XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

LUIZ EDUARDO GUNTHER

CANDY FLORENCIO THOME

SANDRO LUNARD NICOLADELI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Candy Florencio Thome, Luiz Eduardo Gunther, Sandro Lunard Nicoladeli – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-365-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS ATORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O evento ocorreu no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016, na capital do Estado do Paraná.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezesseis artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento. Além disso, investiga a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, assim como temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores pelos impressionantes trabalhos e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de enriquecedores debates no Congresso que se avizinha.

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther - TRT

Profa. Dra. Candy Florencio Thome - USP

Prof. Dr. Sandro Lunard Nicoladelli - UFPR

O PADRÃO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO BRASIL

THE EXISTENTIAL MINIMUM STANDARD TO GUARANTEE THE DIGNITY OF THE IMMIGRANT WORKER IN AN IRREGULAR SITUATION IN BRAZIL

Daniel Allan Miranda Borba [1]

Resumo

Com o crescimento econômico registrado no Brasil nos últimos anos houve um aumento considerável no fluxo migratório, acompanhado de diversos casos de emprego informal, exploração desumana, desemprego, além dos inúmeros casos de trabalho em condição análoga a de escravo. Com base no conceito universal de dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho digno, este artigo tem como objetivo fornecer elementos para a construção de um padrão mínimo existencial aplicável ao trabalhador imigrante em situação de irregularidade no Brasil, através da análise dos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional aplicáveis ao caso.

Palavras-chave: Imigrante, Estatuto do estrangeiro, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

With the economic growth registered in Brazil in recent years there has been a considerable increase in migratory flows, accompanied by several cases of informal employment, inhuman exploitation, unemployment, in addition to numerous cases of work in conditions analogous to slavery. Based on the universal concept of human dignity and the right to decent work, this article aims to provide elements for the construction of an existential minimum standard applicable to migrant workers in irregular situation in Brazil, through the analysis of ratified international documents in Brazil, the Federal Constitution and the infra-constitutional legislation applicable to the case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Immigrant, Foreign's statute, Public policies

[1] é mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, professor de Direito do Centro Universitário - CESMAC, e Procurador do Município de Maceió.

Introdução

A migração internacional é um fenômeno antigo e que continua se intensificando com o passar do tempo. Configura-se como o deslocamento de populações entre continentes e oceanos, seja por estarem escapando de perseguições, pobreza, desastres naturais, guerras, buscando novas oportunidades de vida, entre outras questões que forçam ou incentivam as pessoas a deixar o seu país de origem (BOUCAULT, 2003, p. 3-4).

O Brasil, como um país relativamente novo, sofreu migrações ao longo de toda a sua formação, desde o seu descobrimento vem sendo povoado pelas mais diversas nacionalidades. Com o crescimento econômico registrado nos últimos anos, este fluxo foi intensificado, segundo dados da Polícia Federal, enquanto em 2003 entraram pouco mais de 23 mil, em 2015 este número ultrapassou os 117 mil, contando com aproximadamente um milhão de estrangeiros, os bolivianos lideram o ranking com mais de 105 mil (2016).

Não obstante os diversos motivos existentes, o trabalho é "a grande força motriz das imigrações no plano internacional", além de ser o "mais significativo canal de contato com a sociedade receptora" e o ponto gerador das compatibilizações, conflitos e perplexidades, ainda mais em virtude da especial situação de vulnerabilidade dos imigrantes promovida pela legislação, pelas políticas públicas migratórias e pela realidade, que registra diversos casos de emprego informal, exploração desumana ou mesmo desemprego, além dos inúmeros casos de trabalho em condição análoga a de escravo (NICOLI, 2011, p. 24-26).

Situação que se agrava quando o imigrante não possui autorização para o trabalho no Brasil por estar em condições de irregularidade, o que propicia ainda mais as explorações tratadas acima.

Com base no conceito universal de dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho digno, este artigo tem como objetivo fornecer elementos para a construção de um padrão mínimo existencial aplicável ao trabalhador imigrante em situação de irregularidade no Brasil, através da análise dos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional aplicável à matéria.

Para tanto, é necessário primeiro delimitarmos o objeto de estudo, com a conceituação do imigrante em condição de irregularidade. Neste momento, será analisado o sistema normativo internacional e interno de proteção deste sujeito. Em seguida, trataremos sobre a dignidade da pessoa humana sob o aspecto da universalidade, além da análise da titularidade dos direitos fundamentais aplicáveis a este sujeito. Após, faremos análise do padrão mínimo

existencial construído pela doutrina pátria, bem como da sua aplicabilidade no caso dos imigrantes irregulares, no sentido de verificar qual o conjunto mínimo de direitos a ser aplicado para este sujeito. Por fim, verificaremos qual a tônica no Brasil das políticas públicas voltadas à garantia da dignidade dos trabalhadores imigrantes.

Para alcançar os objetivos aqui propostos, realizaremos pesquisa bibliográfica, onde serão utilizadas as mais diversas fontes, desde a análise minuciosa da bibliografia, legislação nacional e internacional, até revistas, jornais, sites na internet, tudo em obediência às normas da ABNT.

1 Imigrante: noções conceituais

Antes de iniciar a análise do padrão mínimo existencial aplicado aos trabalhadores imigrantes em situação de irregularidade, é importante trazer algumas considerações com o intuito de delimitar o tema, uma vez que diversos são os termos empregados para designar o migrante, em especial, encontramos as expressões "estrangeiro", "imigrante", "emigrante", "refugiado", "asilado", entre outros.

A expressão estrangeiro tem uma dimensão negativa, por não se identificar com determinado grupo (NICOLI, 2011, p. 22-24). É o termo mais abrangente, o gênero, inclusive utilizado pela Constituição de 1988 para fins de titularidade dos direitos fundamentais, subdividindo-o em permanente, como o imigrante e o refugiado, ou não permanente, como um turista, por exemplo.

