

# TRABALHO, IMIGRAÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

## LABOR, IMMIGRATION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

*Vanessa Oliveira Batista<sup>1</sup>*  
*Carolina Genovez Parreira<sup>2</sup>*

**Resumo:** O deslocamento de grandes contingentes de pessoas de um país para outro sempre existiu, embora, nas últimas décadas, esses fluxos migratórios tenham se intensificado de forma nunca antes vista e vem crescendo cada vez mais. Diversos tratados e acordos internacionais dispõem sobre os direitos dos imigrantes, inclusive, convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que versam sobre todos os direitos que devem ser garantidos para os trabalhadores imigrantes. Nesse âmbito, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar o fenômeno da imigração e sua proteção jurídica em âmbito internacional, especialmente no que se refere aos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes, seja eles regulares ou irregulares.

Palavras Chaves: Imigração; Trabalho; Direitos Humanos.

**Abstract:** The displacement of large numbers of people from one country to another has always existed, though in recent decades, these migration flows have intensified in ways never seen before and is growing ever more. There are several international treaties and agreements on the rights of this population, including conventions of the International Labor Organization that deal with the rights that should be guaranteed to the immigrant worker. In this context, the present work has as main objective to analyze the phenomenon of immigration and its legal protection at the international level, especially regarding the human rights of the immigrant workers, be they regular or irregular.

Keywords: Immigration; Labor; Human Rights.

---

<sup>1</sup> Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Pesquisadora do CNPq; Coordenadora do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ.

## Introdução

A migração é um fenômeno complexo que sempre existiu no mundo, embora suas características, suas causas e consequências tenham mudado com o decorrer do tempo. Entretanto, a questão migratória se encontra em grande ascensão nas últimas décadas, principalmente a partir do período pós Segunda Guerra Mundial, quando os fluxos se intensificaram de maneira nunca antes vista.

Embora a imigração seja um problema mundial que ultrapassa as fronteiras dos países, existem, hoje, poucas convenções e tratados internacionais sobre o fenômeno.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os instrumentos internacionais que versam sobre os direitos dos imigrantes, incluindo os tratados da Organização Mundial do Trabalho (OIT) e a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que dispõe sobre a proteção do trabalhador imigrante. Para tanto, utilizaremos a revisão bibliográfica e de normas jurídicas internacionais sobre a temática.

## Fluxos Migratórios

Desde sempre o impulso migratório humano tem sido determinado por fatores diversos, como cataclismos naturais, invasões colonizadoras e migrações forçadas, sendo as duas últimas as mais violentas e cruéis, gerando a decadência de civilizações e a escravidão. Os tratados internacionais que cuidam da proteção dos *refugiados e dos imigrantes* são tratados internacionais de direitos humanos. Quando nos referimos ao deslocamento de grandes contingentes de pessoas um país para outro, estamos nos referindo ao fenômeno migratório. A fuga de seres humanos de guerras; perseguições políticas, raciais, religiosas; ou de desastres ambientais provocados pelo homem ou por cataclismos naturais, é o que caracteriza as *migrações forçadas ou involuntárias*. A chamada *migração voluntária*, da qual nos ocuparemos aqui, ocorre quando o deslocamento se dá com vistas a melhores condições de vida, muitas vezes impulsionado pela busca por mais oportunidades de trabalho.

Ambas as categorias de migrantes estão protegidas por instrumentos internacionais. A migração internacional **involuntária** encontra proteção em documentos internacionais específicos e na ação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, estando as normas internacionais referentes a esses fluxos migratórios distribuídas especialmente em três vertentes da proteção internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário. Quanto à

migração internacional **voluntária**, esta está protegida por tratados e resoluções da Assembleia Geral da ONU.

As migrações focalizadas nos aspectos econômico e político são um fenômeno do mundo moderno e se relacionam diretamente com os postulados do liberalismo, adotados a partir do século XIX. No entanto, apesar de diversos pontos da teoria liberal terem seguido seu curso, o mesmo não se deu com a questão migratória. O que era liberdade de ir e vir passou a ser alvo de uma série de restrições legais, pois as variadas crises pelas quais passou o mundo levaram os governos a interpretar as migrações, por muitas vezes, como fatores de desestabilização econômica e/ou política<sup>3</sup>.

No mundo contemporâneo, marcado por mudanças radicais e profundas, com uma crescente expansão econômica e inovações tecnológicas de toda ordem, em especial nas áreas de comunicação e transportes, observa-se um grande contingente populacional se deslocando interna e internacionalmente, o que implica na urgente tarefa de confrontar os fatos com o direito, a fim de se executar soluções políticas que tragam resultados positivos tanto para os estados quanto para os seres humanos.

Os Estados mais preocupados com a questão migratória são exatamente aqueles da Europa Ocidental e da América do Norte, os países do Norte, ou seja, os chamados “países centrais”. O que vemos ao analisar os fluxos migratórios contemporâneos, é que as sociedades tradicionalmente nômades que ainda sobrevivem são tidas como marginais<sup>4</sup> e, pela primeira vez na História, os fluxos migratórios assumem um lugar de destaque entre os problemas internacionais. Outrossim, os critérios históricos de determinação de nacionalidade (*ius sanguinis* e *ius solis*), já demonstram não ser suficientes para avaliar a pertença de um indivíduo a um determinado território. A supressão de fronteiras em alguns territórios, como a União Europeia, por exemplo, levanta suspeitas sobre a validade dos modelos nacionais de aquisição de cidadania.

