Trata-se da humanização do Direito

⁷³ Ver. *Migração de latino-americanos para os EUA dobra em dez anos*. O Estado de São Paulo, 26 de fevereiro de 2007.

⁷⁴ Ver. *Vítimas de máfias do tráfico humano que lucram com as restrições à imigração, 58 chineses morrem asfixiados em caminhão ao tentar entrar na Grã-Bretanha* Revista Isto É, 16/04,2003. Disponível em: www.terra.com.br/istoé/1604/internacional.europe.htm.

Internacional referida por TRINDADE.⁷⁵

Consoante Thomas BUERGENTHAL:

“Con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los Derechos Humanos no eran por lo general regulados por el Derecho Internacional. Por tanto, se consideraban como asuntos que correspondían al ámbito de la competencia exclusiva interna de cada Estado. Con algunas excepciones, la forma en que un Estado trataba a sus propios nacionales no era tema de interés internacional; de modo que los demás Estados no tenían derecho a abordar tal temática en el orden jurídico internacional. Hoy en día, sin embargo, ya no se puede decir que la forma en que un Estado trata a sus nacionales sea, ipso facto, algo que sólo compete a su jurisdicción interna. La tesis general válida es sin duda la contraria, en cuanto existe un gran número de normas internacionales aplicables a los Derechos Humanos”⁷⁶.

Doutrinariamente define-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o “conjunto de normas jurídicas internacionais, reconhecidas universalmente, que obrigam os Estados a respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não”.⁷⁷ Nesse sentido, as pessoas titularizam direitos que emanam da ordem jurídica interna e do Direito Internacional, dentro da jurisdição do Estado no qual residem. O Estado, em conseqüência assume uma série de obrigações que se traduzem tanto em termos de produção normativa quanto de implementação prática. O espaço de aplicação deste ramo do Direito Internacional não se limita a um critério territorial, devem considerar-se igualmente as situações que ocorrem, principalmente, quando as pessoas deslocam-se à causa da violência ou por qualquer outra causa”.⁷⁸

⁷⁵ Afirma o autor: “No campo da ciência do direito não vejo como deixar de afirmar a existência de uma consciência jurídica universal, que constitui, a fonte material por excelência de todo o direito internacional, responsável pelos avanços do gênero humano, tão somente no plano jurídico mas também no espiritual. Isto não pode ser abordado adequadamente desde uma perspectiva positivista, fazendo abstração dos valores e do próprio fim do Direito, no presente contexto, a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias. O direito internacional não se reduz em absoluto, a um instrumento a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender suas necessidades, entre as que se destaca a realização da justiça...” p.389. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Del Rey, Belo Horizonte, 2006. Ver. também nesse sentido MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.p.217.

⁷⁶ BUERGENTHAL, Thomas et Al. *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp.103/104.

⁷⁷ Ver. RAMOS, André de Carvalho, *Direitos Humanos em Juízo*, Max Limonad, São Paulo, 2001, pp.44/45

⁷⁸ *Migraciones y Protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional sobre las Migraciones*, OIM, 2005, p. 14

A evolução da normatividade até a moderna sistemática internacional de proteção dos direitos humanos foi conquistada através de incessantes lutas históricas e de um gradual processo de internacionalização e universalização dos direitos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente se consolida a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 após a criação da ONU, em 1945.⁷⁹ Aflora como resposta aos horrores da II Guerra Mundial, caracterizada pela violação massiva dos direitos humanos, gerando, conseqüentemente, a adoção de inúmeros Tratados Internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, *nos planos nacional e internacional, concomitantemente*.⁸⁰ Não rege relações entre iguais, mas opera em defesa dos ostensivamente mais fracos e vulneráveis (as vítimas de violações dos direitos humanos).

Para TRINDADE, ao final de meio século de extraordinária evolução da proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria:

“Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica-própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Constituído por um corpus jûris dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis, operando nos âmbitos tanto global como regional. Tal corpus jûris abriga, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação para lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção que as consagram, e, no plano operacional, uma série de mecanismos (petições, denúncias, relatórios, investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios”.⁸¹

Temos hoje, segundo o mestre, o privilégio de testemunhar e impulsionar o processo de humanização do direito internacional, que passa a ocupar-se mais diretamente da realização de valores e metas comuns superiores. Trata-se do novo *jus gentium*, por ele proposto.⁸²

⁷⁹ A Declaração é considerada o marco do processo de internacionalização dos direitos humanos.

⁸⁰ NIKKEN, P., *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991. pp. 21-23.

⁸¹ TRINDADE. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2.^a ed., vol. I. Safe, Porto Alegre, 2003, pp.20/26.

⁸² Segundo TRINDADE, “há elementos dos quais se depreende o despertar de uma consciência jurídica universal, para reconstruir, neste início de século o direito internacional, com base num novo

No que concerne aos migrantes, no entanto, a situação é muito difícil, pois esquece-se que, como seres humanos, também são titulares da proteção dos direitos humanos. Esta normativa deveria bastar para garantir a proteção de todos, por sermos pessoas e não porque somos nacionais de um determinado país, ou porque nos encontramos em um certo território. As pessoas não deveriam perder nenhum dos seus direitos básicos pelo mero fato de migrar ou mudar o lugar de sua residência. Sem embargo, testemunhamos violências, abusos e hostilidades contra os migrantes no mundo inteiro, inclusive muitos são tolhidos até de entrar no Estado de destino.

Em termos ideais, o homem deveria ser livre para ir e estabelecer-se ou permanecer onde desejasse, com seus direitos preservados, pois, o deslocamento é inerente à natureza das sociedades humanas. No passado remoto, homens migraram e criaram comunidades; durante a época da Colonização dos continentes descobertos, os europeus povoaram territórios e formaram novas nações. Hoje, porém, o homem não pode mais migrar livremente, esse direito histórico e natural lhe foi tolhido por normas decorrentes da organização política-econômica dos Estados. O mundo é composto por Estados, que, mesmo não mais detendo soberania absoluta, são soberanos e independentes, reconhecidos como sujeitos originários do Direito Internacional, e com o atributo do controle sobre suas fronteiras em relação aos estrangeiros. Assim, o primeiro problema básico dos direitos do migrante é o da livre mobilidade pelo planeta. Conforme afirma Thelma CAVARZERE:

“Até o presente momento, os Estados gozam de absoluta discricionariedade quanto à recepção e tratamento dos estrangeiros, o que é uma postura universalmente aceita.... Por razões específicas, concernentes à defesa do Estado, estatísticas, tranqüilidade social, segurança nacional ou ordem pública, têm sido reconhecidos poderes para isso e para excluir ou expelir estrangeiros.”⁸³

De fato, apesar de toda a evolução das normas de direitos humanos, todos os países do mundo têm normas migratórias, mais ou menos rígidas, através das quais controlam e fiscalizam o fluxo migratório. Paradoxalmente, um dos mais importantes direitos humanos, intimamente relacionado com a migração, é a liberdade de ir e vir, seja no interior do território

paradigma, não mais estatocêntrico, mas situando a pessoa humana em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo”... Humanização do Direito Internacional, cit. pp.390/393.

⁸³ CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito Internacional da Pessoa Humana: A Circulação Internacional de Pessoas, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p.4.*

do país em que as pessoas residem, seja entre dois ou mais países. À parte a questão da legitimidade ou não do atributo estatal, o maior problema atualmente é que as legislações migratórias, cada vez mais restritivas, estão minando os direitos da pessoa humana.

Para que os migrantes possam desfrutar seus direitos, primeiramente deve ser a eles garantido o direito de migrar, pois é condição para o gozo de outros direitos. O direito de migrar é tido hoje como direito subjetivo, protegido de forma particular pelos textos normativos internacionais, conforme veremos adiante. A garantia dessa liberdade abrange o direito a permanecer no país de eleição, dentro de certas condições e circunstâncias.

Desde tempos remotos, os doutrinadores repudiam a hostilidade à migração de estrangeiros por motivos pacíficos, considerando-a contrária aos direitos humanitários. Tanto o direito de emigração quanto o seu correspondente, de imigração, foram reconhecidos pelos fundadores do Direito Internacional. Francisco de Vitoria defendeu o “*jus communicationis*”, isto é o direito de emigração e imigração no plano internacional.⁸⁴ Com a exacerbação dos Estados Soberanos absolutistas, doutrinadores posteriores, como Wolff e Vattel, alteraram o pensamento de Vitória, sustentando a idéia prevalecente até hoje de que cabe ao Estado decidir soberanamente sobre a admissão de estrangeiros, podendo proibi-la ou limitá-la.⁸⁵

A amplitude do direito à livre circulação internacional tem atravessado várias mudanças, em razão de fatores políticos e históricos, alternando fases de livre imigração com outras onde prevaleceu a restrição ou o sentimento de xenofobia.

A Revolução Francesa preconizou que a imigração, direito natural da pessoa humana, deveria ser livre, traduzindo o sentimento de uma Europa que começava a desfazer-se de contingentes populacionais excessivos. Conforme expõe CAVARZERE,⁸⁶ até o final do século XIX, todos os Estados europeus e americanos, exceto a Rússia, garantiam o direito básico de emigrar, o que assegurava o direito à autodeterminação pessoal aos residentes

⁸⁴ O teólogo espanhol considerava que os Estados não poderiam proibir de um modo geral a entrada de estrangeiros no seu território, mas não considerava como ilimitado este direito, permitindo-se portanto aos Estados impedir a entrada de estrangeiros, desde que fundados em motivo importante, tais como a segurança, ordem e saúde pública.

⁸⁵ Ver. Celso D. de Albuquerque MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, Freitas Bastos S.A., 13a ed., Rio de Janeiro, 2001 p. 695.

⁸⁶ Ver. CAVARZERE, cit. p. 42 e ss.

desses continentes.

Foi após a Primeira Guerra Mundial, que iniciou-se o processo de profunda burocratização do trânsito entre países, abalando a efetividade do direito de migrar. A liberdade de circulação de pessoas foi transformada em um privilégio outorgado pelo Estado receptor. A posição dos Estados americanos nesse então ficou consignada na Convenção Interamericana, assinada em Havana em 1928, na parte sobre o Estatuto dos Estrangeiros, dispondo o Art.1º. que “os Estados têm o direito de determinar, legislativamente, as condições de admissão e de residência de estrangeiros em seu território”.

No intervalo entre as duas Guerras Mundiais, como paliativo a esse quadro de inúmeras restrições, foram celebrados tratados bilaterais, que estabeleciam o direito de acesso ao território dos Estados-Partes.

Após a II Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU consagra o princípio da liberdade de circulação internacional dos indivíduos como regra jurídica, limitado apenas por determinadas restrições como Ordem e Saúde pública. Contudo, e após vários foruns internacionais e regionais, a partir do século XX, prevalece a prática de restrições e a adoção pelas legislações estatais do sistema de quotas, fixando o número de imigrantes em certo limite, inclusive por nacionalidade (prática que conseguiu fazer prevalecer preconceitos raciais). Foi restabelecida a obrigação de possuir passaporte e a obrigatoriedade de obtenção, pelos estrangeiros, de vistos de entrada, de permanência, de trânsito e de saída; junto com a adoção de medidas restritivas tanto para a emigração como para a imigração, com severas prescrições alfandegárias e a criação de diversas taxas.⁸⁷ Hoje, noticia-se que mesmo pessoas portando autorização para entrar num país são arbitrariamente devolvidas a seus países de origem, mesmo que a locomoção tenha sido realizada apenas para fins turísticos, às vezes após realizar excessivas despesas, com grandes sacrifícios e expectativas.

Um modelo de justiça ideal, fundamentado na universalidade dos direitos humanos, tal como a ordem cosmopolita de inspiração kantiana, defende um direito à

⁸⁷ Ver. CAVARZERE, cit. para um aprofundamento sobre a evolução histórica do direito a migrar.

imigração absoluto.⁸⁸ Não deveria, efetivamente, haver restrição alguma ao direito de buscar uma vida melhor além das fronteiras nacionais, tal como ocorre nos espaços internos dos Estados ou das organizações de integração, como a União Européia. Seria, pois, inquestionável o direito que toda pessoa tem de mover-se livremente, por um mundo cujo único proprietário real é a mesma humanidade. Mas, como observa Lélío MÁRMORA:

*“Nas atuais circunstâncias que vivem as nações do mundo, o direito à livre locomoção talvez seja o mais utópico. Seu questionamento incomoda muito, mas é inegável que este direito perdido é algo que resta por recuperar à humanidade se seu processo de desenvolvimento inclui um respeito autêntico pelas liberdades individuais”.*⁸⁹

Hoje pouquíssimos países no mundo colocam impedimentos à emigração; o direito à imigração também deveria avançar tendo como ideal a sua universalização. O Direito Internacional não reconhece um direito absoluto a imigração; em uma aparente contradição, através de suas normas, reconhece e garante os direitos da pessoa humana, entre os quais se encontra o de migrar, mas, também afirma o poder do Estado de controle migratório de suas fronteiras como decorrência da soberania. Contudo, isso não é contradição, é coexistência de normas, que devem ser interpretadas obedecendo aos princípios fundamentais do sistema jurídico internacional, que fazem prevalecer os direitos da pessoa humana.

A existência de normas aparentemente contraditórias explica-se, primeiramente, porque as normas de Direito Internacional clássicas foram criadas e adotadas pelos representantes dos Estados em defesa dos interesses dos mesmos e da soberania absoluta, tendo como sujeitos apenas os próprios Estados, mas, hoje, que o Direito Internacional é verdadeiro sistema norteado principalmente para proteger seu principal sujeito, o homem. Destarte, a questão migratória não pode restar exclusiva da esfera de competência do Estado interessado, mas é também subordinada ao campo de atuação desse direito (é curioso que isso já havia sido reconhecido pelo Instituto de Direito Internacional em 1891, na Sessão de Hamburgo, época em que emigrar interessava aos europeus), pois a proteção do ser humano

⁸⁸ Sobre o Estado Cosmopolítico e a perspectiva cosmopolita ou global dos direitos humanos teremos algumas considerações adiante. : KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua, um Projeto Filosófico* In: *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1990, p.p.119/171 e *Doutrina do Direito*, 2ª. Edição, Ícone editora, São Paulo, 1993, p. 202.

⁸⁹ MÁRMORA, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias, Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*. Ed. Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1991, p. 78.

está acima da soberania estatal.⁹⁰

A soberania é freqüentemente invocada para justificar atropelos de ordem legislativa ou administrativa aos direitos dos migrantes; contudo, não deveria haver contradição entre soberania e direitos humanos. Pelo contrário, a invocação da soberania do Estado só se legitima na medida em que baseada num Estado de Direito, fundado no respeito aos direitos humanos das minorias. Além disso, um governo só é soberano dentro dos limites de suas competências nacionais; no âmbito externo, os Estados, em suas relações internacionais de coordenação, encontram-se em situação de plena igualdade jurídica. No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de, internamente, a seu alvedrio, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier. Por isso que para MAZZUOLI, “*se existe noção alheia à proteção internacional dos direitos humanos essa noção é a da Soberania*”.⁹¹

Uma concepção de direitos humanos no plano do Direito Internacional impõe portanto uma soberania flexibilizada, que se submeta a uma regra de ponderação, ou seja, podemos reconhecer que cada Estado tem o direito a ter leis migratórias, mas desde que respeitados os **direitos humanos dos migrantes** e os Instrumentos Internacionais respectivos, isto é, até o limite dos compromissos internacionais pertinentes.

Na verdade, o domínio reservado da jurisdição nacional - ou Soberania - é limitado pelo próprio desenvolvimento do Direito Internacional, pois depende dos compromissos internacionais de cada Estado. Ou seja, varia conforme a extensão das obrigações impostas pelo Direito Internacional e aceitas pela comunidade das nações. As modernas regras de Direito Internacional restringem o raio de ação dos Estados no que respeita ao controle da emigração e imigração. Tais regras são encontradas tanto em tratados bilaterais ou multilaterais e regionais ou universais, quanto no Direito Internacional geral.

Destarte, parece-nos possível conciliar o poder do Estado de controlar o movimento em suas fronteiras com os direitos da pessoa humana que se dirige para um novo

⁹⁰ Por isso TRINDADE situa a cláusula *Martens* no plano da fonte material por excelência de todo o Direito Internacional, caracterizando-a como expressão da razão da humanidade que impõe limites à razão do Estado. Ver. *Humanização do Direito Internacional*, cit. p.390.

⁹¹ MAZZUOLI. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, cit. p.338.

país. O Estado pode controlar as migrações, por exemplo, para fins estatísticos, de organização, ou até para impedir a entrada de criminosos e de indivíduos reconhecidamente perigosos ou desestabilizadores da ordem, mas, deve fazê-lo de forma que respeite os direitos humanos dos migrantes reconhecidos pelo Direito Internacional e na sua legislação interna, já que estes constituem os limites ao seu poder de dispor sobre as migrações.

Em outras palavras, o Direito Internacional tem introduzido mudanças nesse poder de arbítrio dos Estados que, conseqüentemente, não pode mais ser ilimitado. Os Direitos do Homem devem estar acima dos direitos dos Estados, pois o fim destes somente pode ser o bem-estar da pessoa humana. A política migratória, portanto, não pode deixar de contemplar a dignidade humana dos migrantes, porque esta deve ser objeto de respeito irrestrito.

Mais importante do que o controle do Estado sobre a entrada e saída de estrangeiros e nacionais no seu território é a dignidade do ser humano, independentemente de ser ou não nacional do país de acolhida, e a preservação das prerrogativas inerentes a essa condição no seu novo lar. É uma questão de direitos humanos que se sobrepõe à soberania interna. Pois, *não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direitos a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.*⁹²

A propósito, a Carta da Organização das Nações Unidas - ONU é clara no seu Art. 2º(7): *”O respeito aos direitos humanos não é assunto de interesse exclusivamente interno de um Estado, mas sim de toda a comunidade mundial”*. A não-ingerência em assuntos internos não pode ser interpretada como limitação aos mecanismos internacionais de monitoramento dos direitos humanos. Estes direitos, pela universalidade e indivisibilidade que os caracterizam dizem respeito a todos os Estados da Comunidade Internacional.

Nesse sentido, expõe Cançado TRINDADE:

“O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se aos poucos, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva”. Esta última afigura-se como um reflexo, manifestação ou

⁹² TRINDADE. *A Humanização do Direito Internacional*, cit. p. 393.

*particularização, da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado in abstracto (e não em suas relações com outros Estados), e como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais”.*⁹³

Por isso para Guido SOARES, a inserção dos direitos humanos como um dos mais importantes capítulos do Direito Internacional Público, na atualidade, teve importantes conseqüências para o regime da proteção dos direitos dos estrangeiros.⁹⁴ Na mesma linha de pensamento, podemos dizer que a inserção do tema dos direitos humanos dos migrantes no Direito Internacional impossibilita que o exame das políticas migratórias, no seu plano de validade, limite-se apenas à perquirição da ordem jurídica interna.

Em 28 de maio de 1951, a Corte Internacional de Justiça – CIJ, principal órgão judicial de âmbito universal, entendeu que a existência de obrigações legais emanadas da Carta da ONU descarta eventual objeção com base no domínio reservado do Estado, tornando a implementação dos direitos humanos um tema de legítimo “*interesse internacional*”, conforme sua Opinião Consultiva relativa às “*Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio*”:

*“Nestes tipos de tratados, os Estados contratantes não têm interesses próprios; somente têm, acima de tudo, um interesse comum: a consecução dos propósitos que são a razão de ser da Convenção. Em conseqüência numa Convenção desta natureza não pode falar-se de vantagens ou desvantagens individuais dos Estados, nem de manter um equilíbrio contratual exato entre direitos e deveres”.*⁹⁵

A liberdade do Estado de dispor sobre as matérias de seu domínio reservado é também restrita pelos tratados por ele ratificados. Os tratados de Direitos Humanos estabelecem obrigações para os Estados, em favor da proteção da pessoa humana. São muito diferentes dos tratados ou contratos comerciais interestatais. Trata-se de uma interpretação

⁹³ Ver. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, São Paulo, 1991, p.p.3/4.

⁹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros - Os Direitos Humanos e a proteção dos Estrangeiros*. Revista de Informação Legislativa, Ano 41, n. 162. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 2004. (Edição especial comemorativa dos 40 anos).pp.169/204, p.179.

⁹⁵ *Recueil CIJ-1951*, p.15. Doc. disponível em: <http://www.icj-cij.org>.

pro homine, orientada à condição das vítimas, e que reclama a humanização dos postulados tanto do Direito Internacional como do Direito Público interno.⁹⁶

Conforme observa André RAMOS: “*A tese da competência exclusiva dos Estados no domínio da proteção dos direitos humanos encontra-se ultrapassada, após anos de aquiescência pelos Estados da normatização internacional sobre a matéria*”.⁹⁷

Em 4 de fevereiro de 1932, através de Opinião Consultiva sobre os “Nacionais Poloneses em Dantzig”, a Corte Permanente Internacional de Justiça (antecedente da CIJ), afirmou que os Estados Partes não podem invocar a existência de normas constitucionais, legais ou regulamentares internas para tentar justificar o não-cumprimento de suas obrigações internacionais (foi o precedente mais famoso a respeito). Pois, segundo a Corte, *para o Direito Internacional as leis internas são simples fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados*.⁹⁸

Mais recentemente, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 14/94 sobre responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção :

*"La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención (Americana) constituye una violación de ésta y[...], en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado".*⁹⁹

Como pondera TRINDADE, compreendeu-se, com o desenvolvimento do Direito Internacional, ao longo da segunda metade do século XX, que a razão do Estado tem limites, no atendimento das necessidades e aspirações da população, e no tratamento equânime das

⁹⁶ Ver. TRINDADE. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. pp. 20/26.

⁹⁷ RAMOS, *Direitos Humanos em Juízo*, cit. p.44.

⁹⁸ *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* (Tratamento de nacionais poloneses e outras pessoas de origem ou língua polonesa no território de Dantzig). Série E, n. 8, Publicações da Corte Permanente Internacional de Justiça, Eighth Annual Report, 15 de junho - 1931/15 junho -1932, W.W. Sijthoff's publishing company – Leydon, Holland, p. 232/238.

⁹⁹ Opinião Consultiva OC-14/94 (arts. 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), de 9 de dezembro de 1994, relativa à incompatibilidade do Decreto-Lei N° 2191 de 1978 do Chile com o Direito Internacional, Doc. Disponível em: www.cidh.oas.org

questões que afetam toda a humanidade. O ordenamento internacional tradicional, marcado pelo predomínio das soberanias estatais e a exclusão dos indivíduos, não foi capaz de evitar as violações massivas dos direitos humanos e as sucessivas atrocidades.¹⁰⁰

Dessa forma, soa anacrônica a concepção tradicional segundo a qual os Estados são livres para controlar, como bem entendam, a entrada e o estabelecimento de estrangeiros no seu território. Os Estados membros de Organizações de Integração vêm abdicando de parcela de sua Soberania em favor da supranacionalidade das instituições comunitárias. Assim deve ocorrer também em favor da supremacia da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos. É mais importante para o Direito Internacional a garantia dos direitos humanos dos migrantes reconhecidos e positivados do que o exercício de um atributo estatal sobre a migração, quando este ferir as liberdades individuais, pois algo que o atual Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece é o direito absoluto à proteção dos direitos da pessoa.

Enfim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ampara e assegura dignidade a todos os seres humanos, porque a garantia de direitos é universal e independente da nacionalidade da pessoa e da jurisdição em que se encontrem. É, portanto, o fundamento inafastável para a proteção do direitos humanos dos migrantes.

2.1. Princípios concernentes aos direitos humanos dos migrantes

Princípio, segundo a Doutrina, é um preceito dotado de aplicação imediata, que se encontra na base de um sistema normativo, e funciona como núcleo de condensação de sentido das normas integrantes desse sistema. Os princípios ostentam uma dimensão aberta, não absoluta, prestando-se a um regime de ponderação diante de circunstâncias de conflito.

Para TRINDADE todo sistema jurídico tem princípios fundamentais que inspiram, informam e conformam suas normas. Conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao sistema jurídico como um todo, veiculando os valores que guiam todo o ordenamento jurídico, e em última instância prevêm seus próprios fundamentos.

¹⁰⁰TRINDADE. *A Humanização do Direito Internacional*, cit. p.387.

Conforme Canotilho:

“Os princípios, de acordo com a mais moderna teoria jurídica, oferecem maior flexibilidade do que as normas na solução das antinomias normativas (...) Enquanto os princípios postulam uma otimização recíproca, que é irrecondizível a soluções de “tudo ou nada” (...) as normas conflituantes podem exigir instrumentos mais radicais de solução (exemplos: “a lei posterior revoga a anterior”, “a lei superior prevalece sobre a lei inferior”).¹⁰¹

Enfim, a natureza dos princípios é orientar as normas do sistemas que encabeçam. Tais sistemas tanto podem ser de Direito Internacional, composto de tratados ratificados pelas nações do mundo, como ordenamentos jurídicos internos, consagrados nos capítulos dedicados aos direitos e garantias fundamentais, tal como ocorre na nossa Lei Maior, tendo sua eficácia reforçada por dispositivos de proteção contra mudanças, a exemplo das "Cláusulas Pétreas" (Art.60, parágrafo 4º., inciso IV, C. F.), que vedam emendas à Constituição, tendentes a abolir os direitos e garantias individuais - os direitos humanos nela consagrados.

Os princípios de que tratamos aqui ocupam posição de primazia, por seu caráter estruturante do sistema e sua fundamentação em valores que devem ser respeitados pelos tratados internacionais. Aliás, desde a obra clássica de Grotius, do século XVII, desenvolve-se uma influente corrente do pensamento jusinternacionalista que concebe o Direito Internacional como um ordenamento jurídico dotado de valor próprio ou intrínseco, porquanto deriva sua autoridade de certos princípios da *reta razão*¹⁰².

Esses princípios têm desempenhado relevante papel na revitalização dos próprios fundamentos do direito internacional contemporâneo, que tende assim a fazer abstração de soluções jurisdicionais e espaciais clássicas e deslocar a ênfase para a noção da solidariedade.¹⁰³ Assim, são também a porta de entrada para a proteção dos direitos humanos no plano internacional, que já não pode ficar limitada aos tratados específicos sobre o assunto, mas sim estender sua órbita de aplicação a todas áreas de interesse do direito internacional, tais como comércio, cooperação, meio ambiente, etc.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 50 e ss.

¹⁰² Ver TRINDADE, *A Humanização do Direito Internacional*, cit., p. 28.

¹⁰³ TRINDADE, Id. p. 388.

Assim sendo, e desde que o presente ensaio não comporta maiores aprofundamentos no tema, passemos, sem pretensão de exaustão, à análise dos princípios que balizam os sistemas normativos de defesa dos direitos humanos, no plano interno e internacional, particularmente dos migrantes:

2.1.1. Princípio da Universalidade

Trata-se de Princípio consagrado na idéia de que todos os homens são como tais titulares dos direitos humanos. Esse é o fundamento da almejada “cidadania universal”.

No ensinamento de Antonio-Luis Marínez-Pujalte,

“La universalidad significa que el único requisito para la titularidad de los derechos humanos es la condición de ser humano. Si los derechos humanos son efectivamente universales, para ser titular de tales derechos no puede exigirse ningún requisito particular, además de la condición de miembro de la especie humana: la titularidad y la garantía de tales derechos es completamente independiente de las situaciones y circunstancias en que los seres humanos vivan y de las posiciones jurídicas que eventualmente desempeñen. Cualesquiera que sean tales circunstancias, situaciones o posiciones jurídicas, todo ser humano, por el mero hecho de su pertenencia a la especie biológica homo sapiens, es titular de derechos humanos”¹⁰⁴.

Todas as Convenções Internacionais reconhecem que os direitos essenciais da pessoa humana não se originam da pertença a um determinado Estado, e sim de seus atributos de pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, com efeito de obrigatoriedade nas jurisdições de cada país.

A universalidade se expressa no sentido de que sua abrangência engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica, ou quaisquer outros fatores alheios à sua condição de ser humano.

Com acerto pondera o Prof. Guido SOARES:

“Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do jus scriptum, direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível

¹⁰⁴ MARÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, In: Justicia, Solidaridad, Paz. Quiles, Valencia, 1995 p. 264.

comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordam os limites dos ordenamentos jurídicos nacionais, aquela discriminação perde sua razão de ser, e, bem ao contrário, torna-se odiosa”.

*...“À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana”.*¹⁰⁵

Também conduz a comunidade internacional a um dever de solidariedade para com os povos necessitados, propugnando pelo incremento da cooperação, como forma de assegurar os direitos econômicos e sociais nos países de origem e ao mesmo tempo prevenir deslocamentos exagerados de pessoas tangidas pela necessidade econômica.

2.1.2. O Princípio da Igualdade de Direitos e da Não - discriminação

Estabelece que todos devem ter e desfrutar iguais direitos sem discriminação alguma. Como se verá adiante, todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos consagram este princípio junto ao da Não-discriminação, ambos fundamentam o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos dos migrantes. Os princípios da igualdade e da universalidade dos direitos humanos impedem qualquer tipo de discriminação no concernente aos direitos fundamentais dos migrantes, pois todos devem gozar iguais direitos, independentemente da nacionalidade, raça, etnia, origem ou qualquer outra circunstância. Este princípio também fundamenta ações afirmativas que o façam valer, de forma a tornar iguais em direitos aqueles que pela sua vulnerabilidade sejam desiguais.

2.1.3. O Princípio da Indivisibilidade

Busca convalidar uma compreensão integral dos direitos humanos. Estes não se restringem às prerrogativas civis e políticas, mas englobam também os direitos econômicos, sociais e culturais, situados no mesmo plano de validade e importância que os primeiros, razão pela qual devemos afirmar os mecanismos já existentes para a sua exigibilidade, assim como criar outros que venham a ser necessários.

¹⁰⁵ SOARES, cit. p.172.

Reconhecer a indivisibilidade prática dos direitos humanos significa ver e tratar determinados direitos a um só tempo como de repercussões civis, políticas, econômicas, sociais e culturais.

Como Cançado TRINDADE nos adverte:

*“Nunca é demais ressaltar a importância de uma visão integral dos direitos humanos... Indivisíveis são todos os direitos humanos, tomados em conjunto, como indivisível é o próprio ser humano, titular desses direitos”.*¹⁰⁶

Desde 1948 os direitos sociais e econômicos fazem um só corpo com os civis e políticos, uns e outros integrando igualmente o elenco de direitos da Declaração Universal sob a égide da qual ainda vivemos e pela qual ainda laboramos.

Conforme observa PIOVESAN, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, *uma vez que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.*¹⁰⁷

A questão migratória revela a total interdependência existente entre os direitos humanos ditos de liberdade, que exigem abstenção estatal, e os direitos econômicos e sociais, os quais reclamam uma atividade do Estado no sentido de sua concretização. Na generalidade dos casos, o que o migrante reclama é exatamente uma abstenção estatal (de atos de deportação e expulsão), a qual somente é garantida por uma prestação muito simples – a entrega do documento de permanência. É curioso notar que o mesmo argumento econômico (indisponibilidade de recursos), utilizado internamente para negar aos cidadãos de um país os direitos econômicos e sociais é também empregado para negar os direitos de liberdade aos migrantes. Os governos alegam a impossibilidade de regularização em razão de condições econômicas desfavoráveis, que levam à escassez de trabalho e à competição com a mão de obra nacional. Assim, o argumento econômico serve para negar os mínimos direitos de liberdade do migrante, que fica impedido de trabalhar (legalmente), de deslocar-se, de ser ouvido, de associar-se, de recorrer à Justiça, etc. por força de sua situação de irregularidade.

¹⁰⁶ TRINDADE, *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil, 1948-1997: as primeiras cinco décadas*. 2a. ed., Brasília: ed. Universidade de Brasília, 2000, p.120.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça Internacional*, Saraiva, São Paulo, 2006, p.27.

2.1.4. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio do respeito pela dignidade humana tem sido um dos grandes fatores da primazia dos direitos humanos no plano supranacional, e conseqüente erosão do conceito de soberania absoluta dos Estados. A criação de tribunais e cortes internacionais e conceitos como o de crimes contra a humanidade espelham esta realidade, que entra em ação quando os estados falham em defender a dignidade humana. No plano interno, este princípio é componente inseparável do Estado Democrático de Direito consagrado na nossa Constituição, pois não há democracia sem respeito à dignidade da pessoa humana.

Em nosso país, a Constituição Federal -CF/88, que no seu primeiro artigo elenca os Princípios Fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, destaca como um dos fundamentos de nosso Estado, qualificado como Democrático de Direito: **a Dignidade da pessoa humana**. Esta somente pode ser garantida mediante o reconhecimento, respeito e implementação dos direitos humanos, que, conforme a própria Constituição, todos possuem.

Na lição de Ana Paula de Barcellos,

*“...terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”... (Citando José Carlos Vieira de Andrade)..“Realmente, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.*¹⁰⁸

O reconhecimento da dignidade humana não implica somente na abstenção, por parte do Estado e de particulares, de atos cruéis e degradantes contra o indivíduo. Ele também resgata o indivíduo da miséria, da situação de objeto para a condição de sujeito de direito. E isso se aplica perfeitamente aos migrantes, cuja dignidade exige sejam vistos como sujeitos de direito, tanto no plano interno como internacional.

Do princípio da dignidade humana derivam tanto os direitos fundamentais de liberdade quanto os direitos humanos econômicos e sociais. *Ele irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico exigindo o reconhecimento e proteção dos direitos humanos em todas*

¹⁰⁸ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 1ª. Ed., Renovar, RJ/SP, 2002, pp.110/111.

suas gerações.¹⁰⁹

2.1.5. Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

Cuida-se de Princípio que rege tanto a Ordem Internacional (segundo seus instrumentos jurídicos), quanto a nossa ordem interna, alçado pela Constituição a princípio que rege o Brasil nas suas Relações Internacionais (Art.4o., II). Destarte, os direitos humanos não podem ser excluídos em qualquer relação brasileira na órbita internacional, muito menos em qualquer relação de ordem interna, entre o Estado e seus súditos, bem como entre eles mesmos.

Para Cassese¹¹⁰, os direitos humanos devem iluminar a aplicação ou interpretação de antigas normas. Isto vale, por exemplo, para o princípio fundamental da não discriminação que permeia toda a temática dos Direitos Humanos. Tal princípio termina necessariamente por incidir sobre as normas tradicionais, que já não podem consentir distinções (de raça, religião, sexo, origem nacional ou social), anteriormente admitidas ou toleradas.

Por isso, afirma SOARES:

“A concomitância de direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais, mundiais e regionais, e ao mesmo tempo vigentes nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, constitui, de igual forma, uma garantia de sua eficácia, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos internos e internacionais devem ser considerados como complementares uns dos outros”¹¹¹.

Se a ordem interna não basta para assegurar a primazia dos direitos humanos, ela deve integrar-se à ordem internacional para que, formando um todo articulado, a dignidade da pessoa humana possa ter uma proteção assegurada em todas as suas dimensões.

Outros princípios poderiam ser agregados, no entanto, para a proposta do presente trabalho, os princípios brevemente explicitados já permitem a continuidade de nossa reflexão.

¹⁰⁹ Torres, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial* In: *Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Renovar, Rio de Janeiro, 2003. p. 14.

¹¹⁰ CASSESE, Antônio. *“Los derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo”*, Ariel, Barcelona, 1991.p.238.

¹¹¹ SOARES, cit.p.185.

*Os verdadeiros sujeitos dos Direitos Humanos
são todos os homens, legítimos cidadãos do mundo.*
Bobbio, A Era dos direitos.

CAPÍTULO II – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES NA ORDEM JURÍDICA

1. PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Embora sempre tenha havido migrações, com exceção da proteção dos refugiados, o tema da migração no contexto dos Direitos Humanos é de inserção relativamente recente. Somente em 1990 foi assinada a Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores migrantes e suas famílias, como resultado da preocupação com o crescente desrespeito aos direitos dos migrantes contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Relatórios de especialistas em direitos dos migrantes, principalmente de membros da Comissão de Direitos Humanos da ONU e de Organizações Não Governamentais têm chamado a atenção para esta realidade.

No mesmo patamar de importância de direitos como o atinente à vida e às liberdades públicas clássicas, encontram-se os direitos econômicos e sociais do migrante, cuja participação na riqueza dos países não pode ser reduzida à exploração laboral desacompanhada dos benefícios da legislação trabalhista e assistencial. É igualmente importante o respeito aos “direitos solidários”, que determinam a aceitação das diferenças culturais. Contudo, a garantia de todos estes direitos depende em grande medida das políticas adotadas pelos Estados, e de seu grau de implementação.

A verdade é que os esforços nacionais e internacionais para defender os **direitos humanos dos migrantes** e combater a xenofobia permanecem insuficientes e com impacto limitado. Muito há ainda por fazer para assegurar aos migrantes uma verdadeira proteção, pois carecemos de uma consciência clara em nível político, administrativo, e mesmo pessoal, sobre as realidades e implicações dos movimentos migratórios. Também falta conhecimento sobre as normas aplicáveis e os direitos protegidos, o que é indispensável para que o ser humano

possa desfrutá-los na sua totalidade.

As migrações são abordadas por diferentes instituições – muitas vezes com ação contraditória entre si, motivo pelo qual os imigrantes, no país de destino, estão submetidos a regimes jurídicos diversos e, às vezes, incertos. A proteção que o Estado dispensa aos mais frágeis ora é afirmada, ora é negada, com base em fatores aleatórios (data de ingresso no país, superveniência de uma anistia, etc.). Apesar de que muitas pessoas se deslocam forçadamente devido a condições que constituem implícita ou explicitamente violação aos seus direitos, individuais ou coletivos, esses direitos não são reconhecidos se não houver admissão documentada.

Por outro lado, como vimos, o Direito Internacional dos Refugiados tende a reconhecer somente as vítimas de violações de certos direitos civis e políticos, como alvo de proteção e assistência, deixando de lado as vítimas de carências existenciais que ameaçam sua sobrevivência, coletiva ou individualmente. Mesmo havendo fundamentos jurídicos consistentes para combater a dicotomia de tratamento, e defender a mesma proteção às vítimas de qualquer violação de direitos, sejam eles políticos ou econômicos e sociais.

Mas, se a idéia de ampliação da noção de refugiado para nela inserir o migrante forçado pela necessidade de sobreviver, mesmo que justa, resulta utópica diante da crise do próprio regime de proteção aos refugiados, onde muitos Estados limitam o próprio escopo da definição tradicional de refugiado, negando a condição de refúgio, sem solução humanitária, mesmo a pessoas que se enquadram no instituto.

E se o que se persegue não é a proteção de apenas uma parte dos migrantes (os reconhecidos como refugiados), mas, que todos os migrantes tenham seus direitos humanos reconhecidos e garantidos, a inserção do migrante no sistema de proteção dos direitos humanos deve ser repensada de forma mais abrangente, como uma necessidade de superação de idéias vigentes – e seus reflexos nas políticas públicas – em busca da concretização da “*cidadania universal*”, idéia implícita no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela qual o respeito à dignidade da pessoa humana não tem como base seu *status* jurídico de nacionalidade ou de “permanência legal” mas a sua essência.

Cidadania mundial, conceito que, segundo Ricardo Lobo Torres, pareceria contraditório há alguns anos:

*“É a que o cidadão desfruta no plano internacional, no qual também possui direitos subjetivos. O Direito Internacional Público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ que garante status específico aos cidadãos dos diversos países. (...) A cidadania mundial envolve, sobretudo, os direitos humanos declarados nos tratados e nas convenções internacionais”.*¹¹²

Ter cidadania universal, mundial, ou cosmopolita, significa gozar dos direitos humanos consagrados nos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais sempre e em qualquer lugar do planeta. Isto é, seria a natural decorrência da implementação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente do cumprimento dos princípios da Universalidade e da Dignidade Humana, que o informam.

O direito à cidadania universal é reivindicado por migrantes, no mundo inteiro, conscientes de que os direitos humanos correspondem a toda a humanidade, independentemente das soberanias estatais e da nacionalidade de cada um, pois, efetivamente, fazem jus à proteção dos seus direitos humanos fora das fronteiras do Estado de origem, como reconhece o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na nossa interpretação, essa moderna idéia de cidadania universal que fundamenta os **direitos humanos dos migrantes**, encontra inspiração no cosmopolitismo kantiano de dois séculos atrás. Kant concebeu o Direito Cosmopolítico (*ius cosmopoliticum*) e o estado de direito cosmopolítico, como uma ordem jurídica internacional de prevalência dos direitos humanos e das relações pacíficas mundiais, onde os indivíduos seriam considerados como cidadãos de um grande Estado universal de pessoas.¹¹³ Para Kant, no Estado de Direito Cosmopolítico, os Estados devem reconhecer uma ordem jurídica superior: a primazia dos direitos humanos, por maiores que sejam os sacrifícios do poder dominante. Pode-se dizer,

¹¹² TORRES, Ricardo Lobo. org. *A Cidadania Multidimensional na Era dos direitos, Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp.309/311.