Não obstante a distinção dada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal ampliou a titularidade dos direitos fundamentais para estrangeiros não residentes em algumas decisões (HC 94.016/2009; HC 97.147/2010; HC 94.477/2012), é bem verdade que em sua maioria tratam de questões processuais e de liberdade, o que amplia a ideia da necessidade de respeito aos direitos fundamentais de forma indistinta.

Percebemos que na literatura e foros internacionais vêm prevalecendo o termo genérico "migrante", uma vez que hoje já não existe aquela dicotomia entre países emissores e receptores de migrantes, pois todos os países, em geral, vêm sendo afetado pelo fenômeno migratório em certa medida, razão pela qual, progressivamente não se utiliza mais o prefixo "e" e o "i" para a tradicional distinção de imigrante como aquele que ingressa em um determinado país que não o seu de origem, e emigrante para se referir ao seu nacional que sai de seu país para outro (FARIA, 2015, p 37-38).

No entanto, tendo os fins propostos por este artigo, manteremos a tradicional distinção preservando o termo imigrante, será abordada tão somente a condição do sujeito que deixa o seu país de origem tendo como objetivo se estabelecer de forma permanente no Brasil.

Para Nicoli, imigrante é o estrangeiro que tem uma intenção de permanecer, de se inserir na sociedade, o que modifica a sua condição legal, por construir bases sólidas ao casar, ter filhos, trabalhar, ou seja, estabelecem diversas relações jurídicas, contraindo direitos e obrigações (2011, p. 22-24).

Fique claro que este artigo não trata sobre a questão do refugiado, que são aqueles indivíduos que "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país", nos termos da Lei nº 9.474/1997.

Também não trata sobre o asilado, que, diferentemente dos refugiados em que sua perseguição possui um viés coletivo, são os sujeitos perseguidos em seus países por questões políticas, religiosas ou raciais através de um enfoque mais individual, conforme artigo 4º, X, da Constituição Federal e Lei nº 6.815/1980 (SAMPAIO, 2013, p. 604).

Apesar dos diversos problemas quanto à efetividade destas regulamentações, estas duas últimas espécies de estrangeiros possuem um conjunto de políticas públicas destinadas à garantia de sua dignidade, com diversos documentos tanto na ordem internacional como na interna, razão pela qual, optamos por tratar apenas de uma espécie de imigrante que não possui um estatuto tão avançado e que é tema de constantes casos de exploração no Brasil: o trabalhador imigrante em situação de irregularidade.

Segundo Geronimi, o imigrante em situação irregular ou não documentado, é aquele que se movimenta internacionalmente sem atender a legislação do país receptor, é uma violação da legislação nacional ou delito a depender do ordenamento. Os casos mais comuns são: entrada sem o visto ou a documentação exigida; expiração do visto após a autorização de entrada; entrada regular, mas com trabalho sem uma autorização específica; e rejeição do requerimento de asilo sem deixar o país (2002, p. 4).

Encontramos também as expressões clandestinos ou ilegais, no entanto, não serão utilizados neste artigo por entendermos que traz uma visão distorcida, exprime uma noção de criminoso e viola os direitos humanos, além do poder simbólico de acirrar as distinções entre nacionais e estrangeiros e contribuir com a cultura de preconceito (NICOLI, 2011, p. 27-28).

Para Delgado, o conjunto normativo a ser aplicado no caso de algum conflito, tanto no caso dos trabalhadores nacionais, como no dos imigrantes, é o brasileiro, uma vez que o Direito do Trabalho, em função do princípio da soberania, segue o critério da territorialidade, no que assegura a aplicação da legislação nacional dentro do país (2015, p. 229).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 traz diversos princípios fundamentais de ordem universal aplicáveis ao caso do trabalhador imigrante em situação irregular, e já em seu artigo 1º, traz como fundamentos o respeito à dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a soberania. Como objetivos, temos em especial o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV). Sem esquecer os princípios das relações internacionais como independência nacional e prevalência dos direitos humanos (art. 4º).

Chama mais atenção o seu artigo 5º, que assegura igualdade de tratamento entre brasileiro e o estrangeiro residente no país, bem como da necessidade de respeito aos direitos fundamentais. Sem contar os diversos direitos sociais previstos de forma indiscriminada nos artigos 6º ao 11. Por fim, ainda traz o pleno emprego como princípio da ordem econômica e financeira (art. 170).

De outra banda, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, principal diploma brasileiro de proteção laboral, traz um capítulo inteiro sobre a nacionalização do trabalho (art. 352/371). Trata de um conjunto normativo criado em um complexo período ditatorial que levou em consideração a soberania no seu conceito mais tradicional, com o objetivo de proteger a mão-de-obra nacional da invasão estrangeira.

Seguindo uma linha similar a da CLT, o Estatuto do Estrangeiro, a Lei nº 6.815 de 1980, coincidentemente criado em outro período ditatorial, tem um nítido caráter nacionalista e apresenta uma política migratória de restrição de direitos aos estrangeiros com base na segurança nacional, são normas que preservam a discricionariedade do Estado brasileiro e de conteúdo discriminatório, ao facilitar a entrada apenas da mão de obra qualificada e trazer dificuldades para a regularização dos imigrantes aqui estabelecidos.

Nestes dois diplomas, percebemos um tratamento diferenciado entre os nacionais e os imigrantes quando o tema é direitos sociais, o que traz diversos problemas para estes encontrarem um campo formal de trabalho, principal fator para a exploração desumana.

