



ANAIS



III CEPIAL

CONGRESSO DE CULTURA
E EDUCAÇÃO PARA A INTEGRAÇÃO
DA AMÉRICA LATINA

Semeando Novos Rumos

www.cepial.org.br
15 a 20 de julho de 2012
Curitiba - Brasil



ANAIS



III CEPIAL

CONGRESSO DE CULTURA
E EDUCAÇÃO PARA A INTEGRAÇÃO
DA AMÉRICA LATINA

Semeando Novos Rumos

Eixos Temáticos:

1. INTEGRAÇÃO DAS SOCIEDADES NA AMÉRICA LATINA
2. EDUCAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO LATINO-AMERICANO:
SUAS MÚLTIPLAS FACES
3. PARTICIPAÇÃO: DIREITOS HUMANOS, POLÍTICA E CIDADANIA
4. CULTURA E IDENTIDADE NA AMÉRICA LATINA
5. MEIO-AMBIENTE: QUALIDADE, CONDIÇÕES E SITUAÇÕES DE VIDA
6. CIÊNCIA E TECNOLOGIA: PRODUÇÃO, DIFUSÃO E APROPRIAÇÃO
7. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL
8. MIGRAÇÕES NO CONTEXTO ATUAL: DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS
ÀS REAIS NECESSIDADES DOS MIGRANTES
9. MÍDIA, NOVAS TECNOLOGIAS E COMUNICAÇÃO

www.cepial.org.br
15 a 20 de julho 2012
Curitiba - Brasil

ANAIS



III CEPIAL

CONGRESSO DE CULTURA
E EDUCAÇÃO PARA INTEGRAÇÃO
DA AMÉRICA LATINA

Semeando Novos Rumos

Eixo 8

**“MIGRAÇÕES NO CONTEXTO ATUAL:
DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS ÀS REAIS
NECESSIDADES DOS MIGRANTES”**

www.cepial.org.br
15 a 20 de julho de 2012
Curitiba - Brasil

EIXO 8. MIGRAÇÕES NO CONTEXTO ATUAL: DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS ÀS REAIS NECESSIDADES DOS MIGRANTES

MR8.3 – Migrações e interculturalidade: aspectos humanos das migrações

Coordenadora: Gislene Santos – Universidade Federal do Paraná - (UFPR - BRASIL)
Janeth Rijo - Asociación de Familiares de Migrantes del MERCOSUR - (FAMISUR –URUGUAY)
Valeria España: Rede de Apoio ao Migrante - (URUGUAY)
Ivete Caribé: Serviço de Paz e Justiça e Casa Latino-Americana - (CASLA-SERPAJ – BRASIL)
Wolf-Dietrich Sahr: Universidade Federal do Paraná - (UFPR - BRASIL)
Alex Munguía Salazar: Bemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP - MÉXICO)

RESUMOS APROVADOS

MIGRAÇÕES – Aspectos legislativos da dimensão humana da Globalização (autor(es/as): Michele Alessandra Hastreiter).

O PARADOXO ENTRE A VIOLAÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA E OS REFUGIADOS: A COLÔMBIA COMO FUGA, O EQUADOR COMO REFÚGIO (autor(es/as): Lúcia Toso Prado E Tatyana Scheila Friedrich).

MIGRAÇÕES NO MERCOSUL: PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA (autor(es/as): Nádia P. Floriani).



MIGRAÇÕES – Aspectos legislativos da dimensão humana da Globalização

AUTORES

Michele Alessandra Hastreiter – michele.hastreiter@gmail.com

Advogada (OAB/PR 57.771) e Administradora Internacional de Negócios. Pós-graduanda em Direito, Logística e Negócios Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Marco Antônio Villatore – marcovillatore@gmail.com

Advogado (OAB/PR 18.716), Professor Titular do Doutorado em Direito da PUCPR. Professor Adjunto da UFSC. Professor da FACINTER. Professor e Coordenador de Especialização na PUCPR. Advocacia Trabalhista (www.villatore.com.br).

RESUMO

Este trabalho objetiva contribuir para tecer um panorama das migrações para o trabalho no mundo contemporâneo, em especial no que concerne aos seus aspectos legislativos. Em um primeiro momento, analisou-se a situação atual no que concerne ao fluxo de trabalhadores, os principais destinos, os impactos das migrações e os migrantes mais vulneráveis. Buscou-se, em seguida, tecer uma análise jurídica do tema, analisando os principais regramentos nacionais e internacionais que circundam uma relação jurídica laboral composta por estrangeiros. No âmbito internacional, foram analisadas disposições da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) que versam sobre os trabalhadores migrantes. Também foi abordada a temática sob a perspectiva do Mercosul, com uma breve análise dos regramentos vigentes neste bloco econômico. Por fim, passou-se à análise dos dispositivos brasileiros. Tais análises permitiram compreender que o tratamento jurídico concedido aos imigrantes na atualidade ainda está muito aquém do que a realidade social anseia. As Convenções internacionais foram pouco ratificadas e, portanto, tem pouca aplicabilidade prática. A legislação nacional, obsoleta e em desconformidade inclusive com a Constituição de 1988, apresenta muitas lacunas que resultam em insegurança jurídica tanto para o estrangeiro quanto para o empregador, que tem que conviver com incerteza sobre a maneira correta de gerir seus recursos humanos internacionais.



INTRODUÇÃO

O movimento migratório em busca de melhores oportunidades de trabalho, que já é uma realidade desde a Revolução Industrial – quando o trabalhador rural deixava o campo rumo a oportunidades nas cidades industrializadas – atualmente transcende as fronteiras nacionais. Dentro deste cenário, tem-se que muitos trabalhadores - o pólo mais fraco em uma relação laboral – passam à condição de estrangeiros em seu local de trabalho, aumentando sua fragilidade em relação ao empregador, já que estão em um ambiente no qual de modo geral desconhecem as regras e os direitos que vigoram e cujos sistemas jurídicos podem não lhes conceder as mesmas prerrogativas e garantias concedidas aos nacionais. Surge então, a importância de se analisar os instrumentos existentes para assegurar os direitos e a proteção jurídica ao trabalhador migrante.

No âmbito internacional, tanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto a Organização das Nações Unidas (ONU) possuem instrumentos normativos dedicados às migrações com o objetivo de fornecer ferramentas para os países emissores e receptores de mão de obra gerirem seus fluxos migratórios e assegurar uma proteção adequada para esta categoria de trabalhadores.

Em contrapartida, nas legislações nacionais o que prepondera é a preocupação em proteger a mão de obra nacional da ameaça oferecida por trabalhadores estrangeiros aos postos de trabalho. Por isto, estabelecem regras, limites e restrições ao seu ingresso e permanência, como demonstra a análise dos dispositivos brasileiros. O Estatuto do Estrangeiro (Lei nº. 6.815/1980) é o principal regimento sobre o tema e, devido a sua antiguidade, apresenta incompatibilidades com o próprio texto da Constituição de 1988. Relevante também é a Lei nº. 7.064/1982, que surgiu com a intenção de proteger o empregado nacional que parte em uma missão de trabalho no exterior. Esta Lei inicialmente regulamentava apenas a situação dos prestadores de serviços de engenharia transferidos ao exterior, mas foi estendida, a princípio por analogia e, atualmente, pela Lei nº. 11.962/2009, a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior. O texto da Lei, elaborado em 1982, segue sendo a principal fonte para dirimir conflitos desta natureza, mesmo tendo sido pensado e formulado para abarcar uma realidade de 30 anos atrás.