¹¹³ ... “A idéia racional de uma sociedade de paz de todos os povos da terra entre os quais podem ser estabelecidas relações”... KANT. Immanuel. *Doutrina do Direito*, 2ª. Edição, Ícone ed., São Paulo, 1993 p. 202 Ver. também KANT. *A Paz Perpétua, um Projeto Filosófico* In: *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1990, p. 119/171.

assim, que a idéia kantiana antecipa a internacionalização dos direitos humanos e começou a concretizar-se em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, que também fez aflorar o Direito Internacional dos Direitos Humanos (positivação expressa da superioridade dos direitos humanos sobre a soberania estatal). Nesse sentido, Eduardo RABENHORST: *não há dúvidas de que os direitos humanos, pelo menos desde a promulgação da Declaração, estão associados ao ideal kantiano de construção de um Direito Cosmopolita.*¹¹⁴

A cidadania universal, como essência do Direito Cosmopolítico, é a meta a que deve conduzir a paz perpétua kantiana. Essa paz não é a mera ausência de guerra, deve entender-se como eliminação da violência entre os Estados; não só impedindo o emprego da força, mas realizando os esforços para uma coexistência sem tensão entre os grupos e entre os povos. Isto é, sem preconceitos, sem racismo, sem xenofobia.

Kant foi além na questão dos direitos dos migrantes, propondo também de forma concreta o respeito ao Princípio de Hospitalidade, como fundamento do Direito Cosmopolita, abrangendo o direito de circulação irrestrito que assiste a todos e o direito dos estrangeiros a um tratamento digno e solidário no território de outro Estado, em virtude da posse comum e originária da terra pela humanidade.¹¹⁵ Hospitalidade, termo de raiz latina, significa acolhimento. Essa concepção se traduz hoje como o direito de todos a uma cidadania universal, que deve reconhecer-se na ordem jurídica de cada Estado.¹¹⁶ Ora, acolhimento diz muito respeito aos imigrantes, novos cidadãos que devem ser acolhidos, concretizando-se a idéia de solidariedade entre os povos. Por isso afirma Hannah ARENDT que o “direito a ter direitos” só pode efetivar-se quando prevalecer o direito de todo ser humano à hospitalidade universal, esclarecendo que essa noção de hospitalidade universal significa que as pessoas precisam estar à vontade e em casa no mundo.¹¹⁷

¹¹⁴ RABENHORST, Eduardo R.. *Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica: notas para o Debate* In: Direitos Humanos: os Desafios do Sex. XXI, uma abordagem interdisciplinar. LYRA, Rubens pinto. Org. Brasília Jurídica, 2002.p. 20.

¹¹⁵ KANT, *A Paz Perpétua, um Projeto Filosófico*, cit. pp. 137/138.

¹¹⁶ Tal como prescreve a nossa Constituição Federal, o estrangeiro é basicamente titular dos mesmos direitos fundamentais que o cidadão nacional.

¹¹⁷ Ver sobre o assunto ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p.301; *Lições sobre a filosofia política de Kant. Tradução de André D. de Macedo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993 e *A Condição Humana*. Tradução de R.Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.Ver. Também: LAFER,

Para TRINDADE, o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nosso tempo, que abre o caminho para a construção de um novo *jus gentium* como direito universal da humanidade.¹¹⁸ É a ordem cosmopolita, que se funda na concepção da cidadania universal, transcendendo as pretensões particulares dos Estados para se estender à comunidade universal. Pode-se, portanto, afirmar que como marco jurídico do projeto da paz perpétua, Kant propôs o que hoje concebemos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹¹⁹

Nessa linha, o desrespeito dos direitos humanos dos migrantes representa o esvaziamento do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos e também da proposta Cosmpolítica.

São vários os jusfilósofos modernos que acreditam na possibilidade de construção de uma nova ordem internacional, fundada na afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que possa assegurar a paz mundial duradoura.¹²⁰ Pois, o entendimento kantiano da dimensão da interdependência entre os povos capaz de fazer sentir a violação dos direitos humanos num ponto do planeta, em todos os outros, nos propõe que se foi possível globalizar-nos economicamente também seja possível respeitar os direitos humanos globalizadamente. Por isso afirma Boaventura de Souza Santos, que além de econômica, a globalização pode comportar também uma dimensão de caráter contra-hegemônico, capaz de concretizar o sonho kantiano de formação de uma cidadania universal que lutaria por interesses transnacionais comuns a todo o gênero humano.¹²¹

Celso. *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

¹¹⁸ Na linha visionária preconizada, segundo o próprio autor, a partir do século XVI, pelos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez. Ver. TRINDADE, *A Humanização do Direito Internacional*, cit. p. 393.

¹¹⁹ Ver em torno da ordem cosmopolita: HABERMAS, Jürgen. *A Idéia Kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos* In: *A Inclusão do Outro*, São Paulo: Loyola, 2002.p.200 e ss. Ver também ZOLO, Danilo. *Do Direito Internacional ao Direito Cosmopolítico. Uma Discussão com Jürgen Habermas*, (mimeo) p.1.; BERNARDES, Márcia Nina. *Entre a Ordem Interestatal e a Ordem Cosmopolita: Sobre a Possibilidade de um Direito da Humanidade* In: *O Direito Internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira* (Nadia de Araujo et al. Coord.), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2001.233/264. p.234, e FARENA, Maritza Ferretti. *Por uma Cidadania Universal: os Direitos Humanos dos Migrantes numa perspectiva cosmopolita*, sob publicação.

¹²⁰ Entre outros, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Hanna Arendt, Jürgen Habermas, John Rawls e Giuseppe Tosi podem ser considerados autores de posição cosmopolita neo-kantiana.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Souza dos. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. Lua Nova. Revista de cultura e política. São Paulo, n.39, 1997, apud RABENHOST, cit.

Por enquanto, a realidade mostra que há um grande hiato entre a teorização do direito de cidadania universal a que todos fazem jus e a prática concreta dos Estados, bastante conflitante no que diz respeito ao tratamento dos migrantes no mundo.

Contudo, antes mesmo de cogitar-se em dar proteção à pessoa humana contra o próprio Estado de sua nacionalidade, as primeiras preocupações foram no sentido de proteger os estrangeiros, contra o arbítrio das autoridades estatais. Durante séculos os indivíduos foram protegidos pelo Direito Internacional somente enquanto estrangeiros, ou seja, somente quando viajavam ao exterior (e sempre que seu Estado nacional tivesse vontade e capacidade de tutelá-los). Na prática do Direito Internacional do século XIX e do início do século passado, a tutela dos direitos da pessoa humana restringia-se à preocupação dos Estados europeus com o tratamento recebido por seus nacionais no estrangeiro. Diversas intervenções dos países europeus durante o século passado foram justificadas apelando-se a um *standard* mínimo de tratamento aos estrangeiros, que teria sido violado pelos países bárbaros ou *demicivilisés*.¹²²

Com efeito, temia-se que o tratamento dos países “menos civilizados” (os pobres de hoje) aos emigrantes de países “civilizados” (os ricos de hoje) fosse injusto ou hostil. Surgiram assim diversas normas gerais de caráter consuetudinário, protegendo os ocidentais que nos países do Sul implantavam empresas comerciais, desenvolviam outras atividades lucrativas ou acudiam por motivos de turismo¹²³.

A proteção geral dos indivíduos era feita por meio do instituto da Proteção Diplomática, utilizado para amparar os estrangeiros e por meio das intervenções humanitárias, sendo reconhecido como parte integrante do Direito Internacional no início do século XX. Uma vez admitida a permanência de um estrangeiro no território de determinado Estado, o mesmo gozaria de uma série de direitos: o reconhecimento da personalidade jurídica, aplicação de certas regras mínimas de cidadania em caso de prisão ou detenção, direito de acesso à justiça, direito de propriedade, direito a justa indenização em caso de expropriação. Se as normas que regulavam esses direitos fossem violadas pelo Estado anfitrião, o Estado, cuja cidadania ostentava o prejudicado, podia exercer a proteção diplomática, exigindo o fim da violação, a reparação do dano ou o castigo dos culpáveis, sob pena de recorrer a legítimas

¹²² RAMOS, cit. p. 39.

¹²³ CASSESE, op. cit. p.236.

sanções.

O próprio Kant, inicialmente, pensou a hospitalidade para os europeus que viajavam a outros lugares do mundo, mas considerando injustos os procedimentos da cruel conquista dos Estados “cultos” (usurpação das terras dos nativos, cristianização sangrenta e uso da força), estendeu o direito a todos os homens. Numa inversão dos papéis, muitos dos países que reclamavam proteção para seus nacionais emigrantes do passado são os grandes violadores dos **direitos humanos dos migrantes** contemporâneos. É paradoxal que hoje seja tão difícil para os países desenvolvidos reconhecer e garantir os direitos dos migrantes, quando eles mesmos lançaram as sementes dessa proteção no passado, em favor de seus nacionais.

Após a instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, começou a mudar o enfoque do Direito Internacional quanto à proteção do indivíduo, em virtude do estabelecimento de um rol de direitos para todos os trabalhadores, independentemente da nacionalidade. A partir da Segunda Guerra mundial, como vimos, o Direito Internacional assimila a proteção de direitos do homem como princípio geral e verdadeiro costume internacional,

A Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal de Direito Humanos de 1948 reforçam esse entendimento, consolidando a legitimidade da preocupação internacional com a proteção dos direitos humanos, desvinculada da proteção diplomática, amparando o indivíduo independente de sua nacionalidade ou país de sua origem, como seu titular e destinatário.

Efetivamente, as novas normas protegem a pessoa humana em quanto tal, e portanto deveriam aplicar-se a qualquer indivíduo, tanto em sua pátria como no exterior, tenha ou não a nacionalidade do Estado onde reside, pois: *el “ser humano debería prevalecer, em buena lógica, sobre el extranjero.”*¹²⁴

A despeito da intensificação da proteção aos direitos humanos depois das duas grandes guerras, a proteção aos direitos humanos dos migrantes não acompanhou esta

¹²⁴ CASESSE, cit. p.236/237.

evolução. A ratificação de Tratados de Direitos Humanos pelos Estados não representou avanço significativo na concretização dos direitos dos migrantes, mesmo com o surgimento de normas específicas tratando das garantias que lhes são devidas.

Mas, a peculiar fragilidade da condição dos migrantes faz com que o Direito Internacional dos Direitos Humanos assuma quanto a eles uma posição de especial relevo. O grande desafio é tornar realidade os direitos humanos de que os migrantes são titulares, por isso, embora lentamente, a tutela internacional dos direitos humanos vai se estendendo a eles.

Na expressão de CASSESE:

*“os direitos dos estrangeiros se reafirmam como setor autônomo e que se distingue da temática mais geral dos direitos humanos: mas agora se interpretam de novo, reformulam-se e situam-se novamente à luz de tal temática.”*¹²⁵

E, como a função do jurista não é simplesmente observar a prática incongruente dos Estados, mas, conforme adverte Cançado TRINDADE, deve também dizer qual é o Direito, revisaremos em seguida os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos dos migrantes.¹²⁶

1.1. Instrumentos Jurídicos e instituições Internacionais – sistema geral

São inúmeras as normas que fundamentam a proteção dos migrantes no sistema geral de proteção, começando pelos primeiros instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos, que enfatizam os princípios da igualdade e não discriminação, como bases da proteção internacional dos direitos humanos. Recordemos que os Tratados Internacionais constituem a principal fonte de obrigações do Direito Internacional, estabelecendo também a conduta dos Estados para com os indivíduos, no caso dos Tratados de Direitos Humanos. Quando as obrigações convencionais não são cumpridas, os Estados se sujeitam à responsabilidade Internacional, o que também vale para as normas que protegem os direitos dos migrantes.

Por via da proteção geral dos direitos humanos protegem-se também os direitos

¹²⁵ Id. p. 239.

¹²⁶ *A Humanização do Direito Internacional*. cit. p.28.

dos Migrantes. No plano Internacional, a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos encontra-se plasmada em inúmeros instrumentos: a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 1 e 2), O Protocolo Adicional de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador” (Art. 1); a Carta das Nações Unidas (Art. 55º., c); a Declaração Universal de Direitos Humanos (Preâmbulo); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Arts. 2.1 e 2.2); o Pacto Internacional de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (Art. 2.2); a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Art. 1º.); a Carta Social Européia (Preâmbulo); a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul” (Art. 1º.); e, a Carta Árabe sobre Direitos Humanos (Art. 2º.), para citar os mais importantes.

Cabe enunciar primeiramente as principais disposições dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção geral dos direitos humanos, bem como os órgãos de promoção e proteção desses direitos, aos quais a eficácia da normativa está estreitamente vinculada, tanto em nível universal, especialmente no contexto das Nações Unidas, como em nível regional, revisando em seguida o sistema de proteção específica. Há mecanismos previstos nos sistemas interamericano, europeu e africano, mas, em razão do objeto deste trabalho, limitaremos nosso campo de perquirição principalmente ao primeiro.

1.1.1. Proteção em nível universal

A) Principais Documentos jurídicos:

a. Carta das Nações Unidas

Como não poderia deixar de ser, a proteção dos direitos dos migrantes encontra-se fundamentada na Carta da fundação das Nações Unidas, firmada em *26 de junho de 1945*.

A partir do Preâmbulo, a Carta consagra os princípios da igualdade e não discriminação na aplicação dos **direitos humanos** a todas as pessoas. Estipula no seu primeiro artigo a cooperação *para o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos*; no Art. 4º estabelece que: *“todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido*

como pessoa perante a lei” E no Art. 55, obriga os Estados à *plena vigência dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião*, reconhecendo o caráter internacional da proteção desses direitos.

b. Carta Internacional dos Direitos Humanos da ONU

Costuma-se chamar de Carta Internacional dos Direitos Humanos ao conjunto formado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e os dois Pactos adotados pela Assembléia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com seus respectivos Protocolos facultativos. De maneira particular, a Carta Internacional determina uma série de direitos que, embora não se refiram expressamente aos migrantes, são a eles aplicáveis.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, proclama a universalidade, afirmando que toda pessoa tem os direitos e liberdades consagrados na Declaração, *“sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição* (Art. 2.1), e assinalando que *ainda que nômade, o indivíduo não perde os direitos inerentes à condição humana”*.

No Art. 7º estabelece os princípios da Igualdade e da Não Discriminação:

“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 Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

De forma mais explícita que instrumentos anteriores, a Declaração estabelece o direito de livre circulação dentro das fronteiras de cada Estado e o direito de migrar : *“Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. E “Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a este regressar”* (Arts. 13 e 13.2).

Embora não seja um tratado no sentido estrito do termo, é um texto internacional de conteúdo jurídico que vincula os Estados e ao qual a Doutrina e a Jurisprudência outorgam um valor inquestionável. Com sobrada razão Carillo SALCEDO assinala:

*“Tanto a Carta das Nações Unidas como a Declaração “son, en definitiva, expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias de un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional contemporáneo: el de la dignidad de la persona humana”.*¹²⁷

Os princípios contidos na Declaração são reafirmados pelos Pactos Internacionais, principalmente a igualdade e a não discriminação, com respeito aos direitos e liberdades reconhecidos (Art.2.1 do PIDCP e 2.2 do PIDESC). A referência aos migrantes, se não expressa, é feita de forma indireta e especialmente por via da restrição do conteúdo de alguns direitos contemplados, de forma particular ou mediante cláusulas de exoneração genéricas.¹²⁸

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) proclama entre outros direitos: a liberdade de circulação, a igualdade perante a lei, o direito a um juízo imparcial, à presunção de inocência, à liberdade de pensamento, consciência, religião, expressão e opinião, direito de reunião pacífica, liberdade de associação e de participação na vida pública e nas eleições e a proteção dos direitos das minorias. Além disso, protege o direito à vida, enquanto sanciona a tortura e o tratamento ou penas cruéis ou degradantes, a escravidão e o trabalho forçado, a prisão e detenção arbitrárias, a ingerência arbitrária na vida privada, a propaganda bélica e a instigação ao ódio racial ou religioso.

Obriga os Estados Partes no Pacto a respeitarem e garantirem *a todos os indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos a sua jurisdição, os direitos do Pacto, sem discriminação alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (Art. 2º)*, prevendo também no mesmo artigo, que cada Estado Parte no Pacto compromete-se a adotar as medidas legislativas para dar efeito aos direitos reconhecidos no Pacto que ainda não estiverem em vigor.

¹²⁷ Ver. CARRILLO Salcedo J.A., “*Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos*”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993.p. 178.

¹²⁸ Conf. “*Migraciones y Protección de los Derechos Humanos*” Derecho Internacional sobre las Migraciones, OIM, 2005, p.99.

O tratado exige dos governos a proibição por lei de qualquer "ódio racial, nacional, religioso que induza à discriminação, à hostilidade e à violência" (artigo 20) e também estipula que todas as pessoas são iguais diante da lei e são titulares, sem qualquer discriminação, do direito de proteção legal (artigo 26). Pode-se considerar que o princípio de igualdade proclamado por este artigo assenta as bases de um tratamento equitativo ao migrante, além disso, o artigo 27, também é essencial, porque consagra os direitos das minorias, as quais sem dúvida incluem-se os migrantes. Segundo o dispositivo, às minorias não deve ser negado o direito, em comunhão com outros membros de seus grupos, de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião ou utilizar sua própria língua.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

elencando, dentre outros, o direito ao trabalho, à seguridade social, a um nível de vida e bem estar físico e mental dignos, à educação e ao gozo dos benefícios da liberdade cultural e do progresso científico.

Foram ainda adotados dois ***Protocolos facultativos ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos***, em 15 de dezembro de 1989. Um habilita os indivíduos a apresentar perante o Comitê de Direitos Humanos denúncias sobre violação de qualquer direito enunciado no Pacto e o outro destina-se a abolir a pena de morte.

Cabe mencionar, ainda neste item, a ***Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes às minorias étnicas, religiosas e lingüísticas***, de 1992. cujo elenco de direitos explicita o artigo 27 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos. O Art. 1 da Declaração dispõe que os Estados protegerão a existência e a identidade de minorias nacionais, étnicas, culturais, religiosas ou lingüísticas, no âmbito do seu território, encorajando a promoção de suas identidades, adotando as medidas apropriadas para o atingir aqueles fins. As pessoas pertencentes àquelas minorias têm o direito de usufruir de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião, e usar sua própria língua, em particular ou em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação, bem como o direito de participação efetiva na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública. E o Art. 2, dispõe que têm o direito de estabelecer e manter suas próprias associações, e o direito de estabelecer

e manter, contatos com outros membros do seu grupo, ou de outros grupos, quer no âmbito territorial do Estado em que viveram, quer contatos além fronteiras.

B) Principais órgãos e mecanismos

Os órgãos da ONU têm papel relevante para a proteção e promoção dos direitos humanos dos migrantes.

a. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal órgão judiciário das Nações Unidas, criada pela própria Carta da ONU. Conforme seu Estatuto, integrante da Carta da ONU, a CIJ é composta de 15 juízes (Art. 92), nacionais de diferentes Estados e tem competência contenciosa e consultiva (Art. 34). Mesmo que a sua finalidade seja resolver conflitos internacionais entre os Estados partes, por via de sua jurisprudência em favor da proteção dos direitos humanos exerce funções de promoção e de proteção dos mesmos,¹²⁹ labor secundada pelo recém criado Tribunal Penal Internacional, encarregado, segundo seu Estatuto, de conhecer os crimes internacionais mais importantes: genocídio, crimes contra a humanidade, crime de guerra e a agressão, que certamente podem envolver muitos migrantes como vítimas.¹³⁰

b. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos assiste os trabalhos dos distintos órgãos encarregados da promoção e proteção dos direitos humanos, recebendo as denúncias dos particulares e dos Estados sobre violação dos direitos humanos e tramitando-as para o exame dos órgãos competentes. A função de promoção do ACNUDH se traduz principalmente na cooperação e assistência técnica que presta aos Estados que se encontram em dificuldades para cumprir com suas obrigações internacionais relativas aos direitos humanos.

c. O Conselho de Direitos Humanos da ONU, constituído por 41 membros, é o principal órgão de promoção dos direitos humanos da ONU, embora também exerça uma

¹²⁹ A exemplo do caso sobre a Aplicação da Convenção de Genocídio à crise da Iugoslávia

¹³⁰ O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado na "Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional", realizada na cidade de Roma, entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998.

função de vigilância e proteção dos direitos humanos. Como órgão de cooperação internacional, cabe-lhe fornecer assistência e cooperação técnica aos Estados com dificuldades na matéria. Substituiu a *Comissão de Direitos Humanos*, por decisão da Assembléia Geral da ONU, em 15 de março de 2006, para torná-lo um órgão mais forte e eficaz.¹³¹

Uma das formas de trabalho é o procedimento público, através do qual avalia, com base nos Informes dos *Relatores Especiais*, designados pelo próprio Conselho, tanto assuntos temáticos (como os direitos humanos dos trabalhadores migrantes), quanto a situação nos diversos países. Conhecendo da situação, se pronuncia sobre as medidas a adotar no país de que se trate, a fim de melhorá-la. Ainda, conforme as regras do novo Conselho, prevê-se um mecanismo de revisão periódica analisando o desempenho de cada Estado-membro no tocante à observância dos tratados internacionais de direitos humanos.¹³²

As Resoluções e Decisões do Conselho são instrumentos úteis para a promoção e proteção dos direitos humanos, face aos governos comprometidos. Em muitos casos são precursores de instrumentos obrigatórios de Direito Internacional e do estabelecimento de procedimentos ou mecanismos. Funcionam como forma de pressão constante, mesmo quando não acatadas pelos países de que se trate.

Destacam-se algumas resoluções em matéria de direitos dos migrantes, como a *Resolução n. 2003/46* sobre “Direitos dos Migrantes”, que procura garantir os direitos fundamentais dos migrantes, face aos instrumentos da política migratória, condenando toda forma de discriminação racial ou xenofobia em matéria de acesso ao emprego, formação profissional, moradia, instrução, serviços de atenção à saúde e assistência social; a *Res. 2000/48*, de 25 de abril de 2000, que recomendou a adoção do dia 18 de dezembro como “Dia Internacional do Migrante”, aprovado na Assembléia Geral da ONU pela Res. 55/93 de 4 de dezembro de 2000. Também cabe recordar a *Decisão 2001/52*, da Comissão de Direitos Humanos, de 24 de abril de 2001, onde se destaca o direito de informação aos consulados,

¹³¹ *Res. 60/25*. O Conselho reúne-se, pelo menos, três vezes por ano, num total de dez semanas, em sessões ordinárias, e também realiza sessões especiais. As novas regras prevêem que a Assembléia Geral da ONU pode suspender o membro do Conselho que pratique grandes e sistemáticas violações dos direitos humanos.

¹³² Precisamente, estes relatórios têm constituído importante fonte para este trabalho.

reconhecido na Convenção de Viena de 1963, e a repressão ao tráfico ilícito de migrantes.

Vale salientar, ainda, que em 1999, a Comissão de Direitos Humanos designou um **Relator Especial sobre Direitos Humanos dos Migrantes**, destinado a solicitar e receber informação, de todas as fontes pertinentes, incluídos os próprios migrantes, sobre violações de direitos humanos dos migrantes e suas famílias, realizando os relatórios respectivos.¹³³ Temos acompanhado com enorme interesse o trabalho executado pelos titulares do mandato, bem como testemunhado o aumento das violações aos direitos humanos dos migrantes por eles referido e condenado, precisamente, os seus relatórios constituem valiosa fonte de dados e informações para este trabalho, como pode conferir-se.

Além disso, pode o Relator solicitar aos governos esclarecimentos sobre a situação dos migrantes, através de relatórios dos governos. Entre outras funções também destacam-se: "examinar os meios necessários para superar os obstáculos da proteção plena e efetiva dos direitos humanos dos migrantes, reconhecendo a especial vulnerabilidade das mulheres, crianças e daqueles que não possuem documentos ou se encontram numa situação irregular; "formular recomendações apropriadas para impedir as violações dos direitos humanos dos migrantes e para remediá-las onde quer que se produzam"; bem como, "recomendar medidas aplicáveis em escala nacional e internacional para proteger seus direitos".

A Resolução aprovada pelo CDH, no fechamento de sua Oitava Sessão, pede ao Relator Especial que no desempenho de seu mandato solicite informação sobre a violação dos direitos dos migrantes aos governos, órgãos de tratados, organismos especializados, demais relatores especiais e a organizações intergovernamentais e não governamentais, entre outras. Pede-se também que como parte de suas atividades continue seus programas de visitas e que leve em consideração as negociações bilaterais e regionais sobre o regresso e a reintegração dos migrantes que não têm documentos ou que se encontram em situação irregular. Finalmente, insta os governos a cooperar plenamente com o Relator Especial, aplicar suas recomendações e responder sem demora as solicitações urgentes.

¹³³ Res E/CN.4/Res/1999/44.

A 59a. Sessão da Comissão de Direitos Humanos, de 17 de março de 2003, representou um claro exemplo da dificuldade da luta contra o racismo, a discriminação racial e xenofobia. A sessão, que incluiu o tema dos Direitos dos Migrantes, foi realizada num clima tenso e aprovada sem votação, devido às discordâncias entre os Estados sobre o assunto, por envolver questões como geopolítica e direito ao desenvolvimento. O certo é que como em muitas ocasiões prevaleceram os temas da segurança nacional e o contra-terrorismo sobre os direitos humanos, cujos Princípios são reiterados mas não postos em prática. Em 2003, o México propôs duas resoluções sobre Migrantes: (1) Direitos Humanos dos Migrantes (CHR Res. 2003/46) e (2) o *Status* da Convenção de 90 (CHR Res. 2003/48), as quais não obtiveram consenso. Alguns países, como o Canadá, alegam que sua própria legislação migratória é muito melhor. Os EUA reafirmaram que não consideram a Convenção dos Migrantes como um sistema legal válido. O México propôs ainda uma resolução para a prevalência dos princípios e normas de direitos humanos diante das medidas dos Estados no combate ao terrorismo (*Draft Resolution* 2003/L.094), que pela resistência de países como os Estados Unidos igualmente não prosperou. Já uma resolução proposta pela Argélia, visando limitar a proteção dos refugiados a Estados que tomam "medidas apropriadas antes de conceder a condição de refugiados para assegurar que o solicitante não planejou, facilitou ou participou em atos terroristas ou que a condição de refugiado não seja aproveitada pelos perpetradores, organizadores ou colaboradores de atos terroristas" foi rapidamente aprovada e adotada.

A importância de uma vigilância permanente como a exercida pelo Conselho, bem como ações em colaboração com a sociedade civil são cada vez mais urgentes, diante do aumento das violações dos direitos humanos nesta era de tensões globais.

d. Os Comitês são órgãos de controle, criados expressamente pelas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que obrigam somente os Estados partes, os quais devem apresentar-lhes relatórios periódicos sobre o cumprimento das obrigações derivadas dos distintos instrumentos internacionais e sobre as medidas que adotam os Governos em nível nacional para cumprir as mesmas. Destacam-se o Comitê de Direitos Humanos, Comitê contra a Tortura, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comitê dos Direitos da Criança, Comitê contra a Discriminação Racial e Comitê sobre os Direitos Humanos dos

Trabalhadores Migrantes e seus Familiares. Como órgãos de cooperação e assistência, exercem três atividades principais: exame dos relatórios periódicos, exame de comunicações e produção de diretivas ou observações gerais.

e. O Comitê de proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares, foi instituído pelo Art. 72 da Convenção de 1990, para velar pela sua aplicação. É composto por 10 peritos independentes; número que será elevado para 14, após a quadragésima primeira ratificação do instrumento. Os Estados Partes comprometem-se a apresentar relatórios sobre os fluxos migratórios e sobre as medidas adotadas em cumprimento da Convenção, indicando as dificuldades que afetem a aplicação da mesma. Depois de examinar os relatórios, o Comitê transmite suas observações ao Estado Parte interessado. Além disso, qualquer Estado Parte nessa Convenção, que reconhecer a competência do Comitê para receber e apreciar comunicações de um Estado Parte, pode invocar o não cumprimento por outro Estado das obrigações decorrentes da Convenção.¹³⁴

1.1.2. Proteção em nível regional

Nos âmbitos regionais de proteção dos Direitos Humanos verifica-se, ao lado de um rol de direitos e deveres mais bem detalhados que os instrumentos multilaterais universais, um evidente aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de adimplência das suas normas, bem como a existência de órgãos judiciais capazes de emitir decisões com valor jurídico vinculante.

A. Sistema americano

O sistema de proteção dos direitos humanos em América é estabelecido no marco da Organização dos Estados Americanos (OEA), organização regional intergovernamental integrada pela maioria dos Estados americanos.

a. Documentos integrantes:

¹³⁴ Outras considerações sobre este Comitê são feitas adiante.

a.1. A Carta constitutiva da OEA, assinada em Bogotá em 1948, reafirma os direitos fundamentais da pessoa humana sem distinções de raça, nacionalidade, credo ou sexo, pautando-se pelos princípios da igualdade e não discriminação. A Carta também determina que cada Estado, no livre desenvolvimento de sua vida cultural, política e econômica, *respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal* (Arts. 3.1 e 17).

a.2. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem, firmada em Bogotá, em abril 1948.¹³⁵

a.3. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, denominada “Pacto de San José” e também fundada na defesa dos atributos da pessoa humana, independentemente de quaisquer fatores discriminatórios. Este instrumento reconhece que os direitos essenciais do homem não decorrem da nacionalidade, razão pela qual justifica uma proteção internacional de natureza convencional.¹³⁶

No Art. 1º, Os Estados americanos se comprometem a garantir o livre e pleno exercício de todos os direitos às pessoas sujeitas a sua jurisdição e declaram na mesma Convenção que para seus efeitos *“pessoa é todo ser humano”*. O parágrafo 1, ainda estabelece o compromisso dos Estados-Partes de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No que respeita ao princípio de igualdade e não discriminação o Art. 24 da Convenção determina a Igualdade perante a lei: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

A Assembléia Geral da OEA adotou um Protocolo Adicional à Convenção em

¹³⁵ Alguns meses antes da Declaração Universal.

¹³⁶ O sistema interamericano de Direitos Humanos articula-se no presente sobre a base da Convenção Americana. Entretanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência limitada sobre os Estados membros da OEA que não ratificaram o Pacto de San José, a esses aplicam-se a Carta da Organização e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“*Protocolo de San Salvador*”, de 1988).¹³⁷ E, em 1990, adotou outro Protocolo para a abolição da pena de morte, em Assunção.¹³⁸ Também têm sido adotadas outras Convenções regionais relativas aos direitos humanos que, junto com o Pacto de San José e seus Protocolos, constituem o *corpus iuris* regional sobre a matéria.¹³⁹

b. Órgãos de proteção

De acordo com o Art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os órgãos de Proteção do Sistema Interamericano são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, duas instituições encarregadas de velar pelo respeito aos compromissos contraídos.

b.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - (CIDH) está integrada por sete membros, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, eleitos pela Assembléia Geral da OEA e que representam a organização.

Examina denúncias de violação de direitos humanos, consagrados pela Convenção, por parte dos Estado-partes, constantes em comunicações encaminhadas por indivíduo, grupos de indivíduos, ou ONGs. Essa disponibilidade do direito de petição individual permite uma melhor efetividade ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, embora sujeita aos requisitos de admissibilidade de-prévio esgotamento dos recursos internos e inexistência de litispendência internacional.¹⁴⁰

¹³⁷ Adotado em 17/11/88, entrou em vigor em 16/11/99. São partes: Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.

¹³⁸ Adotado em 8/6/90, entrou em vigor em 28/8/91. São partes: Brasil, Costa Rica, Equador, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

¹³⁹ Tais como a Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura, de Cartagena de Índias, de 1985; a Convenção Interamericana sobre desapareição forçada de pessoas, adotada em Belém do Pará, em 1994; a Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher “Convenção de Belém do Pará”, adotada em 1994 e, a “Convenção Interamericana para a eliminação de toda forma de discriminação contra as pessoas com deficiência”, adotada na Cidade de Guatemala, em 1999.

¹⁴⁰ Ver. o regime jurídico da Comissão contido na Carta da OEA, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu Estatuto de 31 de outubro de 1979 e no seu Regulamento, cuja última versão é de 25 de outubro de 2002.

Formula recomendações aos governos em matéria de violações aos direitos humanos fundamentais e também pode realizar visitas ou observações in loco, no território de qualquer Estado membro da OEA, a fim de avaliar a situação geral dos direitos humanos.

Quando considerar que o Estado não cumpriu suas recomendações, está legitimada a submeter os casos contenciosos à Corte Interamericana, bem como a requerer da mesma opiniões consultivas, devendo comparecer a todos os casos da Corte, com “*una clara función de auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano*”.¹⁴¹ Tem numerosas funções de promoção, incluindo consultivas (Estatuto, Art. 18-e), dentro do objetivo geral de “estimular a consciência” e promover a observância e proteção dos direitos humanos nos povos da América.

A Comissão designa, desde 1997, a cada quatro anos, um Relator Especial sobre Trabalhadores Migrantes e seus familiares, dentre os sete comissionados, tendo sido apresentados sete relatórios até o momento.¹⁴² São funções do Relator promover a conscientização dos Estados sobre os direitos dos migrantes, apresentar recomendações específicas aos Estados membros da OEA, a fim de adotarem as medidas necessárias à proteção dos direitos dos migrantes; elaborar informes e estudos especializados sobre a situação dos trabalhadores migrantes e sobre temas de migração em geral; agir sem demora quando houver denúncias sobre violação dos direitos humanos dos migrantes por algum Estado membro da OEA.

b.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de não figurar na Carta da OEA, é o órgão jurisdicional do sistema interamericano e pode, portanto, exercer funções respeito a membros da OEA não partes na Convenção. Tem sede em San José de Costa Rica e está integrada por sete juízes, nacionais de Estados membros da OEA (Art. 52.1), eleitos pela Assembléia Geral.

Exerce sua competência em duas esferas: a contenciosa e a consultiva (Art. 64).

¹⁴¹ OIM, *Migraciones y Protección de los Derechos Humanos*. cit. p.50.

¹⁴² Ver. <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/cap.5.htm>

b.2.1. Competência Contenciosa

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito violado e pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. É competente apenas quando o Estado demandado tenha reconhecido sua jurisdição, caso em que compromete-se a aceitar, como obrigatória e de pleno direito, a decisão da Corte. Vinte e um países já formularam a declaração unilateral de reconhecimento, entre eles o Brasil.¹⁴³

Tem competência para conhecer os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção (Art. 62.3), mas também pode interpretar ou aplicar as outras Convenções sobre Direitos Humanos do sistema inter-americano. Embora, como condição para o exercício da jurisdição contenciosa, o caso deve corresponder à Convenção *ratione materiae*. Além disso, somente os Estados partes e a Comissão estão facultados a demandar perante a Corte, mas, após a Revisão das regras de Procedimento da Corte/2001, o atual Regulamento da Corte reconhece à vítima *locus standi* pleno e autônomo perante o órgão, para participar pessoalmente nas diferentes etapas do processo, ou seja, mesmo que os indivíduos e ONGS não tenham acesso direto, se a Comissão submete um caso à Corte, as vítimas, seus parentes ou representantes podem apresentar de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas (Art. 23.2).

Quanto ao *alcance da jurisdição contenciosa*, a Corte exerce plena jurisdição sobre todas as questões inerentes aos casos a ela submetidos, incluindo o cumprimento do procedimento perante a Comissão e a apreciação sobre o esgotamento dos recursos internos quando o caso foi admitido pela Comissão. As decisões da Corte têm força jurídica vinculante, ou seja, são definitivas e inapeláveis cabendo ao Estado seu imediato cumprimento (Convenção, Arts. 67 e 68.1). No aspecto patrimonial, as decisões têm a mesma força executiva das sentenças dos tribunais internos contra o Estado (*ibid.*, Art. 68.2) e em

¹⁴³ Os outros são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

geral têm sido cumpridas parcialmente. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

b.2.2. Competência consultiva

O Art. 64 da Convenção confere à Corte competência consultiva em termos mais amplos que outros tribunais internacionais, tanto no que respeita às entidades que podem solicitar consultas da Corte como na matéria cuja interpretação pode requerer-se.

A legitimação para solicitar uma opinião consultiva é de todos os Estados membros da OEA, mesmo não sendo partes na Convenção, bem como todos os órgãos permanentes da Organização (capítulo X da Carta), a propósito dos assuntos próprios de sua competência particular. A consulta pode referir-se à Convenção Americana ou a outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos (Art. 64 da Convenção).

A Corte também pode ser consultada sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e a Convenção ou outros tratados sobre direitos humanos, mas neste caso apenas pelos Estados membros da OEA (Art. 64.2 da Convenção),¹⁴⁴ efetuando assim o *controle da convencionalidade das leis*.

Quanto ao *alcance das opiniões consultivas*, a própria Corte tem afirmado que suas opiniões consultivas não têm o “efeito obrigatório reconhecido a suas sentenças em matéria contenciosa”, pois não foram concebidas para resolver litígio, mas para ajudar os Estados Americanos no cumprimento das obrigações internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos, e ao cumprimento das funções atribuídas os distintos órgãos da OEA nesse campo.¹⁴⁵

¹⁴⁴Conf. Corte I.D.H., *Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte*(Art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva – OC 1/82 de 24 de setembro de 1982. Serie A N° 1, par. 14.

¹⁴⁵Conf. Corte I.D.H. *Restrições à pena de morte...; La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Serie A N° 5, 67, , “Otros tratados”... ICJ Reports (1995).

Na prática, as opiniões da Corte podem gozar de grande autoridade e preencher uma importante função como meio de proteção dos direitos humanos. Enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitados a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. A Corte realiza assim interpretação dinâmica e evolutiva, considerando o contexto temporal, o que permite a expansão de direitos. Por meio dessa jurisdição, a Corte também tem colaborado para conferir uniformidade e consistência à interpretação de normas substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de DH, realizando importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos direitos humanos.

Efetivamente, através da competência consultiva a Corte prestou uma contribuição enorme ao tema dos direitos humanos dos migrantes, em decorrência de uma Opinião solicitada pelo México, precisamente sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. Trata-se da OC 18/03, emitida por unanimidade em 17 de Setembro de 2003, que consideramos a jurisprudência mais importante dessa Corte sobre o assunto, e, portanto, merecedora de análise mais pormenorizada, devido à riqueza de temas que foram abordados.¹⁴⁶

Em 10 de maio de 2002, o México, com fundamento no Art. 64.1 da Convenção Inter-Americana de Direitos Humanos, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de opinião consultiva sobre “a ausência do gozo e exercício de direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e igual e efetiva proteção da lei, consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos; assim como com a subordinação da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, diante da consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano”. Solicitou para isso a interpretação dos Arts. 3.1 e 17 da Carta da OEA; Art. II (Direito de igualdade perante a Lei) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Arts. 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos), Art. 2 (Dever de adotar disposições de Direito Interno), e Art. 24

¹⁴⁶Ver. Corte I.D.H. *Condición jurídica y derechos de los trabajadores indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie B Nº 18.

(Igualdade perante a Lei) da Convenção Americana; Arts.1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e os Arts.2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A consulta do Governo do México se fundamenta na incompatibilidade de interpretações, práticas e leis de alguns Estados da região com o Sistema de Direitos Humanos da OEA, que implicam na negação, entre outros, de direitos trabalhistas, com base em critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. O México alegou que isso poderia estimular os empregadores a utilizar tais leis e interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos trabalhistas (horas extras, licença maternidade, etc), abusando assim da condição de vulnerabilidade desses trabalhadores. E, que nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos.

Fazendo referência à vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes frente aos trabalhadores nacionais e às empresas contratantes, a Corte estabeleceu o princípio de não discriminação, como regra de *ius cogens e oponível erga omnes*; determinando a intangibilidade de certos direitos básicos dos trabalhadores, independentemente de seu *status* migratório, sob pena de gerar a responsabilidade internacional do Estado que provocar ou permitir a violação.¹⁴⁷

¹⁴⁷ A Corte opinou por unanimidade:

"1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Para isso devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental e suprimir as medidas e práticas que restrinjam ou vulnerem um direito fundamental.

