A PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES MIGRANTES PELO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

PROTECTING MIGRANT WORKERS IN THE UN HUMAN RIGHTS SYSTEM.

Luiz Rosado Costa¹

Ana Paula Martins Amaral²

RESUMO

A partir da década de 1980, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, os migrantes foram tema de uma Declaração e de uma Convenção específicas, que reconheceram que essas pessoas enfrentam problemas peculiares, não mencionados nos tratados gerais de Direitos Humanos. Esta pesquisa descritiva e exploratória, por meio dos métodos bibliográfico e documental, visa, assim, a analisar os principais marcos legais do sistema global de proteção aos direitos humanos sobre migrantes e apontar a necessidade de que o Brasil os incorpore a seu ordenamento jurídico para que se consolide, internacionalmente, seu compromisso com a humanização de sua política migratória.

Palavras-chave: Direitos humanos. Trabalhadores migrantes. Organização da Nações Unidas. Política migratória

ABSTRACT

Since the 1980s, migrants have been the subject of specific Declaration and Convention, in the UN Human Rights System, recognizing that they face particular problems not mentioned in general human rights treaties. This descriptive and exploratory research, through bibliographical and documentary methods, has as objective the analysis of the main legal frameworks of the UN Human Rights System of protection of human rights on migrants and to point out the need for Brazil to incorporate them into its legal system to consolidate internationally its compromise to the humanization of its migratory policy.

Keywords: Human rights. Migrant workers. United Nations Organization. Migration policy.

---

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares pela Escola de Formação Complementar do Exército (EsFCEX) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) Desenvolve atualmente pesquisas na área de direito internacional dos direitos humanos e criminologia crítica. Email: luizrosadocosta@gmail.com

² Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora associada da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) em Campo Grande/MS. Email: anapaulamartinsa@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

As migrações, ainda que voluntárias, *i.e.* —mesmo que não motivadas por perseguições ou graves e generalizadas violações de direitos humanos como nos casos de refúgio —, envolvem, em muitos casos, violações de direitos, tanto no Estado de origem como no de destino dos migrantes. No Estado de origem, violações a direitos econômicos e sociais que geram a exclusão social leva à busca por trabalho e melhores condições de vida em outros países (principalmente do Norte global) e; no Estado de destino, violações pela privação de acesso a direitos básicos, não reconhecidos aos não nacionais que estejam em seu território de forma indocumentada.

Visando a conferir proteção aos direitos das pessoas em deslocamento e sua família, a partir da década de 1980 os trabalhadores migrantes foram tema de documentos protetivos no âmbito do sistema global de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), assim, este trabalho, descritivo e exploratório, por meio dos métodos de pesquisa bibliográfica e documental visa a analisar os direitos humanos dos trabalhadores migrantes e seus familiares previstos no sistema global de proteção, analisando-se seus principais instrumentos jurídicos em vigor.

O artigo inicialmente apresenta o sistema global de proteção dos direitos humanos sobre migrantes para em seguida analisar seus principais marcos legais: a Declaração dos direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que reside e a Convenção Internacional sobre a proteção de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias. Por fim analisa-se a posição do Brasil em relação à Convenção dos trabalhadores migrantes e a importância de sua ratificação.

2 O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRANTES E SEUS MARCOS LEGAIS

As peculiaridades enfrentadas pelos trabalhadores migrantes e seus familiares que se deslocam pelo globo foram enfrentadas pela primeira vez, no âmbito internacional, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) já em 1925, por meio da Convenção nº 19, que

dispõe sobre a igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho³.

No âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, a partir da década de 1980, os migrantes foram tema de uma Declaração e uma Convenção específicas, que reconhecem que essas pessoas enfrentam problemas que lhes são próprios, não mencionados nos tratados gerais de Direitos Humanos.

2.1 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS INDIVÍDUOS QUE NÃO SÃO NACIONAIS DO PAÍS EM QUE RESIDEM

Em 1979 foi preparado um estudo sobre as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos dos não cidadãos dos Estados em que residem para a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU. Nele, concluiu-se que os direitos dos estrangeiros não estavam ainda universalmente protegidos e as normas de direitos humanos então existentes eram insuficientes. Por fim, sugeriu-se no estudo à Comunidade Internacional a aprovação de um projeto de Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, Declaração esta finalmente aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 1985, por meio de sua Resolução 40/144 (ONU, 2002).

