

# OS DIREITOS SOCIAIS E A MIGRAÇÃO DE TRABALHADORES NO PLANO INTERNACIONAL E NO POSSÍVEL ESPAÇO ALCA

José Blanes Sala

Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP).

Doutorando em Direito Internacional pela Universitat de Barcelona (UB).

Professor de Direito Internacional na Universidade São Judas Tadeu (USJT).

Professor de Direito Internacional na Universidade Municipal de São Caetano (Imes).

## RESUMO

*Neste artigo, pretendemos expor, em primeiro lugar, os instrumentos jurídicos internacionais existentes que tentam regulamentar não apenas o fenômeno migração, mas também estabelecer algumas garantias de cumprimento dos direitos sociais inerentes à*

*dignidade da pessoa humana; e, em segundo lugar, queremos tecer alguns juízos de valor sobre a forma como a negociação da Alca deveria levar em conta ambas as realidades: direitos sociais e migração de trabalhadores.*

## I. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2003, os Ministros do Trabalho dos países pertencentes à OEA, durante reunião em Salvador (BA), redigiram uma Declaração recomendando que a integração entre os mercados de trabalho no futuro espaço Alca se dê de forma gradativa, dando chance ao desenvolvimento de meios institucionais para o fortalecimento e adaptação das legislações trabalhistas de cada país, como forma de assegurar a aplicação das leis e normas laborais, sem prejuízo para grupos mais vulneráveis.

Certamente, o receio que reflete a referida Declaração está presente hoje não apenas nos governos que representam os países negociadores na Alca,

mas, sobretudo, nas suas respectivas populações. No Brasil, por exemplo, setores ligados aos movimentos populares têm-se movimentado em torno de um plebiscito contra a Alca. É certo, também, que quando se cogita em Área de Livre Comércio, em tese, pensa-se apenas em remover as dificuldades aduaneiras a fim de agilizar a atividade de comércio exterior e investimento estrangeiro; não se pretende uma União Aduaneira, a qual exigiria um esforço de integração econômica bem maior, muito menos um Mercado Comum, no qual estariam presentes também a liberdade de circulação de serviços e de trabalhadores.

No entanto, num contexto de economia global como o de hoje, também seria absolutamente ingê-

nuo achar que a instituição de uma Área de Livre Comércio Continental não geraria impacto nenhum no mercado de trabalho dos países envolvidos, mais precisamente, nos direitos sociais e trabalhistas dos seus cidadãos.

Daí a pertinência do presente estudo, nele pretendemos expor, em primeiro lugar, os instrumentos jurídicos internacionais existentes que tentam regulamentar não apenas o fenômeno migração, mas também estabelecer algumas garantias de cumprimento dos direitos sociais inerentes à dignidade da pessoa humana. Direitos estes há muito tempo proclamados nas constituições de diversos países, mas ainda inaplicados, na prática, na maioria dos países em desenvolvimento e no, assim chamado, terceiro mundo. Em segundo lugar, queremos tecer alguns juízos de valor sobre a forma como a negociação da Alca deveria levar em conta ambas as realidades: direitos sociais e migração de trabalhadores; isto, procurando não cair nem no utopismo estéril nem no ceticismo devastador.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO INTERNACIONAL

Os direitos sociais aparecem no plano internacional, de forma clara e minimamente sistemática, quando do aparecimento dos direitos humanos. Quer dizer, devemos atribuir à Organização das Nações Unidas o primeiro esforço para situar no sistema jurídico mundial a referida matéria. De fato, o artigo 1º, § 3º, da Carta estabelece como um dos propósitos das Nações Unidas:

“Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

Verifica-se, portanto, uma dupla vertente, em que podemos situar os direitos sociais, de um lado, na cooperação internacional, e de outro, no respeito aos direitos humanos.

