



Universidade de Brasília – Unb
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

JULIANA MARQUES E GOMES
MATRÍCULA 08/33126

**Imigrantes indocumentados no Brasil: uma análise sob o enfoque do Direito
do Trabalho**

Brasília/DF
Julho/2013

JULIANA MARQUES E GOMES

IMIGRANTES INDOCUMENTADOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O
ENFOQUE DO DIREITO DO TRABALHO

Monografia apresentada ao final do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo José Macedo de Brito Pereira

Brasília/DF
Julho/2013

JULIANA MARQUES E GOMES

IMIGRANTES INDOCUMENTADOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE
DO DIREITO DO TRABALHO.

Monografia apresentada ao final do Curso de
Graduação em Direito da Universidade de Brasília
como requisito à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo José Macedo de Brito
Pereira

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo José Macedo de Brito Pereira
Orientador

Prof. Dr. Marthius Sávio Cavalcante Lobato
Membro da Banca Examinadora

Mestranda Laís Maranhão Santos Mendonça
Membro da Banca Examinadora

Mestrando Pedro Mahin Araujo Trindade
Membro Suplente da Banca Examinadora

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Aos meus pais, meus maiores incentivadores e apoiadores.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Regina, por sempre confiar em mim, ainda que eu mesma fosse incapaz disso, pelo carinho e dedicação infinitos. Ao meu pai, Uécio, por ter plantado em mim a semente da busca pelo conhecimento. Aos dois, pelo amor, companhia, paciência e apoio irrestritos, em todos os momentos.

À minha irmã, Mariana, metade de mim, por estar sempre perto.

Às minhas cachorrinhas, Gigi e Belinha que, embora não saibam, foram minha maior companhia nos momentos solitários de dedicação à minha pesquisa e me aconchegaram gratuitamente em alguns dos instantes mais difíceis.

Às minhas avós e avô, Videlina e Divina (in memoriam) e Lucinda e Geraldo, que torceram por mim e depositaram confiança para que eu chegasse até aqui.

Ao Luiz Henrique, minha sempre companhia durante os seis anos de faculdade.

À Lilian, minha mentora profissional, entusiasta e amiga.

À Profa. Dra. Gabriela Delgado Neves, que com sua dedicação e virtudes despertou em mim grande interesse pelo Direito do Trabalho.

Ao Professor Dr. Ricardo Jose Macedo de Brito Pereira, que me acolheu de braços abertos e me orientou durante todo o processo de elaboração desta pesquisa com muito esmero.

RESUMO

Atualmente, o Brasil, embora seja um país eminentemente de emigrantes, tem recebido grandes contingentes de imigrantes originários dos outros países sul-americanos. Pelo fato de o país manter uma política migratória restritiva, a maioria desses imigrantes ingressa no território nacional de forma irregular e, ao buscarem trabalho, sujeitam-se a condições degradantes, quando não são submetidos ao trabalho em condições análogas à escravidão. A presente pesquisa analisa a proteção jurídica dos direitos trabalhistas dos migrantes indocumentados que se encontram em território brasileiro, com enfoque no Direito do Trabalho e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir da matriz constitucional instaurada em 1988 e do regramento internacional acerca do tema. Verifica-se que, embora a legislação internacional que trata dos migrantes esteja bastante evoluída, primando pela dignidade da pessoa humana, trabalho digno e o conseqüente reconhecimento do imigrante como pessoa, acima de sua condição de irregular ou não, o ordenamento jurídico nacional ainda se encontra defasado. Por tais motivos, é necessário recorrer à teoria trabalhista das nulidades em busca de se garantir os direitos fundamentais trabalhistas aos imigrantes indocumentados.

PALAVRAS-CHAVE:

imigrantes indocumentados - trabalho em condições análogas às de escravo - teoria trabalhista das nulidades - dignidade da pessoa humana - trabalho digno

ABSTRACT

Even though Brazil is currently a country of emigrants, it has been receiving great amounts of immigrants from other South American countries. Because the country maintains a restrictive immigration policy, most of these immigrants enter Brazilian territory illegally and while seeking work, they subject themselves to degrading conditions, when they are not subjected to working conditions analogous to slavery. This research analyzes the legal protection of labor rights of undocumented migrants who are in Brazilian territory, focusing on labor law and international law of human rights, from the constitutional matrix introduced in 1988 and from the international determination about the theme. It appears that although international law is quite evolved, striving for human dignity, decent work and the consequent recognition of the immigrant as a person above his condition irregular or not, the national legal system is still lagging. Because of these reasons, it is necessary to resort to the labor theory of nullity seeking to guarantee basic labor rights to undocumented immigrants.

KEYWORDS:

undocumented immigrants - work in conditions analogous to slavery - labor theory of nullity - human dignity - decent work

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| | |
| 1. OS DIREITOS HUMANOS E O TRABALHADOR MIGRANTE | 133 |
| | |
| 1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais | 133 |
| 1.1.1. Conceito | 133 |
| 1.1.2. Proteção internacional dos direitos humanos..... | 144 |
| 1.1.3. Dignidade da pessoa humana | 155 |
| 1.2. O trabalho digno | 177 |
| 1.2.1. Direitos de indisponibilidade absoluta..... | 177 |
| 1.2.2. Princípios Fundamentais do Direito Internacional do Trabalho | 188 |
| 1.2.3. O trabalho digno | 199 |
| 1.2.4. Direito do trabalho como um direito social..... | 20 |
| 1.3. Breves notas sobre o trabalhador imigrante | 222 |
| 1.3.1. A imigração “irregular” | 222 |
| 1.3.2. Princípios de direito internacional concernentes aos imigrantes..... | 244 |
| 1.3.2.1. Princípio da universalidade..... | 244 |
| 1.3.2.2. Princípio da igualdade e da não discriminação | 255 |
| 1.3.2.3. Princípio da indivisibilidade..... | 288 |
| 1.3.2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana | 288 |
| 1.3.2.5. Princípio da prevalência dos direitos humanos | 299 |
| | |
| 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR IMIGRANTE E DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO | 30 |
| | |
| 2.1. Trabalhador imigrante | 30 |
| 2.1.1. Imigrante <i>versus</i> estrangeiro..... | 30 |
| 2.1.2. O fenômeno imigratório..... | 32 |

| | |
|--|----------------|
| 2.1.3. Histórico da imigração no Brasil..... | 333 |
| 2.1.3.1. Primeira fase: colonização portuguesa e o tráfico de africanos escravizados..... | 344 |
| 2.1.3.2. Segunda fase: fluxos migratórios do século XIX a meados do século XX. | 355 |
| 2.1.4. Brasil nos dias atuais: um país de emigrantes e imigrantes | 388 |
| 2.1.5. Imigrante indocumentado..... | 39 |
| 2.1.5.1. Imigrante regular | 399 |
| 2.1.5.2. Por que imigrante indocumentado? | 42 |
| 2.2. Trabalho em condições análogas às de escravo | 455 |
| 2.2.1. Histórico da escravidão no Brasil..... | 466 |
| 2.2.2. Conceitos importantes..... | 477 |
| 2.2.2.1. Art. 149, CP: trabalho em condições análogas às de escravo, trabalho degradante e trabalho forçado..... | 477 |
| 2.2.2.2. Tráfico de pessoas e tráfico de imigrantes | 50 |
| 2.2.3. Trabalho em condições análogas às de escravo no Brasil contemporâneo..... | 52 |
| 2.2.3.1. No seguimento rural..... | 533 |
| 2.2.3.2. No seguimento urbano | 555 |
| 2.3. Legislação concernente à migração e ao combate ao trabalho em condições análogas à escravidão..... | 566 |
| 2.3.1. Internacional..... | 566 |
| 2.3.1.1. Convenções da OIT | 566 |
| 2.3.1.1.1. Sobre o trabalho forçado: Convenção nº 29 e Convenção nº 105 | 566 |
| 2.3.1.1.2. Sobre os imigrantes: Convenção nº 97, Convenção nº 143 e Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares | 577 |
| 2.3.1.2. Outros diplomas internacionais | 60 |
| 2.3.2. Nacional | 633 |
| 3. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS AO IMIGRANTE INDOCUMENTADO..... | 666 |
| 3.1. Imigrantes indocumentados no Brasil | 666 |
| 3.1.1. O caso dos imigrantes bolivianos..... | 666 |

| | |
|--|-----------|
| 3.1.2. Direitos fundamentais violados..... | 699 |
| 3.1.3. Princípios supostamente infringidos pela condição de irregularidade dos imigrantes | 70 |
| 3.2. Teoria das nulidades..... | 72 |
| 3.2.1. Teoria civilista das nulidades..... | 733 |
| 3.2..2. Teoria trabalhista das nulidades | 733 |
| 3.2.2.1. Aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades | 755 |
| 3.2.2.2. Aplicação restrita da teoria trabalhista das nulidades..... | 777 |
| 3.2.2.3. Inaplicabilidade da teoria trabalhista das nulidades | 788 |
| 3.2.3. Os direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados à luz da teoria trabalhista das nulidades..... | 788 |
| 3.2.4. A visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 18, de 2003..... | 82 |
| 3.3. Perspectivas e desafios para proteção dos imigrantes indocumentados..... | 84 |
| 3.3.1. Proposta do novo estatuto do estrangeiro | 855 |
| 3.3.2. Sobre o trabalho em condições análogas às de escravo..... | 888 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 90 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 93 |

INTRODUÇÃO

Estima-se que o Brasil abrigue cerca de 600 mil imigrantes em condição irregular¹. Do mesmo modo que os Estados Unidos, Japão, Alemanha, Espanha, entre outros países, são bastante visados pelos brasileiros em busca de progresso, o Brasil é o destino mais procurado por habitantes de países sul americanos em busca de melhoria de vida.

Na mesma ótica que os mencionados países, também o Estado brasileiro adotou, há alguns anos, uma política de recrudescimento do controle migratório, levando ao aumento da imigração irregular. Assim, embora se garantam, aos estrangeiros no Brasil (de passagem ou habitantes residentes) alguns direitos, muitas vezes eles não podem ser usufruídos, já que grande parte desses imigrantes se encontra em situação irregular, ou seja, não possui a documentação necessária para a ingresso e/ou permanência no país. A situação se agrava ainda mais quando é trazida para a seara do Direito do Trabalho, onde se observa que diversos imigrantes, por serem indocumentados, estão sujeitos ao trabalho em condições análogas às de escravo, em clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito e consagrado na Constituição Federal de 1988.

É nesse contexto que se questiona se o fato de o imigrante se encontrar em situação irregular no Brasil pode constituir óbice à obtenção dos direitos trabalhistas fundamentais que são inerentes a eventual relação trabalhista a que esse imigrante tenha se submetido.

Este trabalho se propõe, então, a analisar a problemática da proteção jurídica dispensada aos imigrantes indocumentados no Brasil, num enfoque dado pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir da matriz constitucional instaurada em 1988 e do regramento internacional acerca do tema, buscando formas e alternativas de se garantir esses direitos de forma efetiva.

A pesquisa foi realizada mediante estudos doutrinários e também da legislação relativa ao tema. Além disso, utilizar-se-á, como paradigma, o caso dos bolivianos que trabalham em diversas oficinas de costura da região central de São Paulo (capital), cujas condições de trabalho já são bem conhecidas.

O primeiro capítulo parte da análise dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, no âmbito internacional, passando pelo estudo da dignidade da pessoa humana (valor consagrado nos diplomas internacionais e, posteriormente, na Constituição Federal

¹ Brasil tem 600 mil imigrantes ilegais, diz entidade. Disponível em: < <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL365307-5598,00.html>>. Acesso em: 23.7.2013.

1988, onde foi elevado ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil) para chegar à noção de trabalho digno e dos princípios de direitos humanos internacionais concernentes aos imigrantes, quais sejam: princípio da universalidade, princípio da igualdade de direitos e da não-discriminação, princípio da indivisibilidade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da prevalência dos direitos humanos

O segundo capítulo dedica-se a explorar as feições históricas da imigração e do trabalho escravo no Brasil. Chega-se aos dias atuais e verifica-se que o país ainda recebe um contingente considerável de imigrantes, muitas vezes submetidos ao chamado trabalho em condições análogas às de escravo, no qual há total desrespeito à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, ao valor social do trabalho. Há, também, a definição de importantes conceitos importantes relativos ao trabalho em condições análogas às de escravo e exame da legislação internacional² e nacional³ relevantes para a pesquisa.

O terceiro capítulo, por fim, traz um estudo sobre a possibilidade de extensão, aos imigrantes indocumentados, dos direitos trabalhistas assegurados ao trabalhador regular, mediante análise das teorias civilista e trabalhista das nulidades.

A presente pesquisa pretende demonstrar que o fato de os imigrantes serem originários de outros países, ainda que estejam em condição irregular em território brasileiro, não pode impedir o reconhecimento de seus direitos fundamentais trabalhistas, em especial nos casos em que se configura o trabalho em condições análogas às de escravo.

² Convenções 29, 105, 97, 143 e Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, dentre outros diplomas

³ Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Penal e Estatuto do Estrangeiro.

1. OS DIREITOS HUMANOS E O TRABALHADOR MIGRANTE

1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais

1.1.1. Conceito

Os direitos humanos não possuem um conceito unívoco na doutrina e na legislação, uma vez que seus fundamentos “variam com as concepções culturais (filosóficas, religiosas, políticas e jurídicas) das diferentes etnias”⁴, além destes direitos terem sofrido diversas mudanças decorrentes das transformações culturais ocorridas com o tempo. Diversos são os significados atribuídos, havendo, ainda, autores que utilizam as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* como sinônimas⁵; enquanto outros optam por distingui-las.

José Claudio Monteiro de Brito Filho é um dos autores que adota a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos. O autor entende que os direitos fundamentais devem ser considerados como aqueles que são reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana. Tanto direitos humanos quanto direitos fundamentais possuem definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Contudo, ambos diferem entre si, no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre eles, pois é comum que os direitos considerados fundamentais por um Estado sejam diferentes dos direitos considerados humanos no plano internacional.⁶

No mesmo raciocínio, tem-se a lição de Arnaldo Sussekind, que destaca que o direito comparado reserva a denominação de direitos humanos para aqueles direitos com caráter supranacional, que devem ser respeitados por todos os Estados, independente de tratados ou leis vigentes; enquanto direitos fundamentais designam direitos que concernem ao ser humano e são consagrados pelo ordenamento pátrio de cada Estado⁷.

A presente pesquisa, entretanto, busca identificar quais são os direitos humanos reconhecidos aos imigrantes indocumentados no Brasil. Uma eventual diferenciação em termos de direitos humanos e direitos fundamentais poderia criar uma contradição, pois haveria questionamentos sobre a aplicabilidade de direitos humanos previstos nos

⁴ SUSSEKIND (2007, p. 15)

⁵ FERREIRA FILHO (2007, p. 14)

⁶ BRITO FILHO (2004, p. 35)

⁷ SUSSEKIND (2007, p. 15)

instrumentos internacionais, mas não traduzidos como direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais. Assim, a simples diferenciação entre as expressões seria uma formalidade que poderia configurar um impedimento à aplicabilidade dos direitos humanos aos imigrantes indocumentados.

Por tais motivos, neste trabalho, os conceitos de *direitos humanos* e *direitos fundamentais* serão considerados sinônimos.

1.1.2. Proteção internacional dos direitos humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, inicialmente, não tratava diretamente das violações aos direitos humanos dos indivíduos, por considerá-las de interesse único dos Estados de origem destes indivíduos. Entretanto, progrediu com tempo, passando a admitir uma concepção mais universalista, que reconhece nos indivíduos sujeitos de direitos, por meio da chamada humanização do direito internacional⁸.

Richard B. Bilder define este ramo do direito como:

(...) um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção (de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações) e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consolida-se com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), logo após a criação da Organização das Nações Unidas (1945). Essa Declaração objetivou afirmar os direitos humanos fundamentais no plano internacional, consagrando princípios de caráter geral, logo após a 2ª Guerra Mundial, período em que ocorreram enormes violações aos direitos humanos.

Junto dos tratados internacionais assinados entre diversos países, a mencionada Declaração objetiva proteger os “ostensivamente mais fracos e vulneráveis (as vítimas de violações dos direitos humanos)”⁹.

Todavia, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, embora os direitos humanos sejam amplamente reconhecidos e determinados, no âmbito internacional, pela Declaração dos Direitos do Homem e outros documentos, ainda falta proteção política real

⁸ Nesse sentido, ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

⁹ FARENA (2012, p. 58).

nesse plano, pois o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos possibilita, apenas, o direito de exposição e queixa ao Comitê de Direitos do Homem da ONU, que resulta, no máximo, em um parecer.¹⁰ Por outro lado, afirma que a proteção no âmbito regional é mais desenvolvida, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) que declara os direitos humanos e prevê a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos; e a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), que institui a Comissão Europeia de Direitos Humanos e uma Corte Europeia de Direitos humanos e o Tribunal Penal Internacional.¹¹

1.1.3. Dignidade da pessoa humana

A Carta das Nações Unidas (1945), logo em seu preâmbulo, relaciona os direitos fundamentais do homem à dignidade da pessoa humana, reafirmando “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”¹².

No mesmo sentido são as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), das quais se destacam o preâmbulo e o artigo I, *in verbis*:

Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo(...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
(...)
Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (sem grifos no original)

Do exposto, verifica-se que não há como falar de direitos humanos e direitos fundamentais sem relacioná-los à dignidade da pessoa humana.

O conceito de dignidade, entretanto, possui diversas variáveis, motivo pelo qual sua definição consiste em uma tarefa árdua. Apesar disso, Ingo Wolfgang Sarlet, de forma magistral, caracterizou a dignidade da pessoa humana como a:

¹⁰ FERREIRA FILHO (2007 p. 92-93)

¹¹ FERREIRA FILHO (2007, p. 92-94)

¹² CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, Preâmbulo.

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³

Como bem apontado pelo autor, a vida com dignidade abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta.¹⁴

Lívia Mendes Moreira Miraglia lembra que a dignidade possui duas dimensões: uma individual, que “alude à integridade física e psíquica do homem e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração” e uma social, que “diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente à sociedade e está intrinsecamente conectada às liberdades positivas e à igualdade substancial, propostas pelos direitos fundamentais de segunda e de terceira geração, respectivamente” além de se fundar no parâmetro do mínimo existencial assegurado a todas as pessoas.¹⁵ Ambas dimensões são essenciais para a efetiva formatação do conceito de dignidade, pois são interdependentes e se completam.

Ademais, a dignidade da pessoa humana traz implicações tanto à ordem pública quanto à ordem privada. É um limite à atuação estatal, quando tem como objetivo “impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (...) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”¹⁶. Em relação à ordem comunitária, significa que as entidades privadas e os particulares também estão vinculados a deveres de proteção e respeito na esfera das relações entre particulares.¹⁷

Assim, a dignidade da pessoa humana, expoente do patamar mínimo de vida e tratamento que deve ser assegurado pelos Estados, a todos os seres humanos¹⁸, e também pelos particulares, uns em relação aos outros, constitui, um princípio de direitos humanos, consagrado em diversos diplomas legais.

¹³ SARLET (2008, p. 59-60)

¹⁴ SARLET (2012, p. 250)

¹⁵ MIRAGLIA (2008, p. 67)

¹⁶ SARLET (2008, p. 114)

¹⁷ Ibidem, p. 116

¹⁸ MIRAGLIA (2008, p. 30)

O ordenamento jurídico brasileiro, indo na mesma direção do pensamento das já mencionadas Carta das Nações Unidas e Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhece o valor da dignidade da pessoa humana como seu núcleo básico e informador, isto é, ela consiste em critério e parâmetro de valoração que deverá orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. Nas palavras de Flavia Piovesan, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana constituem os “princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”, além de servir de critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.¹⁹

1.2. O trabalho digno

1.2.1. Direitos de indisponibilidade absoluta

A dignidade da pessoa humana, valor inerente a todo indivíduo e base do sistema atual de direitos humanos é também princípio norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, lembra Gabriela Neves Delgado, mencionando Mauricio Godinho Delgado, que o texto constitucional reconhece o direito social ao trabalho como condição de efetividade da existência digna, de forma que o valor social do trabalho é fundamento da República Federativa do Brasil²⁰. Por entender que o trabalho prestado em condições dignas não viola o homem enquanto fim em si mesmo, a autora defende que pelo menos os direitos trabalhistas alçados a qualidade de indisponibilidade absoluta devem ser assegurados ao trabalhador.

Entende-se por direitos de indisponibilidade absoluta aqueles que merecem uma “tutela de interesse público por traduzirem um patamar civilizatório mínimo, que foi firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”²¹.

No que tange à tutela dos direitos humanos de indisponibilidade absoluta, existem três grandes eixos jurídicos de proteção, complementares e interdependentes, quais

¹⁹ PIOVESAN (2003, p. 44)

²⁰ DELGADO (2006b, p. 74)

²¹ DELGADO (2009, p. 217- 218). São exemplos de direitos de indisponibilidade absoluta: direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência de normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Por outro lado, são direitos de indisponibilidade relativa aqueles que traduzem individual ou bilateral simples, mas não caracterizam um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico (Ex.: salário fixo versus salário variável.)

sejam: o universal, o regional e o nacional²². No eixo jurídico de proteção universal, há referência aos direitos estabelecidos na ordem internacional (a exemplo de tratados e convenções) que refletem um patamar civilizatório universal de direitos compartilhados pelos Estados²³. Já o eixo de proteção jurídica regional é composto pelos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como Europa, África e América. Por sua vez, o eixo de proteção nacional, no Brasil, é representado pela previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988²⁴. A professora afirma, ainda, que “os diversos eixos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos”, de forma que deve ser aplicada, no caso concreto, “a norma que ofereça maior proteção à vítima”, adotando-se o valor da dignidade da pessoa humana como referência maior para o seu cotejo”²⁵.

1.2.2. Princípios Fundamentais do Direito Internacional do Trabalho

Do eixo de proteção universal dos direitos humanos, tem destaque, para o Direito do Trabalho e para a presente pesquisa, além de outros princípios internacionais de direitos humanos, que serão analisados em um tópico mais à frente²⁶, a Declaração da Filadélfia, de 1944, relativa aos fins e objetivos da OIT, que enumera os princípios fundamentais do direito internacional do trabalho.

Sobre essa Declaração, discorre Gabriela Delgado Neves, informando os seus 4 (quatro) princípios: (a) *o trabalho não é uma mercadoria* (onde o direito não for minimamente assegurado, por meio, sobretudo, da garantia dos direitos fundamentais de indisponibilidade absoluta, não haverá dignidade humana que sobreviva); (b) *a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante*; (c) *a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral* (a pobreza extrema e a exclusão social violam a dignidade da pessoa humana) e (d) *a luta contra a carência, em qualquer nação deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado no qual os representantes dos empregadores e empregados discutam, em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando ao bem comum*. Destaca, ainda, que a Declaração da Filadélfia, além de trazer os

²² DELGADO (2010, p. 339)

²³ DELGADO (2010, p. 339) Exemplos: Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

²⁴ DELGADO (2010, p. 339)

²⁵ DELGADO (2010, p. 339)

²⁶ Ver tópico 1.3.2.

princípios fundamentais de Direito Internacional do Trabalho, determina que a paz deve assentar-se sobre a justiça social para que seja duradoura.²⁷

Desses princípios e dos comentários apresentados pela ilustre professora, interessam ao presente trabalho, em especial, aqueles relativos à dignidade (da pessoa) humana. Isso porque a Constituição Federal de 1988, seguindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), deu destaque para o trabalho, especialmente quando relacionado aos princípios da dignidade da pessoa humana, justiça social e valor social do trabalho.²⁸ Depreende-se, portanto, que, dentre as várias dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional de 1988 apresentou “novos paradigmas no que concerne ao direito fundamental ao trabalho digno”²⁹.

