



Diogo dos Santos Motta

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS:

A afirmação do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional para a concretização do direito humano e fundamental de migrar.

**Brasília
2012**

Diogo dos Santos Motta

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS:

A afirmação do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional para a concretização do direito humano e fundamental de migrar.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Professor: Renato Zerbini Ribeiro Leão

**Brasília
2012**

Diogo dos Santos Motta

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS:

A afirmação do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional para a concretização do direito humano e fundamental de migrar.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Professor: Renato Zerbini Ribeiro Leão

Brasília, 03 de maio de 2012.

Banca examinadora

Prof. Renato Zerbini Ribeiro Leão
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico a presente monografia ao sonho de uma comunidade internacional verdadeiramente unida, na qual os seres humanos se identifiquem como tais, e não como sujeitos de uma única nação.

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha mãe pela força, paciência e fé sempre presentes.

Aos meus colegas de faculdade, que tanto tornaram as várias etapas desta graduação mais agradável.

Ao meu orientador, pelos valiosos ensinamentos e pela compreensão.

Aos meus irmãos e aos meus amigos que, estando ao meu lado, são força constante para meu crescimento.

“Se nada nos salva da morte, pelo menos que o amor nos salve da vida.”

Pablo Neruda

RESUMO

As duas grandes guerras mundiais foram ensejadoras da ascensão do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional. Estas mesmas guerras contribuíram para a significativa intensificação das migrações internacionais. Muitos indivíduos, encontrando-se fora de seu território nacional, tornaram-se alvo de constante violação de direitos humanos. É a própria ascensão do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional que vai fazer frente ao Estado; positivam-se os direitos humanos na esfera internacional. Os Estados, então, tornam-se vinculados ao Sistema Internacional de Direitos Humanos por meio de tratados internacionais e decisões das cortes internacionais. Todavia, as violações aos direitos humanos dos imigrantes internacionais continuam, tornando necessária a evolução do Direito Internacional para a concretude do direito de migrar.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Direitos Humanos. Sujeitos de Direito Internacional. Personalidade jurídica internacional do indivíduo. Políticas de imigração. Soberania. Território. Cidadania. Refugiado. Migrante.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. A AFIRMAÇÃO DA MIGRAÇÃO ENQUANTO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL | 12 |
| 1.1 Os sujeitos de Direito Internacional Público | 12 |
| 1.1.1 O Estado enquanto sujeito tradicional do Direito Internacional Público | 15 |
| 1.1.2 As Organizações Internacionais enquanto sujeitos tradicionais do Direito Internacional Público | 17 |
| 1.1.3 A positivação dos direitos humanos no pós II Guerra Mundial e o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional público | 19 |
| 1.2 O instituto do Refúgio e as Migrações Internacionais | 25 |
| 2. OS DIREITOS HUMANOS E AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS | 29 |
| 2.1 O contexto atual das migrações internacionais | 29 |
| 2.2 Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos | 32 |
| 2.3 Novos paradigmas do Direito Internacional | 40 |
| 2.3.1 A Soberania Nacional e o Controle dos Movimentos Migratórios | 40 |
| 2.3.2 Territórios Nacionais e Políticas de Fronteiras | 42 |
| 2.3.3 Cidadania Pós-Nacional ou Transnacional | 46 |
| 3. A GOVERNABILIDADE DAS MIGRAÇÕES | 49 |
| 3.1 A Diretiva de Retorno europeia | 49 |
| 3.2 Haitianos no Brasil | 58 |
| CONCLUSÃO | 69 |
| REFERÊNCIAS | 72 |

INTRODUÇÃO

É fato que os seres humanos sempre se deslocaram para fora de seus lugares de origem ou de residência habitual. As motivações são das mais diversas e ainda variam com o curso da história. O contexto de cada época determina esses motivos, quais sejam curiosidade, busca de alimentos, condições difíceis do local de origem, desejo de explorar novos horizontes, guerras, perseguições religiosas ou políticas.

Face à atual facilidade de deslocamento dos seres humanos em razão de sua tecnologia que se desenvolve a passos largos, e tendo em mente que as oportunidades econômicas não são distribuídas igualmente pelo globo, por que as pessoas não podem simplesmente sair de um lugar e ir para outro em busca de melhores condições de vida?

Parte da resposta para este questionamento encontra-se na concepção clássica do direito internacional, que tem suas normas dirigidas aos Estados, sendo que apenas estes eram sujeitos de direito internacional. Neste contexto, a soberania dos Estados sempre foi algo inquestionável.

Com o florescer de duas grandes guerras do século XX, o Direito Internacional passa a questionar o inquestionável. Questiona-se a importância do indivíduo frente à comunidade internacional. Aos poucos o indivíduo é lançado enquanto sujeito de direitos internacionais, fazendo relativizar a tradicional soberania dos Estados.

O Direito Internacional, então, trata de temas que abrangem a humanidade como um todo, dando atenção especial às condições de vida das pessoas. Sob essa perspectiva, o ser humano está no centro do processo. O Direito Internacional Público (DIP), assim, é um conjunto de princípios e regras que rege a conduta da sociedade internacional, formada também pelos indivíduos, não somente pelos Estados e Organizações Internacionais.

As migrações internacionais ganham espaço na agenda do Direito internacional, não só em razão de seu crescente aumento em decorrência da globalização, mas também porque é um direito cuja origem encontra-se vinculada à origem do próprio Direito

Internacional.¹

Vários instrumentos internacionais se desenvolveram, fazendo culminar, em 10 de dezembro de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos². Esta em seu artigo 13 afirma:

1. Toda pessoa tem o direito de circular livremente e de escolher sua residência no território de um Estado;
2. Toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, inclusive de seu próprio, e de regressar ao seu país.

Os direitos humanos internacionais são positivados, mas poucos são os instrumentos coercitivos internacionais para fazer os Estados cumprirem com as obrigações contraídas. Desta sorte, é notória a constante violação das disposições internacionais dos direitos humanos. No tocante às migrações, as violações ocorrem por parte dos países receptores de imigrantes, dos países de passagem e até mesmo dos países emissores.

Ante a estas violações, o Estado do México recorreu à Corte Interamericana de Direitos Humanos pedindo que emitisse opinião acerca dos direitos dos trabalhadores imigrantes, principalmente daqueles indocumentados, ou seja, daqueles considerados ilegais.

A Corte Interamericana, então, em sua Opinião Consultiva nº 18, destaca, dentre outras argumentações a seguir delineadas, que os Estados não podem invocar sua soberania enquanto justificção suficiente para a violação dos direitos trabalhistas dos imigrantes, sejam eles legais ou ilegais. Toma por base o princípio da igualdade e da não discriminação, oponível aos Estados-Membros da Convenção Interamericana de direitos Humanos e, haja vista sua imperatividade, a todos os demais.

A moderna doutrina do Direito Internacional destaca novos paradigmas buscando superar conceitos tradicionais. Seu intuito é o de elevar os direitos humanos, fazendo saltar ante o Estado a dignidade da pessoa humana. Um desses paradigmas é o da soberania dos Estados, então relativizada face sua vinculação ao ordenamento internacional.

¹ SANTIAGO, Jaime Ruiz de. Movimentos Migratórios y Movimientos Forzados de Personas em el Mundo Contemporáneo. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 126.

² ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Brasília, 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 29 abril 2012.

Permanece a hegemonia dos Estados sobre seus territórios, mas desde que observadas as normas do Direito Internacional. Seus ordenamentos jurídicos não podem infringir acordos ou tratados internacionais, de tal sorte que políticas migratórias que discriminem de qualquer forma o imigrante são defesas. Outro paradigma que se apresenta é o da cidadania pós-nacional, ou seja, uma cidadania não mais vinculada à nacionalidade, mas sim à comunidade internacional.

Como já mencionado, apesar da intensa massa doutrinária e jurisprudencial dos direitos humanos, o fato é que estes são continuamente desrespeitados. Para ilustrar dois casos, temos o da polêmica Diretiva de Retorno europeia que, além de impedir a livre circulação de pessoas das diversas nações em seu território, possibilita aos Estados da União Europeia realizarem prisão daqueles imigrantes ilegais em seu território. Clara afronta às previsões dos diversos instrumentos internacionais de direitos humanos.

O segundo caso que se ilustra é o da recente chegada de haitianos ao Brasil. Esta nova rota tem como causa inicial o terremoto ocorrido em 2010, que devastou o Haiti. Também se relaciona com a atual situação econômica positiva do Brasil, que faz com que esses haitianos acreditem em melhores condições de emprego aqui. Entretanto, apesar de signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil surge com políticas para impedir o ingresso de novos haitianos em seu território e políticas de deportação daqueles que entrarem sem o devido visto. Notório é, mais uma vez, o desrespeito à comunidade internacional e à dignidade da pessoa humana.

Mesmo que a passos lentos, o Direito Internacional caminha no sentido de afirmar a livre circulação de pessoas pelo globo. É da essência do ser humano sua necessidade de migrar, por qualquer que seja o motivo. Não podem os Estados, essas abstrações burocráticas, retirarem dos indivíduos esse ou qualquer outro direito humano.

1. A AFIRMAÇÃO DA MIGRAÇÃO ENQUANTO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Neste primeiro momento, importante que se faça uma breve contextualização conceitual e histórica acerca das migrações e dos direitos humanos. Serão destacados conceitos básicos como os de migração, imigrante, refugiados, sujeitos de direito internacional. São conceitos necessários ao melhor entendimento do presente trabalho.

No contexto histórico, serão apresentados momentos relevantes que levaram à elevação do indivíduo enquanto sujeito de direitos internacionais. Foi por meio desta elevação que se efetiva, minimamente no cenário formal, a possibilidade da livre circulação dos indivíduos pelo globo, ou seja, positiva-se o direito de migrar internacionalmente.

1.1 Os sujeitos de Direito Internacional Público

Na determinação dos sujeitos de Direito Internacional apresentam-se dois enfoques, o clássico e o pós-moderno. O primeiro afirma que apenas os Estados seriam sujeitos de direito, enquanto que o segundo, também chamado de individualista ou realista, afirma que o indivíduo seria o único destinatário das normas do direito internacional.³

Por 300 anos, o Direito Internacional preocupou-se apenas com os Estados. Seria o chamado “modelo de Vestfália” (1648), mantido em Viena (1815) e que prossegue em Versalhes (1919). Neste momento, todavia, surgem novos elementos, como a crescente atuação das organizações internacionais em várias áreas da comunidade internacional.⁴

Afirma Accioly:⁵

Dentre os sujeitos de direito internacional, cumpre citar e preservar o papel crescente do indivíduo não como sujeito indireto de direito e deveres internacionais, mas como sujeito direto. Isso começa a se colocar a partir da responsabilidade penal internacional, e se estende,

³ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

⁴ Ibidem, p. 229.

⁵ Ibidem, p. 230.

progressivamente, a outros campos do direito pós-moderno.

São sujeitos de direito internacional as entidades capazes de adquirir direitos e contrair obrigações no plano internacional, bem como de reivindicar os seus direitos no plano internacional.⁶

Como já afirmado, por excelência o Estado era o sujeito do direito internacional clássico. Todavia, não se pode mais sustentar que seja o único. São também sujeitos de direito internacional as organizações internacionais enquanto associações de Estados, assim como o próprio ser humano, face seu progressivo reconhecimento pela comunidade internacional.⁷

Leão destaca uma lógica sequencial na qual os Estados deram origem às Organizações Internacionais que, por meio de tratados internacionais de direitos humanos, fizeram elevar o indivíduo enquanto sujeito de direito internacional. Estes são os três principais sujeitos contemporâneos do DIP.⁸

Importante citar a participação das organizações não governamentais, as sociedades transnacionais, os rebeldes, os beligerantes, os povos, os movimentos de libertação nacional que, por meio de sua organização, chamam a atenção da sociedade civil internacional e participam das relações internacionais.⁹

O Direito Internacional é um conjunto de princípios e normas acerca do comportamento dos Estados. Exprime a convicção quanto à necessidade e à juridicidade do Direito Internacional enquanto instrumento de regulação internacional, que ocorre tanto no âmbito interestadual, quanto em relação aos novos atores e agentes. Afirma-se uma fragmentação e aumento do número de agentes internacionais que estaria a caracterizar o Direito Internacional pós-moderno.¹⁰

O quadro institucional e normativo internacional, existente há séculos,

⁶ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

⁷ *Ibidem*, p. 225.

⁸ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 267.

⁹ ACCIOLY, op. cit., p. 225.

¹⁰ *Ibidem*, p. 226.

tornou-se significativamente extenso e mais complexo, tendo em vista o aumento do número de participantes tradicionais e do número de atores não estatais. O modelo de um Direito Internacional clássico, totalmente criado e controlado pelos Estados, tornou-se inócuo, não mais atendendo ao contexto factual e pós-moderno.¹¹

A personalidade internacional é atribuída pela capacidade de exercícios e obrigações. Esta noção foi apresentada pela Corte Internacional de Justiça em seu parecer consultivo de 11 de março de 1949. Nas palavras do professor ACCIOLY:¹²

A noção da capacidade efetiva de exercício de direitos e obrigações como atributiva de personalidade internacional foi definida com clareza pela CIJ em 1949, ao declarar que era sujeito do direito internacional a organização que “tem capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais e que esta tem a capacidade de fazer prevalecer os seus direitos através de reclamação internacional”. Nesse parecer de 1949, foi relevante a distinção feita pela Corte Internacional de Justiça no sentido de que “os sujeito de direito, em determinado sistema jurídico não são necessariamente idênticos, quanto à sua natureza ou à extensão de seus direitos: sua natureza depende das necessidades da comunidade”.

O Direito Internacional, então, seria um conjunto de regras que regem as relações dos homens pertencentes a diversos grupamentos políticos.¹³ Neste conceito é possível que se vislumbrem tanto os atores tradicionais, como as organizações internacionais e os Estados, assim como aqueles mais modernos, como as organizações não governamentais e os próprios indivíduos. Vale ressaltar que muitos autores se recusam a reconhecer o indivíduo enquanto sujeito de direito internacional, mas estas resistências são impotentes contra a realidade da comunidade internacional.

¹¹ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227.

¹² *Ibidem*, p. 227.

¹³ POLITIS, 1925 apud ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 17 ed. – São Paulo, Saraiva, 2009, p. 228.

1.1.1 O Estado enquanto sujeito tradicional do Direito Internacional Público

O Estado é, por excelência, o sujeito de direito internacional. É resultado de longa evolução histórica. O Direito Internacional, todavia, ocupa-se do Estado apenas a partir de sua incorporação à comunidade internacional, portanto, a partir do momento em que passa a ter direitos e deveres no contexto internacional.¹⁴

Entretanto, é em função das limitações ao poder dos Estados que se constrói o Direito Internacional. Este é o paradoxo central do direito internacional, que tem o Estado como seu sujeito e, ao mesmo tempo, se ordena enquanto sistema institucional e normativo na medida em que impõe limites a este mesmo sujeito.¹⁵

A formação dos Estados é igualmente do domínio da história, da política e da sociologia, como do direito internacional. São as guerras que, tradicionalmente, determinam esta formação. Como exemplo, quando da I Guerra Mundial, temos o esfacelamento dos Impérios Russo, Austro-Húngaro e Otomano que fez surgir numerosos Estados. Da mesma forma, na II Guerra Mundial, com o fenômeno da descolonização, novos Estados surgiram a partir das antigas colônias, que adquiriram as respectivas independências graças ao princípio da autodeterminação dos povos afirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas.¹⁶

É entendimento de Celso Albuquerque Mello que o ordenamento jurídico internacional possui normas que determinam a personalidade jurídica internacional, bastando, para isto, que os entes preencham requisitos determinados pela norma.¹⁷

Para o caso dos Estados, é por meio do reconhecimento daquele país pelos demais Estados que se confere a personalidade jurídica internacional. O Estado deve apresentar determinados elementos constitutivos, quais sejam uma comunidade de indivíduos, território, governo e finalidade. Existe ainda mais um requisito, apresentado pela Convenção Panamericana sobre Direitos e Deveres dos Estados: a capacidade de relacionar-se com os

¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

¹⁵ *Ibidem*, p. 231.

