
**TRABALHADOR MIGRANTE E A DIFICULDADE DE
INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO DA OIT E DA CONVENÇÃO DA
ONU PELO BRASIL: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DE
MIGRAÇÕES**

***MIGRANT WORKER AND THE DIFFICULTY OF INCORPORATION
OF THE ILO CONVENTION AND THE UN CONVENTION FOR
BRAZIL: POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF THE MIGRATION LAW***

TARIN CRISTINO FROTA MONT ALVERNE

Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) . Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) e do MUNDO DIREITO. Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay , Universidade Paris V e Universidade La Rochelle.

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

Doutora na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2006). Pós-graduada em Direito Ambiental pelo UniCEUB (2004). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professora da Universidade Tiradentes. Professora da Universidade de Vila Velha. Bolsista de pós-graduação pela CAPES-FAPITEC (2017-2018). Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP).

ANA CAROLINA BARBOSA PEREIRA MATOS

Doutoranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professora dos cursos de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará e do Centro Universitário Christus, atuando também como coordenadora de pesquisa do Centro Universitário Christus e professora de cursos de Pós-graduação lato sensu em Direito Imobiliário e de Direito Civil e Direito Processual Civil.

RESUMO

A intensificação da globalização vivenciada nas últimas décadas fez com que a noção tradicional acerca do controle de fronteiras passasse a ser questionada e se mitigasse a existência de um direito humano à migração. A defesa quanto a existência de um direito de migrar fundamenta-se no direito de liberdade de locomoção, bem como no direito de trânsito, direitos humanos consagrados em documentos internacionais, o direito a limitar o fluxo migratório se pauta no direito soberano dos Estados para regular a entrada e permanência de pessoas em seu território. É inegável a correlação entre o direito de migrar e o exercício de outros direitos humanos, inclusive o direito humano ao trabalho, podendo a falta do reconhecimento acerca da existência de um direito de migrar vir a ser um óbice para a realização dos direitos trabalhistas dos migrantes. O trabalho foi consagrado como um direito humano na Declaração universal de direitos humanos, bem como em outros documentos internacionais. Em tais documentos não se fez distinção entre o nacional e o migrante, no que toca ao exercício de direitos laborais. O Brasil, apesar de ter como um de seus princípios constitucionais a prevalência dos direitos humanos, não ratificou duas importantes convenções que regulam os direitos dos trabalhadores migrantes, a Convenção de nº 143 da OIT e a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias. A pesquisa ora desenvolvida tem como enfoque principal a análise da não ratificação pelo Brasil destes dois importantes documentos internacionais de direitos humanos, bem como das possíveis contribuições da Lei de Migrações em relação à garantia dos direitos dos trabalhadores migrantes. Ao final, observou-se que

a não ratificação das Convenções de nº143 da OIT e a Convenção da ONU, se dá em grande parte em razão de seus dispositivos não se harmonizarem com o antigo estatuto do estrangeiro da década de 80, assim resta saber se com a nova Lei de Migrações o Brasil ratificará tais normas.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhador migrante; Direitos humanos; Ratificação de documentos internacionais; Lei de Migrações.

ABSTRACT

The intensification of the globalization experienced in the last decades has caused the traditional notion of border control to be questioned and to mitigate the existence of a human right to migration. The defense regarding the existence of a right to migrate is based on the right to freedom of movement, as well as the right of transit, human rights consecrated in international documents, the right to restrict the flow of migration is guided by the sovereign right of States to regulate the entry and residence of people in its territory. It is undeniable the correlation between the right to migrate and the exercise of other human rights, including the human right to work, and the lack of recognition about the existence of a right to migrate might become an obstacle to the achievement of the labor rights of migrants. The work was consecrated as a human right in the Universal Declaration of Human Rights, as well as in other international documents. In such documents no distinction was made between national and migrant, in relation to the exercise of labor rights. Despite having as one of its constitutional principles the prevalence of human rights, Brazil has not ratified two important conventions that regulate the rights of migrant workers, ILO Convention nº 143 and the UN Convention on the Rights of Migrant Workers and their families. The research developed has as its main focus the analysis has as its main focus the analysis of the non-ratification by Brazil of these two important international human rights documents, as well as the possible contributions of the Migration Law in relation to guarantee the rights of migrant workers. At last, it was noted that the non-ratification of ILO Conventions nº 143 and the UN Convention, is in large part due to the fact that its provisions do not harmonize with the former status of the Foreigner Statute from the

80s, so it remains to be seen whether with the new Migration Law, Brazil will ratify these rules.