Embora os textos de lei sejam antigos, o tema é de crescente relevância: a cada ano aumentam o número de autorizações de emprego concedidas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego a estrangeiros. Incontáveis também são os brasileiros que partem em busca de desafios em diversos países.

Diante disto, este trabalho surge com o propósito de auxiliar na elucidação dos aspectos legislativos deste fenômeno cada vez mais freqüente de migrações laborais, analisando a relação jurídica de trabalho internacional e os regramentos que a circundam, em especial no tocante à proteção do trabalhador migrante e os limites à sua contratação.

1. O FLUXO DE TRABALHADORES ENTRE AS NAÇÕES

Segundo estudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2004, p.5), o ritmo crescente da globalização econômica deu origem a um cenário com um número de trabalhadores migrantes até então nunca visto. Em um levantamento de dados estatísticos da ONU, Milesi e Manucci (2008, p. 20) afirmam que existem cerca de 191 milhões de migrantes no mundo todo, mais do que o dobro do que existia há 40 anos, quando o processo de globalização ainda não era uma realidade tão marcante.

A maioria destes indivíduos migra em direção ao hemisfério norte, onde estão os países mais desenvolvidos, pois esperam encontrar melhores condições de vida e de trabalho. Na atualidade, um em cada três migrantes vive na Europa e em torno de um em cada quatro vive na América do Norte, ou seja, o maior número de imigrantes está presente nos lugares onde há maior desenvolvimento econômico.

No hemisfério Sul, existe um grande contingente de pessoas que partem em busca de oportunidades em países vizinhos, como os paraguaios e bolivianos no Brasil, por exemplo. Conforme dados da OIT (2004, p.07), do total de migrantes do mundo, 86 milhões fazem parte da população economicamente ativa, os quais encontram-se distribuídos na proporção indicada pelo gráfico abaixo.

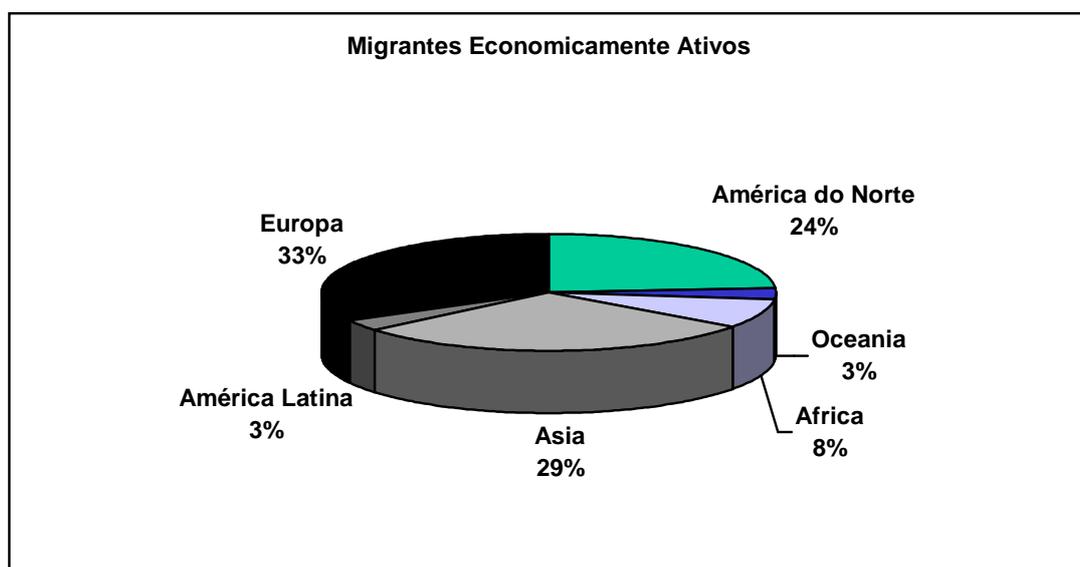


Gráfico 2: Migrantes Economicamente ativos. Dados da OIT.(2004, p.07)



Como se pode constatar, a maioria dos migrantes encontra-se concentrada na Europa, Ásia e América do Norte. Diante disto, Milesi e Manucci (2008, p.23) concluem que o aumento súbito do crescimento de migrações internacionais é uma consequência das visíveis desigualdades de oportunidade entre os países geradores e os receptores de migrantes. Os trabalhadores partem em busca das oportunidades de trabalho, estejam elas onde estiverem. No Brasil, embora existam números menos expressivos que em outros países do mundo, o ingresso de estrangeiros também é um fenômeno em plena ascensão. Apenas em 2008, o Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE) concedeu 43.993 autorizações de trabalho a estrangeiros, contra 29.488 concedidas em 2007 (MTE, 2009), o que corresponde um aumento de quase 50% na atratividade de mão de obra. O número de concessões permaneceu estável em 2009 com 42.914 e, em 2010, foram 39.057 autorizações de emprego concedidas até setembro daquele ano, data do último levantamento estatístico realizado pelo MTE. (MTE, 2010)

Mesmo os países que não se enquadram no grupo dos mais desenvolvidos, em virtude do dinamismo econômico estão inseridos no mercado de trabalho global e, portanto, são potenciais receptores de mão de obra estrangeira, sendo influenciados pelas migrações nas mais variadas maneiras.

Uma vez que os trabalhadores migrantes são o ponto de partida para a análise jurídica deste fenômeno, é de primordial importância conceituá-lo sob a ótica jurídica.

2. CONCEITO JURÍDICO DE TRABALHADORES MIGRANTES

De acordo com Cavarzere (1995, p.123), “a migração para o trabalho caracteriza-se pela saída da pessoa do país de que é nacional para um país estrangeiro, com vistas a ali se estabelecer e exercer atividade remunerada (...). Também inclui o imigrante regularmente admitido para o emprego”.

A Convenção nº 97 da OIT define em seu artigo 1º o trabalhador migrante como sendo a “pessoa que emigra de um país para outro com vistas a ocupar um emprego que não seja por conta própria”, e exclui os trabalhadores fronteiriços, artistas e profissionais liberais que permanecem no país pouco tempo e os trabalhadores marítimos.

Dentro deste conceito, diversos elementos se mostram relevantes – dentre os quais, destacam-se o conceito de nacionalidade e a condição de estrangeiro, uma vez que é esta condição que torna o trabalhador um migrante em seu local de trabalho. Para



melhor compreender este conceito, é essencial que se entenda, portanto, seus elementos constituintes.

2.1 O NACIONAL, O ESTRANGEIRO E O IMIGRANTE

Entende-se por nacional aquela pessoa submetida à autoridade direta do Estado, o qual lhe confere direitos civis e políticos (SILVA, 2005, p.189). É nacional aquele que possui vínculo de nacionalidade com determinado Estado. Não se confunde, portanto, com o conceito sociológico que determina a correlação entre nacionalidade e nação, uma vez que existem Estados que compreendem diversas nações (como a Espanha, por exemplo) – o que não tem relevância para a nacionalidade jurídica da pessoa humana. O vínculo que importa para o Direito é o que existe entre o sujeito e o Estado (STRENGER, 2005, p. 185).

Tanto o nacional quanto o estrangeiro são membros da comunidade estatal, uma vez que, no direito contemporâneo, o estrangeiro tem direitos e deveres, sendo também súdito do Estado em determinadas situações, da mesma forma que o nacional. Entretanto, a grande diferença é que o estrangeiro só é súdito do Estado em situações excepcionais e por razões alheias a sua personalidade, quando certas condições se veem configuradas (como, por exemplo, estabelecer residência dentro do território daquele Estado). O nacional, por sua vez, é membro do Estado em grau mais elevado, já que o vínculo resulta de sua personalidade, sendo, portanto, um “membro natural da corporação estatal” (STRENGER, 2005, p. 185).

