

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND THEIR FAMILY MEMBERS

Diego Turbino Dutra¹

Recebido/Received: 09.10.2023/Oct 9th, 2023

Aprovado/Approved: 09.11.2023/Nov 9th, 2023

RESUMO: Diante de um cenário moderno de globalização e processos migratórios constantes, o presente trabalho realiza uma análise sistemática acerca da Convenção Internacional para a proteção dos Direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, assinada em 18 de dezembro de 1990 pelas Nações Unidas, bem como dos direitos contemplados nesta convenção, seja para o trabalhador migrante, seja para os membros da sua família. Será realizada uma análise sistemática das normativas bases desta convenção, bem como do processo universal que a precedeu, inclusive em seu preâmbulo, passando pela análise dos países que já a aderiram, e pretende ainda, ao final, concluir com a análise da atual situação de aplicabilidade desta convenção, inclusive analisando alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos migratórios dos trabalhadores. E ainda, em conclusão, far-se-á um comparativo entre os países membros e a condição de exportador ou importador de mão de obra imigrante, visando desenhar um padrão característico da aplicação fática desta convenção.

PALAVRAS-CHAVE: convenção internacional; direitos humanos; trabalhadores migrantes; direitos dos trabalhadores migrantes; família dos trabalhadores migrantes.

ABSTRACT: Faced with a modern scenario of globalization and constant migration processes, the present work carries out a systematic analysis of the International Convention for the protection of the Rights of all migrant workers and their family members, signed on December 18, 1990 by the United Nations, as well as the rights contemplated in this convention, whether for the migrant worker or for his family members. A systematic analysis of the normative bases of this convention will be carried out, as well as the universal process that preceded it, including its preamble, passing through the analysis of the countries that have already adhered to it, and intends, in the end, conclude with the analysis of the current situation of applicability of this convention, including analyzing some judgments of the Inter-American Court of Human Rights on migratory rights of workers. And still, in conclusion, a

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Portucalense, Porto, Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7126431103566036>. E-mail: diegoturbino@yahoo.com.br

comparison will be made between the member countries and the condition of exporter or importer of immigrant labor, aiming to draw a characteristic pattern of the factual application of this convention.

KEYWORDS: international convention; human rights; migrant workers; rights of migrant workers; family of migrant workers.

INTRODUÇÃO

É hora de olhar de forma mais abrangente as várias dimensões da questão migratória, que agora envolve centenas de milhões de pessoas e afecta os países de origem, trânsito e destino. Precisamos de entender melhor as causas dos fluxos internacionais de pessoas e a sua complexa inter-relação com o desenvolvimento (ANNAN, KOFI, Secretário-Geral das Nações Unidas, 2002).¹

A globalização trouxe à nova ordem mundial relações múltiplas antes nunca imaginadas. Referendada, e propiciada pela internet, bem como pela evolução dos meios de comunicação e transportes como um todo, as barreiras físicas entre nações vem se tornando cada vez mais facilmente transponíveis, possibilitando assim que notícias e eventos de um lado do planeta cheguem ao outro em questão de minutos, ou até mesmo que se acesse centenas de milhares de quilômetros em questões de horas.

Todo esse processo de globalização e rompimento de barreiras entre nações vem possibilitando ao mundo intercâmbios culturais, profissionais e até mesmo econômicos, que tendem, em um consenso maior, a progredir o desenvolvimento mundial. Em contrapartida, toda essa aproximação mundial escancara diferenças sociais e econômicas gigantescas, que quando comparadas, reforçam todo o contexto histórico de dominação e exploração do velho continente sobre suas colônias.

Na mesma velocidade que se acessa informações atualizadas sobre uma outra nação, se revela e escancara as disparidades existentes entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos, ou também aqueles em desenvolvimento, como aqueles analisados nesse trabalho. É inegável que vivemos, ainda hoje, em pleno século XXI, resquícios claros e evidentes de um processo colonizador maçante e degradante de suas colônias, que, enquanto perpetuado, mesmo que com uma nova roupagem atual, como por exemplo, através da imposição dessas ex-

¹ ANNAN, KOFI, Secretário-Geral das Nações Unidas (1997 - 2007), no seu relatório sobre o fortalecimento da Organização, 2002.

colônias em gerir sua economia em grande parte por produtos primários, vendendo-os às suas antigas colonizadoras e recomprando através de produtos faturados, uma vez que a tecnologia, a informação, o conhecimento e o desenvolvimento ficaram por muitos séculos concentrados na mão dos dominadores, ou como bem definiu a professora Isabel Castro Henriques:

A colônia é ainda considerada, sobretudo nos países dos antigos colonizadores, como um terreno minado, pois não permite a cicatrização das feridas deixadas pelo colonialismo, não ajuda a silenciar um passado incómodo, dificultando a reconciliação entre os povos. O colonialismo, que chegou tarde ao vocabulário contemporâneo, transformou-se na dimensão pejorativa da colonização, englobando a colonização, os seus excessos, a sua legitimação e evocando o neocolonialismo (HENRIQUES, 2015, p. 4).

Contextualizando todo esse cenário, conseguimos compreender os processos migratórios à procura de novas e melhores oportunidades de vida, que ocorrem, principalmente, de trabalhadores de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos, o como também analisaremos aqui nesse trabalho, a migração de mão de obra específica e qualificada, para países escassos da mesma.

Deixar suas raízes, sua família, seus laços mais profundos para trás e migrar, não é fácil, tem-se que estar muito inclinado a buscar algo melhor, ou necessitando disso, pois do contrário não sairia dali. Então, muito mais que um processo social, antropológico ou até mesmo jurídico, a migração é um processo íntimo, subjetivo, intrínseco à dor de cada um de uma forma, que delimita novas condutas de vida, muitas vezes dolorosas.

É nesse contexto, ainda atual, porém conturbado, que em 18 de dezembro de 1990 a Organização das Nações Unidas (ONU) adota, pela Resolução 45/158, em Assembleia-Geral, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que passaria a entrar em vigor somente em 1 de julho de 2003 visando amparar, abarcar e dar efetividade aos direitos migratórios de todos os trabalhadores migrantes, bem como os membros de sua família.

Os direitos dos imigrantes é uma classe específica de direitos que reconhece peculiaridades enfrentadas por estes, que apesar de derivarem dos tratados gerais de Direitos Humanos, não foram mencionados nestes, o que justifica o presente estudo, visando, inclusive, compreender a evolução desses direitos no contexto mundial atual.

O presente trabalho parte do problema encontrado na própria Convenção, e em outros dispositivos sobre direitos dos trabalhadores migrantes, o baixo índice de adesão da comunidade internacional. Assim, pretende responder se é possível criar normas consuetudinárias de direito internacional nesse tema, mediante as reiteradas práticas já existentes?

Pretendendo responder tal questionamento será realizada uma análise sistemática das normativas bases desta convenção, artigo após artigo, bem como do processo universal que a precedeu, inclusive em seu preâmbulo, passando pela análise dos países que já a aderiram, suas características e semelhanças, e pretende ainda, ao final, concluir com a análise da atual situação de aplicabilidade desta convenção, inclusive analisando alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos migratórios dos trabalhadores.

Utilizando-se de uma metodologia analítica de comparação pretende-se fazer um comparativo entre os países membros e a condição de exportador ou importador de mão de obra migrante, visando desenhar um padrão característico da aplicação fática desta convenção, principalmente no tocante a sua efetividade e vinculação, utilizando-se do método de análise de dados e informações para se estabelecer os parâmetros intrínsecos a ela.

1 O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRANTES E SEUS MARCOS LEGAIS

As especificidades e peculiaridades que envolvem o direito migratório global nos leva aos primeiros movimentos e discussões surgidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no início do século XX, especificamente na segunda década do século, levando a Genebra, em 19 de maio de 1925, com o tratado que leva o nome da data da sua assinatura, Convenção nº 19, que dispõe sobre a igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho.