¹⁶ *Ibidem*, p. 248-249.

¹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

demais Estados.¹⁸

Haverá um Estado somente quando este for constituído por indivíduos, ainda que seja em número pequeno, regidos por um governo próprio. A associação de pessoa é indispensável para a constituição de uma ordem jurídica a ser reconhecida pelos demais Estados.¹⁹ São os indivíduos os grandes responsáveis pela continuidade do Estado, sendo, portanto, lógica a sua essencialidade. É por meio deles que se atende ao princípio da continuidade e que se dá a manutenção da ordem jurídica do Estado.²⁰

Por conseguinte, o povo é elemento essencial à constituição do Estado juridicamente reconhecido pela comunidade internacional; é o conjunto de indivíduos formado tanto pelos nacionais natos, quanto pelos naturalizados que estão sujeitos à soberania interna do Estado. Não se exige a existência de laços ou vínculos culturais, língua ou origem entre os indivíduos que integram essa comunidade.²¹ Interessante observar este conceito no tocante aos direitos dos imigrantes internacionais.

Basta a presença do *animus* de habitar determinada terra para que se verifique a necessária unidade de indivíduos, ainda que sejam totalmente diferentes culturalmente, não havendo qualquer impedimento que várias nações, como no caso da Suíça, constituam um único Estado.²² O famigerado princípio da nacionalidade, já utilizado enquanto manobra política para justificar a anexação da Áustria e parte da Tchecoslováquia ao seu território, hodiernamente não mais se aplica.²³

O território, mais um elemento do ente Estado, é a área efetivamente ocupada por este, é a sua fração de terra no planeta, o espaço onde ele exerce com exclusividade a sua soberania.²⁴ É nessa extensão territorial, delimitada pela fronteira, que o elemento povo desenvolve suas atividades. Não é relevante para a análise desse critério se são muitas ou poucas pessoas, se é mais ou menos homogêneo, o que de fato interessa é a

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 385.

¹⁹ *Ibidem*, p. 385.

²⁰ *Ibidem*, p. 385.

²¹ *Ibidem*, p. 386.

²² *Ibidem*, p. 386-387.

²³ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232.

²⁴ MAZZUOLI, op. cit., p. 385-387.

intenção de permanência naquele território, ou seja, de ali se estabelecer de forma definitiva.²⁵

Governo é o elemento político. Precisa ser autônomo e independente, sendo a forma de governo adotada sem ingerência de outros países. Deve ser concreto e legítimo; não se admite que tenha sido conquistado por meios que infrinjam os princípios de Direito Internacional. Sendo legítimo, o governo do Estado possui duas funções primordiais, quais sejam administrar seu país e participar das relações internacionais representando seu Estado.²⁶

Verificada essa autonomia jurídica na ordem interna de determinada comunidade, resta-lhe evidente a sua independência, sendo passível de reconhecimento ante a comunidade internacional e, portanto, perante os demais Estados.

Reunidos os elementos constitutivos do Estado, o governo desta nova entidade deverá buscar seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade internacional. A partir de então, o Estado se encontrará formalmente submetido à aplicação das normas do direito internacional.²⁷ Assim surge um Estado enquanto sujeito de direito internacional.

1.1.2 As Organizações Internacionais enquanto sujeitos tradicionais do Direito Internacional Público

A instituição da Liga das Nações, após a I Guerra Mundial, trouxe maior destaque às organizações internacionais. Esta organização nasceu dos objetivos internacionais de manutenção da paz, mediante regulação da convivência entre os sujeitos de direito internacional.²⁸

Surgiu a discussão acerca da possibilidade da existência de personalidade jurídica internacional da Liga das Nações. Poderia esta organização ser considerada sujeito de

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 385-386.

²⁶ *Ibidem*, p. 389.

²⁷ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 254.

²⁸ *Ibidem*, p. 293.

direitos e obrigações de direito internacional?²⁹

Na medida em que cresceu a conscientização acerca dos problemas internacionais, as organizações internacionais multiplicaram-se. A verdade é que os Estados tornaram-se impotentes ante as variadas demandas internacionais, tornando imprescindível ao ordenamento internacional operações coordenadas por aqueles sujeitos tradicionais. Este seria o “modelo clássico” de expressão das organizações internacionais.³⁰

Tais instituições, então, surgem com o propósito de facilitar o estabelecimento de cooperação entre os Estados nos diversos campos do direito, otimizando os interesses das sociedades envolvidas nos objetivos internacionais. Sua lógica existencial baseia-se na impossibilidade dos Estados resolverem apropriadamente determinado assunto de interesse geral, seja por questões políticas, culturais, econômicas ou militares.³¹ As organizações internacionais desempenham, portanto, um papel de prestadoras de serviços internacionais aos Estados.³²

Ricardo Seitenfus define as organizações internacionais como uma “sociedade entre Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros”.³³

O elemento constitutivo das organizações internacionais é o acordo celebrado pelos Estados membros. A partir desse consentimento a instituição atuará internacionalmente em nome dos signatários.³⁴ Ponto importante a ser observado: as organizações internacionais apresentam personalidade jurídica própria, não se confundindo esta com a personalidade jurídica dos membros signatários que as constituíram.³⁵

Para Mazzouli tudo funciona como se os Estados cedessem parcela de sua soberania para a instituição desses organismos que, por sua vez, passam a ter vontade própria.

²⁹ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294.

³⁰ *Ibidem*, p. 294.

³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 541.

³² SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29.

³³ *Ibidem*, p. 27.

³⁴ MAZZUOLI, op. cit., p. 544.

³⁵ *Ibidem*, p. 544.

Entretanto, tendo em mente que a organização deve representar a vontade coletiva de seus membros instituidores, essa liberdade restringir-se-á aos termos do acordo que lhe deu origem, vedado o distanciamento das normas e princípios instituidores da própria organização. Desde antes da criação de uma organização internacional, definem-se coletivamente quais serão suas competências, estas antes de absoluto domínio nacional dos Estados soberanos.³⁶

Em 1949, por meio do Parecer Jurídico nº 11 da Corte Internacional de Justiça, já citado, a noção de que os atributos da personalidade jurídica estão relacionados com a capacidade efetiva de exercício de direitos e obrigações foi formalmente reconhecida. Declarou-se que as organizações internacionais são titulares de direitos e obrigações, podendo fazer valer seus direitos por meio de reclamação internacional. Tornaram-se, portanto, formalmente, sujeitos de direito internacional.³⁷

1.1.3 A positivação dos direitos humanos no pós II Guerra Mundial e o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional público

A recente passagem pelas duas grandes guerras mundiais foi causa de efetiva reflexão por parte da comunidade internacional sobre os efeitos causados no domínio da sociedade civil. Em ambas as guerras, foram intensas as violações das chamadas “leis de guerra”, ou *jus in bello*, o que colocou em sério risco a própria existência da humanidade.³⁸

Reconheceu-se a necessidade de maior destaque aos direitos humanos no campo do Direito Internacional. Tamanhas foram as agressões vividas pela pessoa humana que se despertou “a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases do ordenamento internacional”.³⁹

Esse contexto faz surgir uma doutrina jusnaturalista dos Direitos Humanos,

³⁶ SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26.

³⁷ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227.

³⁸ REZEK, Francisco. *Direito internacional publico: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378.

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2006. p. 111.

outro grande fenômeno revolucionário da comunidade internacional frente às duas guerras. Afirma-se que o conteúdo dos Direitos Humanos deveria ter face às relações dos Estados e seus cidadãos e cidadãs. Portanto, a ideia do direito natural apresentou-se como a expressão de um limite ao poder do Estado.⁴⁰ Essa tradição jusnaturalista será melhor apresentada a diante.

O reconhecimento dos direitos humanos no cenário internacional desenvolveu-se a partir do contexto de cada época. Entre o séc. XVII e início do séc. XX, as Relações Internacionais eram mantidas basicamente entre governos soberanos em um território relativamente amplo e sobre a população estabelecida neste. Para esta época, Cassete aponta três principais características:⁴¹

3. Os estados viviam em um estado de natureza;
4. O princípio da reciprocidade, segundo o qual as normas entre associados regiam-se por acordos bilaterais ou multilaterais, todos baseados em recíprocas vantagens dos contratantes;
5. Carência de peso aos povos e indivíduos no cenário internacional. Estes se consubstanciavam apenas enquanto titulares de obrigações; sujeitos passivos, apenas.

Os direitos humanos, a este tempo, frente ao princípio da soberania estatal, estavam encerrados dentro das fronteiras dos Estados. Entretanto, tais direitos foram deixando de ser considerados matéria de exclusiva jurisdição dos Estados soberanos e inserindo-se nas prerrogativas da sociedade internacional. Sua defesa, por conseguinte, passa a ocorrer independentemente das limitações territoriais impostas pelos Estados.⁴²

Em 26 de abril de 1945, na Conferência de São Francisco, foi estabelecida a Organização das Nações Unidas. A criação desta apresenta-se essencialmente vinculada e influenciada pelo final da II Guerra Mundial e pela ideologia de seus vencedores, quais sejam Estados Unidos da América, Inglaterra, França, China e a, então, URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). Estes são os mesmos países a terem representação no Conselho de Segurança, máximo órgão de decisão da ONU. Fato seja que esse conselho

⁴⁰ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 266.

⁴¹ CASSESE, 1993 apud LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 265.

⁴² LEÃO, op. cit., p. 265-266.

refletia o ideal político, social, econômico e militar de cada uma daquelas potências, verdadeiro cenário de duelo entre as grandes democracias ocidentais e os países da Europa socialista.⁴³

Nas palavras do professor Leão:⁴⁴

Os cinco grandes países, que representavam claramente duas correntes ideológicas opostas fincadas diametralmente no seio da ONU, marcariam a divisão precipitada e imprudente dos direitos humanos em civis e políticas, por um lado, e econômicos, sociais e culturais, por outro. Uma, ovacionando a liberdade de expressão, pensamento e religião, as liberdades individuais em geral, cultuando o neoliberalismo como o caminho inquestionável do cenário econômico mundial; a outra, ainda que contrária aos direitos humanos em um primeiro momento, defendendo os pilares socialistas, propondo direitos de extrema importância, como é o caso do princípio de igualdade (ou seja, a proibição de discriminações fundadas em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, nacionalidade, propriedade etc), direito de associação, direito à autodeterminação dos povos coloniais, dentre outros.

Não só em razão do peso do autoritarismo estalinista que a União Soviética era contra a discussão dos direitos humanos, mas também pela lógica do pensamento marxista. Na tradição jusnaturalista os Direitos Humanos tem por base três principais premissas:⁴⁵

1. Os direitos humanos são inerentes à pessoa humana, dispensando-se qualquer reconhecimento positivo; existem mesmo quando negados pelo Estado;
2. Prescindem do contexto social do indivíduo, sendo, por sua lógica naturais, imutáveis e válidos em todas as partes;
3. São direitos dos indivíduos, não dos grupos sociais aos quais façam parte.

Para os socialistas, a lógica dos direitos humanos e das liberdades estaria apenas a subverter a ordem existente. Seriam direitos ligados aos interesses da burguesia, sendo usados como meros instrumentos ideológicos por esta na sociedade capitalista.⁴⁶ Para

⁴³ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 266.

⁴⁴ Ibidem, p. 266.

⁴⁵ CASSESE, 1993 apud LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 266.

⁴⁶ Ibidem, p. 267.

Marx, justiça social e a dignidade humana traziam consigo elementos que transcendiam as fronteiras dos Estados, como a consciência social de se fazer parte de uma classe trabalhadora.⁴⁷ A ideologia e a prática na URSS, portanto, iam de encontro com a doutrina dos Direitos Humanos.

Em 1945, no nascer da Organização das Nações Unidas, o mundo apresentava a hegemonia dos EUA no ocidente, tanto no plano militar e econômico como enquanto modelo de difusão de sua cultura capitalista que ganhava força no mundo. Já na Europa do Leste, a URSS consagrava-se enquanto a segunda potência do planeta, expandindo seu regime soviético aos países daquela região. Soma-se a este cenário o declínio dos impérios coloniais e a ascensão de novas superpotências que estabeleceram o início do processo de descolonização e o aparecimento do chamado “Terceiro Mundo”.⁴⁸

Este foi o contexto político no qual fervilharam as discussões político-diplomáticas que fizeram culminar na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Juntos, estes três documentos compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Segue trecho do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...]

Percebe-se que a realidade histórica daquela época fez com que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), desde seu Preâmbulo, pugnassem pela

⁴⁷ RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos – a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*, 2000. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 267.

⁴⁸ KENNEDY, 1989 apud LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 267.

afirmação do indivíduo enquanto sujeito do Direito Internacional Público. Houve, portanto, uma sequência lógica que consubstanciou o surgimento dos sujeitos contemporâneos do DIP. Leão afirma em seu texto:⁴⁹

Os Estados, mediante a celebração de um tratado internacional, criam as Organizações Internacionais, em cujo seio e à luz do patrocínio dos Estados, facilitam o surgimento dos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais emergem o indivíduo como um sujeito de Direito Internacional Público, capaz de demandar seus Estados por violação a uma das normas de um tratado internacional de direitos humanos. Trata-se, inclusive, de um processo que se retroalimenta.

É o Preâmbulo da DUDH, portanto, o marco que consagra a passagem de uma sociedade internacional estatocêntrica para uma sociedade internacional que posiciona o indivíduo no epicentro de suas discussões.⁵⁰

Além do preâmbulo, a Carta da ONU refere-se aos direitos humanos em outros dispositivos, tais como na enumeração dos propósitos da Organização e nos artigos 13 (b), 55 (c), 56, 62 e 76 (c), os quais mencionam a promoção da cooperação internacional para favorecer o gozo, o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o respeito universal e efetivo à raça, sexo, língua ou religião, bem como define como objetivo básico do sistema de tutela a estimulação do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos.

Reposicionando-se o indivíduo no centro das discussões internacionais, é feito o palco para o nascimento de grandes documentos e tratados internacionais de direitos humanos. A estes são somadas as constituições nacionais que, promulgadas depois da consolidação da ONU e da Carta Internacional de Direitos Humanos, carregaram consigo as normas, os princípios e os valores constantes destes instrumentos internacionais de proteção da dignidade humana. Positivava-se, portanto, a grande maioria dos direitos humanos.⁵¹

A Declaração e Programa de Ação de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁵², de 1993, é outro marco que merece destaque. Esse documento enfatizou a

⁴⁹ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010. p. 267.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 267.

⁵¹ *Ibidem*, p. 267.

⁵² CEDIN. *Declaração e programa de ação de Viena*. Brasília, 2012. Disponível em:

universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, assim como reafirmou a natureza universal dos direitos e liberdades fundamentais.⁵³

Portanto, pode-se afirmar que o particular é possuidor de direitos reconhecidos pela sociedade internacional. Para o caso de infração destes direitos, o indivíduo poderá reclamar nas respectivas cortes internacionais seus direitos assegurados.

Da mesma forma, mas em diâmetro oposto, o indivíduo também pode ser reclamado internacionalmente.⁵⁴ Como exemplo, temos o Tribunal de Nuremberg que foi criado com o objetivo de julgar os crimes nazistas cometidos na Segunda Guerra Mundial, em que restou estabelecido que os “Crimes contra o Direito Internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de Direito Internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos”.⁵⁵

De modo geral, a carta de fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) (1945), a carta de fundação do Tribunal de Nuremberg (1945-1946) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) são consideradas momentos fundadores do direito internacional dos direitos humanos. A primeira reconhece como legítima a preocupação internacional com os direitos humanos; a segunda, por sua vez, estabelece a responsabilidade individual pela sua proteção e a última enumera o conjunto de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, considerados fundamentais, universais e indivisíveis.⁵⁶

<http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/declaracao_e_programa_de_acao_de_viena.pdf>. Acesso em: 29 abril 2012.