No campo normativo internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo primeiro, nos diz que "todos os seres humanos nascem livre e iguais em

dignidade e direitos", no que é considerada como valor fundamental da ordem jurídica nos Estados Democráticos de Direito. Em seu artigo segundo, prevê a diretiva geral da não discriminação ao estipular que "todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie", incluindo nesta proibição a "origem nacional". Traz ainda um mandamento mais específico no artigo XXIII, ao dispor que "todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis".

Um importante documento é a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família que entrou em vigor em 2003, foi adotada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU e conta com a assinatura do Brasil, no entanto, não foi ratificada.

Esta convenção tem como princípio fundamental o da não-discriminação e confere especial atenção aos direitos dos trabalhadores não documentados, comumente em condições de trabalho menos favoráveis, sujeitos a exploração e violação dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 291-293).

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, principal órgão internacional de proteção aos direitos sociais laborais, destacamos a Convenção da OIT nº 97 de 1949, que trata sobre a igualdade entre trabalhadores estrangeiros migrantes em situação de regularidade, e a Convenção da OIT nº 143 de 1975, que não foi ratificada pelo Brasil, que trata de forma específica sobre as imigrações efetuadas em condições abusivas e a necessidade de tratamento igual entre migrantes e nacionais, ainda que estejam em situação irregular.

Ainda no âmbito normativo internacional, há a Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998, que garante a igualdade de direitos sociais entre os trabalhadores integrantes do bloco. Além de diversas outras normas internacionais relacionadas ao tema.

Conforme se percebe acima, tanto no plano constitucional como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não existe distinção entre trabalhadores imigrantes em condição ou não de regularidade, uma vez que traz a diretiva universal de garantia da dignidade da pessoa humana.

Em sentido oposto, a legislação infraconstitucional e os demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a proteção jurídica social é dada basicamente aos trabalhadores imigrantes em situação de regularidade, e as barreiras impostas, em especial, pelo Estatuto do Estrangeiro, facilitam a situação de irregularidade e inviabiliza a sua regularização, uma vez

que, segundo o artigo 38, é "vedada a legalização da estada de clandestino e irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (art. 13, itens I a IV e VI e de cortesia)", tornando-os suscetíveis das penalidades previstas nesta legislação.

No caso do trabalhador em condição de irregularidade, o Estatuto do Estrangeiro prevê a deportação como sanção a ser aplicada, que é determinação da saída compulsória do imigrante no caso de entrada irregular ou no caso de prestação de trabalho de forma irregular. A saída poderá ser voluntária, com aplicação de multa no caso de ter ficado irregular em território nacional. A lei prevê ainda a possibilidade de prisão por até 60 dias, prorrogáveis por mais 60, por ordem do Ministro da Justiça enquanto não se efetivar a deportação, além do ressarcimento ao Tesouro Nacional dos custos atualizados da deportação e pagamento das multas como condição de reingresso (artigos 57 a 64 e 125).

Bauman vê nas leis de imigração verdadeiras muralhas para barrar o movimento das pessoas através de uma seletividade natural promovida como consequência da globalização, uma vez que, ao passo em que os vistos são abolidos por diversos países, há um maior controle de passaportes na imigração, para separar e promover facilidades para os convenientes, e dificultar para aqueles que não deveriam ter saído do lugar. E há uma função simbólica nisto, a de uma nova estratificação emergencial, uma vez que a mais alta categoria possui o "acesso à mobilidade global", pois alguns desfrutam da liberdade de movimentos, enquanto outros não têm permissão para ficar (1998, p. 95-102).

É neste contexto que se verifica que o arcabouço normativo no Brasil possui um conjunto de regras seletivas, que trazem uma maior facilidade de migração do trabalhador qualificado, ao passo que aqueles que não possuem uma boa formação possuem maiores dificuldades, o que contribui para a informalidade e a abertura para a exploração.

No entanto, tanto a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família da ONU, quanto a Convenção da OIT nº 143 de 1975, mostram o progressivo reconhecimento da comunidade internacional em conferir proteção aos trabalhadores imigrantes em condição de irregularidade como forma de garantia dos direitos humanos.

Estes e outros diplomas favorecem a proteção a dignidade da pessoa humana de forma universal, sem análise da condição jurídica do sujeito, conforme será tratado adiante.

2 A dignidade da pessoa humana no contexto dos imigrantes irregulares

Apesar da dificuldade conceitual com relação à dignidade da pessoa humana, a universalidade é uma das suas principais características, na medida em que todos gozam de igual dignidade independentemente da sua condição jurídica, no que podemos incluir até mesmo o imigrante em situação irregular.

No entanto, durante muito tempo se considerou dignidade como um atributo, como algo a ser conquistado, e, em diversas sociedades, os estrangeiros, assim como mulheres e escravos, não estavam sob o manto protetor da dignidade.

Na antiguidade greco-romana, a dignidade surge como um atributo sociopolítico, admitia a não só a quantificação como a supressão da dignidade, sob a ideia de que uns são mais dignos que outros. Atenas, por exemplo, era rigidamente estratificada em uma democracia aristocrática, com uma igualdade apenas para poucos atenienses do sexo masculino e em plena liberdade, sendo que os estrangeiros estavam excluídos da vida política (WAYNE, 2013, p. 33).

Em Roma não era tão diferente, reconhecia um sentido sócio-político de dignidade, mas a maior parte da população estava destituída deste atributo, até mesmo de forma expressa como as prostitutas, plebeus, escravos e libertos. Entretanto, ainda nesta fase, Cícero, influenciado pelo estoicismo, foi o precursor da ideia de dignidade como qualidade intrínseca à natureza humana, um dos mais importantes precedentes para a construção da moderna noção de dignidade (2013, p. 33 *et seq*.).

