

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ISABELLA SICKERT AMPARADO

**DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO: OS DIREITOS
SOCIAIS DO TRABALHADOR IMIGRANTE SOB A PERSPECTIVA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA
2015

ISABELLA SICKERT AMPARADO

DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO: OS DIREITOS SOCIAIS
DO TRABALHADOR IMIGRANTE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof^ª. Dra. Clarissa Chagas Sanches Monassa

MARÍLIA
2015

Amparado, Isabella Sickert.

Da Condição Jurídica do Estrangeiro: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais/Isabella Sickert Amparado; orientadora: Prof^a. Dra. Clarissa Chagas Sanches Monassa. Marília SP: [s.n.], 2015.

58 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, Marília, 2015.

1. Direitos Fundamentais. 2. Condição Jurídica do Estrangeiro.
3. Estrangeiro em Situação Irregular

CDD : 341.121.941



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

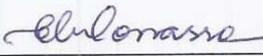
Isabella Sickert Amparado

RA: 47427-4

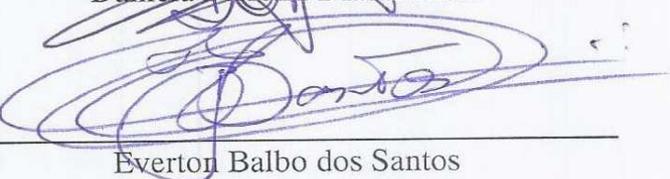
Da Condição Jurídica do Estrangeiro: Os Direitos Sociais do Trabalhador Imigrante sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
Clarissa Chagas Sanches Monassa

1º EXAMINADOR(A): 
Daniela Pereira Dias Batista

2º EXAMINADOR(A): 
Everton Balbo dos Santos

Marília, 04 de dezembro de 2015.

Aos meus pais, Dener Pereira Amparado e Claudia Sickert Amparado, por todo apoio e esforço que sempre dedicaram para que tivesse todas as oportunidades, sempre cercada de todo amor e carinho.

Às minhas irmãs Rafaella e Gabriella, minhas melhores amigas e companheiras, que sempre estão ao meu lado.

Aos meus avós, Herivaldo (in memorian), Maria de Lourdes, Mary e Renato, amo vocês com todo o meu coração.

Aos meus colegas de classe, em especial Patricia, Felipe, Caroline e Marcela, pela acolhida que nunca me negaram durante toda graduação, vocês fizeram tudo mais especial.

Às minhas amigas Julia e Luana, obrigada pelo apoio em todos os momentos que precisei e mesmo quando distantes, estavam presentes em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Centro Universitário Eurípedes de Marília, a esta instituição devo minha vida acadêmica e meu crescimento intelectual.

Agradeço a todos os professores do curso de Direito, que fizeram parte da minha trajetória acadêmica, por todos os ensinamentos, um obrigado especial à minha orientadora e mestre, Professora Clarissa Chagas Sanches Monassa pela disponibilidade e orientação do trabalho.

AMPARADO, Isabella Sickert. **Da Condição Jurídica do Estrangeiro: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. 2015. 58 f. Trabalho de conclusão do curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

Atualmente, as massas migratórias estão sobrevivendo pelo fato de existirem conflitos no país de origem ou pela perspectiva de melhores condições de vida em busca de trabalho e abrigo. Entretanto, por se tratar de imigrantes que não possuem mão de obra qualificada, ou mesmo, por ingressarem no país de forma irregular, muitos são os casos que estão se aproveitando desta situação para explorar a mão de obra, oferecendo baixos salários, trabalhos excessivos e expostos à realização de trabalho sem condições dignas, sendo equiparados ao trabalho escravo. Com a permanência irregular, ou mesmo regular, no país de destino, pela falta do vínculo de nacionalidade, acaba por privar o estrangeiro do acesso aos direitos fundamentais sociais relacionados ao regular exercício do trabalho, tais como, proteção à segurança e saúde, salário mínimo e jornada delimitada, não existindo um mínimo de isonomia com os direitos da população nacional. Desta feita, o presente trabalho tem por escopo realizar uma análise da condição jurídica do estrangeiro no território brasileiro, associando os direitos humanos, os direitos de cidadania, os imigrantes ilegais que ingressam de maneira informal, sendo submetidos a condições de trabalho irregulares. A metodologia é a pesquisa jurídica de natureza bibliográfica e documental, embasada em legislação, doutrina, jurisprudência e direito comparado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Condição Jurídica do Estrangeiro. Estrangeiro em Situação Irregular.