KEYWORDS: Migrant worker; Human rights; Ratification of international documents; Migration Law.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o mundo passou por um processo crescente de globalização que culminou na criação de blocos políticos e econômicos – como a União Europeia ainda na década de 40, o Mercosul e o NAFTA na década de 90 e, ainda, mais recentemente a UNASUL em 2008. Diante da formação de blocos econômicos, as distâncias entre os Estados foram sendo progressivamente reduzidas por meio de acordos de livre comércio que incluíam, dentre outras coisas, também a possibilidade de livre circulação de pessoas no âmbito do bloco. Nesse contexto, o controle tradicional de fronteiras passou a ser modificado e iniciou-se um debate acerca da existência de um direito humano à migração.

Os direitos humanos podem ser entendidos como os valores mais importantes de convivência humana (COMPARATO, 2010, p. 38). Tais direitos fundamentam-se em valores éticos e buscam garantir a concretização das várias dimensões da dignidade da pessoa humana. Luís Roberto Barroso (2010, *online*), em um de seus textos, buscou estabelecer um conteúdo mínimo, universalizável, aplicável a qualquer ser humano, onde quer que se encontre, acerca da dignidade da pessoa humana.

Assim, o autor estabeleceu três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco¹, autonomia² e valor social da pessoa humana³.

A partir da teoria proposta por Luís Roberto Barroso, infere-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um conteúdo amplo, traduzindo-se em várias dimensões distintas. Dentre essas várias dimensões da dignidade da pessoa humana, interessa, especialmente, para esta pesquisa a possível existência de um direito humano de migrar e o direito humano ao trabalho.

A defesa quanto a existência de um direito de migrar fundamenta-se no direito de liberdade de locomoção, bem como no direito de trânsito, direitos humanos consagrados em documentos internacionais, tanto de âmbito universal – Declaração universal de direitos humanos (DUDH) – como regional – Declaração americana de direitos e deveres do homem.

O art. 13, da DUDH consagrou a liberdade de locomoção como um direito humano, dispondo o referido artigo que todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, bem como teria o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. Fundamentam, também, a existência de um direito de migrar dispositivos constantes no Pacto

¹ “Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. Um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a comunicação (pela palavra, pela arte) são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular. Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um, embora se venha dando crescente importância aos sentimentos de auto-valor e de auto-respeito que resulta do reconhecimento social. (...) É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. (...) No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais” (BARROSO, 2010, *online*).

² “A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. (...) Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. (...) Por trás da idéia de autonomia está a de *pessoa*, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais” (BARROSO, 2010).

³ “Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma restrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade” (BARROSO, 2010).

Internacional sobre direitos civis e políticos⁴, bem como, em âmbito regional, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵ acerca do direito de residência e de trânsito.

Os dispositivos citados preveem o direito de todo indivíduo deixar o país em que se encontra, mas não preveem de forma expressa um direito a ingressar e permanecer no país de destino, o que fragiliza a defesa quanto à existência, no plano normativo internacional, de um direito humano de migrar (MERIGUETI, 2016, *online*). Pode-se observar que tal direito humano encontra o seu limite no poder soberano do estado de fixar as suas políticas de migração e estabelecer os requisitos e modalidades para ingresso e permanência no seu território.

Nesse contexto, Diego Souza Merigueti (2016) ressalta que:

[...] muitos dos direitos considerados como direitos humanos, inclusive por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (tais como a liberdade de expressão, de associação, religião, escolha ocupacional, dentre outros), dependem, diretamente, do direito ao livre deslocamento. Tratam-se de escolhas que só o indivíduo (e não o Estado) pode fazer. Deste modo, é possível considerar que restrições injustificadas à imigração acabam sendo atos soberanos de massiva interferência nas mais básicas escolhas que os indivíduos, livremente, podem fazer, tornando-se empecilhos, em última análise, ao exercício de direitos humanos básicos, ao impedir os indivíduos de moverem-se, associarem-se e trabalharem livremente, por exemplo.

Logo, ainda que não haja fundamentação na ordem jurídica internacional acerca do direito humano de migrar, é inegável a correlação entre o direito de migrar e o exercício de outros direitos humanos, que dependem diretamente do direito de liberdade de locomoção, inclusive no que diz respeito à liberdade de escolhas laborais, podendo a falta do reconhecimento acerca da existência de um direito de migrar vir a ser um óbice para a realização dos direitos trabalhistas dos migrantes.

⁴ Artigo 12. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto. 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

⁵ Artigo VIII. Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.

Destaque-se que o artigo 23 da DUDH consagrou o direito ao trabalho como um direito humano, prevendo que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, tendo direito a igual remuneração por igual trabalho, sem qualquer distinção. Tem direito, ainda, a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana.