⁵³ CEDIN. *Declaração e programa de ação de Viena*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/declaracao_e_programa_de_acao_de_viena.pdf>. Acesso em: 29 abril 2012.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 375.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 375.

⁵⁶ REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº 27, Nov 2006, p.33.

1.2 O instituto do Refúgio e as Migrações Internacionais

A importância da diferenciação conceitual dos institutos da migração e do refúgio recai na delimitação da possibilidade de aplicação de determinada lei, tendo em vista que existem direitos que beneficiam apenas um dos institutos. Entretanto, a atual delimitação entre os dois institutos é muito discreta.

Após os horrores vividos nas duas grandes guerras mundiais, como já mencionado, a comunidade internacional volta seu interesse à dignidade da pessoa humana. O grande número de refugiados ocorrido após essas guerras faz desenvolver um grande número de acordos e instrumentos internacionais visando a proteção desses indivíduos.

Neste contexto surge a Convenção das Nações Unidas sobre o estatuto dos Refugiados⁵⁷ (1951), afirmando que o estatuto de refugiado deve ser outorgado a qualquer pessoa que devido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, ou por pertencer a determinado grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, devido a tais temores, não queira recorrer à proteção de tal país.⁵⁸

Por meio do Protocolo Adicional de 1967, da Convenção da Organização da Unidade Africana (1969) e do Colóquio de Cartagena das Índias, Colômbia (1984) o conceito de refugiado foi ampliado. Acrescentaram-se outras formas de perseguição, como a agressão externa, ocupação, domínio estrangeiro e acontecimentos que perturbam gravemente a ordem pública. O critério para o reconhecimento do estatuto do refugiado também foi alterado: de um critério meramente subjetivo (perseguição ou temor fundado de perseguição) para um critério objetivo relacionado às condições objetivas vigentes nos países de origem dos solicitantes de asilo.⁵⁹

O refúgio, portanto, é um instituto de proteção à vida. Leão destaca:⁶⁰

⁵⁷ ACNUR. *Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>>. Acesso em 29 abril 2012.

⁵⁸ MARINUCCI, Roberto. et al. *Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003, p. 13-14.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁰ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de*

Não é um instituto jurídico que nasce do oferecimento de um Estado soberano a um cidadão estrangeiro e, sim, o reconhecimento de um direito que já existia antes da solicitação do estrangeiro que se encontra em território de outro Estado soberano que não o seu de nacionalidade.

Atualmente, para além daquelas pessoas que se deslocam de seus territórios por motivos de depredação e poluição ambiental, discute-se a ampliação do estatuto dos refugiados também para aquelas pessoas que migram em razão de condições de extrema miséria. A globalização neoliberal fez aumentar significativamente o número de pobres no mundo, intensificando, naturalmente, o fluxo de pessoas pelo globo. Argumenta-se que a miséria seria uma nova forma de “perseguição” a determinado grupo social.⁶¹

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), no entanto, as vítimas da miséria, das catástrofes naturais e da violência não podem ser consideradas refugiadas dentro da definição clássica da Convenção de Genebra pelo simples fato de não se encontrarem desamparados pelo Estado de origem. Ou seja, não podem ser considerados refugiados aquelas pessoas que continuam sendo, teoricamente, beneficiados pela proteção governamental.⁶²

O artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todo ser humano tem direito à vida e à segurança. Nesse sentido, afirma-se que o conceito de refugiado da Convenção de Genebra deveria ser interpretado da forma mais ampla possível, abrangendo aquelas vítimas de qualquer tipo de perseguição, seja ela de origem ambiental ou econômica.⁶³

O fato é que, com o processo de globalização, é cada vez maior o número de migrantes a se deslocarem pelo globo por razões diversas e, muitas vezes, distintas das dos refugiados.

As migrações forçadas intensificaram-se a partir dos anos 90. Sua principal causa é a disparidade de condições de vida entre os países de origem e aquele de destino do migrante. Segundo dados do ACNUR, estimou-se que das 150 milhões de pessoas migrantes

futuro. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 76.

⁶¹ MARINUCCI, Roberto. et al. *Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003, p. 15.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

⁶³ *Ibidem*, p. 16.

no mundo em 2000, apenas 14,7 milhões solicitaram asilo e refúgio.⁶⁴ Já em 2010, afirma o Departamento de Economia e Assuntos Sociais das Nações Unidas que somos um mundo de 214 milhões de migrantes internacionais.⁶⁵

Atualmente os fluxos migratórios são caracterizados por grupos de pessoas que se deslocam conjuntamente por diferentes razões ou circunstâncias, tanto dentro quanto além das fronteiras de seus países de origem. São as denominadas “migrações mistas”. Sobre estas migrações, assim destaca o professor Leão:⁶⁶

A principal característica dos fluxos migratórios mistos radica na natureza irregular e nos múltiplos fatores que impulsionam esses movimentos, nas necessidades e perfis diferenciados das pessoas neles envolvidas. São movimentos complexos de pessoas porque nele podem estar juntos solicitantes de refúgio, refugiados, migrantes econômicos e de todo tipo. Nestes, perfilam-se: menores não acompanhados, migrantes por causas ambientais, migrantes vítimas de tráfico ou de trato exploratório de pessoas etc.

Por atravessarem as fronteiras dos Estados, as migrações que ganham maior atenção são as internacionais, nas quais pessoas não têm documentos ou autorização para ingressarem no país a que se dirigem.⁶⁷

A resposta dos Estados e organizações internacionais às migrações mistas sempre foi dividi-las entre “refugiados” e “migrantes econômicos”, ou seja, a tradicional separação entre aqueles que fogem de conflitos armados e violência política e a migração de indivíduos que buscam melhores condições de vida e oportunidades. Portanto, somente os refugiados eram considerados detentores de direitos de proteção perante a comunidade internacional.⁶⁸

Curioso observar que nas migrações mistas os refugiados e solicitantes de

⁶⁴ PITA, Agni Castro. *Direitos Humanos e Asilo. Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003, p. 91.

⁶⁵ BINGHAM, John K. Priorizando Necessidades: uma abordagem baseada em direitos para as migrações mistas. In: ACNUR, *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 5, nº 5, Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2010. p. 41.

⁶⁶ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p. 84.

⁶⁷ BINGHAM, John K. Priorizando Necessidades: uma abordagem baseada em direitos para as migrações mistas. In: ACNUR, *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 5, nº 5, Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2010. p. 44.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 48.

refúgio correspondem apenas a um pequeno percentual dos indivíduos que migram juntos.⁶⁹

Nesta última década, no entanto, o aumento das chamadas migrações mistas chamou a atenção da comunidade internacional, fazendo ampliar a proteção legal e a assistência a essas novas categorias de migrantes.⁷⁰

A questão que faz frente a esta pretendida ampliação da proteção legal, diz respeito, como mencionado acima, ao conceito de refugiado, “eis que nem a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e tampouco o seu Protocolo de 1967 estabelecem [...] a violência econômica como fatores capazes de ensejar o refúgio”.⁷¹

Voltaremos neste tema quando tratarmos da atual questão dos imigrantes haitianos no Brasil no último capítulo.

Apesar da existência de instrumentos internacionais prevendo direitos restritos aos refugiados, a verdade é que muitos outros instrumentos já podem ser usados em defesa dos migrantes que não se enquadram enquanto refugiados. No próximo capítulo do será apresentada toda uma argumentação em defesa do imigrante internacional.

⁶⁹ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p. 85.

⁷⁰ BINGHAM, John K. Priorizando Necessidades: uma abordagem baseada em direitos para as migrações mistas. In: ACNUR, *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 5, nº 5, Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2010. p. 49.

⁷¹ LEÃO, op. cit., p. 88.

2. OS DIREITOS HUMANOS E A MIGRAÇÃO INTERNACIONAL

Neste segundo capítulo o que se pretende é apresentar o atual cenário das migrações internacionais e, em seguida, confrontá-lo com a argumentação jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos em defesa do direito humano internacional de migrar.

Para somar à opinião da Corte Interamericana, serão apresentados conceitos do Direito Internacional interpretados sob o prisma da moderna doutrina dos direitos humanos, ou seja, no sentido de se relativizar a soberania dos Estados face à dignidade da pessoa humana.

2.1 O contexto atual das migrações internacionais

O empobrecimento de determinadas classes sociais e a ampliação das desigualdades entre as nações relacionam-se com as migrações internacionais. Estas também apresentam por causa aspirações a mudanças e à circulação. Portanto, ser migrante condiciona uma identidade, quer para o migrante, quer para aqueles que com quem este se relaciona.⁷²

Sobre este tema, assim destaca a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 18:⁷³

Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales.

O mundo em que vivemos é caracterizado pelo paradigma da circulação, que introduz mudanças tanto nas construções identitárias do imaginário social, quanto em nossas instituições, durante muito tempo consideradas referentes estáveis. Novos conteúdos e novas formas de agir são sugeridos pelos movimentos migratórios. Questionam-se as normas

⁷² CASTRO, Mary Garcia. Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Ano XVI, nº 31, 2008. p. 10.

⁷³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 120.

sociais, as racionalidades políticas e, finalmente, a ordem instituída das identidades.⁷⁴

A ampliação da distância entre os que têm e os que não têm, causada pela globalização, potencializa que muitos migrem buscando melhores oportunidades e mobilidade social, mas também intensifica culturas de estranhamento. Destarte, aqueles de classe média e alta tornam-se mais intolerantes para com os que não têm, os estranhos, ou seja, os imigrantes.⁷⁵

Para uma breve noção do aporte das migrações internacionais, Castro destaca:⁷⁶

Segundo a ONU as migrações vêm aumentando nas últimas décadas. De 1960 a 2000 o número de imigrantes teria passado de 76 para 175 milhões; eram 2,5% em 1960 e passaram a representar 2,9% da população do mundo. No Relatório da GCIM (Comissão Global de Migrações Internacionais), citando-se a Divisão de População das Nações Unidas, menciona-se que haveria mais de 200 milhões de migrantes internacionais hoje (2008). Entre os anos 1960 a 2000 nos EE.UU. a migração aumentou em média de 3% ao ano, sendo que 30% deles são ‘indocumentados’. Se esta for a proporção nos demais países tem-se no mundo que cerca de 50% dos migrantes são considerados “ilegais”.

Países de expulsão ou de trânsito de migrantes sofrem pressão política dos países receptores. Estes insistem que aqueles colaborem com a repressão a possíveis migrantes. Outra questão delicada do atual sentido das migrações internacionais é sua vinculação com os temas de segurança nacional. Por meio desta se disfarça o racismo contra aqueles de pele escura e de traços árabes, os supostos terroristas.⁷⁷

A separação entre países emissores e receptores é questionada no que diz respeito às políticas públicas para o bem estar dos migrantes. Questiona-se o fato de que mesmo em países de emigração, como os da América Latina, é patente a violação de direitos humanos dos imigrantes e descaso na defesa de seus nacionais no exterior.⁷⁸

A globalização encolhe o mundo ao mesmo passo que vitimiza o tido como

⁷⁴ HILY, 2007 apud CASTRO, Mary Garcia. *Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento*. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Ano XVI, nº 31, 2008. p. 10.

⁷⁵ CASTRO, Mary Garcia. *Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento*. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Ano XVI, nº 31, 2008. p. 10.

⁷⁶ Ibidem, p. 10.

⁷⁷ Ibidem, p. 11.

⁷⁸ Ibidem, p. 11.

estranho. A Comunidade Europeia abre-se aos seus, abole fronteiras internas e reforça barreiras externas, repelindo os “extracomunitários”. Sofisticam-se as tecnologias de segurança e aprova-se a ampliação de muros na fronteira com o México, nos EUA; abole-se o direito de licença de motorista para os tidos como ilegais, dentre a abolição de outros direitos civis; e o estrangeiro é considerado, em princípio, um possível terrorista.⁷⁹

A todo esse contexto negativo sofrido pelos migrantes internacionais, soma-se o paradoxo do interesse econômico. São palavras de Castro:⁸⁰

... esses mesmos países que, preocupados com o envelhecimento da população, suas baixas taxas de fecundidade e aumento dos gastos com pensões e segurança social, apelam para acordos bilaterais para que contem com mão-de-obra barata imigrante – por contratos temporários e tornando os migrantes reféns dos empregadores, como a proposta de um novo programa de braceiros nos EE.UU. – ou regulam uma migração seletiva, estabelecendo cotas para aqueles com especialização profissional em áreas específicas, como de alta tecnologia e saúde – “atração de cérebros”. Se a opinião pública dos países desenvolvidos, por problemas de informações e defesa de privilégios é anti-migrantes, já seus governos aplicam um novo darwinismo social, a seletividade dos migrantes: podem entrar os considerados mais aptos pelo Estado (e não necessariamente pelo mercado, que inclusive advoga por disponibilidade de mão-de-obra barata).

É patente a violação, por parte dos Estados, de tratados internacionais que afirmam direitos aos migrantes, principalmente por aqueles de imigração. Estas violações trazem o questionamento acerca da capacidade de uma instituição de porte internacional, como a ONU, fiscalizar e sancionar esses Estados quando do conflito perante as normas da comunidade internacional.⁸¹ Serão as instituições internacionais capazes de fazer os Estados observarem o devido cumprimento das normas previamente acordadas sobre direitos humanos?

⁷⁹ CASTRO, Mary Garcia. *Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento*. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Ano XVI, nº 31, 2008. p. 12.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

2.2. Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 10 de maio de 2002, o Estado do México, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸² (Pacto de São José), apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitação de opinião consultiva sobre a privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas (aos trabalhadores migrantes) e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva às normas consagradas em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Também requisitava consulta acerca da subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo direito internacional, incluídas aquelas normas de imperatividade *erga omnes*, face à realização de certos objetivos da política interna de um Estado americano.⁸³

Trata-se da Opinião Consultiva 18, datada de 17 de setembro de 2003.

Em suas considerações que deram origem à solicitação, assim destacou o Estado do México:

Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos.⁸⁴

[...]

En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base

⁸² PGE. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Brasília, 2012. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29 abril 2012.

⁸³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 2.

⁸⁴ *Os trabalhadores migratórios, assim como todas as pessoas, devem ter garantido o gozo e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. No entanto, sua vulnerabilidade os tornam alvos fáceis de violações a seus direitos humanos, baseadas especialmente em critérios de discriminação e, em consequência, os colocam em uma situação de desigualdade perante a lei enquanto o gozo e exercício efetivos destes direitos.* (tradução nossa)

de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. [...] En ese contexto, las violaciones a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos.⁸⁵

A presente opinião consultiva é de relevância central a partir do momento em que precisa o alcance das obrigações de respeito aos direitos laborais dos trabalhadores migrantes indocumentados independentemente de sua nacionalidade. Serviria como um norte orientador às autoridades dos Estados receptores de migrantes.⁸⁶

A Corte sustenta, em resposta à solicitação mexicana, que a discriminação com base na situação migratória de um trabalhador contraria os princípios internacionais de Direitos Humanos. Reconhecendo o direito soberano dos Estados para decidir em que condições admitir a entrada de estrangeiros em seu território, afirmou, no entanto, que, uma vez que um migrante se incorpore a uma relação trabalhista no território de qualquer país, adquire direitos trabalhistas que devem ser respeitados e garantidos, independentemente de sua situação migratória ou da forma como ingressou nesse território.

A Opinião Consultiva nº 18 foi incorporada ao Relatório Anual da Comissão de Direitos Humanos aprovado pela Assembléia-Geral da OEA em 2004. Vejamos alguns aspectos jurídicos de maior relevância dessa opinião consultiva que afirmou o direito de migrar internacionalmente.

Primeiramente a Corte apresenta alguns de seus princípios de direitos humanos, a partir dos quais passa a afirmar os direitos do migrante internacional. Destaca o princípio da igualdade e não discriminação, presente nos artigo 1º da Convenção Americana e

⁸⁵ *No contexto já escrito, preocupa profundamente o Governo do México a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da região, com o sistema de direitos humanos da OEA. O Governo do México estima que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos laborais tendo por base critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. Do contrário se encorajaria os empregadores a utilizar essas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos laborais. [...] Neste contexto, as violações aos instrumentos internacionais que tutelan os direitos humanos dos trabalhadores migratórios constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos.* (tradução nossa)

⁸⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 12.

no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸⁷.