Faz-se necessário destacar que a referida convenção teve como foco igualar os trabalhadores estrangeiros¹ aos nacionais no tocante às indenizações por

¹ O termo estrangeiro foi se adaptando com o tempo até chegarmos ao conceito de imigrante atual, mesmo porque carregava consigo um estigma, por entender o estrangeiro como aquilo que é estranho a um local ou cultura.

acidente de trabalho, ou seja, acidentes que ocorriam dentro do local de trabalho ou em decorrência deste, o que fica claro na leitura do seu artigo primeiro:

Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificarem a presente Convenção obrigam-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado, quando vítimas de desastres no trabalho ocorridos no respectivo território, ou aos seus sucessores no respectivo direito, um tratamento igual ao que assegurarem aos seus nacionais em matéria de reparação de desastres no trabalho (OIT, 1949. Convenção nº. 19).

Interessante ressaltar um detalhe histórico importante nesse caso, uma vez que ainda tínhamos, num contexto global, colônias, possessões e protetorados, o que ficou claro no artigo nono da convenção, que vinculou a ratificação dos Estados Membros à aplicação em todas as suas colônias, posses e protetorados, de igual forma e direito.

Apesar de um fenômeno existente há milênios¹, o processo migratório começou a ganhar destaque como pauta de discussões globais no último século, chegando ao centro das discussões sobre Direitos Humanos na ONU a partir do final da década de 1979 e início da década de 1980, quando de fato se entendeu o processo migratório como algo com características específicas, que reconhecem que os imigrantes são uma categoria de pessoas vulneráveis, que enfrentam problemas específicos e oriundos do próprio processo migratório, uma vez que rompem com o seio de suas raízes, e vão, muitas vezes rumo ao desconhecido.

Assim, em 1979, a ONU preparou um estudo sobre as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos daqueles que não são cidadãos do seu próprio Estado visando a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias em um âmbito global. Desse estudo concluiu-se que os direitos dos não nacionais não estavam ainda universalmente protegidos, sendo claro a precariedade as quais esta população era exposta, bem como que as normas de direitos humanos até então existentes não conseguiam, de fato, proteger essas pessoas. Como condição para a melhora e evolução dos direitos humanos dos imigrantes em um cenário global, o referido estudo sugeriu à Comunidade Internacional a aprovação de um projeto que ficou conhecido como: Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem (DDHIN).

¹ As primeiras migrações que se tem registro datam da pré-história.

1.1 Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem

A referida Declaração foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 1985, por meio de sua Resolução 40/144 e estava inserida no grupo dos trabalhos da comissão que originou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que se reuniu pela primeira vez em 8 de outubro de 1980, sendo a primeira iniciativa da Assembleia Geral da ONU para regulamentar direitos humanos voltados para o processos migratórios internacionais, como destaca a professora Susana Ranz¹:

A Declaração reconhece pela primeira vez direitos próprios da pessoa que não se encontra em seu país de origem, como direito de transferir para o exterior seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar seu próprio idioma, cultura e tradições, ou a liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional (RANZ, 2010, p. 125).

O texto da Declaração, que é um instrumento normativo soft law², é bem curto e se firma sobre dez artigos, se fundamentando sobre a proteção do direitos humanos de uma forma mais ampla, e caracterizando direitos considerados como fundamentais aos migrantes e aos seus membros, reconhecendo assim que a ausência de direitos humanos e as liberdades fundamentais que protegem os migrantes deve ser suprida como medida de urgência, tanto que, dos estudos iniciais apresentados a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU, em 1979, à efetiva proclamação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da supracitada Declaração, em 1985, transcorreram aproximadamente seis anos.

Sob o argumento de que os direitos humanos dos migrantes não estavam completamente assegurados, e após alguns anos de trabalho e estudos prévios, ao contrário do que aconteceu com a Declaração Universal de Direitos Humanos que teve aceitação internacional e ganhou poder vinculante através da celebração dos

¹ Tradução do autor de: “La Declaración recoge por primera vez derechos propios de la persona que no se encuentra en su país de origen como el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones o La libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o La misión diplomática del Estado de que sea nacional” (RANZ, Susana Roderia. 2010, p. 125).

² Lei Branda, termo utilizado para se falar de um texto que ainda não tem força de lei, vinculativa, que não pode ser feito cumprido por organismos internacionais.

Pactos Internacionais de Direitos Humanos assinado em 1966, a Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem não teve a mesma aceitação, não se tornando norma consuetudinária, e ainda hoje passa despercebida de grande parte da comunidade jurídica internacional.

A grande discussão que surge com essa Declaração é o que alguns doutrinadores interpretam como um movimento contrário ao desenvolvimento dos Direitos Humanos modernos, que visam frear o poder estatal frente aos indivíduos, conceituado e interpretado pelo professor Cançado Trindade como: “não se pode visualizar a humanidade como um sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecermos limites do Estado a partir da ótica da humanidade. (TRINDADE, 2006, p. 393)¹. Na contramão, a Declaração traz, já em seu artigo segundo, o reconhecimento do direito soberano do Estado em fixar suas próprias políticas migratórias, bem como estabelece diferenças claras entre o estrangeiro e o nacional:

Artigo 2º - 1. Nada na presente Declaração será interpretado de forma a legitimar a entrada e a presença ilegais de um estrangeiro em qualquer Estado, e nenhuma disposição será interpretada de forma a restringir o direito de qualquer Estado a promulgar leis e regulamentos relativos à entrada de estrangeiros e aos termos e condições da sua estadia ou a estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros. Porém, tais leis e regulamentos não deverão ser incompatíveis com as obrigações jurídicas internacionais do Estado, incluindo as suas obrigações em matéria de direitos humanos. (ONU, 1985. Resolução 40/144).

É somente no artigo quinto da Declaração, metade formal do seu texto, que temos de fato um rol taxativo e explicativo quanto aos direitos humanos protegidos da população migratória, o que acontece pela primeira vez no direito migratório internacional, voltado aos direitos próprios da pessoa que não encontra em seu país de origem, como: direito de transferir, para o exterior, seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar sua própria língua, cultura e tradições, ou liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional, entre outros, conforme abaixo:

Artigo 5º - 1. Os estrangeiros gozarão, em conformidade com o direito interno e sem prejuízo das pertinentes obrigações internacionais do Estado onde se encontrem, em particular, os seguintes direitos:

a) O direito à vida e à segurança pessoal; nenhum estrangeiro será sujeito a prisão ou detenção arbitrária; nenhum estrangeiro será privado de liberdade

¹ Tradução do autor de: “No se puede visualizar La humanidad como sujeto del Derecho a partir de la óptica del Estado; lo que se impone es reconocerlos limites del Estado a partir de la óptica de La humanidad” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2006, p. 393).

a não ser com os fundamentos e em conformidade com os procedimentos estabelecidos por lei;

b) O direito à proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência;

c) O direito à igualdade perante os tribunais, juízos e todos os outros órgãos e autoridades de administração da justiça e, se necessário, o direito à assistência gratuita de um intérprete nos processos penais e, se estabelecido por lei, em outros processos;

d) O direito à escolha do cônjuge, a casar, a constituir família;

e) O direito à liberdade de pensamento, opinião, consciência e religião; o direito de manifestar a sua religião ou as suas convicções, sob reserva apenas das restrições estabelecidas por lei e que sejam necessárias para a proteção da segurança, ordem, saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais;

f) O direito de conservar a sua própria língua, cultura e tradições.

g) O direito de transferir para o estrangeiro os seus rendimentos, poupanças ou outros bens monetários pessoais, sem prejuízo da regulamentação nacional em vigor em matéria de operações monetárias.

Reforçando ainda mais essa contramão da compreensão dos Direitos Humanos modernos, como freio ao poder estatal, constata-se que a maioria dos direitos previstos pela Declaração podem expressamente serem restritos pelo poder do Estado Membro, conforme previsão expressa dos art. 5º, 2, do art. 7º e do art. 8º, §1, b, que o autoriza por uma lei nacional que vise “à proteção da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou moral públicas ou dos direitos e liberdades dos demais” (ONU, 1985).

