

A POLÍTICA IMIGRATÓRIA SELETIVA E A TUTELA JURÍDICA DOS TRABALHADORES IMIGRANTES NO BRASIL

THE SELETIVE IMMIGRATION POLICY AND THE LEGAL PROTECTION OF WORKERS IMMIGRANTS IN BRAZIL

MIRTA G. LERENA MISAILIDIS

Doutora Em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999).

STÉPHANIE WINCK RIBEIRO DE MOURA

Graduanda em Direito pela Universidade Adventista de São Paulo. Pesquisadora PIBIC (2012/2013) pela Universidade Adventista de São Paulo.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a condição jurídica dos migrantes laborais que encontram-se no Brasil no momento atual. O trabalho utiliza o método dedutivo, partindo de uma visão panorâmica do contexto social atual, a saber, a globalização econômica, para então analisar as variáveis que incidem sobre o objeto, tais como a política nacional de imigração e a natureza dos direitos que lhes são conferidos. Para elaborar a análise do recorte supra citado, o trabalho utilizou como instrumentos a pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, demonstrando sua relevância na medida em que a lei vigente encontra-se em vias de revogação e o cenário econômico apresenta-se em crise. A globalização econômica entendida o período atual de expansão capitalista abrange em seu bojo o fenômeno da migração, que possui várias espécies. A política nacional de imigração do Brasil favorece a transferência de tecnologia, prima pelo interesse econômico do Brasil e favorece os indivíduos imigrantes com alta qualificação profissional, repudiando correntes imigratórias em situação precária. O trabalho se esquivava de abordar situações peculiares, como a dos haitianos, que necessitam de uma análise direcionada. Ainda que dono de uma

política imigratória seletiva, o trabalho conclui que o Brasil assume a responsabilidade pela manutenção da vida e da dignidade dos trabalhadores imigrantes que em seu território se encontram. É o que propõe a análise da condição jurídica desses indivíduos, através da interpretação da Constituição Federal e das normas internacionais às quais o Brasil se submete.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos Internacionais; Globalização; Trabalhadores Migrantes.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the legal status of labor migrants who are in Brazil at the moment. The work uses the deductive method, starting from an overview of the current social context, economic globalization, and then analyze the variables that focus on the object, such as the national immigration policy and the nature of the rights that are their conferred. In preparing the analysis of cut above mentioned, the study used as tools to research literature, doctrinal and jurisprudential, demonstrating its relevance to the extent that the law in force is in the process of revocation and the economic scenario presents itself in crisis. Economic globalization understood the current period of capitalist expansion encompasses within itself the migration phenomenon, which has several species. The national policy of Brazil's immigration favors technology transfer, press the economic interests of Brazil and favors immigrants individuals with high professional qualifications, rejecting immigration flows in a precarious situation. The work shies away from addressing specific situations, like the Haitians, who need a targeted analysis. Although the owner of a selective immigration policy, the paper concludes that Brazil accepts responsibility for maintenance of life and dignity of migrant workers who are in its territory. That's what proposes the analysis of the legal status of these individuals, through the interpretation of the Constitution and international standards to which Brazil submits.

KEYWORDS: International Human Rights; globalization; Migrant Workers

INTRODUÇÃO

A globalização econômica entendida o período atual de expansão capitalista se estabelece pelo domínio da ciência e da técnica, da informação e do conhecimento, da abertura das fronteiras para mercadorias, serviços e, especialmente, circulação de capitais. A globalização também abrange em seu bojo o fenômeno da migração, que possui várias espécies. A migração laboral é caracterizada como a opção de um ou mais indivíduos de mudar-se geograficamente para aumentar a sua qualidade de vida e padrão de consumo.

A política nacional de imigração do Brasil favorece a transferência de tecnologia, prima pelo interesse econômico do Brasil e favorece os indivíduos imigrantes com alta qualificação profissional, repudiando correntes imigratórias em situação precária. aborda o tratamento que a lei vigente confere aos trabalhadores imigrantes. Tal política está explícita no Estatuto do Estrangeiro e também pode ser encontrada no Projeto de Lei 5.655/2009, chamado de "Lei do Estrangeiro".

Ainda que dono de uma política imigratória seletiva, o trabalho conclui que o Brasil assume a responsabilidade pela manutenção da vida e da dignidade dos trabalhadores imigrantes que em seu território se encontram.

A questão dos direitos humanos fundamentais relativos aos trabalhadores imigrantes, é estudada conforme sua teoria geral. O artigo levanta os principais aspectos desses direitos, seus pressupostos, natureza jurídica bem como a questão da sua aplicabilidade hodierna. A eficácia vertical e horizontal é abordada tendo em vista a grande polêmica que geram na tratativa dos direitos sociais.