Ou seja, a migração, que sempre foi um elemento básico da condição humana, hoje reflete questões individuais e coletivas que colocam à prova o próprio funcionamento do Estado. A relação entre a migração e o fato de se pertencer a um determinado Estado é ambígua, pois temos, de um lado, o encorajamento para que o indivíduo exerça sua liberdade de ir e vir, o que é um dado histórico que acompanha o conceito de domicílio desde a

---

<sup>3</sup> Para uma história mais completa das migrações, conferir CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana. A Circulação Internacional de Pessoas**. 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 15-27.

<sup>4</sup> E.g. ciganos do leste europeu, índios sul-americanos ou tuaregs saarianos.

formação do Estado moderno; por outro lado, pertencer a um Estado significa também uma estreita conexão com o território e as pessoas sob controle de determinado poder estatal. A questão das migrações envolve, portanto, a perda tanto do vínculo do indivíduo com o Estado, quanto com sua comunidade política original.

Não se trata aqui, portanto, da simples transferência de uma comunidade política para outra, mas de todo um processo de inclusão e aceitação em outro território e no seio de outra comunidade política, nem sempre receptiva ou disposta a aceitar novos membros em suas atividades econômicas, políticas, sociais, culturais, etc. Assim, embora haja nos textos internacionais e nas constituições contemporâneas a promessa de igualdade jurídica e de democracia republicana, a ausência de uma ligação formal da pessoa (como a aquisição da nacionalidade ou o estatuto de refugiado, por exemplo) ao território no qual escolheu viver, ou foi forçado a se instalar, pode lhe negar qualquer sentido de cidadania e, portanto, capacidade de participar de qualquer forma positivada de democracia no país de acolhida (PREUSS, 2008, p. 317-319).

A ONU estima que aproximadamente 2,5% da população mundial (em torno de 150 milhões de pessoas) é formada por imigrantes, ademais dos 12 milhões de refugiados contabilizados no mundo. Porém, ao definir a tensão entre a transitoriedade e permanência que rondam o imigrante, Abdelmalek Sayad alerta para o seguinte fato: *de direito*, a situação do imigrante é eminentemente provisória; por outro lado, o Estado sempre procura desmentir esse fato, insistindo na possibilidade de instalação dos imigrantes de forma duradoura, como *imigrante!* Para o autor, é como se a imigração precisasse, para se perpetuar, negar a si mesma, ignorando-se como provisória e não se confessando como definitiva (SAYAD, 1998, p. 45-46).

Na verdade, essa contradição fundamental é inerente ao fenômeno migratório. Os próprios imigrantes têm interesse nessa situação, pois ao adentrarem numa sociedade que não é a sua originariamente, lidam com a possibilidade de retornarem ao lugar a que pertencem. Suas comunidades de origem tampouco aceitam sua partida definitiva, lidando com sua ausência “temporária” sem aceitar que pode ser para sempre. E, finalmente, as comunidades de destino, apesar de prepararem para o imigrante um estatuto que o mantém em caráter provisório - muitas vezes como se ele fosse apenas tolerado, negando-lhe a possibilidade de reconhecer sua situação como permanente - permite que o imigrante seja tratado, quando lhe interessa, como se o provisório pudesse durar indefinidamente.

A questão reside basicamente, no mundo contemporâneo, na expansão econômica, na necessidade de mão-de-obra permanente em grande quantidade, baseada, muitas vezes, na imigração. Empregadores, poder público, partidos políticos e sindicatos, por longo período, entenderam que os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais sobre imigração eram tranquilizadores, pois viam no imigrante a possibilidade de crescimento econômico e correção dos dados demográficos. Com isso, os imigrantes, ainda que relegados aos níveis inferiores da escala social, obtiveram, por décadas um estatuto “permanente mas provisório”, seja por sua utilidade econômica e social, no primeiro caso, seja por se estimar, no segundo caso, que trazem um “custo social” elevado ao impor sua presença à sociedade (SAYAD, 1998, p. 47).

Diante desse quadro de contradições, os imigrantes se habituaram a reivindicar, de forma muitas vezes extremada, seus direitos em plano integral, não apenas os direitos trabalhistas, parciais e, frequentemente, incompletos. Esse fato levou a uma inversão da contabilidade: imigração e imigrantes só são tolerados, na prática, quando, no balanço entre custos e lucros, vantagens e desvantagens, se apresenta um saldo positivo, qual seja, a imigração só deve apresentar “vantagens”, especialmente as econômicas, sendo que as “desvantagens” (custo social e cultural) devem ser evitadas a qualquer preço. Dessa forma, a regulamentação da imigração tem um claro objetivo, embora este jamais seja revelado: impor a definição de imigrante que precisa ser constituída em função das necessidades de cada momento, de cada circunstância, mudando constantemente ao sabor do momento e das oscilações de população.

Pode-se analisar a questão migratória por meio de três principais pontos de vista. O *viés social* diz respeito às diversas ações de integração e adaptação do imigrante em seu novo país. O *viés político* abrange os acordos de mão-de-obra, as convenções bilaterais entre os países de emigração, que tratam das condições de entrada, de estadia, de trabalho, e que se definem conforme as diferentes relações de força existentes na política internacional (um acordo entre Brasil e Argentina, por exemplo, não terá as mesmas regras que aquele celebrado entre Brasil e Estados Unidos). O *viés jurídico* da questão migratória se relaciona com os direitos que devem ser reconhecidos ao imigrante, ao lugar em que ele vai trabalhar, residir, aos direitos de nacionalidade.