1.2.3. O trabalho digno

Gabriela Neves Delgado chama de trabalho digno o trabalho minimamente protegido, que não viola o homem enquanto fim em si mesmo, isto é, possui o valor da dignidade como seu sustentáculo³⁰. Afirma, ainda, que Constituição Federal de 1988 “não apenas destaca a dignidade enquanto seu valor fonte, mas também propõe, enquanto ideal, o alcance de uma existência digna pelo ser humano, especialmente por meio da concretização dos direitos fundamentais”³¹.

O texto constitucional reconhece, como condição de efetividade da existência digna do ser humano, o valor social do trabalho, motivo pelo qual este foi elevado ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/88).³²

Em relação à previsão do direito ao trabalho na Carta Magna, discorre Gabriela Delgado:

(...) quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Primeiro, devido ao nexó lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa

²⁷ DELGADO (2010, p. 340-341)

²⁸ DELGADO (2006a, p. 79)

²⁹ DELGADO (2006a, p. 81)

³⁰ DELGADO (2006b, p. 316)

³¹ DELGADO (2008, p. 567-568)

³² DELGADO (2006b, p. 74)

humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento hábil a construir a identidade social do trabalhador³³.

Assim, sendo o trabalho um direito fundamental, deve se pautar na dignidade da pessoa humana, que só sobreviverá caso o direito ao trabalho seja minimamente assegurado.³⁴

A autora adverte, ainda, que uma regulamentação jurídica objetiva e direta é necessária para tornar o trabalho digno viável, devendo assegurar a todo e qualquer trabalhador, independente de relação de emprego, os direitos de indisponibilidade absoluta.³⁵

1.2.4. Direito do trabalho como um direito social

As lutas sociais dos séculos XVIII a XX contribuíram em grande escala para o desenvolvimento da atual forma de proteção jurídica ao trabalho humano e tiveram seus resultados consolidados na forma dos direitos sociais.³⁶

Os direitos sociais consistem num tipo de direitos fundamentais pertencentes ao grupo dos chamados direitos positivos (que consistem em uma prestação ao particular), em contraposição aos direitos negativos (que implicam a não intervenção do Estado) e são definidos, por José Afonso da Silva, como:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.³⁷

Tradicionalmente, os direitos fundamentais³⁸ são divididos em três (ou quatro, dependendo do autor) dimensões. A primeira dimensão abrange os chamados direitos civis ou políticos porque estes, relacionando-se a liberdades positivas dos indivíduos, exigem simples abstenção (atitude negativa) do Estado. A segunda dimensão se refere aos direitos

³³ DELGADO (2006b, p. 75)

³⁴ DELGADO (2006b, p. 74-75)

³⁵ DELGADO (2006b, p. 75)

³⁶ NICOLI (2011, p. 39).

³⁷ SILVA (2001, 289-290)

³⁸ A questão das dimensões dos direitos, tratada neste tópico, é definida para os direitos fundamentais, mas também pode ser aplicada para os direitos humanos, uma vez que diversos dos direitos fundamentais também são considerados direitos humanos. Neste sentido, ver tópico 1.1.1. , do Capítulo 1.

sociais, culturais e econômicos, que “importam investimentos e políticas definidas do Estado para serem oferecidos”³⁹, ou seja, pressupõem uma ação estatal positiva, e primam pela igualdade. A terceira dimensão, dos direitos de solidariedade ou fraternidade, concerne a interesses difusos, que são dotados de grande abstração e têm por finalidade básica proporcionar bem-estar à coletividade. A quarta dimensão, que tem sido reconhecida por alguns doutrinadores⁴⁰, diz respeito aos direitos relacionados à engenharia genética.

Em uma primeira análise, poder-se-ia definir o direito do trabalho como um direito pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais. No entanto, como bem destaca Brito Filho, as três dimensões não substituem umas as outras, mas se sobrepõem, completando-se mutuamente e interagindo entre si. Além disso, os direitos fundamentais consistem em uma unidade interdependente e indivisível, de forma que se revela esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade e vice-versa.⁴¹

Ainda neste entendimento, tem-se que o trabalho digno, tal como definido atualmente, não pode existir sem que se leve em consideração a liberdade, privilegiada na primeira dimensão⁴² dos direitos fundamentais. Por outro lado, as noções de direitos sociais que os definem como prestações positivas chocam-se com o fato de que o direito de greve é um direito primordialmente relacionado à liberdade.

Assim, embora o direito do trabalho seja considerado como pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais, deve ser feita esta ressalva que a noção de trabalho digno, e também o direito de greve, ultrapassam a “divisão” existente entre as dimensões, referindo-se, portanto, aos direitos fundamentais do trabalhador como um todo.

A Constituição Federal de 1988, que traz em seus artigos 5º a 9º um rol exemplificativo de direitos fundamentais, destaca, já no seu artigo 1º, o trabalho como valor fundamental do Estado brasileiro⁴³ e o define como um direito social (art. 7º, *caput*). Como bem frisado por Ives Gandra Martins, “o valor trabalho, como fundante da ordem social,

³⁹ BRITO FILHO (2004, p. 48)

⁴⁰ Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁴¹ PIOVESAN (2006, p. 134-135)

⁴² BRITO FILHO (2004, p. 48). Considera-se inadequada a expressão “gerações”, em lugar de “dimensões”, já que os direitos mencionados (de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões) completam-se, em lugar de substituírem uns aos outros com o passar do tempo.

⁴³ 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: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

passou a nortear também a ordem jurídico-positiva brasileira, quando inserido em nossa Constituição como elemento basilar de nossa sociedade”⁴⁴.

A disseminação dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais no âmbito jurídico internacional gerou mudanças na maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados, e se exteriorizou, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, além de incorporar diversos direitos fundamentais, deu destaque à dignidade da pessoa humana, valor esse que se reflete também no Direito do Trabalho, pois, como leciona Gabriela Delgado, o trabalho, para ser digno, deve ter como fundamento a dignidade da pessoa humana.

No entanto, no Brasil e no resto do mundo, os fenômenos migratórios, quase sempre ligados ao elemento trabalho, seguem acontecendo. Os migrantes partem buscando novas e melhores condições de vida e, para isto, é necessário que obtenham um trabalho digno. Esse fato demonstra claramente que a questão da aplicação dos direitos trabalhistas perpassa o trato dos trabalhadores nacionais, atingindo também estrangeiros localizados em países que não os seus de origem e que merecem, da mesma forma que os nacionais, terem seus direitos fundamentais assegurados.

1.3. Breves notas sobre o trabalhador imigrante

1.3.1. A imigração “irregular”

Atualmente, no Brasil, os imigrantes têm seus direitos regidos pela Constituição Federal, pelo Estatuto do Estrangeiro (de 1980) e por tratados e convenções assinados e ratificados⁴⁵ pelo Brasil. As referidas normas infraconstitucionais, que serão mais detalhadas em outra oportunidade, foram editadas no período do regime militar, época em que havia limitações à democracia e os direitos humanos não tinham a atenção que possuem hoje. Além disso, nesse período, havia uma política de recrudescimento da imigração, já que o país enfrentava um período de crise e deixara de ser necessária a imigração para atender a interesses nacionais de povoação.⁴⁶

⁴⁴ MARTINS FILHO (1999)

⁴⁵ Os tratados internacionais são incorporados de maneiras distintas ao ordenamento jurídico pátrio. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, segundo o art. 5º, §§ 1º e 2º, CF, são incorporados automaticamente, a partir da ratificação pelo Estado brasileiro, com status de norma constitucional e possuem aplicação imediata; enquanto os demais tratados internacionais possuem força de lei infraconstitucional e são submetidos à incorporação legislativa.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 88

O aumento da restrição das normas de imigração trouxe como consequência, dentre outras, a imigração irregular, que atualmente pode ser observada em uma de suas formas mais cruéis, qual seja, associada, nas grandes cidades (ex.: São Paulo), a práticas degradantes de exploração do trabalho humano.⁴⁷

Isso ocorre porque a legislação brasileira privilegia a entrada, no país, de mão de obra estrangeira especializada. Por tal motivo, conseguir atender a todos os requisitos previstos em lei para o ingresso legal no país é muito difícil e, por vezes, implica o gasto de muito dinheiro, que a maioria dos imigrantes sem qualificação técnica não possui, até porque buscam emprego em outro país justamente para obterem melhores condições de vida. Os pré-requisitos da legislação brasileira para a entrada de imigrantes favorecem os “trabalhadores com alta qualificação profissional, técnicos, empresários, investidores, etc., que veem no Brasil chances de sucesso específicas”.⁴⁸

Somente pelo fato de já serem imigrantes, estas pessoas já padecem de “grande vulnerabilidade social, o que decorre de fatores como preconceito e xenofobia, estando, deste modo, sujeitos à discriminação em todas as esferas da vida cotidiana”⁴⁹, especialmente no campo do trabalho, que é o contato inicial entre o migrante e o país receptor. Os imigrantes irregulares⁵⁰, por sua vez, sofrem todo tipo de afronta a sua dignidade, já que, por se encontrarem em situação marginal à lei, sujeitam-se a praticamente toda condição que lhes é imposta, com receio de terem sua condição de irregularidade descoberta. Muitas vezes são “submetidos a esquemas de tráfico internacional, trabalho em condição análoga à de escravo e exploração em condições absolutamente díspares do patamar mínimo de direitos que deve ser assegurado a qualquer ser humano”⁵¹.

Como mencionado, dentre as condições degradantes a que se sujeitam os imigrantes indocumentados, há o trabalho em condições análogas às de escravo, forma de prestação de serviço que tem tido destaque nos últimos anos, dadas as diversas notícias a respeito de operações do Ministério do Trabalho e Emprego (em conjunto com a polícia

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, p. 45.

⁵⁰ Optou-se, na presente pesquisa, por utilizar a expressão “imigrante em condição irregular” ou “imigrante indocumentado”, uma vez que as expressões “imigrante ilegal” ou “imigrante clandestino” podem remeter à ideia de conduta criminosa, o que não necessariamente se configura. Em geral, os imigrantes são dito irregulares ou indocumentados justamente por não possuírem todos os documentos necessários para sua entrada no país, a exemplo do visto. Como bem destacado por Pedro Nicoli, “mais adequadas são as expressões que destacam a condição da pessoa (*i.e.* imigrantes em situação irregular, em situação migratória ilegal, em condição de irregularidade) ou que delimitem mais especificamente a irregularidade jurídica mesmo que a associando diretamente à pessoa (*i.e.* imigrantes não documentados, indocumentados)” (NICOLI, 2011, p. 27).

⁵¹ Ibidem, p. 19.

federal) de investigação de locais onde possivelmente haja este tipo de trabalho. Esses dados serão mais bem analisados em um momento posterior.

1.3.2. Princípios de direito internacional concernentes aos imigrantes

Maritza Farena enumera os princípios concernentes aos direitos humanos dos migrantes, quais sejam: princípio da universalidade, princípio da igualdade de direitos e da não-discriminação, princípio da indivisibilidade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da prevalência dos direitos humanos. Afirma a autora que tais princípios ocupam lugar de primazia “por seu caráter estruturante do sistema e sua fundamentação em valores que devem ser respeitados pelos tratados internacionais”⁵² e, embora não sejam os únicos princípios internacionais de direitos humanos, são os que possuem maior relevância quando se trata do tema das migrações.

1.3.2.1. Princípio da universalidade

É o fundamento da cidadania universal e significa dizer que todos os homens são titulares de direitos humanos simplesmente por terem atributos de pessoa humana, não tendo a ver com o pertencimento a um determinado Estado. Como bem destacado pela autora, a universalidade se expressa “no sentido de que sua abrangência engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica, ou quaisquer outros fatores alheios à sua condição de ser humano”⁵³.

É importante anotar o posicionamento de José Claudio Monteiro de Brito Filho que destaca, a despeito do conceito de universalidade, a existência de um relativismo cultural, segundo o qual “a diversidade de culturas determinaria a impossibilidade de ter uma ordem mundial a respeito desse conjunto mínimo que se determina Direitos Humanos”⁵⁴. Este autor, no entanto, defende que não deve haver relativismo ou universalismo em uma forma rígida, mas a ordem internacional para os direitos humanos existente deve ser estabelecida em cima de uma pauta mínima, que possa ser tida efetivamente como universal, e necessária à preservação da dignidade da pessoa humana”⁵⁵.

⁵² FARENA (2012, p. 67).

⁵³ FARENA (2012, p.68)

⁵⁴ BRITO FILHO (2004, p. 39)

⁵⁵ Ibidem, p. 41.

1.3.2.2. Princípio da igualdade e da não discriminação

O princípio da igualdade (corolário da não-discriminação), no direito brasileiro, constitui princípio fundamental da República e está previsto no art. 3º, CF. Além disso, também está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1946)⁵⁶ e foi incluído nas Convenções 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho na forma da não discriminação⁵⁷. Muitas vezes, todavia, é confundido com o princípio da não-discriminação.

Américo Pla Rodriguez, diferenciando os dois princípios, afirma que o Princípio da Igualdade é mais amplo e, por vezes, é denominado Princípio de Equiparação, tendo por objetivo igualar a situação desvantajosa do indivíduo com relação à comunidade, mas não da comunidade com o caso isolado do trabalhador mais favorecido.⁵⁸ Por outro lado, o princípio da não-discriminação é “a versão mais modesta ou simples desse princípio: proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis” (ex.: diferenciações por razão de sexo, nacionalidade, raça, cor da pele, religião, opinião política ou filosófica, ascendência nacional, origem social, atuação sindical, represália por atitude assumida em um conflito, etc).⁵⁹

Ainda sobre a diferenciação dos princípios, Livia Miraglia, retomando o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, sustenta que “a não-discriminação labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência, enquanto a igualdade busca igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações com ponto de contato, devendo ser expressa na lei”. Ambos os princípios relacionam-se à dignidade da pessoa humana, já que a “dignidade consiste exatamente em preservar a singularidade de cada pessoa e levar em consideração a particularidade do caso concreto (uma vez que as normas são criadas como comandos genéricos e abstratos)”.⁶⁰

⁵⁶ Art. VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (NICOLI, 2011, p. 47).

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ PLA RODRIGUEZ (2000, p. 443-444)

⁵⁹ PLA RODRIGUEZ (2000, p. 442). O autor lembra que no caso da nacionalidade, alguns matizes são permitidos. Ex.: exigir a cidadania para cargos públicos; no caso de desemprego, dar emprego preferentemente aos cidadãos; estabelecer um percentual mínimo para nacionais, etc.

⁶⁰ MIRAGLIA (2008, p. 58).

Convenções 100 e 111 da OIT

As Convenções de nº 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho não tratam, particularmente, da imigração internacional ou da discriminação contra migrantes nas relações de trabalho. No entanto, ambas as convenções tratam do tema da discriminação de forma geral e, embora não haja especificidades em relação ao trabalhador migrante, foram assinadas pelo Brasil e representam grande avanço no tema da não-discriminação contra a pessoa humana no geral.

A Convenção nº 100 (de junho de 1951) veda a discriminação remuneratória na relação de trabalho baseada no gênero, e foi ratificada pelo Brasil em 1957⁶¹. Nas palavras de Martha Halfeld Schmidt, essa Convenção determina que o Estado “deve promover a aplicação do princípio de igualdade de remuneração a todos os trabalhadores de sexo masculino ou feminino, por um trabalho de igual valor, na medida de sua compatibilidade com os métodos de fixação de tabelas de remuneração”.⁶²

A Convenção nº 111 (junho de 1958), ratificada pelo Brasil em 1965, por sua vez, fundou-se na declaração da Filadélfia e determinou que “todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar tanto o seu bem-estar material quanto o seu desenvolvimento espiritual, em condições de liberdade e dignidade, de segurança economia e igualdade de oportunidades”. Além disso, esta Convenção determina que práticas discriminatórias configuram violações aos direitos humanos (tendo por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Sobre o conceito de discriminação juridicamente proibida, a Convenção nº 111 traz as seguintes definições:

Artigo 1.º (1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão⁶³;

b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados⁶⁴.

⁶¹ A CLT traz em seu art. 461, §1º, a seguinte previsão: “Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.”

⁶² SCHMIDT (2005, p. 107)

⁶³ Discriminação direta.

⁶⁴ Discriminação indireta

Ademais, a mesma Convenção destaca que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não serão consideradas discriminação (art. 1º, 2).

Analisando-se as duas convenções e relacionando-as ao tema da imigração, observa-se que, como bem definido por Pedro Nicoli, a ascendência nacional não pode constituir “motivo justo a afiançar práticas discriminatórias, o que, em linhas gerais, impõe vedação de tratamento diferenciado do imigrante no domínio das relações trabalhistas, que deverá ser protegido da mesma forma como é o nacional, observados sempre os padrões mínimos de proteção do próprio Direito Internacional do Trabalho”.⁶⁵

No mesmo sentido, o entendimento de Maritza Farena, que relaciona os princípios da igualdade e da universalidade dos direitos humanos, afirmando que ambos impedem “qualquer tipo de discriminação no concernente aos direitos fundamentais dos migrantes, pois todos devem gozar de iguais direitos, independentemente da nacionalidade, raça, etnia, origem ou qualquer outra circunstância”⁶⁶.

Pedro Nicoli sustenta, ainda, que a discriminação, em relação ao trabalho prestado por imigrantes, pode se manifestar (a) por meio de requisitos de política migratória (a aceitação, por exemplo, de imigrantes com qualificação profissional específica), (b) através de reservas de mercado (percentuais de posto de trabalho destinados a nacionais em detrimento de estrangeiros) e também pela (c) não concessão de todas as garantias jurídicas ao trabalho executado, sobretudo na situação de irregularidade migratória. Além disso, lembra que nas relações trabalhistas, “podem os imigrantes sofrer com sujeição a condições de trabalho inferiores àquelas garantidas aos nacionais (inclusive trabalho em condição análoga à de escravo), perseguições ou ameaças em decorrência de sua condição e diversas outras formas quotidianas de discriminação pela nacionalidade ou origem étnica”.⁶⁷

Por fim, trazendo essas questões para uma situação mais próxima da realidade brasileira, Americo Pla Rodriguez lembra que o princípio da não-discriminação influencia na integração do MERCOSUL, dentre outras formas, no trabalho dos estrangeiros que, em alguns países (em zonas fronteiriças, principalmente), é utilizado como meio de se:

(...) baratear o custo da mão de obra, aproveitando a situação de indefeso na qual, em certos casos, encontra-se o trabalhador procedente de outros países. Influi no que temos chamado de situação de indefeso uma série de fatores: ignorância das normas

⁶⁵ NICOLI (2011, p. 49).

⁶⁶ FARENA (2012, p. 69).

⁶⁷ NICOLI (2011, p. 46).

de proteção, falta de documentação, necessidade extrema de ocupação imediata, falta de recursos, falta de apoio sindical, temor da despedida.⁶⁸

1.3.2.3. Princípio da indivisibilidade

Traz a ideia de que os direitos humanos não se restringem somente a prerrogativas civis e políticas, mas englobam, também, os direitos econômicos, sociais e culturais que estejam no mesmo plano de validade e importância dos primeiros.⁶⁹

Maritza Farena salienta que a questão migratória demonstra claramente a interdependência existente entre os direitos humanos de liberdade e os direitos econômicos e sociais, dado que os migrantes irregulares se encontram nessa situação de limitação de exercerem trabalho (legal), de deslocamento, de serem ouvidos, de associarem-se, de recorrerem à justiça, etc. justamente por não conseguirem o documento de permanência (visto), a ser cedido pelo Estado. E, em geral, os Estados utilizam o argumento econômico para negar os direitos de liberdade aos migrantes, alegando a “impossibilidade de regularização em razão de condições econômicas desfavoráveis, que levam à escassez de trabalho e à competição com a mão de obra nacional”⁷⁰

Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan salienta que a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos nela se fazem presentes. A universalidade porque “a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade dos direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos” e a indivisibilidade pelo fato de, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos ser conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁷¹

1.3.2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana

Como mencionado anteriormente, a dignidade da pessoa humana encontra-se prevista em diversos diplomas normativos, tendo destaque, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (preâmbulo e artigo I) e, no âmbito nacional, a própria Constituição Federal, que prevê a dignidade da pessoa humana como componente inseparável do Estado Democrático de Direito.⁷²

⁶⁸ PLA RODRIGUEZ (2000, p. 446)

⁶⁹ FARENA (2012, p. 69).

⁷⁰ Ibidem, p. 70.

⁷¹ PIOVESAN (2006, p. 131)

⁷² FARENA (2012, p.70)

Tratando especificamente dos migrantes, Farena observa que o reconhecimento da dignidade humana implica a abstenção de atos cruéis e degradantes contra o indivíduo, por parte do Estado e dos particulares; e também resgata o indivíduo “da miséria, da situação de objeto para a condição de sujeito de direito”, o que se aplica perfeitamente aos migrantes, “cuja dignidade exige sejam vistos como sujeitos de direito, tanto no plano interno como internacional”.⁷³

1.3.2.5. Princípio da prevalência dos direitos humanos

Rege a ordem internacional, através de seus instrumentos jurídicos e também o Brasil em suas relações internacionais (está previsto no art. 4º, II, CF)⁷⁴. Significa dizer que os direitos humanos devem ser levados em consideração pelo Estado brasileiro tanto na relação com seus cidadãos quanto nas suas relações internacionais.⁷⁵

Maritza Farena defende, ainda, que, “se a ordem interna não basta para assegurar a primazia dos direitos humanos, ela deve se integrar à ordem internacional para que, formando um todo articulado, a dignidade da pessoa humana possa ter uma proteção assegurada em todas as suas dimensões”.⁷⁶

⁷³ Ibidem, p. 71.

⁷⁴ CF/88, Art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

⁷⁵ FARENA (2012, p. 71).

⁷⁶ Ibidem, p. 72.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR IMIGRANTE E DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO.

2.1. Trabalhador imigrante

2.1.1. Imigrante *versus* estrangeiro

Os fluxos internacionais de migração (e também os nacionais) são movidos, precipuamente, pelo elemento trabalho. Isso porque as migrações, no geral, ocorrem por motivos de busca de melhores condições de vida e, para isso, um trabalho digno se faz necessário.

Os conceitos de imigrante e estrangeiro, no entanto, muitas vezes são confundidos.

Segundo Pedro Nicoli, o conceito de estrangeiro tem a ver com uma dimensão negativa, isto é, como o não pertencimento a determinado grupo. Basicamente, o critério principal para a definição do conceito de estrangeiro é o da nacionalidade, embora não seja o único. Assim, “será estrangeiro aquele que não tem a nacionalidade de determinado país, em relação àqueles que a detêm”⁷⁷.

Carmem Tibúrcio, sobre a variação desse conceito no tempo, lembra que na Antiguidade e na Idade média, estrangeiro era aquele que não comungava da mesma religião da cidade. Na Idade Moderna, por sua vez, havia uma definição negativa, ou seja, estrangeiro era o não cidadão. Por fim, atualmente, define-se estrangeiro como “todo aquele que, de acordo com as leis de um determinado Estado, não é considerado seu nacional”⁷⁸. Nesse sentido é a definição da palavra estrangeiro também no Brasil, já que nenhuma Constituição, lei, regulamento ou disposição normativa traz o conceito expresso dessa palavra, de forma que a definição doutrinária se dá a *contrario sensu*: é estrangeiro qualquer pessoa no Brasil que não seja nacional.⁷⁹

⁷⁷ NICOLI (2011, p. 22). Maritza Farena, em sua obra “Direitos Humanos dos Migrantes: Ordem Jurídica Internacional e Brasileira”, afirma que nem todo migrante é estrangeiro (pode ter adquirido a nacionalidade local). No entanto, para fins do trabalho apresentado, considerar-se-á que os migrantes não adquiriram a nacionalidade brasileira.

⁷⁸ TIBURCIO (2010, p. 747)

⁷⁹ *Ibidem*, p. 748.

