

A situação do imigrante ilegal hoje: o ressurgimento do homo sacer*

The illegal immigrant situation today: *the resurgence of homo sacer*

João Carlos Jarochinski Silva¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discutir a formulação de documentos internacionais que contemplem a imigração contemporânea, principalmente quando a mesma se dá de maneira voluntária pelo agente, destacando as tendências que esses textos apresentam, com suas respectivas consequências. Destaca-se essa situação com o objetivo de se analisar o avanço dos Direitos Humanos em uma área que tem se mostrado de fundamental importância para um significativo segmento social.

Palavras-Chave: Imigração Ilegal. Refugiados. *Homo Sacer*.

Abstract

This paper aims to discuss the international norms formulation regarding the contemporary immigration, mainly when it occurs voluntarily by the immigrant, highlighting the trends presented on the norms, as well as its respective consequences. This situation is emphasized in order to analyze the Human Rights progress in a field that has shown to be of fundamental importance to a significant segment of society.

Keywords: Illegal Immigration. Refugees. *Homo Sacer*.

* Recebido em 05.10.2011
Aprovado em 11.06.2012

¹ Doutorando em Relações Internacionais pela PUC/SP. Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS. Email: jcsilva98@hotmail.com

1 O homo sacer e a análise de Agamben

O filósofo Italiano Giorgio Agamben trabalha a política moderna a partir de uma figura criada na antiguidade, o *Homo Sacer*. Essa figura, que existia no Direito Romano e que pode ser traduzida para o português como o Homem Sacro, revela um sujeito que foi excluído da vida civil romana e que por isso pode ser morto por qualquer um, mas que não pode ser sacrificado em um ritual religioso. Portanto, a sacralidade dessa pessoa se dá num sentido negativo do termo.

O autor justifica a sua opção por esse protagonista ao afirmar que essa figura ainda possui uma função na política moderna, pois a vida suscetível de ser morta desse sujeito se constitui no primeiro núcleo do poder soberano. Ao colocar “a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua” (AGAMBEN, 2007, p. 19).

Mas o que é importante dessa interessante constatação é o fato de a vida humana só estar incluída nesse ordenamento jurídico de uma forma negativa, isto é, através de sua exclusão desse ordenamento, no caso específico, através de sua suscetibilidade a ser eliminada do meio social através de sua morte.

Diversas outras figuras no mundo contemporâneo são contempladas pelos sistemas jurídicos através, única e exclusivamente, de sua exclusão. Isso se dá porque o agente soberano com capacidade de regular a vida daqueles que estão sob a sua jurisdição não os deseja. Infelizmente, é o caso do imigrante ilegal contemporâneo².

Para caracterizar essa afirmação que acabamos de fazer, faremos uma análise mais profunda dos elementos que permeiam a relação Estado-imigrante, pois através disso, podemos fazer uma comparação da realidade do *Homo sacer* com o imigrante ilegal.

Uma das mais importantes pesquisadoras da imigração, Catherine Dauvergne (2008, p. 28), ao fazer uso desse conceito diz que segundo Agamben, a atual criação

da ilegalidade se dá na moderna orientação que barra a vida na esfera política. A Ilegalidade seria a exclusão dessa esfera, para se dirigir a um *status* inferior.

O problema é que essa exclusão da esfera política se dá ao mesmo tempo em que se percebe que os fluxos migratórios fazem parte da contemporaneidade, o que acaba deixando várias pessoas a mercê dessa situação. Em 2005, segundo números divulgados pelo relatório da Comissão Global para Migração Internacional, só nos Estados Unidos, Europa e Índia, o número de imigrantes indocumentados estaria entre 35 e 38 milhões.

2 A imigração contemporânea

Para analisarmos a imigração, utilizamos os ensinamentos de Glover (2001, p. 3), que afirma, que no estudo das causas dos fluxos migratórios, devemos ter em consideração quais são os fatores determinantes das migrações, quer no país de origem, quer no de destino. Ele salienta que, em ambos os casos, devem ser analisadas as condições do mercado de trabalho, as condições jurídicas, as condições políticas, as informações, o fluxo de informações, os efeitos das cadeias migratórias, as restrições de orçamento e quase tudo aquilo que afeta o desejo de viver e trabalhar no destino, por oposição ao país de origem, desde o aspecto étnico ou a violência política.

Hobsbawm (2002, p. 272-273) acrescenta que

Movimentos populacionais e industrialização andam juntos, já que o desenvolvimento econômico moderno do mundo pede mudanças substanciais junto aos povos e, por outro lado, facilita tais movimentos tornando-os tecnicamente baratos e mais simples através das comunicações novas e melhores, assim como, evidentemente, permite ao mundo manter uma população bem maior.

Assim, podemos afirmar que o fenômeno migratório é algo natural em uma sociedade que possui tantas trocas: de informação, de capital, bem como de relações entre as pessoas. O desenvolvimento tecnológico e econômico mundial gera essa movimentação.