Dentro desse concerto, a “política de imigração” torna-se mais evidente em contextos de crise econômica, desempregos e dificuldades, pois lançam-se sobre ela as luzes, a fim de orientar a imigração no sentido dos interesses materiais e simbólicos que lhe são atribuídos. Os diversos discursos que são construídos em tempos de crise são discursos voltados para a

imigração, atingem-na diretamente, como numa relação direta de causa-efeito, em que a imigração é pretexto para práticas e decisões administrativas (como maior rigor nas fiscalizações, concessão de vistos de trabalho e concessão de “auxílios para o retorno”); e para justificar o endurecimento de textos legislativos que tratem da entrada e estadia de imigrantes. O objetivo é lembrar aos imigrantes que são trabalhadores tolerados provisoriamente e retomar a definição “adequada” de imigrante.

Nessa lógica, *o que é um imigrante?* Para Abdelmalek Sayad, na sua essência, o imigrante é uma “*força de trabalho provisória, temporária, em trânsito*”, cuja condição é revogável a qualquer tempo (SAYAD, 1998, p. 54-55). O trabalho é o salvo conduto do imigrante, estando sua estadia condicionada a ele, ou seja, sem trabalho, não há imigrante. Porém, não se trata de qualquer trabalho, mas daquele em cujo mercado há lugar para o imigrante. Imigrante desempregado não pode permanecer na condição de imigrante, portanto. A possibilidade de um estrangeiro se estabelecer em solo alheio só ocorre em sua relação estreita com o mercado de trabalho.

A condição de imigrante é uma condição social, enquanto a definição de estrangeiro é um termo jurídico (SAYAD, 1998, p. 243). Não por acaso, Sayad argumenta acerca do “paradoxo da imigração”, que traz em si três ilusões: a da provisoriedade; a da legitimação da presença por meio do trabalho; e a da neutralidade política. Essas ilusões alimentadas pelos imigrantes fazem com que ele viva como “estrangeiro”, sustentado por ficções como a do *retorno*, que muitas vezes se torna impossível; e a da *naturalização*, que muitas vezes é embaraçada por questões políticas, sociais e culturais (SAYAD, 1998, p. 19-20). Assim, há uma constante dualidade na situação do imigrante, que se manifesta numa “lógica da exclusão”, segundo a qual, a fim de tentar preservar sua identidade, o imigrante “*exclui a si mesmo antes de ser excluído e também para não ser excluído*” (SAYAD, 1998, p. 269).

## **A Imigração e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**

É a partir dessas reflexões que deve ser abordado o histórico da regulamentação jurídica das migrações, no recorte cronológico do século XX, levando-se em consideração que essa regulação evoluiu ou retrocedeu ao sabor das transformações econômicas e das variações dos interesses dos países que dominaram o cenário internacional ao longo desse tempo. Deve-se, ainda, considerar a globalização, envolta no espírito capitalista, que molda e contextualiza o regime jurídico das migrações. Entretanto, cabe ressaltar que cabe ao direito,

especialmente, buscar conjugar os fatores econômicos com a prevalência dos direitos humanos.

A problematização do fenômeno migratório, da forma como vivenciamos no mundo contemporâneo é posterior à descolonização africana e asiática, quando os antigos colonizados passaram a migrar para os países ex-colonizadores na Europa. O direito internacional só se ocupava, até então, da discussão acerca dos limites da soberania, ficando a polêmica sobre os direitos dos estrangeiros e imigrantes restrita à seara da filosofia, que se ocupava em construir um “direito cosmopolita”, como se percebe nos textos de Francisco de la Vitoria e, posteriormente, de Kant, em seu livro sobre a paz perpétua. Não por acaso, o pensamento europeu contemporâneo retomou essa discussão recentemente, potencializando o discurso kantiano ao atribuir a organizações internacionais como a ONU e a União Européia o papel de organismos preferenciais para a defesa da paz e dos direitos humanos<sup>5</sup>.

Destarte, o debate jurídico se limitou a tentar conciliar a antinomia entre o *individual* (liberdade de ir e vir) e o *coletivo* (representado pelo interesse público consagrado na soberania do Estado) (CAVARZERE, 2001, p. 44). No início do século XX, muitos países reconheceram a preponderância da liberdade individual sobre o interesse coletivo, sendo que alguns países, dentre eles o Brasil, chegaram a abolir o uso de passaporte. Depois da Primeira Grande Guerra, no entanto, novamente começou a ter mais peso a questão da soberania nacional, baseada no fato de que os Estados podem regulamentar a admissão e expulsão de estrangeiros, de acordo com sua conveniência. Para evitar o “conflito de soberania” entre os Estados, o tema do direito internacional passou a ser *soberania interna vs. comunidade das nações* (CAVARZERE, 2001, p. 49). Nesse diapasão, as normas sobre admissão de estrangeiros passaram a ser adotadas, mesmo que com limites, a fim de não se ofender a soberania de outro Estado soberano.