O entendimento aplicado pela Declaração da prevalência dos direitos do Estado sobre os dos indivíduos, sem critérios específicos, de forma subjetiva, acarretou no reconhecimento excessivo do poder discricionário do Estado, consubstanciado na própria inaplicabilidade da Declaração, uma vez que o seu próprio texto reduzia o alcance protetivo dos direitos que nela estavam elencados.

2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS

É nesse contexto de acirrados debates e discussões quanto a importância dos direitos migratórios internacionais, bem como a ausência de vinculação normativa da DDHIN, que nasce a presente Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CIPDTM), um tratado de natureza jurídica multilateral, *hard law*, fruto de inúmeros estudos preliminares quanto à necessidade de um olhar mais profundo

e específico aos direitos humanos dessa população, que vive em situação de vulnerabilidade.

Nesse íterim, a CIPDTM surge como um esforço das Nações Unidas em dar poder vinculante (*hard law*¹) à Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, que a antecedeu, e que também foi fruto dos trabalhos prévios da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU.

Entretanto, a mesma rapidez e urgência que se viu na DDHIN, não se viu com a elaboração, discussão e aprovação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, uma vez que, desde a elaboração dos primeiros estudos em 1980, até a sua aprovação pela Resolução nº 45/158, de 18 de dezembro de 1990, transcorreram-se uma década.

A importância dessa Convenção para o mundo jurídico dos direitos migratórios internacionais é gigantesca, não só por ser a primeira convenção sobre direitos humanos específicos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ONU, mas também por fazer parte de um conjunto de tratados globais que visam proteger especificamente o direito de minorias, particularmente vulneráveis. Em que pese os direitos dos trabalhadores migrantes já tenham sido objetos de convenções e tratados junto a OIT, em específico a Convenção nº. 97 de 1949 que tratava sobre os trabalhadores migrantes, que foi uma revisão da própria Convenção nº. 19, bem como a Convenção nº. 143 de 1975, que tratava sobre as migrações em condições abusivas, bem como promovia a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes, baseando-se no pilar jurídico do “direito de todo o indivíduo poder abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de entrar no seu próprio país.” (OIT, 1975), foi com esta convenção que tais direitos humanos são levados à discussão dentro da ONU, bem como se inicia o entendimento do conceito de família desses imigrantes como parte do próprio processo migratório desses trabalhadores.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias é bem complexa e conta com um vasto arcabouço de artigos, em um total de 93 dispositivos divididos em

¹ Lei Rígida, termo utilizado para se falar de um texto que tem força de lei, força vinculativa, que pode ser feito cumprido por organismos internacionais.

nove partes, sendo que a Parte I define conceitos essenciais à sua interpretação; a Parte II apresenta uma cláusula geral de não discriminação; a Parte III lista os direitos que todos os migrantes devem usufruir; a Parte IV acrescenta direitos específicos dos migrantes regulares e a Parte V prevê direitos específicos de categorias específicas de migrantes; a Parte VI detalha as obrigações e responsabilidades dos Estado e; as Partes VII, VIII e IV, por fim, tratam da aplicação da Convenção e suas possíveis reservas por parte dos Estados Membros.

2.1 Preâmbulo

Na CIPDTM nos deparamos com um preâmbulo um pouco extenso, retratando os principais objetivos da convenção, bem como enunciando os princípios basilares nos quais a Convenção se escora para ser criada. Os princípios enunciados em seu preâmbulo se escoram especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Para além, esta Convenção reafirma os preceitos e princípios trazidos pelas convenções, pactos e declarações anteriormente citadas neste trabalho, afim de reforçar, e criar, pela repetição de normas e pela prática, uma norma de direito internacional consuetudinária, ou seja, normas criadas pela repetição de prática e reconhecimento internacional dos Estados.

Durante todo o texto do preâmbulo desta Convenção nos deparamos com verbos que nos remetem às ações de continuidade, como seguimento do que já foi construído até aquele momento, tanto é que os verbos utilizados se apresentam no tempo verbal do gerúndio, exatamente para trazer essa ideia de ação em movimento ou duradoura, quais sejam: Reafirmando, Recordando, Reconhecendo, Considerando, Convencidos, Tomando em consideração e Convictos. E assim se confirma com o próprio texto apresentado, a todo momento reafirmando os preceitos e princípios já consolidados de direitos humanos voltados à população migratória, recordando tudo o que já fora produzido em matéria de direito migratório até ali, bem como reconhecendo a importância do tema tratado, bem como das vulnerabilidades

dos migrantes e de suas famílias, e ainda, a extensão global dos efeitos migratórios na atualidade daquele contexto.

Por fim, baseados nos estudos prévios realizados, nos trabalhos das comissões e subcomissões envolvidas, bem como na própria DDHIN anteriormente trazida pela ONU, se postam convictos de que as migrações são a causa de graves problemas para os membros das famílias dos trabalhadores migrantes bem como para os próprios trabalhadores, e ainda que se agravam nos casos das migrações irregulares. Certos da necessidade da proteção dos direitos dessas populações e visando uma adesão e aplicação universal, acordaram quanto à presente Convenção.

2.2 Determinação de entrada em vigor da presente convenção

A entrada em vigor de um tratado refere-se ao início de sua aplicabilidade entre as partes, como o começo de vinculação direta entre os membros daquele contrato, ou seja, o início de fato da aplicação da vontade das partes.

Conforme se observa pelo art. 24 da Convenção de Viena, um tratado entra em vigor nos termos e data que estiverem previstos nele, dentre as condicionantes que o próprio tratado trouxer, acordadas pelos Estados que daquele tratado tenham participado, ou, na falta destas previsões, conforme prevê o item 2 do referido artigo³: “que o consentimento em ficar vinculado pelo tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado na negociação” (ONU, 1969. Resolução nº. 67/2003), ou seja, na ausência de disposições próprias e claras no próprio tratado, este entrará em vigor quando os consentimentos em ficar vinculado àquele tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado das negociações para a constituição do mesmo.

Superados tais entendimentos, voltamos nossa análise para as questões pertinentes à entrada em vigor da Convenção dos Trabalhadores Imigrantes, objeto desse estudo. Conforme disposto em seu artigo 87, a referida convenção entrou em vigor no primeiro dia seguinte após três meses da data de depósito¹ do vigésimo

¹ A data de depósito do instrumento do tratado, conforme artigo 16º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, dar-se-á de três maneiras: da troca dos instrumentos entre os Estados Contratantes, do seu depósito junto ao depositário ou da notificação aos Estados Contratantes ou ao depositário, se assim for acordado.

instrumento de ratificação¹, ou seja, em 1º de julho de 2003, após a assinatura dos Estados Membros El Salvador e Guatemala, que ambos ratificaram em 14 de março de 2003.

Neste mesmo sentido, o referido artigo convencionou que para aqueles Estados que aderissem à presente Convenção após a mesma entrar em vigor, esta vincularia o referido Estado somente após três meses da data de depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

Assim sendo, de acordo com a ONU, hoje 58 Estados são membros desta convenção, e 40 são signatários, sendo que os dois últimos Estados a ratificarem a convenção foram Chad em 22 de fevereiro de 2022 e Malawi em 23 de setembro de 2022. Da aprovação da Convenção em 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia-Geral da ONU até que a mesma entrasse em vigor, em 1º de julho de 2003, transcorreram ainda quase 13 anos, um período muito longo se pensarmos que o dobro do mínimo exigido já fazia parte como Estados participantes na elaboração da Convenção.

3 ESTADOS MEMBROS

Conforme dados já citados, atualmente a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias conta com 58 Estados Membros, mapeando a distribuição desses países este trabalho constatou que: a grande maioria vem do continente africano, um total de 28 países, 9 países da Ásia, 9 países da América do Sul (somente Brasil e Suriname não fazem parte), 8 países da América Central, 2 da Europa, 1 país da América do Norte, o México, e 1 país da Oceania, Fiji.