No artigo 1º afirma-se que os Estados membros da Convenção Americana se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos naquela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos que estejam sujeitos a sua jurisdição, sem discriminação 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.

Já o artigo 2º destaca que cada um dos Estados membros do Pacto estão comprometidos a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontram em seu território e submetidos à sua jurisdição os direitos reconhecidos naquele Pacto, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Os dois artigos são de conteúdos semelhantes, nos quais já se evidencia que a condição de imigrante não suficiente para a justificativa de qualquer discriminação por parte dos Estados americanos.

Antes de sua análise acerca da aplicação do princípio da igualdade e não discriminação ao caso concreto das migrações, a Corte faz referência à obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos humanos, que são suma importância. Assim afirma:⁸⁸

Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.⁸⁹

Ainda sobre a responsabilidade dos Estados acerca da aplicação das normas de direito internacional, e tendo por fundamento os artigos 1.1 e 2º da Convenção Americana,

⁸⁷ MJ. *Pacto Internacional sobre Derechos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1996. Brasília, 2012. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em 29 abril 12.

⁸⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 108.

⁸⁹ *Os direitos humanos devem ser respeitados e garantidos por todos os Estados. É inquestionável o fato de que toda pessoa tem qualidades inerentes a sua dignidade e invioláveis, que a faz titular de direitos fundamentais que não podem ser desconsiderados e que, em consequência, são superiores ao poder do Estado, seja qual for sua organização política.* (tradução nossa)

assim se manifestou a corte:⁹⁰

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que um Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. sta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención..⁹¹

Delimitados os princípios da igualdade e da não discriminação e a obrigatoriedade dos Estados perante a observação das normas de direito internacional, a Corte então discute se os mencionados princípios são de *jus cogens*. Posiciona-se positivamente acerca de tal questionamento:⁹²

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.⁹³

Significa dizer que os Estados, seja em nível internacional ou em seu ordenamento interno, e por atos de quaisquer de seus poderes ou de terceiros que atuem em

⁹⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 109-110.

⁹¹ *No direito das gentes, uma norma consuetudinária prescinde que um Estado que já tenha ratificado um tratado de direitos humanos introduza em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento de suas obrigações assumidas. Esta norma é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado-membro de adequar seu direito interno às disposições da Convenção para garantir os direitos por ela consagrados. Este dever geral do Estado-membro implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio da *effet utile*). Significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, assim como requer o artigo 2º da Convenção. Estas medidas somente são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção.* (tradução nossa)

⁹² Corte IDH. op. cit., p. 117.

⁹³ *O princípio da igualdade perante a lei e o da não discriminação impregna toda a atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos. Este princípio pode ser considerado imperativo de direito internacional, conquanto é aplicável a todo Estado, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e gera efeitos com respeito a terceiros, inclusive a particulares.* (tradução nossa)

seu nome, não podem atuar contra os princípios da igualdade e da não discriminação, em prejuízo de um determinado grupo de pessoas.

Esta é a teoria, mas a realidade é que os migrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade enquanto sujeitos de direitos humanos. Encontram-se, geralmente, em condição de ausência de direito ou de diferença de direito para com o não migrante. Todavia, o Tribunal assinala que a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação, posto que, como já mencionado, dito princípio tem caráter imperativo e todos os Estados devem garanti-lo a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, não importando critérios de raça, gênero ou qualquer outro.⁹⁴

Importante ressaltar, entretanto, que, apesar da proibição à discriminação, os Estados podem dar tratamentos distintos aos nacionais, migrantes legais e migrantes ilegais sob determinadas condições. Nas palavras de Corte:⁹⁵

Sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.⁹⁶

Passados esses temas, a Opinião Consultiva nº 18 foca no tema do trabalhador migrante (especialmente o não documentado), considerando este toda pessoa que realizará, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado em que não é nacional⁹⁷ (definição consagrada no artigo 2.1 da Convenção Internacional sobre a Proteção

⁹⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 121.

⁹⁵ Ibidem, p. 121.

⁹⁶ *O Estado pode outorgar um tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre e quando este tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional e não lesione os direitos humanos. Por exemplo, podem ser feitas distinções entre as pessoas migrantes e nacionais em relação a alguns direitos políticos. Da mesma forma, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de migrantes indocumentados em seu território, os quais devem sempre ser aplicados com estrita observância das garantias, do devido processo legal e do respeito à dignidade humana.* (tradução nossa)

⁹⁷ Corte IDH, op. cit. p. 124.

dos Direitos dos Trabalhadores Migratórios e de seus Familiares⁹⁸).

Trabalhadores migrantes documentados ou em situação regular são os que tenham sido autorizados a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado empregador em conformidade com as leis deste Estado e acordos internacionais em que o mesmo seja parte. Trabalhadores indocumentados ou em situação irregular, por sua vez, são aqueles que não cumprem com aquelas condições dos trabalhadores documentados, ou seja, não contam com autorização para ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada fora de seu Estado nacional.⁹⁹

É entendimento da Corte Interamericana:¹⁰⁰

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en esse Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.¹⁰¹

Destarte, a qualidade de migrante não pode constituir justificativa para a privação do gozo e exercício de direitos humanos pelo empregado, entre estes os de caráter laboral. São direitos que devem ser garantidos pelos Estados independentemente da condição regular ou irregular do trabalhador. Todavia, o fato é que os trabalhadores imigrantes

⁹⁸ OAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*, de 18 de dezembro de 1990. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/default.asp>>. Acesso em 29 abril 2012.

⁹⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 124.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 125.

¹⁰¹ *Os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, este entendida em seu sentido mais amplo. Toda pessoa que realizará, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, consequentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulado em nível nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, ou seja, regula os direitos e obrigações de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingresa em um Estado e se envolve em relações laborais adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego independentemente de sua situação migratória, posto que o respeito e garantia do gozo e exercício destes direitos devem ser concretizados sem discriminação alguma.* (tradução nossa)

indocumentados são contratados justamente porque possibilitam ao empregador imprimir ao migrante condições laborais inferiores das dos demais trabalhadores.¹⁰²

As relações laborais entre trabalhadores migrantes e terceiros empregadores 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 laborais que seu ordenamento jurídico estipula, direitos originados em instrumentos internacionais ou em normas internas. Os Estados também são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudicam aos trabalhadores migrantes, seja porque não lhes reconhecem os mesmos direitos que aos trabalhadores nacionais, seja porque lhes reconhecem os mesmos direitos, mas com algum tipo de discriminação.¹⁰³

Vencidas estas argumentações, a Opinião, então, passa a avaliar o desenvolvimento de políticas migratórias por parte dos Estados membros da Convenção Americana. Apresenta o seguinte entendimento:¹⁰⁴

... en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.¹⁰⁵

Inadmissível, portanto, que os Estados empregadores de imigrantes protejam a sua produção nacional estimulando ou tolerando a contratação do trabalhador

¹⁰² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 125.

¹⁰³ Ibidem, p. 129.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 132.

¹⁰⁵ ... no exercício de sua faculdade de fixar políticas migratórias, é lícito que os Estados estabeleçam medidas atinentes ao ingresso, permanência ou saída de pessoas migrantes para atuarem como trabalhadores em determinado setor produtivo em seu Estado, sempre de acordo com as medidas de proteção dos direitos humanos dos trabalhadores. Com o objetivo de cumprir essa necessidade, os Estados podem tomar diversas medidas, tais como outorgar ou denegar permissões de trabalho gerais ou específicos, mas devem estabelecer mecanismos para assegurar que isto seja feito sem discriminação alguma, atendendo unicamente às características da atividade produtiva e da capacidade individual das pessoas. (tradução nossa)

migrante indocumentado sob condições de exploração laboral, aproveitando-se, para tanto, de sua condição de vulnerabilidade. É vedado aos Estados empregadores, por conseguinte, o pagamento de salários inferiores àqueles pagos aos seus nacionais, a limitação de gozo de qualquer outro direito trabalhista ou a negativa reclamação de seus direitos perante as autoridades competentes.¹⁰⁶

Por todas as razões expostas, destacam-se, a seguir, as principais opiniões/conclusões finais da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca daquilo que foi solicitado pelo México:¹⁰⁷

1. Os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou infrinjam um direito fundamental, e suprimir medidas e práticas que restrinjam ou vulnerem um direito fundamental;
2. É gerada a responsabilidade internacional para aquele Estado que, mediante qualquer tratamento discriminatório, descumpra a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos;
3. O princípio da igualdade e da não discriminação é de caráter fundamental no tocante à proteção dos direitos humanos, devendo direcionar tanto o direito interno quanto o direito internacional;
4. O princípio da igualdade e não discriminação, no atual estágio da evolução do direito internacional, ingressou no domínio do *jus cogens*. Desta forma, todo Estado se apresenta vinculado a tal princípio, tendo assinado ou não determinado tratado internacional. Seu efeito é *erga omnes*, vinculando toda a ação do Estado perante terceiros, inclusive particulares.
5. A condição migratória de uma pessoa não pode constituir justificativa para a privação do gozo e exercício de seus direitos humanos, dentre eles, os trabalhistas. Estes direitos decorrem imediatamente à formação da relação de trabalho.
11. Os Estados não podem subordinar ou condicionar a observação do princípio da igualdade perante a lei e à não discriminação aos objetivos de suas políticas públicas, mesmo aos daquelas de caráter migratório.

¹⁰⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 133.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 134-135.

2.3 Novos paradigmas do Direito Internacional para a afirmação do direito de migrar internacionalmente

O que se pretende neste tópico é apresentar alguns conceitos centrais do direito internacional a serem interpretados à luz da moderna doutrina dos direitos humanos. São conceitos que, rompendo com antigos paradigmas, somam à argumentação jurídica em defesa dos direitos humanos e, dentre eles, o de migrar livremente.

2.3.1 A Soberania Nacional e o Controle dos Movimentos Migratórios

Não é possível precisar um conceito de soberania. Existem diferentes conceitos que variam conforme o período e o autor.¹⁰⁸

Em Vestfália, 1648, os Tratados de Münster e Osnabrück, marcam o fim da Guerra dos Trinta anos (1618-1648). Desses tratados decorreu o direito internacional tal como conhecemos: aquele que afirma a igualdade jurídica entre os Estados.¹⁰⁹

O direito de igualdade entre os Estados relaciona-se com o conceito de soberania. Esta é uma ficção jurídica que se alterou significativamente ao longo da história. Todavia, ainda apresenta-se como um dos pilares relacionados à independência de um Estado em relação a outros. Para uma melhor contextualização com o tema das migrações internacionais, será desenvolvida uma breve análise acerca do conceito de soberania.

A concepção de uma soberania que não sofre restrições representada por um Estado com poderes ilimitados encontra-se ultrapassada. Atualmente, soberania é concebida enquanto uma qualidade que envolve o poder do Estado.¹¹⁰ As concepções modernas de soberania afirmam o poder supremo do Estado na ordem interna e sua independência perante outros Estados na ordem externa, tendo esta ideia surgido com Bodin, embora os teóricos da

¹⁰⁸ VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 233.

¹⁰⁹ ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. et al. *As tendências do Direito Público: no limiar de um novo milênio*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 98.

época já entendessem que o seu conceito não era absoluto.¹¹¹ Desde então, o conceito de soberania é um dos principais fundamentos do que se entende por Estado moderno.¹¹²

Thomas Hobbes, inglês, em sua obra o “Leviatã”, representou o Estado na figura do Leviatã. Nesta figura mítica, a soberania estaria a representar sua alma. Hobbes afirma uma soberania que nasce do pacto realizado entre o rei e seu povo. Antes deste pacto, os indivíduos viviam em constante medo da morte, em função da violência instaurada. O homem seria mau por sua natureza. Com o pacto, que visa a autopreservação do próprio homem, surge a soberania do Estado.¹¹³

Há ainda outros autores clássicos, como Rousseau, que se preocuparam com o tema da soberania dos Estados. Entretanto, avançando no tema do presente trabalho, vejamos algumas concepções mais modernas de soberania, que ainda apresentam o poder do Estado de exercer o domínio sobre seu território.¹¹⁴

A Corte Internacional de justiça já se manifestou no sentido de que, em relações internacionais, a soberania entre os Estados significa independência em relação a uma parte do globo. Seria o direito de exercer as funções estatais excluindo-se a interferência de outros Estados, ante o princípio da competência exclusiva dos Estados.¹¹⁵

Afirma-se uma soberania que não admite a submissão do Estado a um ordenamento superior. Todavia, frise-se que a soberania deve ser exercida igualmente, encontrando limites no próprio direito internacional, não se admitindo mais a noção de que esta é ilimitada e ilimitável.¹¹⁶ De um lado, existe a ideia de que a soberania de um Estado deve estar condicionada à capacidade de proteger e promover os direitos civis e políticos fundamentais dos cidadãos; de outro, a de que a soberania deve ser inviolável e a busca de soluções para os problemas de direitos humanos deve excluir o uso da força por parte de agentes externos.

¹¹¹ VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 235.

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. et al. *As tendências do Direito Público: no limiar de um novo milênio*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.100.

¹¹³ VARELLA, op. cit., p. 235.

¹¹⁴ Ibidem, p. 238.

¹¹⁵ Ibidem, p. 239.

¹¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 391.

Argumenta-se, para este segundo posicionamento, que a possibilidade de interferência pode minar o respeito e a confiança entre os países, que se sustentam sobre as premissas do sistema Vestfaliano, tornando a política internacional ainda mais instável.¹¹⁷

No tocante às migrações internacionais, a concepção da soberania apresenta-se relevante no sentido em que permite aos Estados definirem com exclusividade acerca de suas políticas de fronteira, migratória e de cidadania. Estes são aspectos que analisaremos nos tópicos seguintes.

2.3.2. Territórios Nacionais e Políticas de Fronteiras

Ultrapassando as antigas barreiras impostas pela natureza, surgiu a necessidade de coexistência entre as diferentes comunidades humanas. O direito então passa a tratar de matérias que não dizem mais respeito apenas a aspectos da gerência interna dos Estados; trata de questões que ultrapassam os limites de seu território, coordenando interesses e finalidades das diversas comunidades.¹¹⁸ As migrações correspondem a uma dessas questões de interesse comum.

O mundo apresenta-se dividido entre Estados. Estes e o sistema internacional do qual fazem parte, no intuito de gerir as migrações, expropriaram do indivíduo e das entidades privadas, não de maneira exclusiva, os meios legítimos de movimentos através das fronteiras internacionais.¹¹⁹ O monopólio de legitimidade da mobilidade é considerado um dos fundamentos da soberania dos Estados.¹

Nos ensinamentos de Reis¹²⁰:

A autonomia do Estado no campo das migrações é uma das principais características do direito internacional tradicional. Dentro desse paradigma,

¹¹⁷ REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº 27, Nov 2006, p.37.

¹¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37-38.

¹¹⁹ TORPEY, John. *The invention of the passport, surveillance, citizenship and the State*. Nova York, Cambridge University Press. Crime, History & Societies Numéro Vol. 5, nº 2 (2001)2000. Disponível em: <http://eprints.cscs.res.in/123/1/_M1eFQVhuKpLz.pdf>. p. 4.

¹²⁰ REIS, op. cit., p. 150.

o indivíduo é um não-sujeito, isto é, não existe. Internacionalmente, são os Estados que se relacionam entre si, ou seja, não há uma relação entre indivíduos de uma determinada nacionalidade e Estados de outra. Quando por ventura ocorre um conflito nesses termos, por exemplo, se um determinado Estado ofende de alguma forma um cidadão de outro Estado, a questão passa a ser tratada na esfera governamental, assume a forma de uma ofensa de um Estado ao outro, e só pode ser discutida e resolvida entre eles.

