

ESTUDIOS

Da proteção jurídica conferida ao trabalhador migrante no Brasil: ponderações quanto a Lei 13.445/2017

*The legal protection conferred to migrant workers in Brazil:
ponderations as to Law 13.445/17*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson 

Instituto Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Susane Maciel de Oliveira 

Advogada, Brasil

Kamilla Rafaely Rocha de Sena 

Centro Universitário FACEX, Brasil

RESUMO O presente trabalho trata do tema sobre o trabalhador imigrante, sendo abordado a partir na Lei de Migração (Lei 13.445/2017), o qual vem por substituir o antigo Estatuto do estrangeiro. Nesse contexto será abordado os contornos da regulação interna brasileira sobre a possibilidade do direito ao trabalho de imigrantes reputado lícito. O estumo do tema escolhido é importante em face do problema humanitário de dimensão global quanto ao processo migratório. Tem por desiderato investigar a adequação da legislação brasileira quanto à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, considerando a realidade migratória do país e de algumas das principais normas internacionais acerca do tema. A pesquisa em tela deu-se a partir de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que o direito fundamental ao trabalho compõe em um direito humano que constitui em patrimônio subjetivo das pessoas imigrantes, devendo ser efetivado no Brasil em obediência ao preceito constitucional da vedação a não discriminação, todavia, a Lei 13.445/17 ficou a desejar da tutela desse direito, a qual poderia ter sido mais amplo.

PALAVRAS-CHAVE Migração laboral, Lei de Migração, promoção da dignidade humana.

ABSTRACT The present work deals with the theme of the immigrant worker, being approached from the Migration Law (Law 13.445/2017), which comes to replace the former Foreigners' Statute. In this context, the contours of Brazilian internal regulation on the possibility of the right to work of reputed lawful immigrants will be addressed. The study of the chosen theme is important in view of the humanitarian problem of global dimension regarding the migratory process. Its purpose is to investigate the adequacy of Brazilian legislation regarding the protection of the rights of migrant workers, considering the country's migratory reality and some of the main international norms on the subject. The research on screen took place from a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of descriptive and analytical character, adopting bibliographical research technique. It is concluded that the fundamental right to work comprises a human right that constitutes the subjective patrimony of immigrants, and must be implemented in Brazil in compliance with the constitutional precept of prohibition of non-discrimination, however, Law 13.445/17 was lacking of the protection of this right, which could have been broader.

KEYWORDS Labor migration, Law of Migration, promotion of human dignity.

Das considerações iniciais

A migração se trata de um fenômeno inerente à natureza humana, cuja principal motivação se refere à busca por melhores condições de vida. Portanto, indubitavelmente, frente à lógica mundial mercantilista, o migrante anseia por trabalho, considerando que é por meio dele que poderá auferir o seu sustento. Assim, o trabalho e, principalmente, a sua proteção jurídica conferida por meio do Direito, é elemento essencial para realização da dignidade humana.

Nesse cenário, é importante perceber que o Brasil se insere como um país historicamente marcado pelas migrações internacionais em busca de trabalho, conforme será demonstrado.

Diante desse contexto, é fundamental analisar o tratamento justabalhista dado ao trabalhador migrante pela legislação brasileira, mormente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela nova Lei de Migração. Busca-se observar se as referidas normas são efetivamente capazes de contribuir para a promoção dos direitos do trabalhador imigrante na realidade atual, especialmente do Direito do Trabalho e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, é este, pois, o principal objetivo do presente estudo.

Para tanto, o presente trabalho se realiza por meio do método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica e pesquisa doutrinária, como também documental, no que se refere ao assunto das migrações internacionais no Brasil e do tratamento jurídico conferido ao trabalhador.

No primeiro capítulo, faz-se necessário abordar a migração laboral como busca de vida digna, demonstrando a relação existente entre a proteção trabalhista e a dignidade humana, além das situações jurídicas nas quais a migração pode ocorrer, visto que estas influenciam o tratamento jurídico dado trabalhador imigrante.

Já no segundo capítulo, apresenta-se um breve histórico da migração de trabalhadores no Brasil para que seja possível uma melhor compreensão do objeto de estudo deste trabalho.

O terceiro capítulo, por sua vez, traz como forma de exame da regulação interna, a apreciação das disposições das principais normas internacionais concernentes à proteção ao trabalhador migrante.

Por fim, no último capítulo passa-se à análise da proteção justrabalista do imigrante nas normas brasileiras, tendo por base as tendências demonstradas pelas normas supranacionais. Também se discorre acerca do revogado Estatuto do Estrangeiro e da nova Lei de Migração já vigente no país.

Com isso, almeja-se contribuir para os avanços do estudo no que se refere ao tema dos direitos do trabalhador imigrante no Brasil, considerando a repercussão prática dessa discussão na vida dos imigrantes e no futuro da sociedade brasileira.

A procura de vida digna por meio da migração laboral

O direito do trabalho como mecanismo de alcance do princípio da dignidade humana

Inicialmente, é preciso entender o significado da expressão «dignidade humana», não sendo suficiente apenas a consulta ao dicionário para entendê-la, visto que possui uma vasta complexidade histórica e serve como alicerce para os documentos internacionais mais relevantes da humanidade.

No que diz respeito à raiz etimológica da palavra «dignidade», vale dizer que esta advém da expressão latina «dignus» e se refere àquele «que merece estima e honra, aquele que é importante», de acordo com Moraes (2006: 112).

Na linguagem coloquial, a expressão «dignitas» foi utilizada, a princípio, com uma acepção voltada para as noções de função; cargo; e, título. Ou seja, o referido conceito estava relacionado à posição ocupada pelo indivíduo na sociedade (Maurer, 2005: 64).

São Tomás de Aquino (citado por Ramos, 2017: 69), afirma que há o reconhecimento da «dignidade humana», qualidade intrínseca a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. Sustenta ainda o autor o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, núcleo de criação pelo fato de ser imagem e semelhança de Deus. Dessa forma, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é própria do homem, como espécie.

Porém, é importante notar que foi por meio do filósofo Immanuel Kant que se consolidou o sentido de dignidade, segundo o qual o sujeito é aquele que age com humanidade, possuindo racionalidade, e, conseqüentemente, ocupando um espaço privilegiado em comparação aos demais seres vivos. Desta forma, por ser o homem insubstituível, este não tem um preço, o que lhe confere dignidade: «No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade» (Kant, 2007: 77).

Conforme se vê, o entendimento kantiano de dignidade não abarca nenhuma ideia que envolva matéria de disponibilização da pessoa humana. Portanto, sempre que o indivíduo fosse tratado como coisa, este teria sua dignidade violada, e por conseguinte, perderia o «status» de sujeito para ser percebido como objeto.

Nesse mesmo sentido, é importante destacar que Kant (2007: 69) também propagou o imperativo a seguir: «age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio».

Para explicar o imperativo acima, Weber afirma:

Está pressuposto nessa formulação o valor absoluto do ser humano, ou seja, o homem é um fim em si mesmo. O fim último do ser humano é sua própria existência. O devido respeito refere-se ao homem como homem. Por isso a expressão «que uses a humanidade». Estão incluídos aqui todos os seres racionais, quais sejam, todos os que possuem razão e vontade (2013: 12).

Ainda quanto à concepção de dignidade da pessoa humana, é possível dizer que existem dois aspectos: o individual e o social. O sentido individual corresponde à integridade física e psíquica do homem. Por seu turno, o sentido social está voltado à afirmação do homem como ser pertencente a uma sociedade, além remeter à ideia de necessidade de observância de uma igualdade substancial e o estabelecimento de um mínimo existencial a ser garantido a todos. Com isso, é possível afirmar que a efetivação do princípio da dignidade humana somente ocorrerá caso estejam presentes ambas as dimensões (Miraglia, 2009: 149-150).

Nessa mesma linha de pensamento, Guimarães explica ainda que «a questão da realização social também está entrelaçada ao trabalho, pois é por meio deste que o ser humano se integra à sociedade, munindo-se dos meios necessários à sobrevivência na sociedade capitalista» (2016: 97).

Importante ressaltar que, com o decorrer dos anos, o trabalho deixou de ser unicamente um meio de subsistência e passou a se transformar em um elemento construtor da identidade do indivíduo. Dallari expõe que «o trabalho permite à pessoa humana desenvolver sua capacidade física e intelectual, conviver de modo positivo

com todos os seres humanos e realizar-se integralmente como pessoa» (citado por Brito Filho, 2013: 42).

Ademais, o Direito do Trabalho, enquanto direito social fundamental, pode ser entendido sob dois aspectos, quais sejam: o direito ao trabalho e o Direito do Trabalho. É o que ensina Miraglia a seguir:

No que cinge ao direito ao trabalho, tem-se o direito individual subjetivo de todo homem de acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de prover a si mesmo e à sua família, mediante seu próprio trabalho, que deve ser digno. Em relação ao Direito do Trabalho propriamente dito, refere-se ao direito social, coletivo, inerente a determinado grupo merecedor de proteção especial em face de sua desigualdade fática: os trabalhadores. Fixa o «patamar mínimo civilizatório» sem o qual não se aceita viver, derivado da igualdade substancial e que tem como substrato a dignidade da pessoa humana (2009: 149).

Dessa maneira, percebe-se que é preciso que haja a conjugação de ambos os aspectos do Direito do Trabalho para que seja alcançada a dignidade humana.

Quanto ao direito ao trabalho, este é capaz de garantir ao cidadão o recebimento de uma remuneração que, se justa for, lhe proporcionará o acesso aos demais direitos essenciais, como a educação, a participação na vida política, o direito ao lazer, o direito a constituir uma família e assegurar a manutenção desta, dentre outros (Boucault e Araújo, 1999: 309).

Noutro passo, Delgado e Ribeiro mencionam acerca do Direito do Trabalho que:

Essa intrínseca conexão entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana revela-se pela necessidade de tutela jurídica das relações de emprego, de modo a garantir que a subsistência, a integração social e a emancipação coletiva do trabalhador ocorram conforme as diretrizes do direito fundamental ao trabalho digno. Ou seja, cabe ao Direito do Trabalho normatizar a proteção do sujeito trabalhador, além de proibir a mercantilização do trabalho humano (2013: 199-200).