AMPARADO, Isabella Sickert. **Da Condição Jurídica do Estrangeiro: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. 2015. 58 f. Trabalho de conclusão do curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

Currently, the migratory masses are surviving because there are conflicts in the country of origin or by the prospect of better standards of life in search of work and shelter. However, because it is immigrants who lack skilled manpower, or even, for entering the country irregularly, there are many cases that are taking advantage of this situation to explore the manpower, offering low wages, excessive work and exposed to the performance of work without decent conditions, with equivalent labor. With illegal stay, or even regularly, in the destination country, lack the bond of nationality, ultimately deprive the foreigner's access to fundamental social rights related to regular exercise work, such as protecting health and safety, minimum wage and bounded journey, and there is a minimum of equality with the rights of the national population. This time, this work has the scope to conduct an analysis of the legal status of foreigners in Brazil, linking human rights, citizenship rights, illegal immigrants entering informally, being subjected to irregular working conditions. The methodology is the legal research of bibliographic and documentary nature, based on legislation, doctrine, jurisprudence and comparative law.

Keywords: Fundamental Rights. Foreigners' Legal Status. Foreigner in irregular situation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS HUMANOS	12
1.1 Retrospectiva Histórica dos Direitos Humanos.....	12
1.2 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais na CF/88	15
1.3 Direitos Trabalhistas e Dignidade Humana.....	18
CAPÍTULO 2 – DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL.....	23
2.1 O Estatuto do Estrangeiro - Lei n.º 6.815/80.....	23
2.2 Do Estrangeiro em situação Irregular no País e as Possíveis Sanções	31
CAPÍTULO 3 – DO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR E A DIGNIDADE HUMANA	36
3.1 Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas.....	36
3.2 O caso Mama Selo Djalo	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44
ANEXO A – ÍNTEGRA DE JULGAMENTO - CASO MAMA DJALO	47

INTRODUÇÃO

O ser humano por natureza, busca a vida em sociedade como modo de aperfeiçoar potencialidades e garantir a sua sobrevivência. Neste cenário surge o direito como disciplina normativa da vida em sociedade. Desta forma, desde os tempos remotos, com as transformações ocorridas durante o século XX, como revoluções tecnológicas, as duas Grandes Guerras Mundiais, migrações populacionais, fenômenos da globalização, dentre outros fatos, percebe-se que a história da humanidade está interligada com a história dos movimentos migratórios, não sendo difícil constatar a relevância do tema das migrações internacionais na contemporaneidade.

Atualmente, as massas migratórias estão sobrevivendo pelo fato de existirem conflitos no país de origem ou pela perspectiva de melhores condições de vida em busca de trabalho e abrigo. Entretanto, por se tratar de imigrantes que não possuem mão de obra qualificada, ou mesmo, por ingressarem no país de forma irregular, muitos são os casos que estão se aproveitando desta situação para explorar a mão de obra, oferecendo baixos salários, trabalhos excessivos e expostos à realização de trabalho sem condições dignas, sendo equiparados ao trabalho escravo.

Com a permanência irregular, ou mesmo regular, no país de destino, pela falta do vínculo de nacionalidade, acaba por privar o estrangeiro do acesso aos direitos fundamentais sociais relacionados ao regular exercício do trabalho, tais como, proteção à segurança e saúde, salário mínimo e jornada delimitada, não existindo um mínimo de isonomia com os direitos da população nacional.

Segundo Maria Helena Diniz (apud TEIXEIRA, 2009, p. 119):

[...] o direito internacional privado regulamenta as relações do Estado com cidadãos pertencentes a outros Estados, dando soluções aos conflitos de leis no espaço ou aos de jurisdição. O direito internacional privado coordena relações de direito no território de um Estado estrangeiro. É ele que fixa, em cada ordenamento jurídico nacional, os limites entre esse direito e o estrangeiro, a aplicação extranacional do primeiro e a do direito estrangeiro no território nacional.

Destarte, além da Constituição Federal da República de 1988, que garante os direitos fundamentais de todos aqueles que habitam no território brasileiro, o Estatuto do Estrangeiro regularizado pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, busca uma abordagem inovadora, desvinculando a imigração da segurança nacional para uma perspectiva dos direitos humano, sendo um importante instrumento para a garantia dos direitos dos Estrangeiros. Seus artigos dispõem sobre os direitos e garantias individuais do estrangeiro, a admissão, entrada,

impedimento, condição de asilado, as espécies de vistos, prazo de entrada e saída (deportação, expulsão e extradição) do território nacional.