Os Estados, por meio de suas políticas de imigração e cidadania, atuam como importantes atores na formação e manutenção dos fluxos migratórios. Entretanto, eles não são os únicos atores. O Direito Internacional, a partir da relativização da soberania dos Estados e do surgimento de novos atores internacionais, caminha no sentido constanger a autonomia decisória dos Estados no que diz respeito ao controle de suas fronteiras.¹²¹

A evolução da afirmação dos direitos dos migrantes, conforme já mencionado, tem relação estrita com os direitos dos refugiados. Na contextualização histórica de Reis:¹²²

A Convenção Relativa ao Status de Refugiado foi assinada em 1951, na cidade de Genebra, e tinha um âmbito bastante limitado e preciso, qual seja, a situação das pessoas deslocadas pelos regimes totalitários da Europa nos anos de 1930 e pela Segunda Guerra Mundial. Em 1954, surgiu a Convenção Relativa aos Apátridas, que também se referia basicamente a situações do pós-guerra. No entanto, com a persistência dos conflitos armados e das ditaduras nos anos subsequentes, esses mecanismos foram sendo estendidos e aperfeiçoados para dar conta das novas situações. Em 1961, foi assinada a Convenção de Prevenção da Formação de Apátridas, e, em 1967, o Protocolo de Refugiados, em Nova York, o qual estendeu o conceito de refugiados para outros tipos de situação.

A Convenção de Genebra afirma a obrigação dos Estados de analisar os pedidos de asilo e de garantir aos refugiados o mesmo tratamento de direitos que usufruem os cidadãos do país no tocante a educação, saúde e condições de emprego. Também devem prevenir que haja discriminação e que os refugiados não sejam penalizados mesmo no caso de entrarem em um país sem autorização. Já o Protocolo de Nova York¹²³ ampliou a proteção prevista na Convenção de Genebra para casos não diretamente relacionados aos eventos anteriores a 1951.

¹²¹ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 n°. 55 junho/2004, p. 150-151.

¹²² *Ibidem*, p. 151.

¹²³ LGDH. *Protocolo de Nova Iorque*, de 31 de janeiro de 1967. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Protocolo%20de%20Nova%20Iorque.htm>>. Acesso em 29 abril 2012.

Seguindo sua contextualização histórica, a professora Rossana Reis destaca:¹²⁴

A Convenção sobre os Apátridas de 1954 afirma basicamente que os indivíduos não considerados cidadãos nacionais por nenhum país devem ter seus direitos garantidos pelo Estado no qual residem, o qual deve também ser responsável pela emissão de documentos de identidade, além de facilitar o processo de naturalização. A Convenção de 1961 trata da prevenção da formação de apátridas, comprometendo os Estados signatários a concederem a nacionalidade a pessoas que nasceram em seu território ou aqueles nascidos em outro território, cujos pais sejam “nacionais” desse Estado, e que, de outra forma, se tornariam apátridas; e também a não punirem com a perda da nacionalidade os casos de mudança de status, como casamento, divórcio, adoção ou aquisição de outra nacionalidade.

Conforme já mencionado, essas convenções relativas aos direitos dos refugiados e apátridas representam um ponto de inflexão para o Direito Internacional, pois reconhecem o indivíduo no cenário internacional, independentemente de sua vinculação com seu Estado de origem. É a relativização do conceito de soberania dos Estados ocorrendo.

No âmbito da imigração propriamente dito, o artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948 pela ONU, garante aos indivíduos o direito a ter direitos, ou seja, de ter uma nacionalidade, de não perdê-la e de ter a possibilidade de alterá-la. O artigo 14 do mesmo documento fala do direito de procurar asilo para os casos de perseguição. Por fim, o artigo 13 em seu parágrafo 2º afirma o direito de sair, ou seja, de deixar seu país de origem. Vale dizer, afirma também o direito de voltar, caso desejar.

Entretanto, o paradigma da autonomia decisória dos Estados acerca de quem entra em seu território, mesmo frente à evolução do indivíduo no cenário internacional, continua. O mesmo artigo 13, em seu parágrafo 1, deixa claro que a liberdade de movimento e de residência é limitada ao “interior das fronteiras de cada Estado”. Reis afirma que “Não existe nada como um “direito de entrar” que possa ser equiparado ao direito de sair”.¹²⁵

O aumento do número de migrantes pelo mundo e o crescente reconhecimento do indivíduo na esfera internacional enquanto sujeito de direitos tem modificado a tradicional forma de interpretação da Declaração dos Direitos Humanos, que

¹²⁴ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004, p. 151.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 152.

servia apenas para a relação entre Estados e Indivíduos. A nova forma de interpretação estaria a aplicar a Declaração para as relações entre Estados receptores e os respectivos migrantes. No exemplo da Professora Reis:¹²⁶

... o artigo 16, parágrafo 3, afirma que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado”. Uma interpretação mais liberal desse artigo dá margem a uma política de imigração que preveja a concessão de vistos para membros estrangeiros de famílias de “nacionais” ou de imigrantes legais, mesmo quando não for do interesse do Estado receber mais imigrantes. Contudo, a maior parte dos países receptores, mesmo aqueles que mantêm uma política de reunificação familiar, reluta em aceitar esse tipo de interpretação e em reconhecer a existência formal desse direito. Além disso, persiste a questão de determinar quais pessoas pertencem à família, isto é, que tipo de laços familiares justificam a inclusão do indivíduo num programa de reunificação familiar.

Desenvolveu-se a consciência de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não poderia lidar sozinha com os problemas da relação entre Estados e indivíduos estrangeiros.¹²⁷ Destarte, outras legislações internacionais foram surgindo no intuito de contornar o problema.

Em 1949, a OIT produziu a primeira legislação específica sobre este tema: a Convenção de Imigração para o Trabalho. Já em 1975, produziu a Convenção dos Trabalhadores Imigrantes. As duas convenções recomendavam que os Estados divulgassem informações que facilitassem o processo de imigração e procuravam garantir que, independentemente de nacionalidade, raça, religião ou sexo, os imigrantes recebessem o mesmo tratamento e direitos que os trabalhadores “nacionais”. A segunda incluiu artigos relacionados à questão da imigração ilegal e do tráfico de pessoas, além da inclusão de parágrafos relativos a direitos culturais. Todavia, as duas são convenções de baixa taxa de ratificação, principalmente a segunda (41 países ratificaram a primeira, e somente 18, a segunda). Países como a Austrália, os Estados Unidos e a França, grandes receptores de imigrantes, estão ausentes em ambas.

Buscando maior regulamentação para o tema das migrações, em 1990, a ONU aprovou em Assembleia Geral a Convenção sobre Direitos dos Imigrantes. Além do mesmo tratamento por parte dos Estados aos cidadãos nacionais e imigrantes legais, esta

¹²⁶ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004, p. 152.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 152.

convenção exige que os imigrantes sejam informados de seus direitos em língua compreensível para eles, que tenham direito de recorrer ao judiciário em caso de deportação. Estabelece também regras para o recrutamento de estrangeiros. Essa é uma convenção que entrou em vigor, mas vale ressaltar que conseguiu apenas o número mínimo de ratificações e não foi assinada pelos principais países receptores de imigrantes.¹²⁸

2.3.3. Cidadania Pós-Nacional ou Transnacional

A migração internacional “subverte a relação povo/Estado/território”.¹²⁹ Desta forma, obriga o Estado a formalizar, por meio de políticas de imigração e cidadania, as regras de acesso ao território e à nacionalidade.

Neste contexto, a questão da nacionalidade é importante na medida em que a própria legitimidade da ordem mundial pós-Vestfália é dada pela pelo princípio da autodeterminação nacional, que define a liberdade de povo para conduzir livremente sua vida política, econômica e cultural segundo princípios democráticos.

Ao princípio da autodeterminação nacional geralmente é conferido uma conotação étnica, pretendendo-se criar entidades políticas soberanas com a maior homogeneidade étnica possível. Partindo dessa premissa, é comum que os Estados, quando de suas políticas de nacionalidade e cidadania, entrelacem os dois institutos. “A cidadania passa a ser atribuída em função da nacionalidade”¹³⁰. Significa dizer que o acesso aos direitos de cidadão condiciona-se à posse da nacionalidade.

Dos conceitos de nacionalidade e cidadania observa-se a lógica da ligação entre políticas de nacionalidade e de imigração. Nacionalidade pode ser definida como um “vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado”.¹³¹ Já a cidadania, anteriormente definida enquanto mera qualidade da pessoa, é condição daquele que se encontra no gozo de

¹²⁸ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004, p. 152.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 154.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 155.

¹³¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*. 11ª Edição, revisada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 180.

direitos que lhe permitem participar da vida política. É um “status legal definido por um conjunto de direitos políticos, civis e sociais, garantidos pela lei que o próprio cidadão aceita, a começar pela carta constitucional”.¹³²

Nos ensinamentos de Reis:¹³³

Diferentes concepções de nação favorecem diferentes políticas de nacionalidade/cidadania, e também de imigração. As políticas de imigração, sejam elas mais abertas ou mais fechadas, podem privilegiar determinado tipo de indivíduo ou determinada nação, em função dessa concepção de nacionalidade. Por exemplo, no caso do Estado de Israel, que se autodefine como um Estado judeu, os judeus de qualquer parte do mundo têm direito à imigração, direito este negado a outras etnias. No caso das ex-metrópoles coloniais europeias, durante muito tempo os ex-colonos tiveram liberdade de circulação no território das antigas metrópoles, que os entendiam como já tendo feito parte do Estado-nação.¹³⁴

Essas políticas se modificam ao longo da história, o que não significa dizer que sejam meras transposições de abstrações acerca da nacionalidade para a realidade. Políticas de migração e nacionalidade refletem interesses demográficos, econômicos e conjunturas políticas. Do pesar de todos esses interesses, o Estado deve definir quais são os direitos exclusivos dos cidadãos e de que forma uma pessoa tem acesso a eles. Deve definir também que tipo de indivíduo pode ou não entrar em seu território e quais podem permanecer e se tornar cidadão.¹³⁵

A ideia de cidadania, então, coincide com a da soberania territorial do Estado, a partir do momento em que o *status* legal do cidadão o faz pertencer formalmente à instituição estatal. Mattiazzi questiona:¹³⁶

... o que significa hoje ser cidadão de um Estado Nacional quando a explosão do comércio internacional, o incremento das redes de comunicação, o fenômeno migratório global e a intensificação das trocas culturais questionam fortemente a arena estatal? Qual é o direito de o Estado nacional blindar suas fronteiras se seus produtos (culturais, políticos ou materiais) as cruzam cotidianamente rumo a outros destinos, atraindo interesses materiais? Ao criticarmos tal direito não estaríamos questionando também o instituto principal da cidadania, o Estado-nação?

¹³² MATTIAZZI, Giulio. Cidadania, migrações e agentes políticos no séc. XXI. Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Confluenze, *Revista di Studi Iberoamericani*, Vol. 3, nº 1, p. 44-45.

¹³³ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004, p. 156.

¹³⁴ MATTIAZZI, op. cit., p. 52.

¹³⁵ REIS, op. cit., p. 157.

¹³⁶ MATTIAZZI, op. cit., p. 52.

Foi a ascensão do indivíduo perante a comunidade internacional que levou a modificações nas relações entre nacionalidade/cidadania e soberania/imigração. Essas modificações estão ocorrendo lentamente, obrigando os Estados a redefinirem suas fronteiras internas e externas. Reis assim define esse processo:¹³⁷

... de um lado, os Estados estariam vendo sua soberania enfraquecida frente ao indivíduo, de outro, os laços que ligam os direitos de cidadania à nacionalidade estariam se tornando mais fracos. Isso significa, entre outras coisas, que o Estado não seria mais capaz de definir, em função de seus próprios interesses, quem pode ou não entrar e se estabelecer em seu território, e, ainda, que cada vez mais os direitos são atribuídos em nome da dignidade inerente da pessoa humana, e não da sua nacionalidade, de modo que a própria distinção entre nacional e não nacional estaria perdendo sua importância.

O discurso dos direitos humanos estaria trazendo um conjunto de instrumentos legais que atuariam como “diretrizes para a administração dos assuntos migratórios na legislação nacional, padronizando e racionalizando a categoria e o status de migrantes internacionais”.¹³⁸ Seriam diretrizes que, segundo Soysal, obrigam os Estados, independentemente da nacionalidade, conceder ao indivíduo direitos civis, sociais e políticos.

O fato é que o sistema dos Estados nacionais está sob forte pressão. “Quer pelo ângulo econômico, quer pelo aspecto cultural, hoje as fronteiras dos Estados [...] não limitam nada mais que o nome geográfico do território nacional que circunscrevem”.¹³⁹

Direitos estão sendo transferidos do cidadão para o indivíduo, fazendo com que o Estado perca o controle de suas fronteiras. Estaria surgindo o que poderia se chamar de uma cidadania pós-nacional ou transnacional.¹⁴⁰ Esta apresentar-se-ia desconectada da relação povo/território em pode ser exercida numa multiplicidade de lugares.

¹³⁷ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 n°. 55 junho/2004, p. 157.

¹³⁸ SOYSAL, 1998 apud REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 n°. 55 junho/2004, p. 157.

¹³⁹ MATTIAZZI, Giulio. Cidadania, migrações e agentes políticos no séc. XXI. Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Confluenze, *Revista di Studi Iberoamericani*, Vol. 3, n° 1, p. 55.

¹⁴⁰ REIS, op. cit., p. 157.

3. GOVERNABILIDADE DAS MIGRAÇÕES

Passando à prática das migrações internacionais, o que se constata são constantes violações aos direitos humanos. Os indivíduos não estão livres para migrar pelo globo, mesmo existindo os diversos instrumentos internacionais que afirmam este direito.

Serão ilustrados dois casos. O primeiro apresenta a Diretiva de Retorno europeia em nítida afronta aos acordos e tratados internacionais de direitos humanos. Esse documento não só permite que os Estados-membros da União Europeia expulsem de seus territórios os imigrantes ilegais, como os impedem de retornar. Não sendo suficiente, apresenta ainda a possibilidade de prisão administrativa do imigrante ilegal por um período de até 18 meses. Como já chamada por diversos autores, é a “diretiva da vergonha”¹⁴¹.

No Brasil, segundo exemplo que se apresenta, a situação também não é positiva para os direitos humanos. A recente chegada de diversos haitianos após o terremoto de 2010 que devastou o país colocou em xeque a política migratória brasileira. Apesar de ainda ser um país de grande número de emigrantes, sua política imigratória para os haitianos que para cá se dirigem ou que aqui já estejam está a violar os instrumentos internacionais de direitos humanos.

3.1. A Diretiva de Retorno europeia

Após a II Guerra Mundial, como já apresentado, intensificam-se os movimentos migratórios. A Europa, principal palco da guerra, tenta se reconstruir a partir da cooperação e integração entre os Estados.¹⁴²

Em seu processo de reconstrução, a Europa precisou de mão de obra barata, fazendo surgir a figura do *guest worker* em seu continente. Estes seriam trabalhadores braçais,

¹⁴¹ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010, p. 64.

¹⁴² GRUPPELLI, Jaqueline Lisbôa. et al. A União Europeia e os direitos humanos dos imigrantes extracomunitários. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS*, Volume 2, número 3 - novembro de 2007, p 2.

com baixo nível de instrução e proveniente de vários continentes.¹⁴³

Durante a crise econômica de 1970, o número de imigrantes aumentou significativamente, aumentando também a taxa de desemprego. Eis que a questão torna-se um obstáculo para as recém-criadas comunidades europeias. A lógica foi o trancamento das fronteiras: aqueles trabalhadores estrangeiros antes bem vindos ao território europeu foram considerados os responsáveis pela crise econômica, tornando-se, portanto, figuras indesejáveis. Todavia, em 1990 o setor privado demandou por trabalhadores estrangeiros qualificados para suprir seu déficit ocorrido em virtude do envelhecimento da população.¹⁴⁴

Além de objetivar a reestruturação econômica e social, a União Europeia visa um mundo de maiores liberdades e direitos humanos. Na afirmação destes direitos, a cidadania comum europeia, que permite aos cidadãos europeus livre circulação nos países membros da União Europeia, destaca-se como importante marco. Entretanto, surge o paradoxo de impedimentos e barreiras para aqueles indivíduos de terceiros países que queiram entrar na comunidade.¹⁴⁵

Com os Tratados Constitutivos da União Europeia, não se criou apenas um mercado comum, mas também obstáculos à livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas foram abolidos entre os Estados-membros.¹⁴⁶

Em relação à livre circulação de pessoas, a política de integração da União assume grandes proporções adotando uma cidadania comum aos nacionais de seus países. Desta forma, consagra-se o direito de ir e vir e de instalar-se livremente dentro do âmbito europeu.¹⁴⁷ Estes são direitos consagrados no Tratado da União Europeia¹⁴⁸ (TUE), cujo teor foi feito na cidade holandesa de Maastricht, em 1992, por isto também chamado de Tratado de Maastricht.

