

GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS DOS TRABALHADORES MIGRANTES NO BRASIL

GUARANTEE OF HUMAN AND SOCIAL RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN BRAZIL

Antônio Leonardo Amorim¹
Ynes da Silva Félix²

RESUMO

A migração é um fenômeno antigo, bem como recorrente na atualidade do mundo, e nos dias de hoje causa tensões com relação a sua ocorrência, justamente porque as pessoas confundem a migração com refugiado e não conseguem distinguir como ocorre na prática. Tendo em vista a ocorrência de fluxos migratórios, indaga-se, qual a proteção do trabalho dos migrantes no Brasil? Os direitos trabalhistas dos migrantes estão sendo respeitados? Quais os mecanismos de proteção? Para realizar a presente pesquisa vamos fazer uso do método indutivo e dedutivo, de pesquisa bibliográfica e documental, com uso da doutrina, jurisprudência e normas internacionais sobre o tema.

Palavras-chave: Garantia.Trabalho.Migrante.Direitos Humanos.Direitos Sociais.

ABSTRACT

Migration is an old phenomenon as well as a recurrent phenomenon in the world today, and today it causes tensions about its occurrence, precisely because people confuse migration with refugee and can not distinguish as it does in practice. In view of the occurrence of migratory flows, what is the protection of migrants' work in Brazil? Are the labor rights of migrants being respected? What are the protection mechanisms? To carry out the present research we will make use of the inductive and deductive method of bibliographical and documentary research, using doctrine, jurisprudence and international norms on the subject.

Keywords: Warranty. Job.Migrant.Human rights.Social rights.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2018), pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal *latu-sensu* pela Faveni (2017-2017), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - unidade de Naviraí/MS, pesquisador de direito do trabalho, penal e processo penal. Membro Colaborador do FEPODI (Federação dos Pós-Graduandos em Direito) desde 2017, Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) desde 2017. Email: amorimdireito.sete@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1985). Professora titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Diretora da Faculdade de Direito da UFMS. Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Email: ynesfelix@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

O fluxo migratório não é fenômeno novo, historicamente ocorre desde os primórdios da humanidade. No Brasil recebemos diversos povos com diversas origens de raça, cor, etnia, gênero e religião, justamente por sermos considerados um país acolhedor.

Ocorre que, em razão disso, diversas pessoas procuram o Brasil para trabalhar, não por ser um país que remunera adequadamente, mas por ser um garantidor de direitos trabalhistas, ou às vezes, apenas por procurarem melhoras em suas condições financeiras.

Diante da demanda existente e pelas condições nas quais as pessoas se submeteram aos trabalhos (condições degradantes e violadoras de direitos trabalhistas) a Organização das Nações Unidas preocupados com essa situação trouxeram a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990, norma essa garantidora de igualdade em direitos trabalhistas dos migrantes e seus familiares com os nacionais dos Estados signatários.

Muito embora seja um documento importante, o Brasil não ratificou essa norma. Surge então a preocupação no sentido de promover e proteger os direitos trabalhistas dos migrantes e seus familiares, para isso, questiona-se qual a proteção do trabalho dos migrantes no Brasil? Os direitos trabalhistas dos migrantes estão sendo respeitados? Quais os mecanismos de proteção?

Cumprе consignar que recentemente o Brasil legislou no sentido de regulamentar a situação do migrante para trabalho, assim, temos normatizado duas situações de regularização do migrante para o exercício do trabalho, o qual será tratado em tópico próprio.

Com base na doutrina, jurisprudência, e norma constitucional e infraconstitucional vamos tratar do tema, com vistas a essa discussão. O trabalho científico está dividido em quatro blocos de discussão, dos quais são de elevada importância para a situação dos migrantes no Brasil, sejam eles permanentes de forma regular ou irregular.

Sendo assim, passamos a discussão científica sobre os mecanismos de proteção do trabalho do migrante no Brasil.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO TRABALHISTA DOS MIGRANTES NO BRASIL

A Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990, internacionalmente é a principal norma que protege os migrantes quando da realização de trabalho em qualquer Estado.

Muito embora seja um documento de elevada importância e de ordem internacional, o qual inclusive tem sua origem a partir de reuniões realizadas pela ONU (Organização das Nações Unidas), organismo internacional esse que o Brasil faz parte, porém, não está obrigado a aceitar tudo que lhe é imposto em razão da soberania.

O Brasil, não ratificou a presente Convenção, logo, essa não tem nenhuma aplicabilidade em plano nacional, servindo apenas como norma mandamental de otimização (DELGADO, 2017), onde se expressa às intenções dos Estados em regulamentar situação onde se pretende promover direitos humanos.