Isto posto, o trabalho, ainda que remunerado, quando realizado em condições degradantes e abusivas, em meio a situações de penosidade, insalubridade e periculosidade ou, inclusive, quando há a exploração de mão de obra, revela-se incapaz de propiciar condições suficientes para uma vida digna. Destarte, Delgado assevera que o «trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano» (2006: 207). E, para que isso seja possível, é fundamental que haja a regulamentação do trabalho por meio do Direito.

Ao ser efetivado, o Direito do Trabalho ainda auxilia na distribuição de renda na sociedade, impulsionando a economia e fazendo com que os direitos sociais trabalhistas sejam necessários ao progresso material, tecnológico e social dos povos (Del-

gado e Ribeiro, 2013: 200).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, traz em seu artigo 23 a correlação entre Direito do Trabalho e a dignidade da pessoa humana, além de destacar que o trabalho é um direito do homem, conforme se vê:

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano 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 ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

No tocante ao disposto no artigo acima, é importante assinalar que, ao trabalhador é dado o direito ao trabalho que corresponde ao dever do Estado de providenciar o pleno emprego a todos os indivíduos. Conforme a ética da sociedade industrial, o trabalho dignifica o homem. Com isso, o direito ao trabalho deve ser considerado no contexto da garantia da dignidade humana prevista no preâmbulo da Declaração. Ato contínuo, a isonomia salarial a que se refere o inciso segundo decorre da ideia de igualdade entre os homens. Além disso, é preciso ressaltar que, sendo expressão da dignidade humana, os direitos humanos dos trabalhadores também são indisponíveis e irrevogáveis (Boucault e Araújo, 1999: 238).

Boucault e Araújo (1999), reconhecem que, embora haja a necessidade de tutelar os direitos humanos, dentre eles, principalmente o Direito do Trabalho, a título universal, com o objetivo de impor aos Estados o seu cumprimento, há que se observar que muitas vezes são identificados entraves para a sua efetivação, tendo em vista que não são todas as sociedades que possuem o desenvolvimento necessário para proporcionar as bases para a sua concretização.

É nesse contexto de desigualdades do mundo atual que muitos indivíduos se sentem atraídos a migrar para outras regiões ou países no sentido de alcançar um trabalho digno.

A situação jurídica no contexto da migração laboral

Antes de adentrar neste estudo, é necessário primeiro entender o que se define por migração. Segundo Zamberlam *et al.* (2009: 13), é «um processo de pôr-se a caminho (indivíduos ou grupos) para chegar a um destino. As migrações sempre existiram, enquanto deslocamento dos povos, desde o aparecimento da humanidade». Sendo assim, as migrações fazem parte da natureza humana e, conseqüentemente, o deslo-

camento de pessoas pelo mundo trata-se de um fenômeno ininterrupto.

Além disso, Marinucci e Milesi (2005: 1), destacam que as migrações internacionais compõem um espelho das desigualdades das relações socioeconômicas existentes em nível planetário. Nada mais são do que termômetros que indicam as contradições das relações internacionais e da globalização neoliberal.

Nessa mesma perspectiva, Boucinhas Filho e Barbas, asseveram:

No mundo atual, em que se agrava o desequilíbrio entre países ricos e países pobres e no qual o desenvolvimento da comunicação reduz rapidamente as distâncias, percebe-se um grande aumento nas migrações de pessoas que saem das zonas menos favorecidas do planeta em busca de melhores condições de vida (2013: 28).

Assim, a migração se dá, na grande maioria das vezes, em virtude da procura por oportunidades, principalmente de trabalho, de maneira que, ainda de acordo com Boucinhas Filho e Barbas, «os trabalhadores se movem de áreas com alto percentual de desemprego para regiões em que o trabalho é mais abundante» (2013: 28).

Ou seja, é possível constatar que a carência de perspectivas, a escassez de recursos financeiros, aliadas às dificuldades de sustento para a própria manutenção da vida, são os motivos mais habituais que levam um indivíduo a migrar (Lima, 2011: 272).

Segundo a Organização Internacional para as Migrações, migração laboral representa o:

Movimento de pessoas do seu Estado para outro Estado com a finalidade de aí encontrar emprego. A migração laboral está regulada nas leis sobre migração da maioria dos Estados. Além disso, alguns Estados desempenham um papel activo na regulação da migração laboral externa e procuram oportunidades no estrangeiro para os seus nacionais (Organização Internacional para as Migrações, 2009: 42).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) realizou estudo publicado em 2015, qual seja, o relatório denominado de «Estimativas Globais da OIT sobre Trabalhadores Imigrantes», que estimou que, até o referido ano, existiam aproximadamente 232 (duzentos e trinta e dois) milhões de imigrantes no mundo, dos quais 150 (cento e cinquenta) milhões eram trabalhadores imigrantes – representando mais de a metade do total (cf. Júnior, 2015).

O fato é que, com a globalização, os conflitos, as desigualdades de renda, e em suma, com todas essas mudanças pelas quais a sociedade tem passado nos últimos anos, a tendência é aumentar ainda mais o número de migrantes a cruzar as fronteiras na busca de emprego.

Entretanto, para que o indivíduo alcance uma vida mais digna por meio da migração, vale salientar que esta irá depender ainda da situação jurídica em que venha a acontecer. Isto é, o processo de migração de trabalhadores pode se dar, basicamente, de duas formas: irregular ou regular.

As situações jurídicas de irregularidade e regularidade dos trabalhadores migrantes

As migrações não são apenas um fluxo natural de locomoção de pessoas pelo mundo, mas são, inclusive, um direito humano. Tal direito está previsto ainda no inciso XV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura em seu art. 13 que «1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar».

Acontece que, como bem ressalta Nicoli (2011: 87), o mencionado direito não é absoluto, tendo em vista que está sujeito a limitações impostas por outros bens jurídicos, como a ordem e a segurança pública.

As referidas limitações estão dispostas no art. 22, inciso 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também designada por Pacto de São José da Costa Rica, tendo sido ratificada no Brasil por meio do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, conforme se vê:

O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.¹

O que se demonstra, portanto, é que a soberania estatal, exercida como forma de proteger, principalmente, a segurança nacional, é o meio válido pelo qual os Estados buscam fiscalizar os fluxos migratórios.

Infere-se que, a situação jurídica da imigração está relacionada à noção de soberania, isso porque, conforme bem explica Dallari (2010: 80), esta é entendida como «o poder de decidir em última instância, quanto à atributividade das normas, isto é, acerca da eficácia do direito». Em suma, é a partir da soberania que é dada aos Estados a competência de legislar acerca de questões migratórias.

No que diz respeito ao direito de ir e vir, é importante ressaltar que em razão de os fluxos migratórios refletirem nos mais diversos setores internos de cada país, como os sociais, políticos, econômicos e culturais, os obriga a regulá-los conforme os objetivos que tenham sido traçados para a imigração (Boucinhas Filho e Barbas, 2013: 29).

Com isso, cada Estado soberano tem a possibilidade de estabelecer os limites da regularidade da imigração em seu território de consoante seus interesses nacionais.

1. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov. 1992. Disponível em <https://rb.gy/znlshx>.

Nesse aspecto, o ordenamento jurídico de cada país possui um conjunto de requisitos necessários para que a imigração ocorra de forma regular. Aquele que cumprir tais requisitos, terá imigrado em condição de regularidade, o que, na maior parte dos casos, praticamente o iguala, ou o aproxima muito, do nacional do país receptor, sob o ângulo da garantia de direitos e da previsão das obrigações. Em contrapartida, aquele que desobedecer a legislação migratória do país de destino, seja ingressando no território nacional de forma irregular, seja permanecendo nele com visto inadequado, estará em condição de irregularidade, se sujeitando às penalidades impostas pelo ordenamento jurídico do país em que se encontra (Nicoli, 2011: 26).

Afirma-se que as migrações não se caracterizam apenas por serem um fato social, mas também político, uma vez que os países ao estabelecerem suas regras de política migratória, acabam por colaborar com o processo de desenvolvimento dos fluxos migratórios. Dessa maneira, fazendo uso de seu poder político, os Estados soberanos estabelecem suas exigências legais para a imigração, no afã de controlar quem ingressa no território nacional.

Conforme ensina Nicoli (2011: 88), as exigências legais acima apontadas normalmente possuem o condão de excluir pessoas de baixa escolaridade e desprovidas de qualificação profissional, ao passo que admitem, como imigrantes regulares, tão-somente aqueles que tenham a capacidade de contribuir para o mercado de trabalho interno e que não representem um «peso» para o país.

Com isso, surge a ideia de «candidato rejeitado» que se trata de um indivíduo que foi não foi aceito em determinado país por não preencher os seus critérios de migração (Organização Internacional para as Migrações, 2009).

Nesse contexto se dá a imigração ilegal ou clandestina, a qual ocorre quando indivíduos atravessam as fronteiras nacionais deixando de observar as leis de imigração do país de destino. Portanto, o indivíduo se torna um migrante irregular a partir do momento em que este adentra de forma ilegal em um país no qual não está autorizado a permanecer (Organização Internacional para as Migrações, 2009).

Ocorre que, quando um Estado não permite o alcance a oportunidades de trabalho para os migrantes, ele resulta numa exclusão social. Daí porque o indivíduo excluído, não enxergando outras opções, acaba laborando no mercado informal, e até mesmo, em alguns casos, este trabalho está relacionado a alguma atividade ilícita. Agindo dessa forma, sua imagem fica associada ao mundo da informalidade e criminalidade, causando um clima ainda mais hostil entre os nacionais e os migrantes (Lima, 2011: 281).

Corroborando este raciocínio, o trabalhador migrante se vê diante de uma série de entraves quando da sua permanência irregular:

Muitos Estados desejados como destinos pelos migrantes adotam políticas restritivas para sua recepção e condutas enérgicas contra a permanência irregular em seu

território para finalidade de trabalho. [...] Tal posição pode fomentar uma situação gravíssima, que abre as portas para a adoção de práticas de exploração de mão de obra em condições subhumanas, ou até mesmo a exploração de trabalho em condições análogas à de escravo (Lima, 2010: 308).