Os direitos sociais especialmente trabalhados no texto são: o direito de ir e vir, o direito ao trabalho bem como o direito à não-discriminação, por serem estes os direitos que caminham lado a lado a todo aquele que se torna um imigrante.

1. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E MIGRAÇÃO LABORAL

Todo processo histórico é marcado por fases com características e instrumentos próprios encadeados. Por exemplo, no período das grandes navegações, com a superação do Antigo Regime, a burguesia utilizou-se, após a Revolução Francesa, da figura do Estado, como ente político e jurídico capaz de defender seus interesses mercantis. Hoje, a correspondente classe burguesa utiliza-

se de outros mecanismos e estratégias para atender seus objetivos de expansão e dominação.

Alguns acontecimentos da História recente catalizaram a transnacionalização da economia a um nível jamais visto em nenhuma etapa da civilização, contudo O marco histórico da globalização não está definido pelos sociólogos e historiadores. Todos concordam que não se trata de um fenômeno inédito, todavia, divergem quanto ao surgimento da *mondialisation* (palavra francesa), *globalización* (termo em espanhol), *globalisierung* (termo em alemão) ou *globalization* (em inglês).

O termo globalização foi cunhado, na década de 80, nas escolas de administração de empresas – *business schools* – de importantes Universidades dos EUA com o objetivo de propagar idéias e estratégias de lideranças para empresas globais (SENE, 2007, p.21).

A repercussão desse termo promoveu uma série de interpretações para explicá-lo. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1999, p. 67) comenta que “o novo termo se refere primordialmente aos efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às iniciativas e empreendimentos globais”.

Nas palavras de José Monserrat Filho (1995, p.78), a globalização “é uma espécie de privatização do planeta, ainda sem a indispensável contrapartida de benefícios públicos abrangentes”. Eustáquio de Sene (2007, p. 40) define globalização como sendo “[...] a etapa do desenvolvimento capitalista em que ocorre a universalização das técnicas enquanto fato [...]”, possibilitando, segundo ele, uma maior homogeneização dos hábitos de consumo e do fluxo de capital.

A globalização, entendida como o período atual de expansão capitalista, sucede a fase do imperialismo, caracterizada pela intervenção militar e ocupação territorial, se estabelecendo pelo domínio da ciência e da técnica, da informação e do conhecimento. Tais símbolos de dominação, entretanto, não estão alocados majoritariamente nas mãos dos Estados. Segundo Ana Paula Sefrin Saladini (2011, p. 47), as entidades que dominam a maior parte da produção, do comércio, da tecnologia e das finanças internacionais são privadas.

Com os avanços tecnológicos, especialmente no setor de telecomunicações e transportes, as grandes corporações ganharam uma enorme flexibilidade na alocação dos seus investimentos no espaço geográfico mundial. A internet permitiu a propagação de informações em tempo real. Os transportes terrestres, aquáticos e

aéreos mojararam significativamente a circulação de pessoas e mercadorias e a robótica garantiu o crescimento da produtividade (SENE, 2007).

Esta é a era das empresas transnacionais, corporações e conglomerados econômicos privados que possuem uma influência político-econômica no espaço global superior a diversos Estados-Nações. Segundo Flávia Piovesan (2013, p.55) “das 100 maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Estados.”

Tais conglomerados econômicos, responsáveis pelo regime de acumulação flexível, exercem forte pressão sobre as economias nacionais para flexibilizar as legislações trabalhistas com o intuito de maximizar sua produção e poderio econômico.

Como empregadoras de uma massa de trabalhadores, de centenas de milhares pelo mundo, as empresas transnacionais, junto a seus trabalhadores - nacionais e migrantes, são os expoentes da lógica de produção global. Isso porque, a abertura das fronteiras para mercadorias, serviços e, especialmente, circulação de capitais, constitui a característica essencial da globalização.

A migração é um dos efeitos da globalização existindo um consenso sobre o motivo principal das decisões de migração, qual seja, a percepção de melhores salários e condições de vida. Nas palavras de Francieli Tonet Maciel e Ana Maria Hermeto Camilo de Oliveira (2011, p. 14) “a mobilidade do fator trabalho é considerada pela abordagem microeconômica como um investimento em capital humano, em que a mudança geográfica é justificada como alternativa para a obtenção de melhores rendimentos”.

O indivíduo espera aumentar o seu poder aquisitivo e conseqüentemente o de sua família com a migração, contudo nem sempre isso ocorre, haja vista, as dificuldades de inserção do trabalhador imigrante, que podem variar de acordo com as circunstâncias políticas, econômicas e jurídicas do país escolhido como destino.