Dentro deste contexto, tem-se que, ser estrangeiro significa não ser nacional do país onde se está. A condição de estrangeiro pode ser entendida, então, como um “atributo negativo que designa o não-pertencimento a um grupo de referência determinado” (LOPES, 2009, p. 190).

Tanto a nacionalidade quanto a condição de estrangeiro são fatores relacionados à soberania do Estado, sendo matérias típicas de direito público interno, regidos, portanto, por nossa Constituição de 1988, como se desprenderá nos tópicos a seguir.

2.1.1 O nacional na lei brasileira

Cada Estado tem o direito de determinar em que circunstâncias um indivíduo se torna seu nacional. No direito contemporâneo, existem três sistemas preponderantes que merecem destaque: o *jus sanguinis*, o *jus soli* e o sistema misto.



De acordo com Silva (2005, p.190) no critério *jus sanguinis*, a nacionalidade é transmitida por laços familiares de ascendência. “A nacionalidade do pai determina a nacionalidade do filho. Sendo o pai desconhecido, prevalece a nacionalidade da mãe”. Já o critério *jus soli* decorre do local de nascimento. É nacional aquele que nasce no território do Estado, exceto se for filho de pessoas extraterritoriais (cônsules, por exemplo), por regra expressa de Direito Internacional. O sistema misto, por sua vez, combina os dois sistemas anteriores, concedendo a nacionalidade tanto aquele que nasceu no território do Estado quanto ao que tiver laços familiares com um nacional do Estado.

No Brasil, o sistema preponderante é o *jus soli*, mas a Constituição de 1988 elenca hipóteses excepcionais em que também se admite o *jus sanguinis*. É o que se encontra expresso no artigo 12, inciso I, Constituição de 1988:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, **desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;**
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, **desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;** (destacou-se)

Existem, ainda, modos derivados de aquisição da nacionalidade – conhecidos no direito brasileiro como naturalização, a qual “consiste em equiparar o estrangeiro, no que concerne aos seus direitos e deveres para com o Estado, ao natural ou nativo, mediante o cumprimento de certas condições. (...) é o fato de adquirir uma nacionalidade com posterioridade à originária e em sua substituição, de acordo com os preceitos legais de cada país” (STRENGER, 2005, p. 192).

A naturalização no Brasil encontra-se regrada pelo artigo 12, inciso II da Constituição de 1988, no seguinte teor:

Art. 12. São brasileiros:

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.



Importante ainda salientar que é possível que uma pessoa possua mais de uma nacionalidade, muito embora exista um princípio fundamental de direito internacional que afirma que uma pessoa não pode ter duas pátrias, assim como não pode ter duas mães (STRENGER, 2005, p.197). Na prática, porém, um indivíduo pode ter mais de uma nacionalidade, como uma sequela dos diversos sistemas sobre a nacionalidade existentes nos Estados modernos.

Existe, ainda, a situação dos apátridas, ou seja, aqueles que não possuem nacionalidade, seja porque nunca a possuíram ou porque a perderam por algum desvio de conduta.

Para os fins deste trabalho, o grupo que nos interessa é o dos estrangeiros, ou seja, aqueles que não se enquadram na categoria de nacionais no local em que se encontram.

2.1.2 O estrangeiro na lei brasileira

Tem –se por estrangeiro “a pessoa que procede ou pertence a um país de fora ou a outro país, ou outra nação ou, ainda, aquele que não tem a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra” (HENRIQUE, 2006, p.03). Percebe-se que pelo próprio significado da terminologia que o estrangeiro é considerado excluído de um grupo e rotulado pelo seu não pertencimento, ao mesmo tempo que o termo dá unicidade ao grupo que lhe exclui (o dos nacionais). Por estar em território alheio, o estrangeiro é visto como um intruso (LOPES, 2009, p. 32).

Embora o estrangeiro seja um termo que designa a exclusão de um determinado sujeito perante o Estado, a Constituição de 1988 prevê que os estrangeiros devem ser tratados com igualdade, conforme dispõe o artigo 5º.

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 seguintes termos [...]. (destacou-se)

A expressão “estrangeiros residentes” poderia levar a crer que apenas os estrangeiros que residem no Brasil são equiparados aos nacionais quanto a seus direitos fundamentais, excluindo desta relação todos aqueles que estão no país temporariamente.

Tal afirmação é equivocada. Lopes (2009,p.32) afirma que:

residente é aquele estrangeiro que vive no país legalmente. No entanto, nem toda pessoa estrangeira que se encontra no país legalmente é um residente. Os turistas, por exemplo [...]. É correto inferir, a partir da leitura do caput do artigo 5º da CF que, apenas porque essas pessoas não são residentes, não terão, por exemplo, a garantia de não serem submetidos à tortura? [...] Parece evidente que não. Não é porque o estrangeiro não é residente que, *ipso facto*, estará alijado dos direitos e garantias individuais.



De acordo com este entendimento, o verdadeiro sentido da expressão seria afirmar que a proteção dos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira, sendo estendível a todos – nacionais ou estrangeiros. O fundamento deste entendimento tem como base o artigo 3º, IV, que veda qualquer forma de discriminação.

De acordo com Cavarzere (1995, p. 223), o Brasil tem uma tradição como um país acolhedor de estrangeiros. A mesma autora afirma que:

é de denotação clara a liberalidade com que o Brasil vinha administrando a política imigratória. Haja vista a facilidade com que os estrangeiros sempre penetraram no território nacional, sejam protegidos pelas leis vigentes, como os Acordos realizados para colonizar o país, ou favorecidos pelas extensas e despolicizadas fronteiras, que permitiram o afluxo clandestino de pessoas. Inserido em um contexto mundial de amplas restrições à imigração, [...] Mesmo assim, o tratamento dispensado ao estrangeiro persiste extremamente generoso, ao conceder-lhe quase que todas as prerrogativas do brasileiro nato, salvo poucas exceções.

Estas exceções à igualdade entre estrangeiros e nacionais são previstas pela Constituição de 1988, quais sejam:

- Artigo 14, § 2º: proibição de alistamento e direito a voto.
- Artigo 37, I: Acessibilidade restrita a cargos públicos.
- Artigo 207, § 1º: Previsão da Possibilidade de Universidades admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros na forma de lei a ser editada.
- Artigo 12, § 3º: Vedação de acesso a cargos públicos especiais (Presidente e Vice Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado e da Defesa).

É a regra da igualdade que deve nortear o tratamento dispensado a estrangeiros e “as exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas *numerus clausus* e só se justificam em casos excepcionais” (LOPES, 2009, p. 458).

2.1.3 O imigrante

De acordo com Lopes (2009, p. 32), o imigrante é aquele que entra em um país estrangeiro para aí viver. É aquele que veio com o objetivo de se estabelecer. A autora afirma que

a palavra imigrante está carregada de tantos ou mais significados negativos que a palavra estrangeiro. Porque, enquanto o estrangeiro é uma incógnita, o



imigrante é uma certeza: veio para ficar, para 'competir por empregos' e para utilizar as estruturas sociais do país de acolhida [...]. A palavra imigrante assume, assim, a conotação de 'intruso', ou até de 'usurpador'. (LOPES, 2009, p.32)

Na maioria dos dispositivos de legislações nacionais e internacionais, não se fala em imigrante e nem de imigração, mas sim de estrangeiros. As legislações nacionais e internacionais não definem a imigração como um direito porque existe o interesse de consagrar que direito ela não é. "O que é sim reconhecido pelo direito internacional são fragmentos do ato de imigrar, representados pelas liberdades de ir e vir e de circular" (LOPES, 2009, p.218).