Avançando na história, ainda com base em Wayne, a idade média teve inspiração cristã e estóica, e dignidade passa de um sentido sociopolítico para uma dádiva divina destinada àqueles que ocupavam cargos elevados por serem representantes de uma ordem criada por Deus, o homem se fundamenta em uma fonte transcendente: o divino (2013, p. 41-42).

Nesta fase, diversos teólogos contribuíram para um avanço na construção do conceito de dignidade, dentre eles destaca-se Aquino, que, tendo em vista que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus, era possuidor de "*dignitate humana*", que "consiste em ser naturalmente livre e existir para si mesmo" (2005, p. 134).

Já a idade moderna foi influenciada pelo jusnaturalismo, humanismo, renascentismo e iluminismo, com uma progressiva ruptura entre homem e Deus, filosofia e teologia, em uma perspectiva subjetiva/antropocêntrica, sendo que o núcleo do pensamento está o homem. Mais uma vez, foram vários os pensadores que trouxeram considerações para a substituição

progressiva para uma dignidade com sentido universalista, como Pico de Mirandola, René Descartes e Jean-Jacques Rousseau (WAYNE, 2013, p. 50 *et seq*.).

Kant completa o processo de ruptura com a igreja, uma vez que o "homem, e, de maneira geral, todo o ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade", traz a distinção entre coisas e pessoas, ao passo que estes não podem ser usados como meio, com tais termos repudia toda espécie de coisificação do homem, em um sentido universalista da noção de dignidade (2007, p. 68 *et seq*.).

Conforme falado acima, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) trata sobre a igualdade em dignidade para todos, além da aplicação dos direitos previstos nesta declaração para todas as pessoas sem distinção de sua origem nacional, com nítida influência da doutrina kantiana em sua elaboração.

No mesmo sentido, a Constituição brasileira (1988) reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, trouxe ainda título próprio destinado aos princípios fundamentais, que são normas que embasam toda a ordem constitucional.

Conforme aduz Sarlet, em sentido oposto à doutrina kantiana, Hegel ignora o conceito ontológico de dignidade, ao passo que em que constitui qualidade a ser conquistada, pois o homem não nasce digno, apenas é conquistada quanto ele assume a sua condição de cidadão, a partir dai serão viabilizadas as prestações devidas pelo Estado (2011, p. 27).

Sarlet tenta sistematizar todo o avanço sobre a matéria com o seguinte conceito:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a 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 asseguram 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida* (2011, p. 38).

Diante o exposto, percebemos que ao longo da história os estrangeiros ficaram de fora do conceito de dignidade, uma vez que era considerada um atributo a ser conquistado, que dependeria de algumas condições naturais e até divina, havia até mesmo a possibilidade de graus de dignidade.

Tais ideias já não mais se sustentam, uma vez que os imigrantes, sejam regulares ou irregulares, devem ter asseguradas a sua liberdade e igualdade em dignidade pelo simples fato de ser humano.

Contudo, os imigrantes em condição irregular não têm a sua existência reconhecida pelos Estados, o que traz diversos problemas como serem forçados a viver em submoradias ou sem moradia, invasão do lar ou local de trabalho, interrogatórios com violência físicas ou psicológicas, preconceito, tratamento desumano. Quando tem direitos violados, não procuram a justiça com o receio da deportação. Atuam na economia informal, onde a exploração desumana mais ocorre, com diversos casos de trabalho análogo ao de escravo, e sem os seus registros oficiais, dificultam o conhecimento da realidade. Muitas vezes privados de serviços básicos como saúde e educação em função da ausência de documentos (ROCHA, 2008, p. 313).

O que nos leva a crer que, apesar da adoção de um conceito kantiano de dignidade da pessoa humana em âmbito internacional e constitucional, na prática e na legislação infraconstitucional prevalece a concepção hegeliana, no sentido de que para que se tenha dignidade e acesso a um padrão mínimo de existência, é necessário que se implemente as condições previstas no Estatuto do Estrangeiro.

Seguindo o entendimento de Sarlet, "os direitos e garantias fundamentais buscam seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações", uma vez que traz a ideia de proteção e desenvolvimento de todas as pessoas (2011, p. 132).

Neste contexto, Sampaio afirma que os diversos sistemas constitucionais costumam dividir a titularidade dos direitos fundamentais para os estrangeiros, em geral, pertencem somente aos nacionais os direitos políticos e o exercício de certos cargos ou funções públicas. Os direitos à vida e às liberdades são, até certo modo, universais, salvo as restrições relativas à reunião, associação, ingresso, permanência, circulação e saída do território. São asseguradas as garantias processuais. E entende que a interpretação do artigo 5º da Constituição brasileira tem sido "generosa" ao garantir diversos direitos fundamentais aos estrangeiros, até mesmo os não residentes, como a vida, segurança, integridade física e psicológica, acesso ao Judiciário com o devido processo legal, com ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, juiz natural e imparcialidade, entre outros (2013, p. 602-609).

Sarlet também enfrenta esta questão e, apesar de criticar a dicotomia residente e não residente proposta pela Constituição de 1988, que mantém uma tradição da Constituição de 1891, entende que ainda que o estrangeiro não seja residente, com base no princípio da universalidade, deve ser garantido ao menos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana (2012, p. 214).

Com relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, são, em geral, reconhecidos com muitas restrições aos estrangeiros em virtude da proteção da economia, da integração social e da mão de obra nacional (DOLINGER, 2005, p. 205 *et seq*.).

A Constituição Federal de 1988 não trouxe discriminações com relação aos direitos prescritos do art. 6º ao 11 para o estrangeiro residente. Já o Estatuto do Estrangeiro não segue esta concepção de simetria, uma vez que distingue estrangeiro residente com visto permanente do estrangeiro residente com visto temporário, impondo uma série de restrições para este como não exercer atividade remunerada, não estabelecer firma individual e mais diversas outras previstas no artigo 106. Neste contexto, Sampaio entende que deve ser considerada a equiparação entre permanentes e temporários, ou considerá-la como não recepcionada, tendo em vista a receptividade do estrangeiro pela Constituição brasileira (2013, p. 615-618).