2. A POLÍTICA NACIONAL DE IMIGRAÇÃO

O trabalhador migrante, ao escolher o Brasil como destino, encontra uma política de inserção seletiva que irá prestigiá-lo ou não, a depender da sua condição social, especialmente em função de seu capital humano. Os imigrantes com níveis

maiores de escolarização, encontram uma política imigratória que lhes favorece, haja vista o país incentivar a transferência de tecnologia através da imigração.

Contudo, se a situação do indivíduo migrante é de baixo nível de escolarização a política imigratória brasileira lhe é contrária, repudiando assim a entrada em massa no país de pobres e famintos. Essa dupla função da política imigratória nacional está explícita na Lei 6.815/90 e no Projeto de Lei 5.655/09.

O Estatuto do Estrangeiro, regulamentado pelo Decreto nº 86.715/81, explicitamente enuncia os direitos e deveres dos imigrantes. No art. 1º declara: “em tempos de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais”.

No art. 2º, o Estatuto condiciona os direitos conferidos “à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”.

A concessão do visto na presente lei é uma mera expectativa de direito (art. 26º), de caráter individual, permanecendo a critério do Ministério da Justiça a autorização da entrada e da estada do estrangeiro, de acordo com os requisitos do art. 7º, do Estatuto. Essa lei, que sedimenta a política nacional imigratória do Brasil tem como função evitar ou mesmo impedir a entrada de pessoas em situações precárias, evitando assim que o país assuma a responsabilidade pela manutenção de tais indivíduos.

O artigo 16º do Estatuto prevê a concessão do visto permanente ao estrangeiro que pretenda fixar residência no Brasil. Em seu parágrafo único tal artigo estabelece que “a imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada nos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação da tecnologia e à captação de recursos para setores específicos”. Complementando o artigo 18º, fixa que a “concessão do visto permanente poderá ficar condicionada, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional”.

Emerson Alves Andena (2013), aduz que nos moldes do Estatuto do Estrangeiro a entrada de mão de obra qualificada é obstaculizada por uma vasta burocracia e a inserção regular do restante dos trabalhadores imigrantes é bastante improvável.

O visto temporário é concedido ao solicitante que quer entrar no território brasileiro por um determinado período, que varia de acordo com o motivo alegado: viagem cultural, negócios, estudos, entre outros (art. 13º, Lei 6.815/80). O Estatuto do Estrangeiro, em seu art 98º, veda o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro que dispõe de visto de turista, de trânsito, ou temporário na condição de estudante, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários. Assim, o visto temporário para o trabalho pode ser concedido apenas para um emprego específico e por tempo determinado.

Existem muitos trabalhadores que entram ilegalmente no país, violando as zonas de fronteira. Outros, possuem passaporte ou outro documento que dispensa o visto, em razão de acordos internacionais, mas que não é válido para o trabalho. Quando seu prazo legal expira, o exercício de atividade remunerada os lança na ilegalidade. Esses trabalhadores são conhecidos como *não documentados*, por não possuírem documento legal de permanência.

Assim, em caso do trabalhador imigrante ficar desempregado poderá ter duas opções: deixar o país ou solicitar uma nova autorização de trabalho para outro emprego. Durante esse período, o imigrante automaticamente estará em condição irregular (ANDENA, 2013). Em condição irregular, por ter ingressado no país de forma irregular, por estar além do prazo permitido ou em desacordo com as condições da autorização para trabalhar, os migrantes devem ser deportados, ou seja, retirados compulsoriamente do território brasileiro (Art. 57º, Lei 6.815/80).

Pensando em atualizar o vigente Estatuto, o Projeto de Lei 5.655/2009, chamado de "Lei do Estrangeiro", foi apresentado pelo Poder Executivo, através do Ministério da Justiça, em 20/07/2009, na Câmara dos Deputados, com a seguinte ementa: "dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências".

O PL 5.655/09 começa definindo o estrangeiro "como todo aquele que não possui a nacionalidade brasileira originária ou adquirida" e prossegue estabelecendo as diretrizes da futura lei em seu art. 2: "a aplicação desta Lei deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais,

socioeconômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais. ”

Os artigos transcritos abaixo, do PL 5.655/2009, acompanham o vigente Estatuto do Estrangeiro, priorizando a mão-de-obra especializada, o caráter imigratório seletivo e o progresso econômico do Estado.

“Art. 4º A política imigratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional.”

O artigo 26, por sua vez, possibilita o visto temporário para o trabalho, ainda que o indivíduo não possua um vínculo empregatício certo e determinado e ainda possibilita a prorrogação do visto temporário de trabalho à necessidade de mão-de-obra do país de acordo com o interesse nacional.