No que concerne aos trabalhadores migrantes, pode-se dizer que existem duas realidades bem diferentes. A primeira diz respeito a situação da mão de obra qualificada que é requisitada por grandes organizações para atender uma necessidade de negócios específica e que, devido a suas qualificações, é disputada em qualquer lugar do mundo. "Estes profissionais enquadrados no restrito segmento do padrão super especializado sequer se submetem às regras e burocracia impostas pelas leis de imigração, tampouco às limitações de padrões salariais e condições gerais de trabalho" (BARRETO, 2008, p.37).

Entretanto, existe um contingente muito maior de pessoas que não são dotadas de especialização, mas aventuram-se em outros países na expectativa de encontrar melhores oportunidades. De modo geral, estas pessoas deixam nações menos favorecidas economicamente em busca de oportunidades em países desenvolvidos. A situação destes imigrantes é difícil sob diversos aspectos, e dentre as principais dificuldades encontradas, pode-se citar a burocracia e as limitações da legislação dos países de destino no que diz respeito à imigração. As dificuldades podem ser ainda maiores, quando as regras administrativas de imigração não tiverem sido adequadamente atingidas.

Tal irregularidade aumenta ainda mais a fragilidade do trabalhador migrante, uma vez que acaba sendo visto como um sujeito sem direitos dentro das fronteiras do Estado em que adentrou clandestinamente ou no qual tenha permanecido sem o cumprimento das formalidades legais. É comum que um migrante que tenha ingressado no país legalmente se converta em imigrante ilegal por ter perdido seu emprego ou por ter deixado – por desinformação ou por algum impedimento – de cumprir alguma exigência para extensão de sua permanência no país (OIT, 2004, p. 60).

Nestes casos, as relações de trabalho dos migrantes em situação de irregularidade administrativa são marcadas pela informalidade e acabam em desconformidade com



qualquer regra de proteção social existente. Muitas vezes passam a ser explorados por seus empregadores e sofrem diversas violações aos seus direitos e liberdades fundamentais.

De acordo com Barreto (2008, p.39)

a realidade enfrentada pelos imigrantes ainda desenvolve-se em um contexto onde se verifica a exploração da mão de obra, em especial pela ação de grupos que se aproveitam da situação irregular das pessoas que ultrapassam as fronteiras e passam a viver na clandestinidade porque fora da conformidade das leis de imigração.

O medo de serem presos ou deportados faz com que os migrantes em situação irregular suportem fardos elevados e não busquem amparo de instituições jurídicas e sociais, mesmo diante das piores situações de exploração. Passam, portanto, a ser impedidos de qualquer reivindicação por melhores salários ou condições de trabalho, nem mesmo podendo contra-argumentar diante de uma situação em que o empregador oferece perigo a sua segurança ou saúde (OIT, 2004, p.64).

Além disto, os próprios governos dos países receptores contribuem para aumentar a situação de marginalidade deste grupo de pessoas, na medida em que criminalizam estes trabalhadores por sua irregularidade administrativa. A imigração irregular é combatida pelos países de diversas formas, inclusive mediante a negativa de concessão de assistência social básica a estes migrantes. A estratégia tem sido de reforçar o policiamento nas fronteiras e dificultar ao máximo o acesso de estrangeiros, mas tais medidas comprovadamente são ineficazes para conter os imigrantes ilegais – contribuindo apenas para que recebam o tratamento de criminosos (OIT, 2004, p.61).

Diante das grandes dificuldades enfrentadas por estes trabalhadores, é importante verificarmos os mecanismos internacionais existentes visando conceder proteção jurídica a esta categoria de pessoas.

3. O FLUXO DE TRABALHADORES NO DIREITO INTERNACIONAL

Muito embora, de acordo com Lopes (2009, p.222), os estados relutem em reconhecer um direito a imigrar e exista uma tendência de assegurar que a imigração efetivamente não é um direito, ela é um fato e enseja regulamentação. No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho tem exercido papel central no que concerne a prover instrumentos e regras internacionais de imigração.

Tais normativas são importantes pois se tornam os alicerces sobre os quais as legislações nacionais deveriam se pautar no tratamento destinado aos trabalhadores



migrantes. A seguir, analisar-se-á o tema primeiramente sob uma perspectiva da OIT, para então analisar os instrumentos da ONU que versam sobre este tema. Também será feita uma breve análise sobre a temática no âmbito regional, com uma análise sobre o posicionamento do tema no âmbito do Mercosul.

3.1 NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho é o órgão das Nações Unidas que tem o dever, estabelecido no preâmbulo de sua Constituição (reformada pela Convenção de Filadélfia, em 10 de maio de 1944), de proteger os trabalhadores migrantes, como se pode perceber a seguir.

(...)

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, **à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro**, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

(...) (destacou-se).

Este dever de proteger os direitos dos trabalhadores migrantes foi reafirmado no preâmbulo da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a qual foi estabelecida durante a Conferência Internacional do Trabalho na 86ª. reunião em Genebra, no ano de 1998, documento no qual a OIT também assegurou que todos os seus países membros – pelo simples fato de terem se associado e independentemente de terem ratificado as Convenções que tratam especificamente destes temas tem o dever de respeitar, promover e realizar quatro categorias de direitos fundamentais, quais sejam: a liberdade de associação e o reconhecimento do direito à negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho escravo ou forçado, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação de qualquer discriminação no trabalho.

Estes princípios fundamentais são universais e aplicados a todas as pessoas, quaisquer que sejam sua origem e nacionalidades. Aplicam-se, portanto, aos trabalhadores migrantes, independente de serem eles legais ou ilegais ou de terem migrado com caráter temporário ou permanente.



Atualmente, a OIT posiciona-se em seu site diante da questão dos trabalhadores migrantes, considerando-a uma inexorável realidade, decorrente do fracasso da globalização em prover oportunidades de trabalho de forma homogênea ao redor do mundo. A organização vê com um desafio global o melhor gerenciamento das migrações, para que contribuam de forma positiva para o desenvolvimento tanto do país receptor quanto do emissor de mão de obra, além de preocupar-se em assegurar o bem estar dos trabalhadores migrantes. A seguir discorre-se acerca de algumas de suas principais estipulações sobre o tema.

3.1.1 Convenção nº 19 da OIT, de 1925

Esta Convenção trata da igualdade entre os trabalhadores estrangeiros e nacionais em casos de acidentes de trabalho. Foi ratificada por diversos países, porém não o foi pelos Estados Unidos da América – um dos maiores receptores de mão de obra estrangeira.

Em seu texto, assegura-se que os Estados signatários concedam, aos nacionais dos países que também tenham ratificado à Convenção, os mesmos direitos outorgados aos nacionais de seu país em matéria de indenização por acidentes de trabalho, independente de qualquer condição de residência.

Para Lopes (2009, p.227), apesar de simples na teoria, na prática a Convenção não é de tão simples implementação, haja vista muitas vezes a própria irregularidade administrativa dos imigrantes dificulta que os mesmos procurem amparo até mesmo dos serviços de saúde nos países em que se encontram, quem dirá da via judicial adequada para fazer valer seus direitos.