No que tange à cooperação, o propósito concretiza-se no Capítulo IX da Carta, intitulado “Cooperação Internacional Econômica e Social”, no qual ficam explicitadas as funções encomendadas à Organização nesta matéria. Trata-se de uma sistemática relativamente simples; o centro da mesma situa-se na Assembléia Geral, que é quem detém a derradeira responsabilidade nesta matéria; sob sua autoridade encontramos o Conselho Econômico e Social, que é quem desempenha de forma específica as competências na esfera econômica e social (artigo 60 da Carta). Além dessa atribuição de responsabilidade e competência aos órgãos da ONU, estabelece-se também uma obrigação para os Estados-membros: “(...) todos os membros da Organização se comprometeram a agir em cooperação com esta (...)” para a solução dos problemas de caráter econômico, social e conexos (artigo 56 da Carta). O sistema completa-se mediante a coordenação da atividade da ONU com a atividade de outras organizações internacionais<sup>1</sup> de âmbito universal com finalidades específicas em matéria econômica e social (artigo 57 da Carta).

<sup>1</sup> Neste sentido, cabe citar algumas delas, cujo desempenho vem sendo notório desde a sua criação: Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada desde 1919 no Tratado de Versalhes, como parte da Sociedade das Nações, e transformada em organismo especializado da ONU desde 1946; Organização das Nações Unidas para a Educação (Unesco), em 1946, também é incluída como organismo especializado da ONU, buscando o desenvolvimento da Educação, da Ciência e da Cultura entre as nações para garantir a paz e a segurança internacionais; Organização Mundial da Saúde (OMS), a sua absorção pela ONU se deu em 1948, com a função de erradicar as epidemias, estabelecer padrões internacionais para produtos biológicos e farmacêuticos, métodos de diagnóstico, auxílio aos governos e coordenação de atividades internacionais em matéria de saúde; Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), tem o seu início em 1945, encarregando-se de preparar informações, fornecer assistência técnica e promover a melhoria da produção, distribuição e consumo em matéria de agricultura, pesca e silvicultura.

É importante observar que as previsões de cooperação econômica e social, bem como o sistema contemplado na Carta, foram sendo ultrapassados à medida que o processo de descolonização incrementava o número de Membros da ONU e colocava num primeiro plano das relações internacionais o problema do subdesenvolvimento dos países recém independentizados. Com a expressão “promoção do desenvolvimento”, aparece, então, a necessidade de obter um consenso internacional sobre a forma de superar o referido subdesenvolvimento, sob o qual encontra-se submersa mais de dois terços da humanidade, assim como sobre a própria noção de desenvolvimento e, conseqüentemente, a opção do modelo a ser adotado, bem como as políticas correlatas.

No que tange aos direitos humanos, o processo sistematizador inicia-se em 1946, ao ser criada a Comissão de Direitos Humanos pelo Conselho Econômico e Social, tendo como primeira e principal

tarefa a confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que viu a luz em 1948. No próprio texto da Declaração há um importante espaço para os direitos sociais, consagrados em seus artigos 22 a 26.<sup>2</sup>

Em 1966, a Assembléia Geral adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos. Nesse particular, porém, a atuação do Comitê de Direitos Humanos restringe-se aos direitos civis e políticos e, ainda assim, sem que ele tenha poderes para formular um juízo de condenação do Estado responsável pela violação desses direitos.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Artigo 22. Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional à cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 23. 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.

Artigo 24. Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25. 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26. 1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 277.

No entanto, a expansão dos mecanismos garantidores do respeito aos direitos humanos produz um novo sistema regional, que coexiste como o sistema global já descrito e como os ordenamentos jurídicos nacionais. Cada um dos sistemas regionais de proteção existentes conta com um aparato próprio. Cabe destacar que o sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana, enquanto o sistema europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, que estabelece a Corte Européia de Direitos Humanos, e, finalmente, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos.<sup>4</sup>

Feita essa ampla descrição dos direitos sociais no plano internacional, resulta pertinente esclarecer, com um mínimo de nitidez, a sua diferença com os direitos econômicos, sob pena de ficarmos numa impressão vaga e indefinida de sua existência. De fato, na descrição acima são mencionados sempre em conjunto os direitos econômicos e sociais, sem aparente distinção. Neste sentido, creio ser muito útil a lição de Silva,<sup>5</sup> quando descreve que o direito econômico tem uma dimensão institucional, já os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito de realização de determinada política econômica, enquanto os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Os direitos sociais são prestações positivas que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais; valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam

condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real.