Esse desenho da distribuição geográfica dos Estados Membros nos indica claramente alguns pontos muito importantes sobre os contextos geográficos e socioeconômicos mundiais: primeiro, a maioria dos Estados membros dessa Convenção são países exportadores de mão de obra para outros países, tendo alguns exemplos clássicos como Filipinas, México, Marrocos e países latino-americanos. Esses países, inclusive, em suas justificações de ratificações da referida Convenção apresentam, como um dos fundamentos, a proteção da sua

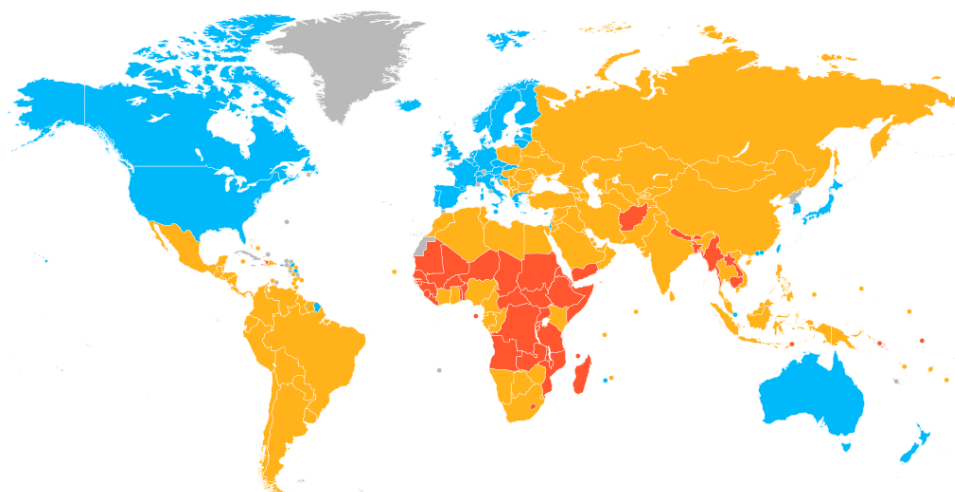
¹ A data do vigésimo depósito ocorreu em março de 2003.

população que vive fora do seu território, ou seja, aqueles nacionais que emigram para outros países, por diversos fatores.

Um segundo ponto, e muito importante, que se identifica analisando esses Estados Membros, está relacionado com a distribuição do desenvolvimento socioeconômico global, ou seja, os países que assinaram a presente Convenção são, e esmagadora maioria, países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, conforme os critérios estabelecidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pela Organização das Nações Unidas.

Para uma melhor compreensão e visualização desse confronto de informações, entre Estados Membros da Convenção e países Subdesenvolvidos ou em Desenvolvimento, utilizamos o mapa da Alice Hunter que coletou e mapeou os dados apresentados pela ONU em 2021 e pelo FMI em 2002. É importante esclarecer que o mapa utiliza dois critérios para ser construído, o primeiro pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), constituído de indicadores econômicos globais, tais como renda per capita, Produto Interno Bruto, Inflação e etc., tendo a separação entre economias avançadas e economias emergentes e em desenvolvimento, enquanto o segundo, pela ONU, foi constituído de indicadores de desenvolvimento humano, levando em conta os países menos desenvolvidos do globo.

Figura 1 – Distribuição Geográfica dos Países Desenvolvidos, Em Desenvolvimento e Menos Desenvolvidos¹



Fonte: Alice Hunter – Dados fornecidos pela ONU (2021) e FMI (2022).

¹ Os países designados pelo Fundo Monetário Internacional como economias avançadas estão em azul, enquanto os países designados como economias emergentes e em desenvolvimento estão em laranja e vermelho; destes, os designados pelas Nações Unidas como países menos desenvolvidos estão em vermelho, enquanto outros estão em laranja. Os países mostrados em cinza não foram classificados pelo FMI ou pela ONU.

A partir da análise do mapa acima fica fácil de se perceber que a demarcação que separa os países avançados e desenvolvidos (em azul), dos países emergentes ou menos desenvolvidos (em laranja e vermelho), coincide claramente com a separação entre os Estados Membros da Convenção e aqueles que não a ratificaram, começando pelo México, passando por toda a América do Sul, toda África, parte da Europa oriental e indo por toda a Ásia. Os continentes aos quais a grande maioria dos Estados Membros pertencem, América Central, América do Sul, África e Ásia são compostos de países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, reforçando a característica de países exportadores de mão de obra migrante, que em sua maioria migram em busca de melhores qualidades de vida para si e os membros de suas famílias.

3.1 O equilíbrio entre a soberania estatal e os direitos humanos dos trabalhadores migrantes

Toda essa dificuldade de adesão dos Estados reflete, até os dias de hoje, como que os direitos migratórios são, ainda, sensíveis do ponto de vista da soberania dos Estados, que, temerosos por possíveis conflitos em seus territórios, tendem, cada vez mais se blindarem de processos migratórios, principalmente permanentes ou duradouros. E ainda, refletem, também, o desinteresse global dos Estados em promoverem e criarem políticas públicas em defesa dos direitos daqueles que não lhes são nacionais.

Visando equilibrar essa tensão entre a autonomia territorial dos Estados, e a necessidade de proteção dos direitos humanos da população migratória, a própria Convenção estabelece limites e diretrizes, seja ao prever significativos direitos aos migrantes indocumentados, seja quando os prevê em menor escala do que aqueles conferidos aos migrantes regulares. Neste mesmo sentido, deixa claro e reafirma a soberania estatal ao dispor em seu art. 79 que “nenhuma disposição da presente Convenção afecta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e membros das suas famílias”.

Apesar dessa tentativa de equacionar a balança entre a soberania do Estado e a aplicação dos direitos humanos individuais dos migrantes, resta claro que o peso do poder estatal desequilibrou, restando certo que a própria Convenção reconheceu expressamente que a soberania estatal poderia limitar direitos humanos nela

expressos, o que por si só já é um paradoxo, pois cria mecanismos limitadores da sua própria atuação. Fica claro que essa reserva de poderes ao Estado, principalmente expressa nos arts. 35, 42 e 56 da Convenção foi incluída com o intuito de afastar o receio de muitos países em ratificá-la, porém não atingiu esse objetivo de ampliar a adesão internacional e ainda limitou o alcance dos direitos protegidos por esta.

Esse claro desequilíbrio afeta, principalmente, os trabalhadores migrantes não documentados, que são o subgrupo mais vulnerável, pois ficam à sombra da discricionariedade do Estado quanto às medidas punitivas que sofrerão, como por exemplo a própria deportação, não sendo possível sequer reivindicar seus direitos protegidos por esta Convenção. Não sendo raro noticiar situações de explorações sofridas por essa população, que, por serem indocumentados são explorados e ameaçados por empregadores que os amordaçam sob a ameaça de lhes entregar à imigração. Por certo a própria Convenção criou mordaças práticas para que os migrantes indocumentados pudessem questionar os seus direitos protegidos por ela mesma, permitindo que, em muitos casos, o próprio violador dos direitos dessa população, seus empregadores exploradores, os ameacem com a aplicação legal constituída pela Convenção, o direito nacional da deportação.

Assim define muito bem Ana Paula Saladin:

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

Conforme percebe-se, na prática recorrente, é que a prevalência do controle estatal migratório não resguarda o migrante indocumentado, ao contrário, faz-se que o mesmo se submeta às condições degradantes e humilhantes sob o fantasma da deportação, inclusive dissuadindo-o de requerer seus direitos previstos nessa Convenção, especificamente no art. 25, sob a ameaça da exposição da sua condição imigratória irregular. O art. 35 da CPDTM, neste íterim, expressamente claramente a inexistência de qualquer imunidade ou anistia ao migrante indocumentado que reivindique seus direitos garantidos pela Convenção:

Nenhuma das disposições da parte III da presente Convenção deve ser interpretada como implicando a regularização da situação dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, ou um qualquer direito a ver regularizada a sua situação, nem como afetando as medidas destinadas a

assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na parte VI da presente Convenção (ONU, 1990).