2. Que o descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera responsabilidade internacional.

3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.

4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação forma parte do Direito Internacional geral, sendo aplicável a todos os Estados, independentemente que sejam parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação tem ingressado no domínio do *jus cogens*.

5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam a todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.

6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula aos Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.

Também pormenorizou alguns dos princípios que regem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes, cuja violação gera a responsabilidade internacional do Estado que a permitir:

– O trabalhador imigrante tem direitos trabalhistas, mesmo que não tenha documentação legal ou cidadania reconhecida pelo país de residência. Qualquer imigrante não documentado que estabeleça uma relação de trabalho deve ter obrigatoriamente os seus direitos preservados. Os direitos trabalhistas não dependem do estatuto de cidadania e têm que ser respeitados.

– Os trabalhadores migrantes indocumentados ou em situação irregular possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores, devendo o Estado tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática. Os trabalhadores, sendo titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los.

– O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em prejuízo destes nas relações

7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que se devem brindar a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma.

8. Que a qualidade migratória de una pessoa não pode constituir una justificação para privá-la do gozo e exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular o irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.

9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em prejuízo destes, nas relações trabalhistas que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual vulnere os padrões mínimos internacionais.

10. Que os trabalhadores, sendo titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercer-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado de emprego, e este deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática; e,

11. Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade diante da lei e a não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório”.

trabalhistas que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador).

– O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual vulnere os padrões mínimos internacionais. Esta obrigação estatal encontra seu fundamento na mesma normativa tutelar dos trabalhadores, que precisamente se fundamenta numa relação desigual entre ambas partes e que, portanto, protege ao trabalhador como a parte mais vulnerável.

– Os Estados devem velar pelo estrito cumprimento da normativa de caráter trabalhista que melhor proteja os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, origem social, étnico ou racial e de sua condição migratória e, portanto, têm a obrigação de tomar todas as medidas de ordem administrativa, legislativa ou judicial necessárias, para emendar situações discriminatórias *de jure e* para erradicar as práticas discriminatórias realizadas por determinado empregador ou grupo de empregadores, a nível local, regional, nacional ou internacional, em prejuízo de trabalhadores migrantes.

– O Estado é responsável também quando a atuação de terceiros (com sua tolerância, aquiescência ou negligência, ou respaldados por alguma diretriz ou política estatal), favoreça a criação ou manutenção de situações de discriminação.

– As relações trabalhistas entre os trabalhadores e terceiros empregadores migrantes podem gerar a responsabilidade internacional do Estado de diversas formas. Em primeiro lugar, os Estados têm a obrigação de velar para que dentro de seu território se reconheçam e apliquem todos os direitos trabalhistas que seu ordenamento jurídico estipula, direitos originados em instrumentos internacionais ou em normativa interna.

– Os Estados também são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudicam os trabalhadores migrantes, porque não lhes reconhecem os mesmos direitos que aos trabalhadores nacionais ou porque os discriminam.

– Os direitos trabalhistas são os reconhecidos pelo sistema jurídico nacional e internacional, aos trabalhadores. Salienta que diante do grande número de instrumentos

jurídicos que regulam os direitos trabalhistas a nível interno e internacional, a interpretação das normas deve realizar-se conforme ao princípio da aplicação da norma que melhor proteja á pessoa humana, neste caso, ao trabalhador.

– Mesmo que deva ser deportado, o trabalhador migrante indocumentado, tem sempre o direito a ser representado diante do órgão competente para que lhe seja reconhecido todo direito trabalhista que tenha adquirido em razão das leis nacionais.

Em oposição à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e a nossa legislação, o parecer determinou ainda que o trabalhador imigrante irregular num país, às vésperas de deportação, tem direito de acesso ao Poder Judiciário, não apenas a ser ouvido pela autoridade administrativa. Pois, como lembra o Juiz dessa Corte, Cançado Trindade, no seu voto: *"é um direito inerente ao ser humano, independente de seu estatuto migratório"*.

Ressaltou também que os Estados e os particulares não estão obrigados a oferecer trabalho aos migrantes indocumentados; pelo contrário, podem abster-se de estabelecer relação trabalhistas com eles. Mas, se os migrantes indocumentados são contratados para trabalhar, imediatamente convertem-se em titulares dos direitos trabalhistas que correspondem aos trabalhadores nacionais, sem a possibilidade de discriminação por sua situação irregular. Isto é importantíssimo, já que como dissemos um dos principais problemas no contexto das migrações é a contratação de migrantes irregulares em condições desfavoráveis.

Pode aduzir-se que se essas desvantagens não existissem, os trabalhadores migrantes indocumentados não encontrariam fontes de trabalho, mas a Corte se encarregou de esclarecer que nesta matéria estão implicadas questões de princípio, muitas delas imperativas e exigíveis *erga omnes*, que não podem ceder diante de considerações utilitárias que pospõem ou ignoram a dignidade inerente à pessoa humana.

Mesmo que essa decisão da Corte não constitua uma sentença em processo contencioso, trata-se, sem dúvida, de um significativo avanço para a proteção dos trabalhadores migrantes indocumentados, pois, as conclusões que o Tribunal extraiu da aplicação a esta matéria do Princípio de Não Discriminação como regra de *ius cogens*,

constituem decisão imperativa que não pode ser ignorada pelos Estados membros da OEA sem vulnerar radicalmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.¹⁴⁸

Ambas, a Corte e Comissão, têm adotado medidas inovadoras contribuindo para a proteção dos direitos humanos nas Américas, e ambos, indivíduos e ONGS podem encontrar um fértil espaço para avanços futuros.¹⁴⁹

Mencione-se também a Opinião Consultiva n. 16/99, de 1 de outubro de 1999, parecer emitido por solicitação do México, por via do qual a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. O México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.¹⁵⁰

Com a aceitação da jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana, por meio do Decreto Legislativo n. 89 de 03 de dezembro de 1998, o Brasil se insere de forma efetiva no Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos. Dessa forma, casos de violação de direitos humanos dos migrantes, bem como violações de direitos dos migrantes decorrentes da aplicação de legislação interna, incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, podem ser levados para o conhecimento dessa Corte e de outras cortes internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheça. Como adverte Richard BILDER, as cortes, que detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos no sentido de persuadir os Estados a cumprir suas obrigações, simbolizam e fortalecem a idéia de que o sistema internacional de direitos humanos é de fato um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Há mais para os Estados, do que simplesmente assinar e ratificar, e é isso o que a labor das Cortes Internacionais lhes pode demonstrar.¹⁵¹

B. Sistema europeu

¹⁴⁸ OIM, *Migraciones y Protección de los Derechos Humanos*, cit.p.114.

¹⁴⁹ Id. p.118.

¹⁵⁰ Ver. Corte IDH - OC n. 16/99, Direitos de informação sobre assistência consular como garantia do devido processo legal, Série A n. 16.

¹⁵¹ Ver. BILDER, Richard B. *An overview of international human rights law*. In: HANNUM, Hurst, Editor. *Guide to international human rights practice*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 16.

Breve menção também deve ser feita aqui ao Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, que inclui, entre outros, os seguintes Instrumentos: a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – CEDH (Roma 04/11/1950); a Carta Social Europeia (Turim, 18/10/1961) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

A missão do Tribunal é verificar o respeito dos princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Somente pode efetuar julgamentos contra os Estados que assinaram a Convenção. Qualquer Estado parte ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção pode dirigir diretamente ao Tribunal de Estrasburgo uma reclamação alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.

Por outro lado, o sistema de proteção europeu determina que é condição essencial para a filiação na União Europeia - UE o efetivo compromisso dos Estados com a proteção dos direitos humanos, por exposto mandamento do Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht, 1992), reafirmado pelo Tratado de Amsterdam de 1997, que consagra essa “cláusula democrática”.

Dentre os protocolos complementares do Tratado da UE, importantes neste tema, podem ser citados:

O Protocolo 11, que estendeu a competência da Corte e suprimiu a Comissão, aperfeiçoando o sistema normativo europeu a partir de 1994, com as posteriores modificações introduzidas pelo *Acordo Europeu Relativo a Pessoas que Participam nos Procedimentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, firmado em Estrasburgo, em 05 de maio de 1997.¹⁵²

O Protocolo 12, adotado em Roma em 04 de novembro de 2000, que enuncia no seu artigo primeiro uma proibição geral da discriminação ao dispor:

“o exercício de qualquer direito reconhecido pela lei será assegurado sem nenhuma discriminação fundada, em particular, em razão de gênero, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou de qualquer outro tipo, origem nacional ou

¹⁵² O texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e suas modificações estão disponíveis em: www.dhnet.org.br.

social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”.

E, ainda, o Protocolo 13, relativo à abolição da pena de morte em toda circunstância, que entrou em vigor em julho de 2003.

1.2. Instrumentos jurídicos internacionais de proteção específica dos direitos humanos dos migrantes – Sistema especial

A implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade. Por isso, ao contrário do sistema geral de proteção, que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o sistema especial de proteção dos direitos humanos é endereçado a uma categoria específica de pessoas, a um sujeito de direito concreto, historicamente situado, visto em sua especificidade e na concretude de suas diversas relações, como forma de reafirmar os direitos dos mais vulneráveis.

Conforme observa PIOVESAN, o processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, por isso a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão ou da discriminação. Determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. É o caso dos migrantes, cujo direito à diferença, como grupo minoritário que de fato constituem, lhes assegura tratamento especial. *Sob essa perspectiva, surge o desafio do respeito à diversidade diante das muitas manifestações de intolerância.*¹⁵³

1.2.1. Proteção em âmbito universal

A preocupação internacional com a proteção dos migrantes é uma questão que desponta a começos do século XX, com o objetivo de erradicar a escravidão e o tráfico de pessoas. O fundamento essencial consistia em procurar reprimir alguns aspectos das migrações forçadas até sua erradicação.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça Internacional*, cit. pp.27/28.

Mais tarde reconheceu-se a necessidade de proteção geral aos migrantes, partindo da idéia de que pela sua condição de fragilidade merecem proteção especial. Atualmente existe uma série de convenções multilaterais, como instrumentos elaborados no seio das Nações Unidas, aos que se somam determinados acordos bilaterais que regulam o fenômeno migratório. Os instrumentos internacionais elaborados procuram criar um marco jurídico especialmente dedicado à proteção dos migrantes e trabalhadores migrantes, conforme veremos a seguir.

A) Proteção dos migrantes em geral

a. A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial, foi adotada em 21 de dezembro de 1965 e entrou em vigor em 1969. Estabelece que não devem ser criadas distinções artificiais entre cidadãos e estrangeiros e expressamente protege os direitos e liberdades de todas as pessoas, sem diferenciação, que estejam sob a jurisdição dos Estados assinantes.

Em seu preâmbulo, reafirma o propósito das Nações Unidas de promoção do respeito universal dos direitos humanos, sem discriminação. Enfatiza ainda os princípios da Declaração Universal de 1948, em especial a concepção de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional. Acrescenta que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificativa para a discriminação racial, na teoria ou na prática, em lugar algum. Foi precedida pela Declaração da ONU sobre todas as formas de discriminação racial de 63, onde os Estados expressaram o compromisso de eliminar "*a discriminação racial no mundo, em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade de cada pessoa humana*", além da intenção de adotar "*medidas nacionais e internacionais para esse fim, incluindo o ensino, a educação e a informação*".

Inspirada nestes princípios, a Convenção de 65 tem por objetivos *eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e prevenir e combater doutrinas e práticas racistas*, crimes que frequentemente vitimizam os migrantes. No artigo

1º, define *discriminação racial* como uma *distinção, baseada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que sempre tem como efeito anular ou restringir o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.*¹⁵⁴

Os Estados-partes desta Convenção, ao condenar a discriminação racial, comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados, uma política de eliminação da discriminação racial e promoção da igualdade. Também se comprometem a garantir a todos, sem distinção de raça, cor ou origem nacional, e em igualdade de condições, o exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, muitos dos quais previstos no artigo 5º dessa Convenção.

É considerado o tratado mais completo sobre os direitos das minorias étnicas e raciais, descendo em detalhes sobre as maneiras de exigir dos Estados a prevenção contra a violência e discriminação racial, além de reforçar a disseminação da harmonia racial. A Convenção é monitorada pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), apto a receber denúncias individuais ou grupais sobre violações dos direitos estabelecidos pela Convenção e ao qual os Estados são obrigados a apresentarem relatórios periódicos sobre a implementação da mesma. Também estão obrigados a efetivarem as medidas preventivas e educacionais, contidas na Convenção, ainda que não acreditem possuir problemas relativos ao racismo em seus países.

b. Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Residem – aprovada pela Resolução 40/144 da AGNU, em 13 de dezembro de 1985, reconhece os Direitos Humanos e Garantias Fundamentais dos migrantes e constitui a primeira iniciativa da Assembléia Geral da ONU para uma regulação específica das migrações. O texto da Declaração é breve e fundamenta-se na máxima da proteção do ser humano de forma geral e na concessão de um patamar mínimo de direitos aos migrantes por todos os membros.

Destaca-se o Art. 5º, que pode servir de base para qualquer política migratória

¹⁵⁴ Ver. PIOVESAN, Flávia et al. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em www.dhnet.org.br, acesso em 22 de agosto de 2008.

nacional, regional ou internacional, prevendo um elenco dos direitos fundamentais dos estrangeiros, a serem garantidos pelas legislações nacionais.¹⁵⁵

A Declaração ressalva que a despeito de restrições que possa prescrever a lei nacional (necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas e compatíveis com os demais direitos reconhecidos) os estrangeiros sempre gozarão dos direitos a *sair do país, liberdade de expressão, reunião pacífica e de propriedade*.

Também consagra, no artigo oitavo, muitos dos direitos previstos nas Convênios da Organização Internacional do Trabalho - OIT, tais como: vínculo legal, condições de trabalho saudáveis, igualdade de trabalho, igualdade salarial, não discriminação das mulheres, bem como o direito à participação nos sindicatos e o acesso aos serviços de saúde, seguridade social, descanso, etc.

B) Proteção dos trabalhadores migrantes

Atualmente, não há continente ou região no mundo que não tenha o seu contingente de trabalhadores migrantes. Contudo, o trabalhador migrante não é um produto do século XX, desde que foi criado o sistema do trabalho remunerado, as pessoas buscam ocupação em outros países. A diferença é que hoje o número de trabalhadores migrantes é

¹⁵⁵ Art. 5º.:

“Os estrangeiros gozarão, conforme a legislação nacional e sujeitando-se às obrigações internacionais pertinentes do Estado no qual se encontrem, em particular, dos seguintes direitos:

a) o direito à vida e a segurança da pessoa; nenhum estrangeiro poderá ser arbitrariamente detido nem preso; nenhum estrangeiro será privado de sua liberdade, salvo pelas causas estabelecidas pela lei e conforme ao procedimento estabelecido nesta;

b) o direito à proteção contra as ingerências arbitrárias ou ilegais na intimidade, família, lar ou a correspondência;

c) o direito de igualdade diante dos tribunais e todos os demais órgãos e autoridades encarregados da administração da justiça e, em caso necessário, a assistência gratuita de um intérprete nas causas penais e quando o dispuser a lei, em outras ações;

d) o direito a eleger cônjuge, a casar-se, a fundar uma família;

e) o direito à liberdade de pensamento, de opinião, de consciência e de religião; o direito a manifestar a religião própria ou as crenças próprias, com sujeição unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança pública, a ordem pública, a saúde ou a moral pública, os direitos fundamentais dos demais;

f) o direito a conservar seu próprio idioma, cultura e tradições; e,

g) o direito a transferir ao estrangeiro seus lucros, poupanças ou outros bens monetários pessoais, com sujeição às regulamentações monetárias nacionais”.

muito superior ao verificado em qualquer outro período da história da humanidade: milhões de pessoas que ganham a vida – ou procuram um emprego remunerado – chegaram na qualidade de estrangeiros aos países onde residem.

A pobreza e a impossibilidade de ganhar ou produzir o suficiente para garantir a própria subsistência e a da família, na terra de origem, são as principais razões da migração de trabalhadores. Estes fatores não são específicos da migração dos países pobres para os países ricos; a pobreza também está na origem dos movimentos migratórios de países em desenvolvimento para aqueles onde as perspectivas de trabalho parecem melhores - pelo menos, à distância.

A simples condição de estrangeiro basta para que o trabalhador migrante seja objeto de suspeita, discriminação ou de hostilidade nas comunidades onde vive e trabalha. Na maioria dos casos, são economicamente desfavorecidos e sentem as mesmas dificuldades que os grupos sociais nacionais marginalizados, acrescidas de outras relativas às diferenças culturais, que dificultam sua adaptação.

A discriminação contra os trabalhadores migrantes na área do emprego assume diversas formas, como por exemplo, exclusão ou seletividade segundo o tipo de emprego que podem ocupar e dificuldades de acesso à formação profissional. Além disso, os contratos costumam privar os imigrantes de certas vantagens trabalhistas e modificar os critérios no que se refere à segurança do emprego.

Embora os trabalhadores migrantes contribuam para a seguridade social, nem eles, nem as suas famílias, gozam dos mesmos benefícios e do mesmo acesso aos serviços sociais que os nacionais do país de acolhimento. Não raro deixam suas famílias nos lugares de origem, levando uma existência solitária que prejudica seu bem-estar.

A integração dos trabalhadores migrantes e das suas famílias no ambiente social dos Estados de acolhimento é outro problema que tem sido objeto de debate no plano internacional. Os filhos dos migrantes fazem jus a uma educação diferenciada que lhes permita integrarem-se no lugar de acolhida sem perda de sua identidade cultural. Em alguns

Estados, a resistência que opõem os nacionais, por receio de que o nível geral do ensino piore com a admissão dos filhos dos imigrantes, tornou-se um problema delicado.

Destituído de estatuto jurídico e social, o trabalhador migrante *ilegal* é um alvo natural de exploração. Fica à mercê do seu empregador e pode ver-se obrigado a aceitar todo tipo de trabalho, sem vínculo formal.¹⁵⁶ No pior dos casos, sua situação assemelha-se à escravidão. Raras vezes procura justiça, com medo de ser descoberto e deportado e, em muitos Estados não tem direito a recorrer das decisões administrativas que o afetam. Sob o Direito Internacional dos Direitos Humanos, os trabalhadores migrantes e seus familiares estão protegidos por um lado pelos instrumentos gerais de direito humanos e por outro lado por instrumentos específicos, que visam à eliminação da discriminação e oferecem proteção a seus direitos, principalmente a cargo das Convenções da OIT e da Convenção Internacional da ONU de 1990.

Para Jan NIESEN, justifica-se o reconhecimento e proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, em convenções específicas, além da proteção implícita nos instrumentos gerais de direitos humanos, pelos seguintes motivos: os trabalhadores migrantes representam um grupo crescente de pessoas no mundo, cuja posição jurídica e social é vulnerável; os tratados gerais nem sempre previnem e as vezes permitem que sob a lei e prática nacional alguns direitos não sejam totalmente garantidos aos estrangeiros ou aos trabalhadores migrantes; as convenções sobre direitos dos trabalhadores migrantes têm por base os tratados de direitos humanos, ou seja, visam a aplicação dos princípios gerais à situação dos trabalhadores migrantes, particularmente, promovendo a igualdade de tratamento dos trabalhadores migrantes na esfera social e econômica; e, além disso, os trabalhadores migrantes têm problemas específicos não mencionados nos tratados gerais.¹⁵⁷

a. A labor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem se ocupado prioritariamente do tema, desenvolvendo esforços para garantir e manter um tratamento justo aos trabalhadores migrantes e suas famílias, diante da frequente violação de direitos de

¹⁵⁶ Não é à toa que observadores de direitos humanos na Ásia qualificam o trabalho do migrante por três d: “*dirty, dangerous and difficult*” (sujo, perigoso e difícil, tradução do inglês).

¹⁵⁷ NIESEN, Jan – *Migrant Workers In: Economic, Social and Cultural Rights. A textbook.* (Asbjorn EIDE et alli.orgs). Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers 1995, pp. 323/340.

importância fundamental (proibição do trabalho forçado ou obrigatório, proibição e abolição do trabalho infantil, etc). Desde sua primeira reunião, em 1919, quando adotou uma Recomendação sobre Desemprego e Reciprocidade de Tratamento, tem como objetivo lograr a igualdade de tratamento e oportunidades para os trabalhadores migrantes, condições de trabalho saudáveis, igual trabalho e salário, não discriminação, saúde, seguridade social, reunião do trabalhador migrante com sua família, educação e acesso à justiça.

A ação da OIT em favor de uma maior justiça para os trabalhadores migrantes revela-se de duas formas. Em primeiro lugar, suas convenções e recomendações estabelecem o modelo a seguir pelas legislações nacionais e os procedimentos judiciais e administrativos, no que se refere ao emprego de migrantes. Em segundo lugar, a OIT contribui para garantir os direitos humanos dos trabalhadores migrantes através dos seus projetos de cooperação técnica.

Segundo MELLO, *o controle de aplicação das Convenções da OIT é considerado o mais avançado das organizações especializadas do sistema das Nações Unidas e curiosamente não foi copiado por estas*”.¹⁵⁸

As duas principais Convenções da OIT neste tema são:

A Convenção (Revisada) n.º 97, sobre Migração e Emprego, de 1949, que obriga os Estados ratificantes a conceder aos trabalhadores migrantes, que se encontrem legalmente no seu território, sem discriminação alguma com base na nacionalidade, raça, religião ou sexo, tratamento idêntico ao outorgado aos seus nacionais, em matéria de legislação trabalhista. Também contém um conjunto de disposições destinadas a prestar assistência aos trabalhadores migrantes. Solicita-se aos Estados ratificantes a adoção de medidas contra a publicidade enganosa e que facilitem a partida, viagem e acolhimento dos trabalhadores migrantes; e,

A Convenção n.º 143 sobre Migrações em Condições Abusivas e Tratamento dos

¹⁵⁸ MELLO, Celso de Albuquerque. *A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Renovar, RJ/SP, 2003, pp.229/30.

Trabalhadores Migrantes, do ano de 1975, obriga aos países membros a combater sistematicamente o emprego ilegal de migrantes, a suprimir as migrações clandestinas com fins de emprego ilegal de migrantes, bem como a reprimir os organizadores e empregadores de movimentos clandestinos de migrantes. Reflete uma maior preocupação pelo respeito dos direitos humanos dos migrantes, tratando na Parte I das migrações em condições abusivas e na Parte II da igualdade de oportunidades e de tratamento. Os Estados podem adotar o Instrumento na sua totalidade ou aderir somente a uma das partes.¹⁵⁹

A OIT ainda adotou a Resolução 167, em 1984, sobre Migrações Internacionais e Emprego, recomendando no capítulo X duas políticas fundamentais: mais e melhores condições de trabalho e a promoção do pleno emprego livremente eleito pelos migrantes. A OIT não logrou contudo adotar nenhuma Convenção específica sobre os direitos dos trabalhadores indocumentados, pela falta de consenso entre os Estados partes sobre o tema.

As normas e práticas estatais devem implementar a política de tratamento igualitário prevista nos instrumentos da OIT, a qual permite levar em consideração as necessidades especiais dos migrantes até sua adaptação na sociedade que os recebe, ou seja, esta política de igualdade de direitos permite ações afirmativas.¹⁶⁰

b. O Instrumento Andino de Migrações Laborais integrante do "*Convênio de Integração sócio-laboral Simón Rodríguez*" do Acordo de Cartagena (Pacto de Integração dos países andinos), reflete a relevância que o tema da situação de irregularidade de milhares de trabalhadores migrantes adquiriu nas últimas décadas. Expressamente garante os direitos fundamentais dos indocumentados: "*Em nenhum caso a situação de indocumentação nem a repatriação de uma pessoa menoscará seus direitos trabalhistas*", o que é fundamental para atacar o problema da indocumentação nas migrações latino-americanas.

¹⁵⁹ Outros instrumentos adotados pela OIT são: o *Convênio n. 21 sobre a Inspeção dos Migrantes*; de 1926; o *Primeiro Convênio Integral sobre Trabalhadores Migrantes*, n. 66, de 1939, revisado pelo *Convênio n.143 sobre Disposições Complementares para Trabalhadores Migrantes*; a *Recomendação sobre Trabalhadores Migrantes*, n. 86, de 1949; a *Recomendação sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes nos Países e Territórios Insuficientemente Desenvolvidos*, n. 100, de 1955; a *Recomendação sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores Migrantes*, n. 151, de 1975; e, a *Recomendação n. 179*, de 1984, de grande importância por conter um capítulo fundamental em matéria de migrações e emprego.

¹⁶⁰ NIESSEN. cit. p. 332.

c. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias ¹⁶¹

Foi aprovada pela Assembléia da ONU em 18 de dezembro de 1990, através da Resolução 45/158. É considerado o instrumento mais relevante até a data, por isso o conhecimento de suas disposições normativas é imprescindível à proteção dos direitos dos migrantes.

Antecedendo a adoção da Convenção, algumas iniciativas importantes em torno dos problemas dos trabalhadores migrantes vinham sendo tomadas desde inícios da década de 70, mas foi a primeira Conferência Mundial sobre Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, realizada em Genebra em 1978, que recomendou a elaboração de uma Convenção Internacional sobre o tema. No mesmo ano, a Assembléia Geral da ONU formulou idêntica recomendação, objetivando a adoção de "medidas destinadas a melhorar a situação dos trabalhadores migrantes e a garantir o respeito dos direitos humanos e a dignidade de todos os trabalhadores migrantes".¹⁶²

No seu Relatório de 1979, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU, concluindo que os direitos dos estrangeiros não estavam ainda universalmente protegidos e que a aplicação das normas internacionais de direitos humanos aos migrantes era insuficiente, sugeriu à comunidade internacional a adoção de um projeto de Declaração sobre os "Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem".

Em 1980, foi criado um grupo de trabalho, aberto à participação de todos os Estados membros da ONU, encarregado de elaborar uma Convenção, com a contribuição de órgãos e organizações internacionais interessados (Comissão de Direitos Humanos-CDH, Comissão para o Desenvolvimento Social-CDS, Organização Internacional do Trabalho-OIT, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura-UNESCO e Organização Mundial da Saúde-OMS).

¹⁶¹ Esta seção tem como base o *Documento Informativo n. 24 da Campanha Mundial pro Direitos Humanos da ONU*, Disponível em: <http://www.derechos.org>.

¹⁶² Resolução 33/163.

O Grupo de Trabalho, reuniu-se em sessões anuais sucessivas da Assembléia Geral da ONU e concluiu, em 1990, a redação da Convenção, adotada quase no final desse mesmo ano. O texto ficou aberto à assinatura de todos os Estados membros das Nações Unidas, facultada a posterior ratificação. Os Estados também poderiam aderir, assinando e ratificando num só ato a Convenção, que entraria em vigor após a ratificação ou adesão do vigésimo Estado.¹⁶³

Cinco anos após a sua adoção, em Novembro de 1995, apenas seis Estados tinham ratificado a Convenção (Colômbia, Egito, Filipinas, Marrocos, Seychelles e Uganda), e quatro (Chile, México e Mônaco) a tinham assinado. Por isso, em 1998, foi lançada a Campanha Global para entrada em vigor da Convenção, que somente ocorreu em julho de 2003, data que marcou a sua aplicabilidade nos Estados membros.

A Convenção foi ratificada maioritariamente por países doadores de mão de obra, conforme lista dos Estados-partes: Azerbaidjão, Belize, Bolívia, Bósnia-Herzegovina, Cabo Verde, Colômbia, Equador, Egito, El Salvador, Filipinas, Gana, Guatemala, Guiné, Marrocos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tajiquistão, Uganda, Uruguai e Mali.¹⁶⁴ Observa-se, inclusive, que os Estados que já a assinaram e ainda não a ratificaram pertencem à mesma esfera, o que para a OIM “*augura oscuros presagios respecto a la efectividad práctica de la Convención*”.¹⁶⁵

Entretanto, até o presente momento, apesar de promessas governamentais nesse sentido, o Brasil não assinou o Tratado, sendo o único país do Mercosul a não fazê-lo¹⁶⁶.

A Convenção tem sido caracterizada como um dos sete instrumentos fundamentais de direitos humanos, que definem direitos básicos e universais assegurando sua explícita

¹⁶³No momento em que um Estado ratifica ou adere à Convenção, torna-se Estado Parte e as disposições da mesma são obrigatórias.

¹⁶⁴ Bangladesh, Chile, Guiné-Bissau, Paraguai, São Tomé e Príncipe e Turquia já assinaram a Convenção, o primeiro passo para a ratificação. Outros estão em processo de adoção: Argélia e Indonésia.

¹⁶⁵ OIM, *Migraciones y Protección de los Derechos Humanos*, cit. p.101.

¹⁶⁶ A adoção está prevista como ação governamental de curto prazo nos *Programas Nacionais de Direitos Humanos*: O PNDH I, instituído pelo Dec. N. 1904 de 13 de maio de 1996, o PNDH II, instituído pelo Dec. 4.229 de 13 de maio de 2002, item 473 e o atual PNDH de 2008, que está disponível em: www.mj.gov.br/sedh.

extensão aos grupos vulneráveis da sociedade.¹⁶⁷

Considerando-se que, segundo a OIT, do número total de migrantes, a maioria deles é constituída por trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, e que do universo de migrantes no mundo, três quartos são de pessoas dependentes, na prática, os princípios da Convenção estabelecem as bases dos direitos humanos de todos os migrantes.

Adotando um mínimo de normas de proteção para os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, em tese universalmente aceitas, a Convenção serve como instrumento base para harmonização da legislação dos Estados com os princípios internacionais reconhecidos. Embora proteja especificamente os trabalhadores migrantes e suas famílias, a implementação de suas disposições fornece uma significativa proteção aos direitos básicos de todos os migrantes em situações vulneráveis, principalmente aqueles que se encontram em situação irregular.

Para PIZARRO, somente no caso da Convenção as normas vão além da referência exclusiva aos trabalhadores migrantes, ao incluir os membros de suas famílias. Nos outros instrumentos internacionais disponíveis para a defesa dos direitos humanos dos migrantes observa-se a ausência de uma figura inclusiva das categorias de migrantes.¹⁶⁸

Patrick TARAN menciona sete razões que enfatizam a importância da Convenção:

“1. Os trabalhadores migrantes são considerados mais do que operários ou entidades econômicas. São entidades sociais com famílias e por isso têm direitos, incluindo o de reunião familiar.

2. A Convenção reconhece que os migrantes trabalhadores e os membros de suas famílias, como não-nacionais que residem nos Estados de emprego ou em trânsito, são desprotegidos. Seus direitos muitas vezes não são garantidos na legislação nacional dos Estados de destino ou nem pelos seus próprios Estados de origem.

3. Fornece, pela primeira vez, uma definição internacional de trabalhador migrante, categorias de trabalhadores migrantes e membros de suas famílias. Também estabelece normas internacionais de tratamento através da elaboração

¹⁶⁷ Os outros seis são: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção para Eliminação do Racismo e Discriminação Racial (CERD), a Convenção contra a Tortura (CAT), a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (CRC). Todas essas Convenções Internacionais estão disponíveis em <http://www.dhnet.org.Br>.

¹⁶⁸ PIZARRO, *Estado de las migraciones en el mundo*, cit.

dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias.

4. Os direitos humanos fundamentais são reconhecidos a todos os trabalhadores migrantes, documentados ou indocumentados, com o reconhecimento de direitos adicionais para os migrantes documentados e suas famílias, principalmente igualdade de tratamento com os nacionais dos Estados de emprego no conjunto de áreas jurídica, política, econômica, social e cultural.

5. A Convenção procura desempenhar um papel na prevenção e eliminação da exploração de todos os migrantes, inclusive acabar com os movimentos clandestinos e situações de indocumentação ou irregularidade.

6. Procura estabelecer um mínimo de normas de proteção para os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias universalmente aceitas. Serve como instrumento para encorajar aqueles Estados que não têm normas nacionais para harmonizar sua legislação com os princípios internacionais reconhecidos.

7. Enquanto a Convenção especificamente reconhece os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, a implementação de suas disposições forneceria uma medida significativa de proteção para os direitos básicos de todos os migrantes em situações vulneráveis, notadamente aqueles que se encontram em situação irregular”.

Registra ainda o referido autor:

*“La Convención protege los derechos de los trabajadores migratorios y enfatiza la conexión que existe entre este desplazamiento territorial y los derechos humanos: un tema que para la mesa sobre migración es “un asunto político crucial y de interés mundial. La Convención no crea nuevos derechos. Recuerda que los inmigrantes son ante todo seres humanos y como tales tienen los mismos derechos y libertades que gozaban en sus países de origen (...) Regulares o irregulares, todos los inmigrantes tienen derecho a un grado mínimo de protección”.*¹⁶⁹

À semelhança dos outros acordos internacionais relativos aos direitos humanos, a Convenção estabelece normas que servem de modelo à legislação e aos procedimentos judiciais e administrativos dos diferentes Estados. Os governos dos Estados que a ratificam ou a ela aderem, comprometem-se a aplicar as suas disposições, adotando as medidas necessárias para esse efeito. Também se obrigam a garantir o acesso às vias de recurso judicial aos trabalhadores migrantes cujos direitos tenham sido violados.

A Convenção divide-se em nove partes e contem noventa e três disposições abrangendo os diferentes problemas que envolvem os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias, e descrevem as medidas que devem adotar-se para promover e defender os

¹⁶⁹ TARAN, op. cit. p.15.

direitos que definem. Fundamenta-se nos Princípios de Não-Discriminação e Igualdade de Direitos e seu principal objetivo é que todos os trabalhadores migrantes possam gozar dos seus direitos humanos fundamentais, independentemente da sua situação jurídica.

Estabelece de forma expressa direitos humanos já consagrados em instrumentos internacionais de proteção geral, mas relaciona-os diretamente com a situação dos trabalhadores migrantes, por via de um verdadeiro rol de direitos, normalmente garantidos aos nacionais (Arts. 8/35), dentre os quais podem ser mencionados: liberdade de saída de qualquer Estado e o direito a regressar ao seu Estado de origem; direito à vida e à proteção legal desse direito; proibição da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; proibição da escravatura ou servidão, de trabalho forçado ou obrigatório; direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; direito à liberdade de expressão; direito à vida privada; direito de propriedade; direito à liberdade e à segurança da sua pessoa; direito ao devido processo legal e às garantias processuais e mesmos direitos que os cidadãos nacionais do Estado no caso de detenção ou prisão e perante os tribunais; direitos específicos decorrentes de sua condição de migrante; iguais direitos que os nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição e outras condições de trabalho, direito de receber os cuidados médicos urgentes que sejam necessários para preservar a sua vida ou evitar danos irreparáveis à sua saúde, em pé de igualdade com os nacionais do Estado; direito fundamental de acesso à educação em condições de igualdade de tratamento com os nacionais do Estado para os filhos dos trabalhadores migrantes; garantia ao respeito da identidade cultural dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, etc.

A Convenção salienta, além do respeito integral aos direitos humanos, a aplicação da normativa a todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e seus familiares. Além disso, obriga os Estados a adotarem uma política que garanta a igualdade de tratamento em matéria de emprego e profissão, de seguridade social, de direitos sindicais e de direitos culturais, inspirando mudanças na legislação migratória dos Estados, com seus conceitos muitas vezes mais avançados do que as normas internas.

Também impõe aos Estados a adoção de todas as medidas necessárias para garantir a não privação de direitos aos trabalhadores migrantes em razão de irregularidade

migratória ou empregatícia bem como a não exoneração dos empregadores do cumprimento de obrigações legais ou contratuais, nem a limitação das suas obrigações por força de tal irregularidade.¹⁷⁰

Trata também do direito de preparação do migrante para a migração, abrangendo uma ampla informação. Aspecto muito importante para ajudar na redução dos casos de exploração e tráfico ilícito de mão-de-obra.

Finalmente, a Convenção estabelece que os migrantes não podem ser objeto de medidas de expulsão coletiva, devendo cada caso de expulsão ser examinado e decidido individualmente. Ressalva também que a expulsão do Estado em que o migrante encontra-se empregado não prejudica os direitos adquiridos, em conformidade com a lei desse Estado, assegurando ao trabalhador migrante ou membro da sua família, o direito de receber os salários e outras prestações que lhe sejam devidos.

A demora na ratificação, a despeito das adesões dos últimos anos decorrentes da Campanha, demonstra o desinteresse explícito e a generalizada resistência ao reconhecimento da aplicação dos direitos humanos aos migrantes, principalmente aos indocumentados.

O pouco progresso na implementação das normas também tem ocorrido nos últimos anos com as Convenções da OIT sobre direitos dos trabalhadores migrantes. Observa-se um baixo número de ratificações para a Convenção n. 97 (Revisada) sobre Migração e Emprego de 1949 e para a Convenção n. 143, sobre Trabalhadores Migrantes (Disposições Suplementares), de 1975.¹⁷¹

Muitos governos não planejam ratificar nenhuma Convenção, alegando diversas razões, tais como inadequação das mesmas para a realidade atual das migrações, existência de pequeno número de trabalhadores migrantes no país ou problemas internos, como instabilidade econômica, altas taxas de desemprego, falta da necessária infraestrutura e de recursos para aplicar a Convenção, complexidade da legislação migratória do país e relutância

¹⁷⁰ Muitas legislações (normas jurídicas e administrativas) obrigam os trabalhadores migrantes a permanecer em determinadas ocupações e regiões (a exemplo da Lei brasileira), e estabelecem a desigualdade de salário e de categoria profissional para trabalho idêntico.

¹⁷¹ Ver no site da OIT. Cit..

para a internacionalização da política migratória.

Governos europeus, incluindo os do Leste, desestimularam a ratificação da Convenção por considerá-la inviável como norma internacional, muito ambiciosa e detalhada. Também foi tida como irrelevante, porque os Estados de destino não mostravam vontade em adotá-la. Na Assembleia Geral da ONU, em Dezembro de 2000, a delegação americana sugeriu que a falta do progresso tornava injustificado qualquer investimento da ONU para promovê-la.¹⁷²

A verdade é que a Convenção de 1990 teve o azar de ser adotada num período de instabilidade econômica, social e política, em nível mundial, num ambiente de desemprego crescente, e portanto, hostil aos trabalhadores estrangeiros, que só tende a piorar. Tais circunstâncias dificultaram a adoção dos princípios e a promoção do tratamento igualitário, inclusive pelo próprio desconhecimento da Convenção, encarada como estímulo para atrair mais trabalhadores migrantes e até mais “ilegais”. Dispositivos da mesma são considerados obstáculos substantivos à ratificação, em particular as normas que garantem expressamente direitos aos migrantes irregulares, apesar de que a sua aplicação teria por efeito combater a migração irregular.

Isso é um claro reflexo de que no momento, pelo menos, está faltando a meta política requerida para proteger os trabalhadores migrantes e suas famílias.¹⁷³ Isto é, o principal obstáculo para ratificar a Convenção parece ser a falta de um desejo político dos Estados de estender a todos os migrantes a proteção dos direitos humanos básicos.

Apesar de que desde a abertura da Campanha o número de Estados-Partes dobrou e quadruplicou o número de assinantes, alcançando um total de 25 membros e 10 signatários em meados do ano 2004, não se pode esquecer o fato de que todos são Estados nos quais o fenômeno da emigração ao exterior deve-se fundamentalmente a razões sócio-econômicas.

A Convenção, de qualquer modo, compõe o Direito Internacional do Direitos

¹⁷² Id.

¹⁷³ CHOLEWINSKI, Ryszard. *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1997. ps. 201-204.

Humanos. É obrigatória para os Estados Partes e, em que pese os problemas apontados, exerce forte influência sobre os Estados não Partes, que podem incorporar suas normas na própria legislação migratória. Além disso, seu mecanismo de supervisão pode se fortalecer na medida em que mais Estados ratifiquem a convenção e aceitem o procedimento de denúncias facultativo.

Assim como as Convenções da OIT, a Convenção/90 deve ser recepcionada no marco do direito interno de cada país e fundamentalmente incorporada nas práticas nacionais, pois: *é essencial criar condições que favoreçam a harmonia e a tolerância entre os trabalhadores migrantes e o resto da sociedade do Estado de acolhimento* (Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993).

