XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

GUILHERME WÜNSCH

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597
Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva; Guilherme Wünsch. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-702-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

UMA GERAÇÃO VAI, E OUTRA VEM; PORÉM A TERRA SEMPRE PERMANECE.

São de Érico Veríssimo, celebrado e reconhecido autor gaúcho, de uma das mais belas obras da literatura brasileira, a trilogia de O tempo e o vento, as palavras que intitulam esta apresentação. Para além da discussão sobre a formação histórica do Estado do Rio Grande do Sul, que, honrosamente, recebeu, neste segundo semestre de 2018, o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, a obra cíclica de Veríssimo propõe uma reflexão sobre a existência, a resistência, a memória. Na dualidade do tempo, aquele que corroi, passa e, por vezes, destroi, e do vento, que permanece e se repete, lembramos que o trabalho também é sopro de vida, presença neste mundo marcado pela inexorável passagem do tempo e dos ventos.

Há algum tempo, estamos escutando que o trabalho deixará de existir, que as novas tecnologias remodelarão o mercado de trabalho e profissões tornar-se-ão obsolescência em uma sociedade cada vez mais marcada pela velocidade. Consumo, riqueza, trabalho, liquidez. Um ciclo voraz se cria em nossas vidas e, sem percebermos, estamos na Roda-Viva do Chico, porque “a gente quer ter voz ativa e no nosso destino mandar”, mas quantas vezes “eis que chega a roda da vida e carrega o destino para lá”? O trabalho manda no nosso destino. Somos seres relacionais e o trabalho é uma das figuras centrais que permite a formação de nossa identidade.

Tendo a tecnologia evoluído exponencialmente nas últimas décadas, em especial no atual século XXI, as raízes clássicas do Direito do Trabalho encontram-se em cheque e beiram a extinção. Aqui, não se fala de precarização das relações de trabalho, desproteção do trabalhador, fomento à percepção de lucro descomedida ou desatenção aos direitos humanos, cuida-se de intensa transformação epistemológica para a qual, talvez, os principais operadores do Direito do Trabalho ainda não estejam preparados.

Todas estas modificações são fruto do avanço tecnológico que desafia a humanidade nos últimos tempos, de modo que de nada adianta estabelecer resistência quanto ao fenômeno. Perquirir a existência de uma crise do trabalho no Brasil não é algo da nossa história recente, porque esta crise é fruto da pretensa tentativa de se produzir riqueza, reduzindo-se o trabalho, pelo menos naquela configuração tradicional que se conhece. No entanto, não se pode olvidar

que o trabalho é o meio de acesso da maioria dos indivíduos aos produtos necessários para as suas vidas. Neste sentido, não há como se pensar, ao menos atualmente, numa sociedade que não precisa do trabalho de seus cidadãos.

O Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I, apresentado neste Congresso do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Campus Porto Alegre, evidencia que as reflexões expostas não se contentam com soluções Prêt-à-Porter. Ao contrário, questionam, saem do lugar comum, fazem frente à liquidez de nossas relações desejando a perenidade do conhecimento. Nossos profícuos debates mantiveram o rigorismo científico que se espera da Academia e levantaram dúvidas quanto à mens legis estabelecida pela Reforma Trabalhista. Como conciliar capital e trabalho? Partindo-se de tal premissa, aparentemente simples, mas que carrega profundidade de significação, obtivemos a apresentação de temas como a limitação do dano moral e a sua inconstitucionalidade frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos principais dilemas neste momento de nova legislação.

Ainda, questões como flexibilização e terceirização, a reconstrução do sentido do princípio da proteção do trabalhador de Plá Rodrigues, o trabalho do estrangeiro, a corrupção como entrave para a efetivação de direitos trabalhistas e a crise econômica como obstáculo ao alcance do trabalho enquanto verdadeiro direito social permearam muito mais indagações do que respostas fechadas. Não estávamos neste Grupo para apresentar respostas. Não somos centelhas cerradas.

O papel da ONU e a Agenda 2030, os influxos tecnológicos no trabalho e no Direito do Trabalho, o dever de informação do empregador e o teletrabalho foram temáticas que demonstraram a preocupação transnacional que a matéria possui, em um contexto ainda lastimável de empregados vitimados em acidentes de trabalho, motivando uma atuação conjunta de todos os atores que compõem a relação empregatícia.

Não fugiu ao Grupo de Trabalho temas áridos como a redução do intervalo intrajornada, a relação capital e trabalho, o trabalho escravo contemporâneo, assédio sexual e o Compliance como ferramenta capaz de amenizar a hostilidade deste ambiente que clama pela miragem de uma Justiça célere e apta a proteger os hipossuficientes. Por fim, temas como o contrato de trabalho do menor, greve, políticas de inclusão para trabalhadores deficientes e a preocupante discriminação contra o empregado com HIV demonstram que nossa relação com o Direito do Trabalho, para além de jurídica, é empática, sociológica e filosófica. Somos testados, o

tempo todo, ao exercício de nossa capacidade de nos colocarmos no lugar do outro, verdadeiro sentido da palavra alteridade e perfeitamente cabível neste momento de reconstrução ideológica do Direito do Trabalho.

O (novo) Direito do Trabalho deve ampliar sua proteção jurídica a qualquer forma de trabalho, observando suas peculiaridades e tendo olhos firmes nos anseios sociais. Os trabalhadores são as pessoas fortes que desejam viver e não querem apenas sobreviver. Não aceitam menos do que viver em plenitude, dignas, íntegras e respeitadas pelo que são. Fortes são os que ousam defender dignidade entre os que não possuem força suficiente e que só querem sobreviver. Deles, tiramos a lição de que a atividade empresarial se desenvolve pela força motriz do trabalho. Trabalhadores, empregados e empregadores não devem estar em posições antagônicas. Não devem apenas ver o tempo passar. É tempo de trabalho.