A Primeira Grande Guerra terminou por consolidar, no direito internacional, a utilização de figuras jurídicas como o passaporte; os vistos de entrada, permanência e saída para estrangeiros; as taxas alfandegárias; as restrições à imigração. Os tratados internacionais sobre a circulação de pessoas começaram a surgir, tendo como objetivo selar acordos bilaterais que estabelecessem regras mais flexíveis em casos determinados que envolvessem os novos temas dessa agenda internacional.

---

<sup>5</sup> Dentre os pensadores contemporâneos que discutem a questão do direito cosmopolita destacamos HABERMAS, BENHABIB, DE GREIFF E ZOLO.

Considerando a importância econômica da movimentação de pessoas depois da Segunda Grande Guerra, especialmente para o setor do Turismo, em 1963 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Turismo e Viagens Internacionais. Seu principal objetivo era liberalizar os deslocamentos temporários de pessoas. A definição de *turista*<sup>6</sup> adotada na Conferência levava à redução das formalidades fronteiriças no que dizia respeito à circulação turística temporária (CAVARZERE, 2001, p. 58-59). A União Europeia potencializou essa rigidez no controle de fronteiras a partir dos anos 1990, por meio dos acordos que consagram a liberdade de circulação dos indivíduos no espaço comunitário sem, no entanto, extinguir o controle nas fronteiras exteriores.

Nos tempos atuais, a liberdade de circulação não mais coincide com o direito à imigração, que compreende a liberdade de assentamento em outro país. Se aumenta o direito de ir e vir, diminui o direito de permanecer, o que muitas vezes, e em muitos lugares, vem sendo confundido com atos de discriminação contra estrangeiros a partir de sua origem nacional, renda ou identidade étnica (LOPES, 2009, p.222).

A normativa internacional de proteção dos direitos do imigrante voluntário é composta por vários instrumentos internacionais e por resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas<sup>7</sup>.

Deve-se frisar que não há uma regulamentação do *direito a imigrar*, pois o que ele envolveria abrange um conjunto de interesses que abrigam os direitos humanos, a paz internacional, a reciprocidade entre os países; mas que abarcam também a prevenção da concorrência desleal entre os Estados. Em relação aos primeiros, no âmbito internacional, está presente a Organização das Nações Unidas (ONU). Para tratar do segundo assunto, que incide diretamente na questão trabalhista, opera a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As Conferências Mundiais das Nações Unidas trazem dispositivos aplicáveis aos migrantes indocumentados, dado seu grau de vulnerabilidade e à categoria de direito que protegem. Para compor um quadro legislativo da proteção ao migrante há o *Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento* (Cairo 1994) e seu

---

<sup>6</sup> Turista é todo o visitante que se desloca voluntariamente por um período de tempo igual ou superior a vinte e quatro horas para local diferente da sua residência e do seu trabalho sem que esta tenha como motivo a obtenção de lucro

<sup>7</sup> Resoluções A-RES 54/158, A-RES 55/275 e A-RES 54/180 e A-RES 54/212 (Migração Internacional e Desenvolvimento, de 1º de fevereiro de 2000).

informe<sup>8</sup>; e a *Declaração e Programa da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância* (Durban, 2001)<sup>9</sup>. Entretanto, podem ser destacados três documentos como marcos no estágio atual do direito internacional das migrações: *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948 e a *Convenção da ONU para Proteção dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares*, de 1990.

No que concerne à Organização Internacional do Trabalho (OIT), esta se tornou a primeira agência da ONU, em 1946, mas foi criada em 1919, quando terminou a Primeira Grande Guerra, na Conferência da Paz, cujo resultado foi o Tratado de Versalhes, que trazia em seu preâmbulo a afirmação de que as condições de trabalho justas deveriam ser objeto de proteção internacional. A justificativa de um órgão dessa natureza era a de que a paz só poderia ser alcançada através da justiça social, como consta dos *considerandos* da Constituição da OIT, que diz expressamente que a ordem jurídica internacional deve estabelecer direitos mínimos aos trabalhadores, para garantir sua dignidade e, assim, resolver diversos problemas mundiais, como a imigração indesejada, haja vista que demonstra preocupação específica com os trabalhadores empregados no estrangeiro<sup>10</sup>.

Efetivamente, nos primeiros momentos posteriores à sua fundação, a OIT se ocupou de questões migratórias, tendo estabelecido duas Convenções Internacionais, a n° 19 e a n° 97, anteriores à Declaração Universal. Em 1975 retorna ao tema, com a Convenção 143. Embora atualmente as normas internacionais acordadas na OIT sejam pouco operacionais, em função de mudanças no modo de produção global, a normativa que aborda a imigração continua em vigor, mesmo que se perceba permanente tensão entre os países de origem dos imigrantes (empobrecidos ou em situação crítica) e os de destino (países desenvolvidos e mais poderosos no plano internacional).

---

<sup>8</sup> No contexto do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, destacam-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

<sup>9</sup> No sistema interamericano, no que respeita à imigração, é relevante nomear o voto do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade na Opinião consultiva OC-18/03, p. 08, parágrafo 22: “*Cabe, además, subrayar que el denominador común del ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX ha sido precisamente la atención especial dedicada a las condiciones de vida de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección, los cuales incluyen ciertamente los migrantes indocumentados), de ahí resultando el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo. En la presente Opinión Consultiva n. 18, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta los documentos finales de dos de aquellas Conferencias (párrs. 116 y 164), a saber, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994), y la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001).*”

<sup>10</sup> Ver terceira consideração do preâmbulo da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/english/iloconst.htm#annex> . Acesso em 22 de abril de 2011.

