

Direitos Humanos e Migrações

Anelize Maximila Corrêa *

Ruy Barbedo Antunes **

Resumo: A questão das migrações sob a ótica dos instrumentos internacionais de direitos humanos; a jurisprudência dos tribunais internacionais e os elementos econômicos, políticos, sociais e educacionais das migrações.

Os direitos humanos se constituem em ramo do conhecimento jurídico cujo objeto central é a idéia da dignidade do ser humano. Na atualidade, os direitos humanos apresentam como fonte principal de suas formulações normativas instrumentos internacionais, como tratados ou convenções, declarações e outros.

A visão moderna dos direitos humanos estabelece uma forte correlação entre os clássicos direitos e liberdades civis, oriundos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, imperecível documento histórico de 1789, demarcador da vitória da revolução francesa e também dos direitos denominados individuais e os direitos sociais derivados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada em 1948 sob a égide da Organização das Nações Unidas. Dito de outro modo, os direitos humanos expressam, no pensamento jurídico de hoje, uma necessária relação entre os direitos atinentes à consecução da dignidade humana no plano individual os quais conferem completude ao indivíduo em sua experiência de ser humano

* Professora de Direitos Humanos e de Direito Internacional nas Universidades Católica e Federal de Pelotas. Mestre.

** Professor de Direitos Humanos, de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional na Universidade Católica de Pelotas. Doutor.

visto singularmente e os direitos que buscam a concretização material da dignidade da espécie humana, vista esta como titular de direitos de ordem social.

Em uma construção mais recente, surge uma terceira geração de direitos humanos, relativa à categoria dos direitos de solidariedade, a qual, muitas vezes, permeia as duas anteriores, compondo um amplo quadro de proteção da dignidade da pessoa.

No momento atual, a categorização dos direitos humanos já se encontra ampliada, com os discutidos e polêmicos direitos de quarta geração, concernentes à manipulação genética da vida humana e suas interconexões com a bioética.

A internacionalização dos direitos humanos está compreendida em dois sistemas básicos: o universal e o regionalizado. Este, por sua vez, se encontra dividido em quatro sistemas de alcance continental: o europeu, o interamericano, o asiático e o africano. O primeiro, de modo geral, resulta de formulações normativas advindas da Organização das Nações Unidas.

Dentro do sistema universal, o marco de proteção aos direitos humanos dos migrantes em geral aparece com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, acompanhada por disposições do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966.

Também deve ser considerada a relevância para a matéria da Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, bem como as específicas sobre o assunto: a Declaração sobre Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem, de 1985, e a Convenção sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, de 1990, ademais do posicionamento defendido pelos organismos de controle criados pelas convenções internacionais, muito particularmente a jurisprudência de tribunais internacionais de direitos humanos relativa a diferentes questões temáticas derivadas do assunto.

Foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos a precursora a expressar formalmente, em seu artigo XIII, o direito

à migração, ao estabelecer que toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, bem como possui também direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Não obstante o referido, é primordial refletir sobre a amplitude do direito, indagando-se de sua extensão ao indivíduo estrangeiro. A exegese que se deve empreender há de contemplar outros dispositivos do mencionado instrumento, tais como o artigo VI que dispõe que qualquer ser humano deve ser entendido como pessoa e assim reconhecido como tal, em todos lugares, e o dispositivo do artigo VII, genérico mas decisivamente fundamental, que reconhece o direito de igualdade perante a lei a todos seres humanos.

Assim, nos é dado concluir que os direitos elencados no artigo XIII têm extensão ampla, alcançando a todos, inclusive aos estrangeiros. Tal entendimento é reforçado pela circunstância da Assembléia Geral das Nações Unidas haver adotado a denominação de Declaração Universal em substituição a Declaração Internacional, originariamente proposta, buscando adequar o sentido último e a interpretação devida da declaração à universalidade de todos os componentes da espécie humana, o que está claramente exposto por René Cassin¹ quando afirma que *comunidade internacional reconheceu conscientemente que o indivíduo é membro direto da sociedade humana na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada.*

Infelizmente, porém, apesar da aceitação praticamente unânime da Declaração, os direitos por ela estabelecidos e reconhecidos no que tange ao fenômeno das migrações não têm se efetivado no dia-a-dia, especialmente diante das restrições que

¹ CASSIN, René. **El Problema de la Realización de los Derechos Humanos en la Sociedad Universal**, in *Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México. pág. 397.

os Estados têm posto quanto à entrada, permanência e saída dos estrangeiros de seus territórios. Por conseguinte, contingentes expressivos de pessoas se vêem privadas arbitrariamente do direito de ir e vir e até mesmo permanecer além das fronteiras do Estado do qual são nacionais.