¹⁴³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. et al. A lógica de exclusão moderna no pacto de imigração e asilo da União Europeia: nada de novo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, vol. XI, 2011. p. 382.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 382-383.

¹⁴⁵ GRUPPELLI, Jaqueline Lisbôa. et al. A União Europeia e os direitos humanos dos imigrantes extracomunitários. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS*, Volume 2, número 3 - novembro de 2007, p 2.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p 3.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p 3.

¹⁴⁸ EUR-Lex. *Tratado de Maastricht*, de 7 de fevereiro de 1992. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/ce321/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em 29 abril 2012.

Posteriormente, ocorre o Acordo de Schengen¹⁴⁹ (firmado na cidade de Schengen [Luxemburgo] em 1985), cujo objetivo foi efetivar a livre circulação de pessoas de cidadania europeia por meio da gradual diminuição do controle das fronteiras internas. Já em 1997 o Acordo de Schengen assume maiores proporções com o Tratado de Amsterdã. Em suma, são acordos que visaram a afirmação de direitos humanos a partir da integração dos povos europeus.

De encontro ao tratamento dado aos direitos humanos dos nacionais do bloco, temos a omissão dos Tratados que instituíram a União europeia no que concerne à uniformização da política de imigração aos indivíduos de terceiros países.¹⁵⁰ (artigo.C)

Neste sentido, dispõe o Artigo K.1 do Tratado da União Europeia:

Para a realização dos objetivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios: 1) A política de asilo; 2) As regras aplicáveis à passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-membros e ao exercício do controle dessa passagem; 3) A política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros; a) As condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros; b) As condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego; c) A luta contra a imigração, residência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros; (...)

Este artigo afirma que a questão da circulação dos nacionais de terceiros países dentro do bloco trata-se de algo de interesse comum, entretanto estes indivíduos ficam condicionados a normas específicas de cada país no qual desejam ingressar, sendo que estas podem ser totalmente diferentes da do país vizinho no qual se encontra. Não há, portanto, uma política de caráter supranacional.¹⁵¹

A União Europeia, apesar desta contradição, reconhece a importância das migrações internacionais em seu território, principalmente no que diz respeito ao contexto

¹⁴⁹ CONSILIUM. *Acordo de Schengen*, de 14 de junho de 1985. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-EN.pdf>>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁵⁰ GRUPPELLI, Jaqueline Lisbôa. et al. A União Europeia e os direitos humanos dos imigrantes extracomunitários. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS*, Volume 2, número 3 - novembro de 2007, p 4.

¹⁵¹ *Ibidem*, p 4-5.

econômico. Neste sentido, em 1999 os líderes da União criaram elementos para uma política de imigração comum, que foram confirmados em 2004 com a adoção do Programa de Haia. No entanto, a ideia da adoção de uma política comum para questões imigratórias e integracionistas dos nacionais de terceiros países encontra-se ainda incipiente na Comunidade Europeia. Existem apenas propostas e programas nesse sentido. Nas palavras de Gruppeli e Saldanha:¹⁵²

Percebe-se, pois, que as políticas de imigração na União Europeia encontram-se em descompasso com as políticas de integração do bloco. O modelo de integração reservado aos cidadãos europeus estreita a política imigratória europeia, visto que a eles são consagrados direitos e proteção de forma uniforme na esfera da União. Por outro lado, aos nacionais de terceiros países são restringidos vários direitos relacionados à liberdade de ingresso e locomoção no bloco europeu, ficando estes a mercê das regras internas impostas por cada Estado-membro. Consagra-se uma Europa fechada, aberta somente àqueles que possuem o direito de livre trânsito e estabelecimento.

A grande maioria dos imigrantes de terceiros países não tem assegurado o pleno respeito ao disposto no artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos no âmbito da União, que afirma o direito de locomoção e residência a qualquer pessoa em qualquer país.¹⁵³

Com os recentes atentados terroristas ocorridos em diversas partes do mundo, a segurança nacional tomou foco nos debates entre os Estados. Agravou-se a situação de tentativa de ingresso de imigrantes de terceiros países na UE. Com estes atentados, a Comunidade Europeia passou a associar a figura do imigrante à insegurança, pavor e medo. Para Bauman¹⁵⁴, estes imigrantes exalam o “odor do refugio humano de lugares distantes e subdesenvolvidos” e representam um perigo para a segurança Europeia.

As barreiras internas aumentam paralelamente ao aumento do fluxo migratório para a União Europeia. Da mesma forma intensifica-se o paradoxo da lógica da integração do continente europeu ante terceiros países, fazendo culminar, em 2008, com a

¹⁵² GRUPPELLI, Jaqueline Lisbôa. et al. A União Europeia e os direitos humanos dos imigrantes extracomunitários. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS*, Volume 2, número 3 - novembro de 2007, p 6.

¹⁵³ *Ibidem*, p 7.

¹⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 72.

aprovação da Diretiva de Retorno¹⁵⁵ de imigrantes ilegais. Nos ensinamentos de Leite:¹⁵⁶

A União Europeia parece dirigir a sua “política imigratória” de forma instrumental e defensiva, na intensificação de polícia de fronteiras e adequação conjuntural das necessidades do mercado de trabalho. A política que é realizada na UE parece estar fundamentada paradoxalmente na negação de seu objeto, pois consiste em negar ao imigrante a sua própria condição - como alguém que deseja se estabelecer temporariamente em um país receptor, sem ficar o resto da vida em seu território – negando-lhe seu projeto migratório, que é baseado simplesmente na liberdade de circulação.

Para De Lucas, esta política estaria a “estrangeirizar” o imigrante, tornando sua diferença um estigma. O imigrante seria apenas aproveitado no mercado de trabalho formal por um período determinado.¹⁵⁷

A diretiva de retorno referendada em 18 de Junho de 2008 pelo Parlamento Europeu estabeleceu um conjunto de normas aplicáveis aos nacionais de países terceiros que descumpram as condições de entrada, permanência ou residência em um dos Estados-membros. A diretiva, portanto, prevê uma série de normas para a expulsão de imigrantes ilegais do território da União Europeia.¹⁵⁸

Em 2008, consoante com a diretiva de retorno, o Conselho Europeu adotou o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo¹⁵⁹, apresentando compromissos a serem adotados pelos Estados-membros no sentido de controlar as imigrações.

O primeiro compromisso trata da possibilidade de o Estado-Membro selecionar, de acordo com sua necessidade e capacidade, qual imigrante poderá entrar em seu território. Portanto, serão políticas de imigração implementadas no intuito de satisfazer demandas do mercado de trabalho. Natural que se dê preferência a profissionais

¹⁵⁵ EUR-Lex. *Diretiva de Retorno*, de 18 de junho de 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=485802:cs&lang=pt&list=485802:cs,464703:cs,464551:cs,&pos=1&page=1&nbl=3&pags=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁵⁶ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010, p. 64.

¹⁵⁷ DE LUCAS, 2003 apud LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010, p. 63.

¹⁵⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. et al. A lógica de exclusão moderna no pacto de imigração e asilo da União Europeia: nada de novo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, vol. XI, 2011. p. 388.

¹⁵⁹ EURACTIV. *Pacto Europeu sobre a Imigração e Asilo*, de 15 e 16 de outubro de 2008. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.euractiv.com/en/mobility/european-pact-immigration-asylum/article-175489>. Acesso em 29 abril 2012.

qualificados.¹⁶⁰

Um segundo compromisso, que demonstra uma posição bastante intolerante da UE, possibilita o controle das migrações ilegais. Prevê o retorno forçado do imigrante ilegal, caso este não o faça voluntariamente, podendo haver restrições de sua liberdade. Será compromisso de cada Estado da União adotar as medidas necessárias ao retorno do imigrante.¹⁶¹

O pacto prevê, ainda, o efetivo controle das fronteiras externas por meio de investimentos dos Estados-Membros. Estes Estados deverão ampliar suas redes de troca de informações e gradualmente unir seus serviços consulares, auxiliando-se reciprocamente quando de dificuldades relacionadas a um fluxo desproporcional de imigrantes para um de seus membros.¹⁶²

Por fim, o pacto estabelece a intensificação da cooperação internacional com os Estados de origem e de trânsito por meio de:¹⁶³

- i. Aumento de auxílio financeiro para que estes países invistam em treinamento de pessoal responsável pelo controle do fluxo de migração;
- ii. Acordos entre a União Europeia e estes países para criar possibilidades de migração legal em acordo com as necessidades do mercado de trabalho europeu;
- iii. Mecanismos de imigração temporária, de acordo com o mercado de trabalho interno, promovendo trocas de experiências entre países com a finalidade de levar crescimento a ambos.

Com a Diretiva de Retorno e o Pacto Europeu de Imigração e Asilo, em 2008 há o enrijecer da política de controle migratório europeia. Afirma-se o paradoxo do espaço interno europeu de liberdade, segurança e justiça, em descompasso com a política que é voltada aos estrangeiros de terceiros países. Estes serão convidados a participar da União Europeia apenas quando puderem lhe oferecer alguma vantagem.

¹⁶⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. et al. A lógica de exclusão moderna no pacto de imigração e asilo da União Europeia: nada de novo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, vol. XI, 2011. p. 389.

¹⁶¹ Ibidem, p. 389.

¹⁶² Ibidem, p. 390.

¹⁶³ Ibidem, p. 390.

Na conclusão de Magalhães e Reis:¹⁶⁴

O pacto europeu de imigração e asilo, assinado em 2008, é recente no tempo, seu conteúdo, por outro lado, é muito antigo: estrangeiro, você algumas vezes é inimigo e outras um mal necessário.

Face ao que surge dos instrumentos internacionais de direitos humanos, da interpretação efetuada pelos órgãos de controle e pela doutrina, é patente que todo ser humano que se encontre no território de um Estado pode exigir que ele proteja seus direitos. O princípio da não discriminação é um dos elementos mais essenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estando consagrado em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.¹⁶⁵

Tendo por base este entendimento, é notório que a diretiva de retorno e o Pacto Europeu de Imigração e Asilo infringem frontalmente a lógica dos direitos humanos. A União Europeia não pode se eximir de sua obrigação de garante dos direitos humanos de todos aqueles que se encontrem em seu território, imigrantes legais ou ilegais. Ademais, a condição de vulnerabilidade do migrante vincula ainda mais a União Europeia à submissão ao princípio da não discriminação. Em parecer ofertado à Opinião Consultiva nº18 pelo CELS (*Centro de Estudios Legales y Sociales*), assim se argumenta:¹⁶⁶

Debe tomarse en consideración que el principio de no discriminación se encuentra íntima e inseparablemente ligado al concepto de grupo en situación de alta vulnerabilidad, el cual requiere de protección especial. Por lo tanto, la situación de vulnerabilidad y la “condición social” de los migrantes, en particular los que se encuentran en situación irregular, podrían determinar la existencia de un motivo prohibido en virtud del principio de no discriminación.¹⁶⁷

[...]

“[l]as obligaciones y la responsabilidad de los Estados, en el marco del

¹⁶⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. et al. A lógica de exclusão moderna no pacto de imigração e asilo da União Europeia: nada de novo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, vol. XI, 2011. p. 391.

¹⁶⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 80.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 80-82.

¹⁶⁷ *Deve-se tomar em consideração que o princípio da não discriminação se encontra íntima e inseparavelmente ligado ao conceito de grupo em situação de alta vulnerabilidade, o qual requer proteção especial. Portanto, a situação de vulnerabilidade e a “condição social” dos migrantes, em particular dos que se encontram em situação irregular, poderiam determinar a existência de um motivo proibitivo em virtude do princípio da não discriminação.* (tradução nossa)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se desvirtúan -en forma alguna- según el tipo de residencia o estancia de cada persona en el Estado en el cual habite. Los derechos emanados del DIDH son de todas las personas, por su sola condición de ser humano, y se deben respetar, proteger y garantizar sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona). A su vez, [...] toda persona está sujeta a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre, independientemente de su condición migratoria. Por tal razón, los órganos de control de los tratados de derechos humanos -así como los emanados de la Carta de la ONU- han destacado en repetidas ocasiones que los derechos humanos deben respetarse y garantizarse a todas las personas, independientemente de su situación migratoria”.¹⁶⁸

É patente que o compromisso de retorno forçado dos imigrantes ilegais presente na diretiva de retorno europeia macula os dispositivos internacionais de direitos humanos. A União Europeia não pode invocar sua soberania comunitária para justificar sua política imigratória, haja vista que esta deve ser exercida dentro dos limites de suas obrigações contraídas internacionalmente, dentre ela, a de respeito aos direitos humanos.¹⁶⁹

Mais polêmico é o artigo 14 da Diretiva de Retorno que trata do internamento temporário para fins de expulsão. De acordo com este artigo, cidadãos de terceiros países poderão ser objeto de ordem de detenção em um processo de expulsão para que se prepare o seu regresso, quando houver risco de fuga ou o imigrante ilegal estiver dificultando o seu processo de afastamento da União Europeia. Vale ressaltar que a ordem de detenção pode ser meramente administrativa, o que evidencia seu caráter arbitrário. Somando-se a este artigo, temos ainda o artigo 9º, que determina que, para a maioria dos casos, a decisão de expulsão seja acompanhada de uma proibição de regresso ao território europeu.¹⁷⁰

São palavras de Leite:¹⁷¹

¹⁶⁸ “as obrigações e a responsabilidade dos Estados, no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não se desvirtuam de forma alguma de acordo com o tipo de residência ou estadia de cada pessoa no Estado em que habite. Os direitos emanados da DUDH são de todas as pessoas, bastando sua condição de ser humano, e se devem respeitar, proteger e garantir sem discriminação alguma pelos motivos proibidos (entre eles, a situação migratória da pessoa). Por sua vez, toda pessoa está sujeita a jurisdição do Estado em cujo território se encontre, independientemente de sua condição migratória. Por esta razão, os órgãos de controle dos tratados de direitos humanos, assim como os emanados da Carta da ONU, tem destacado em repetidas ocasiões que os direitos humanos devem ser respeitados e garantidos a todas as pessoas, independientemente de sua situação migratória. (tradução nossa)

¹⁶⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 82.

¹⁷⁰ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010, p. 65 e 67.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 68.

Ao analisar desde a origem, a União Europeia foi desenhada no alvorecer da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, após a Segunda Guerra Mundial, sob os auspícios de uma comunidade de interesses, e também de valores e liberdades fundamentais. A Diretiva de Retorno faz apagar todo esse espaço ideológico de seu passado.

O Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina que “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. A liberdade de circulação das pessoas é, portanto, um princípio universalmente reconhecido, sendo clara sua violação pela Diretiva de Retorno Europeia. A violação ocorre também ante outros dispositivos internacionais, como o artigo 8º da Convenção Internacional para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migratórios e suas Famílias.¹⁷²

A União Europeia, por meio de sua Diretiva de Retorno, estigmatiza o estrangeiro ilegal transformando-o em um inimigo do Estado. Transforma seu território em uma guerra de fluxos imigratórios onde apenas aqueles capacitados científica e economicamente são desejáveis. Os “ilegais” perderam sua importância, tornaram-se descartáveis.

No discurso de Leão:¹⁷³

... a partir da atual política migratória impulsionada por determinados Estados, é o início da desconstrução da União Europeia como um espaço erguido a partir das premissas dos direitos humanos e da afirmação da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é a morte de sua essência humanística e a consolidação desse espaço como um bloco econômico. E isso pouco interessa à humanidade!