Trata-se de situações que compreendem abrangem privação de liberdade, como a servidão por dívida, e condições degradantes de trabalho, a exemplo do trabalho em ambiente de insalubridade e as jornadas intensas (Nicoli, 2011).

Na prática, o que ocorre, conforme bem explica Lima, é que:

Em alguns casos, para não pagar sequer a contraprestação mínima pelo trabalho executado e terminado, os próprios empregadores acabam denunciando os migrantes irregulares, que são imediatamente deportados, para eliminarem os custos de uma rescisão contratual ou mesmo o pagamento de salários. Em outras situações, os próprios empregadores criam o estado de terror sobre os migrantes, ameaçando-os de delação às autoridades, obtendo, assim, maior domínio sobre os migrantes explorados (2010: 313).

A imigração irregular ainda promove a perda da capacidade jurídica do indivíduo, o qual se vê tolhido de exercer os mínimos atos da vida civil. Assim, de acordo com Lima (2010: 311), o migrante não possui qualquer direito político ou social nesta situação de clandestinidade, não podendo se expressar politicamente, não possuindo qualquer direito de representação social formal, tampouco política.

Lima (2010: 311), destaca ainda que, o migrante se vê impedido buscar a defesa de seus direitos porque embora lhe seja favorável a pretensão, provavelmente será denunciado às autoridades de imigração. Não lhe é permitido demonstrar seus valores religiosos e culturais, uma vez que estaria sujeito à perseguição inclusive dos nacionais, correndo o risco de ser descoberto pelas autoridades. Além do mais, não pode receber assistência social e médica regular em muitos casos, a não ser aquela mais básica e preparatória para o ato de deportação e retorno ao país de origem, quando não correr perigo de lhe ser imputada uma pena restritiva de liberdade.

Ainda segundo Lima, «o tenebroso cenário para atitudes discriminatórias está montado para que a capacidade de trabalho desse migrante esteja sujeita a toda a sorte de explorações» (2010: 311).

Ressalte-se ainda que, o modo mais comum de entrada ilícita acontece por meio do tráfico internacional de pessoal. Acerca disso, Lima (2010: 308-309) explica que os chamados «coiotes» atuam no aliciamento e transporte clandestino de pessoas com a entrada irregular nas fronteiras, normalmente da maneira extremamente arriscada e precária. O migrante, desejando em adentrar em determinado território, na maior parte das vezes consente com esse tipo de transporte, obtendo uma espécie de pacote que inclui o transporte, a estadia e o ingresso em novo território. Porém, essa atividade tem apresentado grandes armadilhas aos migrantes, de forma que o

indivíduo se torna sujeito a mais uma situação grave: a exploração desumana de seu trabalho.

Em contrapartida, é possível que um trabalhador migrante, em razão de determinados fatores, assim como a suas condições financeiras e qualificação profissional, consiga preencher os requisitos legais de admissão, e consequentemente, alcançar uma situação de regularidade, podendo alcançar uma condição digna e, inclusive, o direito ao trabalho. Este perfil de trabalhador se refere ao «migrante qualificado», conforme definição do *Glossário para as Migrações* (Organização Internacional para as Migrações, 2009), se trata do indivíduo que, em razão de suas qualificações, normalmente tem um tratamento diferenciado quanto a sua admissão no país receptor, estando vinculado a menos limitações quanto à duração de estadia e à mudança de emprego.

No Brasil, considerando a existência de requisitos legais para admissão de imigrantes bastante rigorosos, é importante ressaltar que aqueles que possuem maior facilidade de alcançar a regularidade são investidores, técnicos e empresários, que observam no país oportunidades particulares de sucesso (Nicoli, 2011).

Em consonância com o estudado, é possível ponderar que sendo a principal causa da migração a procura por uma melhor condição de vida com o alcance de oportunidades de trabalho, em regra, o imigrante não se torna irregular por sua vontade, entretanto, a bem da verdade, ingressa em determinado território de forma ilegal em razão de ser extremamente complexo satisfazer todos os requisitos impostos pelo país para a sua admissão.

Nesse cenário, é importante atentar para o fato de que a pessoa humana e o trabalho realizado merecem ampla proteção, proteção que, sob o prisma das diretivas de igualdade e da não discriminação, não pode ceder a qualquer empecilho assentado por regulamentos ou políticas supostamente implementadas no exercício da «soberania» dos países (Nicoli, 2011: 18).

Quanto a isso Lima (2010: 314), ilustra que para ser impedido que os imigrantes irregulares tenham seus direitos humanos violados, seria preciso a realização de um equacionamento da limitação do direito de cada país criar políticas restritivas à migração, para que estes não violem, direta ou indiretamente, os direitos humanos.

Portanto, embora os Estados possam estabelecer seus critérios relativos à questão migratória, deve haver limites quanto ao exercício dessa soberania. Os países podem aplicar medidas de controle, desde que não limitem determinados direitos.

Aos Estados é dada a faculdade de impor restrições à entrada de pessoas, porém tais restrições não podem violar os direitos fundamentais, como o direito de igualdade perante à lei e de não discriminação.

Feitas tais considerações, passa-se a uma breve análise do histórico da migração de trabalhadores no Brasil, para que seja possível fazer uma reflexão quanto a forma como é visto o trabalhador estrangeiro, além de ser observado qual o tratamento jurídico a ele concedido desde os tempos mais remotos.

Breve análise do histórico da migração de trabalhadores no Brasil

Acerca do histórico da migração de trabalhadores no Brasil, Guimarães aponta que:

não é possível determinar-se um período exato para o início e término das imigrações para o Brasil, pois são movimentações dinâmicas que ocorrem de tempos em tempos, movidas principalmente pela busca por trabalho, acompanhadas de esperanças, utopias, riscos e desafios (2015: 37-38).

A nação brasileira possui como principal aspecto histórico o fato de haver se formado por meio de diversos grupos culturais e étnicos, os quais migraram de seus países para povoar o território brasileiro. De acordo com Stuenkel:

Do ponto de vista histórico, e de modo semelhante ao caso dos Estados Unidos, o Brasil é um país construído através do trabalho árduo de imigrantes europeus e escravos africanos. O Brasil é, portanto, uma verdadeira nação imigrante, e sua história rica em ondas recorrentes de imigração, vindas de lugares tão diversos como Portugal, África, Itália, Alemanha, Polônia e Japão, tornaram o país um caldeirão étnica e culturalmente diversificado, que moldou sua identidade nacional (2012: 1).

Tradicionalmente lembrada a partir do século XIX, a história da imigração brasileira é marcada a partir da vinda de trabalhadores imigrantes europeus. Tomando por base que o imigrante é aquele que se desloca entre as fronteiras com o objetivo de permanência, o que o diferencia do mero estrangeiro, que não busca fixar permanência no local de destino, tal fenômeno migratório se dá em razão de vários processos, quais sejam: o enfrentamento das barreiras políticas e normas de admissão do país de destino, além da participação do processo decisório quanto à própria migração (Nicoli, 2011).

Isto posto, são três os grupos de pessoas que atuaram de forma primordial para a composição da sociedade brasileira, os quais, no entanto, não se encaixam no conceito de imigrante: os indígenas, os portugueses e os escravos africanos.

Os indígenas já estavam no solo brasileiro quando chegaram os portugueses, posto que, segundo Cotrim (2002: 179), antes da chegada destes últimos, havia no continente americano um número superior a 03 (três) mil indígenas. Logo, quando os ameríndios se estabeleceram no território brasileiro, o cenário histórico era outro, não cabendo a aplicação do conceito de imigrante.

Já com relação aos portugueses, Nicoli (2011: 68) aponta que, naquele período histórico, o Brasil não era independente de Portugal, o que conferia ao país uma espécie de prolongamento da própria coroa lusitana. Quando os portugueses se deslocavam para a colônia, apesar de atravessarem o Oceano Atlântico, ainda estavam sob a jurisdição do seu país de origem, o que demonstra que não podem ser entendidos como imigrantes.

Quanto aos africanos, estes foram trazidos ao Brasil para que sua mão de obra fosse aproveitada nos ciclos de produção (Guimarães, 2015: 38).

Nicoli (2011: 71) frisa a ausência de regulação do trabalho na fase de colonização e exploração dos escravos, devido à relação escravista ser formada na absoluta sujeição pessoal. O autor elucida a condição do indivíduo explorado – condição de coisa, e não de pessoa. Por essa razão, não poderia ser sujeito de direitos.

Dito isto, percebe-se que os ancestrais africanos, posto que estavam na condição de escravos, não participavam na tomada de decisão pela migração.

Considerando que os indígenas tiveram participação essencial na formação da população brasileira e, ainda, que os portugueses e os escravos africanos constituíram os primeiros fluxos de estrangeiros ao país, além de que os mencionados povos influenciaram, os padrões sociais e jurídicos quanto a questão migratória e trabalhista brasileira, será feita, a seguir, uma breve análise acerca destes (Nicoli, 2011).

No Brasil, o primeiro grande fluxo imigrantes europeus aconteceu por meio da chegada dos portugueses, no século XVI. Segundo Marinucci e Milesi (2002: 1), os portugueses, ao mesmo tempo em que introduziram no Brasil o sistema colonial, trouxeram ainda suas tradições culturais e religiosas.

Os primeiros portugueses que chegaram no Brasil eram fazendeiros ou empresários que haviam recebido sesmarias e pretendiam aqui enriquecer para posteriormente retornarem a metrópole. Entretanto, a partir de 1700, também começaram a vir para o Brasil portugueses de origem mais simples, que pretendiam aqui permanecer (Nicoli, 2011).

Como já citado anteriormente, tendo em vista que o solo brasileiro representava mera extensão do domínio da coroa portuguesa, os portugueses não eram estrangeiros, tampouco imigrantes, uma vez que ao vir para a colônia, permaneciam em terras portuguesas (Nicoli, 2011: 70).