3.1.2 Convenção nº 97 da OIT, de 1939.

A Convenção de número 97 da OIT foi elaborada em 1939 e revista em 1949 e é conhecida como Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes. Ela prevê que todo Estado-Membro no qual a Convenção esteja em vigor deve, dentre outras obrigações: a) manter um serviço apropriado de informação e apoio gratuito para os migrantes; b) tomar medidas pertinentes contra a propaganda sobre migração que possa induzir ao erro; c) estabelecer, quando considerar oportuno, disposições com o objetivo de facilitar a saída, a viagem e o recebimento dos trabalhadores migrantes; d) manter serviços médicos apropriados; e) permitir a transferência das economias dos trabalhadores migrantes (remessas).



Além destas obrigatoriedades, a Convenção proíbe a expulsão dos migrantes admitidos de maneira permanente, no caso de doença ou acidente que o incapacite de exercer seu ofício.

A Convenção também prevê a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes com relação aos nacionais, “incluindo questões de remuneração, jornada de trabalho, idade de admissão no emprego, trabalho infantil e de mulheres, direitos sindicais, seguridade social, impostos e outros previstos na legislação trabalhista do país”(MTE, 2010).

3.1.3 Convenção nº 143 da OIT, de 1975

A Convenção nº 143 da OIT foi ratificada por poucos países, mas tem sua relevância na medida em que é a primeira Convenção que enfrenta os problemas das imigrações irregulares e tenta colocar o tema sob uma perspectiva dos direitos humanos.

O fato de a Convenção ter sido ratificada por poucos países indica que é de pouco interesse prático, o que demonstra que a “imigração sempre foi tratada do ponto de vista exclusivamente econômico dos países interessados em mão de obra, que souberam utilizar sem constrangimentos seu poder soberano de admitir ou não estrangeiros” (LOPES, 2009, p.236).

A Convenção preconiza a igualdade entre os trabalhadores nacionais e estrangeiros, bem como estabelece diretrizes acerca da chamada “reunião familiar”, ou seja, o processo pelo qual os familiares do estrangeiro que legalmente trabalha no país devem ter seu ingresso e permanência facilitados (LOPES, 2009, p.227).

O grande avanço da Convenção, contudo, versa sobre as imigrações ilegais. O dispositivo prevê que o trabalhador em condições ilegais deve ter sua situação regularizada e prevê punições para os traficantes de mão de obra e empregadores que admitem pessoas em condições ilegais. Os aspectos mais polêmicos da Convenção estão nos artigos 8º e 9º os quais determinam que o trabalhador estrangeiro não passará a ser considerado ilegal pela simples perda de seu emprego e terá direito à benefícios como o da seguridade social, por exemplo.

Lopes (2009, p. 227) afirma que tais dispositivos são contrários às tendências atuais, em que os países tem penalizado com deportação os trabalhadores que perdem o emprego ou que trabalham em condições irregulares. Estes fatos evidentemente aumentam a possibilidade de abusos por parte do empregador, uma vez que ele tem nas mãos o poder de decidir sobre a permanência de seu empregado no país. A Convenção



visa a prevalência dos direitos humanos, embora atualmente os países tem buscado reprimir e conter os fluxos migratórios.

A OIT admite que o contexto internacional mudou desde a edição destas Convenções, e que existem lacunas que ainda carecem de regulamentação. As principais mudanças, de acordo com a organização, são: o declínio do papel do estado na regulamentação das relações de trabalho, o aumento das migrações femininas, o aumento da migração temporária ao invés da migração permanente e o aumento das migrações ilegais. Discute-se atualmente se a existência destas lacunas são suficientes para a edição de novas Convenções sobre o tema (OIT, 2010).

3.2 NORMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A Organização das Nações Unidas é formada por 192 Estados Soberanos e tem como objetivo a manutenção da paz e da segurança no mundo, a promoção do progresso e de melhores condições de vida, além dos direitos humanos.

Em suas diversas Convenções, ela estabelece o compromisso com a não discriminação, como se vê na Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, por exemplo. Ambas tocam de maneira indireta a temática dos migrantes.

Nos tópicos a seguir, seguem as normativas que mais diretamente incidem sobre o tema.

3.2.1 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948

Para Lopes (2009, p.237), a Declaração Universal dos Direitos do Homem é “um marco cultural da história da humanidade. Trata-se da coroação do paradigma da modernidade, da razão iluminista e do seu conseqüente projeto de vida digna. Os direitos humanos “constituem mais do que o conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem em um nível nacional ou internacional. Fazem parte da tendência humana por construir e garantir as condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitam aos seres humanos lutar pela dignidade humana, para seguir sendo seres dotados de capacidade e potência para atuarem por si mesmos.” (PACHECO et al, 2008, p.23)

Esta Declaração prevê a igualdade de direitos entre todos os seres humanos, independentemente de suas origens ou de qualquer outra forma de discriminação.



A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU foi à precursora para o reconhecimento do princípio da liberdade de circulação internacional dos indivíduos como regra jurídica (CAVARZERE, 1995, p.52). A declaração estatui em seu artigo 13, o seguinte princípio:

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Para Cavarzere (1995, p. 52), o parágrafo segundo é uma ampliação da liberdade estabelecida no primeiro parágrafo – os indivíduos não devem, de forma alguma, estar confinados a uma localidade específica – seja a sua de origem, seja outra, sob pena de estarem impedidos de circular. Porém, o direito de circular não se confunde com o direito de imigrar: a Declaração prevê a possibilidade de o indivíduo deixar seu próprio país, mas não prevê a possibilidade de estabelecer-se em outro.

De acordo Lopes (2009, p. 238)

Muito embora a leitura do artigo 13.1 possa autorizar interpretação diversa, tem-se afirmado que não está previsto o direito de fixar residência fora das fronteiras do país de nacionalidade de determinada pessoa. O artigo 13.2 garante uma forma de liberdade de circulação, que em termos práticos, abrange as possibilidades de sair de um país, fazer turismo ou negócios (temporários) em outro país e retornar ao país de origem. A liberdade de estabelecimento em um país diverso ao da nacionalidade não é um direito reconhecido para o ser humano. É apenas uma reivindicação.

Não há previsão do direito de imigrar porque é direito do Estado – dentro de sua soberania nacional – determinar livremente quem pode entrar e permanecer em seu país. Assegurado pelos Direitos Humanos está o direito de circulação, porém fica a critério de cada país prever, de acordo com sua legislação nacional, em que condições os estrangeiros serão admitidos em seu território, bem como as regras sobre a sua permanência.

3.2.2 A Convenção da ONU para Proteção dos Trabalhadores Migratórios e seus Familiares, de 1990

Esta Convenção também possui poucas ratificações, mas é considerada uma das oito mais importantes convenções sobre direitos humanos já editada. Lopes (2009, p.241) afirma que a Convenção foi pouco ratificada porque há um desinteresse por parte dos países receptores de imigrantes em garantir direitos a essa categoria. Segundo a autora “tal interesse vai além de apenas não instituir novos direitos, as tendências são de ignorar os direitos já consagrados em outros instrumentos internacionais”.



Ao longo do texto da Convenção, há uma extensa lista de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais concedidos aos trabalhadores migrantes. Tais direitos nada mais são do que uma extensão dos direitos humanos aplicados em especificidade a este grupo de pessoas, como por exemplo: a liberdade de emigrar, o direito à vida, as garantias humanitárias em caso de prisão, entre outras.

Porém, o que se destaca neste texto é a previsão para a prevalência destes direitos independente de estar o imigrante em situação de regularidade ou não. Ainda, a Convenção prevê a possibilidade de se restringirem esses direitos em prevalência da segurança nacional e de interesses de ordem pública e afirma que os direitos nela previstos não podem ser interpretados de modo a regularizar imigrantes em situação irregular. Existe, na realidade, uma tentativa de coibir as migrações irregulares – porém não através da criminalização e à custa do sofrimento do trabalhador, mas sim através do estabelecimento de regras claras e políticas consulares mais eficazes.