No mais, a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990 traz em seus preâmbulos objetivos humanitários:

Considerando que os problemas humanos decorrentes das migrações são ainda mais graves no caso da migração irregular e convictos, por esse motivo, de que se deve encorajar a adoção de medidas adequadas a fim de prevenir e eliminar os movimentos clandestinos e o tráfico de trabalhadores migrantes, assegurando ao mesmo tempo a protecção dos direitos humanos fundamentais destes trabalhadores;

(...)

Considerando, igualmente, que o emprego de trabalhadores migrantes em situação irregular será desencorajado se os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes forem mais amplamente reconhecidos e que, além disso, a concessão de certos direitos adicionais aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias em situação regular encorajará todos os migrantes e empregadores a respeitar e a aplicar as leis e os procedimentos estabelecidos pelos Estados interessados.

Nota-se que o preâmbulo da Convenção na verdade justifica a razão pela qual se pretende entabular com os Estados membros a necessidade de protecção de direitos trabalhistas

de pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade, que no nosso caso, se representa pelos trabalhadores migrantes que trabalhem em outro Estado.

A Convenção mencionada, apenas da cumprimento ao que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, o qual reconhece a igualdade entre as pessoas, bem como em segundo plano afirma que os Estados devem promover a igualdade.

A Convenção tem como principal função a não discriminação em matéria de direitos, e com isso, prevê em seu art. 7º, como deve ocorrer à promoção de direitos fundamentais pelos Estados:

Art. 7º. Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativo aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros de sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação.

Inicialmente, esse artigo prevê que os Estados signatários da Convenção devem garantir direitos em igualdade para os trabalhadores migrantes e seus familiares, independente de qualquer situação que se encontrem, seja ela de regularidade ou irregularidade no país em que laborar.

Nesse sentido Thelma Thais Carvazere (2001, p. 2) a Convenção é promotora de igualdade entre os migrantes e os nacionais, e que muito, além disso, expressa que “a concessão de direitos adicionais aos trabalhadores migrantes em situação regular incentivará todos os migrantes e empregadores a respeitar e cumprir as leis e os procedimentos estabelecidos nos Estados interessados”.

A Convenção não é o único mecanismo que visa à proteção dos trabalhadores, no plano interno como bem será apresentado a seguir tema igualdade expressado como princípio norteador da Constituição Federal.

Ainda sobre esse mecanismo de proteção internacional do trabalho dos migrantes, temos que esse dispõe em seus noventa e três artigos normas que dão orientação aos países dele signatários, para que obedeçam ao mínimo direitos humanos sociais aos trabalhadores.

A Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990, expressamente prevê a proteção da liberdade de ir e vir (art. 8º), vida (art. 9º), não ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 10), não ser escravizado e não ser submetido a trabalho forçado ou obrigatório (art. 11), liberdade de pensamento e consciência de religião (art. 12), liberdade de exprimir suas convicções sem interferências (art. 13), não sofrer intromissões arbitrárias ou ilegais em sua vida privada ou de sua família (art. 14), direito a não privação de seus bens ou de seus familiares (art. 15), direito à liberdade e à segurança (art. 16), quando tiver privado sua liberdade tem o direito de ser tratado com humanidade (art. 17), tratamento igual perante os tribunais (art. 18), direito de não ser processado ou julgado por uma ação ou omissão que no momento da prática não seja mais considerado conduta criminosa (art. 19), não ser preso por não cumprir uma obrigação contratual (art. 20), não ter apreendido seus documentos, salvo se for por um agente do Estado (art. 21), não ocorrência de expulsão coletiva do migrante e de sua família (art. 22), direito de recorrer às autoridades diplomáticas de seu país (art. 23), direito de reconhecimento da sua personalidade jurídica em todos os lugares (art. 24).

Prevê ainda no seu art. 25, que os trabalhadores migrantes têm garantia de recebimento de hora extra, horário de trabalho, descanso semanal remunerado, férias remuneradas, segurança, saúde, cessação da relação de trabalho, bem como idade mínima para admissão.

Ainda é mecanismo de proteção de direito dos trabalhadores migrantes, o direito à associação sindical (art. 26), seguridade social (art. 27), direito de escolher livremente sua atividade remunerada (art. 52), bem como igualdade de tratamento quando da cessação da relação empregatícia (art. 54).