Desta feita, o presente trabalho tem por escopo realizar uma análise da condição jurídica do estrangeiro no território brasileiro, associando os direitos humanos, os direitos de cidadania, os imigrantes ilegais que ingressam de maneira informal, sendo submetidos a condições de trabalho irregulares.

CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS HUMANOS

1.1 Retrospectiva Histórica dos Direitos Humanos

É oportuno referir aos Direitos Humanos, tendo em vista o fato de possuir grande influência no cotidiano, uma vez que, foi efetivada de forma fundamental na sociedade humana, tutelando a relação do homem com os seus congêneres. No entanto, houve um árduo processo para a efetivação desses direitos e, o reconhecimento internacional foi um marco histórico decisivo, no qual hoje estão previsto em documentos, tratados e nos mais diversos sistemas normativos.

Embora os direitos humanos tivessem afirmado sua internacionalização após a Segunda Guerra Mundial com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e assinado diversos tratados internacionais, este resultado, apenas foi possível, por ser reflexo de vários fatores de ordem econômica, social, histórica, política e cultural.

Conforme afirma a maioria dos estudiosos, foi na Idade Média que se encontra o primeiro documento aceito como declaração de direitos humanos, a Magna Carta Libertatum, de 1215, conforme relata Dallari (1988, p. 328): “[...] foi os barões ingleses que exigiram que seu rei, “João sem terra”, assinasse o documento que lhes garantia direitos, pela limitação do poder absoluto do monarca [...]”. A referida carta, embora redigida em texto sem divisões e parágrafos, é apresentado como composto de um preâmbulo e de 63 (sessenta e três) cláusulas (MONTANHA, 2012, p.14).

Dentre os dispositivos da Carta Magna Libertatum, destaca-se os mais importantes:

(1) O reconhecimento da inviolabilidade dos “direitos e liberdades” da Igreja da Inglaterra, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado (parágrafo 1º); (2) o compromisso de não lançar tributos sem o consentimento do conselho geral do reino, ou seja, não haverá tributação sem que os contribuintes dêem o seu consentimento, por meio de representantes (parágrafo 12); (3) o estabelecimento da regra de proporcionalidade entre as multas e a gravidade dos delitos (parágrafo 20); (4) a proibição do confisco de bens por parte de xerifes e bailios (parágrafos 28, 30 e 31); (5) a afirmação de que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado (...) senão mediante julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país” ; a partir da Carta Magna, reconheceu que o rei tem um poder-dever de fazer justiça, assim, que solicitado por seus súditos (parágrafo 39); e (6) a admissão da liberdade de entrar e sair do reino, “ em paz e segurança”, exceto em tempo de guerra (parágrafo 42). (MONTANHA, 2012, p. 15).

A referida Carta refere-se aos privilégios outorgado aos Barões ingleses, como a concessão do direito a liberdade, mas, tão somente a classe dos senhores feudais, aos cavaleiros e aos religiosos, afastando deste mérito as classes subalternas da época.

Nesse raciocínio, o século XVII foi marcado por guerras de religião, entre católicos e protestantes, que corroborou para o início do estudo da consolidação dos direitos, surgindo o jusnaturalismo.

O Iluminismo propôs uma nova visão de mundo; o jusnaturalismo traduziu essas ideias para o Direito, permitindo a renovação de seus métodos e fornecendo elementos para a construção de um novo sistema: o movimento da codificação completaria a transição, servindo de forma para os novos conteúdos (GIORDANO, 2011, p. 27).

Porém, é entre os séculos XVII e XVIII que os direitos humanos ganharam universalidade com o jusnaturalismo e o iluminismo que tiveram marco na Europa. Mencionados como marcos históricos, buscavam como traço característico o direito a liberdade, colocando o indivíduo como o centro e, resistindo a forte oposição do Estado.

Na busca por estes ideais, existiram também outros documentos históricos no mesmo sentido. A Petição de Direitos, de 1628, que delimitava os excessos e determinava limites ao reinado, com fundamental intuito de proteger o patrimônio. Em 1679, sucedeu a Lei de Habeas-Corpus, com sua denominação oficial com escopo de “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões ultramar”, com a função de proteger os direitos de ir e vir e contra ilegalidades em geral. Em 1689, ocorreu a Declaração de Direitos, conhecida como *Bill of Rights* que levou à formação de uma monarquia parlamentar, colocando fim a monarquia absoluta, no qual passa a controlar os abusos cometidos pelo rei, que foi o marco inicial do constitucionalismo moderno, na qual o rei passou a ser limitado por normas escritas, estabelecidas pelos cidadãos.