Em seu acervo normativo quanto à imigração, ressaltam-se:

- A *Convenção nº19* da OIT, de 1925 - trata da igualdade de tratamento devida aos trabalhadores estrangeiros e nacionais em caso de acidentes de trabalho, obrigando os países membros da OIT em matéria de indenizações. Ratificada por 120 países, mas sua implementação não é simples, pois os serviços de saúde não são sempre preparados para esse tipo de situação e o problema da imigração irregular acarreta dificuldades administrativas, afastando o trabalhador indocumentado da prestação desses serviços. Isto sem contar que em alguns países, como os Estados Unidos, os hospitais são estimulados a comunicar atendimento aos “imigrantes ilegais”.

- a *Convenção nº97* da OIT, de 1939, revista em 08/06/1949 - se dirige ao “trabalhador imigrante”, definindo-o como aquele que “emigra de um país para outro com vistas a ocupar um emprego que não seja por conta própria” (art. 11). Desta forma, dessa classificação estão excluídos os trabalhadores fronteiriços, os artistas, profissionais liberais e trabalhadores marítimos. Trata exclusivamente da imigração legal, prevendo punições, nos anexos I (art. 8) e II (art. 13), para a imigração clandestina. O documento aponta para a necessidade de negociação entre os Estados para regular o fluxo internacional de trabalhadores;

- a *Convenção nº143* da OIT, de 04/06/1975 - enfrenta o problema das imigrações irregulares, afirmando a necessidade de se *regularizar o trabalhador em situação ilegal*. Na Convenção estão previstas punições para os traficantes de mão-de-obra e para os empregadores que admitem as condições ilegais, prevendo a colaboração internacional para que as sanções sejam efetivas. A primeira é relativa às migrações em condições abusivas e à necessidade de respeitar os direitos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes, inclusive daqueles que tiverem perdido seus empregos ou estiverem em condições irregulares; e a segunda trata da igualdade de tratamento, com base nos princípios contidos na Convenção nº. 111, que se pauta pela igualdade de condições, de acesso e de manutenção ao emprego aos trabalhadores migrantes e suas famílias.

- e a *Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, de 1998.

No âmbito geral da ONU, a DUDH estabelece em seu artigo 13.1 o *direito de circulação dentro de determinado estado*, e o artigo 13.2, consagra o *direito de circulação do indivíduo no espaço internacional*. Não se reconhece, entretanto, o direito do indivíduo se estabelecer em país diverso daquele de sua nacionalidade. Em outras palavras: a DUDH estabelece o princípio de reserva legal quanto às restrições aos direitos de locomoção e de imigração, mas não é clara quanto ao reconhecimento do direito à emigração. Protege-se o direito de sair do país, mas não o de entrar em outro país. A mesma contradição permanece no Pacto de direitos Civis e Políticos. Questões como o direito à entrada, ao estabelecimento, à concessão de cidadania, se referem à soberania estatal, estão na esfera nacional, não havendo um *direito humano à imigração*.

O direito de “mudar de nacionalidade” (art. 15, 2 da DUDH) é o que interessa no que respeita à migrações, pois indica cabe aos Estados regulamentar esse artigo no plano interno. A atribuição de nacionalidade não é absoluta e há ampla discricionariedade na atuação estatal. Além da DUDH, outros instrumentos internacionais seguem a mesma linha: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; o art. 2º do Protocolo nº4 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1963; o art. 22 da Convenção americana sobre direitos Humanos, de 1969; a Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas, art. 18, de 1981 (LOPES, 2009, p.238-240).

**A Convenção da ONU para Proteção dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares** adotada em 18 de dezembro de 1990 pela Assembléia Geral (Res. 451/158), entrou em vigor *treze anos depois*, em 1º de julho de 2003. Embora esteja entre as mais importantes convenções sobre direitos humanos da ONU, foi a que mais demorou a entrar em vigor (LOPES, 2009, p.240). Foi ratificada, até abril de 2011, por 41 países<sup>11</sup>. Interessante observar que, dentre os países que a ratificam, não se inclui nenhum que seja destino de fluxos migratórios. Este é um dado interessante, especialmente se considerarmos que entre os anos de 1995 e 2000, Europa e Estados Unidos receberam, em conjunto, em torno de 12 milhões de imigrantes. Todos os Estados que ratificaram a Convenção são países periféricos, com alto índice de emigrantes<sup>12</sup>.

---

11 Conferir em [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en#EndDec)

12 O Brasil tampouco ratificou a Convenção, constituindo-se em exceção no Mercosul, não obstante ser esse um compromisso político assumido em 1996, no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 1). Trata-se da segunda convenção de direitos humanos não ratificada pelo governo brasileiro, ao lado da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade, de 26 de dezembro de 1968.

O baixo número de ratificações da Convenção se relaciona, naturalmente, com o desinteresse dos países receptores de imigrantes em garantir direitos aos trabalhadores dessa categoria, mas vai mais além: revela a tendência a se ignorar os direitos trabalhistas consagrados por outros documentos internacionais, como outras convenções da OIT e da ONU.