Todas essas garantias expressadas na Convenção têm garantia constitucionalmente, dentre os quais estão expressos nos artigos 5º e 7º, os quais expressam os mesmos valores tratados pela Convenção, e mais, o caput do art. 5º afirma que ele é aplicado a toda e qualquer pessoa, independente de sua nacionalidade, logo, estamos diante de uma garantia de aplicabilidade das normas de direitos humanos sociais aos trabalhadores migrantes.

Muito embora a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990 não tenha sido ratificada pelo Brasil, temos outras normas (constitucionais e infraconstitucionais) que apresentam valores garantidores de direitos trabalhistas aos migrantes e a seus familiares, porém, a Convenção é norma de direito humano, logo, deve servir de parâmetro para a criação de normas no Brasil.

Para Francisco Alba (2015, p. 7):

Em los documentos informativos sobre la Convención producidos por la Oficina del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos se enumeran como principales propósitos de la Convención, el de establecer normas de carácter internacional aplicables en los Estados-Partes y el de recoger los principios establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos creados con anterioridad.

O Brasil singelamente obedeceu ao que dispõe na Convenção, pois revogou o Estatuto do Estrangeiro e trouxe como inovação legislativa a Lei n.º 13.445/2017, a qual como será demonstrada em tópico próprio trata singelamente sobre a situação dos migrantes que trabalham no Brasil, mas ainda está distante do que prevê expressamente a Convenção aqui discutida.

Desse modo, pode-se concluir que as normas internacionais aqui apresentadas, bem como as normas nacionais (constitucional e infraconstitucional) são mecanismos de proteção de direitos trabalhistas dos migrantes, sejam eles em situação regular ou irregular, como forma de promoção de direitos humanos sociais desses trabalhadores.

3 ENQUADRAMENTO DO TRABALHADOR MIGRANTE NO BRASIL E A GARANTIA DE APLICAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS INTERNAS

No mundo o fluxo migratório não é algo novo, especialmente para o trabalho, de igual modo é o fluxo migratório para o trabalho no Brasil, que é algo que ocorre desde o descobrimento do país (LEVY, 1974).

No Brasil além do fluxo migratório do trabalho recentemente destacado em razão do recebimento dos haitianos não se resume apenas a isso, deve-se olhar para o passado, onde temos o registro de diversos fluxos migratórios, dos quais destacamos dos japoneses, paraguaios, italianos e alemães.

O fluxo migratório em busca de trabalho ocorre justamente porque as pessoas acreditam que em determinado país as condições de trabalho serão melhores que no seu país

de origem, para isso, deixam suas famílias e amigos em busca de melhores condições financeiras.

Quando da chegada dessas pessoas em outro território passam por diversas dificuldades, como por exemplo, na nova cultura, língua e costumes desse novo território, e isso é conhecido como “choque cognitivo” (SIMMEL, 2017).

Os direitos trabalhistas estão pautados na dignidade da pessoa humana, no plano nacional as normas internas (leia-se Consolidação das Leis do Trabalho) tem o viés protetivo, e representam em sua totalidade 90% de normas imperativas.

A globalização da economia também é forma de ocorrência de fluxos migratórios para o trabalho, pois as empresas globais fazem com que ocorra a circulação de trabalhadores e faz com que surja a denominada figura do contrato internacional de trabalho, o qual é chamado de contrato transnacional.

É um contrato internacional de trabalho ou transnacional justamente pela ocorrência de algumas situações específicas, como por exemplo, a conexão do direito internacional entre os Estados, tendo como partes pessoas de diversas nacionalidades, domicílio diferente, local de celebração do contrato, bem como o local de sua execução (DEL’OLMO, 2000).

A ocorrência da crise na Europa fez com que diversas pessoas procurassem o Brasil como um país onde pudessem trabalhar, e essa informação se extrai de dados apresentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) o qual informa que vem aumentando de forma significativa o recebimento de migrantes no Brasil em busca de trabalho. No mesmo sentido, os dados do Ministério da Justiça é no sentido de informar que tem aumentado de forma crescente o número de migrantes no Brasil de forma irregular, os quais são conhecidos como imigrantes ilegais, e isso gera uma forte instabilidade jurídica, pois essas pessoas sofrem com a sua clandestinidade, e passam a ocupar postos informais e mal remunerados.

O Ministério do Trabalho e Emprego registra anualmente um número crescente de pessoas que buscaram o Brasil para o trabalho, os quais no ano de 2016 representou um aumento de 131%³.

³ Informação disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/numero-de-trabalhadores-imigrantes-no-pais-cresceu-131>>. Acesso em 22 de jan. de 2018.