As proclamações relativamente genéricas estabelecidas na Declaração Universal pretenderam ser pormenorizadas pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também patrocinado pelas Nações Unidas.

Tal Pacto, como é sabido, tem o propósito de instrumentalizar a Declaração Universal no sentido de torná-la obrigatória no cenário internacional, dotando-a do *jus cogens* indispensável para aquela finalidade. Mesmo aqueles que reconhecem a autonomia da Declaração e, por via de consequência, a desnecessidade de seus dois pactos regulamentadores e acessórios (o de que estamos tratando e mais o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966), expressam a convicção de que são indevidas as restrições de direitos originalmente contidos na Declaração através de ditos pactos. Porém, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos em seu artigo XII, após reiterar o princípio da liberdade de circulação e o de ir e vir, contempla a possibilidade de restrições àqueles direitos em nome da segurança nacional e da ordem, assim como da saúde ou a moral pública, sempre e quando previstas em lei.

De um modo geral, o direito dos indivíduos de migrar, nos termos do Pacto, abrange quatro aspectos distintos :

1. O direito de livre circulação e de residência dentro de um território nacional ou estrangeiro, desde que nele se encontrem legalmente;
2. O direito do nacional de sair de seu próprio Estado;
3. O direito do estrangeiro de deixar o país de sua residência temporária, e
4. O direito de o nacional entrar ou regressar a seu próprio país.

É metodologicamente interessante que antes de analisar as restrições opostas pelo Pacto aos migrantes, seja empreendida

uma análise das discriminações proibidas por aquele Pacto, a fim de que as limitações nele contidas aos direitos dos migrantes não possam vir a ser admitidas de forma discriminatória.

O Pacto proíbe a discriminação por raça ou cor. Esta forma de discriminação ocorre quando pessoas de determinados grupos étnicos são impedidas de transpor as fronteiras de determinado Estado.

Também há proibição de discriminação quanto ao sexo, mas ainda ocorre este tipo de discriminação em alguns Estados, nos quais a mulher casada é relativa ou absolutamente incapaz, necessitando, pois, de autorização do marido para locomover-se através das fronteiras daqueles Estados.

Religião e opinião política não podem ser objeto de discriminação. Portanto, as pessoas não podem ser impedidas de ingressar em determinado Estado por professarem credos religiosos diferentes dos adotados nos Estados teocráticos, bem como de virem a ser impedidas de ingressar neste ou naquele território em virtude de opiniões políticas antagônicas às da política “oficial” de um país.

Igualmente, há vedação a restrições decorrentes da origem nacional do migrante, mas muitas vezes este fator aparece associado com raça e religião, sobretudo após o 11 de novembro de 2001.

É relevante, ainda, analisar as restrições decorrentes da origem social, mascaradas, na maior parte das vezes, pelo argumento de que o Estado deve defender-se de fulcro imigratório de pessoas de baixa condição econômica, a fim de evitar que o Estado de destino tenha de despender recursos financeiros avultados decorrentes de sua permanência e, até, de sua saída do seu território.

O Comitê de Direitos Humanos² do Pacto considera o princípio de não discriminação, juntamente com o da igualdade perante a lei e na lei como princípios básicos e gerais relativos à

² Em posição manifestada através da *General Comment* n° 18, durante sua 37ª sessão. Em 1989.

proteção aos direitos humanos, posicionando-se em favor da obrigatoriedade contida no próprio Pacto de que todos Estados venham a respeitar e garantir a todas pessoas que estão em seu território os direitos pelo instrumento internacional sem nenhuma espécie de discriminação.

Voltando às restrições admitidas pelo Pacto quanto aos direitos, especialmente dos migrantes, é necessário ter bem em conta que tais restrições não podem invalidar os princípios anteriormente referidos e concernentes a liberdades, não discriminações e a outros preconceitos. Assim, é indispensável acentuar que as restrições admitidas pelo Pacto não podem prosperar juridicamente sempre que violarem, em seu espírito, aquelas liberdades e não discriminações.

Novamente o mesmo Comitê³, interpretando as restrições contidas no artigo XII do Pacto, afirmou que ao adotar leis restritivas os Estados deverão sempre ser guiados pelo princípio de que a restrição não deve enfraquecer a essência do direito e que não é suficiente que tais restrições sirvam aos objetivos permissíveis; elas também devem ser necessárias à sua proteção. Desse modo, as medidas restritivas devem se conformar ao princípio da proporcionalidade, devem ser apropriadas para atingir sua função protetiva, devendo ser o menos invasiva dentre os instrumentos disponíveis para que possam atingir o resultado desejado, assim como as restrições devem ser proporcionais ao interesse a ser protegido.