### 3. OUTROS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS E AO TRABALHADOR MIGRANTE, ALÉM DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS APLICÁVEIS NO ESPAÇO ALCA

A proteção aos direitos sociais e ao trabalhador migrante deve ser pauta obrigatória da discussão sobre a criação de uma área de livre-comércio continental. Ainda mais no continente americano, onde as desigualdades sociais são flagrantes, não apenas de país para país, mas também de região para região e, inclusive, de bairro para bairro, nas grandes metrópoles. Estas últimas, são características de várias nações do nosso continente, e famosas pelo crescimento vertiginoso e descontrolado.

Logo de início, cabe ressaltar que praticamente<sup>6</sup> todos os países do continente americano ratificaram ou aderiram ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proposto pela ONU em 1966. Para efeitos de espaço Alca, Estados Unidos resultam a única ausência significativa. De qualquer forma, é evidente que, se todos os outros países possuem esses compromissos, facilmente podem ser exigíveis, ainda que não seja no âmbito universal, como corresponderia ao vínculo estabelecido no seio do Pacto, pelo menos, no espaço Alca. A dificuldade reside na escassa proteção que a ONU estabeleceu para esses tipos de direitos, conhecidos como direitos de satisfação progressiva; diferente do disposto para os direitos civis e políticos, nos quais o Comitê de Direitos Humanos ostenta determinados poderes de exigibilidade, conforme já comentado.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 22.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

<sup>6</sup> Estados Unidos e Belize assinaram o Pacto, mas ainda não o ratificaram; Bahamas, Cuba, Haiti e Santa Lúcia não assinaram.

Desta forma, vale a pena verificar se existem outros Tratados Internacionais assinados pelos Estados Americanos que versem sobre a mesma matéria, e qual o seu nível de proteção.

Em primeiro lugar, no que tange aos direitos sociais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, deixa muito a desejar. Efetivamente, dos seus 82 artigos, apenas um está dedicado aos direitos sociais, redigido de forma meramente programática, com um teor minimalista, que, de tão descompromissado, quase desaparece. Basta dizer que a sua conclusão consiste num lânguido "... na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados",<sup>7</sup> desta forma, os Estados Americanos tomam ao pé da letra o conceito de satisfação progressiva sem, nem sequer, definir os direitos correspondentes.

Felizmente, o Pacto de São José recebeu um Protocolo que veio sanar tamanha lacuna e inscrever nele os direitos sociais, os quais, aliás, já tinham sido objeto de exposição programática bem mais completa na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948.<sup>8</sup>

Em 1988, na cidade de San Salvador, assina-se um Tratado de extrema importância para o continente, tão importante quanto desconhecido.

### 3.1 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)

O Protocolo de San Salvador é composto por 22 artigos. Contém um rol de direitos protegidos que merece breve menção.

Em primeiro lugar, o direito ao trabalho, estabelecendo uma série de condições justas, equitativas e satisfatórias para o seu exercício, quais sejam, entre outras: remuneração condigna, faculdade de promoção, estabilidade compatível, segurança, repouso, além de diversas proibições e limitações a exigências abusivas.

Em segundo lugar, os direitos de livre associação sindical, bem como o direito de greve.

Em terceiro lugar, os direitos sociais propriamente ditos, no sentido de prestações positivas do Estado que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, assim temos: direito à previdência social, direito à saúde, direito a um meio ambiente sadio, direito à alimentação e direito à educação.

Em quarto lugar, estabelecem-se aqueles direitos que, no dizer de Silva,<sup>9</sup> tendem a igualar as situações sociais desiguais, dirigidos a determinados segmentos da sociedade especialmente desprotegidos, quais sejam: as crianças, os idosos e os portadores de deficiência. Neste sentido, brilha pela sua ausência, em nossa opinião, uma menção aos indígenas, a qual encaixava perfeitamente no bojo do Protocolo, inclusive porque se destina também aos direitos culturais, e é de todos conhecida a situação destas pessoas no tecido social de boa parte dos países americanos.

Por derradeiro, estabelecem-se o direito aos benefícios da cultura e o direito à constituição e proteção da família. Merecendo destaque a atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto. Este dispositivo, em alguns Estados americanos, pode chegar a parecer uma peça de ficção, no entanto, afigura-nos extremamente pertinente como programa mínimo tendente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

<sup>7</sup> Artigo 26. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

<sup>8</sup> Conferir os artigos 7, 11, 12, 14, 15, 16 e 22 da Declaração.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit.