Quanto aos indígenas, a chegada dos portugueses acarretou numa grande mudança no que se refere ao modo como viviam. Isso porque verdadeira grande quantidade de populações indígenas foram removidas de suas regiões de origem para trabalhar como escravos para os portugueses. Fora de seu meio natural, estes passaram a sofrer com as mudanças no tipo de alimentação e no ritmo de trabalho. A organização social e produtiva indígena foi desestruturada (Cotrim, 2002: 182).

De início, os ameríndios foram sujeitados à extração do pau-brasil, e posteriormente, passaram a ser escravizados em virtude da necessidade de mão de obra na produção açucareira, de forma que para alcançar «o trabalho indígena, os colonos não hesitaram em usar a violência e impor a escravidão» (Cotrim, 2002: 198).

Nesse contexto, houve uma drástica redução da população indígena, em razão das guerras com os colonos e das epidemias que vieram da Europa. Ao mesmo tempo, houve expansão do comércio de açúcar, o que fez com que o tráfico de africanos

escravizados fosse visto como a solução mais barata para a carência de mão de obra (Cotrim, 2002).

Desse modo, a chegada dos primeiros africanos em território brasileiro aconteceu por meio das migrações forçadas de africanos escravizados. Quanto a isso, Marinucci e Milesi (2002: 1-2) explicam que os escravos, comprados na África, eram tratadas como meras mercadorias e destinados a alimentar o comércio existente entre a Europa, África e Américas, comércio este que enriqueceu tão somente o primeiro dos três continentes.

Ainda de acordo com Marinucci e Milesi (2002: 1-2), as viagens pelas quais passavam os escravos, eram de condições terríveis, sendo habituais as mortes antes da chegada no lugar de destino. Além disso, da mesma forma que os índios, eles perdiam o direito de ir e vir restando confinados entre a senzala e o local de trabalho. A única possibilidade de mudança era proveniente da venda por parte dos seus amos, das perigosas fugas e das andanças dos negros libertos.

Segundo Zamberlam *et al.* (2009: 17), é apontado que a referida migração forçada resultou na vinda de aproximadamente 3,6 milhões de africanos, além dos mais de 30% (trinta por cento) que faleceram na travessia do Oceano Atlântico.

É possível perceber que os primeiros estrangeiros que vieram ao Brasil com a finalidade específica de trabalhar foram os africanos, os quais estavam submetidos a um regime de escravidão. Era, à época, uma forma de trabalho legítima, o que fazia com que os grandes fazendeiros optassem por ela do que o trabalho assalariado, que era mais dispendioso. Por esse motivo, predominava o trabalho escravo no país.

Quanto à condição jurídica do trabalhador escravo, Martins explica que:

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar (2004: 34).

Tal fato se dava em virtude de que a relação de trabalho escravo se consistia numa total sujeição do indivíduo, a qual se diferencia da subordinação jurídica que define a relação jurídico-empregatícia. Nessa última situação, o trabalhador escolhe livremente trabalhar em troca de receber uma remuneração, sendo, assim, titular de direitos (Nicoli, 2011).

As normas internacionais e regionais de proteção ao trabalhador migrante que são de maior relevância

Em virtude do panorama exposto no capítulo anterior, impõe-se, em sequência, demonstrar as principais regulamentações de proteção ao trabalhador migrante, que são capazes de demonstrar uma visão baseada na dignidade e nos direitos humanos para a migração laboral no aspecto do plano internacional.

Vale salientar que aqui serão analisadas as normas que estão situadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Pois bem, no âmbito da OIT, a primeira regulamentação importante a ser estudada é a Convenção 97 da OIT.

Entretanto, antes da sua análise, necessário explicar que:

As convenções da OIT são normas jurídicas provenientes da Conferência da OIT, que têm por objetivo determinar regras gerais obrigatórias para os Estados que as ratificarem, passando a fazer parte de seu ordenamento jurídico interno. São aprovadas as convenções da OIT pela Conferência Internacional por maioria de dois terços dos delegados presentes (art. 19.2, da Constituição da OIT) e, para terem validade, devem ser ratificadas pelos países signatários. Os Estados, porém, não são obrigados a ratificá-las, só o fazendo quando assim tem interesse (Martins, 2004: 86).

Portanto, quando a norma proposta no âmbito da OIT não alcança número suficiente de adesões para que se transforme em uma convenção, ela passa a valer como Recomendação, ou seja, funciona como uma sugestão aos Estados, com o objetivo de orientar seus ordenamentos domésticos. Dessa forma, não vincula os países-membros da OIT, tampouco cria direitos ou obrigações, sendo empregada como mera indicação. Em geral, as recomendações possuem o condão de complementar o conteúdo de uma convenção (Martins, 2004).

Superado isto, passa-se à análise da Convenção 97. Essa convenção foi inicialmente subscrita em 1939, durante a 26ª sessão da Conferência da OIT. Entretanto, somente após a formulação de diversas propostas, passou por uma revisão 10 (dez) anos depois, na 32ª sessão, entrando em vigor no ordenamento internacional em 22 de janeiro de 1952 (Lima, 2011).

A Convenção 97 possui 23 artigos e três anexos. Importante atentar que:

Suas disposições apostam num modelo de imigração pública, devidamente negociada entre os correspondentes países emissor e receptor de mão de obra. Tanto é assim que estabelece constituir responsabilidade dos Estados propiciar condições para uma viagem adequada e com condições de assistência médica (artigos 4º e 5º). A ideia é a do trabalho em parceria entre Estados emissores e receptores (Lopes, 2009: 228).

Assim, os seus anexos I e II versam acerca de operações de recrutamento, inserção em determinado território, condições de emprego dos trabalhadores migrantes. No entanto, o primeiro anexo trata dos trabalhadores não recrutados por força de acordos relativos a migrações coletivas ocorridas sob controle governamental, enquanto que o segundo anexo diz respeito acerca dos recrutados em virtude desses acordos de migração coletiva. Já o anexo III versa acerca da isenção de impostos aduaneiros sobre objetos pessoais, ferramentas e equipamento para trabalhadores migrantes.

Esta Convenção ainda traz o conceito de «trabalhador migrante», conforme se vê:

Art. 11. 1) Para os efeitos da presente Convenção, a expressão ‘trabalhador migrante’ designa toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante.²

Demais disso, a Convenção também disciplina acerca de vários direitos ao trabalhador migrante:

1. Gratuidade do processo de imigração para o trabalhador; 2. não discriminação; 3. não repatriação por motivo de saúde; 4. garantia de remessas de divisas ao exterior; 5. Isenção de impostos alfandegários sobre os objetos pessoais e ferramentas dos trabalhadores e familiares, seja quando ingressam no território estrangeiro, seja quando retornam (art. 1º e 2º do anexo III); 6. informação por escrito, antes da partida, sobre as condições contratuais (art. 5 do anexo I e 6 do anexo II) (Lopes, 2009: 229).

Destaca-se ainda, na Convenção, a noção de não discriminação, trazida pelo art. 6º da Convenção, nos termos a seguir:

1. Todo Membro para o qual se ache em vigor a presente convenção se obriga a aplicar aos imigrantes que se encontrem legalmente em seu território, sem discriminação de nacionalidade, raça, religião ou sexo, um tratamento que não seja inferior ao aplicado a seus próprios nacionais com relação aos seguintes assuntos.³

Estes assuntos versam acerca de remuneração e condições de trabalho; filiação em entidades sindicais e usufruto dos benefícios das convenções coletivas; habitação, quando concedida em virtude do trabalho; prestações de seguridade social, determinando a cobertura de qualquer risco que, conforme a legislação nacional, esteja resguardado por um regime de seguridade social; tributos relativos ao trabalho; e ações judiciais (Lopes, 2009).

Necessário ressaltar ainda que, no entanto, tais direitos conferidos pela Conven-

2. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção 97, disponível em <https://rb.gy/bw9vxc>.

3. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção 97.

ção 97 não se aplicam a todo e qualquer trabalhador migrante, visto que «estão excluídos de sua proteção os trabalhadores fronteiriços, os que ingressaram por curto período exercendo uma profissão liberal, artistas e trabalhadores marítimos» (Lima, 2011: 284).

Além disso, a Convenção ora em análise não alcança situações de subemprego e de trabalho informal, o que leva a concluir que não protege o imigrante em condição de irregularidade. A legislação prevê tão somente a aplicação das devidas sanções aos responsáveis pela promoção da imigração ilegal (artigos 8º do Anexo I e 13 do Anexo II), de forma que «ressalvada a condenação dos traficantes de mão de obra, não há qualquer outra disposição sobre os efeitos do trabalho ilegal ou irregular» (Lopes, 2009: 227).

Destaque-se que, há países como os Estados Unidos e Canadá, por exemplo, que não ratificaram esta Convenção. Entretanto, o Brasil tornou-se signatário em 18 de junho de 1965 por meio do Decreto Legislativo 20 do Congresso Nacional, estando a Convenção 97 da OIT plenamente em vigor no território brasileiro.

A Convenção 97 refletiu o pioneirismo da OIT na busca por dar a devida proteção aos direitos básicos do trabalhador migrante, havendo positivado o princípio fundamental da não discriminação do trabalhador com fundamento em critérios de nacionalidade e determinando expressamente a igualdade de tratamento do trabalhador estrangeiro em relação ao nacional.

Acontece que a Convenção ainda foi pouco ratificada e trata tão somente do trabalhador que esteja em situação de regularidade, não apresentando soluções para os casos de indocumentados que vivem na informalidade laboral.

A Convenção 97 ainda é objeto de críticas em virtude de apresentar uma defasada compreensão política das migrações, uma vez que estas não mais ocorrem apenas para suprir necessidades de mão de obra de curto prazo ou de modo oficial, por meio de acordos entre os governos dos países (Lopes, 2009). Por estas razões, surgiu a necessidade da criação da Convenção da OIT de 143, conforme exposto a seguir.

A Convenção 143 foi aprovada na 60ª sessão da OIT, na data de 24 de junho de 1975 e entrou em vigor na ordem internacional a partir de 09 de dezembro de 1978. Ao contrário da Convenção 97, a norma convencional de 143:

Está voltada para movimentos migratórios não assistidos por entidades governamentais, bem como a existência de tráficos ilícitos ou clandestinos de mão de obra, ao entender como conveniente novas medidas contra tais práticas. Fica claro, comparando se com a Convenção 97, que a entidade debruçou especial atenção sobre os movimentos migratórios clandestinos (Lima, 2011: 286).