A Declaração americana dos direitos e deveres do homem, também, expressamente dispõe acerca do direito ao trabalho, em seu artigo 14, prevendo que toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Tendo, ainda, o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

Reforça a noção de um direito humano ao trabalho o disposto nos artigos 6º e 7º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que consagra o direito ao trabalho como sendo o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, comprometendo-se os Estados Partes do presente pacto a tomarem medidas apropriadas para salvaguardar esse direito, bem como reconhecem o direito de toda pessoa gozar de condições de trabalho justas e favoráveis.

Ressalte-se que em nenhum desses documentos se fez distinção entre o nacional e o migrante, no que toca ao exercício deste direito. Ademais, aquele que está fora de seu país de origem, por desconhecimento dos direitos do país e pela falta de amparo de familiares ou conhecidos, muitas vezes acaba sendo alvo de exploração⁶, assim demandando um nível ainda maior de proteção.

Corroborar com tal entendimento o disposto na Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de nº 143, que trata acerca das migrações em condições abusivas e da promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento

⁶ É o que acontece em relação a muitos imigrantes que encontram-se em situação irregular no país e que por falta de oportunidades acabam se submetendo a jornadas exaustivas de trabalho, trabalho forçado e condições de trabalho degradantes. Ver matérias sobre o tema: (BBC, 2013); (G1, 2016).

dos trabalhadores migrantes, que em seu preâmbulo fundamenta o reconhecimento de tais direitos no entendimento de que migrar é um direito humano, ao afirmar que: “Considerando igualmente o direito de todo o indivíduo poder abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de entrar no seu próprio país, direito esse consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”.

Além da Convenção de nº 143 da OIT, não se pode olvidar da Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, que entrou em vigor na ordem internacional em 2003, e que reconhece a situação de vulnerabilidade em que com frequência encontram-se os trabalhadores migrantes e seus familiares por estarem afastados de seu Estado de origem.

Tais documentos, apesar de regularem um direito humano essencial para garantir a concretização de outros direitos dos migrantes, que é o direito ao trabalho, não foram, até o momento, ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro.

No Brasil, a Lei nº 6.815/80, que versava acerca da situação jurídica do estrangeiro, foi elaborada durante o regime militar e sob a ótica da necessidade de proteção do mercado de trabalho brasileiro, em muitos pontos garantindo uma reserva de mercado para o trabalhador nacional, que não se coaduna com a noção ora defendida da existência de direitos do trabalhador migrante. Atualmente, a recém aprovada Lei de Migrações busca compatibilizar a política migratória brasileira à Constituição Federal e às normas de direito internacional dos direitos humanos que o Brasil é signatário (ONUBR, 2016). A aprovação da lei representou uma mudança de paradigma legislativo em relação a pessoa do migrante.

A pesquisa ora desenvolvida tem como enfoque principal a análise da não ratificação pelo Brasil de dois importantes documentos internacionais de direitos humanos acerca dos direitos dos trabalhadores migrantes, a Convenção de nº 143 da OIT e a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, bem como das possíveis contribuições em relação à garantia de tais direitos pela Lei de Migrações.

O presente trabalho parte da perspectiva de que não basta apenas a garantia de liberdade de locomoção ao migrante, sendo necessário que a ele sejam também

dadas condições de vida digna e uma das formas de se garantir a dignidade do migrante é respeitando o seu direito humano ao trabalho.

Em um cenário mundial em que a migração tem sido colocada como agenda política em vários países⁷ e, em sua maioria, de forma a restringir direitos de imigrantes, bem como em um momento em que se vivencia a maior crise de refugiados desde a segunda guerra mundial, estudar acerca do direito de migrar nunca foi tão urgente.

No que concerne ao método de investigação adotado, a pesquisa construir-se-á a partir de análise bibliográfica e documental. Segundo a utilização de resultados, trata-se de uma pesquisa aplicada. No que tange à abordagem, a pesquisa é qualitativa, por fim, no que se refere aos objetivos, trata-se de uma pesquisa explicativa.

O presente trabalho está dividido em dois tópicos, no primeiro abordar-se-á a proteção dos direitos humanos do trabalhador migrante no Brasil, com um enfoque em relação aos aspectos legais e constitucionais da referida proteção. No segundo tópico será feita uma análise dos objetivos e pontos relevante da Convenção de nº 143 da OIT e da Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, que ainda não foram ratificadas pelo Brasil para, em seguida, ser apresentado um estudo acerca das possíveis contribuições do PL 2516/15 para o estabelecimento de garantias para o trabalhador migrante, facilitando uma futura ratificação dos referidos instrumentos internacionais.

2 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR MIGRANTE NO BRASIL

O termo migração é bastante amplo, segundo a Organização Internacional para Migrações – OIM, migração seria:

⁷ É o caso de uma das principais motivações para a aprovação do BRExit, bem como foi uma das principais plataformas da campanha que elegeu, o ex astro de reality show norte-americano, Donald Trump para o cargo de presidente dos Estados Unidos.