Assim, reconheceu-se que os trabalhadores migrantes enfrentam problemas específicos, não mencionados nos tratados gerais de Direitos Humanos.

Elaborada no contexto da preparação de uma Convenção para a proteção dos trabalhadores migrantes que estava sendo discutida no âmbito da ONU no início da década de 1980⁴, a Declaração foi a primeira iniciativa da Assembleia Geral da ONU para regulamentar especificamente os direitos humanos no contexto das migrações internacionais. Ranz (2010, p. 125) destaca que:

A Declaração inclui, pela primeira vez, direitos próprios da pessoa que não encontra em seu país de origem, como direito de transferir, para o exterior, seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar sua própria

---

³ A Convenção nº 19 foi ratificada pelo Brasil apenas em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.

⁴ O grupo de trabalho sobre a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reuniu-se pela primeira vez em 8 de outubro de 1980, finalizou sua primeira versão no outono de 1984 e terminou seu processo em junho de 1990 (BATTISTELLA, 2012, p. 55).

língua, cultura e tradições, ou liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional⁵

México e Marrocos, dois importantes países de origem de fluxos migratórios foram particularmente ativos no nível diplomático para preparar o processo de redação da Declaração e da Convenção: o embaixador mexicano Gomez de Leon foi eleito como presidente do grupo de trabalho que deveria apresentar a primeira versão da Convenção e a marroquina Halima Warzazi foi designada para presidir o grupo de trabalho que esboçou o texto da Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são nacionais do país em que vivem (BOHNING, 1991, p. 701).

O texto da Declaração é breve, com apenas 10 artigos, e fundamenta-se na máxima da proteção do ser humano de forma geral e na concessão de um patamar mínimo de direitos aos migrantes por todos os membros (FARENA, 2012, p. 100) e, assim, reconhece que os direitos humanos e liberdades fundamentais devem ser garantidos também aos migrantes (tratados por ela pelo termo “estrangeiros”⁶).

Do estudo apresentado à Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, preparado em 1979 pela baronesa Elles (ONU, 2002, p. 15), que sugeriu a aprovação de uma Declaração Sobre Os Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, até sua efetiva proclamação pela Assembleia das Nações Unidas em 1985, transcorreram aproximadamente apenas seis anos.

A elaboração e aprovação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, por sua vez, levou uma década — de 1980, quando foi criado o grupo de trabalho encarregado de elaborar a Convenção, até sua aprovação pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia-Geral da ONU. Transcorreram ainda quase 13 anos até que a Convenção entrasse em vigor, em 1º de julho de 2003, após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação.

Essa demora, se comparada à Declaração com a mesma finalidade, decorreu principalmente do caráter obrigatório (*hard law*) da Convenção somado à falta de vontade política dos Estados de assegurar direitos a quem não lhes seja nacional.

---

⁵ Tradução livre de: “La Declaración recoge por primera vez derechos propios de la persona que no se encuentra en su país de origen como el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones o La libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o La misión diplomática del Estado de que sea nacional” (RANZ, 2010, p. 125).

⁶ O art. 1º da Declaração prevê que o termo estrangeiro foi aplicado para designar “toda pessoa que não seja nacional do estado no qual se encontre” (ONU, 1985).

A Declaração Dos Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem tem natureza jurídica de instrumento normativo de *soft law*, configurando-se um manifesto de natureza recomendatória, não vinculante:

A peculiaridade deste texto internacional se manifesta no fato de ser uma resolução da AG [Assembleia Geral] o que implicará as mesmas dificuldades em relação à DUDH: formalmente não se pode considerar uma norma e, portanto, seu valor dependerá de sua aceitação geral e de sua possível inclusão como lei internacional consuetudinária, o que, à primeira vista e dadas as intenções governamentais sobre a questão migratória, não parece que vá acontecer⁷ (RANZ, 2010, p. 125).