Entretanto, estes três documentos marcantes durante a Idade Média, tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade (LENZA, 2013, p. 60).

Como os direitos adquiridos não refletia na universalidade, conseqüentemente, eram resguardados a uma discriminada classe, todavia, com o advento da Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia, no ano de 1776, teve uma grande repercussão, sendo considerada a grande inovação dos direitos humanos modernos, pois resguardava os direitos inerentes á condição humana, ou seja, pela primeira vez o indivíduo é situado em primeiro plano em relação ao Estado, onde se proclamou o direito à vida, igualdade, liberdade e prosperidade.

Na sequência, é possível destacar outros dois marcos históricos que ocorreram durante a Idade Contemporânea, sendo uma nova fase na evolução das instituições jurídico-políticas: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que possuía a ideologia baseada na ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’). Estas constituições formam o constitucionalismo moderno e conforme já mencionado, destaca-se a valorização do indivíduo, resguardando direitos individuais e o afastamento do Estado. De acordo com Lenza (2013, p. 60): “Essas perspectivas, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891”. Ademais, elas também motivaram duas novas posteriores e significativas constituições:

A Constituição do México, de 1917 e a da Alemanha de Weimar, de 1919, que foram impulsionadas pela Revolução Industrial europeia e pela Primeira Grande Guerra ocorrida séculos XIX e XX. Foram momentos marcados pela crescente industrialização e desenvolvimento econômico, os sujeitos centrais possuíam péssimas condições de trabalho e buscava além da proteção aos trabalhadores, normas de assistência social, fixação dos direitos sociais, culturais e econômicos, adequando-se aos direitos de igualdade, que influenciaram no Brasil a Constituição de 1934. Trata-se de um momento histórico que lutavam pelo “direito ao trabalho, à greve, ao voto, à habitação, à saúde, à dignidade salarial, à educação. Estes indivíduos lutaram por direitos de igualdade contra um capitalismo emergente” (VALENTIM, 2010, p. 4).

Foi por ocasião da Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos se inseriram no campo internacional, no qual foi evidenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, criação da ONU, em 1948.

A necessidade de um regime internacional dos direitos humanos ocorreu devido às circunstâncias dos indivíduos se encontrarem fora de seus estados, estando desamparados pelos mesmos. Viu-se a necessidade de buscar uma esfera internacional protetora dos direitos dessas pessoas. Cabe evidenciar que durante a Segunda Guerra milhões de pessoas foram mortas, feridas, torturadas, razão que motivou a ideia de inserir os direitos humanos como condição de convivência pacífica.

A partir daí nasceu, segundo Piovesan (2003), um ramo do Direito Internacional denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja preocupação é obrigar os Estados a respeitarem os direitos humanos de todas as pessoas, seja elas nacionais ou estrangeiras.

Piovesan (2003) afirma que esse ramo do Direito Internacional ascendeu no sentido de reconstruir os direitos humanos (diante da destruição e das atrocidades da Segunda Guerra) e recolocá-los de forma a suspender a descartabilidade com que os seres humanos foram tratados durante o conflito, ou seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve naquele momento, de acordo com a autora, o objetivo de colocar o valor da pessoa como valor-fonte do Direito.

A ONU teve um papel significativo nessa empreitada, Foi constituída no ano de 1945, com o objetivo de promover a paz mundial e teve conduta inicialmente a declaratória em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pelas Nações Unidas, sucessivamente vinculante com a realização dos Pactos Internacionais e, por fim, coercitiva como diretriz dos Protocolos adicionais.

Estes momentos históricos foram de grande importância para a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, cooperando com o progresso da essência atribuída ao ser humano, conseqüentemente traduzindo a formulação dos novos direitos humanos.

1.2 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais na CF/88

Os desdobramentos dos direitos sociais tiveram início com os documentos já mencionados, como o da Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919, na Alemanha, e a Constituição de 1934 no Brasil, que adquiriram papel importante na efetivação dos direitos dos trabalhadores e normas de assistência social, bem como dos direitos da coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade.

Atualmente, a Constituição Federal de 1998, o legislador classificou os direitos fundamentais dividindo em direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos e direitos solidários.