Com votos de boa leitura, deixamos nosso agradecimento por tanto haver nos ensinado este grupo de pesquisadores. Na certeza de que ainda estaremos juntos em outras oportunidades, porque o vento há de nos brindar o reencontro.

Professora Drª. Luciana Aboim Machado - UFS

Professor Dr. Guilherme Wünsch - UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONTRATAÇÃO DE ESTRANGEIROS PARA TRABALHAR NO BRASIL E OS LIMITES DA DISCRIMINAÇÃO

THE CONTRACTS OF FOREIGNERS TO WORK IN BRAZIL AND THE LIMITS OF DISCRIMINATION

Erica Ribeiro Guimarães Amorim [1]

Resumo

O presente ensaio se propõe a debater acerca dos direitos trabalhistas dos estrangeiros - residentes ou não - no Brasil. Buscar-se-á refletir criticamente os dispositivos infraconstitucionais, os quais discriminam o tratamento dado aos estrangeiros que exercem vínculo empregatício, nos termos do art. 3º da CLT, analisando os limites dessa diferenciação. Ademais, serão avaliados os casos específicos de discriminação previstos na legislação trabalhista e sua conformidade com a Constituição de 1988, observando ainda a existência de tratados internacionais.

Palavras-chave: Estrangeiros, Direitos trabalhistas, Discriminação, Igualdade, Trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to discuss the labor rights of foreigners - residents or not - in Brazil. It seeks to reflect critically the infraconstitutional devices, which discriminate the treatment given to the foreigners who exercise employment, under the terms of art. 3 of the CLT, analyzing the limits of this differentiation. In addition, the specific cases of discrimination provided for in the labor legislation and its compliance with the 1988 Constitution will be assessed, with observance of international treaties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Foreigners, Labor rights, Discrimination, Equality, Job

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal pátria previu no *caput*, do art. 5º, a igualdade de direitos[1] entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, de forma que as discriminações estão expressamente previstas na Lei Maior do Brasil. Apesar disso, existem dispositivos infraconstitucionais que preveem a diferenciação entre trabalhadores brasileiros natos e estrangeiros residentes, como os artigos 352 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Se para os estrangeiros residentes no país existem discriminações em dispositivos de lei, ainda mais grave é a situação dos estrangeiros não residentes no Brasil, pois estes não possuem a proteção constitucional da isonomia de tratamento. Contudo, importante frisar que existem outras normas da Carta de 1988, bem como alguns tratados internacionais que tutelam os direitos dos estrangeiros no território brasileiro, incluindo as garantias trabalhistas.

Nesse passo, vislumbram-se algumas questões a serem suscitadas: Em que medida é admissível a discriminação dos trabalhadores estrangeiros residentes no Brasil? E os não residentes? Como o Poder Judiciário tem decidido os conflitos envolvendo o trabalhador estrangeiro?

O presente artigo se propõe a discutir os limites da discriminação aos estrangeiros que exercem vínculo empregatício no território brasileiro, interpretando as leis trabalhistas à luz da Constituição. Deste modo, será sustentada a tese de que a Carta Magna previu os limites da discriminação aos estrangeiros, logo, a diferenciação baseada meramente em dispositivo de lei não foi recepcionada pela Lei Maior. Entretanto, ao decorrer deste ensaio serão expostos os melhores argumentos teóricos, podendo eles, inclusive, auxiliarem na construção de novas soluções para a questão debatida.

Registra-se, por oportuno, que foi observado o método dialético, defendido por Habermas, de sorte que, ao final do estudo e da dialética suscitada, obter-se-á uma síntese, acerca do quanto discutido e amadurecido ao longo do percurso de aprendizagem. Foram utilizados referenciais teóricos, de viés qualitativo e natureza bibliográfica.

Infere-se, assim, a relevância teórica e social da pesquisa, ao sistematizar conhecimentos que possam contribuir para o debate acadêmico e, consequentemente, na aplicação do direito à igualdade de tratamento para milhares de estrangeiros que vivem e

[1]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:

trabalham no Brasil. Por fim, constata-se que se trata de uma investigação interdisciplinar, pois abrange aspectos tanto sociológicos quanto jurídicos, que permeiam a precarização das relações trabalhistas e os direitos humanos.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE IMIGRAÇÃO E TRABALHO

Ao longo da história, os fluxos migratórios foram influenciados pela procura e oferta de trabalho, isto porque o labor é, desde os primórdios, a principal forma do ser humano conseguir prover a sua alimentação e o sustento de sua família. Dessa forma, milhões de pessoas deixam o seu país de origem em busca de melhores oportunidades de emprego e de ascensão social, acreditando que em outro país mais desenvolvido economicamente poderiam conseguir uma melhor qualidade de vida.

É claro que existem outros motivos que podem ensejar o aumento dos fluxos migratórios, como: perseguições políticas ou religiosas, catástrofes naturais, guerras civis, dentre outros. Não obstante a isso, a inexistência de perspectiva de crescimento pessoal e profissional ainda é o principal motivador da migração para os mais jovens, uma vez que estes são os que possuem mais vigor para enfrentar um choque cultural e todas as adversidades que um estrangeiro encontra em uma terra desconhecida (PRADO: 2015, p. 225).

Todas essas dificuldades podem ser majoradas ou amortizadas a depender da política migratória do país de destino, pois há países que dificultam o ingresso de estrangeiros que pretendam fixar residência para não exceder a oferta por mão de obra no território, enquanto outros Estados facilitam a admissão por meio de políticas públicas de incentivos e concessões pelo motivo inverso.