A definição de estrangeiro abarca, portanto, uma diversidade de pessoas diferentes, que podem ser classificadas, segundo André de Carvalho Ramos⁸⁰, da seguinte forma:

a. Imigrante: estrangeiro que vem para o Brasil com o desejo de fixar permanência, por vias legais ou ilegalmente.

b. Estrangeiro que vem ao Brasil por motivos transitórios: depois de um tempo, deixa o país. Pode ser empresário, executivo de multinacional, turista, missionário, estudante, etc.

c. Estrangeiro em situação especial: com igualdade de direitos com os brasileiros (ex.: portugueses); com determinadas regalias (ex.: provenientes do MERCOSUL) ou com tratamento diferenciado (ex.: diplomatas)

d. Refugiado: estrangeiro em situação de risco que fugiu de seu país por motivo de perseguição ou devido à situação local de massiva e grave violação dos direitos humanos.

e. Asilado: estrangeiro que obtém asilo no Brasil em virtude de perseguição causada por suas opiniões políticas no país de origem. É uma situação próxima à do refugiado.

Os migrantes, por sua vez, constituem apenas um grupo dentro dos estrangeiros (que compreendem todos os não-nacionais), sendo aqueles que se deslocam de seu local de “residência habitual até outro, com o objetivo de ali assentar-se temporária ou definitivamente”⁸¹. Do exposto, observa-se que “todo imigrante traz em si o traço do estrangeiro, com a especificidade de sê-lo com ânimo de definitividade”⁸².

Diferenciam-se, porém, os migrantes internos, que são aqueles “forçados a migrar dentro do próprio país, devido a conflitos ou desordens internas, violação generalizada e sistemática dos direitos humanos, disparidades econômicas ou fenômenos climáticos” dos migrantes externos ou internacionais, que “saem de seus países ou Estados de origem e dirigem-se a outro com o intuito de permanecer (provisória ou definitivamente)”⁸³. Para os fins propostos pelo presente trabalho, a análise será feita essencialmente sobre os migrantes internacionais ou externos, os quais serão designados apenas como imigrantes, visto que se tratam de migrantes que vieram para o Brasil.

⁸⁰ RAMOS (2010, p.721-722)

⁸¹ FARENA (2012, p. 29)

⁸² NICOLI (2011, p. 23)

⁸³ NICOLI (2011, p. 30)

2.1.2. O fenômeno imigratório

A imigração, fenômeno massivo e inevitável que acompanha a humanidade desde os seus primórdios, consiste no ato de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, de estabelecer-se, com ânimo definitivo de permanência, em uma cidade, estado ou outro país que não o seu de origem.

Embora fosse limitado, inicialmente, pelos precários meios de locomoção, o movimento imigratório persistiu mesmo após a demarcação de territórios e fronteiras, pois as pessoas continuaram a transitar “além das linhas geográficas divisórias (...) em busca dos mais diversos objetivos”.⁸⁴

Por ter surgido junto da vida humana, a migração atuou diretamente na conformação do cenário mundial atual, constituindo um dos traços definidores do século XXI.⁸⁵

Maritza Farena afirma que as migrações podem ser forçadas⁸⁶, isto é, determinadas pela necessidade de abandono do lugar onde a pessoa tem desenvolvido sua vida e estabelecido suas raízes sociais e culturais para dirigir-se a um novo ambiente, muitas vezes desconhecido; ou voluntárias (também chamadas econômicas), que dizem respeito às migrações realizadas por vontade do migrante, que opta por melhores condições de vida (melhor custo benefício para viver) em um destino escolhido.⁸⁷

Por serem forçados a maioria dos movimentos migratórios, isto é, alheios à própria vontade do migrante, não se pode falar sobre migração humana sem se considerar os fatores econômicos, sociais, políticos e ambientais que eventualmente levam o indivíduo a sair de seu país de origem.

Farena considera o subdesenvolvimento, que provoca diversos fluxos de migrantes socioeconômicos, como uma das grandes causas das migrações. Nesse sentido, afirma que a cada dia “mais pessoas procuram outros países que pelas suas condições de maior desenvolvimento parecem oferecer-lhe a dignidade perdida”⁸⁸. O desrespeito à

⁸⁴ CERQUEIRA (2009, p.36)

⁸⁵ Ibidem, p.37.

⁸⁶ Citando Lélío Mármora, Farena diz que é possível incluir como migração forçada: (a) migração para distribuição de população, recrutamento de mão de obra e tráfico de escravos; (b) migrações pelo medo de perder a vida ou a liberdade por motivos de perseguição, guerras, violência generalizada (refugiados); (c) migrações motivadas pela qualidade de vida ou expectativa de realização pessoa limitadas pela situação econômico-social da pessoa e (d) determinadas por fatores socioculturais que leva a pessoa a fugir da intolerância e perseguição para preservar sua identidade cultural (outro tipo de refugiado). (FARENA, 2012, p. 32)

⁸⁷ FARENA (2012, p. 31-32). Exemplo de migração voluntária: europeus e estadunidenses que optam por abrir negócios em países da América Latina.

⁸⁸ Ibidem, p. 33-34. Entre outras causas para a imigração atual, Farena cita: desastres naturais, empobrecimento contínuo (devido a mudanças ou ajustes estruturais neoliberais), indução cultural (atração exercida pelos modos de vida e padrões de super consumo

dignidade, somada às desigualdades internacionais, que se tornaram mais visíveis nos últimos anos, consiste na grande causa do deslocamento forçado nos dias atuais.

Na mesma direção vai o entendimento Guilherme da Cunha, que sustenta ser a pobreza e/ou a incapacidade de ganhar ou produzir suficientemente para a própria subsistência ou a da família um dos motivos que mais levam uma pessoa a migrar⁸⁹. Dessa forma, o fator primordial para a migração consiste na obtenção de um melhor trabalho (condições, salário, etc.) que proporcione melhores condições de vida ao migrante.

A Organização Internacional das Migrações (OIM), por sua vez, considera que “não é a grande diferença entre os Estados o que mais motiva a migração, mas sim a necessidade que as pessoas sentem de mover-se quando a sua situação e a de suas famílias se torna intolerável, sem perspectivas de sobrevivência”⁹⁰.

A despeito de as migrações serem impulsionadas, na maioria das vezes, pela busca por (melhor) sobrevivência, delas derivam diversos benefícios, tanto para o país de origem, que recebe divisas dos habitantes que emigraram, quanto para o país de destino que, ao receber mão de obra, incrementa sua força de trabalho e possui retornos tanto econômicos quanto culturais. No entanto, destaca Sara Lúcia Cerqueira⁹¹:

Não se ignora que da imigração podem resultar complicações como o surgimento de ânimos xenofóbicos entre os nacionais, a dificuldade de fiscalizar e barrar a entrada irregular dos imigrantes, o tão comum receio de que postos de trabalho estejam sendo “usurpados” por forasteiros, entre outras.

Um dos maiores desafios em relação à questão imigratória é, então, buscar a melhor forma de coordenar a entrada e permanência dos imigrantes no país de destino.⁹²

2.1.3. Histórico da imigração no Brasil

O quadro populacional brasileiro formado ao longo dos últimos cinco séculos contou com a ajuda essencial das migrações, que deram origem a uma população mundialmente conhecida por ser miscigenada.⁹³

dos países ricos), desaparecimento dos blocos ideológicos da guerra fria, abertura e transnacionalização dos mercados, maiores facilidades para viajar, difusão de informações e divulgação em escala planetária sobre opções em outros países, laços étnicos e familiares, oportunidades e exigências de experiência internacional para avançar nos negócios, profissão ou carreira e a globalização, gerada pela cada vez maior interdependência entre os países.

⁸⁹ CUNHA (Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/migrantes/artigo20.htm>>. Acesso em: 13.7.2013)

⁹⁰ FARENA (2012, p. 34)

⁹¹ CERQUEIRA (2009, p. 37)

⁹² Idem.

A relação da ordem jurídica brasileira com o fenômeno imigratório modificou-se bastante no decorrer do tempo, tendo passado por períodos de abertura e estímulo, havendo até equiparação de direitos, além de políticas de inclusão; por épocas de seletividade por critérios de ordem econômica, política e étnica; e por tempos de grande resistência e fechamento, que resultaram em regulamentos bastante severos.⁹⁴

Com o objetivo de compreender a atual regulamentação no que concerne à imigração para o Brasil e também os grupos mais recentes de imigrantes, far-se-á breve digressão temporal sobre a história da imigração no Brasil e sobre a evolução dos direitos do estrangeiro no ordenamento jurídico nacional.

2.1.3.1. Primeira fase: colonização portuguesa e o tráfico de africanos escravizados

O Brasil começa a receber contingentes populacionais provindos de outros países logo em seu período pré-colonial, quando havia exploração de mão de obra nativa para extração de pau-brasil e o território não era expressivamente povoado. No período colonial, chegaram ao Brasil portugueses vindos de Portugal, que eram enviados para exploração do território brasileiro; e africanos, que eram traficados para o Brasil com o objetivo de terem sua mão de obra explorada e serem, portanto, escravizados⁹⁵. Mister ressaltar, porém, que não necessariamente estes dois grupos devem ser chamados imigrantes.

Os portugueses colonizadores tinham por objetivo explorar as terras brasileiras e implantar seus modos de vida da metrópole no território colonizado⁹⁶. Além disso, o Brasil tinha “*status* de prolongamento da própria coroa lusitana”, de forma que os portugueses que se deslocavam para a colônia “não extrapolavam o domínio do poderio de seu país natal em terras brasileiras”.⁹⁷ Os africanos escravizados, por outro lado, sofreram “expatriação forçada, além da sujeição pessoal nas relações de trabalho travadas em território brasileiro (...), o que lhes conferiu uma condição social muito própria, que difere substantivamente da identidade migrante”.⁹⁸ Ademais, não faz sentido chamar o africano escravizado de migrante porque a noção de imigrante, como mencionado anteriormente, está intimamente ligada à noção de trabalho livre, algo que o escravo não possui.

⁹³ NICOLI (2011, p. 65)

⁹⁴ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁵ Teve início em 1530, com Martim Afonso de Souza, e tinha por objetivo reconhecer, patrulhar a costa e explorar a colônia.

⁹⁶ NICOLI (2011, p. 68)

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ NICOLI (2011, p. 68)

Assim, embora não pareça tão preciso afirmar que portugueses colonizadores e africanos escravizados constituíram os primeiros imigrantes do Brasil, a sua menção se faz importante por terem constituído os primeiros fluxos de estrangeiros a adentrarem o território nacional, determinando a formação da cultura brasileira e influenciando largamente os padrões sociais e jurídicos do tratamento à imigração no país.⁹⁹

Em relação à evolução dos direitos dos estrangeiros no Brasil, André Carvalho Ramos¹⁰⁰ afirma que eles evoluem oscilando por três vertentes, que influenciaram a normatividade vigente em cada época, quais sejam:

a) a visão tradicional do estrangeiro como elemento estranho à sociedade brasileira e criador de problemas diplomáticos; b) a visão tradicional do estrangeiro como imigrante, apto a ser integrado por meio de normas de imigração e naturalização; c) visão contemporânea, quando o estrangeiro é visto como um cidadão, entendendo cidadania como aptidão de exercer direitos.

Como explicitado mais acima, as maiores levas de estrangeiros que chegaram ao Brasil nesta fase foram os portugueses colonizadores e os africanos escravizados. Isso também pode ser justificado pelo fato de que o Brasil, na época colonial, era submetido às leis portuguesas, influenciadas por intolerâncias religiosas. Assim, era proibida a entrada no Reino de ciganos, armênios, árabes, persas e mouriscos de Granada, sob pena de castigo.¹⁰¹

Com a chegada da família real ao Brasil, iniciou-se uma época de tratamento não-discriminatório aos estrangeiros, tendo sido estimulada a imigração. Após 1824, no entanto, a Constituição já diferenciava o estrangeiro do brasileiro e a desconfiança para com os estrangeiros já começava a se apresentar. Nesta fase, o estrangeiro era visto, então, como inimigo.¹⁰²

2.1.3.2. Segunda fase: fluxos migratórios do século XIX a meados do século XX

A imigração, embora exista desde os primórdios da humanidade, teve maior destaque em algumas épocas, dentre as quais se dará ênfase ao século XIX, chamado século da imigração em massa.

⁹⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁰⁰ RAMOS (2010, p. 725)

¹⁰¹ Tal proibição estava prevista nas Ordenações Filipinas. (RAMOS, 2010, p. 725)

¹⁰² RAMOS (2010, p. 726)

Nesse período, devido à fome da Irlanda, excedentes populacionais da China, industrialização tardia da Alemanha, Itália, Japão, etc., milhões de pessoas foram levadas a êxodo para os Estados Unidos, Canadá, Austrália e países da América do Sul, em especial Brasil e Argentina. Além disso, o final do Império Austro-Húngaro (no pós 1ª Guerra Mundial), que transformou milhões em minorias; a Revolução Soviética, que tirou a nacionalidade de diversos russos e a ascensão nazista na Alemanha também contribuíram para a massiva imigração, que passou a ser restringida logo no início do século XX, quando diversos Estados adotaram normas para restringir o fluxo de entrada de estrangeiros¹⁰³.

O Brasil, por ter sido um dos destinos mais procurados pelos imigrantes no período mencionado, adotou diferentes enfoques à questão migratória, sendo que várias dessas características são mantidas até os dias atuais no trato com os estrangeiros.

Em relação ao tema, discorre Pedro Nicoli¹⁰⁴:

Então, movidos por contingências econômicas, italianos, espanhóis, portugueses, alemães, entre outros, dirigiram-se a diversos países da América, dentre eles o Brasil. O país, por sua vez, agregava fatores de atração aos migrantes, completando o “ciclo virtuoso” do intenso movimento populacional que perpassou muitas décadas.

A imigração foi fortemente influenciada, dentre outros motivos, pela abolição da escravidão no Brasil, que ocorreu com a Lei Áurea (em 1888) e, embora tenha liberado um grande contingente de ex-escravos, que constituiriam mão de obra disponível, foi dada preferência aos imigrantes europeus, uma vez que havia influência direta de um ideário racista nessa época. A chegada dos imigrantes contribuiu para o desenvolvimento de novos setores da economia (primeiras iniciativas de industrialização no país, comércio, abertura das estradas, cultura do café, etc) e foi importante, também, para a necessária povoação do interior do país.¹⁰⁵

Os fluxos migratórios abrangidos pelo período do final do século XIX até o meio do século XX podem ser divididos em dois períodos¹⁰⁶:

a. Fase da grande imigração (auge do imperialismo até a 1ª Guerra Mundial, que estancou antigos fluxos migratórios):

¹⁰³ Ibidem, p. 723-724.

¹⁰⁴ NICOLI (2011, p. 73)

¹⁰⁵ NICOLI (2011, p. 73-74)

¹⁰⁶ Ibidem, p. 74-75.

Nessa fase, a despeito da precariedade da recepção e inserção dos imigrantes no Brasil e das situações de superexploração do trabalho e práticas análogas à escravidão, havia simpatia institucional e estímulo à imigração¹⁰⁷. O estrangeiro imigrante passou, então, a ser visto como fator essencial ao desenvolvimento, desde a promulgação da 1ª Constituição republicana no país que, com base em seus ideais de liberdade e abolicionismo, assegurava direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil. Foi abolido o passaporte (passou a ser livre o direito de ir e vir) e o estrangeiro foi equiparado ao nacional no uso e gozo dos direitos civis e não políticos¹⁰⁸.

b. Período entre guerras (aumento do nacionalismo no Brasil e no mundo, tendo surgido políticas restritivas ao fenômeno migratório):

Nesse momento, a oposição entre o capital industrial e o trabalho operário ganhou destaque, já que os estrangeiros empregados nas indústrias, originários principalmente da Itália, possuíam mentalidade insubmissa e reivindicatória. Em oposição a esse movimento reivindicatório, houve resposta repressiva do Estado, com aumento da violência policial e criminalização do movimento operário. A repressão atingiu também a questão migratória, de forma que a entrada de novos imigrantes foi restringida e imigrantes considerados subversivos foram expulsos do país, numa tentativa de “se extirpar a influência destas ideologias em sua origem”.¹⁰⁹

Foi promulgada a Lei dos Indesejáveis, que “vedava a entrada de prostitutas, pessoas portadoras de deficiência física e mental, idosos” e também previa a expulsão de estrangeiros ativistas políticos.¹¹⁰ Ademais, a Revolução Russa e a Grande Depressão de 1929 estimularam o comportamento nacionalista e xenófobo no país, que assim agia por motivos políticos (ameaça ideológica) e também econômicos (estrangeiro usurpando empregos do nacional). Todos esses fatos, dentre outros, deram origem às primeiras restrições a entrada de estrangeiro no Brasil previstas em um texto constitucional, qual seja, a Constituição de 1934, que teve seu rol de restrições incrementado com o advento da Constituição de 1937, com feições ditatoriais.¹¹¹ Essa fase é definida, por André Carvalho Ramos, como a “fase do controle e xenofobia” no que diz respeito aos direitos dos estrangeiros no Brasil.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 75.

¹⁰⁸ RAMOS (2010, p. 727)

¹⁰⁹ NICOLI (2011, p. 77)

¹¹⁰ RAMOS (2010, p. 727)

¹¹¹ Ibidem, p. 729.

A política restritiva seguiu até o governo de Getúlio Vargas, seu momento de maior truculência, quando foi limitada a entrada de estrangeiros sem qualificação profissional e criou-se a reserva de mercado para brasileiros natos.¹¹²

A última grande leva de imigrantes a entrar o país, na década de 50, possuía maior grau de instrução, demonstrando que permanecia ideário racista anteriormente citado, mas agora com destaque para a qualificação da mão de obra.¹¹³

Com a Constituição de 1946 e a redemocratização, foi eliminado o sistema de cotas e restaurada a liberdade de ingresso no Brasil, resgatando-se o ideal de igualdade e garantia de inviolabilidade dos direitos de todos, brasileiros e estrangeiros. No entanto, em 1980, época do regime militar, foi editada a Lei nº 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro, que vige até os dias atuais regendo os direitos dos estrangeiros. É a fase da “segurança nacional e defesa do desenvolvimento”¹¹⁴.

2.1.4. Brasil nos dias atuais: um país de emigrantes e imigrantes

A terceira fase da história da migração no Brasil, que abrange o final do século XX e o início do século XXI, traz uma mudança na vocação migratória do país, que deixa de ser o país até então conhecido por receber imigrantes e passa a exportar força de trabalho, isto é, seus habitantes passaram a migrar para outros países do exterior em busca de melhores condições de vida, denunciando os “problemas da justiça social no país e os dramas do novo modelo de organização do mundo do trabalho”.¹¹⁵

Como bem explicita Pedro Nicoli, essa mudança se deve a praticamente os mesmos motivos que justificaram a imigração massiva. Há preponderância das causas econômicas, pois “as mazelas da pobreza e da distribuição de renda no Brasil passaram a alimentar o deslocamento de brasileiros para o exterior, em busca de trabalho nos chamados países do ‘primeiro mundo’, sobretudo nos Estados Unidos”.¹¹⁶

Paralelamente a esta nova condição de país predominantemente emigratório, o Brasil, nos últimos anos, tem recebido fluxos crescentes de imigrantes originários dos ditos “países em desenvolvimento”, especialmente latino-americanos (com destaque para Bolívia,

¹¹² NICOLI (2011, p. 78)

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ RAMOS (2010, p. 729)

¹¹⁵ NICOLI (2011, p. 80-81)

¹¹⁶ Ibidem, p. 81.

Argentina, Paraguai, Chile e Uruguai), africanos e orientais, que chegam ao país atraídos por sua “situação de liderança e relatividade estabilidade economia e política”.¹¹⁷

Na divisão de André Carvalho Ramos, esta fase é definida como a “fase de igualdade e garante”, inaugurada pela promulgação da CF88, que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e garantiu expressamente, ao brasileiro e estrangeiro residente¹¹⁸ no Brasil, a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art.5º, *caput*).

Justamente pelo fato de o Brasil ter voltado a receber, recentemente, crescentes fluxos de imigrantes de grupos étnicos diferentes daqueles recebidos até então, torna-se imprescindível a retomada da análise do tema da imigração no país, em especial, dos imigrantes em condição irregular, que têm ganhado notoriedade nos últimos anos.

2.1.5. Imigrante indocumentado

2.1.5.1. Imigrante regular

O Conselho Nacional de Imigração, integrante do Ministério do Trabalho, é o órgão responsável por definir a política imigrantista do Brasil (art. 1º, I, do Decreto nº 840/93). A sua vinculação ao Ministério do Trabalho demonstra que a imigração é indissociável do instituto do trabalho.

A política nacional de imigração, por sua vez, tem como objetivo principal a atração de mão de obra qualificada¹¹⁹, na forma do disposto no Estatuto do Estrangeiro, *in verbis*:

Art. 16, parágrafo único: A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

Verifica-se, então, que a política brasileira de imigração está voltada para a qualificação do mercado de trabalho, sem dar espaço para os trabalhadores sem qualificação. O Ministério do Trabalho autoriza a entrada de estrangeiros com maior qualificação,

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ A despeito de o texto constitucional prever tais direitos somente para o estrangeiro residente no Brasil, com o objetivo de atender ao princípio da igualdade, é “pacífica na doutrina a extensão da totalidade de direitos fundamentais a todos os estrangeiros”. (RAMOS, 2010, p. 730)

¹¹⁹ SALADINI (2011, p. 225)

excluindo a regularização dos trabalhadores informais já presentes no país e evitando a entrada oficial de outros¹²⁰.

Conquanto o direito internacional garanta aos indivíduos determinados direitos, que eventualmente podem limitar o poder do Estado de controlar a entrada ou expulsão de estrangeiros, também é conferida, aos Estados, liberdade para estabelecer regras no que tange à imigração.¹²¹ Desse modo, justifica-se a exigência brasileira de que o estrangeiro, para ser admitido regularmente em território brasileiro, deva portar, além do passaporte, um visto, que será concedido nas seguintes categorias: de trânsito; de turista; temporário; permanente; de cortesia; oficial e diplomático¹²². Contudo, o Estatuto do Estrangeiro também prevê, em seu art. 98, que é vedado o exercício de atividade remunerada por estrangeiros portadores de visto de turista¹²³, de trânsito ou temporário para estudos, sendo necessário, para tal, um visto temporário que não aquele para estudos, nos termos do art. 13¹²⁴ do referido Estatuto.

Ademais, é necessária autorização para o estrangeiro exercer atividade remunerada no Brasil, que é concedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, após terem sido satisfeitas pelo empregador e pelo trabalhador as condições exigidas pelo Conselho Nacional de Imigração na Resolução Administrativa nº 07/2004.

Sobre o visto e o exercício de atividade remunerada, existem algumas peculiaridades em relação ao imigrante fronteiriço que merecem ser frisadas.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias define o trabalhador fronteiriço, nos seguintes termos:

¹²⁰ Ibidem, p. 226.

¹²¹ TIBURCIO (2010, p. 754)

¹²² Nesse sentido, a previsão do art.4º da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

¹²³ Dentre os vistos mencionados, são trazidas as definições, por Luciana da Costa Aguiar Alves Henrique, daqueles mais importantes para a presente pesquisa (HENRIQUE, 2006, p. 26-31):

- Visto de trânsito: é concedido ao estrangeiro que esteja apenas de passagem pelo território nacional, sendo sua entrada necessária para que possa atingir seu país de destino.

- Visto de turista: cedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil apenas a passeio, em caráter recreativo ou de visita. Turista, segundo o previsto no art. 9º, da Lei 6.815/80 é “aquele que não tenha finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada.”

- Visto temporário: é cedido àquele que pretenda vir ao Brasil com o objetivo de exercer certas atividades, enumeradas pela própria lei. Essa classificação tem a ver com a finalidade e não com o tempo que se permanece no país.

- Visto permanente: dado ao estrangeiro que pretenda ficar em solo nacional em caráter definitivo. Por ser definitivo, requisitos mais rígidos são exigidos para que seja obtido. (HENRIQUE, 2006, p. 60)

¹²⁴ 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.