A circulação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, quer através de uma fronteira internacional, quer dentro de um Estado. Trata-se de um movimento populacional, englobando qualquer tipo de movimento de pessoas, qualquer que seja sua extensão, composição e causas; Inclui a migração de refugiados, deslocados, migrantes económicos e pessoas que se deslocam para outros fins, incluindo o reagrupamento familiar (OIM).

Inferre-se da definição apresentada que migrante, portanto, seria gênero, do qual são espécies os refugiados, os deslocados internos, os migrantes económicos e sociais. Para a OIM o migrante é qualquer pessoa que se desloca internamente, dentro de um mesmo país, bem como aquele que atravessa uma fronteira internacional, não importando a condição jurídica da pessoa, se o movimento é voluntário ou involuntário, o que motivou tal deslocamento e, ainda, a duração da estadia do migrante neste novo local (OIM, *online*).

Tendo em vista o enfoque da pesquisa ora desenvolvida, é necessário destacar também o conceito proposto pela OIM para o termo migração laboral, entendido como o “movimento de pessoas de um Estado para outro, ou no seu próprio país de residência, para efeitos de emprego” (OIM, *online*).

Acerca do trabalhador migrante, a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, em seu art. 2.1, apresenta conceito amplo para esta figura, englobando àqueles em condições regulares ou irregulares no país, segundo a Convenção o termo trabalhador migrante “designa a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”, sem fazer distinção entre o trabalhador em situação regular daquele em situação irregular no país.

Tal conceito não se coadunava com o disposto na Lei nº 6.815/80 – mais conhecida como Estatuto do estrangeiro. Isto porque o Estatuto não reconhecia a população migrante como sujeito de direitos – muito menos aqueles em situação irregular no Brasil –, mas como objeto, adotando uma política que prioriza a “importação” de mão de obra qualificada, conforme se infere no disposto no art. 16⁸

⁸ Art. 16. Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

da lei mencionada (SCHWINN; FREITAS, 2016, *online*). Tal realizada foi modificada com a aprovação da lei de Migração.

Segundo o Observatório das Migrações Internacionais (2016, p. 10), nos anos de 2014 e 2015 foram concedidas pelo CGIg 46.740 (quarenta e seis mil, setecentos e quarenta) e 36.868 (trinta e seis mil, oitocentos e sessenta e oito) autorizações de trabalho para migrantes, respectivamente. Destes números é interessante notar que, a maioria dos que tiveram a autorização de trabalho deferida eram pessoas com pelo menos ensino superior completo⁹ e o país que o maior número de trabalhadores migrantes aceitos no Brasil no biênio em análise foi os Estados Unidos, com 5.830 no ano de 2014 e 5.519 no ano de 2015 (OBMigra, 2016, p. 13).

Saliente-se que estes números refletem a realidade de trabalhadores migrantes em situação regular no país, nos termos da Convenção nº 97, da OIT, ratificada pelo Brasil ainda na década de 60, que definiu o trabalhador migrante, em seu art. 11, como sendo “uma pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante”.

Os números supracitados refletem a realidade da legislação migratória brasileira, que prioriza a estratégia de proteção do mercado de trabalho brasileiro e a importação de mão de obra qualificada do exterior. Ao imigrante em situação regular no Brasil em tese são reconhecidos os mesmos direitos (com exceção dos direitos políticos) que são reconhecidos aos nacionais, sendo amparados na seara trabalhista de forma mais específica pelo art. 7º, da Constituição, no qual consta o rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, e também pelas normas estabelecidas na CLT.

A realidade, no entanto, é um pouco diferente, isto porque, mesmo em relação aos migrantes em situação regular no Brasil, observa-se a dificuldade em relação ao exercício de seus direitos trabalhistas, tal situação decorre, muitas vezes, da própria dificuldade do migrante se comunicar em português, do desconhecimento da legislação brasileira, do preconceito de empregadores e da própria morosidade do Estado brasileiro nos procedimentos internos de regularização de migrantes e

⁹ Segundo dados do Observatório das Migrações Internacionais (2016, p. 11), em 2014 das 46.740 autorizações concedidas 28.497 foram para migrantes que tinham nível de escolaridade com ensino superior completo ou pós-graduação, já em 2015 das 36.868 autorizações 17.940 foram para migrantes que tinham nível de escolaridade com ensino superior completo ou pós-graduação.

refugiados e da exigência, para algumas formas de contratação, de documentos exclusivos de nacionais (certificado de reservista e comprovante de votação nas últimas eleições) (ANNONI; SILVA, 2015, p. 66).