O artigo 5º, *caput*, do PL 5.655/2009 reforça os direitos fundamentais já assegurados na CF/88, aos estrangeiros residentes no Brasil e concede, entre outros, o direito a sindicalização trabalhista, em seu inciso VIII.

No seu parágrafo único, o artigo 5º, do PL 5.655/2009, estende aos estrangeiros independentemente de sua situação migratória, observado o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição, os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, a cargo do empregador e a possibilidade de ser proprietário, sócio ou empregado de empresa de segurança privada e de formação de vigilantes.

De acordo com essa disposição axiológica, contida na Carta Magna e transcrita na lei infra, percebe-se que o país, apesar de não objetivar a atração de correntes imigratórias precárias, responsabiliza-se juridicamente pelos trabalhadores imigrantes que encontram-se em seu território.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES IMIGRANTES

Os direitos fundamentais se desenvolveram através das concepções jusnaturalistas dos direitos do homem, direitos estes inatos, absolutos, invioláveis

(intransferíveis) e imprescritíveis. Hodiernamente, os direitos fundamentais gozam dos seguintes caracteres: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade (SILVA, 1999, p.185), bem como a universalidade, a limitabilidade e a concorrência (LENZA, 2012, p. 962).

A Constituição é clara quando diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (ART. 5º, §1º). Aplicação imediata quer dizer que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam (SILVA, 1999).

Os direitos individuais são de aplicabilidade imediata assim como os direitos sociais, contudo, estes últimos muitas vezes dependem de uma lei integradora, sendo portando de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Para José Afonso da Silva (2009), o art. 5º, §1º, CF/88, implica a aplicação das normas de direitos fundamentais de acordo com o máximo de condições de atendimento das instituições, podendo o Poder Judiciário ser invocado para isto garantir de acordo com a situação concreta.

Tal é a característica do direito fundamental elevado à condição de princípio, de acordo com a classificação pela sua estrutura normativa de “mandamento de otimização”, que vincula a sua aplicação ao juízo de “ponderação”, através do princípio da máxima proporcionalidade, como proposto por Robert Alexy (FONSECA, 2009, p. 34). Tal mandamento de ponderação, se subdivide em três máximas: a máxima da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, na aplicação de um princípio que poderá colidir com outro ou ainda com a situação fática, o mandamento da ponderação será feito mediante a máxima da adequação, buscando uma medida concreta que atinja o fim almejado; pela máxima da necessidade, verificando se o meio a ser utilizado é o melhor ou mais benigno e através da proporcionalidade em sentido estrito, uma análise quanto as vantagens e desvantagens da aplicação da norma (FONSECA, 2009, p. 35).

Sabe-se que a eficácia dos direitos fundamentais está atrelada à crise política, uma vez que depende do Poder Executivo, além de estar, em um grau mais distante, submetida à crise das Instituições e da Sociedade mesma (BONAVIDES, 2002, p. 576).

É importante ressaltar nesse *topois* que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominada pela doutrina como eficácia externa ou privada impõe a sua aplicabilidade entre particulares (SILVA, 2009).

Quanto a este ponto, duas teorias podem ser destacadas: a eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais. A primeira destaca a necessidade da intermediação do legislador, de maneira proibitiva, segundo a qual não poderá ser editada lei que viole os direitos fundamentais e de maneira positiva, segundo a qual o legislador deve especificar quais os direitos fundamentais que se aplicam às relações privadas (LENZA, 2012).

A teoria da eficácia indireta ou mediante pretende assegurar o princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, recusando a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma direta e imediata na esfera privada. Assim, tal incidência deveria vir inserta nas normas do direito privado ou na interpretação das demais regras do ordenamento pátrio, na forma de cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, etc.). Tal teoria atenua a intensidade da aplicação desses direitos. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 180).

Por outro lado, a teoria da eficácia direta ou imediata, segundo a qual alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação do legislador” para a sua concretização (LENZA, 2012). Esta teoria sustenta que os direitos fundamentais devem ser aplicados de pronto sobre as decisões das entidades privadas que detêm um poder social muito amplo de fato ou de direito. Cria-se assim direitos subjetivos oponíveis à entes privados.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 176-177) asseveram “é claro que não se discute a incidência dos direitos fundamentais quando estes estão evidentemente concedidos para ser exercidos em face de particulares. Diversos direitos sociais, em especial os relacionados ao direito do trabalho, têm eficácia direta contra empregadores privados”. Essa teoria é adotada pela Carta Magna no art. 5º, § 1º, CF/88 (MENDES; BRANCO, 2013, p. 180).

A “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais significa que os três poderes do Estado estão vinculados à sua aplicabilidade. Assim, no RE 161.243-6, o STF determinou a observância do princípio da isonomia no caso de uma discriminação de

empregado brasileiro em relação ao francês na empresa “Air France”, uma vez que realizavam atividades idênticas.