Assim, os direitos sociais estão previstos no rol do Capítulo II, nos termos do artigo 6º da Carta Magna (Emendas Constitucionais nº. 26/2000 e nº 64/2010), no qual correspondem: os direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, e, assim configuram o direito individual que cada um tem reservado.

Por ser de suma importância a Constituição Federal protege este direito como previsto em seu artigo 60, § 4, inciso IV, de tal forma que inviabiliza a redução de direitos individuais, por se tratar de cláusula pétrea, são dispositivos que não pode haver alteração.

Trata os direitos sociais como inscritos em normas programáticas, entretanto deve ser observado com cautela, pois para a concretização destes direitos estariam essencialmente ligados a gastos excessivos do Estado. Porquanto, a lei não deve ser considerada tão somente em sua literalidade, como era feito em sistemas jurídicos remotos, no qual a letra da lei era efetiva, ela decorre de uma interpretação extensiva, baseada nos fatores norma/realidade.

Para que os objetivos do Estado brasileiro sejam compreendidos, é necessário que os direitos sociais como direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988, sejam eficazes, ou seja, tenham uma aplicação imediata e imprescindível.

Percebe-se que são direitos que necessariamente precisam para a sua efetivação de uma ação produtiva por parte do Estado, devendo proteger de forma isonômica a coletividade. Assim, o Poder Público vai possuir um papel de grande destaque referente aos direitos sociais, uma vez que, sua função irá depender de uma prestação positiva por parte dele, além do que, ressalta-se que os direitos fundamentais introduzidos nos direitos sociais devem ser concebidos observando a coletividade, não apenas na perspectiva individual.

A constituição ao prever esta norma, aguarda que o poder público satisfaça, por exemplo, à liberdade de locomoção, educação para a cidadania, direito de informação, repartições públicas adequadas, entre outros, respeitando o compromisso com a dignidade da pessoa humana.

Todavia, a Constituição não prevê a forma como ele deve proceder, delimitando qual seria o dever de cada ente público, e qual o limite necessário nessa prestação, prevendo institutos processuais com o fim de coibir a omissão do legislador em dar concretude ao comando constitucional. Consoante apresenta Lenza (2013, p. 1.152):

Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art 5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) (LENNZA, 2013, p. 1152).

Como explicação para algumas dúvidas que questionam se os direitos sociais podem ser exigidos no Poder Judiciário, há correntes que afirmam que estes direitos são meros programas de ação governamental. Entretanto, sendo a Constituição a Carta Magna, prevendo direitos e garantias, parte-se do princípio que todas as normas contidas nesta, carece de

eficácia, independente de estar ou não previsto no rol do Capítulo I, da Constituição. Pois bem, rege-se como direitos fundamentais todos os direitos previstos sem os quais os direitos sociais não resistiriam na vida cotidiana. E, afinal, para que os direitos sociais como direitos fundamentais possua plena efetivação, devem ser observados além de normas previstas, também, todos os princípios reguladores.

Mantendo este raciocínio, os direitos sociais possuem dimensões, como, a subjetiva ou objetiva, proporcionando ao titular do direito de exigir determinada ação (comissiva ou omissiva), respeitando os direitos fundamentais previstos e eventualmente incumbindo ao poder público alcance próximo dos direitos fundamentais.

Alcance, pelo fato de tratar de direitos nos quais cobraria do Estado gastos excessivos para a consecução dos direitos sociais, daí a dificuldade para a realização destes direitos, à medida que, para a sua efetiva realização exige ligação como a realidade econômica, ao PIB (Produto Interno Bruto) e, porquanto, à riqueza do país.

Delimitando mais ainda a respeito do direito do cidadão de reclamar perante o judiciário, encontram-se direitos prestacionais originários e derivados. O primeiro ressalta a ideia de possuírem aplicação imediata, como por exemplo, o direito à educação, ordenando ao poder público a sua concretização, sendo possível serem demandados perante o judiciário. Já os direitos prestacionais derivados não se realizam até que seja regulamentado um orçamento, a partir de uma política.

A fim de delimitar a pesquisa pelo critério do tema, e a título de exemplo, a presente jurisprudência serve para compreender uma forma do alcance dos direitos sociais como direito fundamental como já relatado, observa-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. NÃO PREVISÃO EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 8.080/90. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. ACÓRDÃO Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por Raimundo Firmino Carneiro em face de ato do Secretário de Saúde do Rio Grande do Norte do Norte (RIO GRANDE DO NORTE, 2010).