Mais do que prever direitos, a Convenção também estabelece um mecanismo de acompanhamento de seu cumprimento, sob a forma de um “comitê de proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de seus familiares”. Tal comitê foi efetivamente criado em dezembro de 2003.

A Convenção é um marco importante porque:

a) estabelece expressamente que os trabalhadores não poderão sofrer restrições no que diz a uma série de direitos definidos como “direitos humanos” (neles estão incluídos os direitos decorrentes das relações laborais), apesar de eventual situação de irregularidade administrativa; b) a previsão de direitos para os trabalhadores migrantes pode ajudar a limitar a “potestade” dos Estados-Partes na adoção de políticas de migração; c) estabelece procedimentos de acompanhamento do cumprimento da convenção e mecanismos para solução de controvérsias, que dão um impulso mais forte para o cumprimento da Convenção que a simples declaração de direitos (LOPES, 2009, p.249).

3.3 ACORDOS REGIONAIS E BILATERAIS.

Os blocos econômicos de modo geral incluíram o tema dos fluxos de pessoas e a circulação de trabalhadores em suas agendas. Como era de se esperar, na União Européia encontram-se os mais elaborados mecanismos de gerenciamento do fluxo e pessoas, mas este é um tema que frequentemente está em pauta nas discussões entre todos os blocos regionais, inclusive no MERCOSUL. A tendência atual é de “progressiva extensão do regime de liberdade de circulação aos blocos econômicos regionais” (LOPES, 2009, p.255).

No que concerne ao MERCOSUL, as tentativas de integração da América Latina sempre privilegiaram as medidas meramente comerciais. (NORRIS, 1998, p. 56) No início



da formação do MERCOSUL, não houve preocupação com os aspectos sociais e humanos da integração regional. Entretanto, a liberdade de circulação de trabalhadores foi prevista no Tratado de Assunção, carecendo de regulamentação em acordos posteriores.

Em novembro de 2002, os países membros assinaram o “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do MERCOSUL”. Este acordo foi um avanço significativo no tema, uma vez que tornou bastante simples o processo de obtenção de visto de permanência e trabalho entre os países do bloco.

Este acordo concede o direito à residência e ao trabalho para os cidadãos de todos os Estados-Partes, sem qualquer outro requisito que não seja a nacionalidade. Basta que o nacional do Estado Parte tenha passaporte válido, certidão de nascimento e certidão negativa de antecedentes criminais para que possa requerer a concessão de residência temporária de até dois anos em outro país do bloco. Esta residência temporária poderá ser convertida em permanente após o término do prazo estipulado.

Além dos acordos regionais, é comum os países estabelecerem acordos bilaterais para gerir os fluxos migratórios. Tais acordos são geralmente pautados na reciprocidade, como se o fluxo fosse ocorrer em ambas as direções, o que acaba provocando distorções e permite que se imponham medidas de controle contra o ingresso de pessoas dos países periféricos (LOPES, 2009, p. 263). É esta distorção da igualdade que permeiam os acordos bilaterais de imigração no mundo atual.

Como se pode desprender da análise dos dispositivos internacionais, ainda há pouca aplicabilidade de tais institutos, devido à falta de ratificações por parte dos grandes receptores de mão de obra. Com isto, as disposições passam a ser mais um direcionamento ideológico para o futuro do que normas condicionadoras de conduta dos Estados e dos empregadores de mão de obra estrangeira. No dia a dia do trabalhador migrante, não há contribuição destas normativas que possibilite uma melhoria em suas condições de vida e tampouco um incremento na segurança de suas relações jurídicas laborais. Cabe às organizações o papel de aumentar a coercitividade de suas disposições, impelindo os países para que respeitem as garantias internacionais firmadas em benefício de tais trabalhadores.

4.0 ESTRANGEIRO NO BRASIL E O BRASILEIRO NO EXTERIOR

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, denominada “Estatuto do Estrangeiro”, é a que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, prevendo situações de admissão,



entrada, registro e saída de estrangeiros, que podem ser asilados, permanentes ou temporários.

O instrumento foi promulgado em um momento marcado pelas restrições democráticas: o Regime Militar. Para Milesi (2009), por ter sido lastreado na Constituição de 1967

o Estatuto dos Estrangeiros não partilha de uma visão dos direitos dos migrantes, calcados nos direitos humanos. Resquíio de um período sombrio, o Estatuto do Estrangeiro é o principal instrumento regulatório dos imigrantes no território nacional. Contudo, com a promulgação da atual Constituição Federal, de 1988, o Estatuto encontra-se sem qualquer base constitucional para sustentá-lo.

O Estatuto, apesar de promulgado para abarcar uma realidade de 30 anos atrás, continua em pleno vigor. Hoje, o Brasil é um país democrático, em plena integração global, repleto de negócios internacionais e em plena atividade migratória. O Estatuto está alheio a todas essas mudanças. “Alguns de seus dispositivos, severos como os tempos em que foram editados, geram perplexidade nas novas gerações. Tudo mudou. O Estatuto, praticamente, não”. (FREITAS, 2006, p.01)

Desde 2004 existe um projeto de uma Nova Lei de Imigração, que ainda não foi aprovado. Esta lei “nortear-se-á pela política nacional de migração, direitos humanos, preservação das instituições democráticas, segurança da sociedade e relações internacionais” de modo a adequar-se ao artigo 4º. da atual Constituição de 1988 (VILLATORE, HASTREITER, 2010, p.470), o qual dispõe:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Enquanto tal Projeto não for aprovado, deve ser feita uma releitura do atual Estatuto do Estrangeiro para adequá-lo aos ditames da Constituição Federal.

Existem, também, dúvidas acerca da aplicação dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho sobre o tema, uma vez que incompatíveis com os preceitos de igualdade preconizados pela constituição. Analisar-se-á, a seguir, tais preceitos.



4.1. A PROTEÇÃO DO TRABALHO DO NACIONAL

A visão de estrangeiro como uma ameaça à mão de obra local tem raízes profundas em nossa legislação brasileira. O protecionismo ao trabalho local repercute em diversos instrumentos normativos, dentre os quais cabe destacar a própria CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e o Decreto nº. 19.482, de 1930, conhecido como Lei dos Dois Terços, ambos formulados sobre a égide do governo de Getúlio Vargas. O interesse do trabalhador nacional foi considerado um bem jurídico de tamanha relevância que ganhou tutela, inclusive, na esfera penal, como se verá a seguir.

Em 12 de dezembro de 1930 foi promulgado o Decreto nº. 19.482, o qual buscava limitar o ingresso de estrangeiros em busca de trabalho no Brasil. O decreto continha em seu preâmbulo a justificativa para limitação do ingresso de estrangeiros nos postos de trabalho brasileiros, qual seja:

Considerando, também, que uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social;

Tal decreto ficou conhecido como “Lei dos Dois terços”, pois previa a necessidade de que todos os empregadores mantivessem em seu quadro funcional pelo menos dois terços de brasileiros, em contraponto a um terço de trabalhadores estrangeiros.

Tal obrigatoriedade foi reproduzida na Consolidação das Leis do Trabalho, já que no artigo de número 354 deste dispositivo legal, existe a obrigatoriedade de que a empresa brasileira cumpra dois requisitos para a contratação de estrangeiros: a) para cada estrangeiro contratado deve haver ao menos dois empregados brasileiros; b) a relação total de salários pagos a estrangeiros e brasileiros deve observar a mesma proporção.