Pedro Lenza (2012, p. 963) sustenta que apesar do *caput* do artigo 5º da CF/88 fazer referência expressa aos estrangeiros residentes no país, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, turista), os apátridas e as pessoas jurídicas como titulares dos direitos fundamentais, expressos no *caput* do art. 5º e nos seus 77 incisos.

“Observe-se, porém, que a expressão “residentes no Brasil”, deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais (MORAES, 2003, p. 63).”

Assim, também é a posição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 173): “há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana”. Os autores ressaltam que é no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos dos estrangeiros não residentes ganham maior significado.

No rol de direitos e deveres dos estrangeiros do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/90, o artigo 95 estatui que: “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”. O STF pacificou a questão estabelecendo que os direitos previstos neste artigo se estendem a todos os estrangeiros que se encontrem em território brasileiro. (HC 94.477, Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 06/09/2011, Segunda Turma, Informativo 639).

3.1 O DIREITO DE IR E VIR

O direito de ser humano onde estiver, com suas prerrogativas garantidas, está positivado no ordenamento pátrio pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana em seu Art. 1º, inciso III.

O artigo 5º, *caput*, §2º, CF/88, proporciona ao sistema jurídico brasileiro a adoção de princípios típicos de direito internacional, dispondo que direitos e garantias

expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Uma vez que a Constituição se submete ao Direito Internacional estabelece um “*standart* mínimo internacional” de tratamento do estrangeiro. Tal padrão normativo inclui direito à vida, à liberdade, a não sofrer castigo cruel, à comparecer à justiça, à propriedade, etc.

O *jus communicationis*, isto é, o direito de emigração e imigração no plano internacional, está previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu art. 13, inciso 2º: “Todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Vale ressaltar que a aplicação da Declaração independe de qualquer condição pessoal, servindo a todo e qualquer indivíduo (art. 2º). O direito de ir e vir também está estabelecido no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil ratificou em 1992, sendo seu Protocolo Facultativo ratificado em 2009.

O direito fundamental de ir e vir se encontra no inciso XV do art 5º: “é livre a locomoção no território nacional em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Ser livre significa ter condições de realização pessoal. Historicamente, o homem foi dominado por forças opressoras, sejam elas intempéries naturais, aspectos econômicos, sociais e/ou políticos. O Estado em si impõe limitações ao homem em função da convivência social, contudo, graças ao seu dever de prestação positiva, ele tem a obrigação de combater os obstáculos de índole diversa, como por exemplo o racismo ou a dominação econômica (SILVA apud GARCÍA-PELAYO, 1999, p. 236-237).

Na medida em que a democracia se impõe, a liberdade encontra espaço de expansão. Derrubados o cárcere e a escravidão, o homem atingiu a liberdade física, sendo esta portanto, a primeira espécie de liberdade que o homem teve que conquistar. Do artigo 5º, XV, CF/88, se expressam duas situações da liberdade física ou de locomoção: a liberdade de circular no território nacional em tempo de paz e a liberdade de entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens.

O direito de ir e vir, contudo, limita os estrangeiros aos preceitos legais que os “termos da lei” devem especificar, já que o legislador impôs uma reserva legal simples

ao texto. Quanto a garantia de liberdade, Pedro Lenza (2002, p. 963) argumenta que um estrangeiro de passagem pelo território brasileiro, ilegalmente preso, pode impetrar um *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) como remédio constitucional na defesa de seu direito fundamental individual de liberdade de ir e vir. Assim, também se manifestou a jurisprudência do STF no HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 27-2-2009.

3.2 O DIREITO AO TRABALHO

O direito ao trabalho, ou seja, o direito de trabalhar, de buscar um trabalho ou a ele ter acesso é uma condição da efetividade da existência digna do ser humano. Assim, tanto o direito individual ao livre exercício de qualquer profissão, quanto o direito social ao trabalho, é um direito elevado à condição de fundamental. Isso é, tanto do aspecto formal, quanto do aspecto material pois, além de estar topograficamente localizado no artigo 6º, Capítulo II, Título II da Constituição Federal de 1988, apresenta conteúdo social.

Em uma interpretação sistemática da CF/88, a importância do direito ao trabalho é ressaltada, constituindo-se este como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (os valores sociais do trabalho) em seu art. 1º, IV, bem como referenciado no art. 170 quando a CF/88 estatui a ordem econômica com base na valorização do trabalho, além de estar também, localizado no título da Ordem Social, no art. 193, que tem como base o primado do trabalho.