O problema se agrava ainda mais em relação aos imigrantes irregulares, que por não terem a sua condição reconhecida pelo Estado não gozam da mesma proteção e acabam sendo alvo de exploração abusiva por parte dos empregadores (PELICIONI, 2015, *online*) e ofensas aos mais diversos direitos humanos de tais indivíduos, em muitos casos sendo tratados em condições análogas à de escravos.

Apesar da ausência de reconhecimento expresso de direitos ao trabalhador migrante em situação irregular no país, é necessário salientar que o art. 6º, da Constituição Federal, consagrou o direito ao trabalho como um direito social, assim como em seu art. 4º, inciso II, a Constituição previu que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros princípios, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Assim, diante da perspectiva de que migrar, ainda que indiretamente, também é um direito humano, é preciso se garantir de forma conjunta e complementar esses dois direitos e com isso proteger os direitos do trabalhador migrante, inclusive daqueles em condição irregular no país. Afinal, as pessoas que migram em busca de melhores condições de vida também são sujeitos de direitos e obrigações, devendo ser tratados como seres humanos e não como meros insumos produtivos (ALMEIDA, 2009, p. 17).

Ressalte-se que, apesar de a legislação brasileira não tratar expressamente do trabalhador migrante ilegal, esta situação é uma realidade no país e por força no disposto no art. 4º, II, e do *Caput* do art. 5º, da CF, que consagrou o princípio da isonomia, inclusive entre brasileiro e migrantes, é urgente que sejam reconhecidos os mesmos direitos trabalhistas e a correspondente proteção a tais direitos, aos trabalhadores em situação irregular no país.

É fato que o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) nos últimos anos avançou na tentativa de tornar a legislação brasileira mais acolhedora para os migrantes, principalmente em relação aos imigrantes vindos de países da América do Sul, com os quais o Brasil tem compromissos de integração (ALMEIDA, 2009, p. 23).

Dentre outras ações, o CNIg contribuiu para a partir de 2008 haver uma facilitação das regras de emissão de vistos de trabalho a nacionais de países sul-americanos. Além disso, o país implementou nos últimos anos o processo de livre circulação de trabalhadores no âmbito do Mercosul (ALMEIDA, 2009, p. 23).

Exemplo dessa facilitação das regras foi a efetivação de um Acordo Operacional entre Brasil e a Argentina, por meio do qual os brasileiros na Argentina e os argentinos no Brasil podem solicitar residência provisória no consulado do outro país. Podendo, ainda, os argentinos requererem diretamente a transformação de seus vistos em permanentes, assim como regularizarem sua situação migratória (LUPI, 2009, *online*).

Em 2009, foi editada a lei da anistia migratória, Lei nº 11.961/2009, que permitiu ao imigrante em situação irregular no país, requerer residência provisória, desde que tivesse ingressado no território nacional até 1º de fevereiro de 2009. A lei não discriminou a nacionalidade do migrante para a concessão de tal anistia, não sendo levados em conta aspectos relativos à reciprocidade de tratamento dos brasileiros no país de origem do pleiteante, o que contribuiu para a diminuição do contingente de pessoas vivendo à margem do Estado brasileiro, por meio da regularização da situação de migrantes em situação irregular (LUPI, 2009, *online*).

As ações supracitadas inegavelmente contribuiram para minimizar a carência de direitos trabalhistas garantidos ao trabalhador migrante no Brasil, contudo, não são suficientes para solucionar o problema.

Apesar das recomendações do CNIg (ALMEIDA, 2009, p. 23) e da Organização dos Estados Americanos-OEA (SCHWINN; FREITAS, 2016, *online*), o país até hoje não ratificou a Convenção nº 143 da OIT, que entrou em vigor na ordem internacional em 1978, assim como também não ratificou a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, em vigor na ordem internacional desde 2003.

Ambas tem em comum o fato de entenderem o trabalhador migrante como sujeito de direitos, caracterizando a generalização dos direitos fundamentais, logo, reconhecendo a proteção dos direitos humanos a estas pessoas independentemente de sua condição como cidadãos (SCHWINN; FREITAS, 2016, *online*).

Observa-se que o entrave para a ratificação das Convenções mencionadas se dá, pelo menos em parte, em razão do paradigma estabelecido em relação aos migrantes e, especialmente, aos trabalhadores migrantes pelo Estatuto do estrangeiro. Tal entrave pode ser solucionado ante a aprovação da Lei de Migração, assim sendo o tópico a seguir analisará os pontos acerca dos quais a Lei contribui para a incorporação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção de nº 143 da OIT e da Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias.

3 LEI DE MIGRAÇÕES BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES

Inicialmente, serão abordados os principais pontos da Convenção de nº 143 e da Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, a fim de esclarecer em que pontos a nova legislação brasileira sobre migrações pode vir a facilitar a incorporação destes dois instrumentos internacionais de direitos humanos.