Além disso, Castles (2000) coloca que o processo de desenvolvimento de um país provoca movimentos migratórios, pois a melhoria das condições econômicas e educacionais leva os indivíduos a partir em busca de melhores oportunidades em outras localidades. O aumento na renda seguido de uma desestruturação econômica,

² O uso do termo ilegal é proposital, pois, apesar de ser evitado pela grande maioria dos organismos internacionais e não governamentais, que preferem falar em “migração administrativamente irregular”, migração de indocumentados ou algo análogo, o Estado, que é o agente por excelência que será analisado nesse texto, faz uso do termo ilegal, como uma forma de condenação da ação do migrante.

com evidentes consequências sociais, além da expectativa de melhoria do nível de vida, gera migrações. Principalmente para os locais que possam oferecer uma melhoria na condição de vida.

Nesse sentido, Kurz (2005), ao colocar a Migração como um processo causado pela terceira revolução industrial, complementa o raciocínio ao salientar que esta revolução que desmobilizou a força de trabalho demonstraria a tendência atual do sistema econômico de gerar lugares privilegiados, que conseguiriam altos índices de rentabilidade e de produtividade. Porém, essa característica que privilegia certos lugares exigiria do ser que não é beneficiado com a vivência em um local como este a necessidade de buscá-lo a fim de melhorar a sua subsistência.

Vale ressaltar que essa análise corrobora parte do pressuposto que interessa a este estudo, que é a dos movimentos migratórios que são realizados pela busca de uma melhoria material por parte do imigrante.

Por esse motivo, nós nos preocupamos com a parcela do fenômeno que hoje ganha maior relevância nos debates mundiais, pois são caracterizadas pela situação acima descrita. Kurz (2005, p. 31), ao debater esses movimentos, especifica o mesmo como aquele em que os fluxos

se dirigem do leste para o oeste, do sul para o norte; em direção à União Europeia e a toda Europa ocidental, passando a fronteira oriental; do norte da África e das áreas além do Saara do sul, ultrapassando o Mar Mediterrâneo; em direção aos Estados Unidos partindo de toda a América Central e da América do Sul.

Portanto, são os migrantes que deixam o chamado Terceiro Mundo e que buscam o primeiro mundo que nos interessam, pois são eles os que sofrem essa exclusão do mundo jurídico. Assim, conseguimos dar um enfoque mais preciso, não nos estendendo sobre os movimentos que ocorrem entre os próprios países do terceiro mundo, que são movimentos significativos do ponto de vista demográfico e econômico, mas que na maioria das vezes não revelam a situação jurídica e política que buscamos encontrar, por serem realizados entre Estados fracos do ponto de vista institucional, não possuindo assim, capacidade de influenciar as construções normativas que ocorrem no mundo.

Essa migração se dá, frequentemente, de forma voluntária, pois o movimento é realizado pela vontade do agente migrante, por entender que assim conseguirá

melhorar a sua condição. Chiswick (2000) e Figueiredo (2005) destacam que a migração voluntária possui como motivação essencial o interesse econômico, pois possibilita ao indivíduo a decisão de emigrar ou não, sendo, sem dúvida, a motivação que maior relevância possui no mundo. Eles colocam ainda, em contrapartida, que os refugiados migram em consequência de decisões tomadas por terceiros, descaracterizando aquele aspecto fundamental que é a voluntariedade do movimento.

Com essas considerações fica evidente que a imigração guarda uma relação de causa e efeito com os diversos conflitos sociais e, principalmente, econômicos, realçando que, enquanto persistirem situações de brutal desigualdade entre os locais, a imigração será utilizada pelas pessoas como uma forma de solução para essas questões.

Nessa perspectiva, a discussão sobre o fenômeno migratório do mundo contemporâneo, que se dá essencialmente por motivos econômicos, guarda conotações políticas, pois se dá em um mundo marcado pelos Estados-nação que alegam possuir poder de representar o interesse de seu povo. Isto, apesar de no mundo atual existirem 200 Estados e aproximadamente 2000 populações com capacidade de se diferenciarem em nações.

3 A regulação dos movimentos migratórios pelos países

Nessa busca por ser o representante dos interesses dos seus habitantes, o primeiro passo desses países em regular os movimentos migratórios se dá com a criação do passaporte, sendo este documento a representação da afirmação do Estado nessa esfera social. John Torpey (2000) constata que, desde a Revolução Francesa, o passaporte foi um dos aspectos principais para a criação de um “Estatidade” (State-ness). Portanto, essa documentação fez parte da construção, do desenvolvimento e da busca de Hegemonia por parte desse Estado, sendo um dos principais elementos estatais que penetram na vida social das pessoas.

Hoje, há pouquíssimas hipóteses em que as pessoas podem atravessar fronteiras de países sem estarem munidas de um passaporte. O interessante é que o indivíduo carregará através de toda a sua movimentação um laço com um Estado, que é o de seu passaporte, mas que muitas vezes já não pode regulá-lo.