No Brasil, as políticas migratórias existem desde o período colonial, quando os portugueses chegaram em 1500. Com o tempo, o rei de Portugal sentiu a necessidade de utilizar as terras brasileiras para o cultivo da cana-de-açúcar, em meados de 1530, tomada a decisão política faltava apenas homens e dinheiro para iniciar a ocupação e o plantio no espaço agrário. Apesar dos incentivos oferecidos, como a concessão de terras e de poderes políticos semelhantes aos de soberanos, foram apenas doze pessoas que se apresentaram, por isso, o sistema ficou conhecido como Capitanias Hereditárias (GERMANI: 2006).

Com o início da produção agrícola no Brasil, surgiu a necessidade de mão de obra para o trabalho, por essa razão, foram trazidos da África milhões de homens negros escravizados e vendidos como mercadorias. Os demais imigrantes provenientes do continente

europeu e asiático chegaram, principalmente, na segunda metade do século XIX e início do século XX (BEIGUELMAN: 1981, p. 16).

Assim, explica Jeffrey Lesser (2013, p. 62) que o auge das imigrações no Brasil ocorreu no fim do século XIX e início do século XX, tendo em vista a abolição da escravatura em 1888, por meio da Lei Áurea que extinguiu definitivamente a escravidão. Por esse motivo e também devido ao crescimento populacional da Europa que impulsionou o êxodo, esclarece ainda Lesser, cerca de 2,6 milhões de europeus migraram para a América, em especial para os EUA, Argentina, Canadá e Brasil[2].

O Brasil atraiu milhares de imigrantes, porquanto o Estado promoveu uma extensa política de incentivos, tais como o pagamento integral das despesas com as viagens de navio, emprego garantido na produção agrícola e concessão de terras em territórios pouco explorados, dentre outros benefícios que não eram concedidos aos ex-escravos (BEIGUELMAN: 1981, p. 10). Essas políticas públicas foram sustentadas pela ideologia de que era necessário embranquecer a população, basicamente constituída por índios, negros e, em menor escala, europeus[3].

Com a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918) e à grande depressão de 1929 nos EUA, cresceu extraordinariamente o fluxo migratório na América Central e do Sul, isto porque foi implantado nos EUA um controle rigoroso da quantidade de estrangeiros que poderiam residir e trabalhar no território norte-americano[4]. Desse modo, milhares de pessoas buscaram refúgio na América Latina, fixando residência e ajudando no desenvolvimento econômico da região (MARTÍNEZ PIZARRO: 2008, p. 33).

O término da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) marcou o início de uma nova fase em todo o planeta, com a criação das Nações Unidas (1945), do Banco Mundial, a escolha do dólar como moeda internacional, a expansão tecnológica e o advento da rede mundial de computadores (internet). Com isso, a globalização tornou-se ainda mais presente no cotidiano das pessoas, haja vista que houve uma mundialização da produção de

---

[2]*Ipsis litteris*: (…) More immigrants had the will and the way to make it to Brazil because they no longer had to compete with slavery (abolished in 1888) and travel time was down to two weeks (from three months) thanks to steam-powered vessels. Europe's rapid population growth pushed immigrants out while America's expanding economies, industrialization and urban development drew them in: Some 2.6 million settled in Brazil between 1880 and 1910, fourth after the U.S., Argentina, and Canada. (LESSER: 2013, p. 62).

[3]Nesse mesmo raciocínio, expõe Lasser "Elites believed that a single national race could be forged and improved by adding 'strong' white immigrants to the pre-existing mix of Portuguese, African, and Indigenous peoples". (LESSER: 2013, p. 63).

[4]*In verbis*: "esta disminuición obedeció a factores tales como el estacamiento económico, la gran depresión de 1930, las dificultades y los riesgos que involucraba el desplazamiento entre los países y el aumento de las restricciones al ingresso de inmigrantes" (MARTÍNEZ PIZARRO: 2008, p. 33).

mercadorias, avanço nos meios de transportes e aumento do fluxo de pessoas que entram e saem dos seus países.

Nota-se, portanto, que os países mais desenvolvidos economicamente são os que mais atraem trabalhadores migrantes, os quais vislumbram na "nova terra" a possibilidade de ascensão social. Não por outro motivo, durante muitas décadas, os latinos dirigiram-se para a América do Norte, sobretudo para os EUA, em busca de melhores condições de trabalho. Todavia, com as rigorosas regras de imigração para a admissão nos Estados Unidos, outros destinos têm-se destacado, dentre eles o Brasil.

No caso dos imigrantes provenientes de países que integram o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL mais Bolívia e Chile, em 6 de dezembro de 2002, foi celebrado um Acordo de Regularização Migratória e de Residência, com a participação da Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile (BRASIL: 2009). Contudo, tal tratado internacional apenas se consolidou em 7 de outubro de 2009, data em que surge o Decreto de nº 6.975.

Foi a partir desse diploma legal é que os direitos previstos no referido Acordo para nacionais dos Estados partes do MERCOSUL mais Bolívia e Chile, finalmente, puderam ser exigidos no território brasileiro. Este que, dentre outros direitos, dispôs a igualdade de direitos civis, incluindo os direitos trabalhistas, nas condições que dispõem as leis do país[5].

No século XXI, é constatável que diversas Nações estão recusando o ingresso de imigrantes em seus territórios, por essa razão, os refugiados têm procurado outros destinos, segundo dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE: 2016), o Brasil foi um dos países que mais recebeu imigrantes e refugiados, sendo que existem mais de 8.800 refugiados de 79 diferentes nacionalidades no território brasileiro nos dias contemporâneos.

