

MIGRANTES INDOCUMENTADOS, DIREITOS HUMANOS E ALTERIDADE

UNDOCUMENTED MIGRANTS, HUMAN RIGHTS
AND ALTERITY

MIGRANTES INDOCUMENTADOS, DERECHOS HUMANOS
Y ALTERIDAD

SUMÁRIO:

Considerações iniciais; 1. Migrantes indocumentados, políticas migratórias e direitos humanos; 1.1 Imigrantes ilegais, irregulares ou indocumentados?; 1.2 Migrar é um direito humano?; 2. A interculturalidade favorecida pelos sujeitos em movimento; 3. Migrações e hermenêutica diatópica; 4. Os direitos humanos no contexto das migrações irregulares segundo a Corte Interamericana de direitos humanos; 4.1 Opinião consultiva nº 18/2003; 4.2 Opinião Consultiva nº 21/2014; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

As migrações intensificam trocas culturais, mas na situação de clandestinidade na qual imigrantes indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência subalterna de culturas sem trocas e diálogos, o que favorece que lhes sejam impingidos o medo, a angústia e a responsabilidade por problemas estruturais. Defende-se nesta pesquisa que o reconhecimento do *ius migrandi* é o que possibilitará o contato com a alteridade de forma igualitária, sem que o outro encontre-se em situação de inferioridade em decorrência de seu *status* migratório, construindo-se um multiculturalismo progressista e transformando a prática dos direitos humanos num projeto cosmopolita pela hermenêutica diatópica.

Como citar este artigo:
COSTA, Luiz,
URQUIZA, Antônio
H. Migrantes
indocumentados,
direitos humanos e
alteridade. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 30, 2019,
p. 157-177.

Data da submissão:
09/12/2018

Data da aprovação:
08/05/2019

1. Universidade
Federal de Mato
Grosso do Sul-Brasil
2. Universidade
Federal de Mato
Grosso do Sul-Brasil

ABSTRACT:

Migrations intensify cultural exchanges, but in the underground circumstances in which undocumented immigrants find themselves there will be, at most, a multiculturalism characterized by the subaltern coexistence of cultures without exchanges and dialogues, which often exposes this subaltern class to fear, anguish and unfair responsibility for structural problems. This research defends a the recognition of the *ius migrandi* as what will enable the contact with the otherness in an egalitarian way, without the other being in an inferiority situation due to its migratory status, thereby building a progressive multiculturalism and transforming the practice of human rights in a cosmopolitan project by diatopic hermeneutics.

RESUMEN:

Migraciones intensifican los intercambios culturales, pero en la situación de clandestinidad en la que los inmigrantes indocumentados permanecen habera apenas un multiculturalismo caracterizado por la convivencia subalterna de culturas sin intercambios y diálogos, lo que favorece que les sean impingados el miedo, la angustia y la responsabilidad por problemas estructurales. Se defiende en esta investigación que el reconocimiento del *ius migrandi* es lo que posibilitara el contacto con la alteridad de forma igualitaria, sin que el otro se encuentre en situación de inferioridad como consecuencia de su status migratorio, construyéndose así un multiculturalismo progresista y transformando la práctica de los derechos humanos en un proyecto cosmopolita por medio de la hermenéutica diatópica.

PALAVRAS-CHAVE:

Migrantes indocumentados; hermenêutica diatópica; *ius migrandi*.

KEYWORDS:

Undocumented migrants; diatopic hermeneutics; *ius migrandi*.

PALABRAS CLAVE:

Migrantes indocumentados; hermenéutica diatópica; *ius migrandi*.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a globalização e as facilidades de transporte e comunicações, houve um aumento dos fluxos migratórios internacionais, especialmente na direção Sul – Norte do globo, mas a liberdade e “legalidade” de movimento adquirida pelo capital não se estendeu às pessoas e estes fluxos, que em determinados momentos históricos foram bem-vindos, como para a reconstrução dos países europeus no pós-segunda guerra, passaram a ser vistos com desconfiança e como ameaça no atual contexto de fragmentação dos espaços públicos e perda de força, para o mercado financeiro global, dos Estados nacionais.

Neste contexto, as pessoas que migram em busca de melhores condições de vida, em geral provenientes da camada mais pobre da população, de forma clandestina, têm acentuada a vulnerabilidade a que estão sujeitos os imigrantes em geral, pois ficam sujeitos ao arbítrio do empregador e são privados do acesso a direitos sociais básicos, especialmente os relacionados a regular atividade laboral, permanecendo ainda à margem das políticas públicas.