Torpey (2000), ao discorrer sobre a invenção do passaporte a partir da Revolução Francesa, marco, para o autor, da construção do conceito de Estado-nação, salienta que a adoção desse documento como obrigatório por todo o mundo, marca a imposição das maneiras ocidentais sobre o resto do mundo, o que é, sem dúvida, uma das características da contemporaneidade. Essa adoção do passaporte não deixa de ser um dos mais característicos elementos de manifestação do poder estatal sobre as pessoas, seja do local que o indivíduo deixou, seja do local aonde ele chegou, pois este também exige que o indivíduo esteja munido de um passaporte.

Porém, em muitos casos, não é só o passaporte que é exigido, já que em diversos Estados, há a necessidade de uma prévia autorização por parte dos agentes estatais para a permissão de entrada. São os famosos “Vistos” ou “*Visas*”, mas que também podem aparecer sobre outras formas, pois, o simples fato de possuir um passaporte não lhe assegura o direito de entrada.

Essa documentação – condição necessária para a aceitação do indivíduo – inclui prévia autorização do Estado receptor para que o Imigrante possa livremente exercer a cidadania dentro desta localidade. Nesse momento, estamos diante do conceito de cidadania como um direito, pois, a partir do momento em que o sujeito é aceito, ele adquire muitos dos direitos dos nacionais.

Entretanto, na maioria das vezes, por não possuir os requisitos que o receptor coloca, esses que são obtidos, na maioria das vezes, por meio de critérios que possuem um, fundamentalmente, uma matriz econômica, como o fato de já possuírem um emprego no destino, uma determinada qualificação, conhecimento da língua e da cultura, que na maioria das vezes só é alcançada com o emprego de recursos em educação, entre outros critérios, o postulante a uma entrada legal não consegue ver o seu objetivo realizado, sendo, portanto, legalmente impedido de adentrar em território estrangeiro.

4 A criação da ilegalidade

Nesse aspecto, a definição daquele que é considerado imigrante ilegal é fundamentalmente determinada pelo Estado, pois, como salienta Dauvergne (2008, p. 11), A maneira mais utilizada para se definir a imigração ilegal é a lei do Estado que faz essa contagem. Com esse mé-

todo, muitos podem ser pegos em contravenção e terem o *status* de ilegais.

Essa situação foi agravada nos últimos anos, pois é possível observar que essa não receptividade com relação ao imigrante faz parte de uma política de Estado que, por conta de problemas próprios, na maioria das vezes de origem econômica, não deseja ver em seus quadros um sujeito que ele não considera como seu cidadão, isto é, como alguém que ele tenha obrigação, seja por um Contrato Social, seja por outra forma qualquer de assegurar esse poder, como o da cidadania ativa, de assumir a responsabilidade pela manutenção da dignidade humana do mesmo.

Isso significa que, para o Estado que recebe esse imigrante, o conceito de cidadania passa de uma visão de Direito, liberal em sua essência, para uma visão de identidade comunitária, o que sem dúvida alguma representa um retrocesso do ponto de vista da proteção da pessoa humana.

Joseph Carens (1987, p. 251), um conhecido liberal, assinala que “a cidadania nas democracias liberais ocidentais é o equivalente moderno do privilégio feudal”. A frase com forte impacto, advém da constatação de que a restrição à entrada de pessoas tem como principal objetivo distinguir pessoas de acordo com o seu critério de nacionalidade. Ele destaca as democracias liberais ocidentais, pois estas acabam se tornando o modelo seguido por outros países, que também acabam adotando esse tipo de postura, incoerente com a perspectiva liberal.

Ele ainda salienta que a “restrição à entrada de imigrantes de países menos ricos é moralmente indefensável, uma vez que se trata de preservar privilégios herdados em detrimento da procura de igualdade” (CARENS, 1987, p. 251). Isso se torna mais constrangedor, pois os Estados não possuem capacidade de controlar totalmente essa circulação de pessoas, que muitas vezes ocorre por meios não convencionais, como é o caso dos mexicanos que atravessam a fronteira dos Estados Unidos. Isto ocorre apesar dos riscos dessa empreitada. Mas o fato importante é que essa perspectiva dos Estados acaba gerando no seio de sua população pessoas que não consideradas detentoras de direitos.

Com isso surge uma figura que não é contemplada por direitos, apenas por deveres, pois o Estado que ela deixou não é capaz de exercer a sua tutela em outro terri-

tório e o Estado em que ela se encontra não o considera um cidadão. Encontramos aí o nosso *Homo Sacer*.

5 Documentos internacionais

Isto ocorre apesar de algumas garantias que são dadas aos imigrantes, como a que, por conta da Convenção de Viena sobre relações consulares de 1963, todo o indivíduo possui o direito a uma representação diplomática. Porém, a atuação da mesma é limitada, pois essa atuação se dá em um em outro território que não o seu, o que impede uma atuação mais efetiva desse Estado na defesa de seu nacional. Entretanto, mesmo que essa atuação estatal por meios diplomáticos e consulares fosse bastante efetiva, o que se revela é que um dos motivadores para a saída dos imigrantes de seus países de origem é justamente a falta da atuação estatal em seu favor. De certa forma é difícil imaginar que ao estar no exterior ele conseguiria uma atuação eficaz de seu país em seu favor. Portanto, podemos afirmar que o imigrante que realiza o seu movimento sem a aceitação do local de recepção é um sujeito sem proteção efetiva.