A relevância da convenção se dá por codificar universalmente os direitos dos trabalhadores migrantes, atualizando as convenções da OIT. Nela são estabelecidas garantias de mínimos, incluídos os familiares do trabalhador, e o direito à reunificação familiar. Ademais, são feitas distinções entre as categorias de trabalhadores (artigos 57 a 63), conforme o motivo ou características de sua estada no país de destino, além de serem estabelecidas disposições específicas para os diversos casos (art. 2), como trabalhador de fronteira; trabalhador de temporada; trabalhador marinho; trabalhador itinerante; trabalhador vinculado a projetos; trabalhadores com emprego específico; trabalhadores autônomos.

Nela, são elencados os direitos dos trabalhadores migrantes, alguns já reconhecidos para as pessoas em geral, outros decorrentes de sua condição de trabalhador. O que mais interessa nessa convenção é que ela enfatiza o *status migratório*, seja ele regular ou irregular, ressaltando uma série de direitos, que vão desde a liberdade de emigração, até a garantia em face da expulsão. Não cabe aqui repetir ou transcrever todas as garantias relacionados dos artigos 8 a 35 da Convenção, mas vale ressaltar que a proposta da Convenção é diminuir a “relatividade” da situação do trabalhador migrante no país de destino, onde geralmente lhe são negados direitos sob o argumento de ordem pública, proteção dos interesses de nacionais ou segurança nacional.

Não se trata, porém, de ‘regularização de irregulares’. A Convenção não cria novos direitos, somente assegura que sejam reconhecidos e aplicados direitos aos trabalhadores migrantes. Os direitos elencados devem ser condicionados, são de interpretação restritiva. Ainda assim, no entanto, é baixo o nível de adesão dos Estados integrantes da ONU, e observa-se que os países tendem, cada vez mais, a estabelecer restrições mais rigorosas para a entrada de imigrantes e a criar mecanismos de expulsão mais eficientes daqueles que se encontram em situação irregular (LOPES, 2009, p.245). Note-se, inclusive, que na Convenção são admitidas, inclusive, restrições, relacionadas a questões de ordem, saúde pública, moral, direitos e liberdades coletivos, democracia, adequação à legislação nacional, soberania.

Um dos pontos importantes da Convenção é o que se encontra na parte VI, consagrada à “*promoção de condições legais dignas e equitativas em matéria de migração internacional*”

*dos trabalhadores e membros de sua família*”. Nesse capítulo, os Estados são conclamados a se consultar e colaborar mutuamente em matéria de migrações, levando em consideração, além da necessidade de recursos e mão-de-obra, as necessidades dos trabalhadores e suas famílias, assim como o impacto que podem produzir em suas comunidades de origem. Ressalte-se que, nesse sentido, os Estados são chamados, dentre outras ações, a formular políticas públicas de migração; trocar e prover informações legislativas e administrativas, incluindo acordos bilaterais sobre migração; fornecer informações sobre assistência e trâmites migratórios; publicizar os processos de contratação internacional; cooperar para o regresso de imigrantes e combate à migração irregular (Artigos 65 a 68 ).

Para solucionar controvérsias, a Convenção prevê um *Comitê de Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares*”. Esse comitê já existe desde dezembro de 2003 e sua tarefa é avaliar informes quinquenais apresentados pelos países membros, dos quais devem constar as medidas legislativas, judiciais, administrativas e outras que forem adotadas para executar as normas convencionais. O *Comitê* deverá elaborar informes anuais à Assembleia Geral da ONU, fazendo recomendações e emitindo opiniões. Sua competência deve ser reconhecida expressamente pelo Estado-membro contra o qual seja feita a reclamação por descumprimento da Convenção (art. 77, 1), e nesse caso, primeiro deve-se tentar uma solução amigável da controvérsia. Caso ela não seja possível, deverá ser produzido, pelo Comitê, um informe aos Estados interessados. Interessante notar que o art. 77 estabelece que, além dos Estados, os indivíduos podem fazer reclamações, desde que tenham sido esgotados os recursos internos (art. 77, 3).

A importância da Convenção se traduz em alguns aspectos por ela consagrados, como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações de trabalho como direitos humanos exigíveis, independentemente da situação irregular do trabalhador; a exortação aos Estados para elaborar políticas migratórias; e a priorização da solução consensual de controvérsias, o que a torna mais eficiente que uma declaração de direitos.

Cumprе ressaltar, porém, que estão fora de seu âmbito de aplicação os Estados Unidos da América e os mais importantes países europeus. No entanto, para os *Estados americanos*, há importantes manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que, em sua função consultiva (OC -10/89) sustenta que para os Estados-membros da OEA a Declaração Americana se constitui em fonte de obrigações internacionais e que os tratados internacionais de direitos humanos comportam uma interpretação evolutiva, sendo instrumentos vivos, a serem interpretados em conformidade com a evolução dos tempos e as

condições de vida atuais, devendo-se afastar das amarras do positivismo jurídico, por natureza hermético e aprisionado em seus próprios formalismos, indiferente à busca da realização do Direito (OC-16/99 )<sup>13</sup>.