C) A Proteção dos Refugiados

*Sai da Romênia porque os romenos não gostam dos ciganos.
A polícia de lá tampouco gosta....
Quando percebem que somos ciganos nos expulsam dos lugares.
Fui perseguido pela polícia, e como fiquei desempregado,
por ser cigano, me colocaram na cadeia por três meses.
À noite a polícia me espancava...
... se não tivesse ocorrido tudo isso, não teria saído.
Hoje prefiro morrer na rua do que voltar para lá.....*
Ion Dragusin - Refúgio indeferido em 18/10/2000 pelo CONARE

Neste capítulo cabe ainda mencionar os instrumentos de proteção específica dos Refugiados. O assunto será tratado principalmente desde um enfoque que prioriza a necessidade de se lograr maior eficácia na proteção dos migrantes em geral.

Como já observado, no plano internacional existe efetivamente um sistema de proteção ao refugiado, que não encontra similar no caso dos outros migrantes. Eles são reconhecidos como especialmente vulneráveis, merecedores de uma proteção específica reconhecida pelo Direito Internacional e de responsabilidade da Comunidade Internacional, através de organismos especializados e normas internacionais e nacionais específicas. Pressupostos jurídicos precisos, tanto no plano internacional quanto no ordenamento jurídico interno dos Estados, geram a exigibilidade de acolhida aos refugiados, direito resguardado desde a antiguidade.

O **Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados**, ACNUR foi criado em dezembro de 1950, pela Resolução n. 428 da Assembleia Geral da ONU, para a tarefa fundamental de conceder proteção internacional aos refugiados conforme as disposições da **Convenção Internacional da ONU relativa à Proteção dos Refugiados**, de 1951, que define o Refugiado da forma que já mencionamos.¹⁷⁴ Em 1984, a **Declaração de Cartagena** (Colômbia), partindo da reflexão sobre a natureza dos fatores de insegurança humana, brinda um novo conceito de refugiado, abrangendo a violência generalizada, a invasão estrangeira e os conflitos internos como razões de refúgio.

O refúgio evoluiu do costume à norma internacional para ser considerado como um direito da pessoa perseguida, que o Estado reconhece para conceder-lhe proteção. O problema, como vimos, é que além dos refugiados da definição textual, outras pessoas em situação semelhante de necessidade merecem proteção internacional, mas são excluídas dela. Considerando o contexto econômico, social e político do país donde procedem certos migrantes sócio-econômicos, ambas as categorias de migrantes confundem-se e ambas necessitam de proteção internacional.

Diante dos massivos movimentos populacionais forçados por causas não abrangidas na conceituação, como as ecológicas; diante do número cada vez maior dos “refugiados da fome ou da miséria”, dos “refugiados ambientais” e dos deslocados internos, o conceito de Refugiado parece cada dia mais limitado, colocando o próprio Sistema Internacional de Proteção dos Refugiados em crise.

Como consequência, O ACNUR tem mudado sua estratégia de determinação da vítima, passando de um critério subjetivo de qualificação de indivíduos a um critério objetivo de importância crescente, baseado principalmente na necessidade de proteção, que a Comunidade Internacional deve assentir, sem estabelecer diferenças quanto às causas que provocam o estado de desproteção.¹⁷⁵ As pessoas que escapam da violência nem sempre conseguem sair do seu país, por isso a ONU tem reconsiderado sua posição e assiste a

¹⁷⁴ “Toda pessoa que devido a fundados receios de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opiniões políticas e encontrando-se fora do país de sua nacionalidade ou residência e não podendo, ou a causa de tais receios, não queira acolher-se à proteção de tal país”.

¹⁷⁵Dados do ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/index.php>, Acesso em 20/04/2008.

refugiados em seus próprios países, deslocados internamente, como efeito de uma violência generalizada. A quantidade de refugiados no sentido literal da palavra tende a diminuir, aumentando o número de *personas sob atención internacional em situación similar ao do refúgio*.¹⁷⁶ Pode verificar-se a preocupação do órgão com as chamadas migrações mistas (migrações forçadas, envolvendo refugiados e outros migrantes), no *Diálogo do ACNUR sobre os Retos da Proteção*, documento de 2007, onde apesar de patente a maior preocupação com a efetiva proteção dos refugiados genuínos no sentido tradicional do termo, mostra-se o órgão atento às necessidades de proteção dos direitos de outros migrantes forçados, especialmente daqueles cujos pedidos de refúgio são negados e terminam sendo devolvidos aos países de origem, onde podem correr sérios riscos. Contudo o ACNUR não assume a responsabilidade específica por eles, nem propõe a ampliação do conceito de refugiado, mas insta a buscar uma solução em conjunto com outros atores da Comunidade Internacional.¹⁷⁷

Mas, enquanto o ACNUR esforça-se em abranger novas categorias de refugiados na proteção dispensada pelo sistema internacional, os governos andam na direção contrária. A assistência para os solicitantes de refúgio nem sempre é satisfatória, dificultando-se o acesso ao benefício. É preocupante, também, o fato de que na maioria das vezes não é oferecido nenhum tipo de proteção àqueles cujo pedido é denegado, restando milhares como irregulares.

Como diz Guilherme da CUNHA, é uma crise universal, mas principalmente causada pelos países desenvolvidos, cujos governos estão adotando políticas cada vez mais rigorosas, atingindo aos que precisam dessa proteção especial.¹⁷⁸ O trecho da entrevista de um solicitante de refúgio, transcrito acima, demonstra que essa realidade também é comum no país.

1.2.2. Proteção específica no âmbito regional

¹⁷⁶ Ver. VILLAPANDO, Waldo. *El Derecho Internacional de los refugiados y el asilo. Los movimientos poblacionales como consecuencia de los desastres causados por el hombre*. In: *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 183.

¹⁷⁷ *Diálogo do ACNUR sobre os retos da proteção* - Documento de discusión: Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales, 19/11/2007 (ACNUR/dpc/2007/ doc. 02). Disponível em: <http://www.acnur.org>, acesso em 10/05/2008.

¹⁷⁸ Ver. CUNHA, Guilherme da. *Migrantes e Refugiados: Marco Jurídico e Estratégia no Limiar do Século XXI*, disponível em <http://www.dhnet.org.Br>, direitos.sos.migrantes.artigo20.htm. Acesso em 22.07.2008.

A) Direitos dos migrantes na América Latina

No contexto americano, a regulamentação da migração é muito recente; até inícios da década dos noventa praticamente inexistia instrumento convencional destinado a regular os direitos dos migrantes; os instrumentos gerais de proteção de direitos humanos (Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana dos Direitos Humanos) determinavam o conteúdo dos mesmos, condenando a discriminação. Mas, apesar da normativa abranger os direitos dos migrantes, é insuficiente para regular as especificidades do fenômeno migratório.

O verdadeiro tratamento do tema começa mais tarde. Na Comunidade Andina desde 1996 instaurou-se a denominada “*Tarjeta Andina de Migración*”, permitindo a livre circulação dos cidadãos com expressas garantias de direitos no espaço andino. O Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) trata marginalmente destas questões, através do Acordo de Cooperação Laboral da América do Norte.¹⁷⁹

No que respeita ao MERCOSUL, além de diversos tratados bilaterais assinados entre os Estados partes, merece destaque o recente ***Acordo sobre Residência para nacionais dos Estados-Partes do MERCOSUL***, através do qual finalmente se dá alguma atenção à migração e ao direito de livre circulação das pessoas na região do cone Sul.

O Acordo foi adotado pela Decisão n. 28/02 do Conselho do Mercado Comum e assinado pelos quatro membros do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) em Brasília, por ocasião da XXIII reunião desse Conselho, em 6 de dezembro de 2002. Foi aprovado e promulgado pelo Brasil em maio 2004, foi ratificado também por Paraguai, Argentina e Uruguai, faltando apenas a ratificação do Paraguai e do novo membro, Venezuela, que entrou no Mercosul em 04 de julho de 2006.

Segundo seus próprios termos, o Acordo procura solucionar a situação migratória

¹⁷⁹ O NAFTA - *North American Free Trade Agreement*, criado em 1992, reúne EUA, Canadá e México para consolidar o intenso comércio regional, eliminando as barreiras para a livre circulação de capital e mercadorias em toda a área. Soma cerca de 372 milhões de habitantes mas não prevê a livre circulação de trabalhadores nem a unificação total das economias dos países membros, pois objetiva a formação de uma zona de livre comércio para a atuação das grandes empresas.

dos nacionais dos Estados Partes na região, visando fortalecer os laços que unem a comunidade regional. Estabelece regras comuns para o trâmite da autorização de residência dos nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL.

O Acordo permite que os nacionais (incluindo os naturalizados há pelo menos cinco anos) de qualquer Estado parte, que assim desejarem, possam obter a residência legal no território de qualquer um dos outros Estados-Partes que compõem o grupo, gozando de tratamento equivalente ao dos nacionais do País de recepção (Art.1º.). Saliente-se que também pode ser ratificado pelos Estados Associados ao MERCOSUL (Peru, Chile, Colômbia, Bolívia, Equador e Bolívia e Chile), facultando os nacionais de todos os países participantes obter residência legal em qualquer um deles, dessa forma, facilitando-se a regularização migratória de milhares de pessoas que atualmente se encontram em situação irregular nesses países.

A facilitação da entrada e a simplificação para obtenção da residência previstas neste Acordo visam propiciar um maior intercâmbio humano entre os países, em direção a uma verdadeira formação comunitária, viabilizada com a garantia expressa dos direitos fundamentais de todos os que migrarem de um país a outro. Propõe, portanto, um importante avanço na livre circulação das pessoas em toda a região da América do Sul, trazendo a esperança de que finalmente os cidadãos da região sejam tratados como tais, pois não se pode falar em Mercado Comum sem a prevalência das liberdades fundamentais das pessoas.

O Acordo também faz avanços em duas áreas importantes: a trabalhista e a educacional. No caso dos direitos trabalhistas, existe uma clara obrigação no inciso terceiro, de igualdade na aplicação da legislação trabalhista, além da previsão de acordos de reciprocidade da legislação previdenciária. Existe ainda uma importante distinção entre empregadores e direitos dos empregados, implicando que o tráfico ilícito de trabalhadores imigrantes trará conseqüências legais aos empregadores, mas não afetará os direitos destes (Art. 10).

Adota o Princípio de Aplicação da norma mais benéfica no caso de normas internas mais favoráveis aos imigrantes (Art.11), isto é, na dúvida legislativa, a interpretação deve ser sempre pró-migrante.

Seguindo a Convenção Internacional de 1990, o Acordo consagra o direito fundamental de acesso à educação aos filhos dos trabalhadores migrantes em igualdade de condições que os nacionais do país de recepção, obrigando o Estado a dar as mesmas garantias a todo cidadão do Mercosul. Tal norma permitirá suprimir a discriminação de crianças respeito ao seu direito de educação, que ocorre com frequência.

É um Acordo histórico, porque supera enfim o mundo das idéias, como documento legislativo que visa permitir a integração social do Cone Sul. Traz boas perspectivas na construção de um bloco que ultrapasse os aspectos econômicos, buscando uma cooperação política, cultural e humana. Inicia uma trajetória rumo à livre circulação de pessoas, revitalizando o processo de união no âmbito americano. Ao alargar o conceito de mercado, busca também ampliar o respeito dos direitos humanos. Podemos dizer que a evolução a este respeito tem se refletido principalmente nas Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que oferecem as bases dos direitos dos migrantes, a exemplo da OC-18/03 acima mencionada.

Entretanto, “*considerando a necessidade de estabelecer regras comuns para a autorização de residência aos nacionais argentinos e brasileiros que se encontram nos territórios do Brasil e da Argentina*” foi assinado em 30 de novembro de 2005, em Porto Iguaçu, o “Acordo Operativo entre o Departamento de Estrangeiros da República Federativa do Brasil e a Direção Nacional de Migrações da República Argentina para a Aplicação do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL”, visando implementar entre si o Acordo regional sobre residência, até a data de entrada em vigor do mesmo.¹⁸⁰

Nos mesmos termos, foi adotado um Acordo entre Brasil e Uruguai. Além disso, Argentina implementou o programa *Pátria Grande*, conseguindo a adesão de outros países da região à iniciativa de integração real.¹⁸¹ Enquanto o Brasil e a Bolívia adotaram um Acordo

¹⁸⁰ Ver. Acordo no Diário Oficial da União, Nº 166, de 29 de agosto de 2006 - SEÇÃO 1, página 66.

¹⁸¹ Possuem direitos de residência 15.000 argentinos no Uruguai e 10.000 no Chile. Com a adesão do Brasil, espera-se que cerca de 60 mil argentinos que vivem no Brasil (entre regulares e irregulares) tenham a oportunidade de regularizar sua situação migratória. Por outro lado, segundo as estimativas do Ministério de Relações Exteriores de Brasil, pelos menos 35 mil brasileiros residentes na Argentina serão diretamente beneficiados. Ver. Portal Ciberamerica de 31/08/2006, disponível em: <http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica>.

bilateral para regularização migratória.

B. Direitos Humanos dos Migrantes na UE

O tratamento das migrações na União Europeia já não é mais considerado assunto da legislação interna de cada membro, apresentando, hoje, três categorias distintas: a primeira, praticamente assimilada aos nacionais, é a dos “cidadãos da União”, que desde 1992 (Convenção de Schengen) permite a configuração de todo um marco de direitos tangíveis, plasmados no TCE – Tratado da Comunidade Europeia e de uma categoria individualizada de direitos dentro da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A segunda categoria é a de “estrangeiros privilegiados”, formada pelos nacionais de Estados que integram o Espaço Econômico Europeu, aos que se unem, em determinadas circunstâncias, os nacionais de Estados que tenham celebrado acordos de associação ou de cooperação com a Comunidade Europeia, ou que tenham vínculos familiares com cidadãos europeus, os quais gozam de um *status* singular de direitos. O que não ocorre com a terceira categoria, os migrantes provenientes de outros países ou extra-comunitários, cujos direitos são limitados e incertos, pela falta de uma política comum de imigração.

O TCE incorporou desde 1997 uma série de preceitos determinando a adoção de uma política de imigração comum e estabeleceu um marco mínimo de integração dos imigrantes não comunitários dentro da esfera comunitária. O panorama mudou apenas de forma incipiente após a harmonização decorrente do Tratado de Amsterdam no que se refere à política de vistos, refúgio e imigração. Nos Conselhos Europeus de Tampere (1999), Laeken (2001) e Sevilha (2002), entre outros, foi reforçada a necessidade de adotar uma política comum com respeito ao fenômeno migratório.

Na reunião extraordinária de Tampere, celebrada em outubro de 1999, o Conselho Europeu proclamou que o *estatuto jurídico dos nacionais de terceiros países deveria aproximar-se ao dos nacionais dos Estados membros* e que a uma pessoa que resida legalmente num Estado membro, durante um período de tempo ainda por determinar e porte *autorização de residência de longa duração*, deveria ser concedido um conjunto de direitos

de caráter uniforme o mais semelhante possível ao dos cidadãos da União Europeia.¹⁸² Tais instrumentos ainda não foram colocados em prática pelos Estados Membros, a diferença das medidas migratórias restritivas, unilaterais ou regionais, que costumam vigor de imediato, tal como a nova “Diretiva do Retorno” sobre migrantes irregulares, da qual trataremos adiante.

Sem embargo, um papel preponderante na interpretação dos direitos dos migrantes tem sido desempenhado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja jurisprudência também tem conseguido estender o âmbito da Convenção Europeia de DH a direitos não expressamente reconhecidos na mesma, conferindo-lhes pelo menos uma proteção indireta. Os órgãos da Convenção se valem, nos casos de expulsão, extradição e negação do refúgio, da proteção derivada de certos direitos da Convenção Europeia de DH, concretamente os que se encontram previstos nos artigos 3.º (proibição de tortura e tratamentos desumanos e degradantes). Com base nesse dispositivo, por exemplo, o Tribunal Europeu decidiu no *Caso Soering contra o Reino Unido de Grã Bretanha*, de 7 de julho de 1989, que um estrangeiro não pode ser objeto de uma medida de expulsão ou de extradição quando possa ser submetido no país de destino a um tratamento desumano. Segundo a Corte, uma extradição que afete o exercício de um direito protegido pela Convenção, pode implicar para o Estado extraditante uma condenação pela CEDH, na medida em que expõe o indivíduo em causa a um risco de tratamento contrário ao disposto nesse artigo, pois, toda interpretação dos direitos e liberdades enumerados na Convenção deve conciliar-se com seu espírito geral: a promoção e salvaguarda dos ideais e valores de toda sociedade democrática.

A jurisprudência *Soering* vale também como fundamento para os casos de recusa de direito de asilo. Fundamental é o risco invocado pelo reclamante de ser submetido a um tratamento contrário ao artigo 3.º Por outro lado, mesmo que não possa afirmar-se que a pena de morte constitui um tratamento inumano ou degradante proibido pelo Art. 3 da Convenção, o Tribunal entende que as circunstâncias que acompanham uma condenação a morte podem, em certos casos, incluir-se no âmbito de aplicação desse artigo.¹⁸³

¹⁸² Entre os mais recentes estão a Diretiva de 25 de novembro de 2003, relativa ao Estatuto de nacionais de terceiros países residentes de longa duração, a Diretiva de 22 de setembro de 2003 sobre o Direito a reunião familiar e o Regulamento de 14 de maio de 2003, relativo ao regime de proteção social dos trabalhadores migrantes (Ver. Diário Oficial da UE de 24.1.2004, 3.10.2003 e 20.5.2003).

¹⁸³ Neste caso, o demandante, Jens Soering, de nacionalidade alemã, foi detido em 1986 na Inglaterra pelo delito de estelionato, junto com sua mulher, de nacionalidade canadense. Nesse mesmo ano o casal foi acusado de Homicídio nos EUA e o Governo desse país requereu a extradição de ambos.

2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

2.1. Proteção dos direitos fundamentais dos migrantes na Constituição Federal do Brasil de 1988

A *Constituição Federal*, marco da redemocratização do país e da institucionalização e garantia dos direitos humanos, também insere o Brasil no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos de forma mais concreta,¹⁸⁴ consagrando os direitos humanos fundamentais também para os migrantes.

Apesar de que desde a primeira Constituição republicana do Brasil, de 1881, inscreve-se nos respectivos textos constitucionais o Princípio da igualdade de direitos fundamentais para brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, somente na constituição atual, os direitos humanos são institucionalizados de forma inédita no corpo constitucional, através do Art. 5º, introdutor dos Direitos e Garantias Fundamentais:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Assim, do texto da Constituição Federal transparecem, de forma cristalina, os direitos humanos do estrangeiro; ele é titular dos mesmos direitos subjetivos à vida, propriedade, igualdade e segurança outorgados pela Carta a qualquer brasileiro. Destarte, há absoluta igualdade, entre brasileiros e estrangeiros no que se refere a direitos e garantias fundamentais. Quaisquer diferenças de tratamento, que tenham sido estabelecidas por leis

O requerente solicitou ao Reino Unido a denegação do pedido de extradição, por não haver garantia contra condenação à pena máxima ou execução de eventual pena máxima, caso fosse extraditado aos Estados Unidos. Não atendido, recorreu à Comissão Européia de Direitos Humanos, em julho de 1988, alegando que sua extradição aos Estados Unidos violaria o Art. 3 da Convenção Européia de DH. A Corte entendeu que “mesmo que a Convenção não garanta o direito de não ser extraditado, se o Governo britânico extraditasse o recorrente aos Estados Unidos haveria violação do Art. 3 da Convenção, já que a duração da prisão antes da execução (em média de 6 a 8 anos, nesse caso em Virgínia) e a situação de expectativa no “corredor da morte“ da prisão, onde o recorrente seria encarcerado durante esse tempo, provocariam no mesmo, pela sua juventude e estado mental, fortes tensões e grande sofrimento”.

¹⁸⁴ Ver. nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 8ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2007, pp.21/42.

anteriores à Carta, encontram-se não recepcionadas por incompatibilidade com a lei maior.

A expressão “residentes no Brasil” não deve deixar margem a qualquer dúvida, no tocante à situação legal dos estrangeiros. Todos fazem jus aos mesmos direitos fundamentais que qualquer nacional, não importa a que título se encontrem dentro do território brasileiro. O termo *residente* significa, pura e simplesmente, presença no território nacional, não se confundindo com a efetiva fixação de domicílio ou permanência legal. Nesse sentido caminha o entendimento da doutrina e da Jurisprudência, parte da qual reproduzimos a fim de evitar dissenso a este respeito.

Para Celso Ribeiro BASTOS¹⁸⁵, a atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros, assim, a Constituição procura determinar os destinatários dos direitos individuais esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e estrangeiros residentes no país:

“A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira. Em outras palavras, é um rol de direito que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro”...

Para esse autor, a despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte (*se por acaso um estrangeiro em trânsito pelo País, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, não teria direito a habeas corpus, sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele se beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura não residisse no País?*).

E continua:

“Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás,

¹⁸⁵ *Comentários à Constituição do Brasil*, 2 v., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4.

curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Partilhando a opinião, Pinto FERREIRA afirma:

“A ordem constitucional brasileira assegura a inviolabilidade dos cinco direitos fundamentais. A garantia da inviolabilidade ainda se estende aos estrangeiros residentes no País e ainda se amplia aos estrangeiros não-residentes no Brasil, pois a declaração de direito possui caráter universal. ...O sentido da expressão “estrangeiro residente” deve ser interpretado para significar que a validade e a fruição legal dos direitos fundamentais se exercem dentro do Território brasileiro (RTJ 3:556-8). Assim sendo os estrangeiros não residentes no Brasil possuem igualmente acesso às ações, como o mandato de segurança e demais remédios processuais.”¹⁸⁶

Nesse mesmo sentido, Alexandre de MORAES, para quem estão englobados na proteção constitucional tanto os estrangeiros residentes no país, quanto aqueles em trânsito no país, pois ambos são titulares dos direitos humanos fundamentais, pondera:

*“A expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional”.*¹⁸⁷

Esse entendimento é também corroborado por Jurisprudência do STJ, que logra esclarecer perfeitamente a questão, como neste caso:

“As razões de Estado, em se tratando de direito individual de qualquer pessoa neste país, brasileiro ou estrangeiro, não podem transcender aos limites da Constituição da República. As leis penais, que como quaisquer outras têm que se conformar com os mandamentos constitucionais, sob pena de não valerem nada, não podem ser interpretadas preconceituosamente, ao sabor de cada situação” (RHC n. 3.729/SSP - 5º T. - Rel. Edson Vidigal, DL, Seção I, 19/09/94, p. 24..704 - grifos nossos).

Contudo, a nossa Constituição devia ter adotado a feliz fórmula da Carta Belga, que expressamente estende os direitos fundamentais a todos os estrangeiros que "se

¹⁸⁶ Comentários à Constituição Brasileira, Editora Saraiva, 1o. Vol, 1989, p.59.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 24a. ed., Atlas, São Paulo, 2009, p. 34/35. Ver. também: *"Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1o. A 5o. da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.* 8a. ed. Atlas, São Paulo, 2007, pp. 82/84.

*encontrem na Bélgica*¹⁸⁸, assim evitando interpretações restritas e incorretas, inclusive por certos membros do Judiciário, que pretendem a afirmação dos direitos humanos fundamentais apenas para os estrangeiros com permanência regular no Brasil, como se apenas eles fossem titulares de direitos humanos.

Voltando ao elenco dos direitos protegidos, o Art. 5o. da Constituição, ainda reza no parágrafo 2o.:

“Os direitos e garantias dela constantes não excluem outros direitos do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república do Brasil seja parte”.

Significando que o rol de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não é taxativo, admite disposições fundamentais de direitos humanos fora desse dispositivo, bem como a inclusão de outros direitos constantes em Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, todos eles igualmente aplicáveis aos imigrantes, pois a nossa Ordem é totalmente fundamentada na prevalência dos direitos humanos.

Nessa matéria, concordamos com o entendimento de especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos (Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso de Albuquerque Mello, Flávia Piovesan, entre outros), no sentido de que em nosso ordenamento as normas previstas nos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem patamar constitucional e têm “incorporação automática”.¹⁸⁹

Cientes das correntes doutrinárias diversas, para nós, os Tratados incorporados em nosso ordenamento jurídico têm plena efetividade, conferindo a todos a titularidade para reclamar os direitos protegidos, tanto no plano interno quanto no internacional, uma vez esgotadas as instâncias internas. Em outras palavras, o Brasil consagrou constitucionalmente a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecidos nos instrumentos de

¹⁸⁸ DELPÉRÉE, Francis. *O Direito à Dignidade Humana* - tradução de Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: *Direito Constitucional*, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, coordenadores: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, Dialética, São Paulo, 1999, p. 151.

¹⁸⁹ Ver. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit. pp. 43/93.

Direito Internacional.

O caráter especial passa a justificar o *status* de norma constitucional atribuído a esses tratados, por conterem disposições sobre direitos e garantias fundamentais. Esse, felizmente, constitui o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e do judiciário nacional, conforme atesta recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, que invalidou prisão civil decretada por ordem judicial, com fundamento no Pacto de São José de Costa Rica, afirmando a hierarquia constitucional dos Tratados de direitos humanos ratificados Brasil.¹⁹⁰

A Constituição Federal dispõe que a ratificação de um novo Tratado, contendo direitos humanos, ainda não consagrados na Carta, implicará na inclusão desses direitos no rol dos direitos constitucionalmente garantidos. Dessa forma, a Ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional de 1990 significará a incorporação dos direitos previstos nela no rol constitucional, os quais terão imediata validade, prevalecendo sempre a norma mais favorável à pessoa humana num eventual conflito.

À parte o debate doutrinário sobre a hierarquia constitucional dos Tratados protetivos de direitos humanos, é indiscutível que no Brasil os migrantes têm direito à preservação de sua dignidade humana. Da mesma forma têm a garantia do respeito e gozo dos direitos humanos fundamentais a todos reconhecidos pelo Art. 5o. da Constituição Federal. Dentre eles concernem muito de perto à situação dos migrantes os seguintes direitos:

a) *Direito à vida*. Não compreende apenas uma interdição a ser dela privado (pena de morte, por exemplo), mas, tomado em sua ampla dimensão, abarca também o direito do imigrante às condições de vida digna, envolvendo alimentação adequada, oportunidade de trabalho, saúde, lazer, etc, componentes indissociáveis da dignidade humana.

b) *Igualdade*. Se esta não puder significar uma completa equiparação entre os nacionais e os não nacionais, em seu sentido positivo, veda discriminações desarrazoadas ou sem base legal contra os estrangeiros. A menos que a vedação ou o tratamento discriminatório

¹⁹⁰ *Habeas Corpus* 87.585-8 de 12/03/2008 Tribunal Pleno Tocantins.

possa ser extraído da própria Constituição,¹⁹¹ ou seja, em decorrência lógica de seu conteúdo, violará o Princípio da Igualdade qualquer outra exigência imposta ao estrangeiro que não seja aplicável também ao nacional.

c) *Legalidade*. Implica que toda e qualquer exigência feita ao estrangeiro, ou tratamento diferenciado, deve estar fundada em texto legal (compatível com a Constituição), sob pena de responsabilidade da administração e do funcionário coator, conforme o caso. Pois, segundo o inciso II do Art. 5o., “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

d) *Devido Processo Legal e ampla defesa*. O estrangeiro, como qualquer nacional, tem o direito a somente sofrer penalidades ou restrições de direitos em função de um processo judicial ou administrativo, em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Inc. LV). Tal princípio tem enorme relevância quando da aplicação de penalidades como a expulsão e a deportação, conforme veremos.

d) *Motivação dos atos administrativos e judiciais*. A motivação é componente indissociável do direito de defesa. Não pode o migrante pleitear seus direitos ou defender-se de acusações que lhe são imputadas se não tem conhecimento das razões que subsidiaram decisões administrativas e judiciais que afetam seus interesses. Não há hoje em dia cabimento para qualquer critério discricionário em motivar ou não – a motivação é obrigatória. Está prevista como obrigação da autoridade judicial no Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e, quanto à autoridade administrativa, compreende-se como decorrência da legalidade.

e) *Direito de petição, à certidão e informação*. Independentemente de sua situação legal, o estrangeiro tem direito a obter gratuitamente ampla informação sobre seus dados pessoais, e tudo que for necessário para pleitear o exercício de seus direitos, em especial o direito de defesa (inciso XXXIV, a e b).

f) *Juiz natural*. Representa uma limitação dos poderes da administração, com respeito do estrangeiro, que não pode sofrer pena de prisão sem que seja ordenada pela

¹⁹¹ Por exemplo, a proibição de alistar-se como eleitor (Art. 14, parágrafo 2º), etc.

autoridade judiciária competente, afastando-se as chamadas prisões administrativas.

g) *Direito à livre manifestação de pensamento*. Abrangendo a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (Inciso IX) e a reunião pacífica (inciso XVI); constitui pré requisito da aceitação da diversidade cultural e condição fundamental para o migrante *sentir-se em casa* no país, expressando seus conhecimentos, cultura e habilidades artísticas.

h) *Direito à associação*. O direito a livre associação é muito importante para os migrantes. A Constituição Brasileira assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (inciso XVII) e admite a criação de associações na forma da lei, vedada a interferência estatal em seu funcionamento (inciso XVIII).

i) *O Direito de Locomoção* é garantido livremente dentro do território nacional, em tempo de paz, “*podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*” (inciso XV). O estrangeiro pode locomover-se livremente pelo território (livre circulação), ou abandonar o país, sem que lhe possam ser opostas restrições de qualquer espécie. Esse dispositivo significa que não pode o Brasil fechar-se para o exterior, proibindo indiscriminadamente o ingresso de estrangeiros, nem estabelecer cotas de origem ou raciais ou vedar o acesso de integrantes de certas nacionalidades ou mesmo de apátridas; mas, evidentemente, aquele que desejar ingressar e permanecer deverá submeter-se aos termos da lei, naquilo que não for incompatível com a própria Constituição. O direito de locomoção do migrante também é resguardado por via do *Habeas-Corpus*.

j) *Intimidade e vida privada* (inciso X). São direitos essenciais para a preservação da dignidade do migrante, implicando o desnecessário constrangimento do migrante diante da exigência constante e em qualquer lugar de apresentação de documentos pessoais às autoridades migratórias. .

k) *Direito de propriedade* (inciso XXII). O estrangeiro tem direito à propriedade, somente dela podendo ser privado na forma prevista na Constituição e nas leis não conflitantes com a Constituição.

Outros direitos fundamentais previstos na nossa Constituição, como a presunção de inocência, o direito ao sigilo, etc. devem também aplicar-se ao estrangeiro sem diferenciação alguma.

Por outro lado, a Constituição brasileira também resguarda o Direito das minorias, o que permite melhor resguardar os direitos dos migrantes.

Dessa forma garante-se aos migrantes o direito à própria língua, elemento importante da identidade cultural. Além disso, conforme a lição do Prof. Luciano MAIA, a Constituição garante-lhes, em virtude do princípio da isonomia, além do ensino fundamental regular em língua portuguesa, a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (Art. 210, § 2.º).¹⁹²

MAIA ainda salienta a importância das ações afirmativas do Estado, para corrigir as desigualdades na lei e nos fatos. É necessário, que o ordenamento jurídico interno estabeleça princípios e normas, que assegurem a igualdade e protejam contra a discriminação. As iniciativas do Estado devem atender às necessidades de cada parcela da população, dando prioridade à proteção de membros de grupos verdadeiramente vulneráveis, sujeitos a discriminação e marginalização, por parte da maioria.

Não vislumbramos, assim, impedimento para políticas compensatórias para migrantes, ou, pelo menos, para que estes possam habilitar-se a ações afirmativas, especialmente se levarmos em consideração que a condição de inferioridade do migrante muitas vezes é transferida entre gerações.¹⁹³

Aliás, a Constituição ainda reza no seu terceiro artigo que constitui um dos objetivos fundamentais do Brasil *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (princípio do qual

¹⁹² Ver. MAIA, Luciano Mariz. *Direitos Humanos das Minorias Étnicas, Religiosas, e as desigualdades sociais e regionais*. In *Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais*. Editora Base. Editora Universitária, João Pessoa, 2004, pp.205/234, p. 224.

¹⁹³ Muitos dos jovens envolvidos nas turbulências de rua que afetaram a França entre 2005 e 2006 são filhos de migrantes cujo desajuste e revolta decorre do fato de que, embora nacionais, continuam sendo vistos como estrangeiros.

emergiram, entre outras, a Lei n. 7.716/89 e a Lei n. 9.459/97 sobre crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

3. OUTRAS INSTITUIÇÕES DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS MIGRANTES

Não podem deixar de ser mencionadas duas instituições importantes que se dedicam à tarefa de defender os direitos dos migrantes, independentemente do sistema jurídico internacional do âmbito da ONU ou da OEA.

3.1. Em nível universal: A Organização Internacional para Migrações

A OIM, principal organização intergovernamental no âmbito da migração, foi criada em 1951 e tem sede central em Genebra. Segundo sua carta constitutiva, consagra-se ao princípio de conceber a migração em forma ordenada e em condições humanas. Atualmente tem 125 Estados membros e 20 observadores, o Brasil se incorporou somente em 2004. A instituição trabalha paralelamente com migrantes e governos para encontrar respostas humanitárias aos desafios da migração. Desde sua fundação, a OIM tem assistido diretamente mais de doze milhões de pessoas no mundo.

A OIM contribui com seus programas, política de desenvolvimento, treinamento e capacitação para os governos, disponibiliza informação sobre normas internacionais aplicáveis, procedimentos e políticas que contribuem para a proteção dos direitos básicos e dignidade dos migrantes. Tem integrado a preocupação pela proteção dos migrantes nos seus esforços para combater o tráfico, através de campanhas de informação para os migrantes sobre os riscos. Administra programas oferecendo assistência ao migrante vítima do tráfico e de abusos dos direitos humanos. Tem divulgado amplamente informação sobre a aplicação dos instrumentos e mecanismos de direitos humanos em numerosos seminários de treinamento para funcionários públicos. Também realiza estudos e pesquisas, publica relatórios anuais e outros documentos sobre migração, alguns dos quais básicos para este trabalho.

A organização tem desenvolvido uma importante atividade de proteção aos migrantes, inclusive mediante o traslado de indivíduos privados de liberdade. Manifestando-se esta sensibilidade frente à problemática nas recentes emendas à sua constituição, onde explicitamente assinala-se entre seus objetivos a assistência ao migrante para que possa atender suas próprias necessidades e levar junto com suas famílias uma existência digna, de respeito à pessoa humana.¹⁹⁴

3.2. Em nível nacional: o Serviço Pastoral dos Migrantes - SPM

O Serviço Pastoral dos Migrantes é uma entidade vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Fundado no ano de 1985, tem por objetivo promover a defesa dos migrantes; enfrentar problemas como as migrações forçadas, as condições indignas de trabalho e moradia, o desemprego; denunciar o preconceito e a discriminação de raízes racistas e xenofóbicas e promover a cultura popular.

São múltiplas suas formas de ação, entre as quais destaca-se um conjunto de iniciativas sociais e culturais visando a integração dos migrantes e suas comunidades. Esse conjunto compreende diversificadas atividades: campanhas contra o preconceito, lutas pelos direitos sociais (como trabalho, moradia, acesso à escola), cooperativas de produtores, programas de geração de renda, comissões de fiscalização de condições de trabalho (em carvoarias, por exemplo) e de condições de vida em alojamentos temporários e projetos de alfabetização. Através do Centro Pastoral dos Migrantes presta-se assistência jurídica, psicológica, religiosa e social aos migrantes em São Paulo.¹⁹⁵

Outra importante iniciativa diz respeito a promoção de casas de acolhimento temporário para o atendimento diário de migrantes recém-chegados. O SPM também desenvolve campanhas junto a fóruns parlamentares de forma a ampliar os direitos dos migrantes e assegurar assistência jurídica às vítimas de preconceito.

¹⁹⁴ Ver. <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/es> para um aprofundamento sobre a OIM.

¹⁹⁵ Ver. SPM. "Migrantes Latino-Americanos no Brasil" Setor Pastoral Social-CNBB, Edições Loyola, São Paulo, 1995. p.15. Em 2001, o Serviço Pastoral dos Migrantes (CNBB - São Paulo) foi vencedor do 2º Prêmio USP de Direitos Humanos: Categoria Institucional. Sites: <http://www.cpmigrantes.com.br/assistencia-juridica.html> e <http://www.pastoraldomigrante.com.br>.

*“Cuidar las fronteras para que no entren los terroristas,
pero tampoco los inmigrantes indocumentados,
es una especie de nueva consigna”.*
Folha de São Paulo, 25/07/05, p10.

CAPÍTULO III - SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES E PERSPECTIVAS

*La historia de la humanidad es la historia de las migraciones,
pero nunca como en el tiempo actual los migrantes
han tenido que sortear tantas trabas
en forma de severos controles policiales, muros fortificados,
legislaciones crecientemente restrictivas y, sobre todo,
discursos hostiles de gobiernos y de parte de la opinión pública
de los países del Norte que arrojan sobre ellos el estigma
de ser propagadores de delitos, enfermedades y redes terroristas.*
Migraciones: La odisea del siglo XXI. Enrique Santiado.El País 19/06/2006.

1. SITUAÇÃO GERAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

Revisada a normativa internacional (o DIDH), incluindo a de caráter especial, bem como o Direito nacional constitucional, pode-se concluir que busca-se, com base nos princípios da igualdade de direitos e da não discriminação, garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Cabe agora examinar as reais condições dos direitos humanos dos migrantes, avaliando-se o grau de implementação das normas revisadas, inclusive a ocorrência ou não da equiparação dos direitos fundamentais dos migrantes com os dos nacionais do país de acolhida.

Segundo a Declaração e Plano de Ação resultantes da *Conferencia Mundial das Nações Unidas contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e as formas conexas de intolerância*, realizada em Durban, em setembro de 2001, as populações migrantes são altamente vulneráveis à discriminação, aos abusos e à xenofobia.

Situações de desrespeito dos direitos migrantes no mundo inteiro têm sido denunciadas e analisadas por Organizações Internacionais de Direitos Humanos

governamentais e não governamentais. Estudos realizados por Relatores Especiais de diversos órgãos da ONU, especialmente os Relatórios do Relator Especial para os direitos humanos dos migrantes, têm elucidado a questão em profundidade, apontando alguns fatores que recrudescem as violações dos direitos dos migrantes, como veremos a seguir.

1.1. Políticas migratórias restritivas

O tema dos direitos humanos dos migrantes está intimamente relacionado ao das Políticas Migratórias, pois estas determinam os direitos que na prática gozam os migrantes.

As legislações restritivas dos países do mundo desenvolvido e em desenvolvimento mantêm enormes massas na clandestinidade. Ora, as barreiras à entrada legal, cujo efeito é temporário ou limitado, servem apenas para dirigir o fluxo dos futuros emigrantes para as vias ilegais.

Por tais razões, os direitos sociais e trabalhistas do migrante (igualdade salarial, vínculo empregatício legal e seguridade social), geralmente não são violados por disposições explícitas, mas pela situação de clandestinidade imposta pelas leis migratórias, que determinam a super-exploração da mão de obra migrante, numa espécie de moderna *escravidão*.

Os migrantes, especialmente os que estão em situação irregular ou desautorizados a trabalhar, são, aos interesses das empresas exploradoras, convenientemente considerados como reserva ideal de trabalho flexível, aptos para trabalhar mais horas por menos e com limitadas possibilidades de solicitar benefícios ou outra proteção. Por estarem à margem da proteção da segurança no trabalho, saúde e de outras normas, são empregados em geral em setores onde tais normas não existem, não se aplicam ou simplesmente não se respeitam.

1.2. A condição de “ilegalidade” migratória

É preciso distinguir entre a situação do migrante “legal” (regular) e a do migrante “ilegal” (irregular). Este último tem quase todos seus direitos fundamentais violados. Não há

como cogitar, por exemplo, do direito à livre associação ou do direito de petição a órgãos públicos quando o exercício desses direitos implica na descoberta do estado de irregularidade do peticionante e em decorrência na sua imediata deportação.

A permanência legal no país é elemento determinante dos direitos econômicos e sociais que o migrante vai usufruir; a condição de clandestino ou de “ilegalidade migratória”, determinada pela entrada clandestina ou pela sobre-permanência, leva o migrante a aceitar empregos irregulares e salários aviltantes e a tolerar condições desumanas de trabalho, deixando-o totalmente desamparado.