Por meio da Convenção da ONU para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias de 1990, buscou-se tornar os direitos previstos pela Declaração como vinculantes, em processo semelhante ao ocorrido com os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 que visavam a assegurar em instrumentos jurídicos de força obrigatória (*hard law*) os direitos previstos pela Declaração Universal de Direitos Humanos:

Conforme a prática internacional, as declarações, em contraposição aos tratados, convenções, pactos e acordos, não têm força jurídica compulsória. Com efeito, a maioria das declarações adotadas pelas Nações Unidas são frequentemente ignoradas por muitos Estados, sem maiores constrangimentos (ALVES, 2015, p. 48).

Ao contrário do que ocorreu com a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração dos direitos indivíduos não nacionais dos países em que residem não teve a mesma aceitação universal com sua gradativa conversão em norma consuetudinária, e ela permanece ainda hoje praticamente desconhecida da comunidade jurídica internacional.

Antes de declarar qualquer direito aos indivíduos não nacionais dos Estados em que residem, a Declaração reconhece os direitos do Estado de fixar suas políticas migratórias e estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros:

Artigo 2º

1. Nada na presente Declaração será interpretado de forma a legitimar a entrada e a presença ilegais de um estrangeiro em qualquer Estado, e **nenhuma disposição será interpretada de forma a restringir o direito de qualquer Estado a promulgar**

⁷ Tradução livre de: “La peculiaridad de este texto internacional se manifiesta por el hecho de ser una resolución de la AG lo que implicará las mismas dificultades que respecto a la DUDH: formalmente no se puede considerarse una norma y, por ende, su valor dependerá de su aceptación generalizada y su posible inclusión como Derecho internacional consuetudinario, lo que, a primera vista y dadas las intenciones gubernamentales en el tema migratorio, no parece que vaya a suceder.

leis e regulamentos relativos à entrada de estrangeiros e aos termos e condições da sua estadia ou a estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros. Porém, tais leis e regulamentos não deverão ser incompatíveis com as obrigações jurídicas internacionais do Estado, incluindo as suas obrigações em matéria de direitos humanos (ONU, 1985, destaque nosso).

O art. 3º estabelece a obrigação de os Estados tornarem públicas as normas que de qualquer forma afetem os estrangeiros e o art. 4º prevê obrigações aos estrangeiros de cumprir a legislação e respeitar os costumes e tradições do Estado onde residam.

Apenas a partir do art. 5º tratam-se dos direitos humanos. Os direitos nele previstos — como vida, segurança pessoal, devido processo legal, igualdade perante o judiciário, planejamento familiar, liberdade de pensamento e religião, direitos culturais e de fazer remessas —, são reconhecidos aos estrangeiros sem que lhes haja qualquer restrição expressa no dispositivo em decorrência do *status* migratório:

1. Os estrangeiros gozarão, em conformidade com o direito interno e sem prejuízo das pertinentes obrigações internacionais do Estado onde se encontrem, em particular, os seguintes direitos:
  - a) O direito à vida e à segurança pessoal; nenhum estrangeiro será sujeito a prisão ou detenção arbitrária; nenhum estrangeiro será privado de liberdade a não ser com os fundamentos e em conformidade com os procedimentos estabelecidos por lei;
  - b) O direito à protecção contra ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência;
  - c) O direito à igualdade perante os tribunais, juízos e todos os outros órgãos e autoridades de administração da justiça e, se necessário, o direito à assistência gratuita de um intérprete nos processos penais e, se estabelecido por lei, em outros processos;
  - d) O direito à escolha do cônjuge, a casar, a constituir família;
  - e) O direito à liberdade de pensamento, opinião, consciência e religião; o direito de manifestar a sua religião ou as suas convicções, sob reserva apenas das restrições estabelecidas por lei e que sejam necessárias para a protecção da segurança, ordem, saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais;
  - f) O direito de conservar a sua própria língua, cultura e tradições.
  - g) O direito de transferir para o estrangeiro os seus rendimentos, poupanças ou outros bens monetários pessoais, sem prejuízo da regulamentação nacional em vigor em matéria de operações monetárias (ONU, 1985).