O Protocolo estabelece, inclusive, a obrigação de não-discriminação, por parte dos Estados, no desenvolvimento das ações tendentes a garantir os referidos direitos. Tenta-se, acertadamente, varrer o maior número de hipóteses ao prever os motivos: raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Servindo até de modelo para a elaboração de diversas constituições.

No entanto, apesar do interessante elenco, o Protocolo age timidamente no momento de estabelecer meios de proteção. Limita-se a implementar o sistema de informações para a maior parte dos direitos enumerados, exigindo apenas relatórios periódicos anuais sobre as medidas adotadas, a serem apresentadas à Secretaria Geral da OEA pelos Estados-membros, a qual enviará cópias para diferentes Conselhos, devendo estes, então, apresentarem relatório sintético perante a Assembléia Geral, que poderá propor recomendações aos referidos Estados.

A proteção, propriamente dita, estende-se somente ao direito de associação e liberdade sindical (artigo 8.1.a) e ao direito à educação (artigo 13).

Neste ponto, o Protocolo estabelece que a violação destes direitos por algum Estado-membro poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 do Pacto de San José da Costa Rica.<sup>10</sup>

Com razão pondera Cançado Trindade<sup>11</sup>

“(...) o Protocolo teria sido mais positivo se tivesse estendido o direito de petição individual igualmente aos outros direitos protegidos. Propiciar-se-ia, assim, o desenvolvimento de uma jurisprudência também neste domínio, e reduzir-se-ia a disparidade de procedimentos de supervisão entre, por um lado, os direitos civis e políticos, e, por outro, os direitos econômicos, sociais e culturais.”

O Protocolo entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, após os 11 primeiros Estados-membros depositarem os respectivos instrumentos de ratificação ou adesão. Atualmente, 13 países fazem parte dele,<sup>12</sup> não se incluindo, como era de esperar, nem os Estados Unidos nem o Canadá,<sup>13</sup> os quais nem sequer assinaram. Outros países, como a Venezuela e o Chile, ainda não o ratificaram.

<sup>10</sup> A Comissão poderá examinar petições encaminhadas por indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação aos referidos direitos. As citadas petições deverão responder a requisitos de admissibilidade – sobretudo, o prévio esgotamento dos recursos internos estatais – e a Comissão empenhar-se-á em buscar uma solução amistosa entre as partes (o denunciante e o Estado). Não obtendo solução amistosa entre as partes, o caso poderá ser encaminhado à Corte, a qual, se reconhecer que houve violação, determinará adoção de medidas necessárias à restauração do direito violado, podendo, inclusive, condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. No entanto, tenha-se em conta que apenas a Comissão e os Estados-membros poderão submeter um caso à Corte. Enquanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde 1998, estabelece a possibilidade de demanda direta por parte das vítimas, a OEA reluta ainda em estabelecer mecanismos de democratização para o sistema americano de proteção. Estes mecanismos aparecem como mais necessários se tivermos em conta que a Corte Interamericana de 1969 a 1999 tinha se pronunciado em apenas 35 casos, alguns ainda pendentes de solução, contra milhares já definitivamente julgados pelo Tribunal Europeu de 1950 até 1999.

<sup>11</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 139.

<sup>12</sup> Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Perú, Suriname e Uruguai.

<sup>13</sup> O Canadá não assinou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e os Estados Unidos a assinaram em 6 de janeiro de 1977, mas até hoje não a ratificaram.

### 3.2 Convenção 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre as migrações em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e de trato dos trabalhadores migrantes

Em 1975, a OIT adota a mencionada Convenção. Supõe ela uma mudança qualitativa na regulamentação jurídica internacional da migração trabalhista.<sup>14</sup> Em primeiro lugar, porque no seu artigo 1º obriga os Estados a respeitar “todos os trabalhadores migrantes”, sem distinção de qualquer tipo, nos seus direitos fundamentais, autorizando, no entanto, os mesmos Estados a adotarem medidas nacionais e internacionais a fim de evitar a migração e o tráfico de trabalhadores estrangeiros ilegais (artigos 2 a 9). Em segundo lugar, porque reafirma o artigo 1º, exigindo uma política estatal direcionada a promover e garantir a igualdade de oportunidades e de trato do trabalhador estrangeiro legalmente estabelecido com relação aos nacionais do Estado de acolhida (artigos 10 a 14).