Para tentar solucionar essa questão, a partir, principalmente, do fortalecimento dos Organismos Internacionais, alguns tratados e textos normativos tentam garantir alguns direitos a esse imigrante, pois adentram a questão. Sem dúvida, o primeiro texto a discorrer sobre o tema é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seus artigos XIII, XIV tratam da movimentação de pessoas pelo mundo. O artigo XIII destaca que: 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar.

Porém, como se pode depreender do artigo, a pessoa possui o direito de se movimentar pelo mundo, mas o mesmo não afirma nada sobre a possibilidade de residir em outra localidade. O artigo, ao não discorrer sobre a residência em outro país, resguarda ao Estado uma importância fundamental no debate do tema.

Já o artigo XIV trata especificamente do direito de Asilo, esse que também é um motivador dos movimentos migratórios, dando a pessoa o direito de procurar e de gozar asilo em um outro país. Nesse artigo já percebemos a obrigação dada aos Estados, pois é direito da pessoa o fato gozar desse asilo. Aqui já se percebe que a soberania estatal não é tão absoluta, marcando uma forte posição

em favor das pessoas. No direito de asilo, essa é uma tendência que os textos internacionais demonstram.

Seguindo com os grandes documentos internacionais que dão as linhas mestras dos Direitos Humanos no cenário internacional, podemos destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que em nos artigos 12 e 13 debatem a temática da participação política e das garantias dos imigrantes contra a sua expulsão. O interessante a ser observado aqui é que o texto faz menção expressa ao estrangeiro que se encontra legalmente no território de um outro país, o que nos permite afirmar que esse documento em nada regula a figura do imigrante ilegal.

Outro importante texto a abordar a questão é a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu protocolo que é de 1966. Vale ressaltar que esse texto surge da necessidade de se criar um instrumento jurídico vinculante, de caráter obrigatório, a regular o direito estabelecido na Declaração Universal em seu artigo XIV, pois assim se obtém o comprometimento dos Estados, além de definir os requisitos legais para a concessão do *status* de refugiado a alguém.

Além disso, é importante constatar o fato de que esse Estatuto foi criado rapidamente no cenário da ONU, pois em menos de quatro anos da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, temos um texto com forte desenvolvimento técnico, possuindo várias definições jurídicas e realmente criando um conjunto de obrigações aos Estados-membros.

Nesse sentido, para que isso acontecesse, foi importante o fato de já existir anteriormente no Direito Internacional a figura jurídica do Refugiado. Este já era sujeito de diversos textos normativos anteriores. Com isso, favorece-se o avanço técnico da questão e possibilita-se a velocidade na realização desse Estatuto.

Outro ponto interessante é que o Estatuto consagrou a figura do refugiado, uma das espécies do asilo. Asilo é o termo genérico que possui duas espécies, o asilo político e o estatuto do refugiado. Por isso, não há contradição no fato de assinalarmos que o Estatuto do refugiado especifica a previsão legal sobre o asilo presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XIV. A única diferença essencial entre o asilo e o refúgio é aquela assinalada por Guilherme da Cunha e por Guilherme de Almeida (2008, p. 425), que se refere “ao

âmbito geográfico de sua aplicação. O asilo é um instituto jurídico regional, estando instituído apenas na América Latina, enquanto que o estatuto do Refugiado é aplicado internacionalmente”. Luís Paulo Barreto salienta outras diferenças entre os institutos, mas salienta que a predominância desse instituto ocorre na América, quando destaca que na Europa são

Esporádicos casos de asilo diplomático ainda ocorreram na Europa, nos séculos XIX e XX, em proteção a criminosos políticos, geralmente sob intensos protestos dos países de onde se originavam as perseguições. Isso fez com que o instituto praticamente deixasse de existir no continente. (BARRETO, 2012, p. 2)

O Estatuto dos Refugiados, de alcance global, foi realmente um marco na construção dos Direitos Humanos, pois, além de se constituir em um instrumento de proteção efetiva as pessoas descritas naquela situação, criou um organismo internacional para uma melhor aplicação dos instrumentos previsto no texto, que é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Porém, esse documento não é um instrumento a ser utilizado no caso em questão, que é o das migrações voluntárias, pois, como já diferenciamos, os motivos que levam as pessoas a pedirem Asilo ou Refúgio é uma situação que elas não deram causa, isto é, elas foram obrigadas a deixar os locais aonde viviam.

Nisso reside o primeiro fato que nos impede de afirmar que o Estatuto do Refugiado é um marco regulador nos movimentos migratórios, pois, apesar dele oferecer uma maneira de se retirar a ilegalidade da situação do indivíduo, suas hipóteses são bastante específicas e por isso mesmo atingem uma pequena parcela dos imigrantes ilegais de todo o mundo. A sua força normativa não é empregada a outros sujeitos que não sejam os refugiados.