Os migrantes irregulares vivem em permanente insegurança, encarados como removíveis do território quando o desemprego local aumenta ou quando as crises políticas precisam de um bode expiatório.¹⁹⁶

Na verdade, a elevada proporção de migrantes em situação irregular que se constata em alguns países receptores é de per si uma das mais importantes expressões da vulneração dos direitos humanos. Enquanto a falta de documentos continue sendo pretexto para que sejam desprezados os direitos trabalhistas e não se apliquem fortes sanções a quem contratam mão de obra ilegal, as migrações massivas de indocumentados seguirão sendo um exército de mão de obra barata e não conflitiva que concorre deslealmente com a nacional e que também prejudica os empregadores que cumprem com as disposições da Lei.

Assim, a organização dos migrantes em associações para defender seus interesses e direitos, especialmente dos desautorizados a trabalhar, é em geral extremamente difícil, quando não considerada ilegal segundo a legislação nacional. sendo intimidada facilmente pela falta de documentação exigida para registro dos estatutos sociais ou pela ameaça de deportação.

Mesmo, os migrantes regulares, apesar de terem reconhecidos seus direitos básicos, sofrem restrição a certos direitos como o de propriedade, sendo frequente alvo de

¹⁹⁶ Nos EUA por ex. Tem sido observado por estudiosos que restringe-se a política migratória conforme as necessidades econômicas do mercado de trabalho e o controle da inflação.

vedação do exercício de certas atividades, de aquisição de terras ou do controle de empresas consideradas estratégicas. Se prevalecer a “contratualização” da admissão do migrante regular, este pode ser submetido a outras condições, como a obrigação de se estabelecer em lugar específico, exercer uma atividade determinada, retirar-se do país após um prazo determinado, ou ainda, assimilar os valores culturais do país de acolhida.

Nem sequer no elementar direito de privacidade desfrutam os migrantes da igualdade, visto que estão sujeitos a todo instante à solicitação de seus documentos de ingresso, por parte das autoridades migratórias.

Qualquer recurso ao Poder Judiciário é quase sempre custoso e difícil para os que possuem documento e impensável para os que se encontram na condição de indocumentados.

1.3. A dicotomia de tratamento dos direitos humanos

A diferença da situação entre os direitos humanos de primeira geração (liberdades clássicas) e os direitos humanos econômicos, sociais e culturais também é claramente percebida. Os direitos econômicos e sociais geralmente são os mais vulnerados pela situação irregular do migrante, mas mesmo os migrantes regulares podem ser privados de benefícios como os da assistência e previdência social. Muitos direitos, embora consagrados nas Constituições dos Estados, são embaraçados por exigências descabidas.

Na origem, a ausência de efetividade dos direitos econômicos e sociais constitui causa da migração "forçada". Em seu país, a pessoa não pode gozar do direito ao bem-estar econômico e social, à seguridade social, ao trabalho, a uma remuneração equitativa, ao descanso ou à educação. No destino, se o migrante encontra trabalho, vê-se muitas vezes privado dos direitos trabalhistas e sociais, ou ameaçado quando reivindica algum direito.

Quanto ao direito a moradia, por exemplo, é generalizada a discriminação contra estrangeiros quando procuram residência. Apesar de ser um aspecto importante da integração social do migrante, o acesso à moradia é dificultado por exigências documentais, elevado preço de aluguel e seguros, dificuldade de conseguir empréstimos bancários, fiança, etc.

O direito de educação é também frequentemente violado. No Brasil e também em países mais desenvolvidos nega-se o acesso à educação de crianças imigrantes, quando os pais encontram-se irregularmente no país ou mesmo quando o processo de regularização da residência ainda está em trâmite.

A garantia da saúde é difícil para os migrantes regulares e praticamente inexistente para os irregulares. Segundo o Relatório, em muitos países dificulta-se o atendimento médico dos migrantes irregulares e a reação à intervenção de organismos internacionais de direitos humanos tem sido a deportação de estrangeiros.¹⁹⁷

Segundo o *American Journal of Public Health*, 51 por cento dos trabalhadores migrantes nos Estados Unidos não têm seguro saúde, dos nacionalizados somente 18.5 por cento são segurados. A origem faz uma grande diferença na cobertura da assistência para os migrantes: se são do Canadá, Cuba, Rússia ou de países europeus, são em geral segurados, dentre os provenientes do México e de América Central, mais de 50 por cento não têm seguro saúde.¹⁹⁸

Para os migrantes, o direito social fundamental é o direito ao trabalho, e este é obstruído pela falta de documentação, ou impedido pelo preconceito. Paira sempre, a ameaça de deportação, mesmo sobre o migrante legalizado se seu trabalho se tornar inconveniente aos interesses nacionais. Percebe-se, também neste âmbito, uma falta de reconhecimento dos títulos e das profissões. Os exames de associações médicas ou de outras profissões, exigidas em muitos países, para certificar a profissão do estrangeiro que pode trabalhar, ou ainda de um refugiado, são um tremendo óbice e não avaliam apropriadamente as habilidades dos profissionais estrangeiros.

O direito à preservação da própria identidade cultural tem sido completamente ignorado; a maioria dos países ainda se encontra longe da tolerância e do respeito pela

¹⁹⁷ Relatório “*The rights of non-citizens*” do Relator Especial David WEISSBRODT, da Sub-Comissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da CDH da ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/25/ Add. 3 -NU- ECOSOC, Sessão 54º. Item 5 - Exemplos de práticas relativas aos estrangeiros, 3 de junho de 2002.

¹⁹⁸ Conf.. “*Immigrants boost economy’s health but lack access to health care*”, *New York Voice Inc.*, 6 de julho de 2000.

diferença, seguindo a questão cultural como um dos maiores pontos de atrito no que diz respeito às migrações.

Os direitos políticos dos migrantes (votar e ser votado, participar de plebiscitos ou referendos), na maioria dos Estados ainda não evoluíram ao ponto do seu reconhecimento, apanágio exclusivo de quem detêm a condição de nacional, originariamente ou por aquisição.¹⁹⁹

De um lado, a cidadania desejada lhes é inacessível, mesmo quando se lhes admite a permanência; de outro, são privados de qualquer possibilidade de participação na vida política na comunidade onde teoricamente se quer sua integração, mesmo que em nível local. Inserção que devia pressupor-se em qualquer sociedade que se preze como democrática.

Ocorre ainda uma situação de desconhecimento das garantias e direitos atribuídas e reconhecidas aos migrantes, o que resulta em decisões arbitrárias e eventuais violações aos direitos humanos. Particularmente, nos casos de detenção, prisão, deportação, expulsão e extradição, os migrantes enfrentam riscos de abusos e violação, devido à falta ou insuficiência de assistência jurídica. Os funcionários encarregados de aplicar a lei não conhecem com precisão a diferença entre os procedimentos administrativos e criminais (expulsão e deportação), nem as diversas garantias que acompanham os mesmos.

Nos casos de irregularidade administrativa, a detenção dos migrantes não tem caráter punitivo, porém a maioria termina ficando em delegacias sem estrutura e com sérias limitações. Além disso, aos imigrantes detidos deveria ser brindada informação sobre as decisões administrativas e judiciais que os afetam na língua que entendam. Contudo, eles carecem seriamente de falta de informação e serviços de tradução ou interpretação, os advogados de ofício não são especializados em matéria de migração e os juízes praticamente apenas ratificam as medidas policiais. Por outro lado, verifica-se uma nula ou insuficiente proteção consular.

1.4. “Ilegalização” dos migrantes

¹⁹⁹ No Brasil, mesmo com residência permanente, o estrangeiro é privado de participação política (Art. 14, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal).

Em quase todos os cantos do mundo, ao invés de designar-se os imigrantes em situação irregular como irregulares ou indocumentados, são designados como *ilegais*, principalmente pelos agentes policiais, funcionários de imigração e até pelas autoridades, mas, também a mídia e a sociedade em geral anda seguindo essa tendência de conteúdo fortemente discriminatório.

Como bem adverte a organização *Migrants Rights International*, também nos discursos oficiais dos governos e nas conferências internacionais ainda subsiste a tendência a usar definições como "migrante ilegal" e, conseqüentemente, criminalizar e desumanizar o migrante tornando-o um "anti-social", em circunstâncias que somente são irregulares, assistindo-lhes o direito de obter a condição de "documentados".²⁰⁰ O migrante irregular não deve ser encarado apenas como um infrator das leis de imigração, mas sim como um trabalhador e um ser humano e cada uma destas situações tem as suas próprias conseqüências jurídicas que não se devem confundir em detrimento dos direitos individuais dos trabalhadores e das pessoas.

Para piorar a situação, paralelamente à resistência generalizada em respeitar os **direitos humanos dos migrantes**, há uma deliberada associação da migração e dos migrantes com a criminalidade. Os migrantes são freqüentemente associados na mídia e nos discursos populares de políticos com o tráfico, drogas e até com doenças.

A tendência a associar migração com delinqüência é muito preocupante. A perspectiva sensacionalista adotada nos meios de comunicação não colabora com uma correta interpretação do fenômeno. Muitas vezes informam-se dados distorcidos sobre o número de migrantes detidos, omitindo o fato da maioria das detenções ocorrerem por causa da irregularidade administrativa, não por crimes.²⁰¹

A categorização generalizada de pessoas como "ilegais" também constitui uma clara manifestação da violação dos **direitos humanos dos migrantes**. Por via de uma palavra, deixam-se milhares de seres humanos simplesmente fora da aplicabilidade, do escopo e da

²⁰⁰ Migrants Rights International, Relatório 1998-2000. Disponível em http://www.migrantwatch.org/mri/annotated_biblio.html - 42k

²⁰¹ Conf. TARAN, op. Cit. p.25

proteção da lei, em ofensa aos Princípios da universalidade, indivisibilidade e inalienabilidade da proteção dos direitos humanos. Além disso, tal prática abusiva, muitas vezes conveniente para a política migratória estatal, viola diretamente dois dos Princípios Fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o Direito de todo ser humano ser reconhecido como tal perante a lei, contido no Art. 6º e o Direito de toda pessoa ao devido processo legal, contido no Art. 7º.²⁰²

O Relator da Conferência Internacional sobre Migração e Crime, levada a cabo em Itália, em 1996, observou, com sobrada razão, que “o termo migrante “ilegal” (ou imigrante) implica uma condição de criminalidade *ipso facto* antes de qualquer determinação judicial do *status*. Mais ainda, implica que um migrante ‘ilegal’ é um criminoso”.²⁰³ Aqui no Brasil, de forma insistente, inconsequente e estigmatizante, usa-se o termo “ilegal”, sem medir as desastrosas conseqüências de tal discriminação.

Deve-se portanto evitar o termo e combater essa prática, pois a designação de pessoas como *ilegais*, negando-lhes o reconhecimento legal e a proteção de seus direitos básicos, pode significar um precedente para facilmente estender a exclusão a outros grupos vulneráveis, indesejados ou impopulares, em detrimento da universalidade da proteção dos direitos humanos.

Os migrantes, em virtude de sua situação de não-nacionais e pela precária situação da maioria, são perfeitos bodes expiatórios para problemas sociais como o aumento da criminalidade, deterioração da saúde pública, falta de moradia e outros, que na verdade têm causas locais, incluindo a falta do serviço público adequado.

Ironicamente, as pesquisas sobre a relação entre migração e criminalidade demonstram que os migrantes tendem a representar proporcionalmente menor envolvimento *per-capita* em atividade criminal que a população nativa, devido ao desejo de vencer na nova pátria e principalmente ao medo de deportação.²⁰⁴

²⁰² Id. p.24.

²⁰³ Relatório Geral - *Conferência Internacional sobre Migração e Crime*. Prof. G. W. MUELLER, Relator. Cormayeur, 7-9 de Outubro de 1996.

²⁰⁴ Deportação é uma penalidade que consiste na imposição da saída compulsória do estrangeiro, em virtude de sua entrada ou permanência irregular num país.

Além disso, os migrantes resultam desproporcionalmente maiores vítimas de crime. Os imigrantes tendem a inibir a criminalidade porque a detenção implica numa punição mais severa que a dos nacionais, a deportação, que leva à perda de tudo quanto foi conseguido ou à destruição da família. Por esse motivo os migrantes, especialmente os que se encontram em situação irregular, denunciam menos os crimes às autoridades e procuram menos a proteção policial, sendo alvos mais fáceis de roubo, extorsão, abuso físico, descumprimento de obrigações contratuais e trabalhistas, etc.

Da mesma forma, dados da saúde mostram que os migrantes em geral não são vetores primários para transmissão de doenças contagiosas. Dados recentes sobre a transmissão da AIDS mostram que a ausência de prevenção no contexto do freqüente cruzamento de fronteiras, mercado e transporte de trabalhadores e turistas, especialmente turismo sexual, parecem ser mais significativos para a disseminação do HIV-SIDA que o movimento de trabalhadores migrantes e seus familiares.²⁰⁵

A garantia da proteção dos direitos humanos básicos para todos os migrantes poderia efetivamente ajudar na redução do crime, estimulando os migrantes a procurar proteção policial e a denunciar o crime. Por outro lado, a facilitação do acesso aos serviços da saúde para todos os migrantes ao invés de um tratamento clandestino de grande risco, também serviria aos interesses da saúde pública, assegurando a todas as pessoas dentro do território a prevenção e tratamento das doenças ou acidentes.

1.5. Tráfico de Pessoas e seu ineficaz combate

Segundo o Escritório da ONU para as Drogas e o Crime (Unodoc), até 900 mil pessoas são anualmente vítimas de tráfico humano internacional.²⁰⁶ As vítimas do tráfico são sobretudo mulheres obrigadas a se prostituir em outros países e crianças que são levadas, contra a sua vontade, para trabalhar em outros lugares.

No contexto atual, o tráfico de migrantes tem emergido como um tema global das

²⁰⁵ TARAN, cit. p.26.

²⁰⁶ “*Brasil está entre as maiores fontes de tráfico humano na região, diz ONU*” Fonte: Folha de São Paulo. Em: www.catolicanet.br Bogotá, 20/11/2003.

migrações. O crescimento do tráfico de pessoas a cargo de grupos criminosos organizados tem significado o aumento do abuso contra os migrantes. Configura-se, ademais, como um negócio sumamente lucrativo, que os Estados tentam deter mediante instrumentos multilaterais ou bilaterais.

Os traficantes podem tanto fazer parte de redes organizadas de crime quanto trabalharem como *free-lancers* eventuais. Encontram suas vítimas por meio de anúncios em jornais locais oferecendo bons empregos com altos pagamentos em cidades interessantes ou utilizam-se de agências fraudulentas de viagem, de modelos ou de encontros.

Estimativa da ONU indica que esse crime movimenta entre sete a dez bilhões de dólares anualmente. Segundo o governo dos EUA, nenhum país está imune ao tráfico humano. Estima-se que de 18 mil a 20 mil pessoas passam anualmente pelas fronteiras dos EUA dentro de algum esquema criminoso.²⁰⁷

PIZARRO observa, no *Relatório sobre Trabalhadores Migrantes* de 2004, que a introdução do sistema de controle das fronteiras externas à UE, o investimento em meios e tecnologias, as mudanças legislativas e a aplicação de políticas para frear a imigração irregular, não têm sido suficiente para lograr uma diminuição da mesma. Os migrantes terminam por tentar a entrada nos países por outros meios muito mais perigosos, nas mãos das redes do tráfico, pagando em muitas ocasiões com a vida.²⁰⁸

No Relatório destaca-se a extrema vulnerabilidade dos migrantes irregulares, quando são usados os canais ilegais para migrar:

“Os migrantes assumem enormes riscos ao deixar suas vidas nas mãos de redes de traficantes ou contrabandistas, que usam meios de transporte inseguros, colocando em perigo suas vidas. Podem morrer asfixiados em containers ou afogados em naufrágios de barcos superlotados. ...Quando viajam nessas condições são frequentemente interceptados por agentes públicos que usam sua autoridade para que o migrante retorne, ou os prendem, ou os extorquem. Esses migrantes também ficam vulneráveis ao abuso da força, física ou mental, por parte

²⁰⁷ DIAS, Roberto *Mulheres, jovens e crianças são as principais vítimas do tráfico de seres humanos*. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia> acesso em 19/05/08.

²⁰⁸ Relatório apresentado durante o 60º período de sessões. “*Grupos e indivíduos específicos: Trabalhadores Migrantes*”, Res. 2003/46 CDH, E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de janeiro de 2004.

dos agentes de segurança, principalmente em virtude de atitudes xenófobas ou racistas. Os mesmos sujeitam-se a buscas corporais degradantes. Também são vítimas de confisco ou roubo de documentos, dinheiro e pertences. Há casos em que são demandados favores sexuais de migrantes indocumentadas em troca... Quando são detidos, não se beneficiam da assistência jurídica e em geral são encarcerados junto a criminosos condenados. Muitas vezes não têm acesso aos tribunais porque sua detenção é considerada administrativa e isso significa que o recurso judicial não está disponível; a prisão pode ser indefinida porque pode levar muitos meses para identificá-lo... Além disso, muitos países consideram crime grave entrar no país sem visto ou portar documento falso, por isso, muitos migrantes são acusados como traficantes ou contrabandistas, embora sejam apenas vítimas do tráfico. Por último, quando são involuntariamente deportados podem ser submetidos ao abuso da força ou a tratamento degradante...”

Observa-se que domina entre os Estados a contextualização da migração dentro de um sistema de combate ao crime organizado, subordinando a proteção dos direitos humanos ao controle dos movimentos nas fronteiras e medidas contra o crime. Esta tendência é evidenciada pelos dois protocolos complementares da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000),²⁰⁹ um sobre o combate ao tráfico das pessoas e o outro sobre a supressão do contrabando de migrantes, que enfatizam a supressão do crime e a prevenção da migração irregular; mas ignoram a proteção dos direitos humanos fundamentais dos migrantes e refugiados, já consagrados. Não é à toa que Anistia Internacional denuncia que a "*Guerra contra a imigração ilegal*", põe em risco os direitos humanos.²¹⁰

Mesmo que em alguns Estados, tenham sido introduzidas penas mais severas para os intermediários que recrutam mão-de-obra ilegal e para os empregadores que a aceitam, não será possível acabar com o tráfico clandestino de mão-de-obra estrangeira, sem atacar as causas remotas da migração de trabalhadores, acima de tudo, a miséria, o subdesenvolvimento econômico e o desemprego, através de medidas que promovam o desenvolvimento econômico e que reduzam o fosso existente entre os países industrializados e as regiões menos desenvolvidas, que não são possíveis sem uma séria cooperação e assistência internacional.

²⁰⁹ A *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, em vigor em 29 de setembro de 2003, é a primeira convenção internacional contra o crime organizado. Três Protocolos a complementam, definindo medidas específicas para que os Estados possam combater aspectos particulares do crime organizado transnacional: 1. Protocolo para Prevenir, Reprimir e Sancionar o Tráfico de Pessoas especialmente de Mulheres e Crianças; 2. Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Terra, Mar e Aire; e, 3. Protocolo contra a Fabricação e Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições.

²¹⁰ "*La guerra contra la «inmigración ilegal» pone en riesgo los Derechos Humanos*", Anistia Internacional. Acesso em 15/05/2007. Disponível em: www.migrações.com.br

Conclui o Relatório citado que o fortalecimento dos sistemas de controle deveria ser proporcional às soluções sociais proporcionadas aos migrantes como reunião familiar e integração dos mesmos, pois o controle de fronteiras *per se* não assegura uma gestão migratória ordenada e digna. Recomenda que a questão da migração seja resolvida num diálogo constante com os países de origem, onde o enfoque seja o de prevenção da migração irregular e desenvolvimento dos países de origem, com maiores esforços de cooperação internacional para dismantelar as redes criminosas do tráfico de migrantes.

Infelizmente, as medidas de combate ao tráfico de pessoas não vem sendo acompanhadas, como seria de se esperar, de uma maior proteção às vítimas do tráfico, mas sim de uma crescente criminalização destas, o que efetivamente não contribui para o dismantelamento das organizações criminosas. Nenhuma colaboração se pode esperar das vítimas, para a identificação dos agentes e chefes das redes de tráfico, quando elas também são tratadas como criminosos.

Os debates têm focalizado a discussão das medidas de controle da migração, o monitoramento inter-estatal da migração, reforço de controle fronteiriço, combate ao crime organizado e retorno dos migrantes. Também a ênfase da crescente cooperação na gestão intergovernamental da migração é conter a migração irregular. Mas, pouca preocupação há quanto ao reconhecimento e eficácia dos **direitos humanos dos migrantes**.²¹¹

1.6. Globalização e relativização dos direitos humanos

A globalização, ou mundialização, é um fenômeno complexo determinado pelo crescimento da interdependência internacional entre os povos e países do mundo, nos aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos, afetando de diversas formas a vida de todos no planeta. Constitui um processo multi-facetário e também contraditório, que se manifesta atualmente de forma mais evidente na integração da economia, haja vista as intensas relações comerciais e investimentos multinacionais, e a modernização dos meios de comunicação e transporte, beneficiando as grandes corporações internacionais. Ou seja, é sem

²¹¹ Iniciativas como Puebla, Manila-APC, Dacar, Cairo, MIDSA, Ásia Central e Cáucaso, Mediterrâneo e Lima, o IGC (Conselho Intergovernamental para Europa, América do Norte e Austrália), Processo Budapeste para Europa Central e Leste e APC (Conselho para Ásia-Pacífico).

dúvida um fenômeno de aproximação, onde tem prevalecido a mundialização dos mercados.

Gerado pela necessidade da dinâmica capitalista de formar um mercado maior para os países desenvolvidos, o processo de integração econômica sob a égide do neoliberalismo caracteriza-se pelo predomínio dos interesses financeiros, pela desregulamentação dos mercados, pelas privatizações das empresas estatais e pelo abandono ou redução drástica do estado de bem-estar social. Esta é uma das razões pelas quais a globalização é vista como responsável pela intensificação da exclusão social (com maior número de pobres e de desempregados e consequente aumento dos fluxos migratórios), e crises econômicas sucessivas.²¹²

Para outros a globalização traz contribuições positivas como a interdependência dos problemas que atingem o mundo e a partilha da busca de soluções globais. Pois, além do significado que possa ter para as transações financeiras e para o movimento de capitais e produtos, seus desdobramentos ultrapassam os limites da economia, provocando uma maior aproximação entre as pessoas e os povos que experimentam uma certa homogeneização cultural.

Quaisquer que sejam os efeitos práticos da globalização, o certo é que tornou-se uma realidade, no sentido de que o mundo se torna uma só comunidade, não só pela expansão do comércio, do deslocamento das pessoas, das comunicações, mas principalmente em razão dos problemas novos que o crescimento do pós-guerra tem criado, os quais não podem mais ser validamente pensados, discutidos ou solucionados dentro dos limites das fronteiras nacionais.

²¹² A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. Conforme o *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano* de 99 do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento - PNUD, a integração econômica tem contribuído para aumentar a desigualdade. A diferença de renda entre os 20% mais ricos e os 20% mais pobres da população mundial, aumentou de 30 em 1960 para 74 vezes em 1997. A parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do FDI e 1,5% das linhas telefônicas. O próprio BIRD reconhece que a pobreza cresceu em virtude da globalização, pois mercados livres necessariamente produzem profundas desigualdades econômicas. Ver. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. PIOVESAN, Flávia (Coord.). Max Limonad, São Paulo, 2002. p.63 e ss.

Independente do enfoque dado ao fenômeno, trataremos da sua incidência sobre os direitos dos migrantes. Até recentemente a dimensão migratória foi bastante ignorada em debates sobre as repercussões da globalização. A inter-relação entre globalização e migração é complexa e conflituosa, concorrendo aspectos negativos com positivos. Sem embargo, pode-se constatar que em muitos casos a globalização econômica contribui para o deslocamento humano e em alguns casos para o desemprego no mercado de trabalho local ou externo.

As inovações tecnológicas (mecanização, automação, informatização e robótica) enquanto incrementam a produtividade eliminam muitos empregos (extração, produção e distribuição das mercadorias e serviços). O comércio acelerado substitui a produção industrial e agrícola local com importações baratas, mas às custas de muitos empregos nesses setores e de exploração indecente e a produção em pequena escala perde para a produção mecanizada em larga escala e importada. Além disso, os Programas estruturais de ajuste impõem reduções nas despesas dos governos e no orçamento e subsídio estatais, que indiretamente apóiam o trabalho agrícola, e o processamento e distribuição de alimentos. O investimento direto estrangeiro (FDI) tem se concentrado nos países economicamente mais avançados: cerca de 98% do FDI vai para os países de renda alta e média, somente 2% para os de menor desenvolvimento, justo aqueles que precisam de mais criação de empregos para assegurar a permanência de seus cidadãos.²¹³

O processo de globalização assimétrica, fundado na concentração de renda, acarreta crises econômicas, sociais e políticas, que tendem a se desencadear com mais profundidade sobre os países pobres, contribuindo para aumentar o atrativo laboral e de vida nos “países desenvolvidos” e nos "emergentes" dotados de maior estabilidade econômica e política, incrementando os fluxos migratórios. Sempre houve migrações, mas a novidade é a forma como são tratadas.

A globalização permite que um sinal de satélite possa atravessar todo o planeta em questão de segundos e chegar até um aparelho receptor em qualquer lugar. O capital movimenta-se para onde melhor convém, aonde mais se lucra, as coisas circulam livremente travestidas da qualidade de mercadoria, a compra e venda de divisas, a transmissão eletrônica

²¹³ Con. TARAN, op.cit, p.12. (FDI é sigla de Foreign Direct Investment, em Inglês).

de dados e as ondas de rádio não são detidas por nenhuma patrulha fronteiriça. O mesmo não ocorre com as pessoas, pois os Estados, diante das possibilidades de movimento que oferecem as novas tecnologias, têm reagido fortalecendo seus controles fronteiriços, levantando muros, endurecendo suas leis migratórias e permitindo retrógradas manifestações de xenofobia e racismo dentro dos seus territórios, atitudes que explicam a progressiva criminalização dos migrantes e causam sofrimento a milhões deles.²¹⁴

Na expressão de Carlos B. VAINER:

*“Neste mundo onde se proclama a vitória da liberdade, muitos milhões são os deslocados compulsórios, os refugiados e repatriados, os expulsos e clandestinos. Proibidos de ficar, confinados, interditados de entrar, obrigados a sair, eles nos dizem de uma outra dupla dimensão da igualdade e da liberdade sob o capital: o mundo desterritorializado e sem fronteiras de uns é o mesmo mundo territorializado e guetificado de outros”.*²¹⁵

Dessa forma, os migrantes exibem a contradição mais flagrante de nossa sociedade globalizada: paradoxalmente, o fruto do trabalho é cidadão do mundo, mas o trabalhador não. A globalização da economia deu lugar à globalização das migrações, mas não a dos direitos humanos: enquanto o migrante representa a solução para o mercado que exige e compra a mão de obra barata e disponível, o modelo impede aos trabalhadores migrantes e suas famílias o acesso aos direitos fundamentais da pessoa humana. O processo de globalização, sob este aspecto, resulta assimétrico, excludente e paradoxal.²¹⁶

Roberto TOSCANO, descreve com muito acerto o novo papel dos Estados na sua tarefa de reprimir a livre circulação das pessoas, mas não a dos produtos:

*“Incapazes já de controlar os fluxos do capital, a localização das empresas, os tipos de câmbio da moeda, os Estados demonstram uma patética crueldade compensatória no controle das fronteiras, na vigilância da entrada dos “diversos”, na tentativa de excluí-los”.*²¹⁷

²¹⁴ Ver. Luiz BASSEGIO, *Migrantes en el De\$orden Global - Grito de los Excluidos* Disponível em: www.migrantes.org.com.br

²¹⁵ Carlos B. VAINER, *A violência como Fator Migratório: silêncios teóricos e evidências históricas - Travessia* n. 25 Maio-Ago, 96pp.5/9.

²¹⁶ MÁRMORA, Seminário Migrações: *Exclusão ou Cidadania?* Brasília-DF, 25 a 27 de setembro de 2003. Disponível em: www.migrante.org.br/sintese_seminario.doc.

A globalização tem levado ao aumento da concentração do poder e da riqueza em poucas mãos, dentro dos países e internacionalmente. A crescente concentração de riqueza não permite a dotação dos recursos necessários para promover e defender os direitos humanos nos contextos local, nacional e global, tornando-se cada vez mais difícil para os governos atender as necessidades sociais e econômicas dos setores desfavorecidos da população.

O reflexo desse processo acaba sendo a relativização dos direitos, particularmente dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1993, a posição de vários Estados na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena²¹⁸ significou um grande desafio aos Princípios da universalidade, indivisibilidade e inalienabilidade dos direitos humanos. O argumento mais citado foi o da sua relatividade cultural, histórica e regional, no sentido de que se aplicam em diferentes níveis nos diversos contextos regionais e culturais e que não são absolutamente 'globais'. Nessa mesma linha, argumenta-se que os direitos humanos não são indivisíveis, que os direitos civis e políticos poderiam ser diferenciados dos econômicos, sociais e culturais, que, ao contrário dos primeiros, podem ser considerados apenas como ideais, porque são muito caros e impraticáveis para implementá-los no mundo todo. Como diz Giuseppe TOSI, “*a polarização entre 'direitos de igualdade' e 'direitos de liberdade' continua sendo a contradição fundamental não resolvida do debate atual sobre os direitos humanos.*”²¹⁹

Uma das conseqüências dessa tendência a relativizar os direitos humanos parece ser a crescente relutância de vários Estados em elaborar legislação que garanta direitos humanos aos migrantes, especialmente direitos econômicos e sociais, como os dispostos na Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.

²¹⁷ Roberto TOSCANO, *Interrogantes Éticos sobre la Globalización, Estado Constitucional y Globalización*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Rorrúa, México, 2001. p.59

²¹⁸ Nessa Conferência, as Partes assinaram a *Declaração e Programa de Ação*, cujo item 15 proclama: O respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, é uma norma fundamental do Direito Internacional na área dos direitos humanos. A eliminação rápida e abrangente de todas as formas de racismo e discriminação racial, de xenofobia e de intolerância associadas a esses comportamentos como uma tarefa prioritária para a comunidade internacional e o dever dos Governos de tomar medidas eficazes para preveni-las e combatê-las.

²¹⁹ Giuseppe TOSI, *Direito Humanos: História, teoria e prática, Direitos Humanos: Reflexões iniciais*, Ed. Universitária, UFPB, Paraíba, 2005, p. 31.

Contudo, a globalização dos problemas gera também uma interdependência de obrigações, ensejando a oportunidade para uma nova ética e um novo Direito.²²⁰ Assim, uma lição que a globalização nos ensina é a de que o fenômeno das migrações já não pode mais ser tratado como um problema interno de cada país, nem controlado apenas no âmbito nacional, por mais recursos que esta nação mobilize, por maiores barreiras que levante. Reclama-se um tratamento global para esse fenômeno e novos paradigmas que não se limitem às políticas migratórias nacionais.

Como pondera José L. Bolzan de MORAIS,

“Se concebermos a globalização, não como um projeto econômico hegemônico, unilateral e totalizante, mas como uma oportunidade para um projeto civilizatório que conjuga uma perspectiva universal que se constrói em escala mundial e se concretiza no plano local, como um pensamento universal democrático, deixa também uma tarefa, que é superar os paradigmas ultrapassados, que são a fonte principal das atuais violações dos direitos humanos.”²²¹

Por isso, para Richard FALK a globalização envolve tanto um projeto de integração econômica global, desde cima, dirigido principalmente pelas elites econômicas transacionais, mas pode envolver um projeto de globalização desde baixo, através da organização da sociedade civil mundial.²²²

Não é sem razão que Miguel CARBONELL considera que “*uma tarefa pendente para a globalização é universalizar a liberdade de trânsito e de residência, assim como contestar a legitimidade que detêm os Estados para fechar suas fronteiras aos não nacionais*”.²²³

De fato, a eliminação de obstáculos ao movimento de pessoas a nível mundial não

²²⁰ FARENA, Duciran Van Marsen. O Conceito Jurídico de Desenvolvimento e a Globalização. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Editora Forense/Sinprofaz Rio de Janeiro: Janeiro de 1997, ano I, número I, pp.158/159.

²²¹ Ver. MORAIS, José Luís Bolzan de. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Org. SARLET, Ingo W. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.p. 47-76, 2004, pág. 58 e 67/68.

²²² Ver. FALK, Richard. *El declive de la ciudadanía en una era de globalización*. In: *Globalización y Derechos Humanos*, Cynthia Hewitt y Alberto Munujin (editores), UNICEF, Santillan, Colécción Cuadernos-debate, Bogotá, 1999, p. 239/266.

²²³ *Globalización y Derecho: siete tesis*. In: DÍAZ Müller Luis (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p.164-165.

faria com que a Índia inteira migrasse para os EUA ou que o Bangladesh se mudasse em peso para o Reino Unido. Conforme destaca Inmanuel WALLERSTAIN, “*La mayoría de la gente tiende a preferir el lugar en el que creció porque comparte con él su cultura, conoce su historia, tiene lazos familiares*”.²²⁴

Na visão de MÁRMORA:

“Num mundo que avança para a democratização crescente das relações entre os homens, a proibição de sair ou entrar em espaços delimitados constitui, cada vez mais, um contra-senso diante desse processo, onde ainda se privilegiam as fronteiras formais perante as fronteiras éticas”.²²⁵

Nesse sentido, Gabriela Rodríguez PIZARRO, Ex-Relatora Especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU para os Direitos dos Migrantes, advertiu, no II Foro Social das Migrações, em 2006, que “*o fenômeno migratório deve ser observado não como ameaça ou avalanche, mas como parte da dinâmica atual da globalização*”.²²⁶

O processo de globalização deveria pressupor o reconhecimento e garantia dos direitos das pessoas que migram em função do mesmo, ou seja, ao processo de globalização dos mercados deveria corresponder a globalização dos direitos humanos.

2. SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES NO BRASIL

“Eles são recrutados para jornadas de até 16 horas por dia e salários baixos ou inexistentes. Aos domingos, anúncios de emprego como “Oficina de costura necessita de retistas, (casados), overlorquista. Urgente. Sábado não trabalha. Bom Retiro”, em espanhol, estão em um mural, à vista das cerca de 3.000 pessoas que vão à praça Kantuta, no Pari, em São Paulo. À noite, mais ofertas de emprego. Homens em Kombis circulam pelo local convidando para trabalho. Início imediato. A inusitada fartura de vagas na cidade com quase 20% de taxa de desemprego esconde longas jornadas de trabalho (15, 16 horas por dia), sem registro em carteira, salários baixos -quando não deixam de ser pagos-, ameaças e situações precárias de moradia e alimentação. É a versão urbana do

²²⁴ *Inmigrantes, La Jornada*. cit.

²²⁵ MÁRMORA. *Políticas Migratorias Internacionales*.cit., p. 78. Nesse sentido, Ver. também: MÁRMORA, *Derechos Humanos y Migraciones: las Cuestiones Pendientes*. Revista Migración., n.53, 2000.

²²⁶ “*Estado de las migraciones en el mundo*”, II Foro Social Mundial de las Migraciones, Madri, 22 de junho de 2006 (PIZARRO foi Relatora Especial para os direitos humanos dos migrantes de 1999/2005).

trabalho análogo à escravidão – ou quando as condições são menos rigorosas o Ministério Público do Trabalho qualifica de trabalho forçado. O alvo dos anúncios é o imigrante ilegal latino, em sua maioria boliviano -por isso a escolha da praça onde ocorre há dois anos, em espaço regulamentado pela prefeitura, uma feira de artigos da Bolívia. Nem a Polícia Federal nem o Ministério do Trabalho têm números sobre o problema, mas o que sai das oficinas de costura, espalhadas na região central (Pari, Bom Retiro e Canindé) e até em Guarulhos, movimenta parte do mercado de roupa na cidade. Grupo de lavanderias também integram o esquema. Oficialmente, há 18 mil bolivianos legalmente em São Paulo, contabilizados em 1998, Entidades ligadas aos bolivianos, como a Pastoral do Migrante (da Igreja Católica), estima em até 70 mil os ilegais na cidade. O processo em São Paulo guarda semelhanças estruturais com o trabalho escravo no campo. Há a figura do "gato" (agenciador da mão-de-obra temporária no campo), que atua no Brasil - com os ilegais que vieram por conta própria - ou ainda na Bolívia. Lá, promete emprego com bons ganhos. Banca os custos da viagem, que devem ser pagos com o trabalho: é chamado vínculo por dívida. Já aqui, o esquema é quase de confinamento. Mora-se na própria oficina. Não há coerção armada, mas ameaças: se saírem, podem ser pegos e deportados. "Não recebia salário. A dona da lavanderia em que trabalhava me dava vales de vez em quando", conta Maria (nome fictício), que ficou dois anos trabalhando mais de 16 horas por dia. Hoje, legalizada, tem carteira assinada. "Eu nunca saía, com medo de ser pega. A dona falava isso. Em dois anos, o que eu conhecia da cidade era o Barateiro", lembra. Em média, uma peça de roupa produzida custa de R\$ 1 a R\$ 1,40. O costureiro recebe cerca de R\$ 0,40 por peça -por mês, dependendo da produção, em torno de R\$ 300, R\$ 400".

Reportagem da Folha de São Paulo, 19/07/04.

Costuma-se asseverar que o Brasil é um país aberto aos estrangeiros, como poucos no mundo, onde prevalece a tolerância e o espírito de acolhida, que tantas boas vindas deram aos antepassados de muitos brasileiros, que vieram trazendo na bagagem seu esforço para ajudar a construir esta nação.²²⁷

Sem embargo, o país da tolerância é um mito, tal como o do paraíso racial. Infelizmente, também no Brasil, o migrante sofreu e ainda sofre discriminações que violam seus direitos fundamentais. Apesar da hospitalidade do povo brasileiro em geral, uma grande massa de estrangeiros vive e permanece na exclusão, como o demonstra claramente o trecho da reportagem transcrita acima.

A situação de vulnerabilidade de direitos não é muito diferente aqui da situação que se observa no resto do mundo, porém, as maiores vítimas pertencem à mesma região geográfica. Pode-se afirmar que a política e legislação migratória são as raízes dessa situação. Nessa ótica, é preciso destacar que nunca houve uma preocupação oficial em divulgar em meios acessíveis os direitos e deveres do estrangeiro no Brasil.

Enquanto em tese avançamos muito: a Constituição garante os direitos

²²⁷ Conf. FERRETTI, Maritza. *Brasil: País de Imigrantes?*. In: Políticas Migratórias. cit. p.139/148.

fundamentais aos estrangeiros; como se verá, a lei e a prática são duramente restritivas dos direitos dos migrantes, causando um verdadeiro embate entre a letra da Constituição e a realidade migratória, caracterizada pela violação dos direitos humanos.

2.1. A política migratória no Brasil

Podemos de antemão referir que no Brasil, assim como em muitos outros países, a política migratória, longe de preocupar-se com o imigrante, têm sido determinada pelas conveniências nacionais, tal como definidas por governantes e legisladores.

Ora a conveniência estava em atrair migrantes, para substituição da mão-de-obra escrava (Séc. XIX), ou para povoamento do território e branqueamento da população (Império), ora na rejeição deles, para proteção do trabalhador nacional (desde 1930), ou para combater a subversão (1964).

A história da imigração no Brasil pode ser dividida em quatro períodos, acrescentando-se mais um aos três grandes momentos apontados por CAVARZERE.²²⁸

Primeiro: de 1808 a 1850, quando a existência da escravidão perturba o desenvolvimento da imigração, tornando-a incipiente, incerta, ou mesmo esporádica.

Segundo: de 1850 a 1888, quando as medidas visando a abolir o trabalho escravo, a política de colonização do território nacional e de “branqueamento da raça” propiciaram o início de uma imigração crescente;

Terceiro: de 1888 até 1930, durante o qual, abolido o regime servil, a imigração, estimulada por subsídios governamentais, encontra campo aberto para desenvolver-se, num ritmo dependente de fatores internos e externos. Foi quando o fluxo migratório para o Brasil viveu seu ápice (na virada do século XIX para o XX).

Quarto: a partir de 1930 até hoje, período de relativo fechamento, tendência

²²⁸ CAVARZERE. op.cit.p.29.

mantida em 1980 (Estatuto do Estrangeiro), quando surge a emigração internacional de brasileiros.