É preciso ter em conta que a Convenção 143 foi adotada num contexto socioeconômico adverso, condicionado pelo aparecimento de importantes fluxos migratórios e pelas reivindicações dos chamados Estados em desenvolvimento, naquilo que se conhece como uma Nova Ordem Econômica Internacional; se a tudo isso acrescentarmos a referida mudança qualitativa no que tange à sua nova política jurídica para com o trabalhador migrante, resulta compreensível que um número elevado de Estados – especialmente os mais desenvolvidos – considerassem inaceitável.<sup>15</sup>

Apesar de tudo, a Convenção 143 encaixa-se perfeitamente dentro dos parâmetros exigidos pelo Direito Internacional Público, mais especificamente, dentro das normas propostas pelos Pactos, respectivamente, de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já mencionados anteriormente e subscritos pela maioria dos países mais desenvolvidos. Efetivamente, de um lado, assume a tendência à igualdade de trato entre nacional e estrangeiro – no caso, os trabalhadores migrantes – representada pela consideração de toda pessoa como titular de certos direitos e liberdades fundamentais, e, de outro lado, representada pelo máximo respeito à política migratória de qualquer Estado, bem como da distinção entre migrantes legais e ilegais; em resumo, uma ótica perfeitamente aceita, dentro de limites razoáveis, pelos referidos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

### 3.3 Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares

A assinatura do Tratado deu-se em 18 de dezembro de 1990 e, por enquanto, ainda não entrou em vigor.<sup>16</sup> A verdade é que o contexto socioeconômico não mudou, em matéria de dificuldade, com relação ao que se apresentava quando da assinatura da Convenção 143 proposta pela OIT.

O objetivo primordial desta nova Convenção proposta pela ONU consiste desde o respeito ao direito do Estado de fixar a sua própria política migratória

<sup>14</sup> Após a Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou, em 1949, a Convenção 97, relativa aos trabalhadores migrantes, na qual, entre outras obrigações jurídicas, manifesta-se a necessidade de aplicar ao trabalhador migrante, com certas reservas, sobretudo da legislação ou práticas estatais, o princípio do trato não menos favorável que ao dispensado aos nacionais de determinado Estado. Além disso, a noção de trabalhador migrante acaba dependendo da discricionariedade estatal, pois dependerá que seja admitido pelo Estado receptor como trabalhador migrante assalariado.

<sup>15</sup> Em agosto de 2004, somente 18 Estados faziam parte da Convenção. A Venezuela era o único país americano.

<sup>16</sup> Até 10 de janeiro de 2003, 19 Estados a tinham ratificado, faltando apenas um para entrar em vigor. Os Estados americanos que ratificaram são: Belize, Bolívia, Colômbia, Equador, México, Uruguai e Venezuela. Os Estados americanos que assinaram e ainda não ratificaram são: Chile, El Salvador, Guatemala, Jamaica e Paraguai.

até criar um padrão normativo universal com relação a todos os trabalhadores migrantes e suas famílias, o qual, mesmo propondo ainda a igualdade de trato com o trabalhador nacional, passe a detalhar e preveja as situações diferenciais entre o trabalhador migrante e o trabalhador nacional.

São quatro as características principais do novo Tratado:

- a) O caráter objetivo das obrigações jurídicas que contêm, uma vez que nenhum Estado-membro poderá excluir a aplicação de nenhuma parte do mesmo com relação a nenhuma categoria de trabalhador migrante, nem sequer por motivos de reciprocidade (artigo 8).
- b) Incluiu-se no âmbito de aplicação pessoal, além do trabalhador, também sua família<sup>17</sup> (artigos 1.1 e 7), sem prejuízo, no entanto, de estabelecer a distinção entre os trabalhadores documentados, ou com situação regular, e aqueles que apresentam situação irregular.
- c) O âmbito de aplicação material estende-se a todo o processo migratório, quer dizer, desde a preparação para a migração até o retorno, se é que este último se produz (artigo 1.2).
- d) A previsão da aplicação da norma mais favorável, caso seus dispositivos entrem em contradição com outros Tratados Internacionais, multilaterais ou bilaterais (artigo 81.1).