Não que o número de refugiados seja pequeno, muito pelo contrário, pois como apontam os números do relatório tendências globais de 2009 a população de pessoas forçadas a deslocar devido a conflitos e perseguições no mundo totalizava, ao final de 2009, 43,3 milhões. Entre elas estão 15,2 milhões de refugiados, o que é bastante significativo, 27,1 milhões de deslocados internos e cerca de um milhão de solicitantes de refúgio. A questão fica no tratamento recebido pelo outro indivíduo, o migrante econômico, este que em 2010, segundo números da própria OIM, atingiu a cifra de 214 milhões de pessoas sendo

o número de ilegais entre 40 e 50 milhões³, encontrando-se nos últimos anos do século XX e começo do século XXI em crescimento abrupto.

Esses imigrantes voluntários não foram contemplados com um estatuto tão benéfico e que regulasse tão bem a sua situação, ficando à mercê de normas esparsas e da atuação unilateral dos Estados para os quais ele se dirige. Isso gera situações em que as pessoas não são contempladas na sua dignidade humana pelo simples fato de serem estrangeiros. A regularização passa necessariamente e unicamente pela atuação desse Estado.

Isso não significa dizer que não consideramos esse instrumento bastante importante, fundamental para proteger as pessoas vítimas de perseguição, mas, dentro da realidade moderna, ele é visivelmente insuficiente para responder a questão da imigração ilegal, pelo simples fato de não regular a maior parcela desse movimento.

Além disso, vem se assistindo nos últimos anos uma desconstrução abrupta desse Estatuto, sob a alegação dos países da Europa de que a pressão nas fronteiras se tornou insustentável, pois o número de pedidos para o reconhecimento é muito alto. Esse número elevado de pedidos revelaria, segundo esse discurso, a ilegitimidade e a impertinência desse pedido de asilo. Esses países tentam veicular o argumento de que há, hoje, poucos locais que apresentem uma situação capaz de gerar um pedido de refúgio, o que é uma inverdade.

Essa posição ficou evidente no documento apresentado pela Áustria a União Europeia em 1998, quando afirma a inexistência dos critérios de 1951 para nossa realidade, sugerindo “uma nova abordagem que deixe de ter por base um direito individual e subjetivo, mas se fundamente na oferta política partindo dos Estados que recebam os asilados” (MORICE, 2004).

Trata-se da afirmação de um bordão político europeu, de que muito asilo acaba com o asilo. Percebe-se claramente nessas frases a criação de estigmas sobre a figura do que faz o pedido de asilo, colocando a princípio uma desconfiança sobre a boa-fé daquele que pede o refúgio. Mais interessante ainda de se observar é que essa

³ Vale ressaltar que a referência a esses números é complexa e de difícil comprovação, pois a própria situação de ilegalidade somente permite a realização de projeções.

desconfiança realmente tem marcado a atuação dos Estados na adoção de medidas frente a esse tema.

Observa-se exatamente isso no Comunicado da Comissão Europeia do dia 26 de março de 2003, quando coloca que o

a Comissão reconhece que o sistema de asilo está em crise, cada vez mais aguda em determinados Estados-Membros, e gera um mal-estar crescente na opinião pública. Nota que o abuso dos procedimentos de asilo está a aumentar, da mesma forma que os fluxos migratórios mistos, frequentemente alimentados por tráfico que dizem simultaneamente respeito a pessoas que têm legitimamente necessidade de proteção internacional e a migrantes que recorrem aos procedimentos de asilo para acederem aos Estados-Membros e melhorarem as suas condições de vida.

Isso é absolutamente lamentável, pois generaliza a figura do refugiado com o objetivo de impedir o seu acesso aos territórios.⁴ O que se tem visto são processos longuíssimos para a concessão desse *status*, além da defesa de que essas pessoas podem buscar asilo em locais mais próximos do seu país de origem, ou no próprio país, em um local seguro. Esta opção se deve ao fato desses locais serem mais condizentes com a realidade daquele que está interessado no asilo. O princípio do “não no meu quintal” é o que vem regulando as políticas europeias nessa área.

Outra postura, igualmente inaceitável, é o questionamento do próprio *status* de refugiado, pois em algumas ocasiões, como no da guerra civil da Iugoslávia, países como a França ressuscitaram um argumento que foi utilizado no período de perseguição dos nazistas, alegando que conceder às minorias de Kosovo o *status* de refugiado seria equivalente, nos dizeres de Alain Morice (2004), “a ratificar o fato consumado dos excessos de violência praticados pelos sérvios”. Ele ainda utiliza um documento para corroborar a afirmação feita acima que traz a informação de que

Um telegrama diplomático expedido no dia 12 de abril de 1999 recomendava às embaixadas e delegações francesas que selecionassem cuidadosamente os refugiados, exigindo, principalmente, a existência, na França, de um parente com residência (MORICE, 2004).

Espera-se que o mundo não assista a esse esfacelamento do Direito de Refúgio, pois seria a perda de uma

importante conquista dos Direitos Humanos em favor de uma visão de mundo que encontra na necessidade de controle seletivo da imigração a resposta para os problemas sociais dos países. Caso isso ocorra, o refugiado acabará se encontrando na mesma situação que o imigrante ilegal, isto é, ser um sujeito não contemplado por Direitos.