A emancipação dos escravos no final do século XIX trouxe significativas mudanças para o modelo migratório. A partir de então, o Brasil começou a receber os trabalhadores que substituíram a mão de obra escrava. De 1819, quando chegaram ao Brasil os primeiros imigrantes (os suíços de Nova Friburgo), até 1959, entraram no Brasil cinco milhões quinhentos e trinta e seis mil e trinta e cinco pessoas nessa qualidade.²²⁹ Mas, foi entre 1870 e 1930 que ocorreu a chamada “grande imigração”, quando cerca de 3 milhões de pessoas vieram ao país em busca de oportunidades.²³⁰

Com a revolução de 1930, a crise da lavoura cafeeira e o crescimento das migrações internas, desapareceu a necessidade da mão de obra estrangeira. As políticas de atração desta deram lugar a crescentes restrições e o trabalhador vindo de fora passa a ser visto como concorrente indesejável para o nacional, por ser mais um fator na crise do desemprego.²³¹ Percebeu-se, por outro lado, que os trabalhadores europeus introduziam uma consciência de luta para o seio da classe trabalhadora. A partir de então, o Brasil passa a proteger a mão de obra nacional, restringindo a vinda de imigrantes.

Se até os anos 30 predominou a imigração basicamente europeia e japonesa, após a Segunda Guerra Mundial esses ingressos minguraram, passando a se restringir a grupos específicos (coreanos, chineses, nacionais de países vizinhos). A tendência se reverte por completo na década de 80; com a crise econômica da época, desponta a emigração de brasileiros para o exterior. Entre esses dois marcos, praticamente tivemos meio século de fronteiras relativamente fechadas.

A rigor, a emigração de brasileiros para o exterior começa até antes dos anos

²²⁹ CAVARZERE, Id. Foi D. João VI quem deu início a uma política de importação de mão-de-obra livre, ao autorizar, em 1818, o estabelecimento de uma colônia de católicos suíços que promoveu a fundação de Nova Friburgo, no Rio de Janeiro.

²³⁰ Ver: ELIAS, Rodrigo et al. *Imigração. O Brasil que veio de Longe*. Nossa História, Ano 2, n.24, pp.12/38. out. 2005. No Brasil a expansão da lavoura cafeeira no Sudeste; no exterior (Europa) desdobrava-se a Revolução Industrial, dispensando mão-de-obra com os avanços técnicos na produção, ao mesmo tempo que ocorria uma explosão demográfica, decorrente das melhorias de condições de vida, controle de epidemias, etc. nos países europeus.

²³¹CAVARZERE, cit. p.32.

oitenta, mas limitada às regiões limítrofes, como Paraguai, Argentina, Bolívia (principalmente os “*brasiguaios*” na década de 70). A grande novidade no fenômeno da emigração é a saída de brasileiros para os países desenvolvidos (Estados Unidos, Europa, Canadá, Japão), em busca da oportunidade que o país não mais oferece, com o fim do ciclo de crescimento econômico acelerado.²³²

De 1980 para cá, com a entrada em vigor do atual Estatuto do Estrangeiro, os imigrantes não mais encontraram acolhida. Somente os estrangeiros ricos, os investidores, gerentes de multinacionais e diretores de grandes empresas, cuja entrada é solucionada por *resoluções migratórias*, são muito bem vindos, junto com o capital estrangeiro.

Da mesma forma que outras leis migratórias, o Estatuto estabelece normas gerais de imigração, como a do princípio de que *em tempo de paz qualquer estrangeiro pode entrar e permanecer no Brasil, ou dele sair*. E assim como na maioria dos Estados do mundo, a admissão ou entrada do estrangeiro no Brasil em geral depende da concessão de um "visto", solicitado e obtido no exterior (nos consulados do Brasil). Os vistos permitem a permanência regular no Brasil. O visto para permanência definitiva está limitado a raras situações, entre elas, a condição de investidor e a transferência de residência ao Brasil na condição de aposentado. Mas, visto provisório ou permanente também podem ser concedidos em virtude de efetivo contrato de trabalho, ou a quem tem filho ou cônjuge brasileiros.

Contudo, o estrangeiro deve estar ciente da possibilidade de recusa ao seu pedido de visto, que depende sempre da satisfação das condições da Lei e do resguardo dos “*interesses nacionais*”, pois é exercido sempre um controle sobre a “*livre*” entrada.

Presentemente, nosso país de forma injustificada segue a tendência restricionista dos países desenvolvidos, mesmo que atualmente sejamos um país de emigração mais do que de imigração. O Brasil mantém uma legislação que o transforma num país de difícil acesso, colaborando para o decréscimo nas correntes de imigração regular para o nosso território e paradoxalmente para o aumento da imigração clandestina que se quer evitar, principalmente em âmbito regional.

²³² Ver. SALES. *O Brasil no contexto das migrações internacionais*, Travessia, São Paulo, CEM, ano 7, n.21, jan 1995, p.5-8.

A análise da última "Anistia" - Lei n. 9.675, de 29 de junho de 1998,²³³ apontada pelo Governo da época como meta realizada do seu Programa de Direitos Humanos, no que diz respeito aos estrangeiros no Brasil, demonstra, uma vez mais, o descompasso entre o mito e a realidade.

Entende-se como Anistia uma lei que possibilita aos estrangeiros que residem no país de forma irregular regularizar sua permanência no país, sem penalidades. Constitui um passo decisivo para o acesso dos migrantes às condições mínimas e para o exercício da cidadania na sociedade em que vivem.

Por isso é uma reivindicação antiga e constante de ONGs como a Pastoral do Migrante, em razão do significativo número de estrangeiros em situação irregular, principalmente latino-americanos, submetidos a exploração laboral e sob permanente ameaça de deportação do país, para quem a anistia representa uma grande esperança de permanecer com tranquilidade no território nacional. Calcula-se que somente no Estado de São Paulo, onde o fluxo migratório é maior, antes da última Anistia havia mais de cinquenta mil estrangeiros irregulares, e, no país todo, outras duzentas e cinquenta mil pessoas.

Efetivamente, o diploma de 98 teve como propósito a regularização da situação jurídica do estrangeiro em situação ilegal no território nacional. Mas o governo não cumpriu sequer a obrigação prevista na própria Lei, de dar adequada publicidade e informação. Além disso, os elevados valores das taxas para o registro, simplesmente obstaculizaram o acesso ao direito concedido pela norma.

As ONGs empenharam-se no trabalho de divulgação da Anistia, prestação de assistência e orientação jurídica aos migrantes, e, em alguns casos, até contribuindo financeiramente para o pagamento das taxas. Mas, diante do número de exigências descabidas e da precária informação dos canais públicos, o resultado foi muito aquém do almejado.

²³³ O Brasil concedeu anistia aos estrangeiros em situação irregular em 1981, 1988 e em 1998. Nesta última, 40.909 pessoas se documentaram. Entre esses, havia 9.229, chineses (República Popular da China), 9.155 bolivianos, 3.177 argentinos, 2.703 uruguaios, 2.462 coreanos, 2.335 libaneses, 2.032 peruanos, 1.784 chilenos, 1.156 paraguaios e 954 portugueses. As outras 120 nacionalidades somaram 6.855 pessoas, e, sem nacionalidade (apátridas) registraram-se 11 pessoas. Boletín de la Pastoral de los Migrantes Latino-americanos, Servicio Pastoral dos Migrantes-SPM, Año 09, nov/dic1998

Segundo os dados do governo, 39.131 imigrantes (provenientes de 81 países) requereram a Anistia. O número de concessões do Registro ainda foi menor, depois da análise dos processos de Anistia.

A grande maioria dos nossos imigrantes é formada por latino-americanos, o que é um dado importante, porque se trata de uma migração intra-regional, condizente com os esforços de integração do nosso bloco.²³⁴

A política e as normas migratórias brasileiras deveriam considerar a realidade e necessidades nacionais, assim como as da região em que se insere. O Brasil, como membro do MERCOSUL, e agora também da União Sul Americana de Nações – UNASUL,²³⁵ deve preocupar-se com a situação dos estrangeiros na perspectiva do Bloco, planejando sua política migratória conjuntamente com os demais países membros, objetivando o benefício mútuo. Além disso, como país emigracionista, deve adquirir uma postura com projeção internacional em favor da proteção dos emigrantes brasileiros. E, por último, deve respeitar os Tratados Internacionais de direitos humanos, que constituem ao mesmo tempo compromissos internacionais e norte da legislação nacional pertinente.

Contudo, ainda não percebemos um esforço coerente para respeitar os compromissos internacionais, ao contrário do desenvolvimento da aplicação de políticas dirigidas a frear a imigração, que não são suficientes para diminuir este fenômeno. Não há motivo, entre nós, para o recrudescimento das restrições migratórias. Em conjunto com a sociedade internacional, cabe ao Brasil preocupar-se com a segurança interna e internacional, obrigação que cumpre bem, mas, sem sufocar os direitos fundamentais, cujo respeito e proteção os instrumentos internacionais impõem.²³⁶

²³⁴Número de estrangeiros registrados no país: 877.286 pessoas ; o número de bolivianos legais registrados somam 35.716; Cerca que 20 mil pediram a regularização pelo Acordo Brasil-Bolívia; outros 12 mil por comprovar que têm cônjuge ou filho brasileiro. Argentinos registrados na PF somam 38.716; Coreanos são cerca de 50 mil, entre naturais e descendentes, 40 mil em São Paulo, sendo que registrados na PF somam 16.765. Nigerianos registrados na PF: 1.108, a maioria em São Paulo(dados da Polícia Federal).

²³⁵A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), conforme seu estatuto, será uma zona de integração continental, que unirá as duas organizações de livre comércio sul-americanas, Mercosul e Comunidade Andina de Nações, além do Chile, Guiana e Suriname, nos moldes da UE. Foi estabelecida pela Declaração de Cuzco, em 2004.

²³⁶ No Brasil, há 10 anos empreendem-se investigações referentes ao terrorismo, tanto no âmbito policial, quanto no que diz respeito a atividades de inteligência e até o momento não foi detectado

2.2. Direitos Humanos dos Migrantes vs Estatuto do Estrangeiro

Luciano MAIA, observa, de forma pertinente, que apesar da Constituição de 1988 ter introduzido novos paradigmas, rompendo com vários séculos de desrespeito e desconsideração pelos índios, negros, judeus, imigrantes, muitas normas, embora não escritas, continuaram a ser implementadas na prática social, compondo o panorama da política de assimilação exercida pelo Estado brasileiro.²³⁷

Efetivamente, apesar de tão elevadas garantias constitucionais, a assimilação das mudanças introduzidas pela Constituição Federal, no que tange em particular aos direitos humanos dos estrangeiros, ainda por cima, foi desfavorecida pela vigência de uma lei escrita: o Estatuto do Estrangeiro, ou Lei 6.815/80,²³⁸ cujas disposições inconstitucionais permanecem sendo aplicadas rigorosamente, seguindo cotidiana a violência contra os direitos humanos dos migrantes.

O Estatuto inseriu-se em um contexto mundial de amplas restrições à imigração. Trata-se de um diploma fortemente inspirado no conceito de “Segurança Nacional”, típico da ditadura militar, que claramente corporifica a tendência do regime de encarar o estrangeiro como potencial subversivo.

Diante da Carta de 1988, o Estatuto restou defasado, tornou-se um instrumento legal retrógrado e completamente divorciado da ordem social e política instaurada de universalização dos Direitos Fundamentais. Surpreende que após 28 anos, mesmo tão criticado, ainda seja aplicado, embora represente a negação de toda a evolução internacional

nenhum indício da existência de terroristas na região. No âmbito do MERCOSUL foi assinado, em 08/11/2002, o Acordo n. 23/02 sobre “Cooperação em operações combinadas de inteligência policial sobre terrorismo e delitos conexos” (XII Reunião de Ministros do Interior), visando o combate ao trânsito ilegal de aeronaves e atividades ilícitas transnacionais derivadas, medida que permite uma ampla cooperação das polícias para combater esse crime. No combate ao terrorismo, os países continuarão monitorando a eventual progressão de atos ou práticas que poderiam ser atribuíveis à problemática terrorista na região do Mercosul. Foi elaborado, ainda, um documento contendo medidas práticas para assistência mútua em casos de atentados, com o objetivo de aprimorar o intercâmbio de informações de inteligência por meio da “Rede Internacional de Informação de Segurança Pública”.

²³⁷ MAIA, Luciano Mariz. *Direitos Humanos das Minorias Étnicas, Religiosas, e as desigualdades sociais e regionais*. cit. pp.205/234, p.27.

²³⁸ Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 (alterações) e Decreto n. 86.715 de 10 de dezembro de 1981.

examinada, inclusive dos propósitos da integração latino-americana.²³⁹

A Lei 6.815/80, estabelece amplas restrições à imigração, traduzindo além da tendência mundial, a ideologia de “Segurança Nacional” própria do regime militar da época, segundo a qual o migrante era potencial subversivo.²⁴⁰

A simples comparação entre o primeiro Artigo da Lei do Estrangeiro (1980) e os primeiros artigos da Constituição Federal (1988) demonstra o nítido contraste substancial e ideológico entre os textos, percebendo-se também a profunda mudança de postura do legislador, como se pode ver do quadro seguinte:

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO/1980	CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988
Título I	Título I
Da Aplicação:	Dos Princípios Fundamentais:
Art. 2º - Na aplicação desta Lei atender-se-á precipualemente à Segurança nacional , à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.	Art. 1º - A República Federativa do Brasil... tem como fundamentos: (...) II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana (...). Art. 3º ... objetivos fundamentais: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação. Art. 4º (...) rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos. .Parágrafo único. (...) buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²³⁹ Ver. FARENA, Maritza. *Crítica ao Estatuto dos Estrangeiros e à nova “Anistia”*. Boletim dos Procuradores da República- Ano 3, n. 25 - maio 2000.

²⁴⁰ Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 e Decreto n. 86.715 de 10 de dezembro de 1981.

É evidente a contradição entre o Estatuto, que coloca em primeiro plano a Segurança Nacional, encarando o imigrante como ameaça à coletividade, e a Constituição, que consagra a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, assegurando desde o seu Preâmbulo: “*o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”.

Muitas vezes, o aspecto anacrônico ou inconstitucional da legislação somente vem à tona quando a vítima de sua aplicação é pessoa importante, como no rumoroso episódio da tentativa de expulsão do jornalista americano Larry Rohter. Passam despercebidos, no entanto, milhares de casos envolvendo bolivianos, paraguaios, peruanos, africanos, romenos, chineses e outros migrantes pobres de países menos favorecidos, vítimas cotidianas e silenciosas da mesma legislação.²⁴¹

O Estatuto do Estrangeiro, promulgado sob a égide da ordem constitucional anterior, prevê no artigo 95: “*O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis*”. Logicamente, deveria prevalecer a Constituição atual, porém, a contumaz interpretação restritiva, facilitada pelas contradições da própria lei, que começa por excluir os migrantes irregulares do exercício de qualquer direito, fazem os direitos fundamentais do migrante depender do intérprete.

Boa parte das disposições do Estatuto colidem frontalmente com a Lei Maior no que tange aos direitos fundamentais dos estrangeiros, encontrando-se portanto revogadas, a exemplo das vedações inconstitucionais, previstas nos Arts. 95 a 106 da Lei, que violam o Princípio da Igualdade.²⁴²

²⁴¹A vigência do Estatuto do estrangeiro é ignorada por todos os que desconhecem a situação do estrangeiro no Brasil, até por juristas. Por ocasião do affair Larry Rother, membros da OAB/SP consideraram inadmissível a aplicação da Lei do Estrangeiro ao caso, *por estar*, segundo eles, *em desuso há muitos anos e ser obsoleta...* desconhecendo a maioria dos brasileiros que a Lei é diariamente aplicada em detrimento dos direitos de muitos imigrantes carentes que aqui chegam esperançosos de uma vida melhor, para penar sob o jugo de uma lei que os deporta por faltas bem menores que a do famoso jornalista.

²⁴² O Art. 106, X proíbe o estrangeiro a prestar assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva; o Art. 106, V, o proíbe de possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, radiotelegrafia e similar e o Art. 110 estabelece a faculdade do Ministério da Justiça impedir a realização de conferências, congressos e exhibições artísticas ou folclóricas quando considerar conveniente aos interesses nacionais, enquanto a Constituição restringe através do

Desafortunadamente, os Poderes Executivo e Legislativo se mantêm irresponsavelmente inertes. Um projeto de mudança da lei de 1991 não prosperou; mais recentemente, em 2005, foi submetida a *consulta pública* uma proposta de Anteprojeto para uma nova Lei dos Estrangeiros, mas ainda não foi aprovada. Cabe à sociedade, aos acadêmicos e militantes de direitos humanos lutar por essa mudança e, em parte, esse é um dos propósitos deste trabalho.

Para complicar a situação, o país não possui uma política migratória consistente, digna desse nome, em termos de políticas públicas, entendidas como um conjunto ordenado e planejado de ações destinadas a alcançar um fim específico. Todas as ações implementadas, como as “anistias”, foram realizadas de forma casuística, e executadas de forma muito mais desregrada, ao sabor do entendimento da autoridade policial local, variando de um Estado da Federação para outro. O Brasil jamais definiu qual o tratamento que deseja dar à questão migratória, para o que contribui também a total falta de conhecimento e interesse do público e da política (partidária) em geral, a respeito do assunto. Ora os estrangeiros são bem recebidos, ora malvistas como contrabandistas ou traficantes, dependendo dos humores e circunstâncias do caso.

Na prática, a política migratória resume-se na avaliação, feita pelo agente de imigração (Policial Federal) na fronteira ou nos pontos de entrada, de quem tem condições de entrar no território nacional, concedendo-se ou negando-se o visto de entrada. E essa avaliação, feita pessoalmente pela autoridade, tal como ocorre em outros países, é altamente subjetiva, baseada muitas vezes em critérios preconceituosos. Oriundos de certos países, como Bolívia, Nigéria, etc. são estigmatizados como trabalhadores irregulares ou traficantes. Aqueles procedentes de países europeus ou americanos são em geral tidos como turistas e não enfrentam problemas.

Art. 176, a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, no interesse nacional, a brasileiros, ou empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país; do Art. 222, apenas a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens como privativa dos brasileiros, do Art. 12 § 3º cargos públicos específicos (Presidente, Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal federal, membro de carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministros de Estado da Defesa e membro do Conselho da República) aos brasileiros natos, do Art. 89, VII e do Art. 190, a aquisição de propriedade rural por estrangeiros; e do Art. 14, os Direitos Políticos.

Por outro lado, o agente executor lida com o migrante viciado pela ideologia xenofóbica e anacrônica do Estatuto, às vezes extrapolando seu conteúdo repressivo. Frequentemente, o estrangeiro que acode aos órgãos encarregados, enfrenta o desdém e a arbitrariedade próprios de um regime social e legalmente ultrapassado. É o autoritarismo incorporado numa prática fruto de uma legislação injusta e retrógrada.

Na tarefa de defender ou reparar esses direitos, no âmbito administrativo e judicial, é preciso recorrer ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, isto é, faz-se mister invocar os direitos humanos previstos na Constituição Federal e Tratados Internacionais assinados pelo Brasil. para que os direitos dos estrangeiros, mesmo os mais elementares, prevaleçam. Afortunadamente, o Judiciário, atento à nova Carta, tem muitas vezes decidido favoravelmente ao migrante, afastando a aplicação da lei e o arbítrio que ela deposita nas mãos do administrador.

2.2.1. Violações mais frequentes:

Na atividade profissional exercida na Assessoria Jurídica do Centro Pastoral dos Migrantes em São Paulo, deparamo-nos cotidianamente com a realidade de violação e desrespeito dos direitos dos migrantes. A maioria dos casos referem-se principalmente aos seguintes aspectos:

- ***A Exploração laboral dos migrantes irregulares*** talvez seja uma das situações mais expressivas da vulnerabilidade em que se encontram os imigrantes no país. Particularmente no Estado de São Paulo, é bem conhecido o caso dos bolivianos que trabalham em oficinas de costura, em condições subumanas, em muitos casos, semelhantes à escravidão.²⁴³

Como se sabe, no Brasil, o trabalho escravo foi banido com a Lei Áurea, desde o século XIX, entretanto, por absurdo que possa parecer, em pleno século XXI persiste a submissão de seres humanos a regime de escravidão. Tal como ocorre com os focos de

²⁴³ Ver. FARENA, Maritza. *O Combate ao Trabalho Escravo do Imigrante Irregular. e também: SUIAMA, Sérgio Gardenghi. O Trabalho como Direito Humano Fundamental Universal.* Boletim dos Procuradores da República, março 2005, Ano VI pp. 21/24 e 25/28 respectivamente.

trabalho escravo rural, o problema é antigo e somente agora está sendo enfrentado, mas sequer há um tipo penal específico na legislação brasileira para o tráfico internacional de migrantes.

O esforço feito nas campanhas de combate ao trabalho escravo esquece do principal, daquilo que realmente os trabalhadores imigrantes irregulares precisam: o reconhecimento dos seus direitos trabalhistas. O mais importante em termos de direitos humanos seria a reversão dos efeitos da exploração, devolvendo-se aos escravos “libertados” seus direitos trabalhistas.

As operações *exitosas* da Polícia Federal de desmantelamento de oficinas de costura clandestinas, logram a detenção e condenação do empregador, com fundamento no crime de *redução de empregado à condição análoga à de escravo* (Art. 149, CP),²⁴⁴ bem como a libertação dos bolivianos indocumentados, que moram na própria oficina onde trabalham, mas culminam com a deportação das próprias vítimas da exploração do trabalho, e também, em sua maioria, do tráfico internacional de mão-de-obra, sem indenização trabalhista alguma.

A deportação significa a humilhação, voltar ao país de origem para reencontrar de mãos vazias a família que deixara cheia de esperanças. É o pior dos castigos para os nossos irmãos latinos, que não fazem diferente de muitos brasileiros que trabalham irregularmente no exterior, em troca de melhores condições de vida, encarados como indesejáveis, quando deveriam ter garantido o direito de livre circulação, residência e trabalho, em virtude da “integração latino-americana”.

O tratamento meramente policial ou migratório do trabalho escravo de indocumentados, desconsiderando os direitos trabalhistas destes, apenas tende a agravar o problema, estimulando, pelos altos lucros, tanto exploradores do trabalho quanto o tráfico clandestino de mão de obra que fornece o elemento humano àqueles.

²⁴⁴ Exemplo de condenação criminal de empregador que mantinha empregados em condições análogas às de escravo é a decisão do TRF da 3ª. Região (APELAÇÃO CRIMINAL - 10410 Processo: 199961810056145 UF: SP PRIMEIRA TURMA de: 02/09/2003 Documento: TRF300074963) DJU 02/10/2003 p.170.

É acima de tudo uma questão de direitos humanos fundamentais e assim deve tratar-se. Somente dessa forma será possível romper o círculo vicioso que alimenta a vinda de novos imigrantes para exploração, pois em que pese o dismantelamento de uma ou outra estrutura, a exploração do trabalho do indocumentado continuará suficientemente compensador para certos setores.

Acima de tudo, não se pode esquecer que o direito trabalhista dos trabalhadores migrantes indocumentados está assegurado por princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrados nos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos, conforme corroborado por jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na OC 18/03, mencionada anteriormente:

“A qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de maneira alguma, justificação para privá-la do gozo e exercício de direitos humanos, entre os quais os trabalhistas. O migrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego, pois estes direitos são consequência da relação trabalhista”.

Aliás, segundo essa decisão da Corte não basta fazer referência às obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores migrantes; é pertinente salientar que essas obrigações projetam diversos alcances e efeitos para os Estados e para terceiros. Pois, como esclarece, as relações trabalhistas ostentam reflexos tanto no direito público quanto no direito privado, e em ambos âmbitos o Estado tem um papel importante. É claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção Interamericana em virtude de um ato do Poder Público ou cometida por pessoas que atuam prevalecendo-se dos poderes que ostentam pelo seu caráter oficial, não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, nem os supostos em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por lesão a esses direitos.

Efetivamente, de acordo com o Parecer, um fato ilícito violador dos direitos humanos, que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular – como o trabalho escravo – ou por não se ter identificado o autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, pela falta da

devida diligência para prevenir a violação, ou por omitir-se na devida repressão. A obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se fundamenta também no fato de que são os Estados os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula relações entre particulares (direito privado), motivo pelo qual também devem velar para que nessas relações privadas os direitos humanos sejam respeitados, já que do contrário um Estado, como o Brasil, pode resultar responsável pela violação dos direitos.²⁴⁵

Lamentavelmente, as autoridades desconsideram tudo isso e também a nossa Constituição e aplicam o Estatuto do Estrangeiro. Entendemos que face aos direitos fundamentais do acesso ao Poder Judiciário (Art. 5º, inciso XXXV, C.F.), da indenização integral por prejuízos sofridos (Art. 5º, V, C.F.), da assistência jurídica integral e gratuita (Art. 5º, LXXIV, C.F.) e dos direitos sociais do trabalho consagrados no Art. 7º. da Constituição Federal, todo trabalhador imigrante no Brasil, documentado ou não, faz jus a um provimento jurisdicional que assegure sua permanência no território nacional até o desfecho final das ações trabalhistas e/ou indenizatórias, movidas contra o empregador que o colocou em situação de trabalho escravo.

• ***Negação arbitrária e dificuldade de obtenção do direito de permanência no Brasil***, e conseqüente ameaça abusiva de deportação: A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficam sempre condicionadas aos “interesses nacionais”, definidos arbitrariamente pela autoridade, sem que jamais sejam levados em linha de conta os direitos humanos dos migrantes.²⁴⁶

O reconhecimento do Direito de Permanência de dezenas de pessoas, principalmente latino-americanos, que de forma arbitrária e segundo a lei restariam irregulares e deportados, mesmo com residência e trabalho no Brasil por muitos anos, é, entre outras, uma das vitórias logradas pela Assessoria Jurídica do Centro Pastoral dos Migrantes em São Paulo.

²⁴⁵ OC 18/03, cit.

²⁴⁶ A lei estabelece os casos em que não se concede visto:

- menor de dezoito anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a autorização expressa;
- considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais;
- anteriormente expulso do país, salvo se a expulsão tiver sido revogada;

Os dados comprovam essa situação: Em 2007, 44.954 pessoas tiveram suas entradas registradas no país, apenas 2.615 receberam autorização para residir e trabalhar permanentemente no país e 26.873 receberam vistos temporários de trabalho, sendo que 17.126 foram para pessoas com ensino superior ou curso técnico.²⁴⁷

- ***Ordem de deportação arbitrária:*** A deportação é medida estabelecida para punir a permanência irregular no país, consistente num procedimento sumário sem acesso ao judiciário, levado a cabo pela própria Polícia Federal. O estrangeiro irregular é notificado a retirar-se voluntariamente no exíguo e improrrogável prazo de sete dias, no caso de permanência irregular e de três dias no caso de entrada irregular. São poucos os que têm a chance de defender-se contra essa ordem que nem informa a possibilidade de defesa. (Art. 98 e ss. do Decreto 86.715/81 que regulamenta a Lei 6.815/80).

Gradativamente, e em especial a partir da Constituição de 1988, a jurisprudência foi evoluindo para aceitar, além da apreciação de aspectos formais, também a incursão sobre aspectos de mérito do próprio ato de deportação, invocando a prevalência de direitos fundamentais, e, em alguns casos, tratados internacionais.

- ***Expulsão de crianças das escolas,*** privando-as do seu direito à educação, apenas porque seus pais não comprovaram residência regular, ou mesmo durante o trâmite do processo de regularização é uma flagrante violação da Constituição, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU de 1992 e da Convenção Internacional de 90. Não se pode esquecer que as normas internacionais proíbem a negação ou limitação do acesso de menores a estabelecimentos públicos de ensino pré-escolar ou escolar por motivo de permanência ou emprego irregular dos pais ou com fundamento na permanência irregular da criança no Estado de emprego dos pais. Resta óbvia a possibilidade de condenação do Brasil no plano internacional por esse motivo.

- ***Discriminação na aplicação da Lei Penal e penitenciária:*** aos estrangeiros presos dificilmente são aplicados benefícios da execução penal como progressão de regime,

²⁴⁷Dados do SINCRE – Sistema Nacional de Cadastramento e Registro de Estrangeiros do MJ e Informativo do Setor Imigrantes Serviço Pastoral dos Migrantes, Junho 2008 - Nº 61 Boletim Pastoral dos Migrantes.

liberdade provisória, etc; os migrantes detidos carecem seriamente de falta de informação, assistência jurídica, serviços de tradução e interpretação, visitas familiares, etc. Direitos que, de acordo com a Constituição, deveriam estar garantidos, principalmente para a maioria que se encontra longe dos seus familiares. Além disso, os advogados de ofício não são especializados em matéria de migração e os juízes geralmente homologam as medidas policiais. Tratados bilaterais firmados com certos países, para execução da pena no Estado de origem, têm representado a solução para alguns detidos.

- ***Inviabilização do acesso de estrangeiros aos cargos públicos***, na forma admitida na Constituição.

- ***Tratamento discriminatório em lugares públicos e privados***, funcionários de instituições públicas e privadas tratam os migrantes de forma discriminatória pelo mero fato de tratar-se de estrangeiros, ou por encontrar-se irregularmente no país, presídios, escolas, bancos, imobiliárias, hospitais, lugares de lazer fazem mais exigências que superam as legalmente admitidas de forma diferenciada dos nacionais.

Inclui-se a conduta levada a cabo pela própria Polícia Federal, na execução de medidas legais de forma abusiva ou arbitrária (detenção, deportação) ou na atenção discriminatória e rude dispensada ao migrante.

- ***Desrespeito dos direitos pela Administração***, pela ineficiência no tratamento da imigração. A freqüente demora no fornecimento da Cédula de Identidade, conjugada à falta de eficácia da disposição legal sobre a validade do protocolo tem acarretado inúmeras dificuldades ao efetivo direito dos estrangeiros a uma vida digna. Jamais se preocupou a administração, por exemplo, em esclarecer à sociedade o valor legal do protocolo de requerimento dos registros de permanência (provisório ou definitivo), no país, que é um mero pedaço de papel entregue ao estrangeiro, a fim de evitar os incontáveis transtornos que sofrem seus portadores. Assim, o recebimento do Protocolo, não faz cessar o calvário de seu portador, pois os direitos que deveria assegurar não são reconhecidos nem por órgãos públicos. A inacreditável demora na entrega da cédula de Registro do Estrangeiro – RNE já foi objeto de

denúncia jornalística.²⁴⁸

Além disso, novas resoluções administrativas e as anistias têm aumentado o número de processos administrativos de permanência, ocasionando uma alegada sobrecarga no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, com o conseqüente atraso nos trâmites, que determina a irregularidade involuntária de muitos migrantes, inclusive estudantes universitários, aos quais têm sido denegado o acesso à formação universitária. Da mesma forma, a tramitação dos vistos de trabalho é muito lenta e rigorosa, dificultando o emprego dos estrangeiros capacitados. Na maioria dos órgãos que lidam com os imigrantes a regra é carência de recursos pessoais e estruturais, bem como de capacitação.

• ***Denegação injustificada da condição de refugiado.*** No referente aos Refugiados, o Brasil cumpriu as determinações internacionais, incorporando a proteção dos mesmos no seu sistema normativo por via de uma lei específica (Lei 9474/97), residindo atualmente no país cerca de 3.700 Refugiados, de 69 nacionalidades, sendo oitenta por cento provenientes da África, sobretudo de Angola. Entretanto, muitas solicitações de refúgio são negadas, mesmo quando os solicitantes fundamentem amplamente seu pedido e possam ser caracterizados como verdadeiros refugiados. Por outro lado, não tem havido resposta humanitária internacional para alguns casos de denegação, tendo ocorrido inclusive deportação individual e coletiva de solicitantes de refúgio a seus países de origem, em violação do princípio fundamental de *Não-devolução do Refugiado* e da proibição da deportação massiva.²⁴⁹

Preocupa-nos o grande número de migrantes em situação irregular no Brasil, que pode chegar aos 200 mil, segundo dados oficiais. Muitos migrantes são enganados pelas redes

²⁴⁸ A Assessoria Jurídica da Pastoral dos Migrantes com freqüência reclama o reconhecimento dos direitos em Cartórios, Delegacias do Trabalho, Delegacias da Receita Federal, Supermercados, Escolas, Bancos, Instituições de Crédito ou Financiamento, etc. Jornais brasileiros tem denunciado erros da Polícia Federal e a demora na entrega da cédula de identidade dos estrangeiros. Folha de São Paulo, “*Governo Deixa Imigrantes sem documento*” de 16 de maio de 1999 (Caderno Brasil). O Estado de São Paulo, p. A-18, “*Caso de Polícia mesmo*” e “*Erro da PF causa Fila de Estrangeiros*” 16 de abril de 1999.

²⁴⁹ A exemplo de um grande número de ciganos romenos em São Paulo, que após denegação do seu pedido de refugiado foram massivamente deportados; outro caso foi a denegação do pedido de refúgio de dois cubanos em João Pessoa, também sem fundamento, e sob pretexto de tratar-se de “migrantes econômicos”, mas que não foram deportados.

de tráfico, outros são incentivados a migrar por familiares e amigos, que já vivem e trabalham de forma regular ou irregular no Brasil. Concorre para isto o excesso de burocracia e as restrições migratórias, que determinam uma entrada clandestina, da qual se aproveitam as redes de tráfico, o que aliado à carência de direitos fundamentais para os indocumentados, resulta na exploração da mão de obra migratória irregular, a exemplo do conhecido caso dos bolivianos. Na verdade, enquanto os trabalhadores migrantes irregulares não tiverem garantidos seus direitos fundamentais e seus direitos trabalhistas, continuará o ciclo vicioso do tráfico e exploração.

Para fazer valer seus direitos, os migrantes contam apenas com a boa vontade de ONGs e advogados militantes na área de direitos humanos. Mais recentemente, o Ministério Público Federal, através das Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão, preocupado com o desrespeito dos direitos, tem atuado em favor da melhoria da situação do migrante no país.²⁵⁰ E, por último, o Judiciário vem adotando decisões em favor do reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes, na sua obrigação de *respeitar e promover a efetividade dos direitos garantidos pela Constituição do Estado e assegurados pelas Declarações Internacionais* (como adverte o Ministro Celso Mello).²⁵¹ São ações que nos permitem vislumbrar alguma evolução no tema dos direitos dos migrantes.

As considerações até agora feitas nos permitem concluir que apesar dos esforços de algumas instituições na proteção dos direitos humanos dos migrantes, há um enorme descompasso entre a norma e a realidade no que respeita à garantia desses direitos. Diante desse quadro, é conveniente fazer uma reflexão em torno das perspectivas que esperam aos direitos dos migrantes.

3. PERSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

Numa reportagem publicada dias atrás por um dos principais jornais do país, li com muita consternação: “*as praias mediterrâneas da Líbia foram banhadas por dezenas de corpos dos mais de 200 africanos que naufragaram durante uma precária travessia ilegal em*

²⁵⁰ Temos acompanhado vários procedimentos instaurados pelo MPF em favor dos direitos dos migrantes.

²⁵¹ *Habeas Corpus* 87.585-8 de 12/03/2008 Tribunal Pleno Tocantins.cit.

direção à Europa. A milhares de quilômetros daí, no Japão, o governo passou a pagar R\$ 6.700 para imigrantes desempregados deixarem o país. Os dois movimentos ocorridos na última semana, são reflexos distintos de um mesmo e crítico dilema: o que a crise econômica força hoje nos fluxos migratórios globais”. A reportagem transcreve uma entrevista realizada com o historiador e cientista político Demetrius PAPADEMETRIOU, que faz uma reflexão interessante e pertinente em torno da influência da crise econômica sobre as migrações. Segundo ele, apesar do desespero dos que ainda se arriscam, a crise econômica atual “lança o mundo no ambiente mais desafiador das últimas quatro décadas”, podendo sufocar o apogeu histórico de mobilidade do século 21. Isto, não só porque a crise é pior, mas porque os fluxos migratórios são muito superiores aos do passado, e, por isso, as conseqüências são muito mais importantes.²⁵²

Como adverte o historiador na entrevista, a crise vai afetar de forma muito dura os países de origem dos imigrantes ao longo deste ano, desencorajando sua volta, e se o fluxo de retorno aumentar muito, esses países vão sofrer muito porque a imigração é um forte redutor de pobreza para as famílias. A economia dos países ricos também será bastante afetada quando a prosperidade retornar, se demorarem a reconquistar os imigrantes necessários, pois sua mobilidade geográfica é extremamente importante para os mercados de trabalho.

Esse quadro no qual as perspectivas para os direitos dos migrantes não se mostram muito positivas é reforçado quando são examinadas as mais recentes tendências normativas, que afetam os imigrantes no país e os emigrantes brasileiros no mundo desenvolvido, conforme veremos em seguida.

3.1. Perspectivas para os imigrantes no Brasil

No Brasil percebe-se alguma evolução representada por uma jurisprudência tendente ao reconhecimento do valor dos direitos humanos e preservação da dignidade dos migrantes, bem como a execução de uma ação mais combativa contra o trabalho escravo dos imigrantes irregulares.

²⁵²MURTA, Andrea. *Crise econômica ameaça era histórica de mobilidade*. Folha de S. Paulo, 6 de abril de 2009, p. A-12.

Comprova-o, entre outras, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela prevalência dos direitos fundamentais dos estrangeiros. Trata-se do "*Habeas Corpus*" Nº 35.445 - DF (2004/0066761-30), requerido em favor de William Larry Rohter Júnior, repórter do jornal "*The New York Times*", contra ato do Ministro interino da Justiça, que cancelou-lhe o visto por haver publicado matéria jornalística considerada ofensiva à honra do Presidente da República do Brasil, com grave prejuízo à imagem do país no exterior (uso de bebida alcoólica pelo mandatário),²⁵³ conforme se vê:

"Funda-se o Requete no art. 5º, incisos IV, IX e LII, da Constituição, pedindo seja concedida ordem liminar de "habeas corpus", para suspender "os efeitos do ato violador da liberdade de locomoção no Brasil, a fim de fazer cessar o constrangimento ilegal praticado pela autoridade coatora", requerendo a final a concessão da ordem em definitivo após o trâmite legal.

É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, dentre eles avultando a liberdade de expressão. E dúvidas não pode haver quanto ao direito de livre manifestação do pensamento (inciso IV) e da liberdade de expressão da atividade de comunicação, "independentemente de censura ou licença"(inciso IX)".

Também têm sido tomadas algumas medidas positivas para amenizar a situação dos migrantes. Dentre elas, podem ser mencionados a adoção de dois Acordos pelos governos do Brasil e Bolívia. O primeiro é o "*Acordo de Regularização Imigratória*" (uma espécie de Anistia bilateral), firmado em La Paz, em 15 de agosto de 2005, o qual dispõe:

"Os imigrantes regularizados na forma deste acordo terão os mesmos direitos e estarão sujeitos às mesmas obrigações de natureza trabalhista em vigor para os trabalhadores nacionais do Estado receptor, e da mesma proteção quanto à aplicação das leis relativas à saúde e segurança do trabalho".

A vigência deste instrumento pode ajudar a melhorar a situação desesperadora enfrentada pelos bolivianos, um dos povos mais sofridos na história recente das migrações no Brasil,²⁵⁴ levando-se em conta que, segundo as estimativas oficiais, havia cerca de sessenta mil bolivianos em situação irregular, somente em São Paulo, antes da sua adoção.

²⁵³Publicada na edição de 9 de maio de 2007 do jornal "*The New York Times*".

²⁵⁴ Ver. SILVA, Sidney A., a esse respeito, "*Costurando Sonhos*", *A Trajetória de um Grupo de Bolivianos em São Paulo*, Paulinas, São Paulo, 1997.

O segundo é o “*Acordo sobre Facilitação para o Ingresso e Trânsito de seus Nacionais em seus Territórios*”, assinado em Santa Cruz de La Sierra, em 8 de julho de 2004 e que entrou em vigor em 16 de setembro de 2005.²⁵⁵

Acordos semelhantes foram celebrados com outros países da região, como o “*Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru sobre Facilitação para o Ingresso e Trânsito de seus Nacionais em seus Territórios*”, de 10 de fevereiro de 2004.

Além disso, anuncia-se uma nova Anistia geral, prometida desde 2006 a todos os movimentos sociais que a demandam, mas apenas recentemente aprovada na Câmara dos Deputados. Sua aprovação definitiva é muito oportuna para regularizar os milhares de imigrantes não beneficiados na última Anistia de 1998 e que residem no Brasil por um tempo considerável.