É claro perceber, que a sociedade brasileira vive em um quadro de escassez de recursos, ou seja, o Estado não tem possibilidades de resolver todas as condições precárias de

uma só vez. Todavia, não quer dizer que ele não pode providenciar políticas progressivas conforme documento constitucional.

À vista disso, cabe acentuar que os direitos fundamentais não existem apenas com a função de resguardar os direitos da minoria, a partir das perspectivas individuais, pelo contrário, foi contraposta com o impacto de promover uma nova visão quanto à perspectiva dos direitos sociais, da coletividade, assegurando a todos os integrantes da população, independentes de nacionalidades, como assegura o próprio artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, sendo o foco a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico.

1.3 Direitos Trabalhistas e Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana surge pelo fato das pessoas viverem em sociedade e existindo a convivência em grupos, é uma forma de proteger o ser humano, um valor inerente à ele, afinal, são aqueles sem os quais o indivíduo não poderia existir como realça Immanuel Kant que defendia que “as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmo, e não como um meio (objeto)” (NERES; RODRIGUES, 2015, p.1).

A dignidade humana foi contemplada composta por conhecimentos teóricos e filosóficos com base jurídica positiva, formada por Declarações, Convenções Gerais e Específicas, Protocolos da ONU e um conjunto de procedimentos especiais, no qual caracteriza o valor supremo que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, elevada à condição de princípio basilar da República Federativa do Brasil, como dispõe, o inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Mas afinal, o que seria os direitos humanos do trabalhador? Para esta resposta seria necessário fazer algumas reflexões ao aludido caso concreto, devido o fato dos direitos humanos não possuir declaração concreta sobre o assunto, já que a dignidade não é algo absoluto, levando-se em conta para entender o tema alguns fundamentos, princípios, normas, que vão variar de acordo com a cultura (filosóficas, religiosas, políticas e jurídicas) das

diferentes etnias, entretanto, pode-se afirmar alguma de suas características, como apresenta Arnaldo Süssekind (2007, p. 15-16):

Fundam-se na liberdade;

a) Valem *erga omnes*;

b) São universais, no sentido de que tocam a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam;

c) São negativos, pois exibem o *status negativo* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros;

d) Criam também o *status positivo libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais;

e) Postulam garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado;

São plenamente justificáveis;

f) Independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata;

g) positivam-se, entre outros, nas diversas Constituições nacionais (no Brasil, art. 5º) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem na ONU [...]

Este princípio não nasce de uma só vez, e rege-se conforme a evolução e complexidade das relações. Cabe ressaltar, que ele teve papel de destaque primeiramente na Assembleia Nacional da Revolução Francesa, em 29 de agosto de 1789. Foi após a 2ª Guerra Mundial, com o resultado das atrocidades e horrores cometidos pelo regime nazista, caracterizado pela destruição e descartabilidade da pessoa humana que veio à criação da ONU, e, por conseguinte, a nova Declaração Universal dos Direitos do Homem, que representou o marco maior do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, no qual substituiu aquele anunciado pelos revolucionários franceses de 1789.

De acordo com o que traz Süssekind (2007, p. 17), é considerável ressaltar alguns artigos que trata a nova Declaração, quais sejam:

Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. II – 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa,

quer se trate de um território independente, sob tutela sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Art. III – Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. XXIII – 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Feita a leitura e análise dos principais artigos supra, é nítido perceber que a Declaração de 1948 aborda princípios de caráter geral, como forma de ser adotado por diferentes países, mesmo com culturas diversas. Contudo, foi em 1966 com o Pacto de Direito Civil e Político e de Direito Econômico, Social e Cultural que continham textos explicativos e mais específicos sobre a aplicação destes princípios.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, foi e continua sendo um assunto específico estudado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), entidade que mais se dedica aos direitos humanos dos trabalhadores, ela faz parte de uma das agências especializadas da ONU, sendo que foi a pioneira no sistema de controle ideal de proteção ao trabalhador e influenciou diversos organismos, sejam eles internacionais, ou mesmo, regionais.

Com os resultados que a OIT proporcionou, servindo de referência nacional e internacional, faz-se oportuno enquadrar o resultado que foi exteriorizado em ambas esferas.