O art. 5º, XIII, CF/88 prevê, com uma reserva legal qualificada, a liberdade de trabalho: “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 206), expressam que “restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais”. Contudo, para os trabalhadores imigrantes existe uma restrição elementar: estar regularizado no país. O art. 359, CLT, por exemplo prevê que “nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba carteira de identidade de estrangeiro e o número da respectiva carteira de identidade”.

O art. 366, CLT ao preocupar-se com o trabalhador imigrante que está se regularizando, prevê, nesta situação transitória, a possibilidade de trabalhar com uma certidão comprovando que requereu sua permanência no país, emitida pelo departamento competente.

Quanto à possibilidade de trabalhar em cargos, empregos e funções públicas a CF/88, no art. 37, I, prevê o acesso ao estrangeiro conquanto os requisitos estabelecidos em lei sejam preenchidos. Assim, o servidor estrangeiro deverá observar não só o Estatuto Jurídico dos Servidores Públicos, Lei 8.112/90, bem como as normas estabelecidas no Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/90.

O rol de direitos sociais previstos no art. 7º da CF/88 não contempla, especificamente, os trabalhadores imigrantes. Para a doutrina majoritária, tais direitos referem-se especificamente aos trabalhadores que ostentam os requisitos do contrato de emprego da CLT, ou seja, pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação. Assim, os trabalhadores que não estão na condição de empregados, não fazem *jus* a tais direitos (RESENDE, 2014).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 173) também seguem a perspectiva que “os direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também compreendidos como não inclusivos dos estrangeiros sem residência no País”. Conforme Amauri Mascaro Nascimento (1989, p.34), “a Constituição só aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados”.

No entanto, a jurisprudência do STF tem entendido que à relação jurídica trabalhista com estrangeiro irregular, apesar de configurar trabalho proibido, recairá a proteção decorrente do vínculo empregatício, conforme julgado a seguir:

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ESTRANGEIRO NÃO REGISTRADO. IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. TRABALHO PROIBIDO. PROTEÇÃO TRABALHISTA DEVIDA. O exercício de atividade remunerada no país é vedado para estrangeiros não devidamente registrados (arts. 359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro). Trata-se de típico trabalho proibido, circunstância que não pode obstar a inerente proteção dos Direitos Sociais Trabalhistas, aplicáveis independentemente da nacionalidade ou regularidade imigratória do indivíduo (arts. 1º, III, 3º, IV, 6º e 7º da Carta da Republica), conforme assentado em diversas normas internacionais aderidas pelo Brasil, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica - 1969).[...]Reconhece-se, incidentalmente, o vínculo empregatício apenas para fins de proteção trabalhista, sem efeitos previdenciários, mesmo porque o estrangeiro irregular não detém identidade nacional válida e, muito menos, CTPS. (TRT-

Nesse sentido, deve-se questionar, em vista do fundamento último da dignidade da pessoa humana, qual o princípio que deverá preponderar, pois o Supremo também entende que:

“Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de revelante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (MS n. 23.452/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12.5.2000).”

Diante de tal argumento, as reflexões quanto aos direitos dos trabalhadores imigrantes no Brasil ganham relevo, apresentando sua importância dentro de um contexto em que a economia mundial e nacional apresenta recessão. Indaga-se se a crise econômica pode servir de argumento para uma política imigratória mais rígida e até mesmo a flexibilização do direito fundamental do trabalhador imigrante dentro do país.

3.3 O DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO POR ORIGEM, RAÇA OU COR

O art. 3º, inciso IV da CF/88, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O inciso XLI, do art. 5º promulga o Princípio da Igualdade:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

A expressão “perante a lei”, destina a lei tanto ao legislador quanto aos aplicadores da lei. Assim, o legislador tem o encargo de, ao elaborar uma nova lei, orientar-se por esse princípio. Conforme José Afonso da Silva (1999, p. 219), “o mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente,

somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la.”

Dentro do art. 5º, o inciso XLI expressamente declara o Princípio da Não-Discriminação no art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A Declaração Universal de Direitos do Homem promulga o direito à igualdade em seu art. 2º e a convenção Interamericana de Havana sobre a condição dos estrangeiros (1928), estabelece, no art. 5º: “os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos seus próprios nacionais”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 678, em novembro de 1992, o qual buscou afirmar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundamentado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do local de nascimento ou de residência.

Interessante ressaltar a Opinião Consultiva 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“Fazendo parte do direito internacional geral e sendo norma de *jus cogens*, o princípio da igualdade e da não-discriminação é imperativo e transcende o domínio do direito dos tratados. Esta decisão acarreta obrigação *erga omnes* de proteção que vinculam a todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares. Em outras palavras, os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares nas relações individuais, empregador e empregado (ANDENA, 2013, p. 104).”