Maritza Farena (2012, p. 101) destaca que esse art. 5º “pode servir de base para qualquer política migratória nacional, regional ou internacional, prevendo um elenco dos direitos fundamentais dos estrangeiros a serem garantidos pelas legislações nacionais”.

O art. 6º veda a tortura, penas ou tratamentos cruéis ou degradantes e a sujeição de estrangeiros a experimentos médicos ou científicos sem seu consentimento, temas tratados pelo art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (ONU, 1966) e do qual o art. 6º parece ser mera transcrição aplicada aos estrangeiros.

Os arts. 7º e 8º preveem direitos restritos aos estrangeiros que residam legalmente no território do Estado: proteção contra expulsão arbitrária (art. 7º) e direitos sociais como direito a condições de trabalho seguras, salário justo (art. 8º, 1, a); liberdade sindical e de associação (art. 8º, 1, b) e saúde, segurança social e educação (art. 8º, 1, c).

A maioria dos direitos previstos pela Declaração, todavia, podem expressamente ser restritos, conforme previsão do art. 5º, 2; art. 7º e art. 8º, §1, b, por lei nacional que vise “à proteção da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou moral públicas ou dos direitos e liberdades dos demais” (ONU, 1985).

Os direitos sociais, por sua vez, só são garantidos aos que preencham os requisitos de participação previstos em regulamento e desde que “tal não onere excessivamente os recursos do Estado” (ONU, 1985), conforme prevê o art. 8º, §1, c, da Declaração.

A prevalência dos direitos do Estado sobre os dos indivíduos, representada pela excessiva discricionariedade reconhecida ao Estado, que através de critérios vagos e subjetivos pode limitar direitos, reduz o alcance protetivo que poderia ser alcançado pela Declaração para proteção dos migrantes.

Assim, ao atribuir prerrogativas aos Estados que reduzem o alcance dos direitos, a Declaração vai na contramão da humanização do direito internacional, que é o grande objetivo do direito internacional a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos instrumentos protetivos que se seguiram a ela: “não se pode visualizar a humanidade como um sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é que sejam reconhecidos os limites do Estado a partir da ótica da humanidade (TRINDADE, 2006, p. 393)”⁸.

Os direitos humanos são um instrumento de limitação do poder do Estado frente o indivíduo e a Declaração Para Proteção Dos Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem parece inverter essa lógica ao pretender atribuir proteção ao ser humano que vive como estrangeiro desde que essa proteção não afete ou limite o direito/poder do Estado.

2.2 A *CONVENÇÃO* INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS, DE 1990

---

⁸ Tradução livre de: “No se puede visualizar La humanidad como sujeto del Derecho a partir de la óptica del Estado; lo que se impone es reconocerlos limites del Estado a partir de la óptica de La humanidad” (TRINDADE, 2006, p. 393).

Em que pese, conforme mencionado anteriormente, os direitos dos trabalhadores migrantes tenham sido objeto de convenções da OIT — destacando-se a Convenção n. 97, de 1949, sobre trabalhadores migrantes e a Convenção n. 143, de 1975, relativa às migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes —, a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (CPDTM), adotada pela Resolução n. 45/158 da Assembleia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1990, foi a primeira convenção de direitos humanos no âmbito da ONU a tratar especificamente dos trabalhadores migrantes e faz parte do conjunto dos tratados do sistema global que protegem um grupo específico de pessoas particularmente vulnerável, decorrente 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.

A CPDTM, quando comparada com outras Convenções no âmbito da ONU é bastante complexa, possuindo 93 artigos⁹. É dividida em nove partes: depois de a Parte I definir conceitos essenciais à sua interpretação, a II apresenta uma cláusula geral de não discriminação; a Parte III lista os direitos que todos os migrantes, inclusive os indocumentados, devem usufruir; a Parte IV acrescenta direitos específicos dos migrantes regulares e a Parte V prevê direitos específicos de categorias específicas de migrantes (*p.e.* fronteiriços e sazonais); a sexta Parte detalha as obrigações e responsabilidades dos Estados; as Partes VII, VIII e IV, por fim, tratam da aplicação da Convenção e suas possíveis reservas por parte dos Estados.