Atualmente, a grande restrição que encontra guarida formal, mas não substancial no Pacto, se refere à questão da segurança nacional, a qual, como já foi dito, reeditou episódios anteriores em virtude do atentado terrorista às torres gêmeas de Nova Iorque e ao Pentágono. Em nome desta segurança e em nome do rechaço ao terrorismo - rechaço completamente justificável em termos jurídicos ou políticos, advirta-se desde logo - foram perpetrados atos violadores dos direitos humanos

³ *Idem, ibidem*

da mais alta intensidade, em vários quadrantes de nosso planeta, de forma injustificada e ilegítima por muitos Estados.

Os demais instrumentos internacionais já referidos sobre o assunto, inovam pouco em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, salvo o que é atinente à Convenção sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, de 1990, mas que ainda não recebeu a adesão brasileira, razão pela qual se encontra, ainda, alheia ao direito pátrio.

O sistema regional interamericano não produziu nada fortemente diferente no que tange à proteção dos migrantes pelos direitos humanos, em termos de convenções, pactos ou tratados.

Mas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de San José, em sede de jurisdição consultiva, atendendo solicitação mexicana, declarou que a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de quaisquer circunstâncias ou considerações, inclusive do *status* migratório das pessoas. Asseverou, ademais, que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas concedidas a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório, devendo, portanto, atingir todas as matérias e todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação.

Ademais - e muito importante - declarou que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificação para privá-la do gozo e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante ao assumir uma relação de trabalho adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego, eis que tais direitos são consequência direta da relação trabalhista. O Estado, continua, tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em prejuízo destes, nas relações trabalhistas que se estabeleçam entre particulares, não devendo o Estado permitir que os empregadores privados violem os direitos dos

trabalhadores, nem que a relação contratual vulnere os padrões mínimos internacionais.

Finalmente, conclui que os trabalhadores, ao serem titulares de direitos trabalhistas, devem contar com todos meios adequados para exercê-los, possuindo os trabalhadores migrantes indocumentados os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado de emprego, sendo que este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática⁴.

É por demais conhecida a opinião de Bobbio sobre os direitos humanos, no sentido de que sua problemática atual, muito mais do que justificá-los, é a de sua aplicabilidade concreta e efetiva⁵.

Esta questão - que se insere numa outra, mais ampla, que corresponde à eficácia da norma jurídica - goza de muita popularidade na opinião dos não vinculados à área do direito, seguida quase que invariavelmente da idéia de que os direitos humanos constituem um conjunto de belas frases, mas quase todas inoperantes.

Não é justa a crítica, porquanto os diferentes graus de ineficácia das normas jurídicas se encontram em todos ramos da ciência do direito, até porque, obviamente, o direito como sistema seria desnecessário se todas suas normas estivessem introjetadas na consciência de todos homens.

A questão a ser vista de um ponto de vista externo ao direito reside em fatos econômicos, políticos e educacionais.

Os direitos humanos dos migrantes sofrem impactos vindos de preconceitos das mais diferentes ordens, tais como diferenciações de sexo, idade, raça, situação econômica, situação educacional, de credos religiosos, de nacionalidades, de quaisquer minorias e de muitas outras questões.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos através Opinião Consultiva de nº 18, de 17 de setembro de 2003.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Editora Campus. Rio de Janeiro: 1992. pág.24.

A questão econômica é de extrema importância em relação aos fluxos migratórios e tende a ser resolvida unilateralmente pelos Estados atendendo a suas peculiaridades momentâneas e a suas necessidades de mão de obra, ora no sentido de propiciar tais fluxos, ora no sentido de cerceá-los.

A globalização da economia trouxe à tona, ao contrário do que seria lícito supor, muitas e diferentes restrições aos fluxos migratórios, no sentido mais perverso porque completamente dissociado da dignidade da pessoa, que é tratada, vista e rejeitada ou aceita como um mero número no imenso universo dos números.

A propósito do assunto, Júlio Varela⁶ nos diz :

Así, una persona o un grupo de personas que se desplacen de un lugar a otro, en procura de satisfacer sus necesidades insatisfechas, ya es una persona vulnerable, cuya vulnerabilidad se acrecienta en el país del destino, dado que empieza por aceptar una serie de condiciones sociales y económicas obligados para poder insertarse en el rol sócio-laboral de la comunidad receptora.