Obedecendo a esses princípios, a CIDH emitiu, em 2003, a Opinião Consultiva n<sup>o</sup>18 (OC 18/03), que trata dos direitos dos imigrantes legais e ilegais consagrados nos princípios do Direito Internacional geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>14</sup>, em função de uma petição do Governo do México à CIDH. Aquele país, apreensivo com a situação de quase seis milhões de cidadãos mexicanos fora do território nacional, sendo que aproximadamente dois milhões e meio deles em situação ilegal, solicitou à CIDH um Parecer acerca dos direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes em situação irregular. Ademais, solicitou que fosse esclarecido quais seriam as obrigações dos Estados americanos no sentido de assegurar a esses trabalhadores a igualdade jurídica, a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei, como estabelecido em normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Pediu, ainda que fosse explicitada a natureza dos princípios jurídicos mencionados no contexto do progressivo desenvolvimento internacional dos direitos humanos e sua codificação. Alegava o governo mexicano que as práticas discriminatórias contra trabalhadores em situação ilegal, por parte dos países receptores, se constituem em abuso da condição vulnerável desses trabalhadores<sup>15</sup>. Em sua petição o México registra que teve que intervir, entre 1<sup>o</sup> de janeiro e 07 de maio de 2002, por meio de suas representações consulares, em 383 casos em defesa de direitos humanos de trabalhadores imigrantes mexicanos, vítimas de discriminação no trabalho, salários não pagos, ou indenizações por enfermidades e acidentes de trabalho, dentre outros.

---

<sup>13</sup> Conferir voto concordante de Antonio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 3. Disponível em <http://www.oas.org>.

<sup>14</sup> A CIDH tem função consultiva, cuja finalidade é ser coadjuvante no cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados americanos, bem como de suas funções atribuídas pelos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA). A CIDH pode interpretar qualquer dispositivo da Convenção Americana ou quaisquer tratados internacionais sobre direitos humanos, além de poder se pronunciar sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado-membro da OEA com os tratados relativos à proteção de direitos humanos no continente. A competência consultiva da CIDH estende-se a *todos* os membros da OEA, diferentemente da competência contenciosa, que deve ser reconhecida expressamente pelos Estados, diferente do que ocorre no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, que prevê que apenas o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres, devendo se limitar à questões jurídicas que se refiram à própria Convenção Europeia e seus protocolos, além de outras restrições de conteúdo e extensão. É interessante observar que a competência consultiva da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) é mais restrita que a da Corte Interamericana (Artigo 1<sup>o</sup> do Protocolo II à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais).

<sup>15</sup> O Governo mexicano elenca as seguintes violações dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção: não pagamento de horas-extras; negação de direitos decorrentes do tempo de serviço e de salários devidos; não pagamento de indenizações e licenças maternidade.

O governo mexicano ressalta a relevância da opinião da CIDH para que os Estados receptores de imigrantes cumpram as obrigações internacionais e afirma que com sua manifestação a Corte esclareceria o alcance da proteção dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade.

Em resposta, a CIDH reconhece sua competência para se pronunciar acerca das questões formuladas pelo México, e ressalta, no parágrafo 60, que o inteiro teor da Carta da OEA, da Declaração Americana, e da Declaração Universal, bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é aplicável aos Estados-membros da OEA que tenham firmado esses documentos, independentemente de serem partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou algum de seus protocolos facultativos<sup>16</sup>.

Segundo o pronunciamento da CIDH, os Estados tem que respeitar e garantir os direitos fundamentais de todos sob sua jurisdição e, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente, devem evitar ações e práticas que limitem ou violem direitos fundamentais. A Corte destaca que os princípios da igualdade e da não-discriminação são parte integrante do direito internacional, aplicáveis pelo Estado, seja ele ou não parte dos tratados internacionais que os preveem<sup>17</sup>. A natureza desses princípios é essencial para salvaguardar os direitos humanos tanto no plano interno quanto internacional. A obrigatoriedade de observância dos princípios remete-os para o domínio do *jus cogens*<sup>18</sup>. Assim, as obrigações de proteção derivadas do princípio são *erga omnes*, vinculando todos os Estados e gerando efeitos relativos a terceiros, inclusive particulares.

A CIDH considera ainda que os imigrantes, mais vulneráveis quando comparados com os nacionais ou residentes de um Estado, se encontram em condição que tem uma dimensão

---

<sup>16</sup> Para conhecer melhor o processo de participação no processo de elaboração da OC-18/03, recomenda-se a leitura de PEREIRA, Antonio Celso Alves. Direitos do trabalhador imigrante indocumentado. *Revista OAB/RJ*, n.1, v.24 (2008), Rio de Janeiro, p. 58-59.

<sup>17</sup> Os princípios da igualdade e não-discriminação estão previstos nos artigos 3.1 e 17 da Carta da OEA; no art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; no art. II da Declaração Americana; no art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e no art. 2.1 da DUDH.

<sup>18</sup> De acordo com Celso Albuquerque de Mello, alguns autores consideram que o *jus cogens* diz respeito apenas ao direito dos tratados, não se referindo ao direito internacional dos direitos humanos. Afirma, no entanto, que considera que ele pode abranger os mais diversos setores do direito internacional público. *Curso de Direito Internacional Público*, 12 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, v. 1, p.795. Nesse sentido, Antonio Celso Alves Pereira afirma que são exemplos incontroversos de *jus cogens* a proibição do uso da força, as regras contra o genocídio, o princípio da não-discriminação, os crimes contra a humanidade e normas que proíbem tráfico de escravos e pirataria, ao lado de outros princípios relativos aos direitos humanos, incluindo aí o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Civis e Políticos (conferir in PEREIRA, Antonio C. A.; MELLO, C. R. D. de A. (Coord.). Normas cogentes em direito internacional público. *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Ver ainda Voto concordante do juiz Cançado Trindade, parágrafos 98 e 99. Disponível em <http://www.oas.org>

ideológica mantida por desigualdades legalmente estabelecidas (*de jure*) e estruturais (*de facto*). Assim, seu acesso aos recursos públicos administrados pelos Estados é diferenciado, o que se agrava com os preconceitos culturais, que nada mais fazem senão reproduzir aquelas mesmas condições de vulnerabilidade, reforçadas por preconceitos étnicos, xenofobia e racismo, que dificultam sua integração na sociedade e levam à impunidade por violações de direitos humanos cometidas contra os imigrantes (OC-18/03, parágrafo 13).