Ademais, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) divulgou que, entre 2013 e 2014, os pedidos de visto humanitário corresponderam a 85,9% do total de casos analisados (CNIg: 2016). Esses dados são importantes para demonstrar que o Brasil tem atraído um número crescente de imigrantes em situação de vulnerabilidade social, os quais necessitam de uma atenção específica por parte do Poder Público, com o objetivo de evitar que essas pessoas sejam submetidas a trabalhos análogos à escravidão ou que se tornem sujeitos marginalizados pela sociedade.

[5] IGUALDADE DE DIREITOS CIVIS: Os nacionais das Partes e suas famílias, que houverem obtido residência, nos termos do presente Acordo, gozarão dos mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita, nas condições que dispõem as leis; peticionar às autoridades; entrar, permanecer, transitar e sair do território das Partes; associar-se para fins lícitos e professar livremente seu culto, conforme as leis que regulamentam seu exercício.

3. ESTRANGEIROS RESIDENTES E NÃO-RESIDENTES: DIFERENCIAÇÃO PREVISTA NO CAPUT DO ART. 5º DA CF/88

A Constituição, promulgada em 1988, dispõe no *caput* do art. 5º que "todos são iguais perante a lei". A partir desse dispositivo constitucional pode-se notar que para os estrangeiros residentes no Brasil impera o princípio da igualdade, ressalvadas algumas poucas exceções trazidas pela própria Lei Maior.

Essas exceções estão nos artigos art. 12, § 3° da CF/88, que determina a exclusividade para brasileiros natos dos seguintes cargos: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Diplomacia, Oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa. Outra diferenciação encontra-se no inciso LI, do art. 5º da CF que autoriza a extradição apenas do brasileiro naturalizado nos casos de crime comum praticado antes da naturalização e/ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não importando quando houve a naturalização.

Ressalvadas essas situações, qualquer discriminação por motivo de procedência nacional é inaceitável, tendo em vista a prevalência do postulado da isonomia de tratamento. Além disso, também constitui crime, como acentua a Lei nº 7.716/89, em seu art. 20, que tipificou a discriminação como ilícito penal[6].

Como é cediço, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade vertical e horizontal, logo, irradiam-se nas relações públicas e nas relações entre particulares, consoante acentua José J. Abrantes "o caráter privado do contrato de trabalho não lhe retira a sujeição à ordem constitucional, tendo por limites a dignidade humana e os direitos fundamentais" (2005, p. 174).

Em síntese, é inconstitucional qualquer tratamento diferenciado a estrangeiros residentes no país em relação a brasileiros natos, seja para beneficiar àqueles[7], ou mesmo, para favorecer o trabalho de nacionais em detrimento dos estrangeiros[8], isto porque a

---

[6]Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97);
Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

[7]O STF julgou ofensivo ao princípio da igualdade a não extensão a trabalhadores brasileiros de regime de vantagem previsto em regulamento de empresa, com aplicação restrita aos trabalhadores nacionais do país do empregador (STF, 2ªT., RE n. 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, jug. em 29.10.1996).

[8]A proporcionalidade imposta pelos artigos 352 e seguintes da CLT é vista como não recepcionada pela CF/88 por afronta ao princípio da isonomia, conforme MALLET, Estêvão. *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

Constituição os iguala, de sorte que qualquer discriminação necessita ser inserida expressamente na Lei Maior do Brasil.

Com base nos princípios constitucionais do acesso à justiça (inciso XXXV, do art. 5º da CF/88) e da isonomia (*caput*, do art. 5º da CF) foi que a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho do Brasil para julgar reclamação trabalhista movida por um etíope em face de um diplomata brasileiro[9].

Ocorreu que certo cidadão etíope prestou serviços para embaixadas do Brasil na África e em ilhas do Caribe, exercendo funções de motorista e auxiliar de serviços gerais para o embaixador brasileiro. Ademais, o autor sustentou no processo judicial que foi levado para o Rio de Janeiro, com o propósito de trabalhar diretamente para o embaixador. Sucedeu que o estrangeiro foi despedido sem justa causa, quando então, mudou-se para o Distrito Federal e ingressou com uma reclamatória trabalhista na 3ª Vara do Trabalho de Brasília.

O diplomata, réu na demanda, arguiu a incompetência da Justiça brasileira para julgar o feito, sob a alegação de que a prestação de serviço nunca ocorreu no Brasil, bem como, por ser o empregado estrangeiro. Sustentou em sua defesa ainda que o autor somente esteve no Rio de Janeiro para gozar férias e fazer tratamento ocular.

No julgamento da primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, na fundamentação, a juíza expôs que como não houve prova sobre a atividade no Brasil e o trabalhador é estrangeiro aplica-se o § 2º, do art. 651 da CLT, em que a competência da Vara do Trabalho é determinada pelo local da prestação dos serviços e se estende para atender às demandas que envolvam empregados brasileiros que trabalham em agência ou filial em outra nação, desde que não haja convenção internacional dispondo o contrário. Assim, defendeu a magistrada que, o caso em apreço, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas para atuação da Justiça Obreira do Brasil.

Houve recurso para o TRT da 10ª Região, movido pela parte autora. No acórdão proferido, o Tribunal decidiu que os dispositivos legais da CLT precisam ser interpretados conforme a Constituição Federal, de modo que a limitação prevista no parágrafo 2º, do art. 651 da CLT, não condiz com os princípios constitucionais do acesso à justiça (sendo este também uma garantia) e o princípio da igualdade, os quais se destinam a toda pessoa que esteja no Brasil, independentemente de sua procedência nacional. Acrescenta-se, ainda, que o acórdão reconheceu a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 12 do Decreto-

[9]Processo Nº RT-842-16.2013.5.10.0003, julgado em 30/01/2014 pela 3ª Vara do Trabalho.

Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pois o diplomata tem domicílio no Brasil. Portanto, foi declarada a competência da Justiça brasileira, determinando o retorno do processo ao juízo de primeiro grau, a fim de prosseguir com o julgamento do mérito.