Ora, aqui está firmado mais uma grande contradição criada pela própria Convenção, que, ao classificar e separar os migrantes quanto a sua condição de regularidade, também reserva direitos para os migrantes indocumentados, porém inviabiliza que os mesmos reivindiquem tais direitos, pois além de não citar uma proteção para que assim o façam, estabelece expressamente que estes não terão qualquer proteção quando assim o fizer.

4 OS DIREITOS ABARCADOS PELA CONVENÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

Conforme já trazidos no preâmbulo da Convenção, os direitos abarcados pelo seu texto legal têm a natureza de direitos humanos e individuais, elencando um rol de direitos fundamentais dos migrantes e dos membros das suas famílias, tais como o direito à vida, liberdade de pensamento e religião, direitos culturais, segurança pessoal, devido processo legal, igualdade perante o judiciário, planejamento familiar, direito de fazer remessas ao seu país de origem e etc.

De início o primeiro artigo da Convenção já garante aos migrantes e aos membros de suas famílias a aplicação em igualdade de todos os direitos elencados nela, vedando qualquer discriminação, seja por raça, sexo, cor, religião, convicção política e outras, garantindo assim a igualdade entre todos aqueles que forem sujeitos de direitos perante a Convenção.

Do mesmo modo, já no artigo segundo, confere a aplicação de todos os direitos ali elencados naquela Convenção a todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, compreendendo assim tanto a preparação da migração, a sua partida, o trânsito¹, bem como a duração da sua estada, e por fim, o regresso ao seu Estado de origem. Aqui temos um ponto importante, pois a Convenção pretendeu proteger o processo migratório como um todo, que começa e termina no Estado de origem do migrante, haja vista que leva em consideração, para proteção de direitos, todo o processo preparatório, bem

¹ A Convenção define em seu art. 6º, c, Estado de Trânsito como qualquer Estado por cujo território a pessoa interessada deva transitar a fim de se dirigir para o Estado de emprego ou do Estado de emprego para o Estado de origem ou de residência habitual.

como o curso desse processo, seja nos países de trânsito daquele migrante, seja no seu destino final como migrante, bem como por fim, o seu regresso à sua pátria.

Os Direitos Humanos em si são elencados a partir do art. 8º da Convenção, em sua Parte III, que vai até o art. 35º e versam em suma sobre direito ao livre trânsito, a ir e vir, inclusive quanto a regressar ao seu Estado de origem, a vida, a proibição da tortura, a vedação ao serviço escravo, de servidão ou às condições análogas aos mesmos, liberdade de pensamento, de consciência e religião, liberdade de expressão, inviolabilidade do seu domicílio e vida privada, de terem seus bens constrictos, à preservação da sua segurança, a condições especiais e dignas de prisão, em casos de cometimento de crimes, direitos de recorrerem à justiça, proteção a proibição somente tipificada em lei, vedação a detenções em virtudes de não cumprimento de regras do contrato de trabalho, proteção aos seus documentos pessoais, vedações às expulsões coletivas, direito de acesso e proteção às autoridades diplomáticas e consulares, reconhecimento de sua personalidade jurídica, podendo abrir empresas, a igualdade no tratamento com nacionais em questões trabalhistas, participação em reuniões sindicais e a eles se filiarem, acesso igualitário à direitos previdenciários e de segurança social, direito a saúde, direito a identidade civil, acesso a educação, manter laços culturais com seu Estado de origem, transferir seus ganhos e poupanças para o Estado de origem, direito ao acesso a informações quanto aos direitos previstos nesta Convenção.

A presente Convenção faz uma diferenciação taxativa quando aos trabalhadores migrantes e suas famílias documentados e indocumentados, trazendo outros direitos específicos daqueles que estão em situação regular, direitos esses que vão do art. 36º ao art. 56º, que visam trazer mais privilégios e proteções àqueles que, no entendimento da Convenção, cumpriram as condições e regulamentos para se tornarem documentados dentro de um determinado Estado membro. Os outros direitos elencados na Parte IV da Convenção são: direito de informações quanto as exigências legais para manutenção dos seus documentos migratórios; direito de se ausentarem do Estado de emprego sem perda da condição de documentado; de circular livremente por todo o território do estado de emprego; de constituir associações e sindicatos; participação de assuntos políticos, inclusive votar e se candidatar em seu Estado de origem; acordos de bilateralidade trabalhista entres os estados Membros; direitos de igualdade aos nacionais em matéria de educação, habitação, saúde, cultura, serviços sociais; o direito a proteção da família;

importação e exportação dos seus bens pessoais ou domésticos; igualdade de carga tributária com os nacionais; igualdade de autorização de residência e trabalho; direito ao reagrupamento familiar em caso de falecimento ou dissolução do casamento; livre procura de emprego; igualdade de direitos trabalhistas com os nacionais; vedação a deportação sem previsão expressa na lei.

4.1 Quem são os sujeitos de direitos tratados na convenção

A Convenção define dois grandes grupos de sujeitos de direitos elencados no seu texto, quais são, os trabalhadores migrantes, que se subdividem em a) trabalhadores fronteiriços, b) trabalhadores sazonais, c) trabalhadores marítimos, d) trabalhadores numa estrutura marítima, e) trabalhadores itinerantes, f) trabalhadores vinculados a um projeto, g) trabalhadores com emprego específico e h) trabalhadores independentes e os membros de suas famílias.

E ainda, em seu artigo terceiro, a Convenção exclui aqueles aos quais ela não se aplica, quais sejam: a) às pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais, nem às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenharem funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas; b) às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento e noutros programas de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas trabalhadores migrantes; c) às pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores; d) Aos refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado; e) Aos estudantes e estagiários; f) Aos marítimos e aos trabalhadores de estruturas marítimas que não tenham sido autorizados a residir ou a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego (ONU, 1990).

Em seu artigo quinto a Convenção faz uma distinção importante, definindo os conceitos de trabalhadores migrantes e os membros de suas famílias que são documentados, como sendo aqueles que estão em situação regular no Estado de

emprego, bem como os indocumentados, que são aqueles que não preenchem às condições de situação regular no referido Estado de emprego.

4.1.1 Trabalhadores migrantes

A Convenção define trabalhadores migrantes como: “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional” (ONU, 1990. Resolução nº. 45/158).

Os trabalhadores migrantes são subdivididos por categorias na Convenção, de acordo com as características da atividade laboral que irá realizar, como: a) trabalhadores fronteiriços, que são os trabalhadores que exercem suas atividades laborais em outro Estado vizinho, mas regressa ao seu domicilio todo dia ou uma vez por semana, como por exemplo um médico que fica a semana inteira no país vizinho a sua residência, aonde está o hospital; b) trabalhadores sazonais, que são aqueles que exercem suas atividades durante uma parte do ano, em virtude das condições sazonais do seu trabalho, como por exemplo os trabalhadores de colheitas; c) trabalhadores marítimos, que são os trabalhadores que atuam a bordo de um navio matriculado num Estado do qual não é nacional, por exemplo um pescador argentino que trabalha em um navio uruguaio; d) trabalhadores numa estrutura marítima, que são os trabalhadores que atuam em uma estrutura marítima que se encontra sob a jurisdição de um Estado que não é o seu, como por exemplo o petroleiro que atua na plataforma de petróleo de outro país que não o seu; e) trabalhadores itinerantes, que são aqueles viajam a trabalho para outros Estados por períodos curtos, devido à natureza da sua ocupação, como por exemplo executivos de multinacionais; f) trabalhadores vinculados a um projeto, que são aqueles admitidos em um estado para um emprego por tempo definido, para trabalhar unicamente em um projeto concreto, conduzido por um empregador nesse Estado, por exemplo, um engenheiro de obras que é contratado para projetar um estádio de futebol em outro país que não o seu, por um prazo determinado; g) trabalhadores com emprego específico, que são aqueles que em virtude de um período limitado e definido, podem exercer uma tarefa ou função específica, uma atividade que exige competências profissionais, comerciais, técnicas ou altamente especializadas de outra natureza ou ainda um trabalho de natureza transitória ou de curta duração, devendo regressar ao seu Estado de origem quando do término da tarefa ou função,

ou ainda se expirado o prazo concedido, por exemplo, um pesquisador que vai a outro Estado para contribuir por um período com o desenvolvimento de vacina para a COVID-19; e por fim, h) trabalhadores independentes, que são aqueles autônomos, que exercem atividades sem contratos de trabalho, como por exemplo um comerciante que monta um loja no estado de trabalho.