A Convenção reitera direitos gerais, já previstos em outros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos — como o direito a vida, proibição de tortura e liberdades de opinião e expressão, dentre outros —, traz como seu princípio básico a não discriminação (art. 7) e prevê direitos específicos dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias como, por exemplo:

A vedação de expulsões coletivas (art. 22,1), direito a assistência consular (art. 23); proteção contra destruição de documentos (art. 21); direito a um tratamento não menos

---

⁹A título de exemplo e comparação, a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (onu, 1965) e a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (onu, 1979) têm, respectivamente, 23 e 30 artigos.

favorável que aquele concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de remuneração e outras condições de trabalho (art. 25, I, a) e emprego (art. 25, I, b); igualdade em matéria de segurança social em relação aos nacionais do Estado (art. 27); o direito a uma identidade e nacionalidade (art. 29) e de acesso a educação em condições de igualdade com os nacionais aos filhos dos imigrantes. Os filhos dos imigrantes não poderão ainda ter negado ou limitado o acesso a estabelecimentos públicos de ensino (pré-escolar ou escolar) por motivo da situação migratória irregular de seus pais ou sua própria.

A parte IV da Convenção enuncia um *plus* de direitos restritos aos migrantes e seus familiares que se encontram em situação migratória regular, como os direitos de liberdade de locomoção no Estado de emprego (art. 39), liberdade sindical e de associação (art. 40) e participação política (art.41).

Os Estados-Parte têm ainda o dever de enviar ao Comité para a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, instituído pelo art. 72 da CPDTM, relatórios periódicos sobre a implementação dos direitos previstos pela Convenção. Estes relatórios possibilitam o controle internacional sobre a implementação e respeito aos direitos humanos dos migrantes, o que não ocorre com os direitos previstos apenas no âmbito legal interno.

Apesar de praticamente todos os países serem afetados pela migração internacional, seja como países de origem, trânsito ou destino, a Convenção da ONU de 1990 permanece como o tratado de direitos humanos com o menor número de ratificações.

2.2.1 A tensão soberania e direitos humanos

O debate sobre a proteção dos direitos humanos dos migrantes, principalmente os indocumentados, expõe a tensão entre os direitos deles, enquanto indivíduos, e a prerrogativa conferida aos Estados de determinar quem pode ingressar em seu território e/ou nele permanecer.

A Convenção busca equilibrar essa tensão ao prever significativos direitos aos migrantes indocumentados, mas em menor escala que os conferidos aos migrantes regulares e também ao dispor em seu art. 79 que “nenhuma disposição da presente Convenção afecta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e membros das suas famílias”. Sobre este aspecto da Convenção sintetiza Bosniak (1991, p. 758, tradução nossa) que:

Ao fim, a Convenção acomoda as preocupações conflitantes sobre soberania e direitos humanos ao incorporar ambas substancialmente. Ela contrapõe direitos, que são reduzidos pelos interesses estatais de migração, mas que também são limitados, ainda que minimamente, por direitos¹⁰.

Apesar dessa tentativa de equacionar os direitos humanos individuais dos migrantes com as prerrogativas estatais, prevaleceram, ao fim, os interesses do Estado.

A Convenção traz em si o paradoxo de reconhecer expressamente que a soberania pode limitar direitos humanos nela expressos: “o resultado final foi um instrumento híbrido que ao mesmo tempo é uma sonora declaração de direitos individuais e um manifesto firme em apoio à soberania territorial do estado”¹¹(BOSNIAK, 1991, p. 742, tradução nossa).

Observa-se que essa reserva de poderes ao Estado, expressa nos arts. 35, 42 e 56 da Convenção e feita provavelmente com o intuito de afastar o receio de muitos países em ratificá-la, além de não ter cumprido esse objetivo de ampliar a adesão internacional, limitou bastante o alcance de seus dispositivos protetivos, principalmente em relação aos migrantes indocumentados.