Essa exploração de mão de obra imigrante, além de violar seus direitos, cria uma economia paralela que reduz os salários e o respeito aos direitos dos trabalhadores.

Os Direitos Humanos não têm como condição necessária para que sejam respeitados, a regularidade migratória da pessoa no local em que ela se encontra. Mostram-se, assim, as migrações internacionais, principalmente as indocumentadas, como tema relevante para discussão sobre a efetividade dos Direitos Humanos.

As migrações intensificam as trocas culturais no país de destino, mas de forma subalterna, e na situação de clandestinidade na qual os imigrantes indocumentados permanecem, haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência assimétrica de culturas, sem trocas e diálogos e eles continuam como desconhecidos, o que favorece que lhes sejam impingidos o medo, a angústia e a responsabilidade por problemas estruturais da sociedade onde se encontram. Defende-se, assim, neste texto, fruto de pesquisa descritiva e exploratória, através do método bibliográfico e documental que o reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano é o que possibilitará o contato com a alteridade, propiciado pelos sujeitos em movimento, de forma igualitária, sem que o outro se

encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório. Torna-se assim, necessário, o reconhecimento do imigrante como um interlocutor de um diálogo transcultural, construindo-se um multiculturalismo progressista e transformando a prática dos direitos humanos num projeto cosmopolita através da hermenêutica diatópica, proposta por Boaventura de Sousa Santos, que possibilitará a aproximação e diálogo entre as culturas que se encontram por intermédio dos sujeitos em movimento.

O presente trabalho divide-se em quatro partes: inicialmente contextualiza-se a migração indocumentada, as políticas migratórias e os direitos humanos, situando o *jus migrandi* como direito humano dedutível da Declaração Universal de Direitos Humanos; em seguida, aborda-se a interculturalidade que é favorecida pelos sujeitos em movimento através das migrações; na terceira parte aborda-se a hermenêutica diatópica no contexto das migrações como “antídoto” teórico-metodológico à globalização excludente e, por fim, analisa-se o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca das migrações indocumentadas e sua relação com os direitos humanos.

Adotar-se-á como marcos teóricos, em especial, a hermenêutica do professor Jesús Lima Torrado acerca da existência de um *ius migrandi* como direito humano reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos.

1. MIGRANTES INDOCUMENTADOS, POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E DIREITOS HUMANOS

Começamos nossa reflexão com um fato histórico: O então presidente da França, Nicolas Sarkozy, em julho de 2010, determinou que os Roma¹ sem documentos de permanência — embora fossem nacionais de países da União Europeia (como Bulgária e Romênia) e a livre circulação seja um dos pilares do Bloco — fossem expulsos do país e seus acampamentos desmontados. O caso ilustra que não apenas a nacionalidade, mas também a cultura delimita a fronteira entre os “cidadãos”, aqueles que podem ser incluídos na sociedade, e os “outros”, os que permanecem como “estranhos” (estrangeiros) e que devem ser segregados ou excluídos.

1.1 Imigrantes ilegais, irregulares ou indocumentados?

A recorrente categorização dos imigrantes indocumentados como “ilegais” contribui para a confluência do direito penal com o das migrações e a segregação social dos imigrantes, pois relaciona-os com a criminalidade (ilegalidade) e os desumaniza ao privá-los de seu estatuto político, ao relacioná-los como pessoas “ilegais”: na linguagem corrente, por exemplo, fala-se em “ilegalidade” para se referir a crime e “irregularidade” para se referir a infração administrativa. Fala-se, por exemplo, que “o tráfico de drogas é ilegal”, não que é irregular e, em outro caso, quando se verifica irregularidades administrativas, seja, por exemplo, na área tributária ou sanitária fala-se “o estabelecimento está em situação irregular”, não ilegal.

Neste sentido, alerta Hannah Arendt, em pensamento exposto por Celso Lafer (1988, p. 151) que: “o ser humano privado de suas qualidades acidentais — o seu estatuto político — vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos *outros* como um *semelhante*”.

Maritza Farena (2012, p. 134-5), destaca ainda que esta “ilegalização” dos imigrantes viola princípios fundamentais previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos: o art. VI, que prevê o direito de toda pessoa ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa e o art. VII, que prevê o devido processo legal, uma vez que estes imigrantes são classificados como ilegais sem que haja qualquer declaração judicial neste sentido.