4.1.2 Membros das famílias dos trabalhadores migrantes

A Convenção define, em seu art. 4º, como "membros da família":

A pessoa casada com o trabalhador migrante ou que com ele mantém uma relação que, em virtude da legislação aplicável, produz efeitos equivalentes aos do casamento, bem como os filhos a seu cargo e outras pessoas a seu cargo, reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados. (ONU, 1990. Resolução nº. 45/158).

Na leitura do texto da Convenção percebe-se conceitos característicos para a formação de quem são os membros das famílias dos trabalhadores migrantes. Considera-se como membros da família desses trabalhadores aquele com que o trabalhador migrante é casado, ou que mantém uma relação que produza efeitos equivalentes ao casamento à luz da legislação do Estado de Emprego¹, como por exemplo a união estável no Brasil. São considerados também, membros das famílias dos trabalhadores migrantes seus filhos ou outras pessoas que tiverem sob a sua responsabilidade, desde que reconhecidos como familiares pela legislação do Estado de Emprego, ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados.

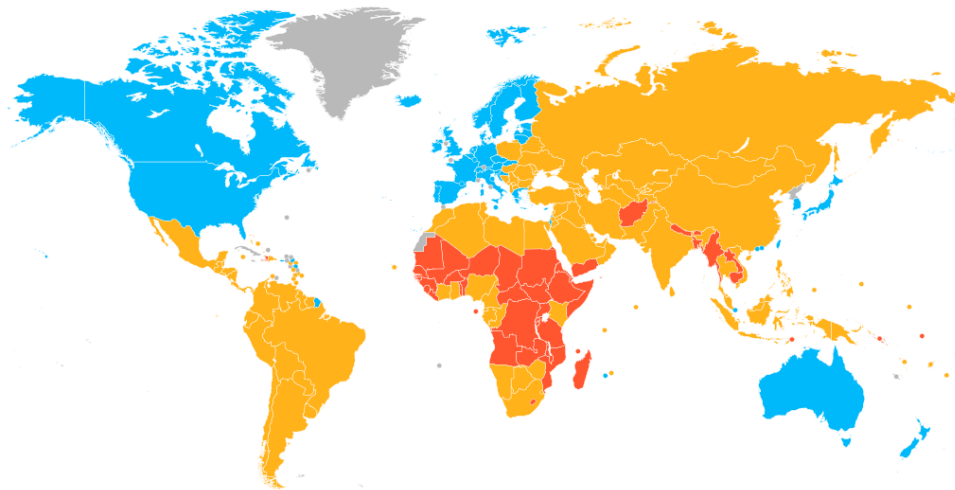
Um grande problema que encontramos nessa configuração de família é a ausência expressa das famílias homoafetivas, que, apesar de se encaixarem no art. 4º como alguém com quem mantém uma relação que produza efeitos equivalentes ao casamento à luz da legislação do Estado de Emprego, deve-se considerar que somente a África do Sul, no continente africano, bem como Taiwan, no continente asiático, permitem o casamento homoafetivo, e nenhum desses dois países são membros desta Convenção.

Analisando o mapa abaixo, que indica quais os países no mundo que permitem o casamento homoafetivo, ou a união estável (de roxo claro e escuro), fica claro que são inversamente proporcionais àqueles Estados Membros da Convenção,

¹ Estado onde o trabalhador migrante vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada.

haja vista que nenhum país africano, bem como nenhum asiático, Membros da Convenção, reconhecem o casamento ou a união estável homoafetiva.

Figura 2 – Mapa de casamentos igualitários e uniões estáveis



Fonte: Ilga Word Data Base (2023).

Vale ressaltar que dos 193 Estados Membros da Organização das Nações Unidas, 12 deles têm legislações que permitem somente a união civil entre pessoas de sexo oposto¹, dentre eles temos, em ordem alfabética: Croácia, Chipre, Estônia, Grécia, Hungria, Israel, Itália, Liechtenstein, Mônaco, Montenegro, República Tcheca e San Marino. Esses dados são importantes para percebermos que para a efetivação plena dos direitos trazidos nessa Convenção faz-se necessário uma grande discussão quanto ao conceito de família, bem como um estudo aprofundado acerca das legislações nacionais de cada Estado Membro, o que não é o foco deste trabalho no momento.

5 CONTEXTO ATUAL GLOBAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES E SUAS FAMÍLIAS

Conforme já narrado amplamente neste trabalho, resta claro que a aderência à presente Convenção foi um fiasco, surpreendendo inclusive àqueles mais pessimistas quando da sua aprovação. O próprio requisito baixo, de somente 20 Estados Membros, para entrada em vigor já demonstrava os receios à resistência de sua adesão.

¹ Dados obtidos pela Organização Ilga Word Data Base em Abril 2023 – Acessado em 28 de julho de 2023 em <https://database.ilga.org/matrimonio-igualitario-union-civil>

Entretanto, vale ressaltar o marco jurídico importante e necessário da presente Convenção, haja vista que, no âmbito das Nações Unidas foi a primeira vez que as vulnerabilidades dos trabalhadores migrantes e suas famílias foi considerada e levada à discussão. No mesmo sentido, resta claro que a ONU procura, com tais discussões, estudos, projetos, pactos, tratados e diretrizes, consolidar uma prática jurídica no direito internacional, na tentativa de se criar uma fonte do Direito Internacional, qual seja, o costume internacional, firmado pelo reconhecimento da comunidade internacional e pela sua prática.

Prova maior são as ações da ONU após 10 anos da entrada em vigor da presente Convenção, com assinatura da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes em 2016 (Soft Law), que reconheceu a necessidade de maior cooperação entre as nações para lidar com a migração de forma eficaz, bem como do Pacto Mundial para a Imigração Segura, Ordenada e Regular (Soft Law), Resolução aprovada pela Assembleia Geral nº. 73/195 em 19 de dezembro de 2018.

5.1 Declaração de Nova Yor para Refugiados e Migrantes assinada em 2016

A Declaração de Nova York é um instrumento *soft law*, com o condão de conscientizar os países do globo quanto às questões crescentes e exponenciais dos refugiados e dos migrantes no contexto atual de globalização, chamando atenção para esse fenômeno que é urgente, existente de fato, e necessário. Por mais que os Estados acreditem que possam fechar suas fronteiras e controlar todos que entram e saem delas, não existe material humano e tecnológico para essa garantia.

Com relação à situação específica dos migrantes, a Declaração objetiva a criação de um sistema de “abordagem cooperativa para otimizar os benefícios gerais da migração, além de mitigar seus riscos e desafios para indivíduos e comunidades nos países de origem, de trânsito e de destino” (ONU, 2018).

Busca-se, com esta Declaração, uma conscientização dos Estados de que é necessário fazer algo. De acordo com um relatório de 2019, feito pela Organização Internacional para Migrações (OIM), estima-se que haja a gigantesca população migratória de aproximadamente 272 milhões de migrantes internacionais no mundo, o que correspondendo a aproximadamente 3,5% da população mundial (OIM, 2019), ou seja, quase 4% da população mundial não vive em seu país de origem, não

mantém plenamente seus laços e raízes, e muitas vezes, sequer consegue rever os seus familiares.