3.1 PROTEÇÃO DO TRABALHADOR MIGRANTE NO DIREITO INTERNACIONAL: CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT E CONVENÇÃO DA ONU SOBRE DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES E SUAS FAMÍLIAS

A Organização Internacional do Trabalho, reafirma no preâmbulo da Convenção nº 143 que “o trabalho não é uma mercadoria” e que “a pobreza, onde quer que exista, constitui uma ameaça à prosperidade coletiva”, assim como reconhece a obrigação solene da Organização de apoiar a realização de programas capazes de levar, nomeadamente, ao pleno emprego.

Ademais, ainda reconhece o direito de todo indivíduo poder abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de entrar no seu próprio país, direito esse consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, razão pela qual considera desejável a adoção de novas

normas, inclusive no campo da segurança social, para promover a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, a fim de garantir um tratamento que seja, pelo menos, igual ao dos nacionais.

Inferre-se da análise dos artigos constantes na Convenção nº 143 da OIT que um dos objetivos de tal documento é estabelecer o compromisso dos Estados Partes de combater organização de migrações com fins de emprego que impliquem em desrespeito aos direitos humanos destes trabalhadores, bem como combater o emprego ilegal de trabalhadores migrantes, na tentativa de garantir de forma ampla os direitos de tais imigrantes, estejam estes regulares ou irregulares no território do país de emprego.

Na segunda parte de tal Convenção, verifica-se a preocupação com a garantia de igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego, de segurança social, direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e coletivas para aqueles trabalhadores migrantes e suas famílias em situação regular no país em que se encontram.

No que tange à Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, importante destacar que o Brasil desde 1996 havia incluído em seu plano nacional de direitos humanos o compromisso com a ratificação de tal instrumento (BARBOSA, 2006, *online*), o que mais de vinte anos depois ainda não aconteceu, principalmente, em razão do paradigma estabelecido pelo Estatuto do estrangeiro acerca da condição jurídica do migrante no Brasil.

A Convenção da ONU tem como principais fundamentos dois pontos destacados em seu preâmbulo, o primeiro refere-se à defesa de que o emprego de trabalhadores migrantes em situação irregular seria desencorajado se os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes fossem mais amplamente reconhecidos. Além disso, o outro fundamento da Convenção seria a concessão de certos direitos adicionais aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias em situação regular, a fim de encorajar todos os migrantes e empregadores a respeitar e a aplicar as leis e os procedimentos estabelecidos pelos Estados interessados.

Conforme exposto no tópico anterior deste artigo, a Convenção ora discutida consagrou um conceito amplo de trabalhador migrante (art. 2.1), englobando tanto o migrante em situação regular como aquele em situação irregular.

Além disso, em sua parte III consagrou direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que, a partir da redação dos arts. 35¹⁰ e 36¹¹ da Convenção, pode se inferir que são aplicáveis, inclusive aos trabalhadores migrantes em situação irregular no país.

Importante destacar que esta Convenção não trata apenas de direitos relacionados às atividades laborais do migrante e de seus familiares, mas busca promover e proteger os direitos humanos dos migrantes de uma forma ampla, incluindo as garantias individuais destes.

A seguir, serão analisadas as possíveis contribuições da Lei de Migrações para a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio dos dois instrumentos acima analisados.

3.2 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DE MIGRAÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES

Como anteriormente exposto, um dos entraves enfrentados para a ratificação das duas convenções objeto de análise neste tópico da pesquisa era justamente o marco legal de migrações em vigor no Brasil até meados de 2017, o estatuto do estrangeiro da década de 80.

Tratava-se de lei anacrônica, pois não refletia mais os valores e princípios constitucionais vigentes desde a Constituição de 1988 citados no tópico anterior, isonomia substancial, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, que trata os migrantes como estrangeiros, ou seja, estranhos, de fora,

¹⁰ Artigo 35º. 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 afetando as medidas destinadas a assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na parte VI da presente Convenção.

¹¹ Artigo 36º. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias que se encontram documentados ou em situação regular no Estado de emprego gozam dos direitos enunciados nesta parte da presente Convenção, para além dos direitos previstos na parte III.

restringido a sua participação na sociedade e, em muitos casos, restringindo seus direitos.

Espera-se que com a Lei de Migrações e, conseqüente, revogação do Estatuto do estrangeiro, se estabeleça um paradigma mais humanista para o tratamento dos migrantes no Brasil, que venha a possibilitar a ratificação da Convenção nº 143 da OIT e a Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias.

Para possibilitar a análise da Lei de Migrações no que tange a incorporação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, faz-se necessária a apresentação de alguns conceitos consagrados no art. 1º, §1º, do texto legal. Segundo o disposto no inciso I, o migrante é “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida”.