Em seguida, a parte ré interpôs Recurso de Revista (RR), buscando reverter a decisão, sendo este inadmitido no juízo preliminar de admissibilidade dos recursos. Por fim, foi ajuizado Agravo de Instrumento ao Recurso de Revista (AIRR) para o TST, porém, a Ministra Delaíde Miranda Arantes, negou conhecimento ao recurso movido pelo reclamado. Segundo a Ministra, o julgamento sobre a competência territorial foi uma decisão interlocutória, tendo em vista se tratar de questão incidente, acessória aos principais pedidos. Esclareceu ainda que, na Justiça do Trabalho, não cabe RR imediato contra decisão interlocutória, salvo às exceções previstas na Súmula 214 do TST, porém, *in casu*, não são aplicáveis tais ressalvas[10].

Dado o exposto, vislumbra-se que os princípios do acesso à justiça e da isonomia são postulados que não podem ser desprezados por concepções discriminatórias, não condizentes com Estado Democrático de Direito e, ainda, com o valor máximo que norteia todo o sistema jurídico moderno: a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, é imperioso guerrear pela concretização do princípio da igualdade em sentido material, afinal, "é intuitivo que sociedades menos desiguais são mais estáveis, enquanto sociedades mais desiguais são mais instáveis" (MALLET: 2013, p. 20).

É possível concluir, destarte, que a isonomia de tratamento deve ser aplicada conforme determina a Constituição, por meio de uma interpretação à luz da dignidade da pessoa humana, em que se respeitam as particularidades de cada indivíduo, sem, contudo, utilizar esse discurso para legitimar arbitrariedades.

4. AS LIMITAÇÕES AO TRABALHO DE ESTRANGEIROS NO BRASIL

Inicialmente, cumpre destacar a limitação imposta no art. 16, IV, da CLT[11], em que se tem a previsão de que a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) deverá conter,

---

[10]Processo nº TST-AIRR-842-16.2013.5.10.0003. 2ª Turma, Ministra Delaíde Miranda Arantes, julgado em 31/08/2016.

[11]Art. 16. A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), além do número, série, data de emissão e folhas destinadas às anotações pertinentes ao contrato de trabalho e as de interesse da Previdência Social, conterá: (Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991) (...)

IV - número do documento de naturalização ou data da chegada ao Brasil, e demais elementos constantes da identidade de estrangeiro, quando for o caso;(Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)

dentre outros pontos, o número do documento de naturalização ou data da chegada ao Brasil e demais elementos constantes da identidade do estrangeiro, se houverem.

Nessa esteira, dispõe o artigo 359 da Consolidação[12] que as empresas não poderão admitir em seu quadro de empregados estrangeiros sem a carteira de identidade devidamente anotada. Além disso, o empregador deve, obrigatoriamente, assentar no registro dos seus trabalhadores os dados referentes à nacionalidade de qualquer empregado estrangeiro e o número da respectiva carteira de identidade.

No tópico a seguir, serão observadas as regras previstas no capítulo II da CLT "Da nacionalização do trabalho" e, por conseguinte, a sua conformidade com a Carta Magna de 1988.

4.1 *Nacionalização do trabalho na CLT: a regra da proporcionalidade de dois terços*

O art. 352, *caput*, do Consolidado[13] enuncia a obrigatoriedade da proporcionalidade de empregados brasileiros que não pode ser inferior a dois terços, entretanto, é possível que seja fixado proporcionalidade inferior, nos casos de circunstâncias especiais de cada atividade mediante ato do Poder Executivo e apurado pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de nacionais na atividade específica[14].

Noutras palavras, a CLT dispõe que só se podem admitir trabalhadores estrangeiros em empresas que explorem serviços públicos, dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou ainda comerciais se houver o respeito à regra da proporcionalidade de obreiros nacionais. O parágrafo único do referido dispositivo traz o rol não taxativo das atividades industriais e comerciais que devem cumprir a regra da proporcionalidade de dois terços, além de outras que podem ser determinadas por meio de portarias do Ministro do Trabalho.

---

[12]Art. 359 - Nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba a carteira de identidade de estrangeiro devidamente anotada.
Parágrafo único - A empresa é obrigada a assentar no registro de empregados os dados referentes à nacionalidade de qualquer empregado estrangeiro e o número da respectiva carteira de identidade.

[13]Art. 352 - As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo.

[14]Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

Salienta-se, por oportuno, as seguintes ressalvam elencadas na CLT: a) estrangeiros que residam no país há mais de dez anos que tenham cônjuge ou filho brasileiro – art. 353; b) portugueses – art. 353; c) empregados que exerçam funções técnicas especializadas, desde que haja ausência de trabalhadores nacionais, o que deve ser avaliado pelo Ministério do Trabalho – art. 357. Consoante o §2º, do art. 352, o mesmo raciocínio se aplica para as industriais rurais que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região e as atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração[15].

Vale lembrar, ainda, que a aludida proporcionalidade é obrigatória não apenas em relação à totalidade do quadro de empregados (salvo as exceções especificadas acima), como ainda em relação à correspondente folha de pagamentos. Demais disso, há previsão legal na CLT de penalidades para o caso de descumprimento das regras supra referidas, as quais estão explicitadas nos artigos 363 e 364, do Consolidado.

Infere-se, desse modo, que a regra de admissão de empregados estrangeiros contida na CLT foi proveniente de um contexto histórico, em que, até meados século XX, o Governo brasileiro privilegiou a mão de obra estrangeira em detrimento dos trabalhadores nativos (constituídos por descendentes de índios, escravos e, em menor escala, brancos) (BEIGUELMAN: 1981, p. 23).