Quando do ingresso dessas pessoas em território nacional (Brasil) prima-se por preenchimentos de requisitos para que então ocorra a concessão do documento correto para sua estadia, seja ela provisória ou definitiva, e isso antes era regulado pela Lei n.º 6.815/1980, agora é regulado pela Lei 13.445/2017, a qual traz duas previsões para concessão de permanência em território nacional para o trabalho, que será objeto de estudo em tópico próprio.

Independente de qual a sua origem e situação, estando o estrangeiro imigrante trabalhando no Brasil, terá os mesmos direitos trabalhistas que os nacionais, como por exemplo jornada de trabalho, décimo terceiro salário, férias com adicional de 1/3, aviso prévio, ter assentado em sua carteira de trabalho e previdência social(CTPS) o registro do trabalho, bem como o recolhimento de FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço).

Esses trabalhadores imigrantes tem direito a essas garantias justamente pelo que dispõe a Constituição Federal de 1988⁴ em seu art. 1º, III, onde se prevê a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do sistema constitucional e da República Federativa do Brasil, bem como o valor social do trabalho (inc. IV).

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho por serem elementos fundadores do sistema constitucional devem ser considerados como princípios superiores aos demais, e, por conseguinte servindo de parâmetros para a solução de eventuais conflitos existentes nas demais normas (ROCHA, 1999).

Esses princípios fazem com que a dignidade da pessoa humana seja visto como um direito que transcende aos demais, tendo inclusive ser visto com prioridade aos demais ramos do direito, justamente por valorizar o ser humano como pessoa detentora de direitos e de garantias constitucionais.

Flávia Piovesan (2000, p. 54) entende que “trata-se de princípio matriz do ordenamento jurídico e desencadeia uma unidade de sentido ao condicionar a interpretação das suas normas”, acrescenta ainda que se revela como uma “exigência de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A condição de ser humano com dignidade e garantias de igualdade e respeito, independente de sua nacionalidade, aqui para o nosso caso de ser um trabalhador imigrante ou nacional, ainda que seja de outro gênero, raça ou crença, tem garantia de aplicação de direito em igualdade, independente de qualquer situação que lhe insurja, como bem assevera o art. 1º⁵, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Nesse diapasão, Kant (2003, p. 58) “o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, assim, entende-se que o homem é o fim em si mesmo, justamente por possuir o valor absoluto da dignidade da pessoa humana.

A ótica Kantiana sobre essa dialética de homem com o fim de si mesmo, tem como si a posição finalística, justamente por entender que o ser humano “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunc simplesmente como meio” (KANT, 2003, p. 59).

O olhar aqui é para o ser humano como pessoa detentora de direitos e garantias fundamentais, por essa razão, deve o Estado ao dar cumprimento às normas por ele expendidas, o cumprimento sem distinção de pessoas, mas sim como meio de garantir a igualdade entre as pessoas.

Nos ensinamentos de Canotilho (2003, p. 59) a dignidade da pessoa humana é “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, e isso faz com que esse valor se torne algo absoluto e protetor e promotor de direitos e garantias fundamentais a todos os trabalhadores.

Por essa razão, estamos diante da necessidade do reconhecimento de igualdade em direitos a todos os que estejam em território nacional, independente de sua nacionalidade, justamente com o fito de viabilizar e valorizar os trabalhadores, para que tenham condições mínimas de existência.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988, como mandamento de otimização, ao garantir direitos fundamentais a todos os que residem no Brasil, não faz distinção entre brasileiros e estrangeiros, pelo contrário, afirma que não há distinção:

⁵ Art. 1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com respeito e fraternidade.

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

Pois bem, mais uma vez estamos diante do valor da dignidade da pessoa humana sendo reproduzido em norma constitucional, pois aqui existe ainda complemento ao que dispõe o art. 1º, III, da CF, ao afirmar que independente de qual a condição como pessoa humana é garantido à igualdade (sem distinção).

Do mesmo modo, o art. 7º, da Constituição Federal de 1988, prevê que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” e, não faz nenhuma distinção entre nacional e estrangeiro. Nota-se que a norma apenas se preocupou com a distinção entre trabalhador urbano e rural, quanto ao estrangeiro, em razão da sua condição de igualdade aventada no art. 5º, CF, não foi nem objeto de retratação no art. 7º.

Por esse motivo, entendemos que o art. 7º, da CF, tem aplicabilidade a todos os trabalhadores que no Brasil residem ou tenham suas funções aqui exercidas, seja ela de forma transitória ou permanente.