Artigo 2º, 2, a): A expressão "trabalhador fronteiriço" designa o trabalhador migrante que conserva a sua residência habitual num Estado vizinho a que regressa, em princípio, todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana;

Os trabalhadores provenientes de países limítrofes possuem uma realidade fática distinta dos outros estrangeiros, dado que as regiões de fronteira entre os países, especialmente as secas e mais extensas, são de difícil controle de pessoas pelos países vizinhos. A isso, agregue-se o fato de que muitos desses trabalhadores são sazonais e não censitariamente registrados, motivo pelo qual requerem tratamento diferenciado por parte dos países fronteiriços.¹²⁵

Assim, é permitido o ingresso dos trabalhadores fronteiriços em território nacional sem a apresentação de passaporte e visto, “desde que comprovem ser domiciliados em município fronteiriço e portador de documento de identidade válido”, necessitando apenas de cadastro junto ao departamento da polícia federal, oportunidade em que serão provados o domicílio e nacionalidade.¹²⁶

O diferencial desses trabalhadores, além da não necessidade do passaporte e visto, está na permissão para exercer atividade remunerada no país, segundo o previsto no artigo 21 do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 21. Ao natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade.

§ 1º Ao estrangeiro, referido neste artigo, que pretenda exercer atividade remunerada ou freqüentar estabelecimento de ensino naqueles municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracterize a sua condição, e, ainda, Carteira de Trabalho e Previdência Social, quando for o caso.

§ 2º Os documentos referidos no parágrafo anterior não conferem o direito de residência no Brasil, nem autorizam o afastamento dos limites territoriais daqueles municípios.

O visto é condição necessária, mas não garantia da entrada do imigrante no país, pois é mera expectativa de direito. Isso porque, ao chegar a território nacional, o estrangeiro passa por nova fiscalização (art. 22, Estatuto do Estrangeiro¹²⁷), que pode impedir sua entrada caso não possua os documentos necessários¹²⁸.

¹²⁵ SALADINI (2011, p. 185)

¹²⁶ HENRIQUE (2006, p. 73-74)

¹²⁷ Art. 22. A entrada no território nacional far-se-á somente pelos locais onde houver fiscalização dos órgãos competentes dos Ministérios da Saúde, da Justiça e da Fazenda.

¹²⁸ HENRIQUE (2006, p. 70)

A recepção do imigrante, contudo, se dá de forma provisória, sendo garantido “ao imigrante legal o direito de permanência e de trabalho, mas apenas por um período limitado, para atender às necessidades do ‘importador’ de mão de obra”.¹²⁹

Quanto ao direito de permanência, ele é determinado por cada país e, em geral, exige visto consular¹³⁰. Da mesma forma, a permanência de um estrangeiro no Brasil somente poderá ser interrompida involuntariamente via procedimento de deportação¹³¹, expulsão¹³² ou extradição¹³³. Voluntariamente, o estrangeiro pode se retirar do país quando quiser, sem necessidade de visto, desde que não seja acusado de nenhum crime e nem esteja cumprindo pena, sendo livre também para levar consigo todos os seus bens.¹³⁴

2.1.5.2. Por que imigrante indocumentado?

Por imigrante indocumentado entende-se aquele não possui a documentação exigida para a permanência no país que não o seu de origem.

Há quem se refira a tais pessoas como imigrantes ilegais. Todavia, essa expressão se mostra inadequada, devido a sua conotação pejorativa, já que o termo “ilegal” traduz uma ideia de contrário à lei e deve se referir sempre a atos, condutas, e não à pessoa. Nesse sentido, afirma Sara Lúcia Cerqueira que é possível se falar em “imigração ilegal”, caso não tenham sido observadas as regras jurídicas a ela referentes; entretanto, “o imigrante, enquanto ser humano, jamais deve ser denominado de ‘ilegal’”.¹³⁵ Igualmente ajustada é também a conclusão de Pedro Nicoli¹³⁶, *in verbis*:

(...) mais adequadas são as expressões que destacam a condição da pessoa (*i.e.* imigrantes em situação irregular, em situação migratória ilegal, em condição de irregularidade) ou que delimitem mais especificamente a irregularidade jurídica

¹²⁹ SALADINI (2011, p. 195)

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Deportação: procedimento administrativo que implica a remoção de um indivíduo do país, seja pelo seu ingresso ilegal, seja pela expiração do visto ou pela desobediência de algum dispositivo do estatuto do estrangeiro (Ex.: trabalhar sem permissão). (TIBURCIO, 2010, p. 758)

¹³² Expulsão: procedimento administrativo que exige inquérito prévio do Ministro da Justiça, no qual seja assegurado o direito de defesa. Tem como motivação um comportamento que contrarie a ordem pública, a segurança nacional, a preservação da ordem política ou social, a moralidade e a tranquilidade ou economia popular. Destaque deve ser feito para o estrangeiro casado há mais de cinco anos ou com custódia de criança que dele dependa financeiramente, que não poderá ser expulso, visto que o Brasil entende que a família tem o direito de permanecer unida. (TIBURCIO, 2010, p. 758)

¹³³ Extradição: procedimento judicial, no qual um país requer e obtém a entrega de uma pessoa localizada em um outro país, por estar a pessoa envolvida em processo penal naquele país.

¹³⁴ TIBURCIO (2010, p. 759)

¹³⁵ CERQUEIRA (2009, p. 43)

¹³⁶ NICOLI (2011, p. 27).

mesmo que a associando diretamente à pessoa (*i.e.* imigrantes não documentados, indocumentados).

Luciana da Costa Aguiar Alves Henrique diferencia o imigrante irregular, que é “aquele que entra no país com visto válido, mas que permanece no Brasil mesmo depois de esgotado o prazo de estada” do imigrante clandestino, definido como o “estrangeiro que ingressa em território nacional sem a apresentação do visto de entrada, não sendo ele originário de País que tenha firmado com o Brasil acordo de dispensa de visto”¹³⁷.

Ambos, entretanto, podem ser chamados de imigrantes indocumentados (por lhes faltarem os documentos necessários ou atualizados) e também de imigrantes em condição irregular (pois a entrada no país ou a sua permanência é irregular).

Destarte, nota-se que a condição irregular do imigrante pode ocorrer pela entrada no país sem a devida documentação exigida, através de zonas de fronteiras não controladas ou com menor eficiência de controle¹³⁸ e também pelo descumprimento de qualquer requisito previsto no Estatuto do Estrangeiro e demais decretos regulamentos para sua entrada e permanência no país, a exemplo de deixar transcorrer o prazo de validade do visto sem tomar as providências cabíveis para prorrogar o seu tempo de estada¹³⁹. No exemplo citado, o imigrante entra no país de forma regular, portando passaporte ou qualquer outro documento “que dispensa o visto, em razão de acordos internacionais, mas que não é válido para o trabalho”; mas o prolongamento da estadia além do prazo legal somado ao eventual exercício de atividade remunerada coloca-o em situação de irregularidade.

A nacionalização, definida por Ana Saladini como “meio derivado pelo qual se permite ao estrangeiro que detém outra nacionalidade assumir a nacionalidade do país em que se encontra, desde que preencha os requisitos legais e constitucionais estabelecidos para esse fim”¹⁴⁰ é uma alternativa bastante procurada pelos imigrantes para regularizarem sua permanência no país.

A nacionalidade pode ser: (a) primária (ou originária), que é involuntária e vinculada ao nascimento do indivíduo, conforme o qual será estabelecida; e (b) secundária (ou adquirida), que é voluntária, sendo obtida por escolha da própria pessoa.

¹³⁷ HENRIQUE (2006, p. 83-84)

¹³⁸ SALADINI (2011, p. 196)

¹³⁹ CERQUEIRA (2009, p. 43)

¹⁴⁰ SALADINI (2011, p. 198)

Desse modo, a nacionalização buscada pelos imigrantes indocumentados é a secundária¹⁴¹, obtida por meio do casamento com um nacional. Esse procedimento permite a aquisição da nacionalidade e concomitantemente regulariza a permanência do imigrante.

Outra alternativa para a regularização destes imigrantes são as leis de anistia, periodicamente promulgadas no Brasil e em outros países, para lidar com a quantia crescente de imigrantes em condição irregular, objetivando “ajudar a resgatar esses trabalhadores da situação precária em que se encontram”¹⁴²:

Contudo, ressalta Saladini que a própria lei que concede anistia também “coloca óbices de ordem econômica, impossibilitando que os mais necessitados consigam obter a permanência legal.” Isso porque o art. 7º, I, do Estatuto do Estrangeiro, determina que é necessária a comprovação do exercício de profissão ou emprego lícito ou a propriedade de bens suficientes à manutenção própria e da família para a concessão da autorização de residência permanente. Há, assim, um paradoxo: se o imigrante não possui a permanência legal, não consegue exercer sua profissão ou obter emprego lícito e conseqüentemente adquirir bens. Sem comprovar a existência de bens suficientes, não consegue autorização para residência permanente no país e, portanto, não obtém anistia, permanecendo na ilegalidade (clandestinidade).¹⁴³ Conclui a autora, assim, que a anistia é “medida meramente paliativa e que não consegue atingir todos os imigrantes necessitados”¹⁴⁴.

Os imigrantes que chegam a regularizar sua situação, porém, representam uma minoria no universo dos imigrantes indocumentados. Devido à sua situação irregular, os imigrantes tornam-se mais vulneráveis à exploração, principalmente no que diz respeito a sua força de trabalho, dando espaço para que diversos empresários se aproveitem de sua condição e os sujeitem a trabalho degradantes ou análogo à escravidão. Para isso, impõem jornadas de trabalho superiores até a 15 (quinze) horas diárias; pagam salários que muitas vezes são inferiores ao mínimo hora, e que não são entregues ao trabalhador (com a justificativa que o trabalhador possui dívidas para com o empregador); fornecem um local de trabalho totalmente inadequado, sem condições ambientais mínimas, sem falar na constante ameaça de denúncia da irregularidade dos trabalhadores à polícia¹⁴⁵.

¹⁴¹ Outras formas de nacionalização secundária comuns são: ascendência (*jus sanguinis*) e a residência no país por certo período. Esses critérios para a nacionalização variam conforme o país e a época, podendo ser mais ou menos flexíveis.

¹⁴² SALADINI (2011, p. 227)

¹⁴³ SALADINI (2011, p. 228)

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ MACHADO (2006)

A questão do trabalhador em condição irregular se mostra evidente e problemática quando ele busca reparação judicial pelas condições de exploração a que muitas vezes é sujeito. Há, então, um embate entre a sua situação irregular no país e a sua pretensão reparatoria¹⁴⁶. Ocorre, portanto, que a mesma estrutura administrativa e judiciária que pode resgatar o imigrante de sua condição de explorado pode também “remetê-lo de volta ao país de origem, onde já conhece a miséria, encerrando seu sonho de melhorar de vida.”¹⁴⁷

Consequentemente, os trabalhadores indocumentados invocam uma questão que se apresenta como uma problemática de direitos humanos, já que lhes são negadas quaisquer possibilidades de exercício de cidadania, pois “legalmente não existem e, quando descobertos, são penalizados por migrar e trabalhar clandestinamente”.¹⁴⁸

2.2. Trabalho em condições análogas às de escravo

A escravidão consistiu na primeira forma de exploração da mão de obra humano por outros seres humanos e surgiu desde que se juntaram os primeiros agrupamentos de seres humanos, isto é, desde o tempo em que a organização dos povos ainda era tribal. A maioria desses escravos eram perdedores de disputas travadas pela posse de riquezas (posse de territórios, produção agrícola e de outros bens naturais).¹⁴⁹

Na Grécia, Roma e Egito antigos, o regime de escravidão era a principal forma de exploração do trabalho humano e estava inserido na estrutura do sistema econômico da época. Os escravos eram juridicamente considerados objetos de direito, e realizavam trabalhos braçais mais árduos, considerados não dignificantes ao cidadão livre.¹⁵⁰ Já na Idade Média, os eslavos eram considerados escravos por excelência, já que eram pagãos e a Igreja proibia a redução dos cristãos à condição de escravos.¹⁵¹

Posteriormente, ocorreu ainda a escravização de diversos indígenas e africanos, que constituíram mão de obra utilizada principalmente na América latina colonial. Entretanto, com a emancipação dos direitos humanos e reconhecimento dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, no final do século XIX, ocorreu a derrocada da

¹⁴² Idem.

¹⁴⁷ SALADINI (2011, p. 202)

¹⁴⁸ Ibidem, p. 207.

¹⁴⁹ CERQUEIRA (2009, p. 27)

¹⁵⁰ GARCIA (2008, p. 7)

¹⁵¹ CERQUEIRA (2009, p. 33)

escravidão em todo o mundo, tendo a proteção contra o trabalho degradante e indigno se estendido a toda e qualquer pessoa.¹⁵²

Atualmente, não existe mais o trabalho escravo, vez que ele é formalmente proibido pelo ordenamento jurídico internacional e nacional, mas surgiu uma nova forma de servidão, chamada trabalho em condições análogas às de escravo.

A escravidão exteriorizou-se de diferentes formas durante os anos e, conseqüentemente, o tratamento jurídico a ela dispensado também variou com o tempo, tanto que nos tempos antigos a proteção contra a escravidão só atingia os homens livres e, atualmente, é destinada a todos os seres humanos, sem distinção.

2.2.1. Histórico da escravidão no Brasil

No Brasil, a escravidão teve início em meados do século XVI, na época da colonização e era justificada pela necessidade de enriquecimento da metrópole e dos mercadores, visto que a comercialização de pessoas “se mostrou um negócio extremamente vantajoso e promissor, sobretudo com a intensificação do tráfico negreiro”. A mão de obra escrava era utilizada na exploração do pau-brasil, na cafeicultura, extração de minérios, pecuária, trabalho doméstico e outras atividades que movimentava o mercado nacional e internacional.¹⁵³

Embora tenha sido largamente utilizado durante o período colonial, o trabalho escravo começou a perder força ao longo do século XIX, quando se disseminaram pelo mundo os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Paralelamente, havia a resistência criada pelos próprios escravos, sobre a qual salienta Gabriela Delgado *et. al.*:¹⁵⁴

A união dos trabalhadores explorados como escravos foi uma importante forma de resistência, manifestada principalmente por meio da formação dos quilombos. O movimento tomou grandes proporções, surpreendendo a sociedade e a forçando a repensar as relações de trabalho até então predominantes.

O fim da escravidão também contou com a ajuda da crescente industrialização, que exigia consumidores com poder aquisitivo suficiente para adquirir os

¹⁵² Idem.

¹⁵³ DELGADO *et. al* (2007, p. 2985)

¹⁵⁴ Ibidem, p. 2986.

produtos dela resultantes e que estimulasse a concorrência entre os produtores através da compra. Sobre o tema, reflete Sara Lucia Cerqueira:¹⁵⁵

Tornou-se necessário implantar o trabalho livre e remunerado em todos os países para que se ampliasse o poder de compra da população e, ainda, para que se restabelesse o equilíbrio no mercado através da concorrência, pois as manufaturas produzidas por escravos, devidos ao custo zero relativo à mão de obra, eram comercializadas a um preço muito menor.

Com o advento do século XIX foram, então, promulgadas diversas leis, tratados e acordos internacionais, com significativos avanços no sentido de erradicar a escravidão.

No Brasil, o processo abolicionista teve como destaque as seguintes leis: Lei Eusébio de Queiroz (1859), que determinou o fim do tráfico negreiro; Lei do Ventre Livre (1871), que previa liberdade para crianças nascidas após a sua promulgação; a Lei dos Sexagenários (1885) estabelecia que os escravos que atingissem a idade de 60 anos obteriam a liberdade e, por fim, a Lei Áurea (1888), que consolidou o processo de abolição da escravatura, ao menos formalmente.

Os debates e discussões originados nesta época persistem até os dias atuais, disseminando a consciência da atrocidade que representa a prática escravocrata.¹⁵⁶ Ainda sim, é possível flagrar pessoas em situação de exploração extrema, muito semelhante à vivida pelos escravos de antigamente, configurando o chamado trabalho em condições análogas às de escravo.

2.2.2. Conceitos importantes

2.2.2.1. Art. 149, CP: trabalho em condições análogas às de escravo, trabalho degradante e trabalho forçado.

A criminalização da conduta de escravizar alguém é bastante antiga, sendo encontrada desde o direito romano e, especificamente no Brasil, antes mesmo da promulgação da Lei Áurea.¹⁵⁷

O art. 149 do Código Penal de 1940, cuja redação era “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, prevendo uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”,

¹⁵⁵ CERQUEIRA (2009, p. 28)

¹⁵⁶ CERQUEIRA (2009, p. 28)

¹⁵⁷ Ibidem, p. 32.

refletiu a mudança de mentalidade em relação ao trabalho escravo, oriunda das transformações ocorridas no decorrer do século XX. Buscando ampliar o alcance de aplicação da norma, esse artigo foi alterado, posteriormente, pela Lei nº 10.803/2003, que agravou as penas cominadas e determinou as hipóteses em que o delito se configura, nos seguintes termos:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Uma análise do artigo em questão informa que o trabalho em condições análogas às de escravo é gênero do qual o trabalho forçado e o trabalho degradante são espécies¹⁵⁸.

O trabalho forçado é definido pela OIT¹⁵⁹ como:

Trabalho forçado ou compulsório é todo tipo de trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. Ocorre quando o trabalho é imposto pelo Estado, ou empreendimentos privados, ou por indivíduos que têm o poder de controlar os trabalhadores através de privações severas, como a violência física ou o abuso sexual; restringindo a liberdade das pessoas; detendo seus salários ou seus documentos obrigando-os a ficar no trabalho; ou os retendo por meio de uma dívida fraudulenta da qual eles não podem escapar. Trabalho forçado é um crime e uma violação dos direitos humanos fundamentais¹⁶⁰.

¹⁵⁸ BRITO FILHO (2004, p. 10). A “jornada exaustiva”, prevista no *caput* do artigo, será considerada, também, como trabalho degradante.

¹⁵⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combate ao Trabalho Forçado**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/trabalho-forcado/oit/relatorio/perguntasrespostas.pdf>> Acesso em: 22.7.2013

¹⁶⁰ A parte inicial desta definição também está presente no artigo 2º da Convenção nº 29 da OIT, que trata do trabalho forçado ou obrigatório.

Desse conceito, observa-se que o trabalho forçado, que caracteriza o trabalho em condições análogas às de escravo, não diz respeito somente à falta de liberdade de ir e vir, mas também se refere ao trabalho sem as mínimas condições de dignidade.

O trabalho degradante, por sua vez, possui conceituação mais complexa, dado que as hipóteses em que ocorre não estão prevista na legislação pátria, a exemplo do que ocorre com o trabalho forçado.

José Claudio Monteiro de Brito Filho, todavia, afirma que uma boa forma de definir este instituto é de forma negativa, utilizando o princípio que fixa o mínimo de direitos do homem-trabalhador: a dignidade humana. Assim, afirma que o trabalho em condições degradantes é aquele em que não há respeito dos direitos mínimos necessários para o resguardo da dignidade do trabalhador.¹⁶¹ Para se diferenciar o trabalho degradante do trabalho forçado, então, há que se recorrer à liberdade. Nesse sentido, destaca Brito Filho¹⁶²:

A nota característica do conceito [de trabalho forçado], então, é a liberdade. Quando o trabalhador não pode decidir, espontaneamente, pela aceitação do trabalho, ou então, a qualquer tempo, em relação à sua permanência no trabalho, há trabalho forçado.

Um cotejo do art. 149 com o Código Penal como um todo, permite perceber que o legislador, ao inserir tal delito nos crimes contra a liberdade da pessoa (que se encontra dentro dos crimes contra a pessoa, Título I) em lugar de defini-lo como crime contra a organização do trabalho, preocupou-se em tutelar um bem inerente a todos, qual seja, a liberdade. Ademais, da redação do artigo 149, CP, verifica-se, ainda, que o bem jurídico protegido não é somente a liberdade de locomoção do indivíduo, mas a liberdade sob o aspecto ético-social, relativo à dignidade da pessoa humana. É, portanto, a “liberdade individual acrescida de outro valor preponderante, que é o amor próprio, o orgulho pessoa, a dignidade que todo indivíduo deve preservar enquanto ser humano”.¹⁶³

Sobre a redução da pessoa à condição análoga à de escravidão, o disposto no art. 149, CP demonstra que são elementos que a caracterizam: a jornada exaustiva, as condições degradantes de trabalho, a restrição do direito de locomoção (por qualquer meio), retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador e manutenção de vigilância

¹⁶¹ BRITO FILHO (2004, p. 13). O autor cita hipóteses em que pode se dizer que há trabalho em condições degradantes: empregado presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde; hipótese em que as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável, que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social; prestação de serviço em que o empregado tenha limitações na sua alimentação, higiene e moradia; hipóteses em que trabalhador não é respeitado como ser humano (exemplo: quando há assédio moral ou sexual), etc.

¹⁶² BRITO FILHO (2004, p. 10-11)

¹⁶³ CERQUEIRA (2009, p. 34)

ostensiva. Na mesma direção segue o entendimento jurisprudencial das cortes nacionais, que afirmam que “a submissão de empregados a condições aviltantes – cárcere decorrente da falta de pagamento, fome, submissão, ameaças e humilhações” é o elemento que configura a condição análoga à escravidão¹⁶⁴.

Dos conceitos supracitados, conclui-se que o trabalho em condições análogas às de escravo, no Brasil, implica a soma do trabalho degradante mais a privação da liberdade. Neste sentido, o entendimento de Gabriela Delgado, para quem reduzir alguém à condição análoga à de escravo significa submeter o outro a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, “quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.¹⁶⁵

2.2.2.2. Tráfico de pessoas e tráfico de imigrantes

Relacionado ao tema das migrações e também ao trabalho em condições análogas às de escravo, há o tráfico de pessoas. Embora existam semelhanças entre o tráfico de pessoas e outras questões migratórias, nem todo imigrante irregular é vítima de tráfico e vice-versa.

O Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas¹⁶⁶ traz, em seu artigo 1º, a seguinte definição:

Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos; (*sem grifos no original*)

Do conceito apresentado, extraem-se os três elementos-chave que compõem o tráfico de pessoas. O primeiro deles é a necessária migração, que possui três etapas, quais sejam: (a) fase de captação ou aliciamento (recrutamento); (b) fase de transporte ao local de destino (trânsito) e (c) fase de exploração das vítimas. O segundo elemento do conceito de tráfico de pessoas é o emprego de meios ilícitos em pelo menos uma das fases do

¹⁶⁴ CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO (2006, p. 12-13)

¹⁶⁵ DELGADO *et al* (2007, p. 2989)

¹⁶⁶ Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças.

deslocamento (migração). O terceiro, por fim, é a exploração, aspecto diferenciador do tráfico de outras práticas violatórias aos direitos humanos que normalmente são associadas às migrações irregulares.¹⁶⁷ A exploração, para Bárbara Pinowska, envolve, necessariamente, “uma série de violações a direitos humanos protegidos e consagrados em diversas normas e instrumentos internacionais”.¹⁶⁸

Como disposto no artigo 1º do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas, as vítimas de tráfico atravessam fronteiras que, muitas vezes, são internacionais, sem a devida documentação. Aumentam, assim, o contingente de imigrantes em situação irregular no país de destino. Outras vezes, entretanto, as pessoas deixam seus países de origem em busca de novas oportunidades de emprego com fim de obter melhores condições de vida, mas, sem possuírem vistos de trabalho ou entrada, “muitos precisam da ‘ajuda’, nem sempre de amigos e familiares, mas sim de ‘facilitadores’ ligados às redes do crime organizado, para entrar irregularmente em outro país”¹⁶⁹. Esses casos configuram o chamado contrabando (tráfico) de migrantes.

Importante é, pois, diferenciar as expressões tráfico de pessoas e o tráfico (contrabando) de migrantes, que muitas vezes são utilizadas como sinônimas.