Seguindo esta linha de pensamento, o Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa, Nils Muižnieks, em um *memorandum* oficial ao ministro da imigração britânico James Brokenshire, salientou que: “as pessoas não são ilegais. Seu *status* legal pode ser irregular, mas isso não os coloca aquém da humanidade” (BARRET, 2016, tradução nossa).

Adota-se, assim, ao longo deste trabalho, por ser mais consentâneo com os Direitos Humanos e com a ideia de que nenhum ser humano é ilegal, o termo “indocumentado” para se referir aos imigrantes que tenham ingressado ou permaneçam no território de um Estado de forma clandestina, *i.e.*, sem conhecimento oficial de suas autoridades.

1.2 Migrar é um direito humano?

As migrações estão presentes nos principais instrumentos internacionais de Direitos Humanos, que garantem o direito de toda pessoa sair

livremente de qualquer país, como o art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 13 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966), art. 8º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) e art. 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969).

Da interpretação do art. 13 da Declaração Universal, cujo texto inspirou os demais instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos mencionados, o professor Jesús Lima Torrado (2016) extraiu as seguintes ideias: a) os quatro critérios de interpretação jurídica formulados por Savigny permitem afirmar que o *ius migrandi* é, sem dúvida, um direito humano; b) a interpretação sistemática determina a necessidade de se interpretar o art. 13 em conjunto com o art. 14 (direito de asilo) e art. 22 (direitos econômicos, sociais e culturais), o que leva à mesma afirmação de que se trata de um direito humano; c) a necessidade de que a interpretação jurídica respeite os fundamentos dos direitos humanos leva a ter que reconhecer o *ius migrandi* como direito humano; d) a interpretação do art. 13, como de todo direito fundamental deve considerar a sua significação mais extensa, o que tem por fundamento a natureza expansiva dos direitos humanos (princípio da eficiência previsto no art. 5º, §1º, da CF88); e) a interpretação do art. 13 deve levar em conta o princípio *in dubio pro libertate*, segundo o qual, em caso de dúvida, haverá que se estar a favor sempre do sentido mais favorável à existência e garantia de um direito fundamental.

Embora seja decorrência lógica do direito de saída de um Estado, o direito de ingresso em outro, não há o reconhecimento da existência de um *jus migrandi* pela comunidade internacional. Segundo Jesús Lima Torrado (2016, p. 117): “la regulación del *ius migrandi* dista hoy mucho de ser satisfactoria pues se mueve – aún hoy – en la imprecisa tensión entre la soberanía del Estado y la dignidad humana”.

Continua, assim, na esfera da soberania dos Estados a liberdade de decidir quem pode entrar e permanecer em seus territórios, ou quais imigrantes serão oficialmente aceitos e documentados e quais serão os rejeitados e indocumentados que nele poderão permanecer apenas de forma clandestina. Vedovato (2013, p. 19), todavia, ressalta que “a liberdade total do Estado para definir quem entra no seu território desapareceu com o surgimento dos tratados de direitos humanos”. Ou seja, os Estados estão

inseridos em um contexto de tratados internacionais, aos quais necessariamente deve reportar-se e que chamamos de “Direito Internacional”.

Assim, no exercício de sua soberania e liberdade de controlar suas fronteiras, os Estados podem conceder tratamento diferente aos migrantes em situação irregular — o direito de circular livremente dentro de um Estado e nele residir, por exemplo, reconhecido no Pacto de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), em seu art. 12, item 1 é assegurado apenas às pessoas que se encontrem legalmente em seu território² —, mas não podem agir de forma discriminatória em relação ao gozo e proteção dos Direitos Humanos e trabalhistas do migrante no local de destino. Isto porque os poderes do Estado para fixar sua política migratória estão limitados por suas obrigações de proteção aos Direitos Humanos, que não dependem do vínculo de nacionalidade, regularidade migratória ou qualquer outra circunstância.

No caso das migrações internacionais indocumentadas, amplia-se a vulnerabilidade e a necessidade de proteção pelos Direitos Humanos, pois esses migrantes sofrem uma dupla exclusão: a primeira, social, no país de origem, onde a falta de oportunidades lhes faz migrar e a segunda, de cidadania, no país de destino, onde vivem “sem existir” nos números oficiais. Não raro ainda, esses migrantes deixam-se explorar devido a sua situação irregular e o empregador sente-se livre para explorá-los por essa mesma razão, amparando-se no medo que têm de serem deportados e mantendo-os sob controle com a ameaça de entregá-los à Polícia Federal, que no Brasil é o órgão fiscalizador das migrações. A irregularidade funciona como mordada e cria uma inversão cruel, pois é o violador de direitos e não a vítima quem se vale do poder de acionar as autoridades:

Um dos nichos de exploração do trabalho análogo ao de escravo está justamente na exploração do trabalhador imigrante, submetido a condições ilegais ou precárias, ao qual [*sic*] se subordinam em razão do medo da deportação e da esperança de, com o trabalho, conseguir obter dinheiro e condições futuras de legalização (SALADINI, 2012, p. 163).