É permitido, em caráter excepcional, que tal regra não seja observada, desde que a atividade a ser desenvolvida – por seu caráter técnico – não tenha profissionais nacionais em número suficiente para suprir às necessidades da empresa. Tal permissão encontra-se prevista no artigo 357 da CLT, estando porém sujeita à revisão pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

É vedada, também pela CLT, a concessão de salário maior ao estrangeiro do que ao nacional, salvo exceções expressas no rol taxativo do artigo 358, quais sejam:



Art. 358 - Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes:

- a) quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de 2 (dois) anos de serviço, e o estrangeiro mais de 2 (dois) anos;
- b) quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antiguidade;
- c) quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro;
- d) quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa.

O parágrafo único do referido artigo ainda prevê que, em casos de redução do quadro de pessoal, a dispensa do estrangeiro deve preceder a do brasileiro.

Parágrafo único - Nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiro que exerça função análoga.

A não observância das regras de proteção ao trabalho do nacional pode acarretar em multa e pena de prisão, uma vez que a conduta de violar a proporção entre trabalhadores nacionais e estrangeiros encontra-se tipificada o artigo 204 do Código Penal brasileiro.

Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho

Art. 204 - Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A fiscalização do cumprimento de tais exigências se dá pela análise da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) onde devem ser identificados todos os trabalhadores da empresa e suas respectivas nacionalidades.

Não obstante tais dispositivos jamais tenham sido expressamente revogados, há quem entenda que não estão mais em vigor.

Existe o entendimento de que os dispositivos acima citados não mais surtem efeitos, uma vez que foram revogados em virtude da ratificação, através do Decreto nº. 62.150 de 19 de janeiro de 1968, da Convenção de número 111 da Organização Internacional do Trabalho a qual veda a discriminação em matéria de emprego e profissão fundada na nacionalidade do trabalhador.

A ratificação da norma internacional que proíbe a diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros em assuntos atinentes ao trabalho (acesso e manutenção) teve o condão de revogar todas as normas internas que, de alguma forma, não se harmonizassem com os novos princípios, dentre as quais aquelas constantes na CLT que determinam a observância da proporcionalidade de dois terços. (HENRIQUE, 2006, p.43)



O Estatuto do Estrangeiro foi promulgado dentro deste contexto em que a igualdade já deveria permear as relações de trabalho compostas por estrangeiros ou nacionais. Em seu artigo segundo, o Estatuto expressa que a preocupação com a Segurança Nacional e interesses nacionais (dentre os quais, a defesa do trabalhador nacional) deve ser levada em consideração no momento de aplicação da lei, permitindo o ingresso do estrangeiro no território nacional. Entretanto, não existe qualquer outro dispositivo ao longo do texto desta Lei que indique os meios pelos quais tal preocupação pode ser efetivada.

A Constituição de 1988 consagrou, em seu artigo 5º., a igualdade entre estrangeiros e nacionais, conforme já analisado anteriormente. “Ainda que não tivesse havido a revogação da regra da proporcionalidade dos dois terços pelo Decreto nº. 62.150, de 1968, é certo que a mesma não mais seria válida frente ao texto constitucional” (HENRIQUE, 2006, p.44).

4.2 OS VISTOS QUE PERMITEM O TRABALHO DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

O Estatuto do Estrangeiro consagra, em seu primeiro artigo, o princípio da liberdade de circulação internacional de pessoas, quando prevê que, em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá entrar, sair e permanecer no Brasil, desde que as condições da lei estejam satisfeitas. Não obstante, para a entrada, permanência e saída regular de estrangeiros em solo nacional exige-se a apresentação de um visto.

O visto pode ser entendido como “ato administrativo que franqueia ao estrangeiro a entrada em território nacional, o qual deve ser consignado em seu passaporte ou documento equivalente” (HENRIQUE, 2006, p. 03). O visto é, portanto, medida necessária e antecedente a entrada do estrangeiro no Brasil – devendo ser providenciado ainda no exterior.

Os vistos previstos pelo Estatuto estão dispostos em seu artigo 4º., e são os seguintes:

Art. 4º. Ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto:

- I - de trânsito;
- II - de turista;
- III - temporário;
- IV - permanente;
- V - de cortesia;
- VI - oficial; e
- VII - diplomático.

Parágrafo único. O visto é individual e sua concessão poderá estender-se a dependentes legais, observado o disposto no artigo 7º.



Para que um estrangeiro possa exercer atividade laboral no Brasil, ele precisa de um visto que lhe permita esse exercício. Estrangeiros portadores de vistos permanente podem exercer seu trabalho no Brasil normalmente, mas tratando-se de um residente temporário,

ele somente pode realizar as atividades permitidas por sua categoria de visto (um portador de visto de estudante somente pode estudar na instituição em que estava matriculado na época da solicitação do visto, um correspondente de jornal somente poderá atuar como correspondente) e, além disso, em nenhuma hipótese ele pode exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de empresa brasileira ou estabelecer-se como firma individual. (FONSECA NETO et al, 2005, p. 17)

Existem as seguintes espécies de visto temporário:

Art. 13. O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil:

I - em viagem cultural ou em missão de estudos;

II - em viagem de negócios;

III - na condição de artista ou desportista;

IV - na condição de estudante;

V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro;

VI - na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira.

VII - na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa

O visto que, por excelência, concede ao estrangeiro o direito de trabalhar e encontra-se previsto no artigo 13, inciso V do Estatuto do Estrangeiro. “É o visto que autoriza o exercício de função remunerada em solo nacional, o que não significa dizer que sempre haverá um vínculo trabalhista entre o estrangeiro e a empresa que o chamou para o exercício de tal função” (HENRIQUE, 2006, p.39). A existência ou não de vínculo depende das peculiaridades do caso concreto uma vez que justamente por haverem diferentes hipóteses em que este visto pode ser concedido, o Ministério do Trabalho e do Emprego editou diversas Resoluções Normativas, com o objetivo de adequar a concessão de vistos de trabalho a cada caso concreto.

É importante ressaltar que o visto de trabalho pode ser estendido aos dependentes, mas a autorização para o trabalho é personalíssima. Assim, o estrangeiro que vem trabalhar no Brasil pode trazer sua família, mas estes não poderão exercer aqui atividade remunerada sem autorização prévia e em seu nome do Ministério do Trabalho e do Emprego.

Antes um país receptor de imigrantes, passa a ser cada vez mais comum que os brasileiros partam em busca de trabalho em outros países. A legislação brasileira também preocupou-se com estes cidadãos, editando regras para o tratamento concedido àqueles brasileiros que são transferidos ao exterior.

4.3 O BRASILEIRO NO EXTERIOR - LEI N.º 7.064/1982 E ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 11.962/2009

A Lei n.º 7.064/1982 foi planejada para resolver os casos de contratação de brasileiros para trabalhar em obras de construção civil no Iraque, pois na época, havia grande demanda neste sentido. A preocupação primordial era a de evitar o crime do Artigo 206 do Código Penal – Aliciamento de Trabalhadores, que consiste na conduta de recrutar trabalhadores mediante fraude, com o fim de leva-los para o território estrangeiro. Embora o artigo 1º da Lei afirmasse regular a situação dos trabalhadores contratados por empresas prestadoras de serviços de engenharia, já há algum tempo existia o entendimento de que esta lei também deveria ser aplicada, por analogia, a todos os casos de transferências de brasileiros para o exterior.