Percebemos que os documentos internos e internacionais, ainda que de direitos humanos, bem como a doutrina clássica, tratam tão somente sobre o imigrante em condição de regularidade, no que deixa aquele em situação irregular alheio à proteção dada pelo direito, ignorando completamente a sua existência.

Na defesa de um direito fundamental ao trabalho digno, Delgado sustenta que o trabalho tem uma dimensão ética, uma vez que o homem se afirma e se consolida como ser humano através do trabalho, desta forma, somente com uma garantia de padrões de dignidade dado pela ordem jurídica é que será viabilizada a dignidade do trabalhador como um direito universal e fundamental do ser humano. Com base nisto, não se pode fazer distinções entre trabalhadores, no sentido que todos tem o direito ao trabalho digno, salvo, as situações em que o trabalho não desempenha esta função ética (2006, p. 71 *et seq*.).

Dolinger aduz que Kelsen entende que o Estado não tem obrigação de aceitar a entrada de estrangeiros em virtude da sua soberania, no entanto, se admitir, deve garantir a tais sujeitos um mínimo de direitos, no sentido de que não podem ficar abaixo de um padrão mínimo de civilização, inclusive com certa igualdade em relação aos nacionais (2005, p 217).

3 O padrão mínimo existencial como garantia da dignidade do trabalhador imigrante em situação irregular

Tendo em vista a característica universalizante de dignidade da pessoa humana, no sentido de que deve ser garantida a todos os trabalhadores imigrantes, inclusive para aqueles

em condição de irregularidade, questão que se mostra relevante para o objetivo deste artigo é definir um padrão mínimo de existência destes sujeitos.

É bem verdade que se trata de tarefa um tanto complexa, pois, segundo Krell, a teoria do mínimo existencial tem como função conceder um direito subjetivo ao sujeito em face do Estado quando seus direitos sociais básicos são reduzidos comprometendo sua existência digna, no entanto, doutrina e jurisprudência brasileira "não criaram linhas firmes de interpretação" do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (1999, p. 247).

Sarlet dispõe que a teoria do mínimo existencial teve início na Alemanha, tanto no processo constituinte da Lei Fundamental de 1949, quanto após a sua entrada em vigor, sendo Otto Banchof o primeiro publicista a defender a existência de um direito subjetivo a um mínimo de recursos para uma existência digna (2013, p. 31), e com base na doutrina germânica, traz a constatação que o

> conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, uma vez que este último diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente (2013. p. 35)

Para Barcellos, "o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica" (2011, p. 292).

Apesar da falta de consenso na definição deste padrão, temos que a sociedade contemporânea se baseia nos postulados humanistas, democráticos e tem a dignidade da pessoa humana como valor mais fundamental, além disto, há uma prioridade do homem e de sua dignidade tanto no direito interno quanto no internacional, com isto, Barcelos traz uma proposta de concretização do mínimo existencial, no que considera que é composto por quatro elementos: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (2011, p. 293-303).

Educação e saúde básica compreende a primeira fase da dignidade, para que o sujeito seja capaz de buscá-la de forma autônoma, apesar de acompanhá-lo durante toda a vida. Já a assistência aos desamparados é um conjunto de pretensões para que não entrem em indignidade absoluta, trata do direito à alimentação, vestuário e abrigo. O acesso á Justiça é o instrumento apto a dar eficácia positiva ao mínimo existencial (BARCELLOS, 2011, p. 302-303).

A questão é: o trabalhador imigrante em situação de irregularidade no Brasil tem direito a implementação deste rol proposto por Barcellos?

Temos que a resposta não poderia ser outra senão a afirmativa, uma vez que, tendo em vista os tratados internacionais do qual o Brasil faz parte, bem como a própria previsão na Constituição de 1988 do princípio da dignidade da pessoa humana, o imigrante irregular é merecedor de um padrão mínimo de direitos a ser concedido pelo Estado.

Apesar do entendimento exposto, a realidade nos mostra um caminho bem diferente, em que este rol mínimo não é observado com relação aos trabalhadores imigrantes em situação de irregularidade.

Até que não existe falta de acesso à Justiça destes imigrantes, conforme tratado acima, vários são os processos nos mais diversos tribunais do país. No entanto, geralmente, são processos que tratam sobre extradição ou questões criminais, em que se vem decidindo pelo cabimento das garantias fundamentais processuais a estes indivíduos, até mesmo a estrangeiros não residentes no país.

Com relação aos outros direitos do rol do mínimo existencial previstos pela Barcellos, após pesquisa nos sítios do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, foram pouquíssimos os processos encontrados sobre estes direitos nos tribunais superiores por uma razão prática: as consequências da irregularidade, em especial, a deportação. Estes imigrantes possuem receio de procurar órgãos oficiais para não correr o risco de ter que sair do país.

O STJ apresenta um único caso de direito à saúde, que, em primeiro grau, foi garantido a um paraguaio um transplante de medula óssea sob os argumentos da saúde ser considerada direito de todos e dever do Estado conforme artigo 196 da Constituição Federal de 1988, adotando a visão universal deste direito. Posteriormente esta decisão foi modificada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e, em seguida, em decisão monocrática, a Ministra relatora Regina Helena Costa, apesar de não decidido o mérito por ausência de prequestionamento, não deixou de tecer algumas considerações entendendo que "permitir a realização do transplante a um estrangeiro é retirar a possibilidade de um brasileiro que está em dolorosa espera, que contribuiu e que, portanto, tem direito à contraprestação por parte do Estado", além disto, "criaria um precedente capaz de estimular a vinda de mais estrangeiros ao território nacional em busca de tratamento de saúde gratuito" (Recurso especial nº 1243797).