Cícero Rufino Pereira (2015, p. 46) também relaciona a migração internacional de trabalhadores em situação irregular, os quais têm essa situação explorada pelos cooptadores de mão de obra escrava, com violações a seus Direitos Humanos:

Não é muito fácil aos trabalhadores “nacionais” conseguirem um trabalho decente, menos ainda os trabalhadores migrantes estrangeiros, sobretudo em uma região de fronteira. Ali (e através dela) a concorrência por mão de obra barata e por discussões acerca da legalidade ou ilegalidade da migração é pano de fundo para se perpetrarem ataques aos direitos humanos, em prol do aumento de lucros.

As migrações indocumentadas servem, segundo Aloísio Krohling (2008, p. 158), à crítica da tese da universalidade dos direitos humanos:

Recentemente, decisões administrativo-jurídicas da União Europeia sobre a entrada e permanência de imigrantes ilegais [sic] nos seus territórios tiveram repercussão negativa e reações afirmativas das ideias-força dos direitos humanos que os próprios europeus definem e tutelam, em seus tribunais internacionais, como universais. Não é mais um único Estado Nacional a fechar as suas fronteiras aos “subdesenvolvidos” do Terceiro Mundo e, até, aos próprios europeus como ciganos, albaneses e romenos, mas é a totalidade dos países-membros da União Europeia.

Neste contexto, observa-se que os mesmos Estados que defendem a livre circulação de capital e mercadorias, defendem o aumento das restrições à circulação de pessoas que, sob o pretexto de proteger a mão de obra nacional, igualmente atende aos interesses do Mercado: a não documentação, derivada dessas restrições, gera um considerável contingente de reserva de mão de obra barata, para realizar principalmente os trabalhos sujos e pesados, sobre a qual não incidem os custos dos direitos sociais, e “descartável”.

Assim, das políticas migratórias restritivas — que apontam os imigrantes como causadores dos problemas sociais que decorrem da própria estrutura do sistema econômico neoliberal que diminui o poder do Estado em favor do Mercado e aumenta a distância entre ricos e pobres, gerando uma grande massa de excluídos — decorrem violações de Direitos Humanos, como a exploração laboral e o tráfico de pessoas, que são favorecidas pela falta de documentação.

A existência de imigrantes que se encontram de forma indocumentada, *i.e.*, sem documentos que autorizem sua permanência em determinado Estado, *per si*, demonstra que não há ainda o reconhecimento, ao menos na prática, de um direito a migrar (o que dispensaria qualquer tipo

de documentação ou outro requisito para que a migração se efetivasse de forma regular). As migrações, assim, exemplificam as limitações que a cidadania ainda impõe para a efetivação dos Direitos Humanos.

Ao se observar a história dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial verifica-se que suas políticas estiveram, em geral, a serviço dos interesses dos Estados capitalistas hegemônicos (SANTOS, 1997, p. 7). O não reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano, apesar de logicamente dedutível de instrumentos internacionais de proteção, atente também ao interesse desses Estados, pois a indocumentação propicia uma reserva de mão-de-obra barata e descartável, sobre a qual não incidem os custos dos direitos sociais e trabalhistas.

Através do reconhecimento do *ius migrandi* e a aplicação da hermenêutica diatópica, a interculturalidade seria uma prática que poderia favorecer os sujeitos em mobilidade e os direitos humanos exerceriam uma função contra hegemônica e emancipatória. A partir do momento em que o imigrante é tratado como “sujeito de direitos” e não apenas como um “ilegal”, podemos potencializar o intercâmbio saudável e simétrico das práticas interculturais, valorizando a multiculturalidade entre essas alteridades, que mesmo sendo simétricas, tendem à conquista e consolidação da cidadania, qual seja, um tratamento, no mínimo, humanizante.

2. A INTERCULTURALIDADE FAVORECIDA PELOS SUJEITOS EM MOVIMENTO

As migrações proporcionam encontros entre sujeitos e grupos portadores de diferentes culturas, mas com a situação clandestina na qual os indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência subalterna de culturas sem trocas e diálogos.