Nesse panorama, foi uma grande conquista do povo brasileiro a inclusão do CAPÍTULO II "DA NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO" na legislação trabalhista, de sorte que estabeleceu uma quantidade de empregados nacionais que as empresas existentes no Brasil deveriam obrigatoriamente contratar.

Entretanto, aquele contexto histórico que legitimava todas as regras mencionadas acerca da nacionalização do trabalho não mais se sustenta, tendo em vista que o fenômeno da globalização atingiu as relações de trabalho e as migrações de pessoas para os mais diversos sentidos tornaram-se rotineiras. Sendo assim, é possível afirmar que a regra de proporcionalidade - trazida pelos artigos 352 e 358 da CLT – não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que esta acolhe o postulado da isonomia de tratamento (com exceções apontadas de maneira expressa), além dos princípios da integração internacional e livre iniciativa, bem como rejeita qualquer forma de discriminação negativa (CARRION: 1989, p. 450).

[15]Art. 352, § 2º - Não se acham sujeitas às obrigações da proporcionalidade as indústrias rurais, as que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região e as atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração.

Valentin Carrion (1989, p. 450) coaduna com o mesmo raciocínio, ao esclarecer que "Do texto [Constituição Federal] se deduz ser inconstitucional qualquer discriminação, mesmo indireta, contra os estrangeiros residentes, como é o caso da proporcionalidade em favor dos nacionais, cuja consequência seria a de impedir a contratação de estrangeiros, em hipóteses concretas". Deste modo, vislumbra-se que a regra da "proporcionalidade de dois terços" - prevista na CLT de 1943 - foi extirpada do ordenamento jurídico pátrio, de modo que deve prevalecer, como regra geral, o princípio da igualdade, tutelado pela Constituição Federal.

4.2 Reflexões sobre o exercício de atividade remunerada pelos estrangeiros no Brasil

Assim como muitos países do globo terrestre, o Brasil adotou uma política defensiva da mão de obra nacional. Como visto alhures, o contexto histórico em que foram promulgadas a Consolidação das Leis Trabalhistas e o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) influenciou na elaboração de regras rígidas para a concessão de autorização para o trabalho de estrangeiros.

Segundo Alexandre Rocha Pintal (2011, p. 169) o protecionismo ao trabalho nacional é, em certa medida, necessário, tendo em vista que compete ao Estado realizar políticas públicas que prezem pela garantia do emprego e renda para o seu povo. Inobstante a isso, há de se ressaltar que, nos dias atuais, tem-se vislumbrado uma mundialização das relações econômicas e sociais, de modo que as "fronteiras formais" entre os países estão diminuindo à medida que se estabelecem tratados internacionais de integração regional. O novo contexto globalizado tem demonstrado que, no futuro, além das relações comerciais internacionais, haverá maior liberdade para a circulação de pessoas e, por conseguinte, ampliação do direito ao trabalho. Até lá, merecem destaque as principais condições para a concessão do visto de trabalho no território brasileiro, já que sem a mencionada autorização o imigrante pode ser deportado por exercer atividade proibida.

Em linhas gerais, o Estatuto do Estrangeiro (nº 6.815/80), bem como o Decreto nº 86.715/81, são os principais diplomas legais que disciplinam o procedimento para a concessão do visto. Os artigos 1º ao 3º da Lei nº 6.815/80 esclarecem que, uma vez satisfeitos os requisitos previstos em lei, qualquer estrangeiro poderá entrar e permanecer no Brasil e dele sair[16]. Contudo, as concessões da autorização, bem como a sua prorrogação, ficarão sujeitas

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

aos interesses nacionais, tais como: segurança nacional, defesa do trabalhador nacional, organização institucional e ainda interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil (CARRION: 1989, p. 451).

Existem diferentes tipos de vistos (trânsito, turista, temporário, permanente, cortesia, oficial e diplomático), cuja aplicabilidade depende da situação específica da viagem para o Brasil. Em regra, os vistos são concedidos no exterior, pelas missões diplomáticas, repartições consulares de carreira, vice-consulados e, quando autorizados pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores, pelos consulados honorários.

Salienta-se, por oportuno, que a posse ou a propriedade de bens no Brasil não confere ao estrangeiro o direito de obter visto de qualquer natureza ou autorização de permanência no território nacional[17].

Ao que se refere à autorização para as atividades laborais, a Lei 6.815/80 dispõe que ao estrangeiro que se encontra no Brasil como turista ou temporário na condição de estudante, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários, é vedado o exercício de atividade remunerada. Todavia, no caso de trabalhador temporário que viaja como correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira, é proibido somente o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira[18].

Com relação ao procedimento, em síntese, deve-se observar a Resolução Normativa nº 104/2013 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em que se exige (art. 1º, inciso III) a apresentação do contrato de trabalho por prazo determinado ou indeterminado pelo requente da autorização para o trabalho[19].

Cumpre frisar, entretanto, que a concessão do visto de trabalho é um ato administrativo que depende da vontade política das autoridades governamentais. Por ser um ato discricionário do Poder Executivo, as requisições - quando negadas - só podem ser contestadas administrativamente, já que não compete ao Judiciário avaliar o mérito do ato administrativo.

---

[17]Art. 6º A posse ou a propriedade de bens no Brasil não confere ao estrangeiro o direito de obter visto de qualquer natureza, ou autorização de permanência no território nacional.

[18]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. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

[19]Art. 1º A pessoa jurídica ou física interessada na vinda de trabalhador estrangeiro, em caráter permanente ou temporário, deverá solicitar autorização de trabalho junto à Coordenação-Geral de Imigração do Ministério do Trabalho e Emprego, mediante a apresentação de requerimento, conforme "Formulário de Requerimento de Autorização de Trabalho" em anexo, assinado e encaminhado por seu representante legal, ou procurador, instruído com os seguintes documentos, ou seus equivalentes, quando cabível:

III - Contrato de trabalho por prazo determinado, ou indeterminado, devidamente assinado pelas partes, conforme modelos anexos.