Pois é com o valor expressado pela dignidade da pessoa humana é que desencadeia e faz com que se concretizem os direitos fundamentais (SILVA, 1994, p. 549), com o viés protetivo de direitos sociais, por via reflexa do direito do trabalho de todos os que no Brasil laboram, além de primar pela igualdade entre as pessoas que aqui se acharem (COMPARATO, 1999, p. 30).

O direito do trabalho com seu viés protetivo, possui enorme representatividade social, justamente pela sua forma de garantia à concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 81-82) afirma que é por meio do ramo trabalhista que se consolidará a valorização humana e ocorrerá a sua ampliação em fronteiras originais, que se vinculam basicamente à dimensão da liberdade.

Ruprecht (1995, p. 96) afirma que, muito embora a dignidade da pessoa seja um princípio que valoriza o trabalhador, existem outros princípios que podem auxiliar na proteção desses hipossuficientes, como o da não discriminação, da colaboração, da racionalidade, da equidade, da justiça social, além de outros existentes.

Como visto no tópico anterior, muito embora a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias de 1990, não tenha sido ratificada pelo Brasil, mas expressa a preocupação dos Estados em garantir o mínimo existencial a todos os trabalhadores no que tange a matéria de proteção de direitos trabalhistas.

Desse modo, no tocante ao trabalho no Brasil, sendo o trabalhador nacional ou estrangeiro, deve ser a esse garantido todos os direitos trabalhistas em igualdade, uma vez existentes na Constituição Federal de 1988 o direito à igualdade (sem distinção - *caput*, art. 5º), como fator assegurado de direitos e garantias fundamentais a todos os trabalhadores.

4 MIGRANTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR – FORMA DE FACILITAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS

Como observado no tópico anterior, construímos a situação de aplicabilidade dos direitos trabalhistas em igualdade entre o migrante e o nacional, com vistas ao primado do que dispõe a Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, III e IV, 5º e 7º).

Esse direito à igualdade é visto tão somente para os migrantes em situação regular pela doutrina majoritária, a qual entende ser devida apenas para o que se encontrar em situação regular, deixando de lado o migrante em situação irregular.

Diante disso, surge então a situação de problemática sobre a aplicabilidade dos direitos trabalhistas aos migrantes em situação de irregularidade. A doutrina brasileira se divide em duas correntes para tentar solucionar essa questão de aplicabilidade dos direitos do migrante em situação irregular no Brasil, a primeira considera como sendo um trabalho nulo e a outra como um trabalho proibido.

A corrente que entende ser um contrato nulo o trabalho irregular fundamenta no sentido de que existem leis que preveem formalidades para a o ingresso de migrantes no Brasil (agora no caso a Lei n.º 13.445/2017), assim, a inobservância dessa regulação previamente estabelecida gera a nulidade do contrato desde a sua gênese (nascimento).

Ainda, acrescenta essa doutrina, que muito embora tenha por se considerar o trabalho como nulo desde a sua gênese o empregado terá direito a receber o pagamento dos dias

efetivamente trabalhados, bem como a garantia de direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente (art. 7º, CF), como férias, adicional de 1/3, hora extraordinária, décimo terceiro salário, FGTS, entre outros direitos, teoria fundamentada pela decisão no Recurso de Revista n.º 750.094/01 da 6ª Turma do TST.

Para Carelli (2007, p. 32) “o enfoque da interpretação em literalidade do texto constitucional, que o princípio da igualdade de tratamento se destina tão somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, em razão do contido no art. 5º, I, CF”. Pelo que se extrai do pensamento do autor, estamos diante de uma situação de aplicabilidade isonômica de direito, pois se temos condições que antecedem a aplicação das leis trabalhistas, devemos analisa-las antes mesmo de conceder qualquer direito de ordem trabalhista.

Discordamos dessa fundamentação, por entender que isso viola frontalmente ao que dispõe o que dispõe da valorização da dignidade humana, mandamento esse expresso no Pacto de San José da Costa Rica e, que discriminar o migrante que se encontre em situação de irregularidade ensejaria de imediato o enriquecimento sem justa causa ao empregador, o que é proibido para o direito brasileiro, isso mesmo sem analisar as situações que legitimariam a proliferação de escravidão no país.

Lado outro, a corrente que entende se tratar de um trabalho proibido, pois a contratação irregular do migrante desencadeia apenas consequências jurídicas para o empregador, tendo em vista a contratação realizada de forma irregular.

Para essa corrente doutrinária, não reconhecer direitos trabalhistas do migrante em situação irregular ensejaria injustiça, pois efetivamente o trabalho foi realizado, e que deve, em razão dos mandamentos constitucionais (arts. 1º, III e IV, 5º e 7º) serem reconhecidos os direitos trabalhistas.