O imigrante continua, assim, incógnito, como um “estranho” de hábitos desconhecidos, o que favorece que sejam direcionados a eles o medo, angústia e a responsabilidade por problemas estruturais: “aproveita-se a ideologia do medo e da insegurança, culpando um outro, comumente o de pele escura e “hábitos estranhos” por problemas que atingem a todos, não ricos, por limites estruturais do modelo político econômico” (CASTRO, 2008, p. 12).

Há instrumentos jurídicos que reconhecem direitos humanos aos

imigrantes — o principal deles a Convenção da ONU de 1990 sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias —, decorrentes do processo de multiplicação de direitos humanos que considera, segundo Bobbio (2004, p. 33), o homem não mais genericamente, mas visto em sua especificidade. Esses direitos esbarram, todavia, na “vontade” dos Estados e na sua soberania para decidir quem pode ou não ingressar, permanecer (e usufruir de direitos) em seus territórios.

Neste contexto, as migrações colocam em evidência a colisão entre o direito de migrar, previsto no art. 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos, e o direito ao autogoverno de uma comunidade política, previsto no art. 21 da mesma declaração. Expõem ainda o paradoxo dos direitos humanos que deveriam ser condicionados unicamente à condição humana, mas que dependem da regularidade da condição migratória, na prática, para serem reconhecidos em sua plenitude.

A indocumentação nega o acesso a direitos há muito assegurados como a liberdade de locomoção, unidade familiar e direitos sociais básicos. Condiciona-se, assim, a titularidade de direitos à cidadania e à regularidade migratória, criando-se, para eles, uma zona de sub-humanidade.

Boaventura de Sousa Santos (2014) explicita que:

Com o neoliberalismo e o seu ataque ao Estado como garante dos direitos, em especial os direitos econômicos e sociais, a comunidade dos cidadãos dilui-se ao ponto de se tornar indistinguível da comunidade humana e dos direitos de cidadania, tão trivializados como direitos humanos [...] Neste processo, os imigrantes, em especial os trabalhadores migrantes indocumentados, descem ainda mais abaixo para a “comunidade” dos sub-humanos.

Como alternativa ao impasse entre o reconhecimento legal e a condição humana, Rita Laura Segato (2006, p. 207) propõe considerar a dimensão ética da existência humana como algo distinto da moral e da lei moderna:

Nessa concepção, o impulso ou desejo ético é visto como motor e fundamento dos direitos humanos em seu constante processo de expansão – e a marca definidora de tal impulso é a disponibilidade para a interpelação pelo outro. Para isso, muitos setores já demandam uma antropologia capaz de cumprir um novo papel e de colaborar no complicado processo de expansão do direito e de articulação entre horizon-

tes culturais particulares e uma jurisdição que se confunde com a própria humanidade.

Essa ética propõe o reconhecimento do outro como um interlocutor de um diálogo transcultural, construindo-se um “multiculturalismo progressista” através da hermenêutica diatópica proposta por Boaventura de Sousa Santos. Dessa forma, as fronteiras artificiais dos Estados estariam a serviço da cidadania e dos direitos humanos de mobilidade, de toda pessoa, qualquer que seja o motivo.

O reconhecimento de um *ius migrandi* é o que possibilitará o contato com a alteridade de forma igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade, *i.e.*, na “zona de sub-humanidade” em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório.

3. MIGRAÇÕES E HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Como ressaltado, as migrações rompem o isolamento entre as culturas e propiciam o contato com a alteridade, possibilitando o diálogo entre povos que, através da hermenêutica diatópica, possibilitará a construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos.

A hermenêutica diatópica baseia-se na concepção de que os *topoi* (lugares) de uma cultura são incompletos tal como a própria cultura a que pertencem, e essa incompletude é invisível do interior dessa cultura:

O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objetivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico” (SANTOS, 1997, p. 116).

Boaventura de Sousa Santos, ao tratar da hermenêutica diatópica, frisou que “a humanidade necessita estabelecer uma globalização contra hegemônica entre os povos, por intermédio de um cosmopolitismo de relação (cosmopolitismo de insurgência, emancipatória)” (HOFFMEISTER; WOLF. 2016), propondo que o valor do ser humano venha antes dos interesses de Estados ou de conglomerados capitalistas.