Por outro lado, será analisado no Senado a proposta de emenda constitucional PEC 14/07 altera o art. 14 da Constituição Federal, objetivando a participação dos imigrantes permanentes na vida política local, por via da titularidade dos direitos políticos, facultar aos estrangeiros domiciliados no Brasil votar nas eleições municipais e candidatar-se ao cargo de vereador. Para seu autor, o senador Álvaro Dias, o sistema constitucional brasileiro repele posturas “preconceituosas” e “*é hora, de dar um fim a essa discriminação negativa, afastando a assimetria existente no fato de se exigir dos estrangeiros respeito à legislação dos países anfitriões, sem lhes dar, em contrapartida, alguns direitos políticos fundamentais inerentes à pessoa humana*”.²⁵⁶

Contudo, o mais importante para estas perspectivas é a possibilidade de adoção de uma nova lei de estrangeiros, cujo ante-projeto merece que façamos particulares considerações.

²⁵⁵ Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 884, de 11 de agosto de 2005. Promulgado pelo Decreto nº 5.541, de 19 de setembro de 2005. Promulgado pelo Decreto 5.537, de 13.9.2005 e publicado no DOU de 14.9.2005.

²⁵⁶ *Senado analisa voto de estrangeiros no Brasil*. Agência Senado – Brasília. Disponível em http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_editoria=5&id_noticia=267953, acesso em 07 de janeiro de 2009.

3.1.1. O Ante-projeto da nova Lei do Estrangeiro no Brasil

Após anos de reivindicação, anunciou-se a modificação da Lei dos Estrangeiros, como forma de recuperar a garantia dos Direitos Fundamentais dos migrantes, assegurada na Constituição de 88, mas perdida na prática de aplicação do Estatuto do Estrangeiro.

O anteprojeto do novo Estatuto do Estrangeiro representa uma tentativa de mudar a estrutura legal defasada, prometendo-se que diferentemente da conjuntura e do modelo em que foi sancionada a Lei 6.815/80, o novo Estatuto seria amplamente discutido com a sociedade, por meio de consulta pública, antes de ser encaminhado para votação no Congresso Nacional. Em 2005, com certo atraso, ocorreu a publicação do Anteprojeto no DOU, sem ter havido muita discussão, e até agora não foi votado.²⁵⁷

A despeito das promessas do governo de que "a essência da lei também mudaria" e que "*desta vez, a imigração seria vista sob a ótica dos direitos humanos e do tratamento ainda mais digno aos estrangeiros e não mais do ponto de vista da segurança nacional*", o Anteprojeto assemelha-se bastante à Lei atual e não representa propriamente uma mudança de espírito, apesar de alguns avanços importantes.

Em nossa opinião, a nova Lei deveria realmente inovar, incorporando, sem timidez, as normas da Convenção Internacional de 1990 da ONU, infra examinadas, para permitir sua integral eficácia.

Não se justifica, diante da prevalência da dignidade da pessoa humana, que o anteprojeto não mencione na ementa, os direitos dos estrangeiros no Brasil, ao invés de simplesmente reproduzir a fórmula tradicional de "disposições sobre ingresso, permanência e saída do território Nacional e definição de crimes". Afinal, a lei deveria contribuir para a criação de uma cultura de Direitos Humanos em sua aplicação. Além do que, logo após as Disposições Preliminares, no Título II, dispõe sobre os direitos e garantias individuais do estrangeiro.

²⁵⁷ DOU, N. 169 – Seção 1, 1 de setembro de 2005.

O anteprojeto, expressamente prevê uma fundamentação mais adequada para a aplicação da lei, a qual, conforme o Art. 2º, deve nortear-se pela “*política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses sócio-econômicos e culturais do Brasil, defesa do trabalhador nacional, preservação das instituições democráticas, segurança da sociedade e relações internacionais*” (grifos nossos).

Contudo, a Política Nacional de Migração deveria contemplar medidas anti-discriminatórias e pró-integração dos imigrantes. Pois, a grande mudança que deve ser feita no Estatuto do Estrangeiro é na filosofia, para que os direitos fundamentais de fato prevaleçam, não se permitindo que o país feche os olhos para a imigração.

Por isso, não é construtiva a abordagem que opõe defesa do trabalhador nacional e direitos humanos dos trabalhadores migrantes. É preciso lembrar ainda que a defesa da mão de obra nacional, levada a extremos em termos de restrições a direitos fundamentais dos migrantes, acarreta exatamente o efeito oposto – a exploração da mão de obra destes, e por esta mesma razão, o incremento do tráfico de pessoas, minando o propósito final da legislação.

A palavra imigração assume um novo sentido no contexto da globalização, a de circulação de trabalhadores em busca de melhores condições dentro do um espaço regional integrado. Por isso, a legislação deve contribuir para a integração da região onde o Brasil se insere. Nesse sentido, importante a advertência do ante-projeto sobre a aplicação da Lei, para fazer prevalecer os acordos internacionais. Dessa forma, os acordos no âmbito do MERCOSUL e Convenção Internacional de 1990, na eventual ratificação pelo Brasil, prevalecerão nas matérias que dizem respeito (Art. 148).

O anteprojeto faz bem ao assegurar expressamente no Art. 4º. os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e faz melhor ainda destacando os principais direitos garantidos. Mas, incorre no pior erro possível, nesse mesmo artigo, ao restringir a aplicação desses direitos apenas *aos residentes permanentes ou temporários*, permitindo uma interpretação que exclui todos os imigrantes que não portam documento de residência. Além de não caber à Lei fazer interpretação restritiva da Constituição, vai na contra-mão de toda a

evolução nacional e internacional, em termos da proteção dos direitos humanos.

Em matéria de discriminação, supera a atual lei, deixando à margem de maneira perversamente expressa, os direitos trabalhistas fundamentais dos indocumentados, numa resistência explícita aos propósitos da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias*, de 1990. Obviamente, por inconstitucional, não poderá prosperar uma disposição dessa natureza, que sequer assegura direitos fundamentais aos turistas estrangeiros ou em trânsito pelo país.

O Ante-projeto demonstra mais uma vez a tendência de exclusão da legislação imigratória brasileira. Além disso, o texto resulta incoerente, porque estabelece como um dos seus Princípios a garantia dos direitos humanos e a seguir os cerceia, quando deveria expressamente assegurar os direitos fundamentais a todos os estrangeiros que se encontrem no Brasil, não importando a sua situação jurídica.

Estabelece ainda uma série de restrições relativas ao trabalho do estrangeiro, que permanece vinculado aos termos do contrato que enseja a concessão do visto ou ao desempenho de atividade profissional determinada por prazo definido.

Por outro lado, não podem deixar de ser feitas algumas observações quanto às medidas coercitivas, estabelecidas no anteprojeto. Tema que leva, mesmo entre os aplicadores das regras migratórias, a confusão recorrente entre os institutos previstos (Deportação, Expulsão e Extradicação).²⁵⁸

O projeto do novo Estatuto prevê critérios mais ágeis para a deportação e para a expulsão de estrangeiros que cometerem crime no Brasil. Trata-se de medida conveniente quando se trata de integrantes de organizações criminosas, mas é preciso ter cuidado em relação às garantias que devem acompanhar tais procedimentos, que são muito diferentes (a deportação é medida administrativa contra a irregularidade migratória e a expulsão é medida penal, que deve levar em consideração a diversidade de fatos delituosos). Aliás, a deportação (retirada compulsória do país do estrangeiro irregular, que não se retira voluntariamente no

²⁵⁸ A exemplo do próprio anteprojeto, que mesmo elaborado por uma comissão de especialistas, no Art. 144 utiliza o termo expulsão, onde deveria ser deportação.

prazo fixado) continua com rito sumário e desprovida de garantias processuais (contrário ao entendimento jurisprudencial predominante que advoga pela ampla defesa). A segurança nacional e a prevenção dos delitos estariam melhor garantidos com a modernização dos sistemas de identificação dos estrangeiros nos portos, aeroportos e outros pontos de entrada.

Em um ponto o anteprojeto incorporou os avanços da Constituição Federal de 1988 reafirmados pela jurisprudência, ao estabelecer que a prisão, por até 60 dias, do estrangeiro que aguarda a efetivação da deportação, depende de ordem judicial, não mais admitindo a ordem administrativa. Consta também a proibição da deportação que implique em extradição não admitida pela lei brasileira, de acordo com a nossa Constituição Federal (Art. 71).

A novidade no anteprojeto, com relação à expulsão é que poderá efetivar-se também quando o Poder Judiciário entender cabível a concessão ao estrangeiro de livramento condicional, de progressão do regime de cumprimento da pena e de suspensão condicional do processo ou da pena. Além disso, aumentaram as causas impeditivas da expulsão. Desse modo, talvez os benefícios da Execução Penal finalmente sejam aplicados aos estrangeiros presos.²⁵⁹

O Projeto de Lei também inova em relação às vítimas de tráfico ilícito que tenham ingressado no Brasil de maneira irregular e trabalhem irregularmente. Prevê a possibilidade de isenção de responsabilidade administrativa e de “expulsão” (deportação), nos casos que enumera (denúncia às autoridades dos envolvidos no tráfico de seres humanos ou imigrantes; cooperação e colaboração com as autoridades policiais de imigração, proporcionando dados essenciais à investigação, podendo beneficiar-se da regularização migratória ou do retorno ao país de origem ou a outro que o receba; e, testemunho no processo instaurado contra os autores do tráfico - Art. 144). Esse benefício poderia ser estendido ao imigrante irregular que denuncia ou colabora com investigações nos casos de trabalho escravo ou forçado de imigrantes. Debate-se atualmente o aumento das penas para quem emprega pessoas em

²⁵⁹De acordo com o projeto, não se admite a expulsão: se implicar em extradição não admitida pela lei brasileira; se o estrangeiro tiver: filho brasileiro sob sua guarda e dependente economicamente ou cônjuge ou companheiro brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito e desde que o casamento tenha sido celebrado ou a união estável reconhecida antes; e, se tiver ingressado no Brasil nos cinco primeiros anos de vida, residindo regular e continuamente no País.

situação ilegal.

O Ante-projeto também prevê a possibilidade de anistia geral para os irregulares, mas a notícia sobre a iminência de uma nova anistia, mostra como é difícil a modificação da Lei. Esperamos que com um Estatuto melhor, acompanhado da correta aplicação da Lei, o número de irregulares tenda a diminuir.

Mas para isso também é necessário mais cuidado com a tramitação dos procedimentos e expedientes migratórios, através de maior capacitação dos agentes encarregados da aplicação das leis migratórias, de modo a garantir um quadro objetivo e homogêneo de sua aplicação, afastando o arbítrio, o preconceito e a discriminação por procedência, que infelizmente ainda imperam na ação administrativa, como na maioria dos países do mundo. Deve igualmente ser fornecida aos interessados ampla informação em linguagem acessível sobre os procedimentos de registro, evitando-se a irregularização da situação do estrangeiro em virtude da desinformação.

A nova lei deve contemplar com mais firmeza a dignidade dos migrantes sócio-econômicos que, muitas vezes, por falta de outro amparo legal, buscam acolhida na Lei 9.474/97,²⁶⁰ confundindo os institutos de proteção ao migrante e ao refugiado.

É preciso garantir assistência jurídica e de tradução ao migrante e ao solicitante de refúgio, em todos os atos administrativos concernentes a sua situação, bem como o direito de acesso ao Poder Judiciário, independentemente de sua condição migratória no país, inclusive a garantia do acesso à Justiça do Trabalho para recebimento de direitos trabalhistas.

Importa, sobretudo, ao novo Estatuto do Estrangeiro esclarecer que nenhum estrangeiro será privado de seus direitos fundamentais, muito pelo contrário, serão fortalecidos instrumentos para sua proteção, conforme os Tratados Internacionais na matéria, mostrando coerência não somente com nossa Lei Maior, mas também com o Direito Internacional dos Direitos Humanos; enfim, deve convocar uma nova mentalidade nas autoridades encarregadas de aplicar a legislação migratória para assegurar sua justa e

²⁶⁰ Lei brasileira de proteção ao refugiado.

homogênea aplicação em todo o território nacional, por meio de sua ampla divulgação, a fim de que os migrantes conheçam seus direitos, e as autoridades seus deveres, ambos capacitando-se para praticá-los. Enfim, as leis migratórias devem ser acima de tudo coerentes com a realidade migratória, com o regime adotado que é o democrático, com os objetivos de nossa Carta Magna e com os direitos humanos.

Vale anotar que o atual Presidente da República salientou, no encerramento da 15ª. Cúpula Ibero-Americana (em 15/10/2005), realizada em Salamanca, “*a necessidade de garantir condições dignas aos trabalhadores independentemente de seu status migratório*”.²⁶¹

Mas, parece estarmos indo a passos muito lentos nesse aspecto. O governo anunciou recentemente, como grande notícia, que enviará proposta ao Congresso para ratificação da Convenção n. 143 da OIT, instrumento que, como mencionamos acima, reafirma a garantia dos direitos sociais e trabalhistas aos migrantes regulares. É uma medida de cumprimento de obrigação internacional, mas, que deveria ter ocorrido há muito tempo. Não significa grande avanço normativo sem a tomada conjunta de outras medidas, como a Ratificação da Convenção de 90, pois, no caso do Brasil, serve para reforçar a resistência ao reconhecimento dos direitos dos trabalhadores imigrantes irregulares.

A esse propósito, como vimos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser consultada, pelos Estados membros da OEA, sobre a compatibilidade entre quaisquer de suas leis internas e a Convenção Interamericana ou outros tratados sobre direitos humanos (Art. 64.2 da Convenção), tendo já admitido uma consulta sobre a validade de um projeto legislativo.²⁶² Isso abre a possibilidade de que nossa Lei de estrangeiros tenha sua validade questionada perante esse órgão internacional de justiça por outro país da região, a Bolívia, por exemplo, cujos cidadãos são aqui injustamente discriminados.

Por último, neste ponto, deve ser ressaltado que mesmo que o Brasil ainda não tenha aderido à Convenção Internacional de 90, pode figurar como réu perante os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos por negar direitos fundamentais aos

²⁶¹ Folha de S. Paulo, A-17, domingo 16 de out. de 2005.

²⁶² Opinião Consultiva OC 4/84 de 19 de janeiro de 1984. Serie A, N° 4, par. 15-30. CIDH, *Proposta de modificação da Constituição Política de Costa Rica (assunto naturalização)*.

migrantes, apenas em função de sua condição jurídica, pois está constitucionalmente inserido no Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos,

3.2. Perspectivas para os imigrantes na Europa e nos Estados Unidos

“Atirar para matar”

“É a ordem da tradicional Scotland Yard no combate aos responsáveis pelos atentados terroristas ocorridos em Londres. Por isso é bem legítima e oportuna a indignação de algumas centenas de manifestantes, por um lado, e a estranheza do chanceler Celso Amorim e do Itamaraty, por outro, sobre a morte de Jean Charles de Menezes, em Londres, Inglaterra, no dia 22 de julho pp. Morreu porque era suspeito de terrorismo, morreu porque era trabalhador ou morreu porque era migrante? O fato é que, com apenas 27 anos, o eletricista de Gonzaga, interior de Minas Gerais, foi barbaramente assassinado com oito tiros disparados a queima-roupa por policiais à paisana da polícia londrina....

...Em resposta aos protestos da comunidade brasileira nas ruas de Londres e à repercussão do caso na imprensa mundial, o chanceler britânico, Jack Straw, limitou-se a dizer que “lamenta, mas a polícia está lidando com suicidas”. A mesma resposta cínica foi endereçada pelas autoridades do Reino Unido à família de Jean Charles, com um simples pedido de desculpas pelo “engano”. O Ministro do Interior, Charles Clarke, por sua vez, classifica de “tragédia absoluta” o que ocorreu com o eletricista mineiro. E acrescenta que “só tem elogio e admiração pelo modo como a polícia fez seu trabalho”. Admitiu, entretanto, que os métodos da polícia vêm sendo constantemente adaptados para lidar com a ameaça de terroristas suicidas” Folha de São Paulo, 25/07/05, pág. A 10 e 11.

3.2.1. As novas leis migratórias dos EUA e da EUROPA

Como temos salientado desde o início, percebem-se tendências cada vez mais restritivas nas leis migratórias que se adotam tanto nos EUA como na Europa. Com a crise econômica que vivencia o mundo globalizado, o panorama talvez piore ainda mais, pois os migrantes como sempre resultam os bodes expiatórios da situação e sofrem maior rejeição. Diante do desemprego, nos países de destino se tornam alvos da população local: em manifestações pela Europa, os europeus reclamam por emprego só para os nacionais.

Mas um dos principais fatores para o agravamento dessa situação tem raízes anteriores e diz respeito às ações de combate ao terror com implicações migratórias, que não se restringem aos Estados Unidos, mas estendem-se pela Europa. Tais ações têm constituído em muitos casos violações dos direitos humanos dos migrantes, a exemplo do episódio

envolvendo o imigrante mineiro Charles, da reportagem acima.

O 11 de setembro de 2001 será lembrado como o dia em que ocorreu um dos piores ataques terroristas no mundo. De fato, nesse dia, sequestradores transformaram quatro aviões em instrumentos de terror. Seu terrível crime deixou um saldo de quase três mil mortos, devastou as vidas de milhares de pessoas, destruiu o World Trade Center de Nova York e terminou gerando um plano emergencial de proteção dos EUA contra futuros ataques terroristas. Sem embargo, o 11 de setembro é marco também de um dos maiores ataques aos direitos fundamentais nos EUA, especialmente dos migrantes. Nesse sentido a Anistia Internacional afirma que os direitos humanos não são levados em conta na guerra contra o terror.

Talvez nada simbolize mais a complexidade e magnitude da migração internacional contemporânea do que o fato de que um quinto das vítimas da tragédia em Nova York eram estrangeiros originários de 115 países, de executivos a trabalhadores sub-empregados indocumentados (os extremos da migração laboral).

Não bastasse a transgressão da Ordem Jurídica Internacional na empreendida guerra contra o Iraque, os EUA também violam sua ordem interna, principalmente atropelando os mais elementares direitos dos imigrantes, na tentativa de satisfazer a opinião pública quanto à necessidade de ações enérgicas de controle das fronteiras e combate ao terror.

Cada Estado, obviamente, deve proteger os seus cidadãos, todavia, como afirmou-se na Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 2002, as medidas de combate ao terrorismo devem respeitar os direitos humanos. Os EUA, como a maioria dos países, é membro de Organizações Internacionais (ONU, OEA) e deve respeitar as normas consagradas nas Convenções internacionais que garantem direitos fundamentais. Mas, a luta contra o terrorismo tem permitido uma erosão das garantias fundamentais, consagradas na Constituição americana e no Direito Internacional, em favor do abuso de autoridade. Nessa investida, a proteção aos migrantes prevista em Convenções Internacionais pouco tem significado.

As relações internacionais, desenvolvidas após o fim da guerra fria, estraçalharam-se em 11 de setembro de 2001, quando o multi-polarismo cedeu lugar a uma hegemonia unilateral, em que a única superpotência se arrogou o direito de adotar as medidas que bem entendesse, em nome de seus próprios conceitos de segurança interna e externa e da necessidade de combater o terror com todos os meios disponíveis.²⁶³

Após o 11 de Setembro, como consequência das medidas visando, em princípio, prevenir novos ataques terroristas, a área de migrações foi muito afetada.²⁶⁴ Se mesmo perante crises nacionais sem relação com migração a reação sempre implica no reforço dos controles migratórios, que dirá neste caso em que os terroristas eram estrangeiros, que tinham ingressado nos EUA sob normal fiscalização. A resposta política aos ataques inevitavelmente incluiu duras medidas migratórias. Na verdade, as maiores mudanças na política de migração estadunidense pós-ataques ocorreram por via de medidas operacionais, reclamando maior eficiência da autoridade (na aplicação do *Patriot Act* de 1996), mais do que nova legislação. Essas mudanças refletiram-se especialmente nas práticas de detenção e interrogatórios.

Nicholas De MARZIO, diretor da Conferência Católica sobre Migração dos EUA, afirma:

“As novas normas “destroem a dignidade humana básica e os direitos humanos, separam famílias desnecessariamente, violam as noções fundamentais de justiça e de igual proteção da lei e criam uma crise artificial na habilidade do INS prender indivíduos verdadeiramente violentos e perigosos”.

As mudanças cometem grande injustiça contra os migrantes sem contrapartida para a Segurança. Entre outras medidas, o governo decidiu reformar o sistema migratório começando por transferir o Serviço de Imigração e Naturalização - INS do Departamento da Justiça - DJ para um recém-criado Departamento de Segurança Nacional. Ignorando todos os benefícios da migração internacional, a reforma sugere que o movimento de pessoas pelas fronteiras norte-americanas é uma fonte de perigo.

²⁶³ Sobre o tema, ver, entre outros, ZOLO, Danilo. *Uso da força e direito internacional depois de 11 de setembro de 2001*, in LYRA, R. P. *Direitos Humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar*, Brasília, Brasília Jurídica 2002, pp. 47-57.

²⁶⁴ Ver. FITZPATRICK, Joan.. *Terrorism and Migration*. American Society of International Law, ASIL, Jeffery & Susan Brotman Professor of Law University of Washington, 2002. Disponível em <http://www.asil.org/taskforce/fitzpatr.pdf> Acesso em junho de 2008.

Em virtude da urgência da situação e da pressão pública por resultados, imediatamente depois dos ataques, o DJ, através de suas agências FMI e INS, começou um processo de investigação envolvendo milhares de pessoas que poderiam ter informação sobre os atentados ou conexões com as atividades terroristas.

Apenas em razão de sua nacionalidade e religião, sem envolvimento algum com terrorismo, muitos migrantes que foram aos EUA com grandes esperanças de uma vida melhor foram prejudicados por estas ações. Muitos foram investigados sem o menor respeito a sua liberdade, submetidos à detenção arbitrária, privados do devido processo legal e vitimados pelo desrespeito ao princípio da presunção de inocência. Muitos dos detidos foram mantidos presos por meses sem acusação formal. Alguns continuaram detidos até concordarem com a expulsão por violações comuns. Além disso, o DJ recusou-se a revelar as identidades dos detidos e o local da detenção, dificultando-se o acesso a advogados ou consulados. Entretanto, a investigação não resultou em nenhum indício criminal conectado com atividade terrorista.

Vale lembrar que as fronteiras dos Estados Unidos são atravessadas umas 500 milhões de vezes por ano, principalmente por estrangeiros de diversas categorias. As entradas anuais incluem 30 milhões de trabalhadores temporários, estudantes e turistas.

Pode-se dizer que a política antiterrorista adotada nos EUA afeta a migração principalmente em quatro aspectos: no processo para seleção de entrada de imigrantes; nos critérios para admissão e deportação; na execução penal, incluindo prisão administrativa e preventiva; e na proteção aos refugiados.

Mesmo antes dos atentados, a expulsão com base em crimes de terrorismo já era amplamente prescrita e os funcionários consulares tinham suficiente discricionariedade para rejeitar vistos. Os policiais de fronteira também têm autorização para expulsar migrantes depois da chegada. De acordo com a Lei de 1996, os estrangeiros que chegam indocumentados ou com documentos irregulares podem ser sumariamente expulsos dos EUA, sem audiência administrativa ou revisão judicial.

A seleção étnica tem suscitado muitas críticas, pelo enorme poder discricionário atribuído às autoridades na detenção de estrangeiros, inclusive quanto ao prazo para iniciar os procedimentos de expulsão.

Face a essa política tão discriminatória, o *Relatório sobre a situação dos muçulmanos e árabes em diversas partes do mundo depois do 11 de setembro de 2001* e o *Relatório geral sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância*, do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos/ONU, sublinham determinados atos de discriminação racial de que são vítimas tais populações, sendo pertinente lembrar que a comunidade internacional contraiu em em 2001, mediante a *Declaração e Programa de Ação de Durban*, o compromisso da luta prioritária contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e as formas conexas de intolerância, especialmente o sofrimento, a violência e as desigualdades que esses flagelos seguem provocando.²⁶⁵

Nos EUA tenta-se ainda aprovar uma Reforma da Lei Migratória, ainda mais restritiva em termos de direitos humanos, trata-se do "*Border Protection, Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act*", de 17 de Dezembro de 2005, que causou numerosos manifestações de protestos dos imigrantes. Entre outras medidas, transforma em crime a residência irregular nos EUA, determina a prisão de todos os imigrantes desautorizados não-Mexicanos detidos nos portos oficiais de entrada, bem como a construção de uma cerca de alta tecnologia em alguns setores da fronteira sul do país, além de facilitar a execução da lei migratória federal por agentes locais, estabelecendo um treinamento sobre a lei de imigração para os funcionários. E além disso, proíbe a entrada a nacionais de países que negaram ou demoraram a aceitar imigrantes removidos dos EUA.

Na opinião do Relator Especial da ONU sobre os direitos humanos dos migrantes, Jorge BUSTAMANTE, a política imigratória dos EU não se tornou mais severa depois dos

²⁶⁵ (Documento E/CN.4/2003/23) e (Documento E/CN.4/2003/24) apresentados perante a Comissão de Direitos Humanos, durante a Assembléia Geral das NU de 22 de agosto de 2003 – 58o. período de sessões, Tema 117-a do programa provisório: "*Eliminação do racismo e discriminação racial - A luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e as formas conexas de intolerância*, a aplicação geral e seguimento da Declaração e o Programa de Ação de Durban" por Doudou DIÈNE, Relator especial desde agosto de 2002 (Res.2002/9).

ataques terroristas de 11 de setembro. As mudanças drásticas feitas em 96, e desde então executadas, que já afetavam muitas comunidades pela nação, simplesmente foram exacerbadas através das recentes modificações nas políticas. Além disso, estas não afetam apenas imigrantes indocumentados, também se aplicam a cidadãos nascidos nos EU mas com pais indocumentados e até a antigos residentes permanentes ou portadores do *green card*.

De fato, em setembro de 1996, em virtude de um crescente sentimento anti-imigratório, foi aprovada, ao lado das Leis de Anti-terrorismo e a Lei da Pena de Morte Eficaz (Anti-Terrorism Act and Effective Death Penalty Act), a Lei de Reforma da Imigração Ilegal e Responsabilidade do Imigrante - IIRIRA (Illegal Immigrant Reform Act and Immigrant Responsibility Act),²⁶⁶ a qual restringiu a migração; diminuiu a concessão de refúgio pelo governo americano e aumentou as penas dos migrantes irregulares. Também restringiu a revisão judicial das decisões relativas ao *status* dos imigrantes emitidas pelo INS. Por outro lado, aumentou o orçamento para o patrulhamento de fronteira e aumento do número dos agentes investigadores, adotando penas mais rigorosas para estrangeiros por falsificação de documentos migratórios.

Milhares de residentes permanentes enfrentam a perspectiva de deportação como resultado das mudanças das leis norte-americanas. Nos termos desta legislação, qualquer crime cometido por um residente permanente, condenado por sentença a um ano ou mais de prisão, é classificado como crime grave que torna o autor passível de deportação. O próprio Inspetor Geral do DJ dos EUA afirmou que a guerra contra o terror transformou-se rapidamente na guerra contra os imigrantes, pois os procedimentos migratórios atuais encaram o estrangeiro como potencial terrorista. E essa postura é partilhada por boa parte da opinião pública, já indisposta com os estrangeiros em virtude dos atentados.

A maior operação de detenção da história dos Estados Unidos foi realizada no Estado do Mississippi, no ano passado e foi considerada uma "onda de terror" contra os estrangeiros pelos grupos pró-imigrantes: em torno de seiscentas pessoas, principalmente latino-americanos, foram presas de uma vez!²⁶⁷

²⁶⁶A Lei Imigratória de 1965 é a legislação básica que estabelece os procedimentos da política imigratória. Essa lei tem sido atualizada e modificada conforme as circunstâncias, diversas vezes.

²⁶⁷ PEÑA, Maria. *Maior batida contra imigrantes nos EUA gera críticas e pedidos de reforma*,

Em março de 2008, o Relator Especial apresentou um relatório sobre sua visita oficial aos Estados Unidos, realizada em 2007, com o objetivo de examinar a situação dos direitos humanos dos migrantes que vivem nos Estados Unidos, que robustece as considerações acima sobre a difícil situação dos migrantes.²⁶⁸

Em síntese, o Relator considera muito inquietante a situação dos migrantes no país, especialmente no contexto de certos aspectos das políticas de expulsão e detenção e em relação a determinados grupos, como os trabalhadores de Nova Orleans e da costa do Golfo após o furacão Katrina, os trabalhadores agrícolas e os internos em centros de detenção. O Relator observa com tristeza que desde 11 de setembro de 2001 recrudesceram a xenofobia e o racismo contra os migrantes, que o atual clima de xenofobia tem conseqüências negativas para muitos setores da população migrante e efeitos especialmente discriminatórios e devastadores para muitos dos grupos mais vulneráveis da população migrante, como as crianças, os menores desacompanhados, os migrantes haitianos e outros afro-caribenhos, bem como aqueles que são ou parecem muçulmanos ou originários da Ásia meridional ou do Meio Oriente.

Segundo fontes oficiais, os Estados Unidos detêm mais de 230.000 pessoas por ano, mais do triplo que há nove anos. O Relatório destaca os casos de detenção indefinida, inclusive de migrantes que fogem de uma situação adversa em seu país de origem. Destaca também, baseado nas informações de defensores dos direitos humanos, a ausência de garantias processuais nos procedimentos de expulsão, a incapacidade para impugnar a legalidade ou a duração da detenção, a prisão de solicitantes de asilo, residentes permanentes e pais de menores cidadãos dos Estados Unidos. Em alguns casos os migrantes detidos passam dias isolados, submetidos a iluminação permanente, calor e frio extremos.

Observa também que os Estados Unidos não tem uma política coerente e de longo prazo para garantir o respeito dos direitos humanos dos migrantes, pois, embora existam leis nacionais que proíbem a discriminação, não há um marco legislativo nem política nacional para a proteção efetiva dos mesmos, como referência para avaliar os programas e estratégias

Boletim Mobilidade Humana, n. 45 – Ano V - Setembro 2008.

²⁶⁸ Doc. A/HRC/7/12/Add.2, Conselho de Direitos Humanos da ONU, AG -I Sétimo período de sessões - 05 de março de 2008 - Tema 3 da agenda: *Promoção e proteção de todos los derechos humanos, civis, políticos, económicos, sociais e culturais, incluído o direito ao desenvolvimento.*

federais e locais, a fim de determinar o grau em que as autoridades os respeitam.

O Relator conclui que Estados Unidos não respeita a obrigação internacional de proteger prioritariamente os direitos humanos dos 37,5 milhões de migrantes que vivem no país (segundo dados do censo oficial de 2006). Nem tem uma política nacional coerente com as obrigações internacionais.

Também na Europa continuam sendo aprovadas leis mais restritivas, a exemplo da mais nova lei migratória francesa, com ênfase na imigração seletiva, que pelas restrições que contém, também causa fortes protestos. Tal lei fixa cotas anuais de expulsão de estrangeiros, autoriza o interrogatório de “suspeitos” durante seis dias, sem presença de advogado, torna as normas de controle nos aeroportos sigilosas. Por outro lado impõe aos patrões que denunciem os funcionários sem documentos sob pena de multa de 15 mil euros e cinco anos de prisão. O mesmo ocorre em outros lugares da Europa, na Espanha, este ano foram expulsos 330 mil imigrantes, cinquenta por cento a mais do que nos últimos quatro anos do governo anterior. Em outros países autoriza-se a polícia a deter imigrantes sem acusação formal e os serviços secretos já vasculham, sem sentença judicial, os correios eletrônicos.

A última novidade na Europa é a adoção da chamada Diretiva de Retorno, objeto de repúdio imediato por muitos países.

A diretiva é mais um fruto da tendência restritiva contra os migrantes e do endurecimento contra a imigração irregular nos países desenvolvidos. A Europa fecha-se cada vez mais para os cidadãos não europeus, postura cruel, respeito a América-Latina e África, por esconder uma ingratidão histórica (as oportunidades dos europeus refazerem suas vidas em nossos países há pouco mais de um século). Atacando na raiz a idéia de um projeto mais amplo de cidadania sem fronteiras, tão defendida entre os “*comunitários*” europeus.

Em termos gerais, a Diretiva de Retorno estabelece que um estrangeiro flagrado em condição irregular será objeto de uma “decisão de retorno”. O mesmo terá um prazo, geralmente entre sete e trinta dias, para sair “voluntariamente” da União Européia. Se houver risco de fuga ou se o imigrante representar uma ameaça à “segurança pública”, a expulsão

pode ser imediata ou o período pode ser menor que sete dias.

Durante a efetivação do processo de deportação e em caso de risco de fuga ou quando o imigrante procure obstruir a sua remoção, a Diretiva prevê normas bastante duras. Pode ocorrer detenção sem ordem judicial, por decisão das autoridades administrativas, por um período de 6 meses, que pode ser estendido por até doze meses, se a operação de remoção durar mais tempo. O prazo é demasiado excessivo para uma detenção administrativa, ou seja para efeitos de deportação. No Brasil, o prazo previsto é de sessenta dias prorrogáveis até um máximo de cento e vinte dias.

Também prevê que a detenção ocorrerá em centros especiais, mas que se o país não puder proporcioná-los (o que em geral ocorre), *o imigrante será encaminhado a uma prisão, onde ficará separado dos prisioneiros comuns*. As deportações podem ter como consequência a interdição de entrada por até cinco anos. Mas as interdições poderão exceder esse prazo, se o imigrante representar “*uma séria ameaça à política pública, à segurança pública ou à segurança nacional*”. No Brasil a reentrada não é proibida no caso de deportação, contudo é dificultada pela exigência de uma multa de valor expressivo.

Para piorar, a Diretiva também prevê a possibilidade de detenção de crianças e de famílias com crianças. Mesmo como “*medida de última instância*”, consideramos essa norma uma tremenda violação dos direitos e dos interesses primordiais da criança, reconhecidos internacionalmente. Por outro lado, sequer menciona os direitos fundamentais trabalhistas, sendo fato que a maioria dos irregulares na Europa trabalha.

Segundo estimativas, atualmente há oito milhões de imigrantes irregulares no continente europeu, entre eles, cerca de 800 mil brasileiros. A partir da vigência desta lei, os oito milhões de imigrantes irregulares no continente europeu, entre eles, cerca de 800 mil brasileiros, poderão ser tratados como criminosos, perseguidos pela polícia migratória e discriminados pelo racismo e pelo preconceito, refletido inclusive na mídia.

Mais apropriado seria regularizar a situação de quem já se encontra trabalhando e tentando se estabelecer na Europa. Quem conseguiu entrar não deveria ser obrigado a sair. Os

países desenvolvidos podem se esforçar para evitar a imigração irregular e principalmente o tráfico ilícito de migrantes, mas, respeitando os direitos das pessoas.

Mais do que deportar, deveriam estar preocupados com a assistência para os menos desenvolvidos; criam fundos para efetuar deportações massivas mas não aumentam a ajuda financeira internacional e a transmissão de tecnologia para brindar mais oportunidades às pessoas nos seus países de origem.

Contudo, a Europa e a Áustria recorrem a forças terrestres, a Suécia e a Itália usam as forças navais ao longo de suas costas e os Estados Unidos fortalecem as patrulhas na fronteira mexicana para deter a imigração de latino-americanos... Nesse ritmo, somente podemos prever um futuro onde os exércitos dos países ricos existirão apenas para proteger as fronteiras contra a imigração *ilegal*.

A humanidade não pode ficar calada diante de normativa que institucionaliza a arbitrariedade e a discriminação. Os governos e a sociedade principalmente de países de origem das migrações devem opor-se e levar a questão até às instâncias judiciais internacionais se necessário. O Parlamento do Mercosul em repúdio à citada Diretiva europeia, através de Resolução aprovada na Argentina:

“Declara a sua esperança na capacidade do Parlamento Europeu rever, com base nos valores civilizatórios da Europa, essa decisão equivocada e estéril, que mancha a imagem da União Européia”.

3.3. As perspectivas para os Emigrantes Brasileiros

Como se viu, a emigração de brasileiros para o exterior ocorre para os países desenvolvidos da Europa e maioritariamente para os Estados Unidos, em busca do sonho de uma vida melhor. A realização desse sonho é difícil diante do quadro legal tão restritivo que encontram nos países de destino.

De acordo com dados da Polícia Federal, cerca de 22.500 brasileiros foram deportados ou não admitidos no exterior em 2004. Assim como ocorre com os bolivianos

vindos para nosso país, muitos brasileiros sofrem enormemente como emigrantes, alguns pagam altas quantias a procura do sonho que nem realizam, outros vêem seu sonho transformado em terrível pesadelo.

Nos EUA, apesar de não sofrerem tanta discriminação como os árabes, assim como outros latino-americanos, os brasileiros são fortemente atingidos pelas políticas restritivas. Em agosto de 2005, trezentos e dezoito brasileiros, voltaram deportados ao Brasil em vôos fretados pelas autoridades de Imigração dos Estados Unidos. Fato que se repete com grande frequência ultimamente. Em 2005 a quantidade de brasileiros deportados desse país foi em torno de quatro mil pessoas. Estimava-se em 23 mil o número de brasileiros detidos em prisões estadunidenses, à espera da deportação, grande parte dos quais originários da região de Governador Valadares/MG. Esses dados não contabilizam os que conseguem ludibriar a vigilância e são bem sucedidos na travessia clandestina entre México e Estados Unidos. Uma vez dentro de Estados Unidos seu sucesso depende de ter muita sorte.

A emigração brasileira foi um dos principais movimentos migratórios das últimas décadas do século passado e continua sendo na atualidade. Mas, conforme observa MITCHEL, os emigrantes brasileiros defrontam-se com a política restritiva americana, sem capacidade para pressionar e conseguir para eles as vantagens imigratórias especiais que detêm os cubanos e alguns imigrantes provenientes da América Central. Os brasileiros constituem uma emigração mais recente e basicamente procuram trabalho e uma vida melhor nesse país. Ainda não constituem uma força organizada como a emigração de outras regiões e portanto sujeitam-se à rotina administrativa das leis de imigração estadunidense.

É bem conhecida a irracionalidade existente no processo de solicitação e concessão de visto de turista a brasileiros pela Embaixada dos EUA no Brasil (longa espera, papelada excessiva, decisões extravagantes), que termina levando muitos brasileiros a optar pela irregularidade. O *status ilegal* desses emigrantes dentro dos EUA é um provável empecilho e os coloca em desvantagem em relação a outros grupos de emigrantes, de maneira a impedir seu avanço econômico. A maioria vivencia mobilidade ocupacional descendente no emprego e a incerteza legal tende a limitar a ascensão no mesmo. Os empregadores norte-americanos provavelmente continuarão a explorá-los, pois vivem apreensivos quanto à

possibilidade de serem presos pelas autoridades. Têm mais sorte os que se casam com mulheres estadunidenses ou que de alguma forma obtêm residência legal e podem no futuro atrair parentes.²⁶⁹ Esses emigrantes regulares geralmente conseguem uma vida melhor nos Estados Unidos, onde há mais oportunidades e maior desenvolvimento econômico, científico e tecnológico do que em seus países.

A emigração de brasileiros para a Europa segue os padrões já comentados, e, infelizmente inclui uma camada que envolve o tráfico de mulheres e crianças, cujo destino muitas vezes é o da exploração sexual. O tráfico internacional de pessoas é tão sofisticado e complexo quanto o tráfico de drogas e armas, a corrupção e a lavagem de dinheiro. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), é uma das atividades mais rentáveis do crime organizado, com uma movimentação financeira estimada em US\$ 9 bilhões por ano, atividade ilícita que prospera no Brasil, graças à desigualdade social e econômica.

Em termos gerais, o número de mulheres que deixam o Brasil com destino a Europa é bem superior ao de homens. A grande maioria dessas mulheres não trabalha na indústria do sexo, mas os dados mostram que o mercado de trabalho europeu é mais aberto às mulheres, que quando não servem à prostituição, trabalham principalmente com serviços domésticos.

Um relatório publicado pela Organização Internacional de Migrações (OIM), denuncia a existência de rotas de tráfico de mulheres entre o Brasil e a Europa. Segundo as estimativas do relatório cerca de 75 mil brasileiras atuam na indústria de prostituição européia e esse número é crescente.²⁷⁰

Em maio de 2004, o Ministério da Justiça e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNODC) no Brasil, divulgaram um relatório que revela a situação brasileira em relação ao tráfico internacional de mulheres para prostituição, crime pouco

²⁶⁹ Ver. MITCHELL, Christopher. *As Recentes Políticas de Imigração dos Estados Unidos e seu Provável Impacto nos Imigrantes Brasileiros*. In: *Políticas Migratórias*. op. Cit. p.p.177/198. p.194 e ss.