Além da negativa jurisprudencial, o acesso à saúde é restringido no dia a dia, uma vez que, conforme diretivas encontradas no sítio do Sistema Único de Saúde - SUS, sempre faz

referência à condição de cidadão ou de brasileiro, inclusive exige documentos como o Cadastro de Pessoas Físicas para fazer o Cartão do SUS e obter os benefícios do sistema, o que torna o acesso aos imigrantes não documentos impossibilitado (2016).

No mesmo sentido, são negados o direito à educação, com vedação expressa no art. 48 do Estatuto do Imigrante, e o direito à assistência aos desamparados (ao menos em relação à assistência promovida pelo Estado, pois são diversas as organizações não governamentais que prestam alguns destes serviços, a exemplo da Pastoral do Migrantes em São Paulo), pois para solicitar estas prestações positivas, é também necessário possuir documentos básicos.

Não obstante a importância do rol construído pela Barcellos, que utilizamos com parâmetro deste artigo, doutrina trabalhista entende que está incompleto, uma vez que a Constituição de 1988 também garantiu o pleno emprego como um dos princípios fundantes da ordem econômica e financeira e o trabalho juridicamente regulado dignifica o ser humano.

É neste contexto que Nicoli entende que

> Ao imigrante deve ser dada a chance de se realizar individualmente, socializando-se de forma plena na sociedade anfitriã, o que passará, necessariamente, pelo trabalho juridicamente regulado. A diferenciação pela nacionalidade ou situação migratória não justificaria a retira da proteção jurídica e a exposição do trabalho prestado à indignidade. Não se pode postular, assim, que a condição de irregularidade migratória implique na supressão ou no afastamento do direito fundamental ao trabalho digno (2011, p. 38).

Na tentativa de construir um padrão mínimo de dignidade ao trabalhador, Delgado, sustenta que devem ser garantidos a todos os trabalhadores os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, que são os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, as disposições constitucionais relativas ao trabalho, e a legislação infraconstitucional que dispõe sobre saúde e segurança no trabalho, identificação profissional e proteção contra acidentes de trabalho (2006, p. 214-215).

Nestes termos, o mínimo existencial do trabalhador é conquistado com a garantia dos principais direitos trabalhistas, ocorre que a ausência de um dos elementos essenciais previstos no artigo 104 do Código Civil para a validade de um contrato torna-o nulo, se ferir normas de ordem pública, não produzirá qualquer dos efeitos previstos, inclusive com retroação destes.

Dentro destes elementos essenciais, para o objeto do presente estudo, com base no artigo 166 do Código Civil, destacamos a nulidade do negócio quando “for lícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”, quando “não revestir forma prescrita em lei”, quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”, ou quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.

A legislação infraconstitucional exige do imigrante visto válido com autorização para o trabalho, além da Carteira de Trabalho e Previdência Social e documento de identidade, conforme previsto no Estatuto do Estrangeiro e nos artigo 359 da CLT.

Pela análise destes dispositivos, o contrato de trabalho celebrado com um imigrante que, por exemplo, não possua autorização para o trabalho, ou até mesmo aquele que tenha entrado sem passar pelo controle imigratório, ou que seu visto de trabalho esteja vencido, fere normas de ordem pública, e, a luz da teoria clássica das nulidades civilistas, deveria ser considerado nulo, não gerando nenhum tipo de efeitos, inclusive no tocante ao padrão mínimo destacado pela doutrina trabalhista.

Contudo, é necessário ponderar os valores envolvidos e verificar qual a ordem jurídica vai priorizar, uma vez que

> o Direito do Trabalho é distinto, nesse aspecto. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. [...] o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação da nulidade. [...]. inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo. [...] A transferência e apropriação do trabalho cria uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes. [...] convicção de existir uma prevalência incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (enfatizada pela Constituição da República, a propósito) ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas (DELGADO, 2015, p. 561-562).

Desta forma, o trabalho informal prestado pelo imigrante ilegal é nulo, mas ainda assim possui seus efeitos preservados, pela impossibilidade de devolução da energia humana desprendida pelo trabalho, pela vedação do enriquecimento sem causa do empregador e pela prevalência do valor-trabalho dado pela ordem constitucional (NICOLI, 2011, p. 141-142).

O Superior Tribunal do Trabalho, apesar de poucos processos encontrados na pesquisa realizada, tem entendido pela impossibilidade da nulidade da contratação do imigrante em situação de irregularidade, seguindo as linhas da teoria das nulidades trabalhistas. Em uma reforma da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, que declarou nulo o contrato de trabalho firmado nesta situação, o Ministro Horário Pires entendeu pela 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 (2006).

Veja que esta teoria não autoriza a produção de efeitos a qualquer forma de trabalho nulo, uma vez que devemos levar em consideração a distinção entre trabalho proibido e trabalho ilícito. O contrato de trabalho será plenamente nulo se o objeto da prestação de serviço for um ilícito penal, sem produção de nenhum efeito.

No caso do trabalho prestado por imigrante em condição de irregularidade, podemos até dizer que existe um vício em relação ao seu objeto ou à alguma formalidade essencial, uma vez que o Estatuto do Estrangeiro não permite este trabalho, no entanto, o trabalho é proibido apenas em relação ao estrangeiro, mas não em relação aos demais sujeitos, como nacionais e imigrantes com autorização para o trabalho regular (NICOLI, 2011, p. 147).