Para a efetivação dos direitos humanos do migrante é necessária a aproximação intercultural e o diálogo entre culturas, mas para que eles possam ocorrer, é necessário que o *ius migrandi* seja reconhecido como

direito humano: a consequência mais visível de seu não-reconhecimento são os migrantes indocumentados que permanecem clandestinos, estranhos à cultura local, e as trocas culturais quando ocorrem não são realizadas de forma igualitária (simétrica): o imigrante sempre estará em posição inferiorizada / subalterna.

Neste sentido, Caletti e Staffen (2017, p. 108) destacam que:

A compreensão atual de Humanismo que se deseja reconhece distintas manifestações de humanidades, tanto no Oriente quanto no Ocidente, incluindo diferentes perspectivas do humano em autênticos fluxos globais de interação, não mais verticalizados. Aliás, o ideal de humanismo sempre galgou passos pela potencialização de conexões horizontais, num esforço humano para manejar o mundo dos humanos.

Sousa Santos (2003, p. 28) ainda destaca que “a exclusão é sempre produto de relações de poder desiguais, que o mesmo é dizer, de trocas desiguais”. Por isso a proposta de uma relação de valorização da *alteridade*, ver o outro como sujeito e com direito a relações igualitárias.

O *ius migrandi*, assim, permite que os direitos humanos possam exercer uma função contra hegemônica na medida em que visam a transformar as trocas desiguais decorrentes da (ir)regularidade migratória, em trocas interculturais.

O reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos e a hermenêutica diatópica apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos migrantes e como “antídoto” teórico-metodológico à globalização excludente.

4. OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DAS MIGRAÇÕES IRREGULARES SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A migração é tratada pela Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 22, que dispõe sobre o “direito de circulação e residência” (OEA, 1969):

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Observa-se que o item 2 do art. 22, acima transcrito, garante o direito de saída da pessoa de seu país de origem, o que gera, como consequência, o direito de migrar internacionalmente, que é, assim, protegido pela Convenção Americana.

A Corte Interamericana teve oportunidade de, em algumas ocasiões, manifestar-se sobre os Direitos Humanos relativos à migração, seja em sua função contenciosa ou consultiva, que serão a seguir analisados, tendo sua jurisprudência propiciado significativos avanços na proteção dos Direitos Humanos dos migrantes, especialmente os indocumentados, no continente americano.

Para analisar o posicionamento da Corte Interamericana sobre os Direitos Humanos no contexto das migrações indocumentadas, serão

analisadas as opiniões consultivas nº 18/2003 e nº 21/2014, nas quais a Corte debruçou-se sobre o assunto e pôde fixar seu entendimento no sentido de que os Estados têm o dever de respeitar os direitos dos trabalhadores e crianças imigrantes, independentemente da regularidade do *status* migratório.

4.1 Opinião consultiva nº 18/2003

O México tem uma fronteira de aproximadamente três mil quilômetros com os Estados Unidos e, por essa razão, é um importante ponto de passagem e origem dos que entram nos Estados Unidos de maneira irregular, assim, em 10 de maio de 2002, o Estado mexicano submeteu à Corte Interamericana pedido de Parecer Consultivo sobre a condição jurídica e os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, solicitando que a Corte se manifestasse sobre a:

Privação do desfrute 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 da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano (CtIDH, 2013).

O México, impedido de provocar a jurisdição contenciosa em face das violações de direitos sofridas por seus nacionais nos Estados Unidos da América³, formulou esse pedido de opinião consultiva a fim de que a negativa de direitos sociais básicos aos imigrantes fosse declarada como violadora de Direitos Humanos. Com sua consulta à Corte, visava o México, provavelmente, a causar um constrangimento político e moral (*power of embarrassment*) aos Estados Unidos da América em face das violações de direitos sofridas pelos imigrantes que lá estivessem em situação irregular.

Em seu Parecer, a Corte considerou que em virtude do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, toda pessoa deve ter seus direitos respeitados pelo simples fato de pertencer à humanidade, indepen-

dentemente de qualquer outra circunstância. Assim, estabeleceu que os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos fundamentais que qualquer outro trabalhador no Estado destino e que, os Estados não podem condicionar à regularidade migratória a observância dos direitos à igualdade e não discriminação, que são normas de *jus cogens*:

Os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares dos direitos humanos fundamentais, que não se condicionam por sua situação jurídica (irregular ou não). Em conclusão sobre este ponto, ao princípio fundamental da igualdade e não discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, um posicionamento verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CtIDH, 2013).