A Convenção nº 111 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, impõe o combate a qualquer forma de discriminação nas relações de trabalho.

E em 1949, a OIT criou a Convenção sobre os Trabalhadores Migrante (nº 97), que foi aprimorada em 1975 pela Convenção nº 143 da OIT sobre o Direito dos Trabalhadores Imigrantes e suas famílias. As duas Convenções buscam proteger os trabalhadores de qualquer forma de discriminação por força da nacionalidade, raça, religião ou sexo. A segunda Convenção avança na proteção do imigrante ilegal e das vítimas do tráfico internacional de pessoas, bem como dispõe de parágrafos de proteção quanto a direitos culturais.

Tal Convenção em seu art 7º exige tratamento igualitários aos trabalhadores imigrantes independentemente de sua condição migratória, exige que eles sejam informados sobre seus direitos em uma língua que compreendam (art. 18, III, a), que tenham o direito de recorrer ao judiciário em caso de retirada compulsória (art. 22, IV), entre outros dispositivos de proteção.

Tal Convenção não foi ratificada ainda no Brasil. Em dezembro de 2010, foi enviada ao Congresso Nacional, após vinte anos de reivindicações por parte da minoria, para análise. Contudo, mesmo as convenções não ratificadas constituem fonte de direito material, pois servem de fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional.

A discriminação sócio-laboral pode ocorrer no momento da contratação, durante o contrato de trabalho ou promover o seu término. A pessoa discriminada recebe um tratamento diferenciado por seus pares e/ou patrões em função de características acima relacionadas, não importando para tanto seu grau de zelo e competência na função.

A discriminação surge para os imigrantes quando, por falta de sua regularização ou ainda que estando regulares, seu contrato de trabalho implica em desvantagens em relação aos nacionais, como menor remuneração, rescisão antes dos demais, sobrecarga de trabalho, etc.

Segundo dados da OIT (p. 34), um dado que revela a discriminação contra imigrantes é a maior concentração destes em trabalhos “3D” (do inglês, dirty, dangerousanddegrading, sujo, perigoso e degradante), muitas vezes sem considerar os níveis de qualificação.

“A discriminação não é uma ocorrência excepcional ou aberrante, mas antes um fenômeno sistêmico que está, muitas vezes enraizado no modo de funcionamento dos locais de trabalho, e nos valores e regras culturais e sociais dominantes. A discriminação não distingue setor formal e informal, embora neste último caso pode assumir formas mais evidentes, por se encontrar fora do âmbito ou do domínio da legislação laboral e dos mecanismos de controle (OIT, 2007, p.9).”

Dado preocupante é que as políticas nacionais de imigração propiciam um maior índice de igualdade de oportunidades e proteção entre trabalhadores imigrantes e nacionais em função do nível elevado de qualificação, tal postura Estado é chamada de racismo institucional (OIT, 2007).

“A discriminação racial afecta milhões de trabalhadores diferentes no mundo inteiro, desde os negros e as minorias étnicas aos povos indígenas, nacionais de origem estrangeira e trabalhadores migrantes. As vítimas de discriminação racial ou étnica são muito pobres. Séculos de tratamento desigual em todas as esferas da vida, combinado com profundas desigualdades étnicas e sócioeconómicas, explicam os seus reduzidos conhecimentos escolares e profissionais. Os baixos resultados, por sua vez, fazem com que sejam vulneráveis à estereotipização étnica, enquanto a segregação social e geográfica perpetua as desigualdades étnicas, reforçando as percepções de “inferioridade” ou “rejeição” por parte dos grupos minoritários. As dinâmicas e manifestações da discriminação racial divergem, no entanto, conforme os grupos envolvidos (OIT, p.26).”

A discriminação pode ser direta ou indireta. A discriminação direta é aquela que privilegia ou exclui pessoas de determinados grupos. Como por exemplo, um anúncio de emprego que se dirige apenas aos que tem acima de determinada idade, ou que são homens. A discriminação indireta, por sua vez, é aquela em que normas e práticas aparentemente neutras privilegiam demasiadamente certo grupo em detrimento de outro.

A OIT (2007, p. 9-10) reconheceu como forma de discriminação indireta com base de classe, sexo, raça ou condição de imigrante a oferta de empregos domésticos para mulheres pertencentes a determinadas minorias étnicas e raciais, muitas vezes migrantes, com baixa remuneração.

Assim, a discriminação sócio-laboral incide, tanto no momento da contratação, quanto da dispensa. Como veremos a seguir, o referencial internacional dos Direitos Humanos, veda tal conduta e prevê a sanção respectiva, de forma retributiva, preventiva e compensatória.