Primeiramente no campo do direito do trabalho interno, Alves (2011, p. 75) aponta a essência do nosso ordenamento brasileiro, como se observa:

A República Brasileira, além de garantir a proteção ao trabalhador através do Direito do Trabalho, com suas regras e princípios próprios e específicos, cuida de erigir o caráter constitucional dos direitos fundamentais que podem e devem ser aplicados às relações jurídicas de entrega de força produtiva. Assim é que princípios como dignidade da pessoa humana (C.R., artigo 1º, inciso III), valorização social do trabalho (C.R., artigo 1º, inciso IV), não-discriminação (C.R., artigo 5º, caput), vedação ao retrocesso social (C.R., artigo 5º, § 2º), prevalência dos direitos humanos (C.R., artigo 4º, inciso II) e submissão da propriedade à sua função social (C.R., artigo 5º, XXIII e artigo 170, III), dentre outros, devem ser entendidos como “vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”, e portanto relevantes para o Direito do Trabalho. A tais direitos fundamentais somam-se os direitos sociais trabalhistas em sentido

estrito (C.R., artigos 7º, 8º e 9º), que devem ser entendidos como imediatamente aplicáveis às relações jurídicas trabalhistas, posto que pautadas na proteção à parte hipossuficiente.

Portanto, o direito do trabalho é um instrumento que possui como escopo instituir a igualdade, justiça, segurança, equidade, distribuição de renda e respeito ao cidadão, bem como a proteção as condições de trabalho referente ao local da prestação do serviço, de acordo com fatores de iluminação, calefação, dormitórios, refeitórios, vestuários, o bem estar do trabalhador, e, também, não menos importante, os fatores ligados à jornada, descanso e salário, isto posto como formas básicas de garantir a dignidade da pessoa humana ao cidadão trabalhador. Estando previstos no plano normativo se materializando nas leis, convenções coletivas, regulamentos das empresas e contratos individuais (ALVES, 2011, p. 75).

Entretanto, sobre uma breve análise, não existe apenas a figura do empregado nacional, corretamente regularizado, como já abordado. Com a globalização existe a figura do trabalhador migrante regularizado fora de seu país de origem bem como, o trabalhador migrante fora da regularização necessária, como discorre Nicoli (2013, p. 363): “as fronteiras se abriram para o capital, bens e serviços, mas, infelizmente, se fecharam para os seres humanos”.

Assim, é constante ver em noticiários assuntos tratando das migrações ilegais ou clandestinas enfrentando obstáculos cada vez maiores para cruzarem as fronteiras na busca por trabalho e condição digna de vida. O motivo que enseja estas pessoas a mudarem do país de origem deixando pra trás suas culturas, suas casas e muitas vezes suas famílias é pelo fato da busca por uma melhor qualidade de vida, seja qual for à razão que fundamenta esta decisão.

Diante desta perspectiva é possível em um segundo momento, agora tratando do sistema no campo internacional, referindo-se a este grave quadro que é a própria OIT que normatiza os direitos dos migrantes, sendo que, ela tem uma abordagem própria com instrumentos normativos para lidar com o tema.

Um de seus principais normativos é encontrado na Convenção nº 143 (em vigor na ordem internacional em 1978) se referindo das condições abusivas a qual os migrantes são expostos e a proteção à igualdade de oportunidade e tratamento destes trabalhadores.

Estabelece o artigo 1º, da Convenção nº 143 da OIT que: “os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes”.

Percebe-se aqui a prevenção à proteção ao trabalho prestado pela pessoa do imigrante como também, os seus direitos da pessoa humana.

Entendendo a proteção trabalhista como um direito irrenunciável da pessoa humana, que não restará prejudicado pelo fato de sua condição de irregularidade migratória (NICOLI, 2013, p. 363).

No Brasil esta convenção não foi ratificada, não sendo um instrumento formalmente cogente na ordem jurídica nacional.

Nas palavras de Patrick Taran e Eduardo Geronimi (2003, p.15 apud NICOLI, 2011, p. 376):

Pode-se afirmar que a Convenção 143 da OIT, juntamente com a Convenção 97 da mesma organização e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias da ONU, de 1990, formam o sustentáculo da proteção internacional ao trabalhador imigrante.

Estas três Convenções em conjunto providenciam uma definição compreensiva, baseada em valores, e a base legal para a política nacional sobre trabalhadores migrantes estrangeiros e membros de suas famílias. Elas servem, assim, como ferramentas a encorajar os Estados a estabelecerem ou aperfeiçoarem as legislações nacionais em harmonia com os padrões internacionais. Elas não são simples instrumentos de direitos humanos. Várias provisões em cada uma delas somam a uma agenda compreensiva de política nacional e de consultas e cooperação entre os Estados em formulação de políticas de migração trabalhista, troca de informações, informações a migrantes, retorno ordenado e reintegração etc.