[...]

O que a humanidade espera da União Europeia é que esta seja um ente radiador das premissas e princípios que marcam a Carta de Direitos Fundamentais como o motor da essência existencial: um polo emissor das ideias de vanguarda da afirmação da dignidade humana.

A União Europeia se fecha em uma realidade axiológica paradoxal de afirmar determinados valores e princípios para dentro de seu território, ao mesmo passo em que nega estes aos que estão de fora. Afirma a dignidade da pessoa humana de seus

¹⁷² LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010, p. 68.

¹⁷³ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. A União Europeia e os Direitos Fundamentais dos Imigrantes. *Revista Jurídica CONSULEX – Ano XII – nº 285, 2008, p. 33.*

comunitários, ao mesmo tempo em que explora o ser humano de terceiros países. Triste realidade para os direitos humanos e para aqueles imigrantes excluídos da comunidade europeia.

3.2. Haitianos no Brasil

O Brasil está no foco de novos imigrantes que buscam maiores oportunidades de emprego formal. Com a crise financeira internacional de 2008, que gerou forte recessão nos Estados Unidos da América e desestruturou os mercados da zona do Euro, o Brasil destaca-se enquanto economia emergente e de estabilidade face à onda de desemprego e desaceleração em países do chamado primeiro mundo.¹⁷⁴

Segundo o Ministério da Justiça, o número de estrangeiros regulares no país aumentou em 50% de dezembro de 2009 para julho de 2011 – de 961 mil para 1,46 milhão. Os vistos têm sido emitidos para realização de trabalhos temporários, estudos e pesquisa.¹⁷⁵

Para o caso do fluxo migratório de haitianos para o Brasil, soma-se a este contexto a atual a crise humanitária do Haiti, intensificada com o terremoto de 2010. Além da devastação causada pelo terremoto em janeiro daquele ano, que vitimou cerca de 222.570 homens, mulheres e crianças e deixou 300.572 feridos, o Haiti enfrenta uma grave epidemia de cólera¹⁷⁶. Mais de mil pessoas morreram em decorrência da doença e outras 15 mil já foram hospitalizadas pelo surto, que atinge metade das províncias do país.¹⁷⁷

Toda essa tragédia humana criou uma nova rota de imigração ilegal de moradores da ilha caribenha para o Brasil (e outros países da América Latina). De Porto Príncipe, os imigrantes deixam a capital haitiana de navios e atravessam o Mar do Caribe até

¹⁷⁴ ORTIZ, Fabíola. Crise nos países ricos e ascensão do Brasil criam novo perfil de imigração. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Reportagens Especiais. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/19496/crise+nos+países+ricos+e+ascensao+do+brasil+criam+novo+perfil+de+imigracao.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 45.

¹⁷⁷ ACRE é rota para entrada de haitianos no Brasil. *Portal do Governo do Acre*, jan. 2012. Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14648&Itemid=26>. Acesso em 29 abril 2012.

chegarem ao Panamá. Então seguem para o Equador e depois para o Peru. Dos portos de Lima, os grupos seguem de ônibus, táxis e até mesmo a pé pela Rodovia Transoceânica rumo ao Brasil.¹⁷⁸

O CONARE, Coordenação Geral do Comitê Nacional para Refugiados, destacou que, desde o terremoto de janeiro de 2010 até setembro de 2011, 2.186 haitianos ingressaram no Brasil e solicitaram refúgio.¹⁷⁹ Entretanto, é justamente esse intenso fluxo de haitianos para o Brasil colocou em xeque a política imigratória brasileira. Antes emissor de migrantes para EUA e Europa, o Brasil agora enfrenta desafio de aplicar a solidariedade que defende como política internacional.¹⁸⁰

Assim noticiou o sítio “Opera Mundi”:¹⁸¹

A secular diáspora haitiana aumentou após o terremoto que em 12 de janeiro de 2010 assolou um dos países mais pobres do mundo. Atraídos pelo crescimento econômico do Brasil, que recentemente se tornou a sexta economia mundial, e pelas grandes obras de infraestrutura com vistas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016, cerca de cinco mil haitianos escolheram este país como destino desde então, segundo o Instituto de Migrações e Direitos Humanos.

Outro motivo que contribui para o fluxo migratório de haitianos para o Brasil é o fato de o país encabeçar, desde 2004, a Minustah, a Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti, cada vez mais presente no território caribenho. O Brasil tornou-se parte da consciência coletiva do Haiti.¹⁸²

Neste sentido, noticiou o sítio “Notícias do Acre”:¹⁸³

¹⁷⁸ ACRE é rota para entrada de haitianos no Brasil. *Portal do Governo do Acre*, jan. 2012. Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14648&Itemid=26>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁷⁹ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 45.

¹⁸⁰ FRAYSSINET, Fabiana. Diáspora haitiana coloca política imigratória brasileira em xeque. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19241/diaspora+haitiana+coloca+politica+imigratoria+brasileira+em+xeque.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ ACRE é rota para entrada de haitianos no Brasil. *Portal do Governo do Acre*, jan. 2012. Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14648&Itemid=26>. Acesso em 29 abril 2012.

“O que a gente faz é o mínimo. Gostaria de fazer mais. Os haitianos gostam muito do povo brasileiro, principalmente porque é o Brasil que lidera a força de paz da ONU que está no Haiti”, afirmou o vigário de Brasileia Rutemarque Crispim.

Segundo a lei brasileira, os haitianos que entrassem ilegalmente no país deveriam ser deportados. Entretanto, como afirmado por Henrique Corinto, Secretário de Justiça e Direitos Humanos, esta medida não será adotada por se tratar de uma questão de ajuda humanitária.¹⁸⁴

A organização humanitária católica Cáritas destaca que a maioria dos imigrantes haitianos se concentra nas cidades fronteiriças de Tabatinga e Brasiléia, onde esperam a regularização de sua situação, com a concessão de visto humanitário para poderem trabalhar, já que no Brasil não são considerados refugiados. O maior problema relaciona-se com o fato de que estes pequenos municípios não têm adequada infraestrutura para receber toda a massa de imigrantes. A CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), por exemplo, informou que em Brasiléia, no Estado do Acre, há 1.250 haitianos, o equivalente a 10% de sua população. Até 23 de dezembro, 4.015 haitianos haviam solicitado abrigo. Os pedidos de 3.396 estão em análise no CONARE e o restante já está em processo.¹⁸⁵

A entrada ilegal de cerca de 500 haitianos, no início de 2012, agravou a situação da política migratória no Brasil. O governo se viu obrigado a adotar medidas, dividindo-se entre a concessão de vistos humanitários e o temor de que, ao fazê-lo, estaria incentivando um “efeito chamada” de mais haitianos para o futuro.¹⁸⁶

A presidente Dilma Rousseff, então, autorizou a regularização da situação dos haitianos que já estão no Brasil, mas ao mesmo tempo determinou medidas de restrição para coibir a entrada ilegal de imigrantes. Determinou, junto ao Conselho Nacional de Imigração (Cnig) Brasileiro, que somente serão concedidos vistos na embaixada brasileira no

¹⁸⁴ ACRE é rota para entrada de haitianos no Brasil. *Portal do Governo do Acre*, jan. 2012. Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14648&Itemid=26>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁸⁵ FRAYSSINET, Fabiana. Diáspora haitiana coloca política imigratória brasileira em xeque. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19241/diaspora+haitiana+coloca+politica+imigratoria+brasileira+em+xeque.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁸⁶ IDOETA, Paula Adamo. Conselho de imigração aprova restrição à entrada de haitiano. *BBC Brasil*, Brasília, jan. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120112_haitianos_atualiza_pai.shtml>. Acesso em 29 abril 2012.

Haiti com a cota de cem por mês. O documento terá validade de cinco anos e para obtê-lo não será necessário comprovar qualificação ou vínculo com empresa. A limitação de emissão de vistos mensais vai vigorar nos próximos dois anos.¹⁸⁷

O governo brasileiro também afirmou que reforçará suas fronteiras com a Bolívia e Peru, negociando medidas especiais com esses países e o Equador. Justificou tais medidas com o objetivo de frear o fluxo migratório e atacar os coiotes exploradores da imigração ilegal.¹⁸⁸

Muito se discute acerca dessa cota de vistos. Helion Póvoa Neto, professor da UFRJ e coordenador do Núcleo Interdisciplinar de Estudos Migratórios (NIEM), assim opina: "É uma questão politicamente difícil. Vamos deportar pessoas para um país onde fazemos uma intervenção humanitária?". Em contrapartida, o secretário Luiz Paulo Barreto afirma que "vamos criar um canal formal e privilegiado de imigração. Isso (deportação) acontece em todos os países. Tratamos os haitianos com essa proximidade e seguiremos nossa política de ajudar o país, mas não queremos incentivar a diáspora de sua mão de obra mais qualificada (para o Brasil)".¹⁸⁹

Tendo por base os fatos apresentados, passemos a uma discussão à luz dos direitos humanos e dos dispositivos normativos internos do Brasil.

O artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos são claros ao afirmarem a liberdade de locomoção e o direito de se deixar o país de origem. No mesmo sentido se apresenta o artigo 22º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que proíbe a prática de expulsões coletivas de estrangeiros em seu inciso 9º.¹⁹⁰

¹⁸⁷ IDOETA, Paula Adamo. Conselho de imigração aprova restrição à entrada de haitiano. *BBC Brasil*, Brasília, jan. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120112_haitianos_atualiza_pai.shtml>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁸⁸ FRAYSSINET, Fabiana. Diáspora haitiana coloca política migratória brasileira em xeque. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19241/diaspora+haitiana+coloca+politica+imigratoria+brasileira+em+xeque.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁸⁹ IDOETA, op. cit.

¹⁹⁰ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 48.

O princípio do *non-refoulement* está previsto em uma série de outros dispositivos internacionais dos quais o Brasil é parte. É um princípio estabelece limites para a ação do Estado, assim como orienta o Brasil no sentido de como não deveria agir com os mais de 2 mil haitianos que já se encontram em seu território.¹⁹¹

Como corretamente noticiado pelo sítio “Opera Mundi”, os haitianos que aqui se encontram não são considerados refugiados, segundo a conotação mais tradicional deste instituto. Para o conceito de “refugiado”, surge, então, o que se chama “proteção complementar”, que seria uma forma de conferir proteção humanitária às pessoas que não são consideradas refugiadas *stricto sensu* conforme a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados.¹⁹² Ou seja, o conceito de refugiados está sendo ampliado para que seja satisfeita a obrigação dos Estados de proteger as pessoas que se encontram em seu território, estejam elas documentadas ou não.

A Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados estabeleceu a definição de refugiado internacionalmente acordada, qual seja, qualquer pessoa que:

“temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”.

Note-se que não há qualquer menção direta ou indireta àqueles que se encontram fora do país de sua nacionalidade em virtude de desastres ambientais.

Em 1984, a esta definição é somada a conotação apresentada pela Declaração de Cartagena sobre Refugiados, considerando como refugiados as pessoas:

(...) que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

¹⁹¹ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 48-49.

¹⁹² MCADAM, J. *Complementary protection in international refugee law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 22.

Esta Declaração não é um tratado internacional e, portanto, não vincula os Estados. Contudo, a legislação nacional brasileira sobre refúgio contém mecanismos de proteção da Convenção de 1951 sobre Refugiados, tendo incorporado parte da definição do termo “refugiado” adotada pela Declaração de Cartagena de 1984.

A Lei Brasileira de Refúgio¹⁹³ de 1997 apresenta em seu artigo 1º o seu conceito para refugiado, qual seja todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Tendo por base o inciso III supracitado, o conceito de refugiado alcançaria aqueles que se encontrem fora de seu país de origem por razões de desastres ambientais. Portanto, os haitianos solicitantes de refúgio poderiam ter seu pedido deferido com fulcro neste inciso.¹⁹⁴

Para Leão, a Lei brasileira é inovadora, não só porque incorporou o conceito de refugiado apresentado pela ONU, dispostos tanto na Convenção de 1951 quanto no seu Protocolo de 1967, mas também por somar à definição de refugiado aquelas pessoas que “devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigada a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. “Ou seja, admite como causal do instituto do refúgio a aplicação do conceito de grave e generalizada violação de direitos humanos”.¹⁹⁵

¹⁹³ BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em 29 abril 2012.

¹⁹⁴ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 61.

¹⁹⁵ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 70.

Nas palavras do professor:¹⁹⁶

... desde a dimensão jurídica internacional e nacional com relação à proteção do instituto do refúgio, o Brasil inaugura o século XXI munido de uma sólida e vanguardista lei que recolhe o que há de mais contemporâneo no direito dos refugiados: a Lei 9.474/97. Finalmente, do anteriormente relatado nota-se que o Brasil, muito mais do que uma legislação atualizada, possui uma política de Estado em matéria de refúgio que está fincada em sólidos preceitos conceituais e normativos vanguardistas.

Todavia, apesar de legislação inovadora, o fato é que o CONARE posiciona-se contrário ao reconhecimento do refúgio aos haitianos. Segundo Leão, esta posição do Comitê Nacional encontra-se em consonância com aquela da comunidade internacional que, por temer que os Estados retrocedam nesta matéria, refuta expandir o conceito clássico de refúgio para aquelas pessoas que migram fugindo de desastres naturais ou de desestruturação econômica.¹⁹⁷

Para o CONARE, as duas condições para a instituição do refúgio não se apresentam para o caso dos haitianos. Portanto, para o Comitê não restou evidenciado fatos que sustentem um fundado temor de perseguição e tampouco uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos.¹⁹⁸

Somando-se à argumentação em defesa dos imigrantes haitianos, a Constituição Federativa do Brasil¹⁹⁹ de 1988 oferece ainda outros Na fundamentação de Godoy:²⁰⁰

No plano interno, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 parece já oferecer os fundamentos para essa mesma interpretação. Isso porque a Constituição reconhece a dignidade humana como fundamento da República, logo em seu artigo 1º, III. Entre os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, destaca-se a prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão do asilo político. O parágrafo único deste artigo

¹⁹⁶ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 71.

¹⁹⁷ Ibidem, p 88.

¹⁹⁸ Ibidem, p 89.

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

²⁰⁰ GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011. p 52.

4º determina, ainda, que o país busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Em relação aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição é bastante explícita e dispõe em seu artigo 5º que 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.

No plano internacional, há mais alguns pontos a serem delineados.

Em seu parecer oferecido à Opinião Consultiva nº 18, Honduras afirmou que “a situação legal de uma pessoa que se encontra dentro de um Estado americano não pode ser considerada *conditio sine qua non* para que se garanta o direito à igualdade e não discriminação”, segundo inteligência do artigo 1.1 da Convenção Americana.²⁰¹ Desta sorte, não pode, o Brasil, estabelecer diferença de trato aos haitianos presentes em seu território, tenham estes o visto para trabalho ou não.

No mesmo sentido caminha o entendimento de El Salvador em seu parecer. Este Estado-membro da convenção indicou que a aplicação e interpretação da legislação interna de um Estado não podem subordinar as obrigações internacionais dos Estados Americanos consagradas nos Tratados e Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos.²⁰² Mais uma vez, deve o Brasil garantir os direitos dos haitianos, documentados ou não, em seu território. Nas palavras do parecer de El Salvador:²⁰³

“[N]o puede entenderse que la legislación establezca un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados, si la Convención determina que la circulación y la permanencia de un extranjero em el territorio de un Estado parte debe ser legal y no es incompatible con el objeto y fin de la Convención”.²⁰⁴

Vale ressaltar que a determinação de políticas migratórias é uma decisão própria do Estado, no caso, do Estado brasileiro. Estas políticas devem ter como eixo orientador o respeito aos direitos fundamentais derivados das obrigações contraídas ante a

²⁰¹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 20.

²⁰² Ibidem, p. 22.

²⁰³ Ibidem, p. 21.