A proteção que a Convenção confere às prerrogativas inerentes à soberania dos Estados dificulta o exercício dos direitos conferidos aos migrantes indocumentados — que são os migrantes em situação de maior vulnerabilidade — que para reivindicá-los ficarão expostos a eventuais sanções ou deportação por conta de sua situação migratória irregular.

Não raro, esses migrantes deixam-se explorar devido a sua situação irregular e o empregador sente-se livre para explorá-lo por essa mesma razão, amparando-se no medo que têm de serem deportados e mantendo-os sob controle com a ameaça de entregá-los às autoridades migratórias. A irregularidade funciona como mordaca e cria uma inversão cruel, pois é o violador de direitos e não a vítima quem se sente mais livre em 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 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).

¹⁰Tradução livre de: “in the end, the Convention accommodates the competing concerns about sovereignty and human rights by substantially incorporating them both. It counter poses rights narrowed by state immigration interests against curtailed – though only minimally – by rights” (BOSNIAK, 1991, p. 758).

¹¹Tradução livre de: “the ultimate result is a hybrid instrument once a ringing declaration of individual rights and a staunch manifesto in support of state territorial sovereignty” (BOSNIAK, 1991, p. 742).

A CPDTM, assim, ao dar prevalência à soberania estatal no controle migratório, deixa sem qualquer proteção contra sanções o indocumentado que revele sua condição migratória para reivindicar os direitos previstos na Convenção. Igualmente, como destacado acima, os empregadores poderão se valer da ameaça de denunciar a irregularidade migratória para dissuadir os indocumentados de reivindicar seus direitos trabalhistas garantidos no art. 25 da CPDTM. O art. 35 da CPDTM, nesta linha, expressamente aduz a inexistência de qualquer imunidade ou anistia ao indocumentado que reivindique seus direitos garantidos pela Convenção:

Nenhuma das disposições da parte III da presente Convenção deve ser interpretada como implicando a regularização da situação dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, ou um qualquer direito a ver regularizada a sua situação, nem como afectando as medidas destinadas a assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na parte VI da presente Convenção (ONU, 1990).

Situação semelhante ocorria na vigência da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) que em seu art. 95 previa que “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis” (BRASIL, 1980), mas vedava em seu art. 38 qualquer possibilidade administrativa de regularização migratória, praticamente inviabilizando a reivindicação de direitos por quem estivesse indocumentado. A nova lei de migração (Lei 13.445/2017) ao estabelecer como princípio da política migratória a “V - promoção de entrada regular e de regularização documental” (BRASIL, 2017) mudou radicalmente esse cenário e tornou-se mais protetiva, nesse aspecto, que a CPDTM.

Assim, quando o Brasil vier a ratificar a Convenção, deverá ser aplicada a disposição da Lei pelo princípio do *prohomine*:

Por força do disposto nos tratados de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos internacional e interno mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma – de origem internacional ou interna – que em cada caso melhor proteja o ser humano (TRINDADE, 2006, p. 413).

De lege ferenda, a fim de garantir maior efetividade aos direitos previstos pela Convenção, sugere-se sua revisão¹² para que seja acrescido dispositivo que garanta que os

¹² A revisão da CPDTM, conforme prevê seu art. 90, pode ser proposta a qualquer momento por via de notificação dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

indocumentados não sejam sancionados com base nas informações obtidas por meio da reivindicação administrativa ou judicial dos direitos previstos na CPDTM.

Assim, a CPDTM deve ser revisada para que efetivamente possa garantir o direito a ter direitos (ARENDR, 1989), no sentido de que os direitos humanos ao invés de fazer concessões à soberania e que reduzem seu alcance, devem desafiá-la, colocando-se acima dela, para que seja alcançada, na prática, a universalidade dos direitos humanos.