Porém, essa não deveria ser a situação de nenhum imigrante no mundo, haja vista a existência de uma Convenção que surgiu para regular os movimentos migratórios voluntários. Este texto que é conhecido como a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares, foi estabelecido em 1990 e adotado através da resolução 45/158 da Assembleia Geral da ONU.

Essa convenção é fruto da luta do Comitê Internacional de Direitos Humanos, que em 1986 estabeleceu a Recomendação Geral nº 15, na qual afirma não poder existir diferença ou discriminação entre os nacionais e os estrangeiros no que se refere à aplicação dos direitos humanos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Trata-se de uma convenção bastante extensa, com 93 artigos, divididos em nove partes, os quais são: Seu escopo e definições, o princípio da não discriminação no que diz respeito aos direitos, os direitos humanos de todos os imigrantes, direitos adicionais que devem ser assegurados aos migrantes que estão em situação regular e com documentação, os dispositivos aplicáveis a categorias específicas de migrantes, a proteção por parte dos Estados-parte de condições adequadas, equitativas, humanas e legais para a migração internacional, a aplicação da Convenção, as disposições gerais e as disposições finais.

Já no seu primeiro artigo, a convenção enuncia a proteção de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares de toda a forma de discriminação que possam vir a ser vítimas. No artigo segundo, ela apresenta uma longa lista de trabalhadores também protegidos pela convenção.

Entretanto, sem dúvida alguma, seu artigo mais importante é o quinto, onde são definidos os titulares de direito nela previstos, quais sejam os trabalhadores regulares e irregulares, bem como suas famílias. Assim, além de definir o migrante regular, ele também explicita o conceito de migrante irregular, em contraposição ao primeiro, sendo aquele migrante que não possui a documentação necessária para entrar no país de destino e que,

⁴ Sobre a questão dos fluxos migratórios mistos ver: SILVA, João Carlos Jarochinski, 2011.

por esse motivo, não estão autorizados a lá ingressar, permanecer e trabalhar. Tirando os artigos 36 a 56, específicos dos migrantes legais, os outros artigos contemplam o ilegal com direitos, tentando estabelecer um mínimo de Direitos a essa pessoa, além de buscar retirar as pessoas dessa situação.

Vale ainda destacar como fizeram Medeiros, Mattar e Gonçalves (2008, p. 420) que:

a Convenção estabelece em seu artigo 72 a criação de um órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção. Trata-se de um comitê apto a receber e analisar os relatórios periódicos dos Estados-partes, comunicações interestatais com denúncia de violação a direitos, que serão avaliadas em reuniões fechadas, a fim de evitar problemas diplomáticos entre os Estados, e petições individuais que denunciem a violação a direitos previstos na Convenção por determinado Estado-parte.

Percebe-se claramente que assim, a convenção tenta estabelecer um patamar jurídico mínimo para a figura do imigrante voluntário, seja ele legal ou ilegal. Por esse motivo, ele integra o rol das principais convenções que protegem os direitos humanos no âmbito da ONU.

Essa convenção só conseguiu entrar em vigor mais de 13 anos depois, realçando a posição adotada pelos países, que insistem em não fazer parte de uma convenção que regule o tema, por se contrapor aos interesses nacionais. Em março de 2009 ele contava com apenas 40 ratificações, sendo em sua grande maioria países em que o movimento migratório era predominantemente de emigração.

Aqui reside uma das maiores infelicidades para a humanidade, pois a convenção poderia, dado ao seu teor altamente comprometido com os direitos humanos, ser um importante instrumento de proteção jurídica, só que, devido à baixa adesão, o tratado não tem obtido eficácia no mundo real. Impressiona o fato de que um dos mais importantes instrumentos que articulam Direitos para os seres humanos promovidos no cenário internacional nos últimos 20 anos não consiga se estabelecer. Isso demonstra que o tema não é dos mais confortáveis para serem discutidos entre os países.

Além disso, é bastante sintomático o papel que os atuais órgãos de defesa dos migrantes possuem no texto. A Organização Internacional para as Migrações, em inglês conhecida como IOM e em português com OIM, instituição que foi criada em 1951 sob a sigla Intergover-

mental Committee for European Migration (ICEM) e renomeada, tal como é hoje em 1989, não é contemplada como um foro privilegiado para o recebimento das denúncias, o que demonstra o seu esvaziamento e enfraquecimento. Como coloca Figueiredo (2005, p. 78-79)

ao nível da cooperação institucional, nomeadamente em termos de organizações internacionais, não se verificaram grandes desenvolvimentos para a resolução de conflitos e remoção de barreiras à mobilidade do fator trabalho. A OIM, com um objetivo eminentemente operacional, não desempenhou um papel dinamizador

capaz de regulamentar ou de gerir em nível internacional as migrações, assim como estabelecer termos para o desenvolvimento político do tema.

Tanto que, nesse sentido, só a Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi contemplada pela Convenção dos Trabalhadores Migrantes, pois quando das reuniões do comitê previsto no artigo 72, ela deve ser convidada a apontar representantes para atuar de forma consultiva, como prevê o artigo 77, (8).