Acerca do tema, Lopes:

A Convenção 143, complementada pela Recomendação 151, de 24/06/1975, pretende atualizar as Convenções de 97 e 111 sob o argumento de que as disposições da Convenção 97 (sobre migrações) não abarcam a problemática que decorre do crescimento desordenado de movimentos migratórios, do tráfico de mão de obra e da busca do pleno emprego. Para os mentores da Convenção 143, a Convenção 111, sobre Discriminação no Emprego e Profissão, não abrange as distinções por motivo de nacionalidade. Por esse motivo a Convenção é dividida em duas partes. A primeira trata das migrações em condições abusivas e a segunda da igualdade de oportunidades e de tratamento (2009: 230).

Insta mencionar que antes de analisar os principais artigos da Convenção 143 que se encontra no preâmbulo da Constituição da OIT o desiderato de «defender os interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro».

O artigo 1º da Parte I, que trata das «migrações em condições abusivas», prevê que: «os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes».

Conforme Nicoli (2011: 61), ao utilizar a expressão «todos», o artigo inaugural da Convenção 143 já demonstra qual é o seu grande diferencial: a inclusão dos imigrantes em condição de irregularidade no amplo grupo de trabalhadores a serem protegidos.

Além disso, o art. 9º da Convenção também declara que o trabalho prestado pelo imigrante, ainda que em situação irregular, deve ser juridicamente protegido. Prevê esse artigo que mesmo nos casos em que a legislação não tenha sido observada e nos quais a condição do imigrante não possa ser regularizada, deve este ser beneficiado pessoalmente, assim como sua família, de tratamento igual aos nacionais quanto aos direitos desinentes de empregos anteriores, quanto à remuneração, à segurança social e outras vantagens

Nesse aspecto, «a Convenção entende a proteção trabalhista como um direito irrenunciável da pessoa humana, que não restará prejudicado em face da condição de irregularidade migratória» (Nicoli, 2011: 62).

O mesmo artigo prevê ainda que «nenhuma disposição da presente Convenção impedirá os Estados Membros de conceder às pessoas que residem ou trabalham ilegalmente no país o direito de nele permanecerem e serem legalmente empregadas». Ou seja, «a norma convencional não impede que o Estado receptor, de algum modo, isente o trabalhador migrante de qualquer punição e permita a manutenção, mesmo que em caso de trabalho ilegal» (Lima, 2011: 287).

Importante destacar ainda que o art. 9º dispõe que «em caso de expulsão do trabalhador ou da sua família, estes não deverão custeá-la».

Por sua vez, o art. 8º traz a garantia ao trabalhador migrante quanto à irregularidade, ao estabelecer que este «não poderá ser considerado irregular e suspensa sua

autorização caso venha a perder o emprego, possuindo chance como qualquer nacional de procurar outro emprego» (Lima, 2011: 286).

Segundo Lopes (2009: 232), «Atualmente, as previsões dos artigos 8º e 9º da Convenção 143 da OIT são temas de intensa discussão. Muitos países estão adotando disposições manifestamente contrárias ao seu conteúdo, com o objetivo de limitar a imigração ou impor um sistema de temporalidade».

Voltando a tratar dos artigos iniciais, Lima (2011: 286), ensina que, segundo o art. 2º da Convenção, os países signatários devem assumir o compromisso de detectar, sistematicamente, a existência de migrantes ilegalmente empregados no seu território, em trânsito do seu território para outro, ou em condições contrárias aos instrumentos e acordos internacionais aplicáveis.

Já o art. 3º estabelece a tomada, por parte dos Estados signatários, das medidas necessárias para suprimir as migrações ilegais e o emprego irregular de migrantes, além de estabelecer «o dever de punição, não só para os traficantes de mão de obra, mas também para os empregadores que empregarem trabalhadores em condições ilegais» (Lopes, 2009: 231).

O art. 4º, por sua vez, prevê «a colaboração internacional para a efetivação das punições» (Lopes, 2009: 231). De acordo com o art. 5º, os autores de tráfico de mão de obra deverão ser processados qualquer que seja o país a partir de onde exerçam suas atividades.

O art. 6º ainda prevê a definição e aplicação de sanções administrativas, civis e penais, incluindo penas de prisão, quanto ao emprego ilegal de trabalhadores migrantes e à organização de migrações com fins de emprego, cabendo ao empregador processado o direito de provar sua boa-fé. O art. 7º dispõe acerca da consulta às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores a fim de prevenir ou eliminar abusos, bem como o reconhecimento da possibilidade de as mesmas tomarem iniciativas para esse efeito.

É possível concluir que a Convenção 143 da OIT representou um verdadeiro progresso ao abarcar a proteção jurídica do trabalho do imigrante irregular, além de dispor acerca da necessidade de igualdade de tratamento e reunião familiar, entre outros aspectos referentes aos direitos humanos do trabalhador.

Além disso, ao abandonar a concepção de migração ordenada e em caráter oficial da Convenção 97, a Convenção 143 aproxima-se de um cenário muito mais similar ao atual (Lopes, 2009).

No entanto, a Convenção 143 tem tido muitas dificuldades de aceitação pelos países. Isso porque são apenas 23 (vinte e três) ratificações até o presente momento, sendo que quase a integralidade delas por países não receptores de grandes quantidades de imigrantes (Nicolí, 2011: 62).

Nesse cenário, o Brasil ainda não ratificou a Convenção 143. Sendo que em 14 de dezembro de 1989 o Congresso Nacional rejeitou a ratificação desta Convenção por

meio do Decreto Legislativo 86 de 1989. Foi realizado um novo encaminhamento da Convenção para aprovação e ratificação pelo Congresso Nacional pela Comissão Tripartite de Relações Internacionais do Ministério do Trabalho em 2008 (Lima, 2011).

Isto posto, o avanço da OIT no que diz respeito ao tema da imigração de trabalhadores se vê por meio das Convenções 97 e 143.

Os direitos do trabalhador imigrante à luz do ordenamento jurídico brasileiro

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Preliminarmente, para entender os direitos que os trabalhadores imigrantes possuem no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário que sejam analisadas as disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) acerca do tema.

A atual CRFB/88 demarca, no campo jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime militar instalado em 1964 (Piovesan, 2013: 83).

Note-se que, conforme ensina Piovesan

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil (2013: 84).

De acordo com o que já foi exposto no segundo capítulo, o Direito do Trabalho é um direito humano, sendo fundamental para a concretização de uma vida digna. Logo, a partir das Constituições brasileiras de 1946 e 1967, começaram a surgir dispositivos referentes à matéria.

À luz dessa concepção, Miraglia (2009: 151) explica que as constituições acima descritas já tratavam, em seus art. 145, § 2º e art.160, da noção de dignidade da pessoa humana ao Direito do Trabalho, ao destacarem que a todos é garantido trabalho que possibilite a existência digna. Destacou que, no entanto, foi uma referência tímida, isolada e pontual, a qual não se estendia por todo o espírito normativo constitucional.

No art. 1º, III, da CRFB/88, ficou prevista a dignidade da pessoa humana como fundamento da sociedade brasileira.

Outrossim, em seu art. 6º, a CRFB/88 reconheceu o caráter social do trabalho. Nesse aspecto, entende-se que os direitos sociais são garantias instituídas em prol das pessoas para que tenham suas necessidades básicas resguardadas, buscando garantir uma vida com um mínimo de dignidade (Martins, 2004: 43).

Além disso, Delgado (2006: 74) atenta para o fato de que, de acordo com o art. 1º, IV, da CRFB/88, o valor social do trabalho é fundamento da República Federativa do Brasil; a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna, pautando-se na valorização do trabalho, conforme o art. 170, da CRFB/88 e a ordem social deve ter como fundamento o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social.

A CRFB/88 em seu art. 7º ainda previu um rol exemplificativo de direitos trabalhistas, deixando ainda mais claro que optou por fortalecer a ideia de proteção ao trabalho como um direito fundamental.

Pois bem, para compreender como a CRFB/88 possibilita a aplicação do Direito do Trabalho ao estrangeiro no Brasil, é válido notar que, com a sua promulgação os estrangeiros residentes, em específico, passaram a ter mais direitos, embora já possuíssem alguns por meio de leis.

Com efeito, se vê clara demonstração do princípio da igualdade no art. 5º da CRFB/88, posto que é conferida proteção aos estrangeiros residentes e brasileiros ao afirmar que «todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade».

A interpretação do artigo acima mencionado deve ser feita em conjunto com o art. 3º, IV, da mesma norma, a qual afirma que é constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do «bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação».

Assim, de acordo com Lopes (2009), ainda que a norma se refira tão somente aos «estrangeiros residentes no país», os quais vivem no território brasileiro de forma legal, considera-se que um turista ou qualquer estrangeiro que esteja apenas transitando pelo país, também será capaz de ser protegido pelos direitos e garantias individuais do art. 5º.

Em suma, fazendo-se uma interpretação sistemática da CRFB/88, é possível concluir que o uso da expressão pelo legislador buscou apenas delimitar sua área de incidência como sendo o território brasileiro, e não para excluir o gozo dos direitos e garantias fundamentais dos estrangeiros que estejam no Brasil.

Desta feita, pela CRFB/88, até os estrangeiros em situação de irregularidade são abrangidos, isso porque prevalecem os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, independentemente da nacionalidade ou de quaisquer formas de discriminação. Nesse sentido, Lopes bem explica:

Só cabe a ressalva quanto ao motivo ensejador da situação concreta que afasta o residente irregular da regularidade administrativa. A admissibilidade da restrição a direitos decorre de que o exercício das liberdades não é independente de eventual atendimento a requisitos legais. Assim, por exemplo, o fato do imigrante estar tra-

balhando informalmente pode privá-lo do direito ao emprego específico caso não seja promovida a sua regularização, mas não pode privá-lo dos direitos decorrentes do trabalho que tenha sido exercido, inclusive de sua tutela jurisdicional, devidamente previstos dentre os direitos e garantias fundamentais no seio da Constituição Federal. Assim, devem ser definitivamente afastadas interpretações simplistas do caput do art. 5º, que neguem direitos a estrangeiros considerados «não residentes» pela situação de irregularidade migratoria (2009: 470).