O tráfico de pessoas envolve cruzamento de fronteiras, que podem ser nacionais ou internacionais; o lucro obtido pelos criminosos vem principalmente da exploração subsequente dos migrantes (a exploração é pressuposto para a configuração do tráfico de pessoas) e não há consentimento das vítimas, ainda que haja aceitação inicial (é considerada irrelevante por causa das ações coercitivas, enganadoras e abusivas a que foi submetido o imigrante para aceitar). Neste sentido, o disposto no art. 3º, b, do Protocolo do Tráfico de Pessoas:

Art. 3º, b): O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

O tráfico (ou contrabando) de migrantes, por outro lado, tem seu conceito definido no artigo 3º, a, do Protocolo sobre Migrantes¹⁷⁰, que determina:

¹⁶⁷ CAMPOS (2006/2007, p. 38)

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ CAMPOS (2006/2007, p. 39)

¹⁷⁰ Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Tráfico De Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

Artigo 3º, a) A expressão "tráfico de migrantes" significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente;

O tráfico de migrantes, portanto pressupõe o cruzamento de fronteiras internacionais, consiste em ato voluntário do migrante, que “paga certa quantia para obter um “serviço” determinado, por exemplo, o transporte pela fronteira”¹⁷¹ e gera lucro para os criminosos através das quantias pagas pelos migrantes para entrada ou residência irregular no país de destino.

Pedro Nicoli ressalta, ainda, que, o tráfico de migrantes, uma forma de facilitação da imigração irregular auxiliada por terceiros, consiste num crime contra o Estado, porque viola as leis de imigração. O tráfico de pessoas, por sua vez, é delito contra a pessoa, justamente por violar direitos humanos.¹⁷²

2.2.2.3. Trabalho em condições análogas às de escravo no Brasil contemporâneo

Os imigrantes que adentram o Brasil (ou nele permanecem) de forma irregular, sujeitam-se a diversas circunstâncias e determinações que agridem seus direitos fundamentais, direitos mínimos que deveriam ser assegurados em qualquer situação. Seja pelo medo de serem descobertos pelas autoridades policiais e deportados, seja pelo medo de não conseguirem outro emprego que lhes garanta um mínimo de sobrevivência, submetem-se a condições degradantes, quase sempre havendo coação moral¹⁷³, física¹⁷⁴ ou psicológica¹⁷⁵ por parte de seus empregadores, que abusam da condição de desvantagem desses trabalhadores.

O trabalho prestado por esses imigrantes, então, passa ser degradante, quando não trabalho forçado, configurando o trabalho (em condições análogas às de)

¹⁷¹ CAMPOS (2006/2007, p. 40)

¹⁷² NICOLI (2011, p. 130)

¹⁷³ Coação moral: empregador de forma ilícita e fraudulenta, aproveitando-se da pouca instrução dos trabalhadores, envolve-os em dívidas, com a finalidade de impossibilitar o seu desligamento. É o regime de servidão por dívidas (*truck system*), vedado pelo ordenamento jurídico através do disposto no art. 462, §2º, CLT. (GARCIA, 2008, p. 9)

¹⁷⁴ Coação física: trabalhadores submetidos a castigos físicos ou até mesmo assassinados, servindo como punição exemplar para evitar fugas. Também abrange a apreensão de documentos e objetos pessoais do trabalhador para fazê-lo continuar prestando serviço. (GARCIA, 2008, p. 9)

¹⁷⁵ Coação psicológica: trabalhadores ameaçados de sofrerem violência, para permanecerem trabalhando e não fugirem. Pode utilizar empregados armados para exercer a coação. (GARCIA, 2008, p. 9)

escravo¹⁷⁶. É o que Ricardo Rezende Figueira chama de escravidão contemporânea. Sobre o tema e suas causas, o autor destaca:

A escravidão contemporânea no Brasil não se respalda mais em justificativas religiosas, em noções científicas elaboradas por sábios naturalistas, nem no direito de reembolso dos custos de uma guerra justa e declarada entre príncipes. Ela se justifica pela existência de uma dívida, contraída pela vítima por transporte até o local do trabalho e gastos na compra de alimentos e ferramentas de trabalho na cantina do próprio empreiteiro, de um seu preposto, ou da própria fazenda. Contudo, esse é o lado aparente. O lado visível, que muitas vezes convence não só a sociedade circundante, próxima ao fato, mas até mesmo sindicalistas ou as próprias vítimas.¹⁷⁷

Maria Iraneide Facchini, em outra abordagem, ressalta que essa forma de trabalho, atualmente, não se justifica somente pela pobreza e/ou vulnerabilidade humanas, mas está relacionada também “à impunidade que gera tal estado de coisas, aliada à ganância e à miséria moral dos empresários”¹⁷⁸.

Embora as causas da escravidão contemporânea sejam distintas daquelas da escravidão dos outros séculos, o estigma que acompanha ambos os tipos de escravo é o mesmo. Ambos têm sua dignidade ultrajada e, como consequência, lhes é negada sua própria condição humana, na medida em que o seu senhor (hoje identificado como contratante ou seu preposto), não reconhece nele (o empregado) um semelhante. A pessoa que trabalha em condição análoga à de escravo é “coisificada”, tornando-se um mero instrumento, uma simples peça dentre as demais na cadeia de produção, a serviço do lucro do tomador de serviços¹⁷⁹.

2.2.2.3.1. No seguimento rural

Rafael de La Torre define que o trabalho escravo refere-se às condições degradantes de trabalho somadas à impossibilidade de saída ou escape das fazendas em razão de dívidas fraudulentas¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Não sendo a escravidão prática permitida pelo ordenamento jurídico, atualmente, somente se pode dizer que há trabalho em condição análoga à de escravo. Ademais, o trabalho escravo nos moldes antigos não mais é exercido atualmente, mas somente algumas de suas características seguem sendo reproduzidas nas novas práticas de servidão. No entanto, as expressões ‘trabalho escravo’ e ‘trabalho em condições análogas às de escravo’ são muitas vezes utilizadas como sinônimas e também neste trabalho serão assim consideradas, guardadas as devidas características de cada uma dessas formas de trabalho.

¹⁷⁷ FIGUEIRA (2000, p. 35)

¹⁷⁸ FACHINI (2005, p. 17)

¹⁷⁹ CERQUEIRA (2009, p.16)

¹⁸⁰ OLIVEIRA (2011)

Os trabalhadores sujeitos ao trabalho escravo no seguimento rural são aliciados pelos “gatos” para trabalharem em fazendas distantes de seus locais de origem, sujeitando-se a condições subumanas, sem receberem a devida remuneração e sem terem a perspectiva de se libertarem da situação, pelos mais diversos motivos¹⁸¹.

No Brasil, a maioria dos trabalhadores rurais aliciados nessas condições tem origem em bolsões de pobreza das regiões norte e nordeste, em especial Piauí, Maranhão, Ceará e Pernambuco¹⁸², locais em que não possuem perspectivas de melhora das suas condições de vida. Em busca de suprir suas necessidades básicas, esses trabalhadores “são compelidos a integrar o círculo vicioso do trabalho em condição análoga à de escravo, o qual tem início com a viagem até o local de trabalho”¹⁸³.

Nesta forma de escravidão, os peões (trabalhadores aliciados) devem arcar com os custos do traslado e com tudo o que lhes for necessário durante sua estadia no local de prestação dos serviços, a exemplo dos instrumentos de trabalho (botas, ferramentas, etc), itens de necessidade básica (alimentação e higiene, que são adquiridos no próprio local de trabalho, com preços mais altos do que os de mercado), etc¹⁸⁴. Por tais motivos, o trabalhador fica em constante dívida com o seu empregador, e se vê impedido de deixar o emprego, seja por questões de foro íntimo, ou por ameaças físicas ou psicológicas¹⁸⁵. Esse tipo de endividamento é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo o art. 462, CLT, que proíbe expressamente a prática da venda superfaturada e o desconto no salário do empregado¹⁸⁶.

Diversos obreiros são recuperados dessas condições, mas acabam retornando ao serviço, que é sazonal. Interessam-se pelo serviço a despeito das condições a que estão sujeitos, e muitas vezes se sentem agradecidos ou minimamente recompensados, pois o trabalho é uma ocupação, seja em qual condição for. É a necessidade de sobreviver a qualquer custo, também conhecida como “ética do provedor”¹⁸⁷.

Sobre esta condição de necessária sobrevivência a qualquer custo, Gabriela Delgado Neves informa que trabalhadores que laboram em ocupações ilegais (intermediação

¹⁸¹ CERQUEIRA (2009, p.16)

¹⁸² OLIVEIRA (2011)

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ CERQUEIRA (2009, p.16-17)

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivo de lei ou de contrato coletivo.

¹⁸⁷ CERQUEIRA (2009, p. 19)

de mão de obra ou trabalho em condição análoga à de escravo, por exemplo) ou em ocupações manifestamente flexíveis com parca proteção do sistema justralhista (exemplo dos terceirizados), se preocupam apenas e tão somente com a manutenção da vida, no sentido do direito à manutenção de uma sobrevivência mínima. Por essa razão, o trabalho em si não é capaz de promover uma condição de dignidade, o que impossibilita sua caracterização como trabalho digno.¹⁸⁸

Nessas situações, o trabalhador pouco se importa com o valor da atividade em si, pois deve continuar sendo o provedor da família, quaisquer que sejam os meios encontrados para suprir seus instintos. Pelo fato de o trabalhador deixar de buscar o sentido ético do trabalho, Gabriela Delgado afirma que essa realidade “se afasta da orientação matriz do ordenamento jurídico brasileiro, pautado no valor-fonte da dignidade da pessoa humana, seja em relação à vida, seja em relação ao trabalho”¹⁸⁹.

2.2.2.3.2. No seguimento urbano

O trabalho em condições análogas à escravidão no seguimento urbano possui menor repercussão midiática do que a do seguimento rural.

Entretanto, diversas denúncias feitas do final de 2004 ao início de 2005 levaram à instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito com o objetivo de apurar a eventual exploração de trabalho análogo ao de escravo nas empresas, regular ou irregularmente instaladas em São Paulo. A CPI, instaurada em março de 2005, concluiu pela existência do trabalho escravo na capital paulista e propôs, às diversas esferas do Poder Público, medidas a serem tomadas com o objetivo de solucionar o problema.

Apesar das conclusões da referida CPI, nos últimos dois anos, a questão do trabalho em condição análoga à escravidão ganhou destaque, novamente, em diversos noticiários jornais e na internet, quando foram descobertas oficinas de costura na cidade de São Paulo, nas quais diversos trabalhadores imigrantes eram mantidos em condições análogas à escravidão, produzindo peças para uma famosa rede de lojas varejista de roupas¹⁹⁰.

Além dos imigrantes na indústria têxtil, houve notícias, ainda, do trabalho escravo de caminhoneiros e marítimos¹⁹¹. Contudo, a questão dos imigrantes indocumentados

¹⁸⁸ DELGADO (2008, p. 565-566)

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ <http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/>

¹⁹¹ <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/trabalho-escravo-atualmente/escravos-urbanos.aspx>

sujeitos a este tipo de trabalho possui abrangência bem maior, devido à quantidade de pessoas encontradas nesta condição, motivo pelo qual é o enfoque do presente trabalho.

Assim, constata-se que a questão dos imigrantes indocumentados sujeitos ao trabalho em condições análogas às de escravo é uma realidade recorrente no Brasil, especialmente na região sudeste. Essa questão, que em muito se assemelha ao trabalho escravo no seguimento rural, será detidamente analisada em outro tópico.

2.3. Legislação concernente à migração e ao combate ao trabalho em condições análogas à escravidão

Durante o século XX, época em que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram disseminados pelo mundo e, junto a outros eventos, culminaram na abolição do trabalho escravo na sociedade daquele tempo, foram assinados tratados, adotadas convenções e promulgadas leis que reafirmavam a mentalidade tendente à extinção dessa forma de trabalho e buscavam proteger os mais diferentes grupos de pessoas existentes. Dentre essas pessoas, destacam-se os imigrantes que, como mencionado, constituem um grupo frequentemente sujeito ao trabalho em condições análogas à escravidão, especialmente quando se encontram em um país, que não o seu de origem, em situação irregular.

Dessa forma, será feita análise da legislação nacional e internacional pertinente ao tema da proteção contra o trabalho em condições análogas às de escravo e da proteção do imigrante.

2.3.1. Internacional

2.3.1.1. Convenções da OIT

As Convenções da OIT são tratados internacionais que, ao serem ratificados pelos Estados membros, passam a integrar suas legislações nacionais. Para avaliar a aplicação em cada país, é feito exame por uma Comissão de Peritos na aplicação das normas das Convenções e Recomendações da OIT, que “recebe e avalia queixas, dando-lhes seguimento e produzindo relatórios de memórias para discussão, publicação e difusão¹⁹²”.

2.3.1.1.1. Sobre o trabalho forçado: Convenção nº 29 e Convenção nº 105

Sobre o trabalho forçado, foram assinadas as convenções nº 29 (sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório) e a nº 105 (relativa à abolição do trabalho forçado).

¹⁹² CERQUEIRA (2009, p. 49)

A Convenção nº 29, adotada na 14ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do trabalho (1930), além de trazer o conceito de “trabalho forçado”¹⁹³, determina em seu artigo 1º que todos os membros da OIT que ratificarem essa Convenção devem se comprometer a “suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, sob todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo”.

Através da Convenção nº 105 a OIT reafirma sua postura pela erradicação do trabalho forçado, como se observa no seu artigo 1º, que determinando que o trabalho forçado não deve ser utilizado como forma de: a) de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou expressem certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho e d) como punição por participação em greves.

O Brasil é signatário de ambas as convenções, sendo que a Convenção nº 29 foi promulgada pelo Decreto nº 41.721/1957 e a Convenção nº 105, pelo Decreto nº 58.563/66, tendo o Estado brasileiro se comprometido a adotar medidas eficazes para abolir completa e imediatamente o trabalho forçado ou obrigatório.

2.3.1.1.2. Sobre os imigrantes: Convenção nº 97, Convenção nº 143 e Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares

Sobre os direitos dos migrantes ilegais, em âmbito internacional, no decorrer do último século, delinearam-se três aspectos da migração ilegal, quais sejam: os migrantes nessa condição são infratores das leis de imigração, mas são trabalhadores e são seres humanos. Assim, “cada uma destas situações tem as suas próprias consequências jurídicas que não se devem confundir em detrimento dos direitos individuais dos trabalhadores”¹⁹⁴. Considerando esses aspectos é que foram elaborados os diplomas que se seguem a respeito dos direitos dos migrantes.

A Convenção nº 97, relativa aos Trabalhadores Migrantes (1949), entrou em vigor em janeiro de 1952, consolidando os esforços originários para a sistematização da disciplina para os trabalhadores imigrantes.

¹⁹³ Melhor analisado no tópico 2.2.2.1.

¹⁹⁴ CERQUEIRA (2009, p. 46)

Prevê, em seu art. 6º, 1, que todo membro da OIT que assinar essa Convenção deverá aplicar aos imigrantes que se encontrem legalmente em seu território, sem discriminação de nacionalidade, raça, religião ou sexo, tratamento não inferior àquele direcionado para seus próprios nacionais.

Em relação ao trabalho prestado pelos imigrantes, essa Convenção traz importante definição de trabalhador migrante, nos seguintes termos:

Art. 11: Para os fins da presente Convenção, o termo «trabalhador migrante» designa uma pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante.

Embora tenha avançado bastante no trato dos direitos do estrangeiro, por tê-los igualado ao dos nacionais, não faz menção específica aos imigrantes indocumentados, que representam uma das questões mais problemáticas migração nos dias atuais. Esta convenção foi ratificada pelo Brasil em 1965

A Convenção nº 143, relativa às Migrações¹⁹⁵ (1975), por sua vez, protege todos os imigrantes, incluindo aqueles em condição irregular, o que representa o seu maior diferencial em relação aos outros diplomas até então existentes. Neste sentido, dispõe seu artigo 1º dispõe que deverão ser respeitados “os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes”. Também o seu artigo 9º traz disposições que beneficiam o imigrante em condição irregular que, caso não possa ter sua situação regularizada, “deverá beneficiar pessoalmente, assim como a sua família, de tratamento igual no que diz respeito aos direitos decorrentes de empregos anteriores em relação à remuneração, à segurança social e a outras vantagens” e os Estados membros, por sua vez, poderão conceder o direito de permanência e emprego remunerado a imigrantes que residem ou trabalham ilegalmente em seus territórios.

A partir do disposto na Convenção nº 143 da OIT, a proteção do migrante deixa de ser uma questão de segurança nacional para se tornar um tema de proteção dos direitos da pessoa humana e busca-se garantir, aos trabalhadores migrantes, um mínimo de proteção, ainda que tenham imigrado ou sido contratados de forma irregular. Nessa esteira de entendimento, destaca Pedro Nicoli:

¹⁹⁵ Convenção Sobre as Imigrações Efetuada em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes

(...) a Convenção entende a proteção trabalhista como um direito irrenunciável da pessoa humana, que não restará prejudicado em face da condição de irregularidade migratória¹⁹⁶

Essa Convenção está em processo de ratificação pelo Brasil, tendo sido encaminhada para o Congresso, a fim de cumprir tal objetivo, em agosto de 2008¹⁹⁷. Segundo o MTE, a sua adoção, pelo Brasil, representa avanço no sentido de que “não haja discriminação entre brasileiros e estrangeiros em matéria de emprego, garantindo a necessária proteção ao trabalhador migrante”¹⁹⁸.

Por fim, a Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares consiste no documento mais importante relativo ao trato dos imigrantes, porque os relaciona à dignidade da pessoa humana, tendo sido adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1990, e entrado em vigor em julho de 2003.

Essa Convenção objetiva garantir que todos os trabalhadores migrantes possam usufruir de seus direitos fundamentais independente de seu estatuto jurídico. Neste sentido, dispõe o seu artigo 1º que as disposições dessa Convenção são aplicáveis “a todos os trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias sem qualquer distinção, fundada nomeadamente no sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou outra situação”, em todo o processo migratório¹⁹⁹ dessas pessoas.

Além disso, essa Convenção traz importantes definições em seu artigo 2º, quais sejam, de trabalhador migrante, trabalhador fronteiriço, trabalhador sazonal, trabalhador marítimo²⁰⁰ etc.

Sobre o trabalho forçado, determina a Convenção que nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos

¹⁹⁶ NICOLI (2011, p. 62)

¹⁹⁷ <http://portal.mte.gov.br/imprensa/ministerio-encaminha-a-convencao-n-143-da-oit-para-ratificacao.htm> acessado em 10.7.2013

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ O processo migratório, segundo o art. 1º, 2, compreende “a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o regresso ao Estado de origem ou ao Estado de residência habitual”.

²⁰⁰ Artigo 2º: Para efeitos da presente Convenção:

1. A expressão "trabalhador migrante" designa a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional.
2. a) A expressão "trabalhador fronteiriço" designa o trabalhador migrante que conserva a sua residência habitual num Estado vizinho a que regressa, em princípio, todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana;
- b) A expressão "trabalhador sazonal" designa o trabalhador migrante cuja atividade, pela sua natureza, depende de condições sazonais e só se realiza durante parte do ano;
- c) A expressão "marítimo", que abrange os pescadores, designa o trabalhador migrante empregado a bordo de um navio matriculado num Estado de que não é nacional;

cruéis, desumanos ou degradantes (art. 10) ser mantido em escravidão ou servidão e ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório (art. 11), além de trazer situações não abrangidas²⁰¹ pela expressão “trabalho forçado”.

Quanto às condições de trabalho, está previsto no artigo 64 dessa Convenção que, os países que a ratificarem, deverão promover condições saudáveis, equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional de trabalhadores migrantes e de membros das suas famílias. Além disso, são estabelecidas normas para recrutamento dos trabalhadores migrantes e para o seu regresso ao país de origem e são previstas, também, formas de evitar a migração ilegal (clandestina).

Sobre a proteção justrabalhista, o artigo 25 prevê que será reservado aos imigrantes, ainda que em situação irregular no país ou em caso de terem sido contratados de forma irregular, tratamento não menos favorável que aquele concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição. Mais que isso, a Convenção determina que os “empregadores não ficam exonerados do cumprimento de obrigações legais ou contratuais, nem as suas obrigações serão de modo algum limitadas por força de tal irregularidade.”

Essa Convenção é, portanto, um instrumento jurídico de extrema importância para a proteção dos direitos humanos dos imigrantes, especialmente daqueles que se encontram em situação irregular, porque os reconhece como pessoas humanas dotadas de dignidade perante a ordem internacional, de forma que sua situação jurídica, nacionalidade, sexo, cor, etnia ou condição econômica são irrelevantes para a garantia de seus direitos.

Observa-se, por conseguinte, que as Convenções nº 97 e nº 143, junto da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, formam o sustentáculo da proteção internacional ao trabalhador imigrante.²⁰²

2.3.1.2. Outros diplomas internacionais

Além das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, há diversos outros diplomas legais internacionais que regulamentam a questão migratória e reforçam a mentalidade contrária ao trabalho forçado. Dentre eles, dar-se-á destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos

²⁰¹ Art. 11, 4. Para efeitos do presente artigo, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” não abrange: a) qualquer trabalho ou serviço, não previsto no nº 3 do presente artigo, exigido normalmente a uma pessoa que, em virtude de uma decisão judicial ordinária, se encontra detida ou tenha sido colocada em liberdade condicional posteriormente; b) qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade; c) qualquer trabalho ou serviço que forme parte das obrigações cívicas normais, desde que exigível também a cidadãos do Estado interessado.

²⁰² NICOLI (2011, p. 63)

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969), a Declaração da OIT sobre os Princípios de Direitos Fundamentais do Trabalho, o Tratado de Roma (1998)²⁰³, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966)²⁰⁴ e o Pacto internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992)²⁰⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²⁰⁶ consagra princípios a serem seguidos por todos os Estados, configurando, assim um diploma universal, aplicável a todas as pessoas de todos os países, etnias, religiões e sexos. A Declaração objetiva “delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.²⁰⁷

A universalidade pode ser observada já em seus artigos 1º e 2º, quando é determinado que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” tendo capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração.

Acerca do trabalho forçado e do trabalho degradante a Declaração traz diversas disposições, proibindo a escravidão e o tráfico de escravos e determinando que ninguém será mantido em escravidão ou servidão nem submetido à tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. IV e V) Além disso, sobre o direito fundamental ao trabalho, estabelece o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego, a remuneração justa e igualitária, dentre outros direitos (art. XXIII).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, foi ratificada pelo Brasil em setembro de 1992 e objetiva estabelecer entre os países americanos um regime de liberdade pessoal, justiça social com total respeito aos direitos humanos, independentemente da nacionalidade e/ou local de residência da pessoa. Para isto, tem por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prima pela dignidade da pessoa humana.

²⁰³ Instituiu o Tribunal Internacional Penal, incluiu a escravidão entre os crimes contra a humanidade (artigo 7º, 1), a ser punido com pena de prisão de até 30 anos ou perpétua (art. 77, a). Ademais, destacando o tráfico de pessoas, definiu escravidão como “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;” (Artigo 7º, 2, c).

²⁰⁴ Determina que ninguém poderá ser submetido à escravidão, tráfico de escravos, servidão, trabalhos forçados ou obrigatórios (art. 8º). Além disso, toda pessoa tem direito à liberdade e segurança pessoais (art. 9) e pode circular livremente e escolher residência em um território no qual se encontre em situação regular. (art. 12).

²⁰⁵ Reafirma o direito ao trabalho livremente escolhido (art. 6º), condições justas de trabalho e remuneração (art. 7º), condições justas de saúde física e mental, etc.

²⁰⁶ Já foi abordada no tópico 1.1.3.

²⁰⁷ PIOVESAN (2006, p. 131)

Assim, já no seu preâmbulo traz o entendimento de que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Além disso, determina que toda pessoa que se encontre em situação regular em um país tem o direito de nele circular e sair livremente, só podendo ser expulsa em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.

Em seu artigo 1º, a Convenção determina que os Estados que a ratificarem deverão respeitar os direitos e liberdades nela previstos, a toda pessoa que esteja sob sua jurisdição, “sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Além disso, traz disposições que proíbem a escravidão, tráfico de escravos e o tráfico de mulheres (art. 6º, 1) e o constrangimento ao exercício de trabalho forçado (art. 6º, 2).