De acordo com Mello (2005, p.46), tal analogia se justificava na medida em que a única lei que dispunha sobre trabalhadores brasileiros transferidos ou contratados para prestar serviços no exterior era a Lei n.º 7.064/1982, e a distinção que se fazia entre os trabalhadores de engenharia e os demais trabalhadores não merecia prosperar, uma vez que todos eram regidos pelas mesmas normas básicas de direitos sociais expressa pelo art. 7º da Constituição de 1988. De acordo com a autora, a lei versa também sobre direitos sociais, e não sobre qualquer vantagem ou proteção específica que justificaria a restrição àquela determinada classe.

Para acabar com qualquer dúvida neste sentido, em 2009, foi promulgada a Lei n.º 11.962, que estendeu expressamente as regras desse diploma a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior. Sendo assim, esta é a lei que rege a situação dos empregados brasileiros transferidos ao exterior. O artigo 2º da Lei define o que se entende por empregado transferido:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se transferido:

I - o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro;

II - o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro;

III - o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior.

Com o objetivo de favorecer o empregado brasileiro e como um adendo ao princípio da lei de execução do contrato de trabalho, o dispositivo garante a aplicação da legislação mais favorável ao empregado, podendo ser ou a brasileira ou a do local de execução do contrato. A Lei também prevê, dentre outras previsões de cunho prático na transferência de tais trabalhadores, a competência da Justiça brasileira para julgar a



relação de trabalho iniciada no Brasil e provisoriamente exercida no exterior, estando garantida a aplicação da legislação estrangeira pelo Juiz brasileiro se esta for, no conjunto, mais favorável ao empregado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalhador estrangeiro, por vezes, é visto como um intruso, que veio ao país para usurpar o posto de trabalho que poderia ser ocupado por um nacional. Esta visão faz com que muitas sejam as restrições impostas ao ingresso de mão de obra alienígena aos postos de trabalho nacionais.

Os organismos internacionais, preocupados com a situação dos trabalhadores estrangeiros, editaram uma série de Convenções que buscam assegurar direitos mínimos e princípios norteadores ao tratamento concedido aos estrangeiros. Entretanto, estas Convenções de modo geral foram pouco ratificadas e as ratificações que ocorreram provêm de países em que não há números expressivos de imigrantes.

Da análise dos dispositivos nacionais sobre o tema, percebe-se, que, embora o Brasil tenha sido desde sempre mais amigável e receptivo a estrangeiros que muitos outros países, existe uma profunda desatualização no que concerne à essa matéria. As leis que regulam a situação são obsoletas, o que causa diversos problemas em sua aplicabilidade. Além disto, não há muitas pesquisas doutrinárias sobre o tema, o que limita os julgados e complica a atuação do empregador de estrangeiros ou o que transfere brasileiros ao exterior, pois se sentem inseguros sobre a maneira legal de gerir seus recursos humanos internacionais.

Percebe-se que existe, na realidade, um grande desinteresse por parte das nações em se encarar o fluxo de trabalhadores sobre uma perspectiva de direitos humanos. Enquanto as regras para o fluxo comercial e de capital são claras e difundidas, a situação do trabalhador migrante permanece em baixo de uma nuvem cinzenta de incertezas que frequentemente o deixa em uma condição de ilegalidade. Os países se limitam a editar normativas que regulem a entrada de estrangeiros, mas não abordam os direitos do estrangeiro que já ingressou, legal ou ilegalmente, no país.

No âmbito do Direito do Trabalho, a falta de proteção ao estrangeiro – principalmente aquele em situação de irregularidade administrativa – eleva o poder do empregador às últimas circunstâncias. Em muitos casos, o estrangeiro depende do seu trabalho para assegurar sua estadia no país. Uma vez que tenha firmado laços afetivos



em determinado local, tal poder do empregador torna ainda mais desproporcional esta relação jurídica.

Embora não se questione a soberania do Estado e sua importância, as excessivas barreiras para a internacionalização das forças de trabalho acabam sendo a origem de problemas das mais variadas espécies. Mesmo com regras rígidas sobre a imigração, os seres humanos continuarão tomando a decisão de imigrar sejam motivados por fatores econômicos, políticos ou emocionais. Ignorar esta realidade é fechar os olhos para um contingente cada vez maior de pessoas – de todas as origens e nacionalidades – e deixá-las às margens da sociedade, condenando-as a uma vida com insegurança e receio das instituições jurídicas e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barreto, Marco Aurélio Aguiar. (2008) Globalização e Mercado de Trabalho: Um estudo sobre a situação dos brasileiros em Portugal. Coimbra: Almedina.

Cavarzere, Thelma Thais. (1995) Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação Internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar.

Cunha, Rodrigo Giostri da. Contrato Internacional de Trabalho – Transferência de Empregados. Disponível em: <http://www.socejur.com.br/artigos.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2009.

Freitas, Vladimir Passos (et al.). (2006) Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade. Campinas: Millennium Editora.

Fonseca Neto, João Marques da. (et.al.) (2005) O estrangeiro no Brasil: Legislação e Comentários. 3ª. edição. São Paulo: Emdoc/MRS

ILO (International Labour Organization). Migrant workers. Disponível em: http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Subjects/Migrantworkers/lang--en/index.htm. Acesso em: 27 de dezembro de 2009.

ILO (International Labour Organization) (2004). International Labour Conference, 92nd Session, 2004 Towards a fair deal for migrant workers in the global economy. Disponível em: www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf Acesso em 11 de abril de 2010. .

Lopes, Cristiane Maria Sbalqueiro. (2009) Direito de Imigração: O Estatuto do Estrangeiro em uma Perspectiva de Direitos Humanos. Porto Alegre: Núria Fabris.

Milesi, Rosita. Brasil - Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=27680>. Acesso em: 23 de maio de 2009.



Milesi, Rosita e Marinucci, Roberto. (2008) “Migrações Contemporâneas: Panorama, Desafios e Prioridades.” In: Conselho Regional de Imigração (CNIg) (orgs). Mercosul e as Migrações. Ministério do Trabalho e do Emprego. Disponível em: http://www.mte.gov.br/trab_estrang/Livro_Mercosul.asp, Acesso 11 de abril de 2010.

Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE). Cartilha: Brasileiras e Brasileiros no Exterior - Informações Úteis Disponível em: http://portal.mte.gov.br/cartilha_exterior/. Acesso em 18 de junho de 2012.

Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE). Trabalho Estrangeiro - Estatística em: http://www3.mte.gov.br/trab_estrang/default.asp. Acesso em 21 de junho de 2012.

Mello, Christiane Bernardes Carvalho. (2005) Direito Internacional Privado e relação jurídica de trabalho: aspectos da legislação brasileira. São Paulo: LTr.

Norris, Roberto. (1998) Contratos Coletivos Supranacionais de Trabalho e a Internacionalização das Relações Laborais no MERCOSUL. São Paulo, LTr.

Pacheco, Alcides Marques Porto. (et. al). (2008) “Internacionalização de quais direitos humanos? Uma visão a partir da complexidade.” In: Direito Internacional em debate. Coordenador: Wagner Menezes. Curitiba: Íthala.

Villatore, Marco Antônio César; Hastreiter, Michele Alessandra. “Trabalho do estrangeiro, no Brasil e no exterior”. In: Villatore, Marco Antônio César e Hasson, Roland. (coord) e ALMEIDA, Ronald Silka. (org.) Estado & Atividade econômica: o direito laboral em perspectiva: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Julio Assumpção Malhadas. Curitiba: Juruá, 2010, p. 469 a 493.

Silva, Roberto Luiz. (2005) Direito Internacional Público. Belo Horizonte: Del Rey.

Strenger, Irineu. (2005) Direito Internacional Privado. São Paulo: LTr.