Assim sendo, segundo Lopes (2009: 458), é a regra de igualdade que deve nortear o tratamento para com os estrangeiros. Com isso, somente as exceções previstas na CRFB/88 são admitidas, as quais têm caráter político.

Isto posto, Nicoli (2011: 90) aponta que as exceções admitidas mencionam que ao estrangeiro não é dada a faculdade de se alistar como eleitor e votar (art. 14, §2º); existem restrições relacionadas ao acesso a cargos públicos (art. 37, I), além da proibição de acesso a alguns cargos que, por possuírem caráter decisivo em questões políticas do país, são reservados a brasileiros (art. 12, §3º). Destaque-se que, as referidas situações são completamente excepcionais e devem, por isso, ser observadas sob o ponto de vista restritivo.

Por todo o exposto, percebe-se que, de um modo geral, ao interpretar sistematicamente as regras contidas na CRFB/88, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, brasileiros e estrangeiros residentes ou não residentes possuem igualdade de direitos e garantias fundamentais, salvo casos expressamente previstos. Assim sendo, a CRFB/88 garante aos estrangeiros em território brasileiro o Direito do Trabalho e, em caso de realização de trabalho irregular, assevera a concessão dos direitos que deste forem provenientes.

A consolidação das leis do trabalho e a «nacionalização do trabalho»

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi criada em 1943 por meio do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943), tendo realizado uma compilação das várias normas esparsas que tratavam acerca do exercício das atividades trabalhistas até aquela época. Com isso, surgiu um diploma legal único e de caráter geral, aplicável a todos os empregados (Freitas, 2006).

Pois bem, quando da elaboração da CLT, o governo buscava controlar as manifestações dos trabalhadores que, influenciados pelos ideais socialistas e anarquistas advindos dos imigrantes europeus, lutavam por melhores condições de trabalho.

Isto posto, houve o surgimento com maior intensidade da política migratória no século XX, bem como do princípio da nacionalização do trabalho, o qual ficou expressamente previsto no Capítulo 2, do Título III da CLT (Normas Especiais de Tutela do Trabalho).

O título acima disposto traz em seu bojo, artigos que estabelecem regras para a proteção do trabalhador nacional perante a mão de obra estrangeira, fundamentadas em 03 (três) aspectos básicos, quais sejam: a fixação de uma proporcionalidade mínima de empregados brasileiros em cada estabelecimento comercial; a garantia de igualdade salarial; e a precedência de dispensa. Nesse sentido, Lopes dispõe que a proporcionalidade mínima é tratada nos artigos 352 a 357 da CLT, os quais instituem a seguinte regra:

as empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma determinada proporção de brasileiros. A proporcionalidade será, em regra, de dois terços de empregados brasileiros. Somente em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade (insuficiência do número de brasileiros na atividade específica) poderá ser fixada proporcionalidade inferior, mediante ato do Poder Executivo. A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados como em relação à correspondente folha de salário, e também em relação a cada estabelecimento (Lopes, 2009: 591).

Necessário destacar que a CLT se apresenta verdadeiramente ampla quanto aos tipos de estabelecimentos sujeitos à referida proporcionalidade, uma vez que, o art. 352, § 1º, indica uma lista que, embora seja taxativa, pode ser ainda ampliada por meio de portarias de iniciativa exclusiva do Ministério do Trabalho. Tal lista é ampla, o que aparenta ter o objetivo de fazer com que a proporcionalidade seja aplicável a quase todo tipo de estabelecimento comercial. No entanto, há uma ressalva feita no §2º, que determina que algumas indústrias rurais não se sujeitam à proporcionalidade (Boucinhas Filho e Barbas, 2013: 41).

A CLT afirma que não estão sujeitos à proporcionalidade mínima os seguintes casos: estrangeiros que residam no país há mais de dez anos, desde que tenham cônjuge ou filho brasileiro, de acordo com o art. 353; os portugueses, conforme o art. 353; e, os empregados que exerçam funções técnicas especializadas, desde que, a juízo do Ministério do Trabalho, haja falta de trabalhadores nacionais, de acordo com o art. 357 (Nicolí, 2011: 101).

Quanto à igualdade salarial, o art. 358 da CLT veda a possibilidade de que qualquer empresa, sujeita ou não à proporcionalidade, pague a estrangeiro salário superior ao que paga a brasileiro que desempenhe função análoga ou idêntica, salvo em caso de situações bastante específicas (Boucinhas Filho e Barbas, 2013: 42).

No que se refere à preferência pela dispensa do estrangeiro, em detrimento do brasileiro, sua previsão pode ser vista no parágrafo único do referido art. 358, da CLT, segundo o qual «nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiro que exerça função análoga».

Frise-se ainda que, há até sanção penal para quem descumprir as obrigações referentes às normas de nacionalização do trabalho, conforme conduta tipificada no seguinte artigo do Código Penal «art. 204 - Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência».

A CLT apesar de ser anterior à atual CRFB/88, esta ainda está plenamente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, sendo percebida como a principal fonte infraconstitucional do Direito Trabalhista. Quanto à nacionalização do trabalho, a disciplina, assim como foi prevista no âmbito da redação original da CLT, atravessou as décadas sem maiores questionamentos, considera que também se mantiveram consentâneas à política migratória adotada nos governos subsequentes, notadamente durante o período da ditadura militar (Nicoli, 2011: 102).

Entretanto, perante a superveniência da primazia constitucional pela dignidade humana, pela igualdade entre todos os indivíduos na qual se engloba a isonomia salarial e não discriminação, surgiu a dúvida no que diz respeito à compatibilidade da disposição celetista que prevê medida expressa de proteção do trabalhador brasileiro, por meio de clara diferenciação do estrangeiro, com o comando constitucional (Nicoli, 2011: 102).

Desse modo, a doutrina é bastante divergente quanto ao aspecto da constitucionalidade dos mencionados artigos da CLT.

Assim, Martins (2003: 606) afirma que os artigos 352 a 371 da CLT não teriam sido recepcionados pela atual CRFB/88, conforme se vê na seguinte explicação:

Na Constituição de 1967 (art. 150, § 1º) e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 153, § 1º), falava se apenas que não haveria distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O caput do artigo 5º da Constituição de 1988 não repete aquelas disposições, fazendo ressalva expressa de que todos são iguais perante a lei, 'sem distinção de qualquer natureza'. O inciso XIII do art. 5º da Lei Maior de 1988 dispõe ainda que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Assim, não poderia haver distinção quanto aos estrangeiros, estando revogados por incompatibilidade com a Lei Fundamental os artigos 352 a 362 da CLT. A Constituição de 1946 determinava a necessidade de lei para a 'fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria' (art. 157, XI). O inciso XII do artigo 158 da Constituição de 1967 e o inciso XII do artigo 165 da Emenda Constitucional n.º 1/69 repetiram aproximadamente a mesma redação da Constituição de 1946. A Constituição de 1988 não repetiu aquelas disposições. Sendo assim, não foram recepcionados os artigos 352 a 371 da CLT, que estavam de acordo com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, mas não estão conformes à Constituição de 1988, que não fez aquela ressalva (Martins, 2004: 606).

Importante notar que, há quem sustente, ainda, serem incompatíveis os dispositivos que tratam acerca da nacionalização do trabalho com o ordenamento jurídico brasileiro em virtude da ratificação pelo Brasil da Convenção 97 da OIT, a qual sustenta que não deve ser dado um tratamento menos favorável ao estrangeiro; além da Convenção 111 da OIT, a qual trata acerca da não discriminação no que diz respeito ao emprego e profissão, proibindo, a diferenciação por ascendência nacional, no bojo do seu art. 1º.

Nesse passo, Freitas (2006: 43), bem recorda que, após ratificada, a norma internacional começa a surtir seus efeitos jurídicos no âmbito do ordenamento nacional com força de lei federal. E, sendo posterior à CLT, acaba por revogar seus termos naquilo que for incompatível com a nova norma.

Por meio do direcionamento referente ao «trato não menos favorável» instaurado no ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção 97, Lopes (2009) entende que houve a derrogação do art. 358 da CLT, em virtude de seu art. 461, que veda a diferenciação salarial fundamentada na nacionalidade.

Destaque-se que, ainda que reconheça que o trabalhador migrante já inserido no mercado de trabalho nacional possui direito ao sistema de proteção legal trabalhista brasileiro, Lopes (2009) integra uma parte da doutrina que sustenta a constitucionalidade da regra de proporcionalidade mínima. A autora afirma que esta regra constitui uma maneira de proteção do mercado nacional ao controlar o primeiro acesso dos estrangeiros ao trabalho em solo brasileiro e evitar que a mão de obra nacional seja prejudicada por meio da sua substituição pela estrangeira, principalmente em razão da atividade de grandes corporações internacionais instaladas no Brasil.

Já Romita declara expressamente que:

As disposições da CLT sobre nacionalização do trabalho, que estabelecem a observância de uma proporcionalidade de empregados brasileiros na empresa (art. 352 e 354) estariam, portanto, revogadas por incompatibilidade, porquanto a Constituição de 1988 omite a regra prevista na Carta anterior, sobre a fixação das porcentagens de empregados brasileiros em todas as empresas (2007: 310).

Ao observar as referidas discussões doutrinárias, é possível concluir que se demonstra ser mais coerente, inclusive em virtude do contexto histórico em que foram estabelecidos, que a interpretação dos artigos 352 e seguintes da CLT seja realizada com a observância dos ditames constitucionais e da legislação internacional ratificada que trata da proteção da igualdade e não discriminação. Portanto, se entende serem incompatíveis os mencionados dispositivos com o nosso ordenamento jurídico hodierno.