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, por sua vez, foi adotada na 86ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho (1998), em Genebra, na qual a OIT definiu condutas e princípios a serem adotados por todos os países, independentemente da ratificação das convenções, no sentido de que haja eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório. Dessa forma, a OIT demonstra sua busca pela promoção do trabalho digno²⁰⁸.

Essa Declaração reafirma o compromisso dos Estados-membros e da comunidade internacional de “respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho, que são reconhecidamente fundamentais para os trabalhadores”²⁰⁹. Esses princípios e direitos fundamentais estão definidos em oito Convenções que dizem respeito às áreas de liberdade sindical e direito à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego ou ocupação. Nesse sentido, a Declaração determina, em seu art. 2º, que:

(...) todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar,

²⁰⁸ CERQUEIRA (2009, p. 31)

²⁰⁹ Normas Internacionais do Trabalho – OIT <http://www.normaregulamentadora.com.br/legislacao/normas-internacionais-do-trabalho-oit/>

promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.

Do disposto, percebe-se que o Brasil, mesmo não tendo ratificado todas as convenções da OIT, tem a obrigação de observar aquelas referentes aos direitos humanos trabalhistas.

2.3.2. Nacional

O ordenamento jurídico pátrio, erigido em torno da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é pautado na dignidade da pessoa humana, seguindo os princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Assim, o regramento relativo ao repúdio ao trabalho escravo dá ênfase ao trabalho digno, com o fim de privilegiar a dignidade da pessoa, tanto na Constituição Federal quando na Consolidação das Leis do Trabalho. Além disso, diversas condutas relacionadas à servidão são tipificadas no Código Penal.

No que tange ao tratamento dos migrantes, embora a Lei maior prime determine o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana também em relação ao estrangeiro, o Estatuto do Estrangeiro, lei com determinações específicas acerca do tema, encontra-se totalmente defasado, revelando a incoerência do ordenamento jurídico pátrio ao tratar dos direitos destes indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 traz disposições relativas tanto aos estrangeiros quanto ao trabalho forçado. Em relação aos estrangeiros, o destaque é dado para o art. 5º, *caput*, que iguala os nacionais e estrangeiros em direitos²¹⁰. Quanto ao trabalho forçado, relevantes são as seguintes disposições, também do art. 5º, CF:

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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XLVII - não haverá penas:

c) de trabalhos forçados;

²¹⁰ Algumas exceções a esse princípio são previstas na própria constituição de 1988, a exemplo do art. 14, §2º (vedação ao estrangeiro de se alistar e votar) e o art. 12, §3º (reserva de alguns cargos políticos a brasileiros natos).

Ainda em relação ao trabalho forçado, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código Penal Brasileiro expressam a negação a essa forma de trabalho, prevendo sanções para os empregadores que submeterem trabalhadores a tais condições de trabalho.

A CLT proíbe a fixação de condições degradantes de trabalho ao estabelecer multa ao empregador por manter empregado não registrado (art. 47), ou não identificá-lo por meio de assinatura da CTPS (art. 55) e prevê a aplicação de multa também para o empregador que infringir regras relativas à jornada de trabalho (art. 75), ao salário mínimo (art. 120) e às férias anuais remuneradas (art. 153). O Código Penal, por sua vez, define como ilícito penal, em seu art. 149, a conduta de reduzir alguém à condição análoga de escravo, através da sujeição do trabalhador a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou condições degradantes de trabalho, atribuindo a pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, sem contar com a pena relativa à violência.²¹¹ Há, ainda, na legislação penal brasileira, a tipificação das condutas de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203), aliciamento de trabalhadores de um local para outro no território nacional (art. 207) ou com o fim de emigração (art. 206).

O ordenamento infraconstitucional acerca dos estrangeiros apresenta-se na forma do Estatuto do Estrangeiro, de 1980.

Como mencionado anteriormente, a Lei nº 6.815/80, que consolidou legislação referente aos estrangeiros no Brasil, foi promulgada em um período em que país já não era tão buscado pelos imigrantes europeus quanto fora anteriormente. Além disso, devido a instabilidades no continente sul americano, as fronteiras brasileiras eram atravessadas diversas vezes por refugiados políticos e imigrantes ilegais que escapavam de condições econômicas ou adversas em seus países. Para limitar a entrada dessas pessoas, o Estado brasileiro promulgou uma lei com caráter restritivo que, no contexto da ditadura militar, usava conceitos como a segurança nacional para justificar as restrições impostas. Por tais motivos, esta lei tem sido criticada desde a sua promulgação.²¹²

Nesse sentido, o disposto nos artigos 1º a 3º da Lei:

Art. 1º Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais.

Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

²¹¹ Sobre esse artigo, ver o tópico 2.2.2.1.

²¹² NICOLI (2011, p. 92)

Art. 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

No mesmo caminho seguem as outras disposições do Estatuto do Estrangeiro²¹³, revelando uma finalidade utilitarista e apartada dos direitos humanos, indo de encontro a toda legislação atual referente aos imigrantes.

Pelos motivos expostos, dentre outros, diversas pessoas propõem um novo estatuto do estrangeiro, que reflita o pensamento contemporâneo a respeito do reconhecimento do imigrante como sujeito de direitos humanos, independente de sua condição jurídica no país. Esse tema, entretanto, será abordado em um tópico mais à frente.

²¹³ Neste sentido, ver ainda a questão dos vistos, abordada no tópico 2.1.4.1. e as sanções estipuladas pela lei, nos artigos 125 e ss.

3. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS AO IMIGRANTE INDOCUMENTADO

3.1. Imigrantes indocumentados no Brasil

3.1.1. O caso dos imigrantes bolivianos

Dentre os imigrantes que trabalham em condição de escravos atualmente, no Brasil, encontram-se africanos, coreanos e uma maioria oriunda de países da América Latina (Peru, Colômbia, Venezuela e principalmente a Bolívia). Embora o Brasil envie muitos emigrantes para outros países (principalmente para os Estados Unidos e Europa), ainda possui um IDH²¹⁴ melhor que o de muitos de seus países vizinhos, o que justifica o crescente número de imigrantes que têm adentrado o país nos últimos anos.

Por se encontrar em condição irregular, a maioria desses trabalhadores não entra nas estatísticas oficiais, o que torna difícil a tarefa de precisar a quantidade de imigrantes que moram no Brasil e trabalham em condições degradantes. No entanto, o Centro Pastoral do Migrante (entidade ligada à Igreja Católica que fornece apoio aos imigrantes no país), estimou, já em 2005, que existiam em São Paulo (capital) de 600 mil a 700 mil imigrantes latino-americanos, dos quais 40% estariam em situação irregular.²¹⁵

Os bolivianos constituem a comunidade latino-americana mais numerosa da capital paulista, motivo pelo qual serão utilizados como paradigma na presente pesquisa para se descrever o processo de imigração dos estrangeiros oriundos de países vizinhos ao Brasil, que chegam à região sudeste e são encaminhados para trabalharem como escravos em oficinas de costura na região central da cidade de São Paulo (principalmente no Brás, Bom Retiro e Pari).

Quanto ao processo migratório e exploratório destes imigrantes, há diversas semelhanças com a escravidão do seguimento rural. Também no âmbito urbano é possível encontrar um aliciador de trabalhadores, chamado “gato” ou “coiote”, que atua no país de origem dos obreiros, divulgando anúncios de oferta de emprego no Brasil, muitas vezes acompanhados de promessas de boas condições de instalação e boa remuneração. Apesar das boas promessas de emprego, as más condições de alojamento e a situação extrema de

²¹⁴ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. 2013. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em: 22.7.2013.

²¹⁵ ROSSI; SAKAMOTO (2005)

negligência se revelam já durante a travessia para o Brasil, que é promovida por estes aliciadores, buscando escapar ao máximo da fiscalização entre fronteiras. Ademais, a própria viagem de ingresso já estabelece um ciclo vicioso para o imigrante, de forma que todas as despesas correlatas são pagas pelo “coiote” e transformadas em dívidas para o trabalhador, desde quando chegam ao local de trabalho. Sobre o transporte desses imigrantes, anota Camila Rossi e Leonardo Sakamoto²¹⁶:

Os bolivianos entram no território brasileiro através de cinco portas principais: Corumbá (Mato Grosso do Sul), Cáceres (Mato Grosso), Foz do Iguaçu (Paraná), Guajará-Mirim (Rondônia, por via fluvial) e Manaus (Amazonas, por via fluvial). Aqueles que não conseguem cruzar a fronteira por meios legais – porque não têm documentos ou não querem ou não podem pagar pelo visto – têm de desviar da fiscalização da Polícia Federal. Uma opção é seguir até o Paraguai e aguardar nos chamados “ninhos”. Nestes pequenos apartamentos, em que os coiotes colocam até 40 imigrantes, os bolivianos esperam o momento de poder atravessar a fronteira. Em alguns, a superlotação é tão grande que fica impossível deitar-se para descansar. A situação de higiene também não é das melhores, com um único banheiro atendendo a todos, que chegam a ficar o dia inteiro sem água e comida.

Rodrigo Schwarz destaca que a clandestinidade dos imigrantes, na Europa, tem gerado a reinvenção da escravidão²¹⁷. A mesma observação pode ser feita em relação aos imigrantes que chegam ao território brasileiro e são encaminhados, principalmente, para a indústria têxtil na capital paulista. A clandestinidade acentua ainda mais a insegurança e vulnerabilidade desses imigrantes, que se tornam totalmente dependentes do empregador e submissos à arbitrariedade das autoridades²¹⁸.

A prestação de serviço em condições análogas à escravidão implica grande desrespeito ao direito de liberdade do obreiro e também de outros direitos fundamentais, pois são verificados diversos abusos, de aspecto social, econômico e pessoal nos locais de trabalho (confeções, lavanderias, etc.). Os empregados sofrem vários tipos de agressões, que vão da coerção física (agredir fisicamente ou trancar os empregados no local de trabalho) à coerção psicológica (que é a mais comum, exercida através das ameaças de denúncia dos estrangeiros ilegais para a polícia federal em caso de manifestarem algum tipo de resistência frente aos empregadores). Além disso, é comum a apreensão dos documentos pessoais dos

²¹⁶ ROSSI; SAKAMOTO (2005)

²¹⁷ SCHWARZ (2011, p. 183). A autor salienta, ainda, que no continente europeu, os imigrantes em condição irregular submetidos a trabalho escravo podem ser encontrados prestando serviços agrícolas, domésticos, de construção civil, etc.,

²¹⁸ SCHWARZ (2011, p. 183)

trabalhadores, como o passaporte, o que inviabiliza seu deslocamento.²¹⁹ Sobre as condições do trabalho forçado a que são submetidos os imigrantes, destaca Rossi e Sakamoto²²⁰ que:

As oficinas funcionam em porões ou locais escondidos, pois a maior parte delas é ilegal, sem permissão para funcionar. E para que suspeitas não sejam levantadas pelos vizinhos, que acabariam alertando a polícia, as máquinas funcionam em lugares fechados, onde o ar não circula e a luz do dia não entra. Para camuflar o barulho das máquinas, música boliviana toca o tempo todo. Os cômodos são divididos por paredes de compensado. Essa é uma estratégia para que os trabalhadores fiquem virados para a parede, sem condições de ver e relacionar-se com o companheiro que trabalha ao lado – o que poderia resultar em mobilização e reivindicação por melhores condições.

Em muitos casos, o dono da firma, quando se ausenta, tranca a porta pelo lado de fora, para que ninguém entre ou saia do recinto. Além disso, os locais não oferecem as mínimas condições de segurança e higiene: a fiação é exposta e traz riscos de choques e incêndios. O valor das três refeições diárias – café da manhã, almoço e jantar, com duração de cerca de 20 minutos cada uma – é descontado do saldo a receber, assim como água, luz e moradia.

Outro ponto que alimenta a manutenção do sistema é a coerção psicológica a que são submetidos os bolivianos. Por estarem, a grande maioria, em situação ilegal no país, sofrem ameaças por parte dos patrões de que, se tentarem fugir ou reclamarem daquela situação degradante, serão denunciados à Polícia Federal. Os patrões adotam ainda uma outra prática que contribui para manter o trabalhador sob seu domínio. Logo no primeiro dia de trabalho, o dono da oficina recolhe os documentos dos imigrantes e os guarda em seu poder. A prática de retenção de documentos é largamente utilizada entre os fazendeiros da região de fronteira agrícola.

A manutenção dos empregados em situação degradante, porém, não se deve apenas à dependência financeira, mas tem a ver, principalmente, com a irregularidade a que estão submetidos. Assim, observa-se que estes estrangeiros se submetem ao trabalho indigno devido ao receio de serem descobertos ou por não possuírem meios de se afastar por conta própria. Somado a isso, não são garantidos os direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados resgatados do trabalho em condições análogas à escravidão.²²¹

Constata-se, portanto, que o trabalho análogo à condição de escravo, embora seja diferente do trabalho escravo existente no Brasil até 1888, assim como este, também afronta a dignidade da pessoa humana, indo de encontro ao princípio de valorização social do trabalho. Por isso, o Estado, juntamente com a sociedade, deve combater o trabalho escravo e quaisquer outras formas de trabalho degradante²²².

²¹⁹ CERQUEIRA (2009, p. 23-24)

²²⁰ ROSSI; SAKAMOTO (2005)

²²¹ CERQUEIRA (2009, p. 25-26)

²²² GARCIA (2008, p. 7-8)

3.1.2. Direitos fundamentais violados

Os imigrantes indocumentados que residem no Brasil, no geral, possuem seus direitos humanos violados não por disposições legais expressas nesse sentido, mas pela realidade clandestina em que se encontram, determinada pela impossibilidade de se adequarem às imposições da política imigrantista do país. Assim, devido à situação irregular, esses imigrantes têm sua mão de obra superexplorada, através de um trabalho que se assemelha à escravidão.

Os direitos econômicos e sociais geralmente são os mais vulnerados pela situação irregular do migrante. No país de origem, o fato de a pessoa não poder gozar do direito ao bem-estar econômico e social, à seguridade social, ao trabalho, a uma remuneração equitativa, ao descanso ou à educação, obriga-a a migrar. No país de destino, se o migrante encontra trabalho, vê-se muitas vezes privado dos direitos trabalhistas e sociais, ou ameaçado, quando reivindica algum direito.

Observa-se, assim, que há a violação de diversos direitos humanos dos imigrantes, dentre os quais se destacam: a exploração laboral dos migrantes irregulares; a negação arbitrária e dificuldade de obtenção do direito de permanência no Brasil; a ordem de deportação arbitrária; a privação dos menores do direito à educação; a discriminação na aplicação da Lei Penal e penitenciária; a inviabilização do acesso de estrangeiros a cargos públicos na forma admitida pela Constituição; o tratamento discriminatório em locais públicos e privado e a violação dos direitos dos migrantes pela Administração e denegação injustificado da condição de refugiado²²³.

A essas transgressões, agregue-se o fato de que a maioria dos imigrantes desconhece as garantias e direitos a eles atribuídos e reconhecidos, o que resulta em decisões arbitrárias e eventuais violações dos direitos humanos. Particularmente, nos casos de detenção, prisão, deportação, expulsão e extradição, os migrantes enfrentam riscos de abuso e violação, devido à falta ou insuficiência de assistência jurídica, além da falta de informação em sua língua materna, já que grande parte deles não fala a língua do país de destino. Os funcionários encarregados de aplicar a lei “não conhecem com precisão a diferenças entre os procedimentos administrativos e criminais (expulsão e deportação), nem as diversas garantias que acompanham os mesmos”²²⁴.

A política migratória brasileira, instável e causadora da vulnerabilidade dos direitos dos migrantes no Brasil, reproduz o embate existente entre a Constituição, que

²²³ FARENA (2012, p. 154-160)

²²⁴ *Ibidem*, p. 133-134.

garante os direitos fundamentais aos estrangeiros, e a lei e a prática, que restringem e violam os direitos humanos. Nesse sentido é a crítica de Maritza Farena:

(...) o país não possui uma política migratória consistente, digna desse nome, em termos de políticas públicas, entendidas como um conjunto ordenado e planejado de ações destinadas a alcançar um fim específico. Todas as ações implementadas, como as 'anistias', foram realizadas de forma casuística, e executadas de forma muito mais desregrada, ao sabor do entendimento da autoridade policial local, variando de um Estado da Federação para outro; o Brasil jamais definiu qual o tratamento deseja dar à questão migratória, para o que contribui também a total falta de conhecimento e interesse do público e da política (partidária) em geral, a respeito do assunto. Ora os estrangeiros são bem recebidos, ora malvistos como contrabandistas ou traficantes, dependendo dos humores e circunstâncias do caso²²⁵.

A autora, afirma, ainda, que a política migratória, na prática, resume-se à avaliação, feita pelo agente de imigração (polícia federal) na fronteira ou pontos de entrada, de quem tem condições para entrar no território nacional, concedendo-se ou negando-se o visto de entrada. Dessa forma, alguns estrangeiros são estigmatizados como trabalhadores irregulares ou traficantes (ex.: nigerianos, bolivianos, etc.) e outros são vistos como turistas (ex.: europeus, norte-americanos), que adentram o país sem enfrentar maiores impedimentos²²⁶.

3.1.3. Princípios supostamente infringidos pela condição de irregularidade dos imigrantes

Para se justificar a privação dos direitos humanos aos imigrantes indocumentados, muitas vezes se utiliza o argumento de que a conduta desses estrangeiros, precisamente por ser irregular, fere o equilíbrio econômico, a segurança e a soberania nacionais.

Quanto ao equilíbrio econômico, alega-se que o ingresso de migrantes de forma intensa e desordenada pode exercer uma pressão econômica negativa, contribuindo para o aumento do desemprego e do trabalho informal, além do aumento de chances de trabalho degradante, o que é reforçado pelo fato de a maioria dos imigrantes irregulares possuírem baixa escolaridade. A solução para essa questão está em regular a entrada do imigrante ou, até mesmo, garantir o seu retorno para seu país de origem. Contudo, uma vez que este imigrante esteja em território brasileiro, não se pode utilizar o argumento de sua irregularidade para justificar a supressão de seus direitos humanos.²²⁷

²²⁵ FARENA (2012, p. 153)

²²⁶ Idem.

²²⁷ CERQUEIRA (2011, p. 60)

A segurança nacional, por sua vez, não pode ser ameaçada pelo mero ingresso de estrangeiros no país, ainda que de forma irregular, dado que a maioria dos migrantes que o fazem, buscam, exclusivamente, melhorar sua qualidade de vida, através de emprego e boa remuneração. Some-se a isso o fato de o Brasil não possuir histórico de animosidades com outros Estados ou entidades internacionais quaisquer e não haver indícios de atividades terroristas no território nacional. Poder-se-ia, ainda, afirmar que os imigrantes teriam facilidade de cair no mundo da criminalidade, já que lhes é difícil o estabelecimento no país por vias trabalhistas legais. No entanto, ainda sim não caberia razão ao Estado, visto que o enveredamento pelo caminho da criminalidade só demonstra o quão falha é a estrutura nacional para a recepção do imigrante, que não os ampara nem os reconhece como cidadãos e detentores de direitos fundamentais, independentemente de sua situação jurídica no país.

Por fim, afirma-se que o ingresso dos imigrantes de forma irregular no território nacional atenta contra a soberania do país.

O princípio da soberania se relaciona com a imigração na medida em que é ele que autoriza os Estados a formularem leis que regulamentem e restrinjam a entrada de estrangeiros em seus respectivos territórios e é definido, por Valerio Mazuolli, como o “poder que detém o Estado, de impor, dentro de seu território, suas decisões, isto é, de ditar suas leis e executá-las por si próprio”, poder esse que não encontra, dentro do próprio Estado, outro de maior ou de mais alto grau.²²⁸

Se, por um lado, não se pode proibir a imigração, visto que a “tendência atual é a de uma interligação cada vez maior entre os países”²²⁹, por outro, não se pode assegurar a todos o direito de entrar em qualquer país, indiscriminadamente, sob pena de se criar uma situação insustentável de desordem. Assim, é orientação consolidada no âmbito internacional que os Estados, conforme suas necessidades e seus contextos socioeconômicos, possuem a prerrogativa de regular a entrada, permanência ou até impedirem o ingresso de estrangeiros em seus territórios.

No entanto, não se pode utilizar o argumento de que a entrada de estrangeiros no território constitui afronta ao princípio da soberania. Nesse sentido, interessante é o posicionamento de Sara Lucia Cerqueira, que afirma ser a soberania um conceito estabelecido entre os Estados, de forma que eventual infração a esse princípio só

²²⁸ MAZUOLLI (2011, p. 486)

²²⁹ CERQUEIRA (2011, p. 63)

pode ser protagonizada por um país²³⁰. Se um indivíduo ingressa de forma irregular em um país, há, pois, ofensa às leis imigratórias, mas não à soberania do país.

Embora seja reconhecida a soberania dos Estados, que os permite regular o direito de ingresso em seus territórios, deve-se lembrar que essa prerrogativa é regulada pelos instrumentos internacionais dos quais os países são signatários.

Por meio dessa argumentação, não se objetiva, de forma alguma, incentivar a imigração em condições irregulares ou afirmar que os estrangeiros que nessa situação se encontrem não devam ser responsabilizados por suas condutas em desacordo com a lei brasileira. Deve ficar esclarecido, contudo, que a irregularidade desses imigrantes, uma vez localizados em território nacional, não pode constituir óbice à obtenção de seus direitos fundamentais, especialmente no que tange aos direitos trabalhistas, segundo a proposta da presente pesquisa, já que esses direitos formam um patamar civilizatório mínimo que deve ser garantido a todo e qualquer trabalhador, independente de sua condição jurídica.

Destarte, como todo e qualquer trabalhador, também o imigrante indocumentado merece ter seus direitos trabalhistas garantidos, a fim de ter sua dignidade assegurada. Os contratos celebrados por esses imigrantes, entretanto, padecem de vício de objeto, uma vez que a falta de documentação do imigrante em condição irregular deveria, em tese, impedir o exercício de atividade remunerada. Assim, contratos estabelecidos com esses imigrantes são viciados, e mais ainda quando esses indivíduos são submetidos ao trabalho em condições análogas à escravidão. É essencial, portanto, buscar uma resposta para a tutela dos direitos dos imigrantes indocumentados na teoria das nulidades.

3.2. Teoria das nulidades

A presença dos imigrantes indocumentados que exercem atividade remunerada, no Brasil, traz à tona a questão sobre qual deve ser o tratamento direcionado a esses trabalhadores, ainda mais quando encontrados submetidos a trabalho em condições análogas às de escravos.

Se, por um lado, há a questão dos direitos fundamentais, dentre os quais está o direito ao trabalho, que deve ser garantido a toda e qualquer pessoa, por outro, há o fato de que esses estrangeiros encontram-se em situação irregular no Brasil, o que poderia constituir óbice à garantia desses direitos.

Para se analisar a questão da garantia, ou não, dos direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados, e se serão afetados os efeitos do contrato de emprego pela

²³⁰ CERQUEIRA (2009, p. 64)

condição de irregularidade desses imigrantes, é preciso recorrer à teoria das nulidades em perspectiva ampla (do direito comum) e também àquela desenvolvida pelo Direito do Trabalho.

3.2.1. Teoria civilista das nulidades

Os negócios jurídicos, para serem considerados válidos, requerem a presença de alguns elementos ditos essenciais, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável (art. 104, CC), além da forma prescrita ou não defesa em lei. A eventual ausência ou irregularidade de algum deles pode comprometer a existência ou validade do próprio negócio jurídico, sobre o qual será decretada a nulidade (em negócios absolutamente nulos) ou anulação (em negócios relativamente nulos), a depender do elemento que gerou o vício, em busca de se estabelecer o *status quo ante* e reparar a violação.