A Declaração alcançou um marco importante ao ser adotada por todos os 193 países-membros da ONU, que juntos, apresentaram compromissos gerais que atendem aos interesses tanto dos migrantes quanto dos refugiados. Todos os pontos firmados se baseiam no respeito aos direitos humanos, aos princípios fundamentais dos seres, incluindo o repúdio a manifestações raciais e xenofóbicas, principalmente aquelas que são imputadas aos migrantes de forma velada, quando não lhe são concedidos direitos em paridade com os nacionais, bem como o reconhecimento da maior vulnerabilidade de certos subgrupos dentro dos migrantes, como o das mulheres e das crianças.

Seguindo a mesma linha da CIPDTM, esta Declaração contempla todo o processo migratório, que começa e termina no Estado de origem do migrante, haja vista que leva em consideração, para proteção de direitos, todo o processo preparatório, bem como o curso desse processo, seja nos países de trânsito daquele migrante, seja no seu destino final como migrante, bem como por fim, o seu regresso à sua pátria.

A Declaração propõe como objetivo final, dois grandes Pactos, o Pacto Global dos Refugiados, e o Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular, que é o nosso objeto de estudo, e que perceberemos uma inovação, ao trazer o conceito da migração como uma escolha, não como uma necessidade, no sentido de fornecer condições ao migrante para que ele possa ter a migração como um projeto a ser traçado e desenvolvido.

5.2 Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular

O Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular (*soft law*), como já dito, foi a consequência direta da conclusão dos trabalhos firmados através da Declaração de Nova York, sendo aprovada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU nº. 73/195 em 19 de dezembro de 2018, ou seja, dois anos após.

O Pacto Mundial está baseado na cooperação dos Estados, sob a ótica, mais uma vez, da necessidade de regulamentar as migrações globais, e olhar para elas como um fato existente e necessário, tornando-as seguras, ordenadas e regulares.

Seu texto traz consigo uma ideia nova acerca das migrações, invertendo a lógica de um processo de necessidade de quem migra para um processo de escolha, como se o migrante pudesse alcançar o patamar de ter o processo migratório como uma escolha, não como uma necessidade. Entretanto, para tanto, faz-se necessário um esforço de todos os atores internacionais envolvidos, os próprios Estados, as organizações internacionais, bem como a sociedade civil como um todo.

Apesar de não vinculante, o Pacto conseguiu reunir voto favorável de 152 Estados-Membros na Assembleia Geral da ONU, tendo somente 5 votos contra, da Polónia, Hungria, República Checa, Estados Unidos da América e Israel, e somente 12 abstenções. O texto propõe uma estrutura para cooperação, baseada em 10 princípios orientadores, composta por 23 objetivos, e também incluindo medidas de implementação, acompanhamento e revisão, todos centrados numa visão voltada para as pessoas, o respeito pelos direitos humanos, a igualdade de género, o superior interesse das crianças, a cooperação internacional, a soberania nacional, o Estado de Direito, o desenvolvimento sustentável, e a abordagem holística das migrações.

O Pacto Global compreende 23 objetivos para uma melhor gestão da migração nos níveis local, nacional, regional e global, seja olhando para o indivíduo, visando mitigar os fatores adversos e estruturais que impedem as pessoas de construir e manter meios de subsistência sustentáveis em seus países de origem, para que assim não precisem de migrar. Pretende reduzir os riscos e vulnerabilidades que os migrantes enfrentam nas diferentes fases da migração, respeitando, protegendo e cumprindo os seus direitos humanos e prestando-lhes cuidados e assistência em todo o processo migratório.

No mesmo sentido, olhando para o Estado, busca atender às legítimas preocupações dos Estados e comunidades, reconhecendo que as sociedades estão passando por mudanças demográficas, econômicas, sociais e ambientais em diferentes escalas, e que podem ter implicações e agravamento com as migrações. Por fim, visando uma cooperação internacional, se esforça para criar condições propícias que permitam a todos os migrantes desenvolver nossas sociedades por meio de suas capacidades humanas, econômicas e sociais e, assim, facilitar suas contribuições para o desenvolvimento sustentável nos níveis local, nacional, regional e global.

Uma inovação importante do Pacto em relação a CIPDTM, apesar de não ter poder vinculante como a Convenção, é que ele não faz distinção entre os direitos concedidos aos migrantes regulares e irregulares, ou entre migrantes econômicos e refugiados, entendendo que todos são populações em situação de vulnerabilidade, sendo cada um em condições específicas, merecendo um olhar especial da comunidade internacional.

5.3 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Analisaremos um Parecer Consultivo realizado pelo Estado do México em relação aos Direitos Humanos do Migrantes Indocumentados, com sentença proferida pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em 17 de setembro de 2003, acompanhado por unanimidade dos demais julgadores, vejamos:

PARECER CONSULTIVO 18/03 - O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR NO MARCO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental. 2. Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional. 3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno. 4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do jus cogens. 5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações erga omnes de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. 6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o status migratório das pessoas. 7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas 147 MIGRAÇÃO, REFÚGIO E APÁTRIDAS - PARECER CONSULTIVO 18/03 - CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu status migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. 8. Que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou

irregular no Estado receptor. Estes direitos são consequência da relação trabalhista. 9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais. 10. Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática. 11. Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. Os Juízes Cançado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli deram a conhecer à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham este Parecer Consultivo. Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 17 de setembro de 2003 (CIDH, 2003, p. 146-147).

Alguns pontos são importantes destacar e muito ilustrativos quanto a manifestação da corte, inclusive quanto ao posicionamento recente da mesma. Logo no início da fundamentação da disposição do julgado temos um princípio norteador do Direito Internacional, qual seja, o de que todos Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais, bem como, diante dessa obrigação, devem “adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental” (CIDH, 2003, p. 146-147).

Do mesmo modo, destaca que o princípio de igualdade e não discriminação é basilar dos Direitos Humanos modernos, devendo ser aplicado a todos, sem distinções, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no âmbito do direito interno de cada Estado, e que geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. Que esse dever do Estado de proteger e respeitar os direitos humanos das pessoas independem de suas condições particulares, inclusive sobre seus status migratórios.

Neste mesmo sentido, traz a luz um dos princípios mais importantes do Direito, que inclusive existe como mantenedor da própria existência e eficácia do Direito, que é o devido processo legal, e que este deve ser aplicado a todos, sem distinção, como a única forma de se chegar próximo de fazer justiça, assim se manifesta a Corte: “O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma” (CIDH, 2003, p. 146-147).

Outro ponto muito importante neste julgado é que se define a natureza jurídica dos direitos trabalhistas, bem como o seu fator gerador, que, de fato, é a condição ao trabalho, ou seja, os direitos trabalhistas são inerentes ao trabalhador, que, ao iniciar uma atividade laborativa os adquire de imediato, sendo que “a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista” (CIDH, 2003, p. 146-147). Assim sendo, o Estado tem a obrigação de garantir e preservar tais direitos, independentemente da condição de documentação ou não deste imigrante.

Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática (CIDH, 2003, p. 146-147).

A conclusão deste brilhante julgado coaduna com tudo o que foi trabalhado nesta pesquisa, haja vista que entende que os trabalhadores migrantes gozam de direitos trabalhistas independentemente da sua condição migratória, haja vista serem inerentes à suas atividades laborativas, sendo o Estado de trabalho deste migrante o responsável por garantir, na íntegra, a proteção a esses direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÕES

Os direitos migratórios são, ainda hoje, um tema muito sensível à comunidade jurídica internacional, pois encontra um obstáculo muito poderoso, a soberania estatal, um dos princípios basilares do Direito Internacional (DI), haja vista que, como um acordo de cavalheiros, o Direito Internacional necessita do reconhecimento da soberania dos Estados para que se discuta qualquer questão de interesse global, ou até mesmo de interesse bilateral. Reconhecer a soberania de um Estado é o que ajuda a promover a paz e o respeito entre as nações.