Quando os estrangeiros precisam trabalhar e não conseguem a autorização legal para tanto, passam a exercer atividades laborativas de maneira irregular, seja como empregados subordinados não registrados ou como autônomos no mercado informal.

Conquanto a legislação pátria tenha diversos dispositivos vedando a contratação de estrangeiros não registrados (arts. 359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes da Lei n. 6.815/80), os Tribunais da Justiça Obreira têm entendido que se houve a relação de emprego, com base nos princípios da primazia da realidade e inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), há competência para a Justiça do Trabalho do local da prestação de serviço no Brasil para processar e julgar os feitos envolvendo trabalhadores estrangeiros, ainda que estes estejam em situação irregular.

Nessa toada, embora ainda existam oscilações na jurisprudência brasileira, tem prevalecido o entendimento de que se aplicam os direitos fundamentais aos estrangeiros que forem contratados irregularmente, desde que não exerçam atividade ilegal. Por isso, os efeitos da relação de emprego envolvendo estrangeiros em situação irregular são anuláveis (ex-nunc), ou seja, apenas produzem efeitos do momento da decisão para o futuro, sendo-lhes garantidos os direitos trabalhistas consolidados.

Outro raciocínio diferente desse pode representar um incentivo à precarização das relações laborais, já que ao negar aos estrangeiros sem registro a aplicabilidade das normas protetivas ao direito do trabalho, certamente, haverá um incentivo para a contratação destes em detrimento dos trabalhadores brasileiros, uma vez que os nacionais poderiam ser socorridos pela Justiça do Trabalho, enquanto os estrangeiros não[20].

Demais disso, a garantia da inafastabilidade de jurisdição (inciso XXXV, art. 5º, CF) não pode ser desprezada por uma lei infraconstitucional, consoante acentua Nelson Nery Jr. (2013, p. 188), "(...) o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a

---

[20] Nesse sentido, encontra-se o RO 0000583-15.2011.5.01.0432, proferido pelo Des. Rel. Gustavo Tadeu Alkmim, do TRT 1ª Região, julgado em 29/05/12. Ressalta-se um trecho do voto: "Dessa forma, não se pode negar ao estrangeiro, ainda que em situação irregular no Brasil, direitos concedidos pela lei a qualquer trabalhador, uma vez constatado, como é o caso dos autos, a existência de uma relação típica de emprego, nos moldes da CLT. Seria um incentivo à precarização das relações laborais, um desprezo à dignidade da pessoa humana, que não se restringe aos brasileiros, os quais, por muito tempo, já sofreram esse tipo de discriminação no então chamado "Primeiro Mundo".
Nem se diga, como atualmente alguns defendem, em razão do êxodo haitiano, que esse tipo de postura ameaça o mercado de trabalho para os nativos aqui. Ao contrário. Negar aos estrangeiros em situação irregular direitos trabalhistas, isso sim, incentivará a contratação deles em detrimento dos brasileiros, já que esses últimos podem recorrer à Justiça se forem lesados.
Por fim, cabe lembrar o princípio da primazia da realidade, informador do Direito do Trabalho, segundo o qual a nulidade dos atos não alcança os planos jurídicos da existência e da eficácia, sendo devidas todas as parcelas de natureza trabalhista decorrentes da força despendida. Ou seja, ante a impossibilidade de restituição ao status quo ante do trabalhador, deve ser reconhecido o vínculo empregatício e pagas todas as obrigações trabalhistas".

tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação" (sic).

O acesso à justiça não se concentra somente no acesso ao Judiciário quando se postula ao Estado-juiz, é mais que isso, pois "significa também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz" (SOUZA: 2011, p. 26). Noutras palavras, o acesso à justiça permeia todo o ordenamento jurídico, de tal modo que impõe o acesso a uma ordem jurídica justa, respeitando-se todas as garantias processuais existentes (CAPELLETTI; GARTH: 1988, p. 05).

Pode se inferir, assim, que o acesso à justiça deve existir para todas as pessoas, independentemente de origem, raça, condição econômica, religião, etc., isso porque é, acima de tudo, um valor fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana. Logo, é primordial à efetivação desse direito, tanto na ordem jurídica interna como na ordem internacional.

6. OS DIREITOS TRABALHISTAS DOS ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Diferentemente dos estrangeiros que possuem visto permanente no Brasil, os que possuem visto temporário, salvo algumas exceções, estão proibidos de trabalhar no território brasileiro. Por essa razão, muitos estrangeiros embora tenham conseguido entrar no Brasil de forma legal, permanecem no território brasileiro de maneira irregular, mormente por não conseguirem a renovação do visto.

Importante frisar que a permissão para o ingresso de estrangeiro em território nacional é ato discricionário do Estado, logo, o visto não constitui um direito subjetivo à entrada e, muito menos, à permanência no território, representando mera expectativa de direito (SEVERO: 2016).

Quando os estrangeiros precisam trabalhar e não conseguem a autorização legal para tanto (carteira de trabalho), passam a exercer atividades laborativas de maneira irregular, seja como empregados subordinados não registrados ou como autônomos no mercado informal. Destarte, considerando que a Justiça do Trabalho tem como função essencial a efetividade dos direitos trabalhistas, evidente se torna a necessidade de se valorizar a realidade em detrimento da mera formalidade documental (VILLELA: 2010, p. 74), de modo a preservar a garantia do acesso à justiça para todos, independentemente de sua nacionalidade. Segundo Fábio Goulart

Villela (2010, p. 74), significa afirmar que a relação jurídica estipulada pelos contratos ou qualquer outro documento formal precisa estar conforme a realidade objetiva dos fatos.