Esse papel relevante dado a OIT tem respaldo no fato desse órgão possuir desde 1949 convenções relativas ao trabalho dos migrantes e de ser o principal órgão de discussão internacional na questão mais importante que as imigrações tem levantado no aspecto econômico, que é o emprego. A convenção 97 de 1949, conhecida como a Convenção Relativa ao Trabalho de Migrantes e a convenção 143, de 1975, conhecida como Convenção Sobre Previsões Complementares Relativas a Trabalhadores Migrantes são os dois principais documentos produzidos. Conforme Medeiros, Mattar e Gonçalves (2008, p. 417) salientam, “Ambas, tratam da problemática de imigrantes ilegais e prevêem medidas para erradicar o tráfico e a migração clandestina, sempre com foco na punição de empregadores de trabalhadores ilegais”.

Além dessas Convenções, merece destaque a Recomendação nº 86 da própria OIT que também discute o tema. Portanto, muito antes do tema vir a se tornar efetivamente debatido nos outros órgãos internacionais, a OIT já contemplava o tema em suas reuniões.

Isso é mais um indicativo de que a maioria dos imigrantes que circulam pelo mundo emigra em busca de uma melhor condição de vida, buscando em outras localidades uma oportunidade de trabalho para alcançarem os seus objetivos. Atento a essa realidade, a OIT procurou

equiparar essa figura aos cidadãos nacionais, evitando assim qualquer forma de exploração e de desigualdade para esses imigrantes.

Porém, os textos da OIT são bastante genéricos no tratamento da questão, não impondo aos Estados obrigações específicas para a proteção e melhoria da realidade desses migrantes. Eles não possuem imposições tão claras como aquelas apresentadas no Estatuto dos Refugiados. O que se percebe nas Convenções é que elas fazem uma série de recomendações, como a prestação de serviço de informação, a prestação de serviços médicos e sanitários, a possibilidade de o migrante levar a sua família junto consigo. Essas garantias sempre se apresentam tendo como base o fato deste trabalhador ser, por vontade do Estado que o recebe, legalizado em sua situação jurídica.

Com relação ao trabalhador ilegal, as recomendações, notadamente a última, estabelecem que um dos objetivos dos Estados-membros é o de lutar para suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de imigrantes. Mais uma vez, percebe-se um texto que em nada acrescenta aos trabalhadores ilegais, pois não dá garantia alguma a esse sujeito. Ele simplesmente deve ser evitado. Resta evidente que as convenções propõem uma luta contra aqueles empregadores que fazem uso da mão-de-obra ilegal, mas isso é insuficiente e já é feito pela maioria dos Estados em suas legislações nacionais.

Na verdade, isso só constata a vantagem que os empregadores de trabalhadores ilegais têm ao se utilizarem dessa mão-de-obra. Eles sabem que correm o risco de serem punidos pelo seu Estado, mas, em contrapartida, por empregar um sujeito que não possui garantias, não necessitam recolher os impostos e contribuições sobre esse trabalho; podem oferecer um salário menor dada a condição de necessidade e da aceitação de qualquer oferta por esse trabalhador; e, da impossibilidade deste recorrer aos órgãos governamentais para realizar algum tipo de reclamação. Eles possuem um poder sobre esse imigrante que acaba por incentivá-lo a empregar essa mão-de-obra, não sendo essas punições um verdadeiro impeditivo para essa ilegalidade. Sem dúvida, as vantagens econômicas dessa atitude são bastante tentadoras para um empregador que busca diminuir os seus custos.

Além disso, reside um estranho paradoxo na punição desse empregador, pois quando se descobre esse tipo de condição de trabalho, além da pena imposta ao sujei-

to que contrata essa mão-de-obra ilegal, o próprio empregado é punido, porque ficará sujeito a ser expulso do território em que se encontra pelo fato de não possuir as condições legais necessárias para isso. Isso significa que dizer que o imigrante não vê nenhuma vantagem com a punição de seu patrão, por mais que conheça a situação de exploração em que se encontra.

Ainda assim, vale ressaltar que na recomendação 100 de 1955 a OIT estabelece que:

16. A política geral deveria consistir em dissuadir os trabalhadores de empreender migrações, quando se considerem indesejáveis para os trabalhadores migrantes e para as suas coletividades e países de origem, mediante disposições que permitam melhorar as condições de existência e elevar o nível de vida das regiões onde normalmente partem as migrações.

Realmente, essa recomendação apresenta a solução para o problema da migração clandestina. Assim como afirmamos acima, o movimento migratório é realizado por conta da grave diferença entre os países, que acabam gerando locais privilegiados e carentes no cenário internacional. Porém, o que é expresso no texto é tão óbvio e, ao mesmo tempo tão difícil de ser alcançado, que parece que os membros da OIT não estão conectados a realidade mundial colocando uma afirmação que nada acrescenta em termos normativos.