A pesar de que logren esa inserción, existiran distinciones entre el nacional y el inmigrante, que los hará ver como un extranjero desde el punto legal, ello a pesar del compromiso del país para respetar los derechos humanos de los migrantes. Es por esa razón, que el inmigrante enfrenta una serie de problemas y dificultades en su país de destino...

Resumidamente, o autor enumera tais problemas e dificuldades, do modo seguinte :

1. O simples fato de sua condição de estrangeiro gera reações de hostilidades e de preconceitos;

⁶ VARELA, Julio. *Migraciones, Globalización y Derechos Humanos*. Quito: Revista Aportes Andinos nº 7, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.

2. O migrante irregular ou indocumentado é objeto de discriminação no trabalho, sujeitando-se a condições adversas e ilegais;

3. O migrante tende a realizar trabalho de segunda classe, indesejados pelos nacionais do país.

4. O migrante, vivendo em condições precárias e desprovido de garantias sociais, constituem um grupo humano que muito dificilmente progredem social ou financeiramente, não se rompendo seu ciclo de pobreza;

5. O migrante vive em solidão pelo fato de seu distanciamento da terra de origem e tendem a perder sua identidade cultural.

6. Especialmente as mulheres migrantes estão expostas a sofrer violências físicas e verbais e, muitas vezes, sofrem assédio ou abuso sexuais .

Politicamente, os direitos humanos relativos às migrações sofrem oscilações ditadas pelo modelo econômico e pela situação econômica momentânea de um país, bem como a outras circunstâncias de ordem social, sobretudo determinadas pelos nível geral de envolvimento da população com a questão migratória e, também, pelos grupos de apoio ao governo do sistema político, que buscam legitimar as ações governamentais que se dirigem a decisões neste campo.

Aqui, há de ser observada uma certa relação entre necessidades humanas e direitos humanos. Aquelas, as necessidades, legítimas ou meramente construídas, constituem foco de demandas e reivindicações que se direcionam ao sistema político dos Estados – crescentemente tornados homogêneos pela globalização - em busca de respostas para reivindicações de bens, serviços ou oportunidades, às quais o governo do Estado é instado a resolver e decidir.

Tais reivindicações , em caráter numérico significativo, costumam se referir a a anseios por liberdade e segurança, exigências de melhoria material da vida humana, ou de emprego, trabalho e exigências de grupos minoritários na sociedade,

geralmente associando reivindicações de ordem individual com outras de categoria social.

Também fatores educacionais podem significar importantes avanços na direção a ser tomada pelos direitos humanos, eis que tais direitos, talvez mais do que outros, necessitam estar firmemente aceitos pela universalidade das pessoas, para que logrem seus propósitos. A transmissão de dados culturais mais ou menos uniformes é um poderoso aliado para a obtenção deste efeito de conscientização, razão pela qual, na atualidade, nas comunidades multiculturais, especialmente na Europa, há dificuldades no logro de uma consciência ampla de direitos humanos que venham a incidir sobre grupos histórica e tradicionalmente excluídos.

A universalização dos direitos humanos, crescente no sentido da expansão do modelo jurídico-cultural ocidental, somente encontra barreiras nos fenômenos da “glocalização” e no denominado relativismo cultural dos países de forte estrutura teocrática do continente asiático especialmente.

Todas estas questões que são genéricas para os direitos humanos se refletem de modo direto nos direitos humanos dos migrantes e estão impregnadas de valores políticos e sociais que os novos modelos de estruturação das comunidades políticas irão descortinar, desde a constelação pós-nacional de Habermas até uma possível disseminação do “déficit democrático” de muitas sociedades delineados por muitos como pós-modernas.

Para os migrantes e seu destino incerto, resta, enquanto aguardam uma nova normatividade internacional que lhes assegure a plena dignidade, o olhar caridoso e solidário de muitas mulheres e homens em todo planeta que lhes almejam um presente, já e agora, da fruição terrena possível e ao menos parcial dos dons da humanização e das benesses que herdamos da Criação.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMANN, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*. Barcelona: Editora Ariel, 1995.

ANTUNES, Ruy Barbedo. *Globalização e Direitos Humanos*. Revista da Escola de Direito da Universidade Católica de Pelotas. Pelotas: Educat, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASSIN, René. *El Problema de la Realización de los Derechos Humanos en la Sociedad Universal, in Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México.

CAVARZERE, Thelma Thaís. *Direito Internacional da Pessoa Humana*. -a circulação Internacional de pessoas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós:2000.

LACLAU, Ernesto. *Emancipación y diferencia*. Buenos aires: Ariel, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VARELA, Julio. *Migraciones, Globalización y Derechos Humanos*. Quito: Revista Aportes Andinos nº 7, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.