O fundamento expendido por essa corrente doutrinária tem respaldo no Recurso de Revista n.º 750.080/01, da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que segundo o relator foi no seguinte sentido:

Implicaria uma dupla injustiça: primeiro os trabalhadores estrangeiros em situação irregular no País que, não obstante tenham colocado sua força de trabalho à disposição do empregador, ver-se-ão privados da devida remuneração em razão de informalidade de cuja ciência prévia o empregador estava obrigado pelo artigo 359 da CTL; e segundo, com os próprios

trabalhadores brasileiros, que poderiam vir a ser preteridos pela mão-de-obra de estrangeiros irregulares em razão do custo menor desses últimos, como tragicamente sói acontecer nas economias dos países do Hemisfério Norte.

Muito embora essa corrente ainda não seja a adequada para a nosso ver para a solução do caso dos migrantes em situação irregular no país, mas é suficiente a fazer com que esse tenha direito a serem recebidos quando da rescisão contratual, pois estaríamos diante de um contrato eivado de nulidade e, não como a primeira corrente de um contrato nulo de pleno direito.

Em complemento, no Recurso de Revista n.º 21900-93.2000.5.01.0019 da 4ª Turma do TST, com acórdão prolatado em 22.09.2011, temos uma visão de ampliação e aplicação nos contratos de trabalho do migrante das normas trabalhistas com fundamentação nos princípios constitucionais:

A interpretação das normas jurídicas deve atender ao postulado da integridade do direito. É necessário que o intérprete busque, na atividade hermenêutica, a coerência entre a história institucional, firmada na jurisprudência e na legislação, e os princípios constitucionais. Assim, o julgador deve, no exame do caso concreto, buscar a interpretação que melhor se acomode tanto à história institucional quanto aos princípios aplicáveis à hipótese.

Assim, ao analisar o caso concreto onde estamos diante de direitos trabalhistas violados dos migrantes, temos que analisar os princípios que norteiam a Constituição Federal e desencadeiam inclusive o sentido de sua interpretação com relação às demais normas existentes no mesmo ordenamento jurídico (PIOVESAN, 2000, p. 21).

E mais, ao analisar uma situação hipotética, deve ser feito uma análise casuística. Nesse mesmo sentido, Dworkin (1999, p. 264) apresenta sua fundamentação no sentido de coerência nas decisões judiciais:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente

quando repete suas decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas das comunidades sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

Nessa perspectiva, é imprescindível que se encontre no mínimo certa coerência com relação às decisões judiciais, e essas devem obedecer ao primado da lei existente em seu país, bem como com os princípios constitucionais que tenha incidência.

O nosso posicionamento se complementa com essa última corrente, muito embora em um viés protetivo, acreditamos que pelos primados dos princípios constitucionais e pelos que tem incidência na relação trabalhista, muito embora o migrante irregular saiba de sua condição de estadia no Brasil, não deve ter nenhuma incidência prejudicial com relação a seus direitos trabalhistas.

Nesse diapasão, os direitos trabalhistas devem ter estrita incidência, independente de condição de regularidade em território nacional, com vistas a garantir a qualquer pessoa que trabalhe em território nacional seus direitos trabalhistas, para que inclusive ocorra a segurança jurídica.

O fato de permitir como pretende a primeira corrente que direitos trabalhistas sejam mitigados em detrimento de situação de regularidade é fator suficiente a promover como, por exemplo, o trabalho escravo no país.

Por essa razão, com o objetivo de dificultar a ocorrência de situações como essa, deve-se em casos concretos serem aplicados os direitos trabalhistas em sua integralidade aos migrantes, sejam eles em situação regular ou irregular, com vistas a dar integral cumprimento aos princípios norteadores da relação trabalhista e constitucional, para que então seja garantido direitos humanos sociais a todos os trabalhadores.

5 CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DE SEUS FAMILIARES DE 1990 X LEI N.º 13.445/2017

A Convenção Sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e de Seus Familiares de 1990, não foi ratificada pelo Brasil, muito embora seja um documento

internacional expedido pelos membros da ONU (Organização das Nações Unidas), órgão que o Brasil faz parte, não vincula em nada a sua aplicação em território nacional.

A Convenção traz em seu corpo normativo a proteção de direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares, como meio suficiente a garantir a igualdade entre os nacionais em estrangeiros em um mesmo país, justamente por terem verificado a ocorrência de violações de direitos trabalhistas dos migrantes, bem como em efetivar a luta contra a discriminação no trabalho.