Dessa forma, a partir da compreensão da nacionalização do trabalho como categoria e, considerando as suas regras informadoras, passa-se à apreciação dos aspectos que se relacionam ao trabalho imigrante contidos na mais nova norma concernente ao tratamento dos estrangeiros no Brasil: a Lei de Migração (Lei 13.445/2017).

A nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017)

Em 18 de abril de 2017, o Senado Federal aprovou, por unanimidade de votos, o projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados 07/2016 que revoga o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/1980), herança do regime ditatorial pretérito, e instituiu a nova Lei de Migração brasileira (Lei 13.345/2017), cuja vigência teve início em 21 de novembro de 2017.

Apesar de ter sido adotada em período de forte turbulência na história de nosso país, a nova lei representa um significativo avanço no que se refere à proteção dos direitos dos migrantes no Brasil (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Representa a nova Lei um grande trunfo para a imagem internacional do Brasil. Logo, sendo o Brasil um país que busca ser inserido na economia global e confiável em suas relações internacionais, não se poderia esperar menos do que uma legislação migratória moderna e atraente, comprometida com as obrigações assumidas pelo Estado por meio dos tratados de direitos humanos vigentes em solo pátrio (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Em sendo a referida Lei vista como um marco capaz de pôr o Brasil em posição de vanguarda nesta matéria, tendo em vista que passou a prever aos imigrantes uma série de prerrogativas até então conferidas somente aos seus nacionais, Guerra complementa esta ideia ao afirmar que:

Entre as principais mudanças introduzidas pela nova Lei de Migração, estão a desburocratização do processo de regularização migratória, a institucionalização da política de vistos humanitários, a não criminalização por razões migratórias, além de conferir uma série de direitos aos migrantes que até então não eram garantidos (2017: 6).

Além disso, conforme citado anteriormente, a matéria estava prevista na legislação interna por meio da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a qual versava acerca da situação jurídica do estrangeiro no Brasil e já não era mais suficiente para atender a todos os interesses do grande número de pessoas que se instalaram no Brasil, pelos mais diversos motivos, ao longo dos anos (Guerra, 2017: 6).

É importante lembrar que, no período em que o Estatuto do Estrangeiro foi idealizado, a prioridade consagrada na legislação estava baseada em questões concernentes à segurança nacional, aos interesses socioeconômicos do país e ao trabalhador nacional. Assim, o referido estatuto adotava o termo estrangeiro, o qual indicava a existência de um indivíduo que «é natural de outro país; que não faz parte de uma família, de um grupo» (Guerra, 2017: 6).

Fazendo um paralelo da legislação anterior com a atual, Guerra destaca que, no caso da nova legislação:

o legislador preferiu adotar a figura do migrante e do visitante (art. 1), em conformidade com a política consagrada na atualidade em prol dos direitos humanos. De certo modo, o termo empregado na lei 13445/2017 faz com que o indivíduo, que não seja nacional do Estado, não se sinta estranho e preterido no local que se encontra, como se um forasteiro fosse. Aliás, o termo estrangeiro remete a esta ideia, conforme o entendimento esposado anteriormente (2017: 7).

Ao contrário do previsto no revogado Estatuto do Estrangeiro, a nova Lei de Migração trata o imigrante como um sujeito detentor direitos, e, em condição de igualdade com os nacionais, passou a garantir em seu art. 4º uma série de direitos que anteriormente não eram previstos, a saber:

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à liberdade de circulação em território nacional; direito à reunião familiar do imigrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos; direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável; direito de reunião para fins pacíficos; direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; dentre outros.

Noutro passo, o que se tem visto é que estas mudanças que trazidas para o bojo do nosso ordenamento jurídico por meio da nova lei têm sido alvo das mais diversas críticas, de setores considerados mais conservadores, no que diz respeito às grandes possibilidades e oportunidades que passarão a ser conferidas aos indivíduos que não possuem a nacionalidade brasileira (Guerra, 2017: 8).

Ocorre que, a nova legislação busca conferir materialidade ao que prevê a norma constitucional brasileira no artigo 5º que trata do princípio da igualdade entre os brasileiros e os não brasileiros, pugnando de forma clara o combate à discriminação, à xenofobia e outras práticas consideradas atentatórias aos direitos humanos (Guerra, 2017: 8).

Embora se vejam louváveis as intenções da nova legislação migratória, é preciso destacar que, de acordo com Ramos *et al.* (2017: 1), o texto do seu regulamento foi submetido a uma breve consulta pública, tendo sido alvo de diversas críticas formuladas por especialistas, entidades sociais e instituições que se ocupam do tema em

nosso país. Apesar da plena pertinência jurídica, técnica e política de tais críticas, estas acabaram sendo ignoradas pelo Poder Executivo.

Pois bem, não tendo o objetivo de esgotar, neste estudo, todos os possíveis entraves da nova legislação em comento, serão mencionados apenas alguns dos seus mais graves problemas que foram identificados.

De início, vale observar que o emprego do termo vulgar «clandestino» ao se referir a uma pessoa humana, presente no artigo 172 do Decreto regulamentador, acaba por demonstrar suas graves limitações técnicas. Nesse aspecto, o referido Decreto regulamentar ignorando o artigo 123 da nova lei, o qual prevê que «ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei», abre a possibilidade de prisão do deportando (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Ultrapassada essa observação, é preciso destacar uma das mais relevantes inovações trazidas pela lei de migração, que é a possibilidade de concessão de um visto temporário para os migrantes que vêm ao Brasil em busca de trabalho, prevista em seu artigo 14, I, alínea «e» (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Nesse aspecto, é importante considerar o disposto por Ramos *et al.*:

A entrada regular em território nacional dos principais fluxos migratórios de nosso tempo, vinculados à busca de trabalho e vida digna, traria tripla vantagem ao Estado brasileiro. Primeiro, os migrantes não arriscariam suas vidas e de suas famílias, e não gastariam suas economias em trajetórias perigosas e amiúde degradantes que desaguam em nossas porosas fronteiras, por vezes envolvendo redes criminosas (os chamados «coiotes» ou «passadores de pessoas»). Segundo, ao chegar de forma regular e digna no Brasil os migrantes não apenas poderiam dispensar redes de assistência destinadas aos que se encontram em situação de precariedade, como tornar-se-iam menos suscetíveis à ação de redes criminosas que exploram o trabalho dos migrantes, valendo-se odiosamente para tanto de sua situação irregular. Enfim, a segurança do Brasil seria aumentada graças à possibilidade de controle prévio pelo Estado de quem pretende aqui aportar com o intuito de buscar um emprego, facilitando a elaboração de políticas públicas compatíveis com esta demanda (2017: 1).

Acontece que, o texto final da nova lei resultou numa mudança negativa na proposta originalmente formulada porque passou a exigir, em razão do seu artigo 14 §5º, uma «oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no país». Com isso, a lei deixou de proteger uma grande quantidade de migrantes, talvez os mais vulneráveis, que ainda não dispõem de oferta de trabalho no Brasil.

No entanto, acredita-se ainda que, o regulamento agrave sobremaneira o defeito da lei ao confrontar indubitavelmente o seu texto, estipulando que «a oferta de trabalho é caracterizada por meio de contrato individual de trabalho ou de contrato de prestação de serviços» (artigo 38, I, da proposta). Ora, um contrato não constitui uma oferta e sim a consumação de uma relação trabalhista ou de prestação de serviços, o

que por certo dificultará excessivamente o alcance de tal visto pelos migrantes (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Além disso, outra dificuldade encontrada na nova lei de migração que se apresenta ainda mais grave se relaciona com a ideia de que os vistos temporários para pesquisa, ensino ou extensão acadêmica; para trabalho; para realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural; e para atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado (artigos 34, § 6º; 38, § 9º; 42, § 3º e § 4º; 43, § 3º e § 4º; e 46, § 5º do Decreto em comento) dependem de deferimento, pelo Ministério de Trabalho, de autorização de residência prévia à emissão desses vistos temporários. O fato é que a autorização de residência não pode ser condicionante da emissão de visto. Ademais, inexistente base legal para que o Ministério do Trabalho seja dotado da competência de «escolher» migrantes para o ingresso regular no Brasil, o que representaria uma verdadeira involução (Ramos *et al.*, 2017: 1).

O Decreto regulamentador da lei em exame ainda se apresenta omissivo em relação a algumas situações. Nesse sentido, segundo o entendimento de Ramos *et al.* :

O Decreto atribui a regulamentação de importantes dispositivos a atos normativos posteriores, sem que um prazo seja estipulado para a adoção de tais atos, como é o caso da concessão do relevantíssimo visto temporário e da autorização para residência relativos à acolhida humanitária, cuja disciplina fica pendente de um ato conjunto dos Ministérios das Relações Exteriores, da Justiça e da Segurança Pública, e do Trabalho. Esse adiamento sine die do exercício do poder regulamentar, além de incompatível com a natureza do próprio visto, tumultua a incorporação à legislação desta prática do Estado brasileiro, já utilizada em relação aos migrantes haitianos e aos refugiados sírios, que foi promovida pela nova lei (2017: 1).

Os exemplos acima tratados representam apenas algumas das deficiências identificadas no Regulamento quando analisados em conjunto com o texto da nova lei de migração.

Nesse aspecto, é importante lembrar que o artigo 84, IV, da CRFB/88, prevê que o Poder Executivo possui competência privativa para expedir regulamentos para a «fidel execução» da lei, jamais podendo alterar o seu sentido. Logo, para Ramos *et al.* (2017: 1):

Assim, quando o Estado, ao exercer o poder regulamentar, atua contra a lei (contra legem) ou «fora da lei» (*praeter legem*, no sentido de produzir novas normas que não encontram respaldo na lei regulamentada), a ordem constitucional permite evocar não apenas o controle jurisdicional dos atos do Poder Executivo: a Carta Magna admite até mesmo que o Congresso Nacional suste os atos normativos regulamentares considerados exorbitantes. É o que assegura assentada jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal sobre o abuso de poder regulamentar (por exemplo, AC 1.033 AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, j. 25-5-2006, P, DJ de 16-6-2006).