Caso contrário, tais arcabouços formais serão considerados nulos, consoante dispõe o art. 9º da CLT[21]. Portanto, uma relação de emprego pode ser configurada - se presentes os requisitos do art. 3º da CLT - mesmo que exista documento formal dispondo o contrário, de sorte que prevalece o *modus operandi* em que se desenvolveu a prestação do serviço (VILLELA: 2010, p. 75).

O princípio da primazia da realidade pode ser observado à luz do acesso à justiça tendo em vista que o acesso à justiça ultrapassa os limites do acesso ao Judiciário, já que representa a garantia de uma ordem jurídica justa. Nessa esteira, expõe Maria Tereza Sadek (2001, p. 07): "os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, consequentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos".

Conquanto, a legislação pátria tenha diversos dispositivos vedando a contratação de estrangeiros não registrados (arts. 359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro) e, por conseguinte, inibindo a atuação desta Justiça Especializada nessas lides; os Tribunais da Justiça Obreira têm entendido que se houve a relação de emprego, com base nos princípios da primazia da realidade e inafastabilidade da jurisdição, há competência para a Justiça do Trabalho do local da prestação de serviço no Brasil para processar e julgar os feitos envolvendo trabalhadores estrangeiros, ainda que estes estejam em situação irregular. Desse modo, afirma José J. Abrantes (2005, p. 198) que:

> (...) a ordem jurídica apenas admite limitações aos direitos fundamentais do trabalhador desde que se mostrem justificadas por critérios de *proporcionalidade (Verhii1tnismiissigkeit),* numa tripla dimensão de estrita *necessidade* (de salvaguarda da correcta execução do contrato), de *adequação* (entre o objectivo a alcançar com a limitação e o nível desta) e de *proibição do excesso* (devendo a restrição ser a menor possível, em função da finalidade a ser alcançada com a sua imposição). (sic)

Afirmam Cappelletti e Garth: "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (1988, p. 12). Vale lembrar também que "a Justiça que a Constituição faz referência não remete apenas ao Poder Judiciário, mas à Justiça em sentido material, que, conforme se dessume, não é outra senão a justiça social, cujos ditames deve conduzir ao bem-estar exigido para uma existência digna" (DANTAS: 2013, p. 199).

---

[21] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

No Brasil, comumente os conflitos de interesses intersubjetivos, sejam eles relacionados ao Poder Público ou não, quando não solucionados na esfera da autonomia privada ou por outras vias administrativas, em regra, podem ser levados ao Poder Judiciário. Por conseguinte, compete à Justiça do Trabalho julgar conflitos individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, incluindo aqueles que envolvam entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nessa toada, o estrangeiro que trabalha no Brasil, ainda que informalmente, pode reivindicar as garantias trabalhistas previstas na Constituição Federal, mediante provocação na Justiça Especializada.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmado alhures, a Constituição Federal de 1988 tutelou o princípio da isonomia de tratamento (Art. 5º, *caput*, da CF/88), de modo que a própria Lei Maior traçou os limites aceitáveis de discriminação aos estrangeiros.

Assim, embora alguns juízes ainda insistam em realizar uma interpretação legalista da CLT, há decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de reconhecer o vínculo empregatício, bem como os direitos trabalhistas dos estrangeiros no Brasil. Isso se torna ainda mais evidente quando se trata de trabalhadores sul-americanos, uma vez que existe um acordo internacional de regularização migratória e de residência (entre a Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile).

Além disso, o não reconhecimento dos direitos trabalhistas aos imigrantes que laboram no Brasil – desde que obedecidos os requisitos previstos no art. 3º da CLT - vai de encontro ao disposto na própria Constituição, haja vista a prevalência dos princípios da igualdade e do acesso à justiça.

Vislumbra-se, com isso, que a discriminação - que ultrapassa os limites trazidos pela Magna Carta - não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Logo, não coadunam com o ordenamento jurídico pátrio e, muito menos, com o sistema internacional, que cada vez mais tem avançado na globalização dos direitos humanos e na integração entre as normas jurídicas.

Conclui-se, portanto, que o trabalho é essencial para a consolidação da cidadania, porquanto é por meio da força laboral, seja ela intelectual ou física, que o homem conquista sua independência, não apenas financeira, mas também pessoal e moral.

Por tais razões, os imigrantes buscam de diversas formas se inserirem no mercado de trabalho e, quando não conseguem, permanecem trabalhando de maneira clandestina.

Contudo, as garantias trabalhistas - previstas no art. 7º da CF/88 - não são exclusivas aos trabalhadores nacionais, de sorte que integram os direitos humanos em uma perspectiva universal, sendo proveniente do valor máximo de justiça social.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BEIGUELMAN, Paula. *A crise do escravismo e a grande imigração*. São Paulo, SP: Brasiliense, 1981.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. *Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988*, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

_____, *Decreto n. 6.975 de 7 de outubro de 2009*. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6975.htm. Acesso em 05/09/2018.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988.

COLOMBO, Marcelo. *A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo*. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (org.). Migrações e trabalho. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

HIRST, Paul Q; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, (tradução: Wanda Brant).

LESSER, Jeffrey. *Immigrants, ethnicity and national identity in Brazil, 1808 to the present*. Cambridge, Cambridge Press University, 2013.

MALLET, Estevão. *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. Nações Unidas Comissão Econômica para América Latina e Caribe. *América latina y el Caribe*: migración internacional, derechos humanos y dessarrollo. Santiago de Chile, CL: CEPAL, 2008.

PINTAL, Alexandre Rocha. *Direito Imigratório*. Curitiba: Juruá, 2011.

PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (org.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.