A nulidade absoluta²³¹ relaciona-se a vícios que ofendem preceitos de ordem pública, faltando um elemento substancial ao ato jurídico. É insanável e, portanto, o negócio jurídico não gera efeitos próprios, isto é, a decretação da nulidade absoluta opera efeitos *ex tunc* (retroativos). A nulidade relativa²³², ou anulabilidade, por sua vez, decorre de vícios menos graves, ofendendo interesses particulares de pessoas protegidas pelo legislador. Por tais motivos, é sanável, e a sua decretação possui efeitos *ex tunc*, ou seja, efeitos para o futuro (não retroage). Dessa forma, impera no direito comum o princípio de que ato nulo não produz nenhum efeito.

3.2.2. Teoria trabalhista das nulidades

Ao contrário da teoria civilista as nulidades, para a qual a nulidade gera efeitos retroativos com o objetivo de restaurar a situação fático-jurídica anterior, o Direito do Trabalho precisou construir uma teoria especial das nulidades com o fim de tratar da problemática das nulidades nos contratos individuais de trabalho.

O contrato individual de trabalho²³³, definido como “o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (art. 442, CLT), consiste num negócio jurídico bilateral, para o qual é imprescindível a presença dos elementos essenciais,

²³¹ Art. 166 e 167, CC

²³² Art. 171, CC

²³³ Antes de tudo, é importante destacar que, pelo fato de o Direito do Trabalho, no Brasil, ter sido construído em torno das relações empregatícias, dar-se-á destaque, no presente trabalho, à proteção justrabalhista dos imigrantes empregados, muito embora se reconheça que existem imigrantes no Brasil que se encontram envolvidos em prestações laborais que não configuram a relação de emprego, mas tão somente a prestação do trabalho.

mencionados anteriormente, além da vontade das partes. Sobre o tema, ensina Rodrigo Schwarz:

Ninguém pode, pois, ser compelido a ser empregado de outra pessoa, física ou jurídica, contra a sua vontade. A vontade ínsita à liberdade de escolha (contratar ou não contratar) é inerente, portanto, à formação do contrato de trabalho, ainda que, ordinariamente, a amplitude da autonomia da vontade das partes no âmbito do contrato individual de trabalho, esteja efetivamente limitada, quer em virtude da preponderância absoluta de preceitos imperativos da legislação social sobre a vontade das partes, quer em virtude de se evidenciar bastante restrita, ordinariamente, a liberdade de negociação a respeito das cláusulas do contrato individual de trabalho para o empregado, pois o trabalhador normalmente apenas pode optar por aderir ou não às cláusulas contratuais pré-constituídas pelo empregador²³⁴.

A nulidade é definida, por Mauricio Godinho Delgado, como a “invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa”²³⁵, podendo, como no direito comum, ser relativa (quando são feridas normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses estritamente individuais, privatísticos) ou absoluta (quando são feridas normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses que se sobrepõem aos meramente individuais, envolvendo uma tutela de interesse público concomitantemente ao privatístico referenciado).

Dentre os fatores que motivam a inaplicabilidade da teoria civilista das nulidades aos contratos individuais de trabalho, destaca-se: (a) é impossível repor ao trabalhador a energia despendida na prestação de trabalho, pois há de energia física e intelectual e, então, não há como restituir às partes contratantes o *status quo ante*²³⁶; (b) sendo o ato inválido, tanto o empregado quanto o empregador feriram a ordem jurídica com a celebração do contrato, de forma que, caso não fosse paga a devida indenização ao empregado, ocorreria enriquecimento ilícito do empregador²³⁷; e (c) há a prevalência da ordem jurídica em conjunto (também incluindo o texto constitucional) pelo valor-trabalho e pelos direitos trabalhistas, que “induz à construção de um critério de salvaguarda desse valor e

²³⁴ SCHWARZ (2011, p. 18)

²³⁵ DELGADO (2009, p. 477)

²³⁶ Além da impossibilidade da restituição da situação fático-jurídica anterior, Pedro Nicoli lembra que a contraprestação ao trabalho em regime de emprego dada pelas normas trabalhistas implica alguns efeitos que não sempre são traduzíveis em forma de prestação pecuniária, a exemplo das obrigações específicas da assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) (NICOLI, 2011, p. 138-139)

²³⁷ SCHWARZ (2011, p. 23). Nesse sentido, também, é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, pois a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador cria uma “(...) situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida – mesmo que parcialmente – com o reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. A medida que a prestação obreira já foi efetivamente quitada com o cumprimento dos serviços, surgiria como imoral enriquecimento sem causa do tomador a negativa de incidência sobre ele dos demais efeitos justralhistas da relação socioeconômica desenvolvida” (DELGADO, 2009, p. 479).

dos direitos que lhe são decorrentes quando em confronto com outros valores e normas que a mesma ordem jurídica também elege como relevantes²³⁸.

A teoria civilista das nulidades, se aplicada aos contratos trabalhistas, por excluir os efeitos de um negócio jurídico eivado de vício, resultaria em ataque direto ao polo hipossuficiente da naturalmente desbalanceada relação empregatícia (o empregado)²³⁹, motivo pelo qual se firma, no Direito do Trabalho, o princípio básico de irretroação de qualquer nulidade do contrato de emprego²⁴⁰.

Assim, o contrato nulo, para o Direito do Trabalho, produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade, cujos efeitos agirão somente para o futuro, não retroagindo para anular efeitos pretéritos decorrentes do contrato.

A teoria trabalhista das nulidades pode ser aplicada plena, restritivamente ou não aplicada, caso em que prevalecerá a teoria civilista. Sobre o tema, sustenta Pedro Nicoli:

(...) o trabalho prestado será ser avaliado tanto pela construção ética que patrocina ao indivíduo trabalhador quanto pela modificação e reflexos que promove na sociedade. De modo que a aplicação da teoria trabalhista das nulidades, que incorpora uma diretriz de proteção e positiva valoração jurídica, deve estar reservada a casos em que a nulidade verificada não comprometa a própria consistência ética do trabalho realizado. Esta consistência ética estará afastada, por exemplo, nos casos em que a atividade realizada é um ilícito penal, o que inviabiliza, em princípio, a consecução de uma finalidade virtuosa e socialmente edificante.²⁴¹

3.2.2.1. Aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades

O contrato individual de trabalho, como qualquer outro negócio jurídico, traz como requisito para sua validade o objeto lícito. Sobre idoneidade do objeto, discorre Ricardo Schwarz:

Para a sua validade, o contrato de trabalho deve ter objeto lícito, considerando-se ilícito o objeto que recair em ato tipificado como crime ou contravenção penal. (...) 'Na hipótese de possuir objeto ilícito, o contrato de trabalho não gerará efeitos; deixa-se de reconhecer quaisquer direitos ao trabalhador, a par do eventual enriquecimento ilícito do tomador de serviço'.²⁴²

²³⁸ DELGADO (2009, p. 479)

²³⁹ NICOLI (2011, p. 138)

²⁴⁰ Ibidem, p. 142

²⁴¹ Ibidem, p. 143

²⁴² SCHWARZ (2011, p. 20)

O trabalho lícito é aquele não defeso em lei. No entanto, o questionamento relacionado à aplicabilidade ou não da teoria trabalhista reside em diferenciar o trabalho ilícito do trabalho proibido.

No trabalho proibido, ou irregular, há desrespeito às condições especiais de trabalho devido a irregularidades vinculadas à pessoa do trabalhador. Isso significa dizer que, se ausentes tais condições, o trabalho será proibido. Não é um ilícito previsto na lei penal. Como exemplo de trabalho proibido há o prestado por menor de dezesseis anos em período noturno (contraria o disposto no art. 7, XXXIII, CF)

O trabalho ilícito, por sua vez, consiste em ato tipificado pelo Direito Penal. Nesses casos, “a atividade desempenhada, por não patrocinar o desenvolvimento ético do indivíduo e não agregar em termos sociais, é integralmente repudiada, não merecendo a especialidade tuitiva da teoria trabalhista das nulidades.”²⁴³

Sobre o a ilicitude do objeto do contrato de trabalho, diferencia-se, ainda, o contrato que tem como objeto uma prestação ilícita por si mesma do contrato de atividade lícita, mas que se presta a finalidade ilícita. No primeiro, há ilicitude no trabalho prestado (ex.: apontador de jogo do bicho, torturador, etc), sendo excluídos os direitos trabalhistas devido à inexistência da relação de emprego. No contrato de atividade lícita para fins ilícitos (ex.: porteiro de uma casa de prostituição), a relação de trabalho gera efeitos trabalhistas, não se falando em nulidade, mas em contrato de trabalho com plenos efeitos.²⁴⁴ Sobre a atividade com fins ilícitos, pontua Ricardo Schwarz:

Nos casos de exploração da prostituição, a prostituta não é coautora ou partícipe do crime em causa, pois não incorre na conduta penalmente tipificada; é, antes, a sua vítima; da mesma forma, nas hipóteses de exploração de trabalho com a redução de trabalhadores à condição análoga à de escravos, os trabalhadores não concorrem para o crime, mas são suas vítimas imediatas. Em ambos os casos, formar-se-ão vínculos empregatícios que podem e devem ser reconhecidos, sob pena de maior vulnerabilização da conduta ilícita patronal²⁴⁵

Do exposto, verifica-se que haverá aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades, por acato ao princípio do valor social do trabalho, sempre que se tratar de trabalho proibido (irregular), vinculado indiretamente a um ilícito penal ou com defeitos formais no contrato²⁴⁶, atribuindo-se ao contrato nulo os efeitos normalmente decorrentes de um contrato

²⁴³ NICOLI (2011, p. 145)

²⁴⁴ SCHWARZ (2011, p. 21-22)

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁴⁶ A aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades ocorre quando as nulidades afetarem a capacidade laborativa das partes

trabalhista válido. Diante da impossibilidade de retroação da prestação do serviço, a nulidade operará com efeitos *ex nunc*, isto é, para o futuro, a contar de quando foi decretada.

Por se entender que o defeito do negócio jurídico tem cunho particular, no sentido de não haver graves repercussões de ordem pública que justifiquem a exclusão de todos os efeitos pretéritos da relação trabalhista, é que se opta pela aplicação da teoria trabalhista das nulidades em detrimento da teoria civilista, que geraria prejuízo enorme ao trabalhador.

3.2.2.2. Aplicação restrita da teoria trabalhista das nulidades

Em alguns casos de nulidades trabalhistas, há extrema dificuldade no sopesamento dos bens jurídicos envolvidos.

Exemplo clássico dessa situação é a contratação de pessoal, pela Administração Pública, sem a prévia aprovação concurso público, em clara ofensa ao disposto no art. 37, II, §2º, CF. De um lado, estão o interesse público e os princípios de direito administrativo em oposição ao valor social do trabalho e a necessidade da proteção jurídica do trabalho efetivamente prestado.

Nesta ótica, Maurício Godinho Delgado leciona que “(...) à medida que os bens tutelados aproximam-se do interesse público (confrontando o valor trabalho a outro valor também de inquestionável interesse público), tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria justralhista especial.”²⁴⁷ O autor afirma, ainda, que a escolha pela aplicação plena ou pela inaplicação da referida teoria produziria escolhas excludentes, que não representariam o conjunto normativo e de princípios disposto pela Constituição Republicana.

Assim sendo, a jurisprudência (seguindo o entendimento doutrinário) tem optado por aplicar a teoria trabalhista das nulidades de forma restritiva, pela primazia do interesse público, em relação ao período de efetiva prestação de serviços, mas anulando o contrato devido à inobservância do concurso (que constitui a forma essencial). A Súmula nº 363, do Tribunal Superior do Trabalho, corrobora esse entendimento:

S. 363/TST: A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação

(ex.: trabalho prestado por menor de 16 anos - art. 7, XXXIII, CF) e a forma do contrato (ex.: caso dos contratos de emprego que tenham como elemento jurídico-formal a modalidade escrita, como o atleta profissional empregado – art. 3º, Lei nº 6.354/1976).

²⁴⁷ DELGADO (2009, p. 480)

pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

É concedido o pagamento pelas horas trabalhadas e os valores referentes a depósitos do FGTS porque se entende que o trabalhador contratado irregularmente teria “direito subjetivo à percepção da remuneração concernente ao período efetivamente trabalhado, sob pena de inaceitável enriquecimento sem causa do Poder Público”.²⁴⁸

3.2.2.3. Inaplicabilidade da teoria trabalhista das nulidades

Há, ainda, casos de nulidade que, embora se refiram aos contratos trabalhistas, afrontam bens sociais tão relevantes de forma que é negado qualquer efeito trabalhista decorrente do contrato, ganhando espaço, novamente, a teoria civilista das nulidades.

São os casos dos contratos que possuem objeto ilícito, como mencionado no tópico 3.2.1.1. Nesses casos, não há que se falar em valor social do trabalho, tutelado pela Constituição, mas somente em uma atividade que conspira direta e flagrantemente contra o interesse público, motivo pelo qual não merece, a qualquer fundamento, proteção alguma da ordem jurídica²⁴⁹.

É aplicada, então, a teoria civilista das nulidades, não havendo nenhuma repercussão trabalhista do contrato de trabalho.

3.2.3. Os direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados à luz da teoria trabalhista das nulidades

A compreensão da teoria trabalhista das nulidades e de suas formas de aplicação é essencial para que se encontre a forma mais adequada de tutelar os direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados.

O trabalho prestado pelo trabalhador imigrante indocumentado, isto é, sem o requisito necessário previsto pela legislação pátria (um visto que lhe permita o exercício de atividade remunerada) está sujeito a todas as nulidades já analisadas, em qualquer de seus elementos jurídico-formais. Em geral, o contrato de trabalho celebrado por estes trabalhadores, mesmo nos casos de sujeição ao trabalho em condições análogas às de escravo, está sujeito a um vício de objeto. Isso ocorre porque o imigrante, a fim de celebrar um contrato de trabalho no Brasil, deve portar um visto adequado, segundo o disposto no artigo

²⁴⁸ SCHWARZ (2011, p. 23-24)

²⁴⁹ DELGADO (2009, p. 481)

98, da Lei nº 6.815/80²⁵⁰. A ausência do visto configura, então, um vício no contrato de trabalho.

Como visto anteriormente, é necessário discernir se o vício configurado nessa relação de trabalho específica se trata de trabalho proibido ou trabalho ilícito, a fim de se identificar qual teoria das nulidades deverá ser aplicada, a civilista ou a trabalhista.

Embora exista a possibilidade de os imigrantes indocumentados exercerem atividades ilícitas e serem, portanto, sujeitos à teoria civilista das nulidades e também às sanções do Código Penal, dentre outras; em geral, a atividade por eles exercida é irregular (proibida), a exemplo dos bolivianos encontrados trabalhando em oficinas de costura na capital paulista. O fato de haver irregularidade na situação migratória, seja pelo ingresso clandestino (sem a devida documentação) no país, seja pela sua permanência após o vencimento do visto, “não contamina o objeto do contrato de emprego com ilicitude penal, mas tão somente com irregularidade formal”²⁵¹.

Destarte, por se tratar essencialmente de trabalho irregular (exceto em casos específicos), além de ser impossível o retorno ao *status quo ante*, tais relações de trabalho devem ser analisadas à luz da teoria trabalhista das nulidades, que deve incidir em sua forma plena.

No que diz respeito ao trabalho em condições análogas à escravidão, o objeto do contrato é ilícito, vez que afronta o disposto no art. 149 do Código Penal. Consequentemente, deverá incidir, nesses casos, a teoria trabalhista das nulidades, também de forma plena, pois os trabalhadores empregam sua mão de obra de forma lícita, embora a finalidade do contrato incorra em conduta delitativa. Por serem vítimas dos empregadores, esses trabalhadores merecem a retribuição de todos os efeitos decorrentes da relação trabalhista estabelecida.

Além de todo o exposto, cumpre ressaltar o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Muito embora o imigrante esteja em condição irregular e, assim, em tese, devesse ser impedido de exercer atividades laborativas no país, houve a permissão para o seu trabalho, que foi concedida pelo próprio empregador, de forma que a mera irregularidade de documentação desse imigrante não pode impedir que os efeitos do contrato de trabalho celebrado sejam reconhecidos.

²⁵⁰ Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

²⁵¹ NICOLI (2011, p. 148)

O Tribunal Superior do Trabalho²⁵² já reconheceu, em sede de recurso de revista, o direito aos efeitos de um contrato de trabalho celebrado com um imigrante indocumentado, reafirmando a primazia da realidade sobre o contrato e demonstrando que a inexistência do documento exigido por lei, embora configure irregularidade, não pode impedir que o trabalhador imigrante obtenha o que lhe é devido:

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO ESTRANGEIRO IRREGULAR NO BRASIL - INEXISTÊNCIA DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE DE QUE TRATAM OS ARTIGOS 359 DA CLT E 21, § 1º, DA LEI Nº 6.815/80 - NULIDADE DA CONTRATAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ARTIGO 3º DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA DO MERCOSUL, INCORPORADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NOS TERMOS DO DECRETO Nº 2.067/1996. Trata-se a presente controvérsia de se saber se há ou não nulidade da contratação de estrangeiro decorrente do fato de não ser ele portador de documento de identidade previsto pelos artigos 359 da CLT e 21, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Com efeito, são fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, "a dignidade da pessoa humana" e "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, III e IV, da Constituição Federal de 1988), bem como consta dentre seus objetivos fundamentais "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV), sendo ainda mais contundente a enunciação do princípio constitucional da isonomia, que se refere expressamente "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País" (art. 5º, caput) e igualdade em direitos e obrigações, salvo expressa disposição em lei (incisos I e II daquele mesmo artigo). Feitas essas considerações, e tendo-se em vista que seria absolutamente inconcebível que um contrato de trabalho envolvendo trabalhador brasileiro pudesse vir a ser judicialmente declarado nulo por causa da mera inexistência de um documento de identidade, é inequívoca a conclusão de que assiste razão ao Reclamante. Acrescente-se que, conforme indicado com precisão na revista, o artigo 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, cujos signatários são os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, celebrado em 1992 na cidade de Las Leñas, província de Mendoza, Argentina, e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 55, promulgado, por sua vez, pelo anexo do Decreto nº 2.067, de 12.11.96, dispõe que "os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, NAS MESMAS CONDIÇÕES DOS CIDADÃOS e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses" (grifos não constantes do original). Esclareça-se que o excelso STF, desde sempre o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da Constituição, tem tradicionalmente demonstrado uma sensibilidade para com o cumprimento de atos normativos editados em razão da conjuntura internacional que tenham reflexos nas relações trabalhistas internas, motivo outro pelo qual há que se reformar o r. decisum ora recorrido. Nesse sentido, e a título de ilustração, precedente da e. 2ª Turma daquele Augusto Pretório que julgou improcedente o pedido de reintegração de empregado italiano dispensado em razão de sua nacionalidade por força do Decreto nº 4.638/42, que permitia a rescisão do contrato de trabalho dos empregados "súditos das nações com as quais o Brasil rompeu relações diplomáticas ou se encontra em estado de beligerância" (STF-RE-33.938/DF, 2ª Turma, Rel. Minº

²⁵²BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 750094-05.2001.5.24.5555**. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06/09/2006. 6ª Turma, Data de Publicação: 29/09/2006. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=R%20-%20750094-05.2001.5.24.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAiW2AAB&dataPublicacao=29/09/2006&query=>

Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, DJU de 24.7.1957). Ainda como reforço de argumentação, tem-se que a eventual manutenção do v. acórdão do Regional implicaria uma dupla injustiça - primeiro com 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 CLT; 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. Finalmente, há que ser salientada a notória jurisprudência do excelso STF, segundo a qual os decretos que inserem tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro têm a mesma hierarquia das leis ordinárias, o que afasta, no particular, o entendimento deste c. Tribunal no sentido de que normas infralegais não se enquadram na hipótese do artigo 896, "c", da CLT. Nesse sentido, a título de ilustração, arestos do Pleno do excelso STF, nos termos da Súmula nº 401 daquele c. Tribunal (STF-ADIn-MC-1480/DF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Minº Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU de 18.5.2001, p. 429, e Ement. Vol. 2031-02, p. 213; STF-Ext-662/Peru, Extradicação, Rel. Minº Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU de 30.5.97, p. 23.176, e Ement. Vol. 1871-01, p. 15). Recurso de revista provido.

Além de decisões que confirmam o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho²⁵³, há outras²⁵⁴ que reconhecem a nulidade absoluta, o que geraria a inexistência do vínculo empregatício e afastaria a incidência da teoria trabalhista das nulidades.

No entanto, deve-se lembrar que existem poucos julgados no Brasil que tratam dos contratos de trabalho estabelecidos por imigrantes em condição irregular, justamente porque a maioria deles permanece na irregularidade e evita buscar a justiça com receio de serem deportados e perderem sua forma de sustento, ainda que esse trabalho seja precário e eventualmente até forçado.

Deve haver a sanção ao empregador de mão de obra irregular no país. No entanto, essa sanção não pode ser englobar o prestador de serviço, um imigrante que é, antes de qualquer coisa, uma vítima desse empregador inescrupuloso. Mais evidente ainda é essa situação nos casos de trabalho em condições análogas às de escravo.

Da análise dos elementos que se reúnem para compor a situação fático-jurídica do trabalho de imigrantes irregulares, a conclusão que se pode alcançar é a de que:

(...) não lhes pode faltar a proteção trabalhista, dada a preponderância da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Por esta razão, caso de entenda nula a contratação do imigrante irregular, a teoria trabalhista das nulidades, que preserva os efeitos próprios do contrato de emprego é aquela aplicável de maneira plena.²⁵⁵

²⁵³ SÃO PAULO, TRT da 15ª Região, Decisão 059148/2007, PATR, Rel. Des. Nildemar da Silva Ramos, publicada em 23.11.2007; RIO GRANDE DO SUL, TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário 00213-1999-731-04-00-9, Rel. Des. Manuel Cid Jardonº Publicado em 23.10.2001 e SÃO PAULO, TRT da 15ª Região, Recurso ordinário, Decisão 030245/2006 PATR, Relator Desembargador Ricardo Regis Laraia. Publicado em 23.6.2006.

²⁵⁴ SANTA CATARINA, TRT da 12ª Região, Acórdão 9762/2005 Rel. Juíza Ligia M, Teixeira Gouvêa. Publicado em 11.8.2005

²⁵⁵ NICOLI (2011, p. 151)

3.2.4. A visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 18, de 2003.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina, em seu art. 64, I, que os Estados membros da organização poderão consultar²⁵⁶ a Corte Interamericana sobre a interpretação da Convenção e de tratados relacionados à proteção dos direitos humanos.

Ciente disso, o México, em visível preocupação com a população imigrante que vive clandestinamente fora do seu país, cerca de 2.490.000 pessoas, após definir o tema da migração ilegal como uma das prioridades de sua política externa, solicitou um parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) acerca da condição jurídica e direito dos trabalhadores imigrantes que vivem em situação ilegal.²⁵⁷

Essa solicitação foi motivada por uma decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Hoffman Plastics Compounds, Inc. v. National Relations Board – NLRB* (de 27.3.2002), que declarou ilegal a prática administrativa da NLBR, uma “entidade federal competente para dirimir questões derivadas de contratos coletivos de trabalho, de determinar ao empregador o pagamento de indenizações trabalhistas a um trabalhador imigrante ilegal despedido por apoiar campanha para formar sindicato”.²⁵⁸ A NLBR não distinguia trabalhadores americanos e os imigrantes, regulares ou irregulares, para gozo dos direitos trabalhistas. Entretanto, a Corte Suprema entendeu que só eram devidos os salários pelo trabalho efetivamente realizado, ainda que o imigrante irregular fosse deportado, e não indenizações e outros direitos laborais.

Através da petição, o México, solicitou, ainda²⁵⁹:

(...) esclarecimentos sobre a obrigação dos Estados americanos de garantir a esses trabalhadores os princípios de igualdade jurídica, não-discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como a natureza que tais princípios jurídicos alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e de sua codificação.