Como se sabe, a Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017 revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980), esse último concebido na ditadura militar (Governo Figueiredo), onde não havia garantias plenas e efetivas de proteção aos direitos trabalhistas dos migrantes, muito menos de seus familiares.

A Lei n.º 13.445/2017 traz inovações com relação à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes no Brasil o que está em consonância com o que dispõe a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias.

Além disso, temos resoluções do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) que dão diretrizes de como deve ser protegido os direitos dos imigrantes, e é órgão competente para adequar a política migratória. Nesse sentido, temos o que dispõe Ana Paula Martins Amaral e Luiz Rosado Costa (2017, p. 973):

As resoluções Normativas do CNIg (BRASIL: 2017) têm sido o instrumento utilizado para adequar a política migratória às políticas econômicas e às exigências de direitos humanos e tornaram-se solução viável, até que haja uma reforma legislativa, ao atendimento de novas demandas surgidas com a presença de imigrantes no Brasil em um contexto bastante diferente de quando o Estatuto do Estrangeiro foi elaborado.

Para os autores, é imprescindível uma nova regulamentação, que atenda as necessidades e novas demandas existentes com a migração no Brasil. E isso vem ocorrer timidamente com a Lei n.º 13.445/2017, a qual inova em alguns temas sobre o trabalho do migrante e sua permanência em território nacional e dá outras providências importantes.

Analisando a norma, tenho por bem apontar o art. 3º, da Lei n.º 13.445/2017, o qual dispõe sobre os princípios e diretrizes que o Brasil deverá promover, dos quais ressaltamos a não criminalização da migração (inc. III) e do acesso livre dos migrantes ao trabalho (inc. IX):

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...)

II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;

III – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

(...)

XI – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

Essa disposição clareadora e objetiva determina que o Brasil programe medidas eficazes a precaver a ocorrência de violações ao acesso do migrante ao trabalho, bem como afirma que esses têm acesso igualitário a todos os programas e benefícios existentes no país.

Outro dado importante é o compromisso feito em repudiar a xenofobia, que no caso do Brasil temos vivenciado diariamente em razão da chegada dos haitianos, mas, por outro lado, não podemos deixar de se esquecer de que recebemos bem os japoneses e os alemães, não podemos agora ser diferentes com os haitianos.

Essa disposição de promoção de igualdade está em estrita consonância com o que dispõe o art. 1º, da Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias:

Art. 1º 1. Salvo disposição em contrário constante do seu próprio texto, a presente Convenção aplica-se a todos os trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias sem qualquer distinção, fundamentadamente no sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção política ou outra, origem de nascimento ou outra situação. 2. A presente Convenção aplica-se a todo o

processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, o qual compreende a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual.

Lado outro, para o atual Estatuto do Estrangeiro existe algumas formas para que o migrante possa permanecer em território nacional, em especial para o trabalho quando do pedido de visto temporário, previsão expressa no art. 14, I, “e”, da Lei n.º 13.445/2017:

Art. 14 O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – o visto temporário tenha como finalidade:

(...)

e) Trabalho;

(...)

§5º Observadas as hipóteses previstas em regulamento, o visto temporário para trabalho poderá ser concedido ao imigrante que venha exercer atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício no Brasil, desde que comprove oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País, dispensada esta exigência se o imigrante comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente.

Ainda tem previsão na Lei n.º 13.445/2017 a possibilidade de que o imigrante tenha o seu ingresso em território nacional autorizado por meio de pedido de residência, conforme expressa previsão no art. 30, I, “e”:

Art. 30. A residência poderá ser autorizada mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

I – a residência tenha como finalidade:

(...)

e) trabalho;

Essas são formas de manutenção de migrantes em território nacional, claro que uma inovação frente ao que estava disposto no antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980), onde não se enfrentava o tema de trabalho do migrante no Brasil.

Essas duas formas de estadia em território nacional dos migrantes (arts. 14 e 30) são inovações que obedecem ao que dispõe a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, bem como ao primado de prevalência de promoção a direitos humanos.

Ainda, acreditamos que devem ser implementadas outras medidas que busquem efetivar a igualdade de acesso a postos formas de trabalho no Brasil por migrantes (e seus familiares), fazendo com que se cumpra as diretrizes estabelecidas internacionalmente para a promoção de direitos humanos e sociais.