O conteúdo jurídico desse padrão mínimo universal (partes III a V da referida Convenção) complementa-se com a parte VI, mediante um conjunto de medidas destinadas a promover o desenvolvimento dos processos migratórios em condições satisfatórias, equitativas, dignas e lícitas; desta forma, estabelecem-se uma série de compromissos, internos e internacionais, no sentido de promover, por exemplo, uma luta permanente contra a migração e o trabalho ilegal, sem deixar nunca de compatibilizar os direitos garantidos na Convenção com o direito do Estado de manter uma política migratória própria.

Nas partes III a V da Convenção, faz-se distinção de extrema relevância entre os trabalhadores sem documentos, ou em situação irregular, e os documentados ou regulares. Os primeiros acabam sendo definidos por exclusão (artigo 5.b), uma vez que não cumprem alguns dos requisitos exigidos aos segundos (artigo 5.a), no sentido de terem sido autorizados a ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de recepção, em conformidade com a legislação do referido Estado e os Tratados Internacionais dos quais este é parte. Aos primeiros, se lhes deve garantir, pois, uma série de direitos e liberdades muito semelhantes aos estabelecidos nos Pactos de Direitos Fundamentais propostos pela ONU.<sup>18</sup> No entanto, no que tange às garantias em caso de deportação, a Convenção é mais abrangente que o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, estendendo-as também à família do migrante; já no que

<sup>17</sup> A noção de família derivada do artigo 4 é ampla, inclui o cônjuge ou a pessoa que, conforme o direito aplicável mantenha uma relação com efeitos equivalentes aos do matrimônio, os filhos dependentes, bem como outras pessoas dependentes, reconhecidas como familiares, conforme a legislação estatal ou os Tratados Internacionais aplicáveis entre os Estados em questão; normalmente se reconhecem os ascendentes.

<sup>18</sup> Especialmente no que tange ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção transcreve, em sua parte III: o direito à vida (artigo 9); a proibição da tortura e dos maus tratos ou penas cruéis, desumanas e degradantes (artigo 10); a proibição da escravidão e do trabalho forçado ou obrigatório (artigo 11); a liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 12); a liberdade de opinião e expressão (artigo 13); o direito à vida privada e familiar (artigo 14); o direito à liberdade e à segurança, e os direitos como pessoa detida ou submetida à prisão (artigos 16 e 17); a igualdade de trato com os nacionais no acesso aos tribunais (artigo 18); o direito à aplicação do princípio de irretroatividade penal (artigo 19); a proibição de restrição de liberdade por dívidas extracontratuais (artigo 20); o direito à personalidade jurídica (artigo 24); o direito à participação em reuniões e atividades de sindicatos e associações, bem como o direito de filiação (artigo 26); o direito dos filhos dos trabalhadores migrantes a um nome e uma nacionalidade (artigo 29); e o direito ao respeito a uma identidade cultural (artigo 31).



diz respeito ao conceito de liberdade de circulação e residência, ocorre o contrário, visto que a Convenção somente reconhece ao migrante e familiares o direito de sair livremente de qualquer Estado para voltar ao país de origem. A Convenção inova com relação aos Pactos, ao reconhecer ao trabalhador e à sua família o direito de não serem privados de modo arbitrário de seus bens, inclusive a transferir, ao concluir o período de residência, e de acordo com a legislação do país de acolhida, os seus ingressos, poupança e outros pertences.

Já para os trabalhadores em situação de legalidade amplia-se o catálogo de direitos e liberdades, tendente a melhorar a sua qualidade e nível de vida, bem como facilitar a sua integração numa sociedade em que os valores sociais e culturais costumam ser bem diferentes.<sup>19</sup>

#### 4. CONCLUSÕES

Após a exposição do sucinto quadro de obrigações internacionais de tipo social, a nosso ver exigíveis no espaço Alca, é o momento de perguntar-nos se trata-se de mero delírio subjetivo ou de um conjunto de metas de alcance objetivo.

Certamente, o até agora exposto não pode ser fruto de um delírio ou alucinação, inclusive porque, ao longo dos séculos 19 e 20, os direitos sociais foram se afirmando até constituírem regras constitucionais e infraconstitucionais de conteúdos diversos e de crescente aplicabilidade jurídica.