²⁷⁰ *Tráfico de mulheres - Indústria de prostituição européia tem cerca de 75 mil brasileiras*, 19 de junho de 2004. www.pco.org.br/conoticias/mulheres, acesso em 13 de agosto de 2008.

investigado no Brasil.²⁷¹

Segundo o Relatório, as brasileiras estão entre as principais vítimas do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Elas têm, em média, entre 15 e 27 anos e são aliciadas por taxistas, donos de boates e agências de modelo. Com promessas de uma vida melhor no exterior, seguem para a Europa e Ásia. No entanto, acabam mantidas em cativeiro e são obrigadas a pagar pelas passagens, alimentação e moradia. Endividadas e sem passaporte, poucas conseguem fugir e procurar auxílio, além disso, a maioria das vítimas tem vergonha de denunciar, pois terá que admitir que foi ludibriada e que trabalha na prostituição. Nos últimos anos têm sido noticiados alguns resgates de brasileiras mantidas em regime de escravidão, principalmente na Espanha e Portugal (países que mais recebem brasileiras para trabalhar na prostituição, com 36% e 20% das vítimas respectivamente). Contudo, considerando os casos que logram ser denunciados e a imprecisão dos dados, o índice de condenação penal é muito baixo. É de fato uma triste realidade não só para nossas emigrantes, mas para muitas mulheres do mundo menos desenvolvido. Mas, que se poderia esperar diante do panorama legal descrito acima predominante hoje nos países de destino?

Para mudar a realidade dos migrantes requer-se uma mudança de postura dos Estados e da comunidade internacional. Afirma BOBBIO que a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos.²⁷² Já PIOVESAN adverte que após os atentados de 11 de setembro, em uma arena que privilegia o Estado-Polícia no campo internacional, emerge o desafio de prosseguir no esforço de construção de um Estado de Direito Internacional com base num “solidarismo cosmopolita”.²⁷³ Ambos têm razão, se esse Estado de Direito Cosmopolita não for concretizado, o sonho por uma vida melhor em busca do qual os migrantes saíram dos seus países permaneça ainda muito distante. Da mesma forma, se os direitos humanos dos migrantes não forem respeitados, o futuro do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Ordem Cosmopolita também estarão comprometidos.

²⁷¹ *Brasil se destaca na rota do tráfico internacional de mulheres*. Agência MJ de notícias. <http://www.mj.gov.br>, acesso em Junho de 2006.

²⁷² Ver. BOBBIO, *A Era dos Direitos*. Nova ed. Campus, Rio de Janeiro, 2004, pp.25 e ss.

²⁷³ PIOVESAN. *Direitos Humanos e justiça Internacional*. cit. pp.30/32.

*“Quiero hacer con los brazos un solo brazo dulce que rodee la tierra.
Yo deseo que todo, que la vida sea nuestra como el agua y el viento.
Que nadie tenga nunca más patria que el vecino.
Que nadie diga más la finca mía, el barco....
sino la finca nuestra, de Nosotros los hombres”.*

*“Nosotros los Hombres” trecho
Jorge Debravo, poeta costarricense*

CONCLUSÕES

Existe um nítido contraste entre os direitos estabelecidos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e consolidados nas Constituições nacionais e a realidade de desproteção de milhões de migrantes, em especial dos indocumentados. Os países, mirando objetivos mais imediatos como o combate ao terrorismo e a crise econômica, parecem não se dar conta do alcance e das consequências desses direitos. Os esforços internacionais para defender os direitos humanos dos migrantes e combater a xenofobia permanecem insuficientes e com impacto limitado.

Milhões de pessoas ao redor do mundo, que saíram de seus países vivem e tentam abrir seu caminho em um novo país, levando uma vida de insegurança, desprovidas de qualquer direito e temerosas das autoridades, obrigados a escolher entre sujeitar-se à exploração e às redes clandestinas criminosas, que asseguram sua sobrevivência, ou à expulsão pelas autoridades. Enquanto o migrante regular muitas vezes sofre o amesquinamento de seus direitos, ou vive na corda bamba, numa situação precária em que pode de um momento a outro, converter-se em irregular, por desinformação, excessos burocráticos, falta de dinheiro ou mesmo mudança dos ventos políticos, o migrante irregular vive como homem invisível, impossibilitado de gozar dos mínimos direitos humanos, pois não pode buscar o Estado ou as autoridades para sua proteção.

Na verdade, ocorre uma situação semelhante de desrespeito e violação de direitos dos migrantes no mundo inteiro, as condutas discriminatórias se repetem principalmente no que diz respeito à falta de reconhecimento da igualdade de direitos em geral, ausência de direitos para os indocumentados, às garantias do devido processo legal e à arbitrariedade nas

medidas de detenção, deportação e expulsão. É um tratamento contraditório e excludente de necessidade da migração e de exclusão de direitos. Os Estados desenvolvidos aplicam normas migratórias demasiado restritivas, precisam do trabalho dos migrantes mas negam-lhes o *status* de cidadãos. Os movimentos migratórios e a presença dos migrantes são encarados sob o ângulo da segurança interna e externa e da soberania dos Estados, cenário difícil para adotar e implementar os instrumentos internacionais que promovem a igualdade de tratamento dos migrantes.

A análise dos relatórios dos peritos internacionais, especialmente dos Relatores Especiais para os direitos humanos dos migrantes da ONU, da OIM e da OIT, constata a vulnerabilidade desses direitos. A condição de regularidade do migrante continua a ser um fator crítico na adjudicação dos direitos humanos.

Apesar do tema da migração fazer parte da agenda política mundial, ainda carecemos de uma consciência clara em nível político, administrativo, e mesmo pessoal, sobre as realidades e implicações dos movimentos migratórios, sobre as normas aplicáveis e os direitos protegidos. Além disso, o terrorismo, a globalização dos mercados desregulados, a tendência ao fechamento das fronteiras dentro dos blocos econômicos, e, mais recentemente, a crise econômica mundial fragilizam os direitos humanos dos migrantes.

Dessa forma, muito há ainda por fazer para assegurar aos migrantes uma verdadeira proteção, não basta simplesmente assinar e ratificar Tratados Internacionais de direitos humanos. É necessário que seja vencida a resistência contra a idéia de que o migrante tem também direitos e de que sua proteção não depende das autoridades migratórias do país receptor, pois como pessoa faz jus à proteção universal. Resta claro que os direitos humanos dos migrantes podem ser reclamados no judiciário internacional e os países responsabilizados internacionalmente pelo seu descumprimento, como a labor das Cortes Internacionais tem demonstrado.

A peculiar necessidade de proteção do migrante e as características transnacionais da migração revelam o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos, envolvendo normas internacionais e nacionais, que buscam com base nos princípios da igualdade de

direitos e da não discriminação, garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes, na medida em que contemplam o migrante como ser humano que faz jus a todos os direitos e garantias fundamentais consagrados universalmente, direitos enfatizados pelos instrumentos destinados à proteção específica dos mesmos.

Contudo, um dos obstáculos institucionais básicos que se opõe à proteção plena e eficaz dos direitos humanos dos migrantes é a ausência de incorporação nas legislações nacionais das normas internacionais que reconhecem explicitamente os direitos humanos dos migrantes. Isto porque numerosos países internalizam normas de direitos humanos nos seus sistemas jurídicos, mas limitam sua aplicação aos cidadãos nacionais. É esse o grande descompasso que observamos entre a norma e a realidade no que respeita aos direitos dos migrantes, ou seja, uma grande distância entre a teoria e a prática.

Os Estados abusivamente colocam os interesses soberanos acima dos direitos humanos dos migrantes, mas o fim do Estado é o bem estar de todos os que se encontram no seu território, assim como o fim da comunidade internacional é o bem estar da humanidade, destinatária final do Direito Internacional. A universalidade dos direitos humanos impede qualquer tipo de discriminações no concernente a direitos fundamentais dos estrangeiros. Todo indivíduo tem iguais direitos pelo simples fato de sua humanidade, independentemente de sua raça, seu gênero ou origem. Seus direitos lhe são inerentes, não derivam do Estado. A percepção de que o indivíduo é sujeito de direitos por ser uma pessoa e não por ser nacional de um Estado envolve a flexibilização da noção tradicional de soberania e a consolidação da idéia de que o indivíduo é um sujeito de direitos também no âmbito internacional (cidadania universal).

A abordagem internacional da migração baseada num sistema de controle deve ser substituída pelo estabelecimento de um sistema fundamentado na proteção da dignidade humana do migrante e na solidariedade. Essa mudança de parâmetro começa sobretudo com a inclusão da necessária proteção dos direitos humanos dos migrantes nas normas e na prática dos Estados. Estes devem proceder à adoção e implementação das normas internacionais pertinentes, como base para suas alterações legislativas e políticas públicas, principalmente da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes

e dos Membros das suas Famílias de 1990, cujo principal objetivo é que todos os migrantes possam gozar dos seus direitos humanos, independentemente do seu *status* jurídico. À globalização do comércio e dos capitais deve corresponder a globalização dos direitos: não será possível acabar com o tráfico clandestino de mão-de-obra estrangeira, sem atacar as causas da migração de trabalhadores, nomeadamente o subdesenvolvimento econômico e o subemprego crônico. Mais do que deportar e manter enormes fundos para efetuar deportações massivas, os países desenvolvidos deveriam aumentar a ajuda financeira e tecnológica para os menos desenvolvidos.

Os Estados são responsáveis pela má distribuição de renda, os Estados também devem ser responsáveis pela solução dos problemas sociais e econômicos globais. Se se beneficiam da interdependência econômica também devem assumir a interdependência solidária dos problemas e das soluções. Por o problema da migração não se resolve com a simples proibição. As sociedades dos Estados desenvolvidas devem compreender que a causa de tantas migrações é a ausência de dignidade nos países de origem, como consequência das grandes disparidades econômicas e da situação de injustiça social que o modelo econômico e social atual impõem. Portanto, deve haver um esforço de todos para mudar essa situação, buscando realizar a dignidade a que todas as pessoas fazem jus. O modelo econômico ou a globalização deve ser humanizada, como queria Milton Santos, não pode continuar selvagemmente mercantilista.

Na esfera nacional não se cumprem as normas de Direito Internacional de proteção aos direitos dos migrantes. O Estatuto do Estrangeiro, com ideologia militar anacrônica colide com os princípios da Constituição de 1988. É necessário adotar uma nova lei de estrangeiros, de forma a fazer valer os direitos constitucionalmente reconhecidos aos migrantes e revisar a política migratória. O Brasil precisa ratificar urgentemente a Convenção de 90 e incorporar internamente suas normas. Pelo descumprimento das obrigações internacionais, e pelas violações cometidas no Brasil contra os direitos dos migrantes, nosso país pode ser responsabilizado internacionalmente, isto é, denunciado e condenado pelas cortes internacionais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, criado pelos próprios Estados,

aponta para uma ordem cosmopolita de prevalência dos direitos humanos, que pressupõe avançar no processo de justicialização dos mesmos, através do uso dos mecanismos existentes, inclusive dos tribunais internacionais, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes.

Assim, se a humanidade efetivamente avançará no tema dos Direitos Humanos e na concretização da cidadania universal, dependerá muito de uma transformação na forma de encarar as migrações e de tratar os migrantes nos países receptores. Isso porque o desrespeito dos direitos humanos dos migrantes pelos Estados representa o esvaziamento do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Ordem Cosmopolita.

Necessária, portanto, uma nova postura em relação ao migrante, que respeite a universalidade consagrada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não é admissível que determinadas pessoas sejam excluídas de uma proteção que é universal e indivisível.

É isso o que o Pe. Alfredo J. GONÇALVES quer dizer quando afirma, na idéia transcrita no início do primeiro capítulo deste trabalho, que “*os migrantes são mensageiros incansáveis da justiça, da solidariedade e da paz!* Eles estão aí para lembrar-nos a todos, para que não esqueçamos dos fins que a humanidade deve alcançar.

Enfim, é essencial que todas as pessoas encontrem sua dignidade nos países de acolhida, quando não lhes for possível, por qualquer razão, permanecer nos lugares de nascimento.

Que todos possam sentir-se, como eu me sinto, cidadãos do mundo!

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

AHMED, Syed Refaat. *Forlorn Migrants: An International Legal Regime for Undocumented Migrant Workers*, Dhaka: University Press, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2a. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, Coordenação Hélio Bicudo, São Paulo: FTD, 1999.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford: Clarendon P., 1967.

ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito Internacional dos Refugiados*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

AÑÓN ROIG, Ma. José et al. *Derechos Humanos Textos y casos Prácticos*, Departamento de Filosofía del Derecho - Universitat de Valencia, Valencia: Tiran Lo Blanch libros, 1996.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução de André D. de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de R.Raposo. 10a. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 1a.Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRENNE, Jeannette Irigon et al. *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro *Comentários à Constituição do Brasil*, 2 v., São Paulo: Saraiva, 1989.

BATTISTELLA, Graziano, *Human Rights of Migrant Workers: Agenda for NGOs* Quezon City, Philippines: Scalabrini Migration Center, 1993.

BERNARDES, Márcia Nina. *Entre a Ordem Interestatal e a Ordem Cosmopolita: Sobre a Possibilidade de um Direito da Humanidade* In: *O Direito Internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira* (Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida Coordenadores), Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Nova Edição, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORCHARD, Edwin, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York: The Banks Law Publishing Co., 1919.

BÓGUS, L.M.M. *Migrantes brasileiros na Europa Ocidental: uma abordagem preliminar*. In: *Emigração e Imigração Internacionais no Brasil Contemporâneo*. Patarra, N.L. (org.). 2ª ed., Campinas: FNUAP, 1995.

BONASSI, Margherita. *Canta América Sem Fronteiras*, São Paulo: Loyola, 2000.

BONET PÉREZ J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2003.

BUERGHENTAL, Thomas et al. *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

CANOTILHO J.J. Gomes e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. *Globalización y Derecho: siete tesis*. In: DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. *Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco, Madrid: Tecnos, 1993.

CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1991.

CATOR Julie et al. *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, Strasbourg: Julie Cator & Jan Niessen, eds., 1994.

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação Internacional de Pessoas*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHOLEWINSKI, Ryszard. *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

_____. *Borders and Discrimination in the European Union*, Oxford: Clarendon Press, 2002.

CONTRERAS, Adalid Baspineiro. *Otra América Latina es Posible con la Integralidad, Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*. In: *Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. Jayme Benvenuto Lima Jr.

(Organizador), Rio de Janeiro: Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. 2004.

DELPÉRÉE, Francis. *O Direito à Dignidade Humana - in Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, coordenadores: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo: Dialética, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FALK, Richard. *El declive de la ciudadanía en una era de globalización*. In: *Globalización y Derechos Humanos*, Cynthia Hewitt y Alberto Munujin (editores), Colección Cuadernos-debate, Bogotá: UNICEF, Santillan, 1999.

FERREIRA, Pinto, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1o. Vol, São Paulo: Saraiva, 1989.

FARENA, Maritza N. Ferretti C. *Brasil, país de migrantes?* In: *Políticas Migratórias*, org. Teresa Sales et al., São Carlos: EdUFSCar, Sumaré, 2002.

_____. *Algumas Notas sobre os direitos humanos dos migrantes*. In *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos*. João Carlos de Carvalho ROCHA et al. Coord., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FITZPATRICK, Joan.. *Terrorism and Migration*. American Society of International Law, ASIL, Jeffery & Susan Brotman Professor of Law – Washington: University of Washington, 2002.

FORSYTHE, David P. *Human Rights in International Relations*, Cambridge: University Press, 2000.

HABERMAS, Jünger. *A Idéia Kantiana de paz perpétua – à distância histórica*

de 200 anos In: *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

IANNI, O. "Globalização e Diversidade". In: *Migrações internacionais: herança XX, agenda XXI*, PATARRA, N.L. (org.). v.2., Campinas: FNUAP, 1996,

ILO - Internacional Labour Organization “*Challenging Discrimination in Employment: A Summary of Research and a Compendium of Measures*”, Ginebra: OIT, 2000.

JIMÉNEZ de Parga Maseda, Patrícia. *O Direito à Livre Circulação das Pessoas Físicas*. Madrid: Tecnos, 1994.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Lisboa: Edições 70, 1990.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*, 2ª. Edição, São Paulo: Ícone, 1993.

LAFER, Celso. *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. 1a. ed., São Paulo: Monole, 2005.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *O Caráter expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e exigibilidade – Direitos Humanos - Os Desafios do Século XXI*. Rubens Pinto Lyra(organizador), Brasília: Jurídica, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, 2004.

MAIA, Luciano Mariz e André REGIS. *Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais*. João Pessoa: Editora Base. Editora Universitária, 2004.

MARGOLIS, Maxine – *Little Brazil: Imigrantes brasileiros em Nova York*, Campinas: Papirus, 1974.

MARÍNEZ-Pujalte, Antonio-Luis. *Justicia, Solidaridad, Paz*. Estudios em homenagem al Profesor José Maria Rojo Sanz. Valencia: Quiles, 1995.

MÁRMORA, Lelio. *Derechos Humanos y Políticas Migratorias*. In: *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*. Santiago de Chile: Ed. Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991.

MÁRMORA & Cassarino, *Variable Migratoria em el Mercosur*. In: *Migración y Mercosur*, pp.45/81, Buenos Aires: CCAM, 1996.

MÁRMORA, L. *Las políticas de migraciones internacionales*. Madri/Buenos Aires: OIM/Alianza Editorial, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos & Relações Internacionais*, Campinas: Agá Júris, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, 13a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas*, In *Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, org. Ingo Wolfgang Sarlet, RJ/SP: Renovar, 2003.

MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Ed.. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MITCHEL, Christopher. *As recentes políticas de imigração dos Estados Unidos e o seu provável impacto nos imigrantes brasileiros*, in *Políticas Migratórias* (organização Teresa Sales et al.) São Carlos: Sumaré, 2002.

_____. *The Political Costs of State Power: U.S. Border Control in South Floride*. In: *The Wall Around the West. State Borders and Immigration Controls*. Lanham, MD: Peter Andreas and Timothy Snyder, eds., Rowman and Little field, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, 8a. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Constitucional*, 13ª. Ed., Atlas, São Paulo, 2003.

MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: *Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Organização Ingo Wolfgang Sarlet, RJ/SP: Renovar, 2003.

NIESSEN, Jan. *Migrant Workers*. In: *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. (Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, orgs.). Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London: The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1995.

NIKKEN, P. *Código de Derechos Humanos*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

OIM - *Migraciones y Protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional sobre las Migraciones*, Genebra: Organização Internacional das Migrações, 2005.

PATARRA, Neide (Coord.) – *Emigração e Imigração Internacionais no Brasil*

Contemporâneo, São Paulo: FNUAP, 1995.

PELLEGRINO, Adela. *A imigração internacional na América Latina: tendências e perfis dos imigrantes*, Santiago de Chile: CELADE, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 8a ed., São Paulo: Max Limonad, 2007.

_____. *Direitos Humanos e justiça Internacional*, Saraiva, São Paulo, 2006.

_____. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORTES, Alejandro & STEPICK, Alex. *City on the Edge: The Transformation of Miami*. Berkeley: University of California Press, 1993.

RABENHORST, Eduardo R.. *Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica: notas para o Debate* In: *Direitos Humanos: os Desafios do Sex. XXI, uma abordagem interdisciplinar*. LYRA, Rubens pinto, org. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

RAMOS, André Carvalho, *Direitos Humanos em Juízo*, São Paulo: Max Limonad, 2001.

REZEC, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALLES, T. *O trabalhador brasileiro no contexto das novas migrações internacionais*. In: PATARRA, N.L. (org.). *Emigração e Imigração Internacionais no Brasil Contemporâneo*. 2a. ed. Campinas: FNUAP, 1995.

_____. *Brasileiros longe de casa*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

_____ e Rossana Rocha Reis (Coords.) *Cenas do Brasil Migrante*, São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

_____ et al (org.). *Políticas Migratórias*. São Carlos: Sumaré, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais, Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. RJ/SP: Renovar, 2003.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCALABRINI, Giovanni Battista. *Il disegno di legge sulla emigrazione italiana: osservazioni e proposte*, Piacenza: Tipografia dell'Amico Del Popolo, 1888.

SILVA, Sidney Antônio da. *Costurando Sonhos. A Trajetória de um Grupo de Bolivianos em São Paulo*, São Paulo: Paulinas, 1997.

STALKER, Peter. *Workers without Frontiers – The Impact of Globalization on International Migration*, Boulder CO.: International Labour Office and Lynne Rienner Associates, Ginebra, 2000.

STEINER, H.J., P. Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals*, Oxford 2nd edition 2000, Chapter “What are Rights, Are They Everywhere and Everywhere the Same?: Cultural Relativism”.

SUNDFELD, Carlos Ari - *Direito Administrativo Ordenador*, Malheiros Editores, 1993.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Escopo, Brasília, 1988.

TARAN, Patrick. *Human Rights of Migrants: Challenges of the new decade-International Migration*, Quarterly Review, Vol. 38 No. 6 Special Issue 2/2000, Genebra: IOM, 2000.

TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights between Idealism and Realism*, 2a. ed., Oxford: University Press, 2008.

TOSCANO, Roberto. *Interrogantes Éticos sobre la Globalización, Estado Constitucional y Globalización*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: Porrúa, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *A Cidadania Multidimensional na Era dos direitos*, In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOSI, Giuseppe. *Direitos Humanos : História, teoria e prática, Direito Humanos: Reflexões iniciais*. Paraíba: Ed. Universitária, UFPB, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*”, 2.ª ed., vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

_____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, 2a.ed., Brasília: Edit. Univ. de Brasília, 2000.

_____. *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VILLAPANDO, Waldo. *El Derecho Internacional de los refugiados y el asilo. Los movimientos poblacionales como consecuencia de los desastres causados por el hombre*. In: *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

ZOLO, Danilo. *La Stratègia della cittadinanza. La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Danilo Zolo (editor). 2ª. ed., Roma-Bari: Laterza, 1999.

_____. *Do Direito Internacional ao Direito Cosmopolítico*. Uma Discussão com Jürgen Habermas. *Por uma crítica realista ao cosmopolitismo habermasiano*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe de: Dal diritto internazionale al diritto cosmopolitico. Una discussione con Jürgen Habermas (mimeo), 2008.

_____. *Uso da força e direito internacional depois de 11 de setembro de 2001*, in LYRA. R. P. *Direitos Humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Artigos em Livros e Periódicos:

FARENA, Duciran Van Marsen. O Conceito Jurídico de Desenvolvimento e a Globalização. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*. Rio de Janeiro: Forense/Sinprofaz, ano I, número I, Janeiro de 1997, p.153/171.

FARENA, Maritza N. Ferretti C. *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dos Migrantes. Primeiro Encontro de Direitos Humanos*. Procuradoria do Estado de São Paulo, 1999.

_____. *Brasil: País de Imigrantes? (Crítica ao Estatuto dos Estrangeiros e à nova "Anistia")*. *Boletim dos Procuradores da República*, Ano 3, n. 25, maio 2000.

_____. *A Reforma do Estatuto do Estrangeiro. O Direito dos Estrangeiros no Brasil*. *Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União*. São Paulo, 2003.

_____. *O Combate ao Trabalho Escravo no Brasil*. Boletim dos Procuradores da República, Ano VI, n. 66, março, 2005, pp. 21/24.

GIBNEY, Matthew J. *Outside the Protection of the Law, The Situation of Irregular Migrants in Europe*, Oxford University, Refugee Studies Centre Working Paper No. 6, 2000.

GONZÁLEZ Gustavo Santiago, *Migraciones en América Latina: El color de la remesa*, Boletín Informativo de los de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observatorio DESC Bolivia, La Paz, Maio de 2006, Ano 2, n.17, p.13/14 Disponível em: <http://www.desc.org.bo>.

GRAEME, Hugo. *Migrações Internacionais Não-documentadas: Uma tendência global crescente*. Revista Travessia, n. 30, Jan./Ab.98. Ano XI, CEM. p.5/7.

JEFFREY, Fitzpatrick Joan & Susan Brotman. *Terrorism and Migration*. University of Washington, ASIL, Out., 2002.

_____. *The Human Rights of Migrants*. University of Washington. Conference on International Legal Norms and Migration. Genebra, 23/25 Maio, 2002.

MÁRMORA, Lélío. *Derechos Humanos y Migraciones: las Cuestiones Pendientes*, Revista Migración, n.53, 2000.

MINISTÉRIO das Relações Exteriores. *Mercosul 2000 - Objetivos e Programa de Ação até o ano 2000: Migrações no Mercosul*, Boletim de Integração Latino-Americana, Aduaneiras, Brasília, n.17, maio-dez/1995.

MITCHEL, Christopher. *The Significance of the September 11, 2001 Terrorist Attacks for US-Bound Migration in the Western Hemisphere*. International Migration Review, Vol.36, n. 1. Spring. 2002.

OLIVEIRA, Adriana Capuano de. *Brasileiros em Miami*. Trabalho apresentado no Seminário Imigrantes Brasileiros nos Anos de 1980. Universidade de Campinas, 2002.

ELIAS, Rodrigo et al. *Imigração. O Brasil que veio de Longe*. Nossa História, Ano 2, n.24, pp.12/38. out. 2005.

PELLEGRINO, Adela. *A imigração internacional na América Latina: tendências e perfis dos imigrantes*. Série Población y Desarrollo, n. 35, CELADE, Santiago, março de 2003.

PEÑA, Maria. *Maior batida contra imigrantes nos EUA gera críticas e pedidos de reforma*, Boletim Mobilidade Humana, n. 45 – Ano V - Setembro 2008.

PRENCIPE, Lorenzo, *Políticas Migratórias na Europa: Rigor e Fechamento*. Revista Travessia, Ano IX n. 25, Maio-Ago/96.

SALES, Teresa. “*O Brasil no contexto das migrações internacionais*”, Travessia, São Paulo, Cem, ano 7, n.21, jan 1995, p.5-8.

SERVIÇO PASTORAL DOS MIGRANTES. Setor Pastoral Social-CNBB, *Migrantes Latino-Americanos no Brasil*, São Paulo: Edições Loyola, 1995.

SILVA, Sidney Antônio da. *Bolivianos em São Paulo: entre o sonho e a realidade*. Estudos Avançados, vol.20, no.57, São Paulo, Maio-agosto 2006.

SIMMA, Bruno. *International Human rights and General International Law a comparative analysis*. Collected Courses of the Academy of European Law, London, Boston: The Hague, 1993, Vol. IV-2, S. 153-236.

SOARES. Guido Fernando Silva. *Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros - Os Direitos Humanos e a proteção dos Estrangeiros*. Revista de Informação Legislativa, Ano 41, n. 162. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de

Edições Técnicas, abr./jun. 2004. (Edição especial comemorativa dos 40 anos).

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. *O Trabalho como Direito Humano Fundamental Universal*. Boletim dos Procuradores da República, março 2005, 25/28.

TARAN, Patrick: *Human Rights of Migrants: Challenges of the new decade*. In: *International Migration*, Quarterly Review Vol. 38 No. 6, Special Issue, IOM, 2/2000, p. 7/51.

SANTOS, Boaventura de Souza dos. *Uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Lua Nova. Revista de cultura e política. São Paulo, n.39, 1997.

VAINER, Carlos B. *A violência como Fator Migratório: silêncios teóricos e evidências históricas* - Travessia n. 25 Maio-Ago,96 p.5/9.

Artigos e notícias disponíveis na Internet:

ANDERSEN, Philip. *In a Twilight World - Undocumented Migrants in the United Kingdom*. Disponível em <http://www.geocities.com/jrsuk/Twilight.Html>

BASSEGIO, Luiz. *Reflexões a Partir do Fórum Mundial das Migrações, 2004*, Agência Latinoamericana de Informação-Alainet, 2/03/2005. Disponível em: www.adital.com.br.

BOMFIM, Evandro. *Mulheres são as principais migrantes latino-americanas na UE*. Adital. Disponível em www.guiadoimigrante.com/artigo.php?idPublicacao=1247 - 30k .

BORGES, Altamira. *A Revolta dos Imigrantes na França*. Disponível em <http://alainet.org/active/9741&lang=es>, acesso em junho de 2007.

CHACÓN, Oscar. *Migrantes en el De\$orden Global* - 1º Foro Social de las Américas, Quito, Ecuador, 2000. Disponível em: www.migracoes.com.br/eventos.html.

CUNHA, Guilherme da. *Migrantes e Refugiados: Marco Jurídico e Estratégia no Limiar do Século XXI*. Disponível em <http://www.dhnet.org.Br>. 22.02.2005.

DIAS, Roberto *Mulheres, jovens e crianças são as principais vítimas do tráfico de seres humanos*. Disponível em: Folhadesãopaulo.uol.br.

FARENA, Maritza Ferretti. *Por uma Cidadania Universal: os Direitos Humanos dos Migrantes numa perspectiva cosmopolita*, Jura Gentium, a publicar.

MÁRMORA. Seminário Migrações: *Exclusão ou Cidadania?* CEM, Brasília-DF de 25 a 27 de setembro de 2003. Disponível em: www.migrações.com.br.

PIOVESAN, Flávia e Luis Carlos Rocha Guimarães. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em www.dhnet.org.br.

RATTNER, Jair. *Mudança na lei em Portugal vai dificultar a legalização de trabalhadores estrangeiros no país e ameaça barrar imigrantes brasileiros*. Especial para o Estado de São Paulo, Além Fronteiras, Ano V, n. 23, Jul/Ago 2004. Disponível em: www.bbc.co.uk.

WALLERSTEIN. Immanuel. *Inmigrantes. La Jornada*, 18/06/2002. Disponível em: www.migrações.com.br, acesso em junho de 2007.

YUENGERT. *El derecho a emigrar, según el pensamiento social católico. Sobre el bien común de la inmigración*. ZENIT, Agência Internacional de Informação. Disponível em: http://www.agea.org.es/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=267 Acesso em julho de 2007.

La Migración en el Siglo XXI. Hechos y Cifras. Disponível em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/pid>. Acesso em 11 de jan. 2009.

Aumenta o número de imigrantes em América Latina 11.06.08

<http://www.adital.org.br/site/noticia.asp>. Acesso em junho de 2008.

Além Fronteiras, Ano VI, n. 26 – jan/fev2005. Disponível em www.migrante.org.br

EUA deportam mais brasileiros. O Estado de S. Paulo, 16.03.2008 Disponível em <http://www.estadao.com.br/home/index.shtm>, acesso em 22 de janeiro de 2009.

No ano passado, três mil brasileiros foram detidos na Espanha. Disponível em: <http://www.g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/html> - 60k .

Mundo já tem 200 milhões de migrantes, diz Relatório. [g1.globo.com/Noticias/Mundo/](http://www.g1.globo.com/Noticias/Mundo/) 58k.

Renda de migrantes tira 2,5 mi da miséria na AL. Nações Unidas no Brasil, 06/09/2006 Disponível em: www.onu-brasil.org.br

Brasil se destaca na rota do tráfico internacional de mulheres. Agência MJ de notícias. <http://www.mj.gov.br>, acesso em Junho de 2006.

Tráfico de mulheres - Indústria de prostituição europeia tem cerca de 75 mil brasileiras, 19 de junho de 2004. www.pco.org.br/conoticias/mulheres.

Espanha Anistia Imigrantes Ilegais. *Além Fronteiras*, Boletim da Pastoral dos Brasileiros no Exterior – CNBB, Ano VI, n. 26, jan/abr.2005. Disponível em www.mig.org.br.

Espanha vai Legalizar Imigrantes Irregulares. Boletim do Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, Ano II, n. 05, fev. 05. Disponível em www.csem.org .

La guerra contra la «inmigración ilegal» pone en riesgo los Derechos Humanos”, Anistia Internacional. Acesso em 15/05/2007. Disponível em: www.migrações.com.br

Brasil está entre as maiores fontes de tráfico humano na região, diz ONU. Fonte: Folha de São Paulo. Em: www.catolicanet.br Bogotá, 20/11/2003.

Dia mundial do migrante e do refugiado. Mensagem do Papa JOÃO PAULO II, 2005 Disponível em <http://www.vatican.va>.

United Nations Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision, disponível em: <http://esa.un.org/migration>.

Artigos de jornais:

LABRANO, Roberto Ruiz Diaz. *O direito à livre circulação no Mercosul.* Direito e Justiça. Correio Braziliense, 23 jul 2000.

MURTA, Andrea. *Crise econômica ameaça era histórica de mobilidade.* Folha de S. Paulo, 6 de abril de 2009.p.A-12.

Imigrantes já chegam a 191 milhões, afirma ONU. Folha de São Paulo, Caderno Mundo, 8 de junho de 2006, pág. A-14.

Governo deixa imigrantes sem documento. Folha de São Paulo. 16 de maio de 1999, Caderno Brasil.

Caso de Polícia mesmo. O Estado de São Paulo, p. A-18, 16 de maio de 1999.

Erro da PF causa Fila de Estrangeiros. O Estado de São Paulo. 16 de abril de 1999.

Estimativas sobre la Amnistía/98. NOSOTROS. Boletín de la Pastoral de los Migrantes Latino-americanos. Serviço Pastoral dos Migrantes. Ano 9, nov/dez. 1998 - N° 51.

Dados da Anistia. NOSOTROS. Informativo do Setor Imigrantes. Serviço Pastoral dos Migrantes. Junho 2008 - N° 61.

Brasil está entre as maiores fontes de tráfico humano na região, diz ONU". Folha de São Paulo. 20/11/2003.

Espanha Anistia Imigrantes Ilegais. Além Fronteiras, Boletim da Pastoral dos Brasileiros no Exterior – CNBB, Ano VI, n. 26, jan/ab.2005.

Espanha vai Legalizar Imigrantes Irregulares. Boletim do Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, Ano II, n. 05, fev. 05.

Immigrants boost economy's health but lack access to health care. New York Voice Inc., 6 de julho de 2000.

França aprova lei que prevê a imigração seletiva. Folha de São Paulo, Mundo. 18 de junho de 2006. pág. A15.

Senado analisa voto de estrangeiros no Brasil. Agência Senado – Brasília. Disponível em http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_editoria=5&id_noticia=267953, acesso em 07 de janeiro de 2009.

Imigrantes nos EUA mandam para a América Latina mais do que os países ricos investem na região. Revista ÉPOCA, 14 de junho, 2004.

“Número de imigrantes explode e provoca reação de britânicos”. Folha de São Paulo, Domingo, 27 de agosto de 2006, Caderno Mundo, pág. A-24.

Brasileiros são presos em caminhão ao entrar nos EUA. Folha de São Paulo, Mundo, A-9, 22 de fevereiro de 2007.

Imigrantes nos EUA mandam para a América Latina mais do que os países ricos investem na região, Revista ÉPOCA, 14 de junho, 2004.

Vítimas de máfias do tráfico humano que lucram com as restrições à imigração, 58 chineses morrem asfixiados em caminhão ao tentar entrar na Grã-Bretanha. Revista Isto É. 16 de abril de 2003.

Sites da Internet:

Altro diritto. Centro di documentazione su carcere marginalità e devianza
www.altrodiritto.unifi.it

Jura Gentium, Centre for Philosophy of International Law and Global Politics
<http://www.juragentium.unifi.it>

Organização Internacional para as Migrações
<http://www.iom.int/jahia/Jahia/pid/241>

Centro de Estudos Migratórios (São Paulo - Brasil) www.cemsp.com.br

Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios - CSEM www.csem.org.br

Centro Studi Migrazioni (Roma) www.cser.it

Instituto Universitário de Estudios sobre Migraciones www.upco.es/pagnew/iem

Irmãs Missionárias de São Carlos Borromeo Scalabrinianas
www.scalabriniane.pcn.net

Serviço Pastoral dos Migrantes, www.pastoraldomigrante.com.br/

Ministério da Justiça <http://www.mj.gov.br/>

Ministério das Relações Exteriores. <http://www.mre.gov.br/>

PICUM, Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
www.picum.org/boletim

Relatórios:

World Labour Report 2000, International Labour Office (OIT). Ver também: *Labour Migration Statistics*. Disponível em: www.ilo.org/htm,

Migrant Workers”, *International Labour Conference*. ILO - Internacional Labour Organization Report III, 87ª Sessão, Genebra, 1999.

Migrants Rights International, Relatório 1998-2000. Disponível em [http:// www.migrantwatch.org /mri/annotated_biblio.html](http://www.migrantwatch.org/mri/annotated_biblio.html) - 42k

World Migration Report 2008: Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy, OIM, 2008. Disponível em: www.iom.int/iomwebsite/Publication/ServletSearch.

Grupos e indivíduos específicos: Trabalhadores Migrantes”, Relatório - 60º período de sessões - tema 14 - programa provisório, Comissão de Direitos Humanos - CDH, E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de janeiro de 2004.

“*Challenging Discrimination in Employment: A Summary of Research and a Compendium of Measures*”, ILO - Internacional Labour Organization, Genebra, 2000.

En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, OIT - Organização Internacional do Trabalho. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Ginebra, 2004.

Diálogo de alto nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo – Assembleia Geral das Nações Unidas, 14-15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/spanish/News/migration>

Labour Migration Statistics. ILO. Disponível em: www.ilo.org/htm.

The rights of non-citizens. Item 5 - Exemplos de práticas relativas aos estrangeiros, Relator Especial David WEISSBRODT, da Sub-Comissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos da ONU,

E/CN.4/Sub.2/2002/25/ Add. 3 - NU- ECOSOC, Sessão 54º, 3 de junho de 2002.

Direitos dos Trabalhadores Migrantes. Relator Jilyanne REDPATH, Relatório 60a. Sessão - Comissão de Direitos Humanos da ONU, item 14, 8 de Abril de 2004 (Arquivo de Documentos da OIM, 2004).

Relatório sobre Migração Internacional e Desenvolvimento. Kofi ANNAN, Secretário Geral das Nações Unidas, junho de 2006.

Campanha Mundial pro Direitos Humanos da ONU, Documento informativo n.24. Disponível em <http://www.derechos.org>

Instrumentos Jurídicos Internacionais:

Carta das Nações Unidas.

Carta Internacional dos Direitos Humanos da ONU.

A Carta constitutiva da OEA.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem.

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial.

Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Residem.

Instrumento Andino de Migrações Laborais.

A Convenção (Revisada) n.º 97, sobre Migração e Emprego, de 1949.

A Convenção n.º 143 sobre Migrações em Condições Abusivas e Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, de 1975.

Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990.

Acordo sobre Residência para nacionais dos Estados-Partes do MERCOSUL.

Convenção Internacional para a Proteção dos Refugiados da ONU.

Tratado de constituição do MERCOSUL, 26/3/91.

Diretiva relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Parlamento e Conselho Europeus, junho de 2008.

Declaração de Cartagena sobre proteção aos refugiados de 1984.

Décima Conferência Interamericana de Ministros do Trabalho, outubro de 1995.
Disponível em www.oas.org/udse/documentos/decbapor.html.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 e Decreto n. 86.715 de 10 de dezembro de 1981.

Instituições:

Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Comitê de proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares.

Organização Internacional das Migrações - OIM.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – (CIDH).

Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Alto Comissariado das NU para os Refugiados - ACNUR.

Jurisprudência internacional:

Corte I.D.H., “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva e la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva – OC 1/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1.

Corte I.D.H. *Condición jurídica y derechos de los trabajadores indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie B N° 18.

Corte I.D.H. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção*. Opinión Consultiva OC – 14/94.

Corte IDH, *Proposta de modificação da Constituição Política de Costa Rica* (assunto naturalização). Opinión Consultiva OC 4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A, 4,C.

Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio”. Opinión Consultiva da CIJ de 28/05/51, Recueil 1951, p. 15. relativa às “

Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue
Opinião consultiva. Série E. n.8. Publications of the Permanent Court of International Justice,
Eighth Annual Report, 15 de junho de 1931. Disponível em: [www. sijthoff's publishing](http://www.sijthoff's publishing company)
company – Leydon, Holland, p. 232/238.

CIDH, *Proposta de modificação da Constituição Política de Costa Rica (assunto*
naturalização) Série A, no. 4, §§ 15-30.

Jurisprudência nacional:

Condenação: empregador que mantinha empregados em condições análogas às
de escravo. TRF da 3ª. Região (Apelação Criminal - 10410
Processo: 199961810056145 UF: SP Primeira Turma, de: 02/09/2003 Documento:
TRF300074963 - DJU 02/10/2003, p.170.

Habeas Corpus 87.585-8 de 12/03/2008 Tribunal Pleno Tocantins.

Habeas Corpus 35.445 - DF (2004/0066761-30).