Contudo, tal soberania não é absoluta, e, por vezes, é relativizada para que se tenha acordos e tratados entre Estados soberanos. No caso do direito migratório existe claramente uma resistência em relativizar essa soberania, haja vista o interesse protecionista e nacionalista que a maioria dos Estados carregam, distribuindo tentáculos de poder para um controle soberano do seu território. Essa resistência à relativização da sua soberania em relação aos direitos migratórios cria

um desequilíbrio notório entre a relação Direitos Humanos Migratórios x Soberania do Estado, no qual uma das partes sempre se apresenta mais forte e desigual.

Os crescentes movimentos migratórios é uma realidade, queiram ou não, gostem ou não, segundo estudos recentes da ONU, 2023, Refugiados e Migrantes, existem cerca de 258 milhões de migrantes em todo o mundo vivendo fora de seu país de origem, o que corresponde hoje há mais de 2,5% da população mundial. Olhar para as condições e os direitos dessa população é uma necessidade urgente global, haja vista, que não há como se falar em aplicação plena dos direitos humanos se parte da humanidade não estiver contemplada e protegida pelos mesmos.

Dentro da análise trazida no presente trabalho, principalmente quanto a falta de adesão da comunidade internacional frente a movimentos que visam formalizar e contemplar esses direitos migratórios, tal como a própria Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ou até o mais recente, O Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular, percebe-se que existe um movimento claro por parte da ONU em tentar, pela repetição de normas e pela prática, a construção de uma fonte de direito internacional consuetudinário, ou seja, normas criadas pela repetição de prática e reconhecimento internacional dos Estados.

Nesse diapasão, o presente trabalho conclui e responde à questão problema trazida, de que sim, é possível firmar, a partir da prática reiterada de condutas, uma nova fonte de DI migratório, qual seja, o costume, fonte originária do Direito. No presente caso, a existência da prática de alguns costumes, como as reiteradas propostas, pactos e a própria Convenção da ONU, bem como os compromissos firmados pelos Estados em garantir o desenvolvimento de uma migração saudável, e ainda, a aplicação em seus Direitos Nacionais de normas e princípios extraídos desses acordos, com o tempo, visam se tornarem uma expressão de uma conduta, que no futuro, poderá ser uma norma consuetudinária.

De igual forma, este trabalho conclui, com a análise sistemática da CIPDTM, bem como sua atual situação de aplicabilidade, inclusive após a análise de alguns julgados da Organização Internacional do Trabalho sobre direitos migratórios dos trabalhadores, que a referida Convenção está longe de firmar, de fato, uma norma jurídica eficaz internacionalmente, seja pela sua baixa adesão de Estados Membros, seja pelos próprios problemas de aplicação criados no texto da Convenção, que por

si só, entregam à sorte dos Estados e do seu Direito Nacional, a aplicabilidade ou o afastamento das normas da Convenção.

Por fim, se estabelece claramente que, o desenho da distribuição geográfica dos Estados Membros nos indica que a maioria destes são de países exportadores de mão de obra para outros países, tendo alguns exemplos clássicos como Filipinas, México, Marrocos e países latino-americanos. Esses países, inclusive, em suas justificações de ratificações da referida Convenção apresentam, como um dos fundamentos, a proteção da sua população que vive fora do seu território, ou seja, aqueles nacionais que emigram para outros países, por diversos fatores. E, outro ponto muito importante que se identifica é que os países que assinaram a presente Convenção são, em esmagadora maioria, países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento.

No tocante aos direitos trabalhistas dessa população migratória, não há dúvida, por este autor, que os mesmos são inerentes à suas condições de trabalhadores, independentemente das suas condições de migrantes, cabendo ao Estado de trabalho deste migrante o responsável por garantir, na íntegra, a proteção a esses direitos humanos fundamentais.

O presente trabalho deixa a reflexão quanto a necessidade de se regulamentar, de forma eficaz, e com adesão global, os direitos humanos dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, pois somente assim teremos um mundo mais justo e humano.

Como contribuição e estudos dessa questão, propõe, para um estudo futuro, a análise dos julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de direitos humanos migratórios, bem como outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de se compreender qual o posicionamento destes tribunais e a jurisprudência que veem se formando.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. L. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2015. ISBN: 978-852-730-067-4.

ARGOLO, R. J. A. **A emigração angolana para Brasil: imigrantes, estudantes e refugiados**. *Revista Aedos*. 2018. Porto Alegre, v. 10, n. 23, p. 320–336. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/83347>. Acesso em: 25 julho de 2023. ISSN: 1984-5624.

BRITO, W. **Direito Internacional Público**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-322-233-3.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo nº. 16/99 - O Direito À Informação Sobre A Assistência Consular No Marco Do Devido Processo Legal**. 2003, p. 67-180. Consultado em 29 de julho de 2023 em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>.

ELHAJJI, M. Mapas subjetivos de um mundo em movimento: migrações, mídia étnica e identidades transnacionais. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación**, v. 13, n. 2, mai/ago. 2011.

FARENA, M. N. F. C. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira**. Curitiba: Editora Juruá, 2012. ISBN: 978-853-623-638-4. HENRIQUES, I. C. **Colonialismo e História**. Lisboa, Lisboa School of Economics & Management, 2015. Acessado em 12 de julho de 2023 em <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/7815/1/WP132.pdf>.

JÚNIOR, A. G. P.; THEODORO, D. F. (Org.). **Legislação Migratória Compilada**. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Nacional de Imigração, 2021. ISBN: 978-65-87762-11-1.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias**. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº. 45/158. Áustria, 1990. Consultado em 14 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convencaomigrantes.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados**. Resolução da Assembleia da República nº. 67/2003. Áustria, 1969. Consultado em 17 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país onde vivem**. Resolução 40/144. 1985. Áustria, 1985. Consultado em 14 de julho de 2023 em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao-naonacionais.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular**. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº. 73/195. Marrocos, 19 de dezembro de 2018. Consultado em 20 de julho de 2023 em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 19**. Genebra, 1925. Consultado em 20 de julho de 2023 em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-19-da-organizacao-internacional-do-trabalho-relativa-igualdade-de-0>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 97**. Genebra, 1949. Consultado em 25 de julho de 2023 em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convenc_ao_97_oit_trabalhadores_migrantes.pdf.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção n.º 143**. Genebra, 1975. Consultado em 25 de julho de 2023 em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convenc_ao_143_oit_trabalhadores_migrantes.pdf

QUEIROZ, C. **Direito Internacional e Relações Internacionais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN: 978-972-321-709-4.

QUEIROZ, M. ANGOLA-BRASIL: **Português - a Língua Comum do Comércio**. *Jornal IPS News*. Lisboa, 2017. Disponível em <https://web.archive.org/web/20080904014903/http://ipsnews.net/news.asp?idnews=40040>. Acesso em 28 de julho de 2023.

RANZ, S. R. **La labor de La Organización de las Naciones Unidas en La protección internacional de los derechos humanos de los migrantes em situación irregular: de La Declaración Universal de Derechos Humanos a La Convención sobre los derechos de los trabajadores migrat6rios**. In: SANCHO, Á. G. C. (org.). *Derechos humanos, inmigrantes em situación irregular y Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 113- 134. ISBN 978-84-9898-156-8.

TRINDADE, A. A. C. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. ISBN: 978-85-384-0422-4.

United Nations Treaty Collection. **Human Rights** (*online*). consultado em 17 de julho de 2023 às 23h20m em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en NAÇÕES UNIDAS, 2023. **Refugiados Migrantes** (*online*). Consultado em 27 de julho de 2023 em https://refugeesmigrants-un.org.translate.goog/migration-compact?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=wapp