Logo, o imigrante seria espécie do gênero migrante, que segundo o inciso II é “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”. Note-se que em nenhum dos dois conceitos observa-se a limitação quanto à forma de entrada no país, se regular ou irregular.

Importante destacar os princípios elencados no art. 3º, da Lei, como norteadores da política migratória brasileira, especialmente: o reconhecimento quanto à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (inciso I); não criminalização da imigração (inciso III); não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional (inciso IV); promoção de entrada regular e de regularização documental (inciso V); igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e seus familiares (inciso IX); inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas (inciso X); – acesso igualitário e livre do imigrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (inciso XI); observância ao disposto em convenções, tratados e acordos internacionais (inciso XVIII); promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil (inciso XXI).

Observando-se os princípios destacados, verifica-se que há uma forte influência dos valores constitucionais brasileiros, bem como das normas

internacionais de direitos humanos na construção da base principiológica da nova lei de migrações.

Especialmente em relação aos princípios da não criminalização da imigração e não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional, entende-se que estes possuem uma forte afinidade com o espírito da Convenção da ONU sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, tendo em vista que buscam proteger a pessoa do migrante, inclusive, daquele em situação irregular no país, harmonizando-se com os objetivos de ambas as Convenções analisadas, de garantir direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes, a fim de desencorajar o emprego e a exploração de trabalhadores migrantes em situação irregular.

Ademais, as definições, de migrante e de imigrante, propostas no texto legal, já denotam uma maior afinidade com o arcabouço de proteção dos indivíduos consagrado pela Convenção da ONU e pela Convenção da OIT.

Além dos princípios já comentados, todos os demais destacados neste artigo possuem correlação direta com os documentos internacionais analisados, principalmente com a Convenção da ONU, pois consagram valores que servem como sustentáculo para a justificativa e garantia de direitos humanos amplos para estes migrantes.

Também merece atenção as disposições constantes no art. 4º, da Lei em análise, haja vista que este artigo reconhece ao imigrante, em condição de igualdade com os nacionais, uma série de direitos fixados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e também nas Convenções da OIT e da ONU já analisadas, verificando-se como mais importantes para a problemática abordada pelo presente artigo os que se seguem: direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos (inciso I); acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei (inciso VIII); garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador (inciso XI).

Estes e outros direitos consagrados no texto da Lei de Migrações deverão ser exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória do indivíduo, observado o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de convenções, tratados e acordos internacionais

de que o Brasil seja parte, em conformidade com o disposto no art. 4º, §1º, da Lei, o que contribuiu de maneira expressiva para a harmonização da legislação nacional com os direitos humanos consagrados no âmbito das convenções da ONU e da OIT aos migrantes, em especial, aos trabalhadores migrantes.

O disposto no § 5º, do art. 4º, no entanto, pode vir a representar uma brecha à mitigação da proteção dos trabalhadores migrantes irregulares e fragilizar a tese de que a legislação brasileira passaria a estar adequada às Convenções discutidas, o que propiciaria o ambiente jurídico necessário para a ratificação das mesmas.

Isto porque, segundo o disposto no parágrafo supracitado seriam aplicados ao imigrante não registrado os direitos previstos no caput e nos incisos I, II, IV, VI, VIII, X e XIII deste artigo¹², o que pode levar ao entendimento que os demais direitos seriam restritos aos imigrantes em situação regular no país, inclusive àqueles acima apontados como sendo possível que o seu reconhecimento contribua de forma importante para a incorporação das convenções estudadas no ordenamento jurídico interno - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei e a garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador. Sem essas garantias, não há como se garantir direitos ao trabalhador migrante em situação irregular e, conseqüentemente, desincentivar a contratação e exploração deste tipo de mão-de-obra.

Por fim, é importante destacar que a disposição do art. 25 possui simetria com as Convenções da ONU e da OIT, no que tange à proteção e efetivação dos direitos humanos ao trabalhador migrante, ao garantir a residência no território nacional à pessoa que tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória (inciso XV).

Observa-se que, apesar da demora do Brasil em ratificar as Convenções analisadas acerca dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, o principal

¹² Os direitos que se estenderiam também aos imigrantes irregulares, em igualdade de condições aos nacionais, seriam: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos, direito à liberdade de circulação em território nacional, medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos, – direito de reunião para fins pacíficos, acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade, direito de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

entrou para tal enlace foi diluído e substituído por uma legislação que se coaduna com os objetivos e princípios consagrados nas duas Convenções em questão.