A Corte com seu Parecer não negou a possibilidade que os Estados têm de estabelecer diferenças entre as categorias de sujeitos, mas desde que tais distinções sejam razoáveis e busquem fins legítimos: “a importância da Opinião Consultiva repousa no fato de ela ter determinado, por votação unânime, que os Estados devem construir uma política de migração que respeite os direitos fundamentais” (VEDOVATO, 2013, p. 164).

Assim, embora os Estados possam fixar requisitos e condições que devem ser atendidos pelos migrantes, sua inobservância não poderá trazer efeitos em matérias alheias ao seu ingresso e permanência no território do Estado como, por exemplo, os direitos trabalhistas.

4.2 Opinião consultiva n° 21/2014

Em 2011, os então quatro países-membros do Mercosul (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), em solicitação conjunta de opinião consultiva⁴, algo inédito até então, apresentaram pedido de Parecer Consultivo sobre os direitos das crianças no contexto das migrações. Solicitou-se, na oportunidade, que fosse determinado com maior precisão:

Quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e

do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CtIDH, 2014).

Em sua Opinião Consultiva, datada de 19 de agosto de 2014, a Corte fixou o princípio da não privação de liberdade de crianças por sua situação migratória irregular:

Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças que se encontram com seus progenitores, assim como daqueles que se encontram desacompanhados ou separados de seus progenitores, para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar essa medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança (CtIDH, 2014).

Caso os Estados, todavia, recorram a medidas como alojamento ou albergamento de crianças para resolver a situação migratória, deverão, segundo a Corte, separar os migrantes das pessoas detidas pela prática de crimes, em estabelecimentos destinados para esse fim. As crianças deverão ainda ser separadas dos adultos, se desacompanhadas, e se acompanhadas deverá ser respeitado o direito à unidade familiar, assegurando-lhes um regime adequado em um ambiente não privativo de liberdade (CtIDH, 2014).

Igualmente, a Corte estabeleceu os procedimentos para garantir o direito das crianças de buscar e receber asilo e se pronunciou sobre a aplicação do princípio da não devolução, que deverá levar em consideração o interesse superior da criança:

De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade (CtIDH, 2014).

Esta opinião consultiva, atendendo à preocupação dos Estados solicitantes do Mercosul com a situação dos direitos da infância no contexto das migrações, logrou estabelecer o alcance de seus direitos levando em consideração o superior interesse da criança e a dupla situação de vulnerabilidade a que os meninos e meninas migrantes estão submetidos: a primeira pela situação de migrantes e a segunda pela própria condição de crianças, que os torna suscetíveis a violações específicas de Direitos Humanos em razão da idade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora muitas vezes tratados pelas autoridades migratórias como se fossem “ilegais”, os trabalhadores migrantes indocumentados não são criminosos, mas pessoas que buscam melhores condições de vida em Estado diverso do qual são nacionais e, com isso, almejam a mesma liberdade de locomoção já desfrutada amplamente pelo capital e pelas mercadorias.

Em razão do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana e dos instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos, toda pessoa deve ter seus direitos respeitados pelo simples fato de pertencer à humanidade, independentemente de qualquer outra circunstância. Assim os Estados, a partir da vigência do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, embora possam no exercício da soberania fixar suas políticas migratórias, não podem condicionar à regularidade migratória o gozo de Direitos Humanos fundamentais como o da igualdade, acesso à justiça e não-discriminação.

Na situação de clandestinidade na qual os imigrantes indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência de culturas sem trocas e diálogos e eles continuam como desconhecidos, o que favorece que lhes sejam direcionados o medo, angústia e a responsabilidade por problemas estruturais. Neste sentido, o reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano possibilitará o contato com a alteridade de forma mais igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório e, assim, possa ser um interlocutor multicultural, de um diálogo também ele transcultural, e que seja capaz de construir um multiculturalismo progressista, transformando a prática dos direitos hu-

manos num projeto cosmopolita e emancipatório.

A mobilidade humana intensifica o contato com a alteridade e entre as culturas e, neste processo, o reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos. Nesse contexto, a hermenêutica diatópica apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos migrantes e como “antídoto” à globalização excludente, muitas vezes com ênfase apenas no mercado.

No sistema americano de proteção aos Direitos Humanos observa-se que a sua Corte, em seu mister de guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos, embora tenha reconhecido o poder de os Estados fixarem suas políticas migratórias, reafirmou que estas são limitadas pelos Direitos Humanos e há a obrigação de se garantir e respeitar os direitos reconhecidos pela Convenção Americana e outros instrumentos internacionais de proteção, especialmente os da não-discriminação e do devido processo legal, aos estrangeiros sob sua jurisdição, independentemente da regularidade de seu *status* migratório. Assim, suas sentenças têm propiciado significativos avanços na tutela dos Direitos Humanos dos migrantes — documentados ou indocumentados — no contexto americano.