3 O BRASIL E A CONVENÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES DA ONU

O Brasil é o único país da América do Sul, junto com a República do Suriname, que não ratificou a CPDTM (ONU, 2016), embora a tenha assinado em 2009. Amorim e Félix (2018, p. 66) destacam que:

Muito embora a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990 não tenha sido ratificada pelo Brasil, temos outras normas (constitucionais e infraconstitucionais) que apresentam valores garantidores de direitos trabalhistas aos migrantes e a seus familiares, porém, a Convenção é norma de direito humano, logo, deve servir de parâmetro para a criação de normas no Brasil

Visando a humanizar a política migratória brasileira, bastante restritiva durante a vigência da Lei 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro, o Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução Normativa nº 108 que trata da “concessão de visto temporário ou permanente e permanência definitiva a título de reunião familiar”, havendo que se destacar que a resolução permite que o visto seja concedido a cônjuge ou companheiro(a) independente de sexo. Com esta resolução normativa, o CNIg visou a assegurar o direito de reunificação familiar, previsto no art. 44, 2 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990 da ONU, ainda não ratificada pelo Brasil.

A Lei 13.445/2017, que entrou em vigor em 21 de novembro de 2017 e instituiu a lei de migração em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, garante o direito à reunião familiar (art. 3º, VIII) e prevê a concessão de visto para esta hipótese (art. 14, I, i).

O caso do visto de unificação familiar, ilustra que embora a Convenção ainda não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro exerceu influência no processo de humanização da política migratória brasileira que tinha como principal marco legal, até a entrada em vigor da

Lei 13.445/2017, a Lei 6.815/1980, elaborada sob a lógica de um Estado policial e em contradição com a ordem constitucional democrática fundada pela Constituição de 1988.

A Lei 13.445/2017 avançou bastante no campo dos direitos humanos em relação à legislação anterior ao lograr trazer as migrações internacionais do campo de discussão e política de segurança nacional para o de direitos humanos ao reconhecer o migrante como sujeito de direitos.

Apesar de ter dado um importante passo nesse caminho, com a assinatura da CPDTM em 2009 e a aprovação e entrada em vigor da Lei 13.445/2017, é importante que o Brasil assumira frente à comunidade internacional o compromisso de assegurar os direitos humanos dos migrantes, o que os dotará de uma maior justiciabilidade e demonstrará um maior compromisso do Estado brasileiro na proteção desses direitos, inclusive mediante o dever de “prestar contas” de suas ações no campo da humanização da política migratória através de relatórios periódicos ao Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias:

Ter aceitado se submeter à revisão de uma “autoridade” internacional é, sem dúvida, um fator que pressiona, com importância variável, a favor do cumprimento de ditas obrigações. Ao ratificar a Convenção, os países expõem-se deliberadamente ao escrutínio, externo e interno, nesta área (ALBA, 2008, p. 57)¹³.

A ratificação da CPDTM pelo Estado brasileiro beneficiará não só aos estrangeiros que escolham o Brasil para viver, mas também aos brasileiros que optem por emigrar: a Convenção prevê direitos dos trabalhadores migrantes nos países de trânsito, chegada e de origem (antes da partida do migrante) e neste aspecto é mais abrangente que a nova Lei de Migração em vigor, que em embora preveja em seu capítulo VII políticas públicas para os emigrantes, não prevê obrigações ao Estado brasileiro na fase preparatória para a migração.

A ratificação da CPDTM ainda, por força do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, conferiria um regime jurídico-constitucional diferenciado à proteção dos direitos dos migrantes, elevando-os à condição de direitos e garantias fundamentais extravagantes (SGARBOSSA, 2008) e a CPDTM, assim, serviria como parâmetro para controle de convencionalidade:

---

¹³ Tradução livre de: “Haber aceptado el someterse a La revisión de una ‘autoridad’ internacional es, indudablemente, un factor que pressiona, con importancia variable, en favor del cumplimiento de dichas obligaciones. Al ratificar La Convención los países se exponen deliberadamente al escrutinio exterior, y al interior, em este ámbito” (ALBA, 2008, p. 57).

À medida que os tratados de direitos humanos ou são **materialmente** constitucionais (art. 5º, §2º, CF) ou **material e formalmente** constitucionais (art. 5º, §3º, CF/1988), é lícito entender que, para além do clássico **controle de constitucionalidade**, deve ainda existir (doravante) um **controle de convencionalidade** das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013, destaques no original).