Nesse contexto, é válido observar que causaria dano irreparável ao interesse público se a regulamentação da Lei de Migração fosse objeto de longas e extensas demandas judiciais, uma vez que geraria a temida insegurança jurídica para os migrantes, bem como para todos aqueles que com eles se relacionam (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Logo, é fundamental que o governo brasileiro demonstre abertura e sensibilidade diante das críticas formuladas, e apresente uma nova proposta de decreto compatível com o espírito da nova lei (Ramos *et al.*, 2017: 1).

É preciso, ainda, considerar que esta nova proposta seja sensível para a necessidade de prover o Estado brasileiro das necessárias condições para que deixe de ser reativo nesta matéria, passando a possibilitar uma política migratória coerente e eficiente, comprometida com os direitos dos migrantes, em benefício de todos os cidadãos brasileiros (Ramos *et al.*, 2017: 1).

Por todo o exposto, é necessário chamar a atenção da comunidade jurídica brasileira e do governo federal para atentar acerca da importância do tema. Isso porque a sociedade brasileira anseia por uma legislação mais alinhada com a CRFB/88, às tendências globais de proteção aos direitos dos trabalhadores migrantes e ao próprio cenário migratório moderno.

Das considerações finais

A relação que há entre a dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho é perceptível em seus dois aspectos. Primeiramente, o direito individual ao trabalho viabiliza o acesso aos demais direitos essenciais, como a educação, lazer, saúde, moradia, entre outros, por meio de uma remuneração justa e da prestação laboral em condições dignas. Porém, para que isso seja possível, é preciso que haja a tutela do trabalho pelo Direito, isto é, a concretização do Direito do Trabalho, que envolve seu aspecto social e coletivo. Dessa forma, torna-se possível evitar a exploração da mão de obra, e, assim, o trabalho possibilita viver em condições dignas.

Acontece que, em locais cujo índice de desenvolvimento é baixo, o acesso ao trabalho e, conseqüentemente, à dignidade humana, acabam por restarem comprometidos. Logo, os cidadãos de países menos favorecidos encontram na migração a única solução para o alcance de uma vida melhor.

No entanto, a proteção que será conferida ao trabalhador migrante irá depender da forma como ocorreu o seu processo de migração. Isso porque o direito universal de locomoção pode sofrer limitação em virtude da soberania estatal e, assim, surgem dois possíveis *status* de migração, o da regularidade e o da irregularidade. Aquele é obtido quando o migrante consegue preencher os requisitos legais de admissão do

país ao qual se destina, enquanto este ocorre quando a regulação migratória da nação receptora é desobedecida.

Acontece que, na maior parte das vezes, as exigências legais de tal regulação são extremamente elevadas, privilegiando apenas trabalhadores qualificados, o que resulta numa exclusão de indivíduos que possuem menor nível de instrução, levando-os a adentrar no país de destino de forma irregular.

No Brasil, a migração internacional é fenômeno de extrema relevância histórica, considerando que o país foi originado e habitado por povos das mais diversas origens.

Da análise feita das convenções internacionais no âmbito da OIT, depreende-se que há uma tendência mundial para que seja realizada a regularização do trabalho do migrante por meio dos direitos humanos, principalmente levando em consideração a não discriminação e a igualdade de oportunidades e de tratamento em relação ao obreiro nacional em detrimento da primazia da soberania.

Quanto à legislação interna, conclui-se que a atual CRFB/88 busca assegurar a dignidade humana, a valorização do trabalho e seu caráter social, prevendo a igualdade de tratamento ao estrangeiro, ainda que não residente, em razão do princípio da não discriminação, numa interpretação conjunta de seus artigos 5º e 3º, inciso IV. Assim, até o migrante irregular está protegido pela CRFB/88.

Dessa forma, as disposições constitucionais referentes à proteção do trabalhador migrante estão de acordo com as normas supranacionais, no sentido da supremacia da dignidade, da não discriminação e dos direitos humanos.

Entretanto, não é possível dizer o mesmo no que diz respeito às leis infraconstitucionais pertinentes ao tema.

O princípio da «nacionalização do trabalho» previsto na CLT determina a diferenciação do estrangeiro, no afã de privilegiar o trabalhador nacional, havendo criado muitas discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade destas disposições.

Por fim, ao estudar a nova Lei de Migração, percebe-se que esta buscou criar avanços no que diz respeito à política migratória brasileira, mas, a bem da verdade, acabou por trazer sérias dificuldades de interpretação, e inclusive, de ordem prática.

Com isso, confirma-se a hipótese de insuficiência e inadequação da regulação interna brasileira para concretizar os direitos do trabalhador migrante, principalmente o Direito do Trabalho e, por conseguinte, promover a dignidade humana de todo e qualquer indivíduo, independente de nacionalidade e situação jurídica. Somente aos estrangeiros que conseguem adentrar regularmente no País é que é dado o tratamento igualitário em relação aos nacionais, conforme preza a política internacional de proteção da pessoa humana do trabalhador migrante.

Nesse contexto, é possível notar que a legislação brasileira infraconstitucional necessita ser adequada para que consiga favorecer a imigração regular e, por conseguinte, assegurar os direitos humanos do trabalhador migrante e membros de suas famílias.

Destaque-se que, a sociedade brasileira segue na espera por uma maior coerência sistêmica em se tratando de regularização migratória no ordenamento jurídico pátrio, tanto em relação à CRFB/88, como quanto às tendências globais de proteção ao trabalhador migrante.

É de conhecimento de todos que tratar de tema como a migração é tarefa extremamente delicada, uma vez que envolve a distribuição de recursos escassos, além da administração de preconceitos e diferenças culturais. O Brasil, embora seja caracterizado historicamente por diversos tipos de fluxos migratórios, ainda sustenta uma cultura de preconceito e uma dívida histórica para com os imigrantes, que contribuíram efetivamente para o desenvolvimento do país.

Considerando todo o exposto, necessário frisar a importância de chamar a atenção da comunidade jurídica brasileira e do governo federal para atentar acerca da importância do tema, uma vez que a sociedade brasileira anseia por uma legislação mais alinhada com a CRFB/88, às tendências globais de proteção aos direitos dos trabalhadores migrantes e ao próprio cenário migratório moderno.

Referências

- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e Nádya de Araújo (1999). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti e Leandro Moreira Valente Barbas (2013). *Migração de Trabalhadores para o Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de (2013). *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 3.^a ed. São Paulo: LTr.
- COTRIM, Gilberto (2002). *História global: Brasil e Geral*. São Paulo: Saraiva.
- DALARI, Dalmo de Abreu (2010). *Elementos de teoria geral do Estado*. 29.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- DELGADO, Gabriela Neves (2006). *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr.
- DELGADO, Gabriela Neves e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro (2013). «Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos». *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 79 (2), abr./jun. Disponível em <https://rb.gy/xmisc9>.
- FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. Campinas: Millennium.
- GUERRA, Sidney (2017). «A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos». *Revista de Direito da Cidade*, 9 (4). Disponível em <https://rb.gy/n2ncfi>.
- GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde (2016). *A migração e a proteção do trabalho: o dilema entre a aplicação do Estatuto do Estrangeiro e a proteção trabalhista dos*

- imigrantes bolivianos e haitianos*. São Paulo: LTr.
- JÚNIOR, Edgard (2015). *OIT afirma que trabalhadores migrantes passam de 150 milhões no mundo*. Disponível em <https://rb.gy/r1j3wu>.
- KANT, Immanuel (2007). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70.
- LIMA, Firmino Alves. (2010). *Contribuições para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em <https://rb.gy/n3rga2>.
- . (2011). *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro (2009). *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris.
- MARINUCCI, Roberto e Rosita Milesi (2005). *Migrações internacionais contemporâneas*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em <https://rb.gy/pspaib>.
- MARTINS, Sérgio Pinto. (2004). *Direito do Trabalho*. 19.^a ed. São Paulo: Atlas.
- MAURER, Béatrice (2005). «Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central». Em I. W. (org.), *Dimensões da dignidade da pessoa humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira (2009). «O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo». *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região*, 49 (79): jan./jun. Disponível em <https://rb.gy/1pcdil>.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (2006). «O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo». Em I. W. (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (2.^a ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- NICOLI, Pedro Augusto Gravatá (2011). *A condição jurídica do trabalhador imigrante no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (2009). *GLOSSÁRIO PARA AS MIGRAÇÕES*. DISPONÍVEL EM [HTTPS://BIT.LY/3U9P5C3](https://bit.ly/3U9P5C3).
- PIOVESAN, Flávia. (2013). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva.
- RAMOS, André de Carvalho. (2017). *Curso de direitos humanos*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- RAMOS, André de Carvalho et al. (2017). *Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem*. Disponível em <https://rb.gy/oatf6g>.
- ROMITA, Arion Sayão. (2007). *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr.
- STUENKEL, Oliver Della Costa. *Como a imigração mudará o Brasil*. Disponível em <https://rb.gy/1cwrwi>.

WEBER, Thadeu. (2013). *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Vozes.

ZAMBERLAM, Jurandir *et al.* (2009). *Desafios das migrações: buscando caminhos*. Porto Alegre: Solidus.

Sobre os autores

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa «Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais» do Instituto Federal do Rio Grande do Norte, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte, campus Natal-Central. Seu endereço de e-mail é rocconelson@hotmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-4169-1827>.

SUSANE MACIEL DE OLIVEIRA é Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário UNI-RN. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região. Seu endereço de e-mail é susanemaciex@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-1784-8027>.

KAMILLA RAFAELY ROCHA DE SENA é Advogada graduada em Direito pelo centro universitário Unifacex. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região. Professora e coordenadora do curso de direito da Estácio de Sá - unidade Zona Norte. Seu endereço de e-mail é kamillarsena@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0001-5416-8907>.

La *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* es una publicación semestral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que tiene por objetivo el análisis dogmático y científico de las instituciones jurídico-laborales y de seguridad social tanto nacionales como del derecho comparado y sus principales efectos en las sociedades en las que rigen.

DIRECTOR

Luis Lizama Portal

EDITOR

Claudio Palavecino Cáceres

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Eduardo Yañez Monje

SITIO WEB

revistatrabajo.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

pyanez@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)