CONCLUSÃO

Apesar de não haver um direito humano absoluto de migrar consagrado no ordenamento jurídico internacional, entende-se que o exercício deste direito garante a possibilidade de exercício de tantos outros direitos humanos, especialmente àqueles relacionados com as garantias de liberdade individual, inclusive liberdade de escolhas quanto às atividades laborais da pessoa.

O trabalho, por sua vez, é reconhecido, tanto pela legislação interna como por meio de tratados e convenções internacionais, como um direito humano, o que justifica a existência de Convenções, como as discutidas ao longo deste artigo, para tratar dos direitos do trabalhador migrante.

A legislação brasileira, no que diz respeito aos migrantes, não acompanhou as mudanças sociais, culturais e constitucionais ocorridas nas últimas décadas, conferindo um tratamento a estes indivíduos que não se harmoniza com os valores expressos na constituição federal e que não refletem a prevalência dos direitos humanos e o compromisso nacional com as garantias inerentes a estes.

Após anos de tramitação, até o momento, ainda não foram ratificadas as Convenções de nº143 da OIT e a Convenção da ONU, haja vista que seus dispositivos não se harmonizam com o vigente estatuto do estrangeiro. Espera-se que com a aprovação da Lei de Migrações esta realidade seja modificada.

A lei de Migrações foi elaborada a partir de uma visão mais humanista acerca do estrangeiro, contendo um arcabouço principiológico que se coaduna com os tratados em matéria de direitos humanos já ratificados pelo Brasil e que contempla expressamente a garantia de direitos e liberdades individuais aos migrantes, não apenas aos regulares, como, ainda, àqueles em situação irregular no país, o que, como foi visto, poderá contribuir decisivamente para a ratificação das duas convenções analisadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Sérgio de. Conselho Nacional de Imigração (CNIg): Políticas de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante ou Refugiado. **Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 4, n. 4, 2009.

ANNONI, Danielle; SILVA, Joanna de Angelis Galdino. Os Direitos trabalhistas dos refugiados no Brasil: Desafios para a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo na era da terceirização, **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v. 4, n. 8, jul./dez. 2015, p. 63-79.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2013.

BBC. **Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são ‘ponta de iceberg, Brasil.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros> Acesso em 02 mar. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IOM (*International Organization for Migration*). **Key Migration Terms.** Disponível em: <<http://www.iom.int/key-migration-terms>> Acesso em 22 fev. 2017.

G1. **Fiscalização flagra trabalho escravo e infantil em marca de roupas de luxo em SP, Economia.** 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-e-infantil-em-marca-de-roupas-de-luxo-em-sp.html>> Acesso em 02 mar. 2017.

LONG, Katy. *When refugees stopped being migrants: Movement, labour and humanitarian protection.* **Migration Studies**, 2013. Disponível em: <<https://academic.oup.com/migration/article/1/1/4/940995/When-refugees-stopped-being-migrants-Movement>> Acesso em 02 fev. 2017.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil e o “barômetro migratório”: observações sobre a lei da anistia aos estrangeiros em situação irregular, **Revista de Doutrina da 4ª Região**, nº 32, out-2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60446/Brasil_bar%C3%B4metro_migrat%C3%B3rio_lupi.pdf> Acesso em 03 mar. 2017.

MERIGUETI, Diego Souza. A dimensão subjetiva do direito humano de migrar. In: **Anais do 9º Encontro da ANDHEP – Direitos Humanos, Sustentabilidade, Circulação Global e Povos Indígenas**, Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em: <<http://www.andhep2016.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntz>>

[OjY6lnBhcmFtcyl7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjM6ljUzNil7fSI7czoxOiJoljtzOjMyOilyZjA5ZDcwNzE2MTViMTBIZWM4MzU2OGY1ZmFhNmNjOSI7fQ%3D%3D](#) > Acesso em 03 mar. 2017.

PELICIONI, Ana Beatriz Baselice. O direito do trabalhador imigrante no Brasil. In: **Anais da XIII Semana de Relações Internacionais**, Universidade Estadual Paulista, 2015. Disponível em: <
http://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiiisemanaderelacoesinternacionais/o-direito-do_ana-beatriz.pdf > Acesso em 28 fev. 2017.

OBMigra. **Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros, Relatório Anual 2014- 2015**/ Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/ Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2016

ONU BR (Nações Unidas no Brasil). **Lei brasileira precisa ser atualizada para proteger direitos dos migrantes, destacam especialistas**. Disponível em: <
<https://nacoesunidas.org/lei-brasileira-precisa-ser-atualizada-para-proteger-direitos-dos-migrantes-destacam-especialistas/> >

SCHWINN, Simone Andrea; FREITAS, Priscila de. Desafios para acesso ao trabalho de migrantes e refugiados no Brasil. In: **XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea**, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <
<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/viewFile/16040/3930> >
Acesso em 25 fev. 2017.