Para a CIDH, mesmo o imigrante ilegal tem acesso a garantias e proteção judicial prejudicados pela precariedade de sua situação pois, por temor a represálias por parte de particulares e autoridades locais, que podem resultar em deportação, privação de liberdade e outras penalidades, o imigrante receia procurar prestação jurídica. Ademais, as dificuldades culturais e com o idioma, acrescidas do desconhecimento da legislação trabalhista do país onde se encontra pode impedir a devida prestação jurisdicional ao imigrante.

Por tudo isso, a CIDH entende que a prestação jurisdicional deve ser real, não apenas formal. Frisa ainda que o devido processo legal deve ser garantido ao imigrante a fim de estabelecer o equilíbrio processual entre as partes, atentando-se para a garantia do contraditório, que deve levar em conta a disparidade entre as partes: de um lado o estrangeiro inseguro, pobre e desprotegido; de outro o empregador, “*dotado de direitos suficientes e eficientes*”<sup>19</sup>.

Ao referir-se aos direitos do trabalhador migrante ilegal, a CIDH reproduz o disposto na art. 2.1 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus familiares, ali definido como “*toda pessoa que pretende realizar, realize, ou haja realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional*”. A Corte reitera que os migrantes em situação irregular são os mais prejudicados, por sua condição, nos países receptores, quanto ao gozo e exercício de direitos humanos laborais, e afirma que o direito do trabalho, seja regulado no nível nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, regulamentando obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer consideração de caráter econômico ou social, sem qualquer tipo de discriminação.

Ou seja, o mercado de trabalho do país receptor, não importa em que situação se encontre, não pode servir de justificativa para provar o trabalhador migrante do gozo de seus direitos, esteja ele legal ou ilegal. Compete ao Estado fazer respeitar e garantir os direitos do

---

<sup>19</sup> Voto concordante do juiz Sergio Garcia Ramirez. Disponível em <http://www.oas.org>

trabalhador imigrante ilegal em sua relação laboral com os particulares, não permitindo que os empregadores violem direitos ou que os contratos de trabalho contrariem os padrões internacionais mínimos de proteção aos direitos humanos.

Finalmente, a Corte reafirma que cabe ao Estado receptor a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, bem como de direitos fundamentais do trabalhador, independente de ser ele legal ou ilegal, previstos tanto nas legislações internas quanto em tratados internacionais, tais como: proibição de trabalho forçado; proibição de trabalho infantil; atenção à mulher trabalhadora; associação e liberdade sindical, negociação coletiva; salário justo; seguro social; garantias judiciais e administrativas; duração da jornada de trabalho.

No *sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*, portanto, a Corte Interamericana partiu de uma interpretação evolutiva dos direitos humanos para considerar que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal devem gozar dos mesmos direitos dos demais trabalhadores. Com isso, exorta os Estados a revisar e modificar sua legislação e procedimentos administrativos no que diz respeito à imigração, a fim de eliminar qualquer discriminação. A CIDH esclarece ainda que o devido processo legal deve ser reconhecido como garantia mínima para todo imigrante, legal ou ilegal e conclui afirmando que o Estado é obrigado a assegurar que os direitos não sejam violados em virtude de normas e políticas migratórias estabelecidas pelo Estado. Assim, com a interpretação da CIDH, já temos um norte para a aplicação de normas internacionais referentes aos direitos dos trabalhadores no âmbito da OEA.

## **Conclusão**

Conforme o exposto, os vários instrumentos internacionais que versam sobre os direitos dos imigrantes trouxeram grandes avanços para a vida desses indivíduos ao garantir direitos fundamentais como igualdade em matéria de trabalho. Porém, ainda são necessários grandes avanços para a proteção efetiva dessa população. Na verdade, a mais importante dessas convenções, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, que constitui um importante avanço em matéria de proteção dos direitos dos imigrantes, não foi ratificada por nenhum dos países que se configuram como grandes receptores de imigrantes, talvez numa tentativa de continuar negando direitos a esses indivíduos.

Percebe-se que o problema consiste essencialmente no fato de que os Estados nacionais veem a imigração como potencialmente negativa, sem que haja a compreensão de que os fluxos migratórios auxiliam os países de saída, pois diminuem o índice de desemprego e o custo social, ao passo em que geram o desenvolvimento econômico dos países de entrada. Nesse âmbito, faz-se necessário a ratificação da Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares pelos Estados, para que assim os direitos fundamentais dos imigrantes, tanto regulares como irregulares sejam respeitados.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CAVARZERE, Thelma Thaís. **Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pg 155/157.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

PREUSS, Ulrich K. “**Migration – a Challenge to Modern Citizenship**”. *Constellations*, v. 4, Number 3, 2008, p. 317-319.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração. Ou os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo, EDUSP, 1998, p. 45-46.