Ainda que assim não se considere, na esteira da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal¹⁴ que atribui aos tratados de direitos humanos *status* supralegal (estão acima das leis, mas abaixo da Constituição), a CPDTM serviria ainda para o controle de legalidade. Neste sentido, a própria CPDTM, em seu art. 84 prevê que “cada Estado Parte deverá se comprometer a adotar todas as medidas legislativas e outras que se afigurem necessárias à aplicação da Convenção” (ONU, 1990).

Em suma, a ratificação da CPDTM — mormente se realizada nos moldes do §3º do art. 5º da CF/1988 — pelo Brasil mostrará seu firme compromisso, perante a comunidade internacional, com a humanização de sua política migratória, que já foi iniciada, no âmbito interno, com a aprovação e entrada em vigor da Lei 13.445/2017.

4 CONCLUSÃO

No sistema global de proteção dos direitos humanos, as migrações internacionais foram objeto de preocupação da ONU a partir da década de 1980, quando os migrantes foram tema de uma Declaração e uma Convenção específicas. Esses documentos jurídicos, todavia, tentam equacionar a tensão entre a soberania e os direitos humanos, mas prevalecem em seus textos a prerrogativa estatal de determinar quem pode ingressar e permanecer em seu território. Apesar disso, são importantes instrumentos que reconhecem, no âmbito global, importantes direitos que são peculiares ao contexto das migrações internacionais.

A *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias* é a convenção de direitos humanos no âmbito da ONU com o menor número de ratificações por parte de seus Estados-membros e a grande maioria de seus signatários é composta por países apenas de origem de fluxos migratórios, o que retrata a falta de interesse político da comunidade internacional em efetivar os direitos dos migrantes.

---

¹⁴ Cf. RE 466.343-SP e HC 87.585-TO.

O Brasil, embora seja país de origem, destino e trânsito de migrantes, não é signatário da Convenção da ONU sobre os trabalhadores migrantes, nem da Convenção 143 da OIT, assim, conclui-se que para que se consolide o compromisso com a humanização de sua política migratória no âmbito externo, assumido no âmbito interno com a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, são necessárias as ratificações da Convenção da ONU sobre os trabalhadores migrantes de 1990 e a Convenção 143 da OIT, principalmente se realizadas de acordo com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

5 REFERÊNCIAS

ALBA, Francisco. El papel de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos em La salvaguardia de los mismos. El caso de La convención internacional sobre los derechos de los trabajadores inmigrantes. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, vol. 16, n. 31, 2008. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/93>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

AMORIM, Antônio Leonardo; FÉLIX, Ynes da Silva. Garantia de direitos humanos e sociais dos trabalhadores migrantes no Brasil. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIII, v. 27, n. 3, p. 65-86, set/dez. 2018

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOHNING, Roger. The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: the past and the future. *International Migration Review*, 1991. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2546841>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 678-709.

BOSNIAK, Linda S. Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention. *The International Migration Review*, Vol. 25, n. 4, Special Issue, 1991). Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2546843?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 01 fev. 2018. p. 737-770.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von et. al. [orgs.]. *Estudos avançados de direitos humanos: direitos humanos, democracia e integração jurídica, a emergência de um novo direito público*. São Paulo: Elsevier, 2013. Livro digital.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os direitos dos trabalhadores migrantes* [Ficha Informativa n° 24]. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2002. *United Nations treaty collection*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*, adotada pela Resolução 45/158 da Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2016.

_____. *Declaração sobre os direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem*, adotada pela Assembléia Geral em sua resolução 40/144, de 13 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugia-dos-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-os-direitos-humanos-dos-individuos-que-nao-sao-nacionais-do-pais-em-que-vivem.html>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

RANZ, Susana Rodera. La labor de La Organización de las Naciones Unidas en La protección internacional de los derechos humanos de los migrantes em situación irregular: de La Declaración Universal de Derechos Humanos a La Convención sobre los derechos de los trabajadores migrat6rios. In: SANCHO, Ángel G. Chueca (org.). *Derechos humanos, inmigrantes em situac6n irregular y Uni6n Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 113-134.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. *Trabalho e imigrao: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo, SP: LTr, 2012.

TRINDADE, Ant6nio Augusto Cançado. *A humanizao do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Submetido em 25.04.2019

Aceito em 23.03.2020