A partir da Segunda Guerra Mundial, então, o fenômeno da globalização a par que traz consigo a relativização da soberania e dos sistemas jurídicos estatais, exige o transporte dos direitos sociais à esfera internacional. Os países buscam a integração econômica, seja regional, seja mundial, e da mesma forma que se protege a relação comercial e o respeito à concorrência, é preciso proteger o direito ao tra-

balho em condições dignas e ao trabalhador migrante como pessoa humana.

A internacionalização dos direitos sociais responde também a uma nova concepção do direito, muito menos baseada nas relações de poder, própria do período colonial, e mais na esteira de uma progressiva valorização do ser humano, em nome de sua dignidade e, portanto, em nome da justiça.

Neste sentido, por exemplo, o Protocolo de San Salvador não pode ser ignorado nas negociações da Alca, criando-se, se necessário, um décimo grupo negociador com o seu conteúdo. Nele, inclusive, inscreveram-se como objeto de proteção especial, mediante a faculdade de petição à Corte Interamericana, o direito à educação e à liberdade sindical.

Se for verdade que os impulsores da nova área de livre-comércio continental prometem um desenvolvimento econômico equilibrado, então devem garantir a todos os países participantes um crescimento comercial justo, do ponto de vista social, e sustentável, do ponto de vista ambiental. Além de todos os outros direitos elencados que passam a ser vinculantes para os Estados-membros de forma gradativa.

É natural, portanto, que na pauta das reuniões os direitos sociais e o respeito pelos migrantes sejam exigidos. Trata-se, sem dúvida, de um momento apropriado para exigir, por exemplo, que o Canadá e os Estados Unidos passem a fazer parte do Pacto de San José e, conseqüentemente, do Protocolo de San Salvador. Sinceramente, não creio que semelhante exigência se trate de um delírio, mas de uma meta. Seguramente, uma meta difícil, tendo em vista a procura de interesses econômicos de forma hegemônica e, até certo ponto, inescrupulosa. Mas muitas outras metas, muito mais ambiciosas, já foram conseguidas no terreno diplomático; basta lembrar a recente vitória dos países em desenvolvimento em matéria de política agrícola nas negociações da OMC.

<sup>19</sup> PÉREZ, Jordi Bonet. *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*. Universidad de Deusto – Instituto de Derechos Humanos. Bilbao, 2003, p. 25-49.

No entanto, também não se pode admitir que o projeto proposto pela Alca tenha que ser simplesmente negado de forma sistemática, opondo-lhe interesses oriundos de uma pretensa soberania nacional, legitimada pelo poder popular, com o receio de que os Estados Unidos venham a controlar, de forma mais eficaz, as economias do continente.

Na medida em que o projeto obtenha, de forma juridicamente segura, meios apropriados de proteção aos direitos sociais expostos no referido Protocolo, bem como de proteção à pessoa do trabalhador migrante nos moldes propostos na Convenção da ONU, já comentada, a maioria dos países

americanos poderá ter certeza de estar trilhando uma estrada de integração econômica com vistas a um verdadeiro desenvolvimento em proveito de todos os futuros países-membros.

No estágio atual da economia no mundo, nenhum governo, nenhum cidadão consciente, ignora que o aprofundamento de abertura comercial de um país não é um fato neutro do ponto de vista social; ao contrário, traz consigo conseqüências dos mais variados calibres em matéria de emprego ou desemprego, de mudanças na relação de trabalho e, inclusive, de movimentação de pessoas à procura de ambos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSEGIO, Luiz. Alca: migración y exclusión. *Servicio Informativo 'Alai-amlatina'*. Agencia Latinoamericana de Información. Disponível em: <<http://alainet.org>>.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

COLEMAN, David. Los indicadores demográficos de la integración. *In: Inmigración e integración en Europa*. Barcelona: Fundación Paulino Torras Domènech, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE SEBASTIAN, Luis. *Mundo rico, mundo pobre*. Pobreza y solidaridad en el mundo de hoy. Santander: Edit. Sal Terrae, 1992.

PÉREZ, Jordi Bonet. *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*. Bilbao: Universidad de Deusto – Instituto de Derechos Humanos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTACOLOMA SANZ, Juan Francisco. El problema de la emigración. Aspectos económicos. *In: El extranjero en la cultura europea de nuestros días*. Bilbao: Edit. Universidad de Deusto, 1997.

SANTOS, Lidia. Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros. *In: Inmigración e integración en Europa*. Barcelona: Fundación Paulino Torras Domènech, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.