²⁰⁴ Não se pode entender que a legislação estabeleça um tratamento prejudicialmente distinto para os trabalhadores migratórios indocumentados, se a Convenção determina que a circulação e permanência de um estrangeiro no território de um Estado-membro deve ser legal e compatível com o objeto fim da Convenção. (tradução nossa)

comunidade internacional. Uma interpretação que menospreze ou restrinja os direitos humanos, subordinando-os a quaisquer objetivos, viola a obrigação do Estado velar pela observância de tais direitos. A interpretação deve encontrar as disposições da Convenção Americana ou seu objeto principal.²⁰⁵

O artigo 4º da Lei 6.815/80, o Estatuto de Estrangeiros²⁰⁶, prevê que “ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto para transito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial ou diplomático”. Como já foi dito, esta (não) concessão de visto não poderá ser usada como justificativa para tolher direitos fundamentais dos haitianos aqui presentes, haja vista que o Estatuto dos Estrangeiros deve ser interpretado à luz do direito internacional.

Como já afirmado, o povo haitiano está migrando para o Brasil em busca de melhores condições de vida. Estas se vinculam, necessariamente, à possibilidade laboral. O trabalho, portanto, é o objetivo dos haitianos. Novamente nas palavras de El Salvador:²⁰⁷

Cuando se establece una relación laboral entre um trabajador migratorio y un empleador en un Estado americano, este último está obligado a reconocer y garantizar al trabajador los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los relativos al derecho al trabajo y a la seguridad social, sin discriminación alguna.²⁰⁸

Esse é o entendimento do Ministério Público Federal do Acre, que entrou com uma Ação Civil pública junto à Justiça Federal para que a União garanta os direitos humanos dos haitianos que vem ao Brasil em busca de trabalho e condições dignas de sobrevivência. O Ministério Público entende que a violação dos direitos dos haitianos os colocará em situação de extrema vulnerabilidade, os expondo a crimes típicos de exploração humana, como a prostituição e o trabalho escravo.²⁰⁹

²⁰⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 21.

²⁰⁶ BRASIL. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 29 abril 2012.

²⁰⁷ Corte IDH. op. cit., p. 23

²⁰⁸ *Quando se estabelece uma relação laboral entre um trabalhador migratório e um empregador de um Estado americano, este último está obrigado a reconhecer e garantir ao trabalhador os direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluídos os relativos ao direito ao trabalho e à segurança social, sem discriminação alguma.* (tradução nossa)

²⁰⁹ ORTIZ, Fabíola. Limite de entrada no Brasil é para proteção dos haitianos, afirma governo. *Opera Mundi*,

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu parecer à Opinião Consultiva nº 18, assinala que distinções baseadas em gênero, raça, religião e origem nacional encontram-se especificamente proibidas; que quaisquer distinções feitas pelos Estados devam estar cuidadosamente justificadas em virtude de interesse legítimo do Estado e da sociedade.²¹⁰ Em suas palavras:

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral son objetivos legítimos del Estado. En la consecución de tales objetivos los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan o limiten algunos derechos, siempre que se respeten los siguientes criterios: 1) ciertos derechos no son derogables; 2) hay derechos que se reservan exclusivamente a los ciudadanos; 3) hay derechos que están condicionados al estatus de migrante documentado, como los relativos a la libertad de movimiento y de permanencia; y 4) ciertos derechos pueden restringirse siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar “racionalmente relacionada con el objetivo legítimo”; y d) no deben existir “otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados”.

Apesar desta possibilidade de restrição, a Comissão destaca que tais limitações nunca podem implicar na negação total do direito restringido.²¹¹

Para o caso em tela, é possível vislumbrar, no mínimo, um obstáculo. Yves Cribb, haitiano residente no Brasil e engenheiro agrônomo da Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), vê como duplo benefício a chegada de imigrantes haitianos. Entende que, em virtude da positiva situação econômica do Brasil, enquanto um país emergente, esses imigrantes poderiam se tornar força propulsora da economia do país ao mesmo tempo em que estariam sendo beneficiados com a possibilidade do trabalho.²¹² Vale ressaltar que muitos dos haitianos que dão entrada no Brasil são desempregados, mas com qualificação.²¹³

Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/19494/limite+de+entrada+no+brasil+e+para+protecao+dos+haitianos+afirma+governo.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

²¹⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 26

²¹¹ Ibidem, p. 28.

²¹² FRAYSSINET, Fabiana. Diáspora haitiana coloca política imigratória brasileira em xeque. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19241/diaspora+haitiana+coloca+politica+imigratoria+brasileira+em+xeque.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

²¹³ Ibidem.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca ainda que existe um conjunto de direitos trabalhistas fundamentais dos quais derivam do próprio direito ao trabalho e que se constituiria enquanto um núcleo fundamental de tal direito.²¹⁴ Desta sorte, a negativa de acesso ao trabalho por parte do Brasil aos imigrantes haitianos (por meio da negativa do visto) significaria não apenas a privação do direito ao trabalho em si, mas a uma série de outros direitos fundamentais que dele decorrem.

A política migratória brasileira para os haitianos imigrantes, em princípio, foi exemplo de resposta complementar de proteção quando da concessão de visto por razões humanitárias. O Brasil deu efetiva aplicação ao princípio internacional do *non-refoulement*. Todavia, sua nova política que visa coibir a entrada de novos imigrantes e de retorno daqueles que ingressarem ilegalmente (ou seja, sem o visto previamente concedido) é de clara afronta aos direitos humanos e à sua própria filosofia constitucional de proteção aos estrangeiros.

²¹⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012. p. 29.

CONCLUSÃO

É da natureza do ser humano a realidade da migração. O direito de migrar, decorrendo diretamente da condição humana, deve ser respeitado pelos Estados. À abstração do ente estatal não pode ser dada mais concretude do que ao próprio ser humano. É o Estado que deve existir em função do ser humano.

A tradição do Direito Internacional foi a de apresentar o Estado enquanto principal sujeito de direitos e deveres. Infelizmente, a passagem da humanidade por duas grandes guerras mundiais foi necessária ao entendimento de que o centro de todos os direitos, bem como do internacional, deve ser o ser humano.

Finalmente, o ser humano ascende à posição de sujeito de direitos internacionais; tornou-se sujeito de direito internacional. O indivíduo ganha força perante o seu e aos demais Estados, podendo, então, demandar internacionalmente contra estes. Todavia, vale ressaltar aos direitos acompanham deveres. Neste sentido, o indivíduo também se tornou passível de ser responsabilizado internacionalmente.

O Direito Internacional evoluiu. Esta evolução é necessária ao direito, que deve acompanhar a transformação da própria sociedade. O atual nível de complexidade de nossa sociedade exige um Direito Internacional dinâmico que atenda às complexas demandas que surgem a todo momento.

A globalização encolheu o mundo e ampliou desigualdades internacionais, determinando fluxos de pessoas que migram pelo globo em busca de melhores condições de vida. Em 2008, menciona-se que haveria mais de 200 milhões de migrantes, e certamente este número está em constante aumento. Surge, dentre várias outras já existentes, mais uma demanda ao Direito Internacional: a migração internacional.

Espalhados por todo globo, os migrantes internacionais são alvo de constantes violações de direitos humanos. Apesar dos diversos instrumentos de direito internacional, os Estados insistem nestas violações, não garantindo direitos ao imigrante por sua mera condição de estrangeiro.

O princípio da igualdade e não discriminação, princípio este do domínio do

jus cogens, determina que a condição migratória de uma pessoa não pode constituir justificativa para a privação do gozo e exercício de direitos humanos pelos Estados. Nem mesmo a consecução dos objetivos de suas políticas públicas pode se alegada pelos Estados para legitimar qualquer discriminação ao migrante internacional.

O entendimento de que o ser humano é condição suficiente para a afirmação de direitos humanos é pacífico tanto na doutrina quanto nos diversos instrumentos de direito internacional. Entretanto, a prática infelizmente é outra, como já salientado. Apesar da ascensão do indivíduo enquanto sujeitos de direitos internacionais, fato é que antigos paradigmas ainda explicam a equivocada atuação dos Estados.

A intocável soberania dos Estados, que justificava a igualdade entre eles, foi relativizada, passando a sofrer restrições. Passou-se a conceber a soberania exercida dentro dos limites do direito internacional. Neste sentido, as políticas de imigração e cidadania devem vincular-se às premissas do Direito Internacional, dando-lhe concretude.

Todavia, apesar da relativização da soberania, o paradigma da autonomia decisória dos Estados acerca de quem entra em seu território se mantém. Ao indivíduo ainda deverá ser dada mais força na esfera internacional para a afirmação de seus direitos mesmo face à soberania dos Estados.

Destarte, fala-se que a cidadania estaria se desvinculando do conceito de nacionalidade para ser vincular ao próprio conceito de ser humano. Mais uma vez, é a condição humana sendo afirmada para se contrapor a arbitrariedades dos Estados. Surge o paradigma da cidadania pós-nacional, que torna o indivíduo, onde quer que ele se encontre, sujeito de direitos a serem respeitados por todos os Estados.

A verdade é que o direito interfere na realidade, sendo a recíproca verdadeira. Assim, o Direito Internacional, para atender demandas da sociedade, evoluiu afirmando direitos inerentes à condição humana. Todavia, esta mesma sociedade, por meio dos Estados, ainda impede a concretização destes direitos.

A Diretiva de Retorno europeia de 2008, apresentada neste trabalho, é exemplo de clara afronta a vários dispositivos internacionais ao afirmar possibilidade de

expulsão do imigrante internacional pela sua mera condição irregular no território da comunidade europeia. Somando-se a este cenário negativo, a diretiva apresenta ainda a possibilidade de prisão administrativa destes imigrantes irregulares.

No Brasil, a atual política para os imigrantes haitianos que para cá se deslocaram também não se apresenta de acordo com os princípios e premissas do direito internacional. Apesar da regularização da situação de muitos haitianos que aqui já se encontravam, a política passou a prever restrições à entrada de outros imigrantes ilegais.

É patente no Direito Internacional que o direito de migrar caracteriza-se enquanto direito humano e fundamental. Os diversos tratados e decisões de cortes internacionais, bem como a doutrina são claros ao afirmar este direito. Todavia, por meio de suas políticas, os Estados insistem em impedir o livre gozo e exercício do direito de migrar no intuito de atingir seus interesses próprios.

O Direito Internacional deve continuar sua evolução afirmando sempre a dignidade da pessoa humana. Deverá ser dada verdadeira concretude à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Só assim será possível a definição de políticas migratórias ideais, sendo estas aquelas que não fecham as fronteiras dos Estados, mas que regulam e gerenciam os fluxos migratórios, junto com a convivência pacífica entre pessoas de distintas origens e culturas, respeitando, em todos os casos, o Sistema Internacional de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ACNUR. *Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>>. Acesso em 29 abril 2012.

ACRE é rota para entrada de haitianos no Brasil. *Portal do Governo do Acre*, jan. 2012. Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14648&Itemid=26>. Acesso em 29 abril 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. et al. *As tendências do Direito Público: no limiar de um novo milênio*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BINGHAM, John K. Priorizando Necessidades: uma abordagem baseada em direitos para as migrações mistas. In: ACNUR, *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 5, nº 5, Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

_____. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em 29 abril 2012.

_____. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 29 abril 2012.

CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos em el mundo contemporâneo*, 1993. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010.

CASTRO, Mary Garcia. Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Ano XVI, nº 31, 2008.

CEDIN. *Declaração e programa de ação de Viena*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/declaracao_e_programa_de_acao_de_viena.pdf>. Acesso em: 29 abril 2012.

CONSILIUM. *Acordo de Schengen*, de 14 de junho de 1985. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-EN.pdf>>. Acesso em 29 abril 2012.

CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 29 abril 2012.

DE LUCAS, Javier. *Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración*, 2003. In: LEITE, Rodrigo de Almeida. *Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno*. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010.

EUR-Lex. *Tratado de Maastricht*, de 7 de fevereiro de 1992. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/ce321/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em 29 abril 2012.

EUR-Lex. *Diretiva de Retorno*, de 18 de junho de 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=485802:cs&lang=pt&list=485802:cs,464703:cs,464551:cs,&pos=1&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em 29 abril 2012.

EURACTIV. *Pacto Europeu sobre a Imigração e Asilo*, de 15 e 16 de outubro de 2008. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.euractiv.com/en/mobility/european-pact-immigration-asylum/article-175489>. Acesso em 29 abril 2012.

FRAYSSINET, Fabiana. *Diáspora haitiana coloca política imigratória brasileira em xeque*. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19241/diaspora+haitiana+coloca+politica+imigratoria+brasileira+em+xeque.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

GODOY, Gabriel Gualano de. *O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar*. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011.

GRUPPELLI, Jaqueline Lisbôa. et al. *A União Europeia e os direitos humanos dos imigrantes extracomunitários*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS*, Volume 2, número 3 - novembro de 2007.

HILY, Marie-Antoinette. *As migrações contemporâneas: dos Estados e dos homens*, 2007. In: CASTRO, Mary Garcia. *Migrações Internacionais e Direitos Humanos e o Aporte do Reconhecimento*. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Ano XVI, nº 31, 2008.

IDOETA, Paula Adamo. *Conselho de imigração aprova restrição à entrada de haitiano*. *BBC Brasil*, Brasília, jan. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120112_haitianos_atualiza_pai.shtml>.

Acesso em 29 abril 2012.

KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências: transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000*, 1989. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. A União Europeia e os Direitos Fundamentais dos Imigrantes. *Revista Jurídica CONSULEX – Ano XII – nº 285*, 2008.

_____, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010.

_____, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011.

_____, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência. In: André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme de Assis de Almeida (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011.

LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal da União Europeia frente à Diretiva de Retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, volume 9, nº 108, maio de 2010.

LGDH. *Protocolo de Nova Iorque*, de 31 de janeiro de 1967. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Protocolo%20de%20Nova%20Iorque.htm>>. Acesso em 29 abril 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. et al. A lógica de exclusão moderna no pacto de imigração e asilo da União Europeia: nada de novo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, vol. XI, 2011.

MARINUCCI, Roberto. et al. *Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MCADAM, J. *Complementary protection in international refugee law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MJ. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1996. Brasília, 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em 29 abril 12.

MATTIAZZI, Giulio. Cidadania, migrações e agentes políticos no séc. XXI. Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Confluenze, *Revista di Studi Iberoamericani*, Vol. 3, nº 1.

OAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*, de 18 de dezembro de 1990. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/default.asp>>. Acesso em 29 abril 2012.

ORTIZ, Fabíola. Crise nos países ricos e ascensão do Brasil criam novo perfil de imigração. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Reportagens Especiais. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/19496/crise+nos+países+ricos+e+ascensao+do+brasil+criam+novo+perfil+de+imigracao.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

_____, Fabíola. Limite de entrada no Brasil é para proteção dos haitianos, afirma governo. *Opera Mundi*, Rio de Janeiro, jan. 2012. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/19494/limite+de+entrada+no+brasil+e+para+protecao+dos+haitianos+afirma+governo.shtml>>. Acesso em 29 abril 2012.

PGE. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29 abril 2012.

PITA, Agni Castro. *Direitos Humanos e Asilo. Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003.

POLITIS, Nicolas. *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, 1925. In: ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 17 ed. – São Paulo, Saraiva, 2009.

REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº 27, Nov 2006.

_____, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos – a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*, 2000. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os direitos humanos como elemento essencial da sociedade internacional contemporânea. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010.

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. Movimentos Migratórios y Movimientos Forzados de Personas em el Mundo Contemporáneo. In: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal (Orgs.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Edição Especial, Ano 10, Vol. 10, número 10, 2010.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOYSAL, Yasemin. Toward a postnational model of membership, 1998. In: REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 19 nº. 55 junho/2004.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*. 11ª Edição, revisada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TORPEY, John. *The invention of the passport, surveillance, citizenship and the State*. Nova York, Cambridge University Press. *Crime, History & Societies* Número Vol. 5, nº 2 (2001)2000. Disponível em: < http://eprints.cscs.res.in/123/1/_M1eFQVhuKpLz.pdf>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2006.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 2009.