Apesar da vigência dos tratados *internacionais de proteção dos Direitos Humanos*, o cotidiano do imigrante indocumentado ainda é marcado mais pela dificuldade de acesso aos direitos sociais que pela falta de legislação internacional que os preveja, assim, o tema das migrações internacionais, principalmente as indocumentadas, coloca à prova e desafia o princípio da universalidade dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Lourival. Os ciganos e os processos de exclusão. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 33, nº 66, p. 95-112, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v33n66/a06v33n66.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BARRET, David. Don't call them 'illegal immigrants', says europe human rights commissioner. *The Telegraph*, 23 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/03/23/dont-call-them-illegal-immigrants-says-europe-human-rights-commi/>>. Acesso em: 19 jun.

2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALETTI, Leandro Caletti; STAFFEN, Márcio Ricardo Staffen. Da necessidade de uma universalidade rediviva para os direitos humanos. *Revista de Direito Brasileira* | São Paulo, SP, v.16, n.7, Jan./Abr.2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3055>>. Acesso em: 2 fev. 2018. p. 96-114.

CASTRO, Mary Garcia. Migração internacional: transpassando fronteiras do nacional e do individual. In: *Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania*, n. 2, Agosto de 2007, IMDH. p. 69-75.

CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo nº 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 22 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-18/03*, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.doc>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. *Parecer Consultivo OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. *Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012.

FARIA, Maria Rita Fontes. *Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.

KROHLING, Aloísio. *Os Direitos Humanos na Perspectiva da Antropologia Cultural*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.3, p. 155-182, jul/dez. 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTES, Ana Cristina Braga. Velho tema, novos desafios – gestão pública da imigração. *Cadernos Adenauer X* (2009), nº 1 Migração e políticas sociais, p. 9-28, Rio de Janeiro, agosto de 2009.

MILESI, Rosita; ANDRADE, William Cesar de. *Migrações Internacionais no Brasil: Realidades e Desafios Contemporâneos*. Disponível em: <http://migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=144:dia-mundial-do-refugiado-e-semana-do-migrante-2010&catid=87&Itemid=1203>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx#main>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 4 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. *Perfil migratório do Brasil 2009*. Brasília: Ministério do Trabalho, 2010

PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos humanos fundamentais: o tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTr, 2015.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. *Trabalho e imigração*. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Eduardo dos. A questão migratória no mundo globalizado — brasileiros no exterior, a emigração e o retorno. In: PRADO, Eraldo José Peixoto; COELHO, Renata. *Migração e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 69-78.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, maio de 2003,. p. 3-76.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. São Paulo. *Revista Lua Nova*. Vol. 39, 1997.

_____. *Se Deus fosse um ativista de Direitos Humanos*. São Paulo. Cortez Editora, 2013 [edição digital].

SCHWARZ, Rodrigo. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 181-185, outubro/2009.

SEGATO. Antropologia e direitos humanos: Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. In: *Revista Mana*. Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, Sidney A. Imigrantes hispano-americanos em São Paulo: perfil e problemática. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de A.; MALATIAN, Teresa (orgs.). *Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289-304.

TORRADO, Jesús Lima. El problema fundamental de la emigración desde la perspectiva del sistema de derechos humanos: el debate sobre la existencia del “Ius migrandi”. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (org.). *Fronteira dos direitos humanos: direitos humanos nas fronteiras*. Campo Grande: UFMS, 2016. p. 89-124.

VEDOVATO, Luís Renato. *O direito de ingresso do estrangeiro: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado*. São Paulo: Atlas, 2013.

'Notas de fim'

1 Os Rom ou Roma compõem um dos três grandes grupos ciganos (romani) junto com os Sinti e Calon, e são predominantes nos países balcânicos e no leste europeu (ANDRADE JÚNIOR, 2013, p. 96).

2 Outro exemplo é o Protocolo nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que prevê que “Um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de 46 47 uma decisão tomada em conformidade com a lei” (CONSELHO DA EUROPA, 1984, sem grifos no original).

3 Os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, e nos últimos anos, seu presidente vem reforçando o discurso xenofóbico (especialmente contra os migrantes mexicanos), inclusive propondo como prioridade a ampliação do muro que separa os EUA do México.

4 O Mercosul, como instituição, não tem legitimidade para fazer solicitação à Corte.