CONCLUSÃO

O período atual de expansão capitalista pode ser entendido através dos efeitos do processo de globalização econômica. A intensa mobilidade dos fluxos de capitais, de bens e mercadorias promove o mercado de consumo e conseqüentemente a necessidade do indivíduo de se projetar através do seu poder aquisitivo. Nesse contexto, não só as grandes empresas migram em busca de maiores lucros como também, as pessoas promovem fluxos migratórios tendo em vista o retorno econômico e uma maior qualidade de vida.

No Brasil a política de imigração fundamenta-se em um protecionismo no mercado nacional. Uma análise da legislação vigente – Lei 6.815/80, bem do Projeto de Lei 5.655/2009, evidenciou que as fronteiras do Brasil, físicas e jurídicas, atendem à lógica do progresso econômico, buscando na imigração a transferência de tecnologia através dos recursos humanos.

Contudo, em que pese a política migratória privilegiar os imigrantes laborais com alto valor de mercado, desmotivando assim correntes imigratórias precárias, o Brasil assume através de seu ordenamento jurídico, a tutela pela manutenção da vida e da dignidade dos imigrantes laborais que em seu território se encontram.

Como normas de eficácia vertical e horizontal, os direitos fundamentais concedidos pela Carta Magna a qualquer pessoa dentro do território nacional, seja ela brasileira ou não, impõe o respeito as garantias mínimas de subsistência das pessoas que no Brasil se encontram.

O direito ao trabalho, o direito de ir e vir e o direito a não-discriminação, por exemplo, são alguns dos direitos que encontram guarida perante os três poderes, devendo o legislador respeitá-los em sua produção legislativa, devendo o Poder Executivo fomentá-los em seus atos administrativos e devendo, por fim o Poder Judiciário garanti-los quando provocado.

REFERÊNCIAS

ANDENA, Emerson Alves de. **Transformações da Legislação Imigratória Brasileira: os (des)caminhos rumo aos direitos humanos**. 2013. 136 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.655/2009**: lei do estrangeiro. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/674695.pdf>>. Acesso em 20-05-11>.

_____. Congresso Nacional. **Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Emigração**. Relator: Deputado João Magno. Brasília: 2006. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/CPI/Emigracao/RelFinalCPMIEmigracao.pdf>>. Acesso em 16-05-2014.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**: decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Decreto 6.893/2009**: regulamenta a Lei 11.961/2009. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/2009/decreto-6893-2-julho-2009-589170-publicacaooriginal-114065-pe.html>>. Acesso em 11-05-14.

_____. **Decreto 840/1993**: dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0840.htm>. Acesso em 20-05-2014.

_____. **Estatuto do Estrangeiro**: Lei 6.815/1980. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6815-19-agosto-1980-366138-norma-pl.html>>. Acesso em 11-05-14.

LIMA, Ana Carolina da Cruz; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto Camilo de; SIMÕES, Rodrigo Ferreira. **Migração e inserção no mercado de trabalho: uma abordagem multinomial para a população economicamente ativa do Brasil**. In: ANPEC, XXXIX, 2011, Foz do Iguaçu.

MACIEL, Francieli Tonet; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto Camilo de. **Migração Interna e Seletividade: uma aplicação para o Brasil**. In: ANPEC, XXXIX, 2011, Foz do Iguaçu.

MACHADO, Luciano; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto Camilo de. **Mobilidade ocupacional e incompatibilidade educacional no mercado de trabalho metropolitano**. Revista Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 43, n. 2, p. 279-307, ago., 2013

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONSERRAT FILHO, José. **Globalização, interesse público e direito internacional**. Revista Estudos Avançados, vol. 9, n. 25, p. 77-92, 1995 Texto apresentado pelo autor na 47ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), em São Luís, Maranhão, de 9 a 14 de julho de 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**, 1990. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acessado em 15-12-14.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf>. Acessado em 13-12-14.

_____. **Convenção 143:** Convenção sobre Trabalhadores Migrantes. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.oit.org/ilolex/spanish/index.htm>>. Acessado em 10-12-14.

_____. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.** Disponível em: <http://www.oit.org.br/info/download/declarac_port.pdf>. Acessado em 22-01-2011>.

_____. **Igualdade no Trabalho: enfrentar desafios. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho.** 96ª, Sessão 2007. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf> Acessado em 14-01-2015

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2013

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público:** curso elementar. 14.ed. rev., aumem. E atua. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Trabalho e Imigração:** os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. 2011. 285 p. Dissertação. (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

SENE, Eustáquio de. **Globalização e espaço geográfico.** 3. Ed. – São Paulo: Contexto, 2007

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego**: diagnóstico e alternativas, 4 ed. São Paulo: Contexto, 2000.