Ademais, a regularização do trabalho do imigrante também contribui para o desenvolvimento do país, ao passo que contribui para o recolhimento de tributos em geral, para a oferta de novos produtos e serviços, compartilhamento de experiências, além de movimentar a economia local com os proventos recebidos do seu trabalho.

Assim, verificamos que o mínimo existencial não é garantido para os trabalhadores imigrante em situação de irregularidade, e o paliativo criado pela doutrina trabalhista brasileira resolve apenas o problema dos poucos que se aventuram em ingressar no Judiciário em função do risco da deportação, mas nem de todos, tendo em vista que não se trata de uma posição uniforme na doutrina e na jurisprudência.

4 Políticas Públicas de inserção dos trabalhadores imigrantes

Conforme tratado acima, a Constituição de 1988 assegurou a dignidade da pessoa humana sem fazer distinção quanto à condição de regularidade do sujeito, razão pela qual, deve ser estabelecido um padrão mínimo existencial para os trabalhadores imigrantes em condição de irregularidade. No entanto, na prática, os imigrantes em situação de irregularidades são tratados como sujeitos inexistentes, alheios à proteção mínima dada pelo Estado.

Seguindo a noção de política pública como "conduta da Administração Pública voltada à consecução de um programa ou metas previstos nas normas constitucionais e leis ordinárias, que vão além de atos meramente políticos ou de governo" (KRELL, 2012, p. 143), verificamos que, quando o tema é imigrante em condição de irregularidade, tais medidas não traduzem eficiência.

No Estado Social, o Judiciário tem como função a garantia da supremacia da Constituição, e no caso do Brasil, que possui uma Carta dirigente, é necessário que intervenha

para preencher os vazios das instituições tradicionais, apresentando respostas aos anseios da sociedade (KRELL, 2012, p. 177).

Entretanto, ao contrário de uma postura mais ativa que o Judiciário brasileiro vem adotando nas mais diversas searas, os poucos casos encontrados na jurisprudência brasileira, mostram uma "autocontenção judicial", uma vez que, neste tema, reduz a sua interferência nos outros Poderes, não aplicam diretamente a Constituição, utiliza critérios rígidos e conservadores, sem interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2008).

Tal postura distancia ainda mais o imigrante em situação de irregularidade do risco de enfrentar uma demanda judicial, tendo em vista que por diversas vezes não tem seus direitos garantidos, sem contar o risco de sofrer as penalidades previstas no Estatuto do Estrangeiro, qual seja, a sua deportação, o que contribui ainda mais para o aumento desta exploração.

Para resolver este problema, não podemos contar apenas com o Poder Judiciário, devem ser criadas políticas públicas mais condizentes com a dignidade da pessoa humana destes indivíduos também no âmbito dos outros Poderes.

É bem verdade que, de tempos em tempos, o governo brasileiro lança programas de anistia para imigrantes em situação de irregularidade. A primeira foi em 1980, com o Estatuto do Estrangeiro. A segunda, em 1988, se deu com a Lei nº 7.685/1988. O terceiro, que contou com a anistia de quase 39 mil estrangeiros, ocorreu em 1998 com a Lei nº 9.675/1988. A última anistia saiu em 2009, com a Lei nº 11.961/2009, ocasião em que 18 mil estrangeiros obtiveram residência permanente no país, número baixo em função da quantidade de imigrantes que existem no país, bem como em função dos quase 45 mil requerimentos de anistia existentes à época (ANEIB, 2013).

Tais programas são interessantes uma vez que "a regularização de imigrantes é medida que pode auxiliar diretamente na inserção social de grupos significativos de pessoas, devolvendo-lhes uma condição jurídica essencial para viabilizar uma existência digna" (NICOLI, 2011, p. 123).

Trata-se de mais uma política paliativa que resolve, em parte, o problema dos imigrantes que já permanecem durante o tempo e condições previstas nas leis de anistia. O problema é que nem todos são abarcados por tais políticas, além de incentivar o ingresso de novos estrangeiros, que serão os futuros imigrantes em condição de irregularidade na expectativa de uma nova anistia.

As políticas públicas migratórias devem ter como ponto de partida o conceito universal de dignidade da pessoa humana, no sentido de não promover diferenças, além de assegurar um rol de direitos mínimos mesmo para o trabalhador em situação de irregularidade.

Para tanto, necessário a mudança da atual legislação infraconstitucional, em especial do Estatuto do Estrangeiro, para que esteja de acordo com a Constituição Federal de 1988, além dos tratados internacionais inerentes à matéria, no sentido de não promover mais dúvidas na aplicação do mínimo existencial.

Diversos são os projetos de leis que visam à alteração deste estatuto, como os de nº 5.655/2009, 206/2011, 3.354/2015 e o 2.516/2015.

Aparentemente em compatibilidade com as disposições inerentes à dignidade da pessoa humana, o artigo 5º do Projeto de Lei nº 5.655/2009 adotou um padrão mínimo existencial similar proposto por este artigo, conforme se percebe abaixo:

> Parágrafo único. São estendidos aos estrangeiros, independentemente de sua situação migratória, observado o disposto no art. 5º, **caput**, da Constituição:
> I - o acesso à educação e à saúde;
> II - os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, a cargo do empregador; e
> III - as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas do tráfico de pessoas e do tráfico de migrantes.

A Associação Nacional de Estrangeiros e Imigrantes no Brasil – ANEIB, solicitou a à Comissão responsável pela elaboração deste novo estatuto, que seja dada uma nova anistia para os imigrantes em situação de irregularidade, entretanto, apesar do Deputado Federal relator do projeto, Orlando Silva, ser favorável a este pedido (2015), até o presente momento não consta nos projetos supramencionados a possibilidade de nova anistia.