Em resposta ao pedido formulado pelo Estado mexicano, a CIDH manifestou-se no sentido de que os Estados possuem a obrigação geral de respeitar e garantir

²⁵⁶ Sobre as opiniões consultivas proferidas pela CIDH, Antônio Celso Alves Pereira informa que elas constituem fontes jurisprudência de enorme importância para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus mecanismos de proteção no continente americano. (PEREIRA, 2006, p. 98)

²⁵⁷ PEREIRA (2006, p. 90)

²⁵⁸ Ibidem, p. 91.

²⁵⁹ Ibidem, p. 99.

os direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição, sob pena de haver responsabilidade internacional.²⁶⁰

Sobre os direitos trabalhistas do imigrante em situação irregular no país, afirmou-se que a pessoa, somente por exercer uma atividade remunerada, já é considerada um trabalhador, motivo pelo qual deve ter assegurados os direitos inerentes a essa condição, *in verbis*²⁶¹:

Art. 133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

Assim, a Corte entende que a condição de irregularidade do imigrante não pode constituir óbice à garantia de seus direitos humanos trabalhistas. Ainda sobre o tema, o Parecer traz a opinião da CIDH de que os Estados têm a obrigação de velar para que dentro de seu território sejam reconhecidos e aplicados os direitos trabalhistas estipulados pelo seu ordenamento, sejam determinados no âmbito internacional ou nacional. Além disso, os países são também responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas que terceiros que são prejudiciais aos trabalhadores migrantes, seja porque não são reconhecidos os direitos desses migrantes ou por algum tipo de discriminação.²⁶²

De extrema importância é, também, o artigo 157, no qual a CIDH menciona direitos que, embora sejam fundamentais, normalmente não são assegurados aos trabalhadores imigrantes:

Art. 157. En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical,

²⁶⁰ PEREIRA (2006, p.103)

²⁶¹ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acesso em: 21.7.2013

²⁶² Ibidem, art. 153.

negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización²⁶³ Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Na Opinião Consultiva nº 18/03, ressaltando os princípios da igualdade perante a lei e da não discriminação como princípios de direito cogente²⁶³, a CIDH universalizou a proteção ao trabalho, que deve alcançar todos os trabalhadores irrestritamente. Dessa forma, determinou que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância de tais direitos às suas políticas públicas²⁶⁴. Este é o entendimento declarado no artigo 134 do Parecer:

Art. 134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Verifica-se, assim, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos segue por um caminho evoluído no que diz respeito à tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes. O destaque é dado para a questão dos imigrantes indocumentados que, no Brasil, assim com em diversos outros países, não possuem seus direitos trabalhistas assegurados. A Opinião Consultiva nº 18/03 apresenta-se, então como um norte a ser seguido pelo Estado brasileiro no tratamento dos imigrantes indocumentados e suas respectivas relações de trabalho.

3.3. Perspectivas e desafios para proteção dos imigrantes indocumentados

O atual Direito Internacional dos Direitos Humanos não admite a minimização ou vulneração dos direitos fundamentais dos imigrantes, ainda que eles estejam em condição irregular em um país.

²⁶³ Nesse sentido o art. 85 da Opinião Consultiva: “El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana erga omnes, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (v.g., los empleadores), en las relaciones interindividuales. El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación, por ser este un principio de derecho internacional general, y del jus cogens, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados”.

²⁶⁴ PEREIRA (2006, p. 109)

Entretanto, apesar de a dignidade da pessoa humana ser princípio basilar do Estado Democrático de Direito, consolidada na Constituição Federal de 1988, na prática, observam-se diversas situações em que ela é violada. No que diz respeito aos imigrantes indocumentados, essas ofensas são uma realidade recorrente, especialmente em relação ao valor trabalho, maculado de diversas formas, principalmente pelo trabalho em condições análogas à escravidão.

É necessária mudança na mentalidade, a partir da modificação da legislação vigente que trata dos direitos dos estrangeiros no Brasil, incorporando as determinações internacionais acerca da proteção dos direitos humanos dos imigrantes, independente de sua condição jurídica.

Em relação, especificamente, aos imigrantes provindos de países vizinhos, o Brasil firmou alguns acordos, dentre os quais se destacam os Acordos sobre Facilitação para o Ingresso e Trânsito de seus Nacionais em seus Territórios, assinado entre Brasil e Peru (10.2.2004) e Brasil e Bolívia (16.9.2005); e o Acordo de Regularização Imigratória, uma espécie de anistia bilateral, firmado entre o Brasil e a Bolívia, válido para cidadãos de ambos os países e respectivas famílias, que ingressaram no território do outro país até 15.8.2005 (data de assinatura do acordo) e nele permanecem em situação migratória irregular. Sobre o direito do trabalho, esse Acordo determina que:

Art. 6, II: Os imigrantes regularizados na forma deste Acordo gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos às mesmas obrigações de natureza laboral em vigor para os trabalhadores nacionais do Estado receptor e da mesma proteção no que se refere à aplicação das leis relativas à higiene e à segurança do trabalho.²⁶⁵

Na jurisprudência, por sua vez, já se percebe alguma evolução tendente ao reconhecimento do valor dos direitos humanos e à preservação da dignidade dos migrantes, bem como a execução de uma ação mais combativa contra o trabalho escravo dos imigrantes irregulares.²⁶⁶

3.3.1. Proposta do novo estatuto do estrangeiro

Como mencionado anteriormente, o atual Estatuto do Estrangeiro traz disposições anacrônicas, em total desacordo com o novo paradigma estabelecido para a tutela dos direitos dos migrantes, traduzido em diversos diplomas internacionais e também na Constituição Federal de 1988.

²⁶⁵ <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/acordo-de-regularizacao-migratoria-brasil-bolivia.htm>. Acesso em: 18.7.2013.

²⁶⁶ FARENA (2012, p. 161)

Já existe o projeto de lei nº 5.655/2009, que objetiva substituir o atual Estatuto dos Estrangeiros. Esse projeto apresenta algumas diferenças sensíveis em relação a atual Lei dos estrangeiros, como pode se observar na redação do seu art. 3º:

Art. 3º - A política nacional de migração contemplará a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular.

O artigo 2º do anteprojeto, além de manter os conceitos de defesa dos interesses nacionais e do mercado interno de trabalho, prevê que a aplicação da lei deverá se nortear, dentre outros aspectos, pela defesa do trabalhador nacional e pela garantia dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, o que é criticado por Maritza Farena, pois a defesa do trabalhador nacional poderia levar justamente à exploração da mão de obra estrangeira, incrementando o tráfico de pessoas. Sobre o artigo 4º²⁶⁷, pontua a autora:

O anteprojeto faz bem ao assegurar expressamente no art. 4º os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e faz melhor ainda destacando os principais direitos garantidos. Mas, incorre no pior erro possível, nesse mesmo artigo, ao restringir a aplicação desses direitos apenas aos residentes ou temporários, permitindo uma interpretação que exclui todos os migrantes que não portam documento de residência. Além de não caber à Lei fazer interpretação restritiva da Constituição, vai na contramão de toda a evolução nacional e internacional, em termos da proteção dos direitos humanos.²⁶⁸

Por outro lado, o art. 42 do anteprojeto representa um avanço no que diz respeito à proteção dos imigrantes contra o tráfico de pessoas, ao prever a concessão de residência temporária ao estrangeiro, vítima de tráfico, e a isenção de sanções, como a deportação:

Art. 42. O Ministério da Justiça poderá conceder residência temporária ao estrangeiro, vítima de tráfico de pessoas, independentemente de sua situação migratória.

§ 1º A residência temporária será concedida por até um ano.

§ 2º No caso da vítima que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação ou o processo criminal, a residência temporária poderá ser prorrogada, por igual período, enquanto durar o feito, podendo ser transformada em permanente.

²⁶⁷ Art. 2º - A aplicação desta Lei deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, sócio-econômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais.
Art. 4º - A política imigratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional.

²⁶⁸ FARENA (2012, p. 164)

(...) § 5º A vítima do tráfico de pessoas, em situação migratória irregular, não será responsabilizada pelas infrações administrativas previstas nesta Lei, nem será deportada ou repatriada.

Além disso, o art. 157 propõe a tipificação do crime de promoção, intermediação ou facilitação da entrada irregular de estrangeiro ou viabilização sua estada no território nacional, com a finalidade de auferir, direta ou indiretamente, vantagem indevida. Esse delito, que caracteriza conduta ligada ao tráfico de pessoas, seria incluso como art. 149-A no Código Penal Brasileiro.

Embora se admita que o anteprojeto assume “uma postura mais aberta, verossímil e democrática no trato com os fluxos migratórios”²⁶⁹, diversos são os pontos criticados. São apresentadas, então, mudanças ao texto original, buscando deixá-lo mais coerente com a realidade migratória e a evolução do direito dos migrantes, demonstrada tanto no texto constitucional quanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sobre o tema, de grande importância são as observações de Rosita Milesi, ao propor que as modificações a serem feitas no anteprojeto se norteiem por alguns princípios básicos, quais sejam: (a) a lei seja denominada Lei de Migração e Naturalização (e não Lei de Estrangeiros); (b) a tutela e promoção dos Direitos Humanos dos Migrantes seja o eixo norteador da lei; (c) haja valorização da presença dos imigrantes no Brasil; (d) sejam superados os enfoques economicistas ou seletivos; (e) haja a criação de espaços de diálogo e interlocução, no respeito às liberdades fundamentais; (f) sejam denunciados e punidos todos os crimes contra os estrangeiros; e (g) proteção aos trabalhadores migrantes, em especial dos seus direitos humanos²⁷⁰. Além disso, a autora entende que deve ser buscada a cidadania universal dos migrantes, que:

(...) não pode diferir daquela de que é portador o cidadão nacional, configurada no conjunto de direitos inalienáveis, intrínsecos ao ser humano, cujo respeito e proteção não podem divergir por que a pessoa nasceu aqui ou ali, ou porque é portadora desta ou daquela nacionalidade. É o patamar da dignidade humana que ninguém e nenhum país têm o direito de violar ou subestimar²⁷¹.

Em relação à questão dos brasileiros emigrantes, a autora defende, ainda, que o Estado brasileiro deve agir para eliminar as causas que obrigam o indivíduo a emigrar,

²⁶⁹ NICOLI (2011, p. 100)

²⁷⁰ MILESI (2005, p. 1-7)

²⁷¹ MILESI (2007, p. 12)

levando em consideração, para tanto, as questões sociais, econômicas e políticas da conjuntura do País.²⁷²

3.3.2. Sobre o trabalho em condições análogas às de escravo

Com a finalidade de erradicar a prática do trabalho em condições análogas à escravidão no país, algumas medidas podem ser tomadas, em conjunto com a atuação dos órgãos do Estado brasileiro e da sociedade civil.

A Portaria 540/2004 criou a “Lista Suja”, na qual o nome do empregador deve ser incluído, após o devido processo administrativo, com o objetivo de impedi-lo de obter e/ou manter financiamento público da atividade produtiva privada. A divulgação desses nomes gera uma preocupação nos empresários, que não desejariam ter em sua cadeia de produção ou de fornecedores, empresas que utilizam mão de obra escrava. Na mesma ótica, os consumidores preocupam-se cada vez mais em consumir produtos que possuem selos de qualidade, os quais demonstram respeito da empresa ao meio ambiente e aos direitos humanos.²⁷³

Lívia Miraglia frisa, ainda, a atuação de organizações como a ONG Repórter Brasil, a Comissão Pastoral da Terra e a OIT brasileira, que “mantêm programas de erradicação do trabalho escravo, de conscientização da sociedade civil e de reinserção dos trabalhadores libertos”²⁷⁴.

Quanto ao papel do judiciário trabalhista, destacam-se as enormes indenizações por danos morais atribuídas àqueles que cometem a conduta ilícita e a busca pela responsabilização dos grandes conglomerados econômicos, que tentam evitar a incidência dessas indenizações ao argumento de que suas relações com os empreendimentos diretamente responsáveis são “meramente comerciais”.

De todo o exposto, observa-se que é necessário incorporar ao ordenamento jurídico nacional os direitos humanos dos imigrantes consagrados nos diplomas internacionais. Nessa ótica, de extrema importância, para o Brasil, é a ratificação da Convenção nº 143 da OIT, por tratar diretamente da proteção dos direitos dos imigrantes que se encontram em situação irregular. Mais do que reconhecer esses direitos, é necessário efetivá-los, o que é uma realidade também no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo, o que só será possível mediante esforços da sociedade em conjunto com o Estado

²⁷² Idem.

²⁷³ MIRAGLIA (2008, p. 158-159)

²⁷⁴ Ibidem, p. 159.

brasileiro, no sentido de reconhecer a condição de humanidade desses estrangeiros acima de qualquer outra situação.

Por fim, muito apropriada é a conclusão de André de Carvalho Ramos, ao afirmar que:

(...) é necessário o enfrentamento da situação jurídica do estrangeiro imigrante econômico. Até que seja adotada solução idêntica a dos refugiados (direito de ingresso), urge que sejam reconhecidos os demais direitos a tais trabalhadores mesmo que em situação irregular, em especial o direito de acesso à justiça, assistência jurídica integral e todos os direitos laborais, para que não sejam submetidos a tratamento degradante e exploração na prestação de serviços. Caso contrário, há até o estímulo ao tráfico de seres humanos, pois os estrangeiros irregulares serão sempre fonte barata de mão de obra, alvo fácil de quadrilhas e empresas diversas²⁷⁵.

Assim, o reconhecimento do imigrante indocumentado como sujeito de direito fundamentais, acima de sua condição de irregular, traz a valorização do direito do direito fundamental ao trabalho e, conseqüentemente, consiste em forma de combate à exploração do trabalho em condições análogas à escravidão.

²⁷⁵ RAMOS (2010, p. 745)

CONCLUSÃO

A migração acompanha os seres humanos desde os primórdios da humanidade e, em geral, ocorre pela busca de melhores condições de vida.

Atualmente, os ciclos migratórios dirigem-se aos países desenvolvidos, como ocorria antigamente, e também em direção aos países em desenvolvimento, dentre os quais está inserido o Brasil, que atrai imigrantes africanos, orientais e latino-americanos, com destaque para Argentina, Paraguai, Chile e Uruguai e Bolívia, principalmente.

Esses imigrantes saem de seus países de origem na expectativa de melhoria de vida e buscam, para isso, um trabalho que lhes permita viver de forma digna. São atraídos por promessas de bons salários e empregos decentes. Normalmente, investem suas únicas economias em pessoas que se oferecem para ajuda-los na travessia para o Brasil, que é feita de forma clandestina, já que preencher todos os requisitos exigidos para o ingresso legal e que estão previstos na lei brasileira é praticamente impossível para trabalhadores com pouca ou nenhuma especialização. Chegando ao país, são submetidos a trabalho em condições degradantes, muitas vezes forçado, configurando o que atualmente se denomina trabalho em condições análogas às de escravo.

A análise da legislação nacional pertinente ao tema demonstra que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma norma que trate especificamente dos chamados imigrantes indocumentados (imigrantes em condição de irregularidade). Verificou-se que diversas vezes esses imigrantes não buscam seus direitos na justiça devido ao desconhecimento da lei, sem contar que têm receio de serem deportados e voltarem à condição de miséria em que viviam em seus países de origem, muitas vezes piores até que as condições de trabalho forçado às quais são submetidos no território brasileiro. Assim, observa-se que esses imigrantes são duplamente “punidos”: a primeira punição seria a submissão ao trabalho em condições análogas à escravidão e a segunda, a deportação, que ocorre caso sejam descobertos pelas autoridades brasileiras.

Além disso, em princípio, caso o trabalhador invoque seus direitos na justiça, não lhe seria garantido nenhum efeito da relação trabalhista estabelecida, já que é uma relação que contém vício de objeto devido à ausência da documentação exigida para o estabelecimento de um contrato de trabalho remunerado.

Essa visão, entretanto, mostra-se totalmente ultrapassada. A análise dos diplomas internacionais referentes aos imigrantes e ao trabalho escravo demonstra que impera a dignidade da pessoa humana sobre qualquer outra condição. Desta maneira, os direitos

humanos devem ser garantidos a todas as pessoas, independente de sua condição de irregularidade ou não em um país.

Por tal motivo, com o fim de se garantir os direitos trabalhistas fundamentais aos imigrantes indocumentados, propõe-se a análise da questão sob a ótica da teoria trabalhista das nulidades que, ao contrário da teoria das nulidades do direito comum, anula o contrato viciado, mas só opera com efeitos para o futuro (*ex nunc*), uma vez que não é possível restaurar o *status quo ante* em razão da impossibilidade da restituição da força de trabalho despendida. A preferência por essa teoria se dá, também, com o objetivo de se evitar o enriquecimento ilícito do empregador e se privilegiar o valor social do trabalho, erigido fundamento da Republica Federativa do Brasil.

A aplicação da teoria das nulidades trabalhista, entretanto, não soluciona a questão dos imigrantes indocumentados, mas tem atuação suplementar na defesa de seus direitos fundamentais. Isso porque a maioria desses imigrantes não interpõe ações individuais buscando garantir os seus direitos trabalhistas, seja pelo desconhecimento da lei, seja pela desconfiança nas instituições oficiais brasileiras. Dessa forma, a participação de uma organização sindical é essencial para a defesa dos direitos desses estrangeiros na via judicial.

A presente pesquisa demonstra, finalmente, que é necessário atualizar o ordenamento jurídico brasileiro, mediante a elaboração de uma nova lei para reger os direitos dos estrangeiros, que prime, assim como determinado na Constituição Federal de 1988, pela dignidade da pessoa humana, a despeito dos valores da soberania, seguridade nacional e estabilização econômica do país.

Ademais, seguindo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciado na Opinião Consultiva nº 18, de 2003, devem ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio os outros diplomas internacionais que privilegiam a condição de humanidade do imigrante (a exemplo da Convenção nº 143 e da Convenção de 1990²⁷⁶), corroborando o entendimento mais atual do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, as já adotadas medidas de combate ao trabalho em condições análogas à escravidão, no Brasil, devem ser estendidas aos imigrantes, com o fim de se excluir essa forma repugnante de exploração da mão de obra dos seres humanos.

Como última observação, destaque-se que o objetivo do presente trabalho não é pleitear a inexistência de fiscalização e controle da imigração, pois se reconhece que este controle relaciona-se à soberania, inerente a qualquer Estado. Entretanto, pugna-se pelo

²⁷⁶ Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias

desenvolvimento de políticas que prestigiem a dimensão humana envolvida nas migrações irregulares²⁷⁷.

²⁷⁷ NICOLI (2011, p. 119)

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21.7.2013

_____. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: 21.7.2013

_____. **Estatuto do Estrangeiro**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 21.7.2013

_____. **Projeto de Lei nº 5.655/2009**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=57189BE3CB57F9D558803515D057DA58.node1?codteor=674695&filename=PL+5655/2009>. Acesso em 21.7.2013.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. EMPREGADO ESTRANGEIRO IRREGULAR NO BRASIL - INEXISTÊNCIA DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE DE QUE TRATAM OS ARTIGOS 359 DA CLT E 21, § 1º, DA LEI Nº 6.815/80 - NULIDADE DA CONTRATAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ARTIGO 3º DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA DO MERCOSUL, INCORPORADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NOS TERMOS DO DECRETO Nº 2.067/1996. **Recurso de Revista 750094-05.2001.5.24.5555**. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 06/09/2006, 6ª Turma, Data de Publicação: 29/09/2006. Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20750094-05.2001.5.24.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAiW2AAB&dataPublicacao=29/09/2006&query=>>>

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**. Belém/PA: abril, 2004. Disponível em:
<http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/documentos/estudos_academicos.php> Acesso em: 21.7.2013

_____. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho : trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. **Relatório final da comissão parlamentar de inquérito para apurar a exploração de trabalho análogo ao de escravo**. São Paulo, fevereiro de 2006. Disponível em: http://www1.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf Acessado em: 13.7.2013

CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso. **O Tráfico de Pessoas à Luz da Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 7, v. 7, n. 7, p. 37-49, 2006/2007

CERQUEIRA, Sara Lúcia Moreira de. **A relação justralhista dos imigrantes**: análise necessária a partir da perspectiva dos Direitos Humanos. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias.%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acesso em: 21.7.2013

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-18/03**. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 21.7.2013.

CUNHA, Guilherme da. **Migrantes e Refugiados: Marco Jurídico e Estratégia no Limiar do Século XXI**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/migrantes/artigo20.htm>. Acesso em: 13.7.2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006a.

_____. **O trabalho enquanto suporte de valor**. In: Revista de Faculdade de Direito da UFMG – Belo Horizonte, n. 49, p. 63-80, jul-dez, 2006b.

_____. **A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho**. In: Revista LTr – São Paulo, vol. 72, nº 05, maio, 2008.

_____. **Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário**. In: Revista LTr – São Paulo, vol. 74, nº 03, março, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves; NOGUEIRA, Katiusca Melo Nogueira; RIOS, Samara Eller. **Instrumentos jurídico-institucionais para a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 14, p. 45-70, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Por que trabalho escravo?** Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 14, n. 38, p. 31-50, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Trabalho Análogo à Condição de Escravo e Degradante: antítese do trabalho decente**. In: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, v. 19, n. 224, fev, 2008. p. 7-15

HENRIQUE, Luciana da Costa Aguiar Alves. **Da admissão, entrada e impedimento**. In: FREITAS, Vladimir de Passos (org.). **Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. **Trabalho Escravo: Grave Violação de Direitos Humanos**. In: Boletim dos Procuradores da República, nº 66, ano VI, março, 2005 p. 16-17

MACHADO, José Manoel. **Trabalhadores estrangeiros escravizados no Brasil e tutela de seus direitos à luz dos direitos humanos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1097, 3 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8597>>. Acesso em: 13.7.2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa**. In: Revista jurídica virtual, v. 1, n. 4, ago. 1999.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). Proteção Internacional dos direitos humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 481-494

MILESI, Rosita. **O Estatuto do Estrangeiro e as medidas compulsórias de Deportação, Expulsão e Extradição**. Maio, 2004. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>>. Acesso em: 21.7.2013

_____. **Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos**. Maio, 2007. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>>. Acesso em: 21.7.2013

_____. **Reflexões em termos de Princípios sobre o Anteprojeto de Lei de Estrangeiros**. Out, 2005. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>>. Acesso em: 21.7.2013

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Rafael de La Torre. **Trilha da Costura: Flexibilidade Laboral ou Escravidão**. CODE/IPEA, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area1/area1-artigo9.pdf>>. Acesso em: 21.7.2013

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combate ao Trabalho Forçado**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/trabalho-forcado/oit/relatorio/perguntasrespostas.pdf>> Acesso em: 22.7.2013

_____. **Não ao trabalho forçado, Relatório global do seguimento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e direitos fundamentais no trabalho**. Genebra: OIT, 2001.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Os direitos do trabalhador imigrante indocumentado à luz da opinião consultiva 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH**. In: TIBÚRCIO, Carmem e BARROSO, Luís Roberto (org.). O direito internacional contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85-109.

PLA RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. por Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano**. 2013. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em: 22.7.2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 721-745.

ROSSI, Camila, e SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo é uma realidade também na cidade de São Paulo**. 2005. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2005/04/trabalho-escravo-e-uma-realidade-tambem-na-cidade-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 21.7.2013.

SALADINI Ana Paula Seffrin. **Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado - Centro de Ciências Sociais aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

_____. **Dignidade da (pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional** – algumas aproximações e alguns desafios. In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais - Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPODIVM, 2012, v. 1, p. 243-263.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **Breves anotações sobre as convenções fundamentais da OIT**. In: LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette. O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005 – p. 94 - 112

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Contrato de Trabalho e Nulidades: Breves Apontamentos sobre o Trabalho Ilícito, o Trabalho Proibido e Seus Efeitos Trabalhistas**. In: Revista Síntese Trabalhista, nº 262, abril, 2011.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2001, p. 289-290.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Os direitos humanos do trabalhador**. In: Revista do TST, Brasília, v. 73, n. 3, jul/set, 2007.

TIBURCIO, Carmen. **A condição jurídica do estrangeiro na constituição brasileira de 1988**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 747-769