Vivemos em um sistema econômico que favorece a acumulação, em um mundo onde as relações entre os Estados são assimétricas, onde a desigualdade econômica e social entre as regiões é tamanha que propor algo como o acima transcrito, sem apresentar uma maneira de atingir isso, beira a infantilidade. A OIT deveria apresentar em seus textos instrumentos com capacidade de alterar essa realidade, resguardando o trabalhador e impondo aos Estados uma série de responsabilidades para responder a essas questões. Infelizmente, não é o que se vê. Os seus textos são povoados de boas intenções, de constatações da realidade, mas de nenhuma força normativa para alterar essa realidade.

Não é sem propósito que Figueiredo (2005, p. 79) ao discutir as normas da OIT conclui que:

A OIT, com um trabalho muito pertinente em diversos domínios, nomeadamente de regulação interna do mercado de trabalho, não conseguiu exercer, ao nível da regulação dos fluxos internacionais de trabalho, parâmetros de atuação, de regulação e de liberalização como aqueles conseguidos para o comércio de uma larga maioria de bens.

Mais uma vez se encontra um texto normativo que não responde a contento a questão.

Percebe-se, claramente, que o imigrante que não possui a regularização é um indivíduo abandonado, seja pelo fato acima destacado, de não possuir um Estado que o defenda, seja pelo fato de não existir normas internacionais que o protejam, pois há uma clara afirmação dos critérios de Westfália.

6 Conclusões

São os Estados que definem quem é o seu nacional, com direito à cidadania, e quem é o estrangeiro. Esse último pode, de diversas maneiras, ser aceito por esse Estado e quando não o é, transforma-se em um ilegal.

Portanto, a partir do momento em que um indivíduo empreende um movimento migratório sem ser aceito pelo país de destino, ele se transforma em um sujeito desprovido de cidadania e direitos, sofrendo somente uma atuação negativa por parte desse Estado destino e com a possibilidade mínima de recorrer ao seu país de origem.

Afirmarmos, portanto, que, dentre todos aqueles que hoje migram pelo mundo, sem sombra de dúvida, os imigrantes indocumentados são os que se encontram em pior situação jurídica. Esse imigrante só encontra no Estado onde reside a possibilidade de ser atingido negativamente pela atuação estatal.

Isso demonstra que, apesar dos avanços que os Direitos Humanos obtiveram nos últimos anos, notadamente através da atuação das Organizações Internacionais, o imigrante, dito ilegal, ficou fora dessa cobertura, o que é inaceitável.

Tal ausência se dá pelo fato de os Estados visualizarem, no controle da entrada e da saída de pessoas, um dos mais resistentes marcos da soberania, levando-os a não aceitar uma determinante política nesse tema que não seja de sua autoria, o que impede, diversas vezes, a implementação de direitos para os imigrantes que estão irregulares administrativamente, deixando-os fora da vida política e jurídica. Por esse motivos a afirmação se faz óbvia, o *Homo Sacer* está de volta.

Referência

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BARRETO, Luiz Paulo F. Teles. *Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio*. Disponível em: <[www.migrante.org.br/Asilo %20e%20Refugio%20diferencas.doc](http://www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc)>. Acesso em: 18 maio 2012.

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

CARENS, Joseph H. Aliens and citizens: the case for open borders. *Review of Politics*, Notre Dame, v. 49, p. 251-273, 1987.

CASTELS, Stephen. International migration at the beginning of the twenty- first century: global trends and issues, *International Social Sciences Journal*, Paris, n. 165, p. 269-281, 2000.

CHISWICK, Barry. Are immigrants favorably self-selected?. In: BRETTEL, C.; HOLLIFIELD, J. (Ed.). *Migration theory: talking across disciplines*. London: Routledge, 2000.

DAUVERGNE, Catherine. *Making people illegal: what globalization means for migration and law*. Nova York: Cambridge, 2008.

FIGUEIREDO, Joana Miranda. *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?* 2005. 118 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional)- Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2005.

GLOVER, S. et al. Migration: an economic and social analysis, *The Research, Development and Statistics Directorate: occasional paper*, London, n. 67, p.1-68, 2001.

HOBSBAWN, Eric. *A era do capital: 1848 – 1875*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

KURZ, Robert. Barbárie, migração e guerras de ordenamento mundial. In: SERVIÇO PASTORAL DOS MIGRANTES (Org.). *Travessias na desordem global: fórum social das migrações*. São Paulo: Paulinas, 2005.

MORICE, Alain. O enterro do direito de asilo. *Le Monde Diplomatique*, São Paulo, ano 5, n. 50, mar. 2004. Disponível em: <<http://diplo.dreamhosters.com/2004-03,a886.html>> Acesso em: 12 de maio de 2012.

PIOVESAN, Flavia. *Código internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

SAYAD, Abdelmalek. *A imigração*. São Paulo: Edusp, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?* 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, André; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme (Org.) *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: CLA, 2011.

TORPEY, John. *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*. Cambridge: Cambridge University, 2000.

ZOLBERG, Aristide. The next waves: migration theory for a changing world. *International Migration Review*, Nova York, v. 23, n. 3, p. 403-430, 1989.

**Para publicar na revista
Universitas Relações Internacionais,
entre no endereço eletrônico www.publicacoesacademicas.uniceub.br.
Observe as normas de publicação, facilitando e agilizando o trabalho de edição.**