Observamos ainda um recente avanço na matéria com relação ao tratamento dado ao trabalhador vítima de tráfico de pessoas e/ou trabalho análogo ao de escravo, onde o Conselho Nacional de Imigração autoriza a permanência, sob a condição de sua fixação por até 5 anos no território nacional, conforme Resolução normativa nº 122 de 03 de agosto de 2016.

É importante deixar claro que não sustentamos uma total ausência de controle migratório, uma vez que a soberania nacional é um valor fundamental igualmente defendido como o da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Políticas públicas devem ser criadas para a garantia da mão de obra nacional, já tão massacrada em questões de desrespeito aos seus direitos mínimos, ainda mais em virtude do crescente desemprego vivenciado nos últimos anos.

No entanto, o trabalho do imigrante, seja em situação de regularidade ou não, também traz riquezas para o país, e se locupleta ilicitamente o Estado que ignora esta situação e pune o imigrante com a negativa de direitos básicos (NICOLI, 2011, p. 126-127).

Razão pela qual, as políticas publicas devem compatibilizar um equilíbrio entre controle e fiscalização das fronteiras, com a garantia de um mínimo existencial compatível com

a dignidade da pessoa humana a estes imigrantes trabalhadores (NICOLI, 2011, p. 126-127), além da própria garantia da dignidade do trabalhador brasileiro.

Conclusão

Este artigo teve como principal objetivo apresentar algumas considerações para a construção de um padrão mínimo de existência para o trabalhador imigrante em situação de irregularidade.

Verificamos que o imigrante é o estrangeiro que tem intenção de permanecer em um país diverso de sua origem, além de que, apesar da diretriz fundamental da dignidade da pessoa humana constante na Constituição Federal de 1988, bem como os diversos documentos internacionais, o imigrante em condição de irregularidade não possui os direitos mínimos assegurados.

Também mostramos que o atual conceito de dignidade da pessoa humana adota uma visão kantiana, uma vez que todos, sem qualquer distinção, inclusive de origem nacional, possuem igual dignidade, conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, devendo repudiar qualquer visão de dignidade como atributo ou algo a ser conquistado.

Assim, percebemos que deve ser assegurado até mesmo ao imigrante em situação de irregularidade um padrão mínimo existencial, incluindo o direito a educação, a saúde, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, além disto, deve ser garantido todos os efeitos do contrato de trabalho, uma vez que a negativa de direitos trabalhistas não pode ser mais uma sanção ao trabalhador imigrante.

Para tanto, o Judiciário pode implementar políticas públicas migratórias mais inclusivas, contrárias aos movimentos de combate e criminalização da imigração, não discriminatórias, preservadoras dos direitos humanos e garantidoras de direitos.

Esta é também a linha que deve seguir o novo estatuto do migrante, compatibilizando a soberania nacional com o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Aparentemente, o Projeto de Lei nº 5.655/2009, ao menos no tocante ao seu artigo 5º, adotou esta diretriz. Caso contrário, os casos de exploração de trabalhador imigrante em situação irregular aumentarão por ser mais interessante ao capital em virtude do seu menor custo, por isto, neste contexto de *dumping social*, a proteção do trabalhador imigrante, é ao mesmo tempo, a proteção da mão de obra nacional.

Referências:

Anistia a estrangeiros é acolhido no projeto de lei de imigração. **ANEIB**, Disponível em: <http://www.estrangeirosbrasil.com.br/2015/10/08/anistia-a-estrangeiros-e-acolhido-no-projeto-de-lei-de-imigracao/>. Acesso em: 18 set. 2016.

Nova anistia para estrangeiros irregulares ou ilegais no Brasil pede ANEIB. **ANEIB**, Disponível em: <http://www.estrangeirosbrasil.com.br/2013/10/13/nova-anistia-para-estrangeiros-irregulares-ou-ilegais-no-brasil-pede-aneib/>. Acesso em: 18 set. 2016.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Aldo Vannuchi et al. São Paulo: Loyola, 2005, v. 6.

BAUMAN, Sygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 3ª edição. 2011.
BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (org.). **Políticas migratórias:** fronteiras dos direitos humanos no século XXI. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a CLT. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 01 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5655 de 20 de julho 2009. Dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1243797. Santiago Benitez e outros X União e outros. Relator Regina Helena Costa. Decisão monocrática, 14 de set. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Recurso de revista nº 750094-00.2001.5.24.5555. Benito Gimenez Rivero X Comercial Eletromotores Radar Ltda. Relatoro Horácio Raymundo de Senna Pires. Acórdão da 6ª Turma, 29 de set. 2006.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos = PARIS. The Universal Declaration of Human Rights. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 22 dez. 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 18 set. 2016.

CÍCERO, Marco. **Dos deveres**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin, Claret, 2007.

DELGADO, Gabriela. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Entenda o SUS. **Portal da Saúde**, Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao>. Acesso em: 17 set. 2016.

Estatísticas. Estrangeiros. **Polícia Federal**. Data (?). Disponível em: **<**http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/estrangeiros>. Acesso em: 03 set. 2016.

FARIA, Maria Rita Fontes. Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira. Brasília: FUNAG, 2015.

GERONIMI, Eduadro. ***Aspectos jurídicos del tráfico e la trata de trabajadores migrantes***. *Programa de migraciones internacionales. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo*, 2002.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. **Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos**. *in* FEITOSA, Enoque (Org.) *et al*. O judiciário e o discurso dos direitos humanos – Vol. 2. Ed. Universitária da UFPE: Recife, 2012.

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos**. Revista de Informação Legislativa: Brasília, 1999.

Labour Migration. **International Labour Organization**, Disponível em: <http://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/lang--en/index.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro. São Paulo: LTr, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291-293.

ROCHA, João Carlos Rocha (Cord.), *et al*. **Direitos humanos**: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 11ª ed. 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional. Florianópolis, 2013.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.