Nesse sentido, Amaral e Costa (2017, p. 979):

As restrições aos direitos de cidadania dos estrangeiros e os diversos óbices legislativos à sua plena integração à nação demonstram que a transição democrática nas políticas migratórias encontram-se ainda incompleta e que tal transição só ocorrerá, em sua plenitude, com a superação do legado autoritário e a substituição do discurso de segurança nacional vigente por um discurso de direitos humanos, que beneficiará não só aos estrangeiros que escolham o Brasil para viver, mas também aos brasileiros que escolham viver em um país estrangeiro, vez que a legislação restritiva é também o principal entrave às reivindicações de direitos dos emigrantes.

Pelo que expõe os pesquisadores em fluxos migratórios, podemos entender como preocupação na normatização de direitos que tendem a proteger o migrante em situações de vulnerabilidade, o que seria mais correto em um estado democrático de direito.

Por fim, a Lei n.º 13.445/2017 prevê como uma de suas políticas a promoção de vida digna para os imigrantes e da promoção do trabalho, em vista do que dispõe o art. 77, II:

Art. 77. As políticas públicas para o emigrantes observarão os seguintes princípios e diretrizes:

(...)

II – promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura;

A implementação de políticas públicas no sentido de promoção de condição de vida digna, bem como a prestação de serviços consulares para se efetivar o trabalho é fator suficiente a efetivar aos empregados à garantia do pleno emprego em igualdade e em condições dignas.

Desse modo, denota-se que a Lei n.º 13.445/2017 muito embora tenha sido um mandamento inovador com relação à proteção de direitos de todos os trabalhadores, ainda está aquém, do que prevê a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto nesse trabalho o Brasil muito embora não tenha ratificado a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias por via reflexa assegura a igualdade entre os trabalhadores migrantes e os nacionais, justamente em razão da proteção existente no direito do trabalho vigente.

A Lei n.º 13.445/2017 é um avanço legislativo no sentido de regularizar a situação dos migrantes no Brasil, principalmente a sua permanência em solo nacional para o trabalho, já que como vimos, o migrante irregular tende a ter seus direitos trabalhistas violados.

No mesmo sentido é a igualdade exposta na Constituição Federal (arts. 1º, III e IV, 5º e 7º), os quais asseguram a igualdade de tratamento entre os nacionais e os estrangeiros, se comprometendo inclusive a promover a dignidade da pessoa humana.

Essas normas são mecanismos de proteção aos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares, e devem ser estritamente obedecidas, já que asseguram direitos humanos sociais de todos os trabalhadores, sejam eles migrantes (em situação regular ou irregular) ou nacionais.

O objetivo desse trabalho foi no sentido de demonstrar se o Brasil por não ter ratificado a Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias ainda promove por via transversa, quando da assegura a proteção dos direitos de todos os trabalhadores (arts. 1º, III e IV, 5º e 7º, CF), como forma de promoção dos direitos humanos sociais.

Como verificado com base na doutrina e nas legislações vigentes, o Brasil promove por meio dos mecanismos de proteção dos direitos do trabalho dos migrantes realizados em território nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL. Ana Paula Martins. COSTA. Luiz Rosado. **Política Migratória Brasileira Contemporânea: “Atalhos” para sua Humanização.** Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/I7c6uEpjth367a6s.pdf>>.

Acesso em 15 de nov. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988).**

CAARZERE. Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A Circulação Internacional de Pessoas.** 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Trabalho do estrangeiro no Brasil.** Cedes – Centro de estudos direito e sociedade – Boletim/março, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa, 2003.

LEVY, M. S. F. **O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972)**. Revista Saúde Pública, São Paulo, v.8 (suplemento), p.49-90, 1974.

_____. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 de ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

_____. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de mai. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 10 de jan. 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Número de Trabalhadores Migrantes no País**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/numero-de-trabalhadores-imigrantes-no-pais-cresceu-131>>. Acesso em 22 de jan. de 2018.

ONU. **Convenção Internacional Sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acesso em 20 de nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 4, 1999.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

SILVA, José Afonso da - Anais da XV Conferência Nacional da OAB do Brasil, 1994.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Milano, Comunità, 1989.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista n.º 21900-93.2000.5.01.0019**. Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues. Diário da Justiça, 08/03/2009. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514416110/recurso-de-revista-rr-109390520155150088/inteiro-teor-514416124>>. Acesso em: 20 de fev. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista n.º 750.080/01**. Relator: Min. Convocado Tarcisio Regis Valente. Diário da Justiça, 08/-3/2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168417950/recurso-de-revista-rr-15536220125240004/inteiro-teor-168417967>>. Acesso em: 20 de fev. 2018.

Submetido em 30.03.2018

Aprovado em 30.05.2018