Conclui-se que as reflexões jurídicas demandam a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, assim os relaciona com um princípio maior: o princípio da proteção à vida, referente à pessoa do imigrante e a dignidade do trabalhador. Para que dessa forma, diminua e, gradativamente seja extinta qualquer postura que vincula o trabalhador migrante que não tenha documento a um trabalho análogo à de escravo, ou qualquer outra forma de exploração que possam vim a sofrer.

CAPÍTULO 2 – DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

2.1 O Estatuto do Estrangeiro - Lei n.º 6.815/80

Devido a fatores como o da globalização, relações econômicas entre os países, crises políticas, religiosas ou culturais, avanços tecnológicos, entre outros aspectos, deve ser observado com cautela o tema das migrações, que atualmente possui ampla relevância, visto que a ida e vinda do homem de um país a outro passou a ser algo comum. Conseqüentemente, torna-se indispensável o estudo da Condição Jurídica do Estrangeiro no Brasil, no qual regulamentada pela Lei nº 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Para tanto, primeiramente, incumbe entender quem é o estrangeiro sob o ponto de vista teórico-legislativo, e sua personalidade frente ao direito pátrio, com o intuito do Estado identificar o nacional do estrangeiro para variados fins.

Com o desígnio de compreender a figura do estrangeiro Mazzuoli (2010, p. 708) formula o seguinte pensamento:

Ao escolher quem são os seus nacionais (em virtude das regras domésticas editadas no exercício de sua soberania), o Estado automaticamente classifica como estrangeiros todos os demais indivíduos que estejam em seu território, quer a título provisório ou definitivo, os quais poderão ter a nacionalidade de outro Estado ou não ter nenhuma nacionalidade, encontrando-se em situação de apatria. Nesse sentido, para a ciência do Direito considera-se estrangeiro quem, de acordo com as normas jurídicas do Estado em que se encontra, não integra o conjunto dos nacionais deste Estado. Portanto, para adquirir a condição de estrangeiro, basta que a pessoa se locomova da jurisdição do Estado a que pertence e passe à jurisdição de outro, sem integrar, a qualquer título, a massa dos nacionais deste Estado.

Como consagrado, em um primeiro momento cada Estado deve verificar a condição de seus nacionais, conforme prevê a Convenção de Haia, de 1930, onde diz que cada Estado deve estabelecer em sua legislação quem são seus nacionais, devendo ser aceita pelos demais Estados, contanto que esteja em conformidade com as convenções internacionais, aos costumes e princípios.

Verifica-se, assim, a relevância da análise do instituto da nacionalidade, à medida que, aquele que não é determinado como nacional compreende-se como estrangeiro, ou seja,

utiliza-se de caráter excludente. Dessa maneira, a nacionalidade atribui à ligação do indivíduo pessoa física ao Estado ao qual se insere. Lenza (2013, p. 1177) explica de forma clara que: “[...] nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações”.

A doutrina brasileira costuma dividir a nacionalidade em duas categorias, sendo elas: Nacionalidade Originária (1º Grau), aquela que o indivíduo a obtém e o é atribuído assim que nasce, e a Nacionalidade Adquirida (2º Grau) que ocorre por meio da naturalização, exigindo o ato de vontade da pessoa.

A Constituição Federal no Capítulo III, trata a respeito da nacionalidade e prevê no artigo 12 quais são os brasileiros considerados como natos e os naturalizados, *in verbis*:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
 b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
 c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)

II - naturalizados:

os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994).

De acordo a previsão do sistema jurídico brasileiro, como citado, há duas maneiras do estrangeiro se vincular a República Federativa do Brasil como cidadão nacional.

A primeira delas é rege-se pelo critério do aspecto territorial, ou seja, o simples nascimento em território pátrio outorga nacionalidade (art. 12, I, “a”, CF/88), obedecendo ao princípio do *jus soli*, ou seja, qualquer pessoa que nascer na República Federativa do Brasil, mesmo que de pais estrangeiros, ressalvada a hipóteses de estarem a serviço do país de origem, adquire a nacionalidade brasileira.

A respeito do outro critério, trata-se da origem sanguínea constatado no inciso I, alínea “b” e “c”, que é concedida a nacionalidade aqueles que forem descendentes dos

cidadãos nacionais, independente do território onde nasceram, conhecido como princípio do *jus sanguinis*.

Na circunstância da alínea “b” alude a ocasião dos pais serem brasileiros, porém, o nascimento sucede fora do território nacional, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil. No que se refere à expressão do inciso I, alínea “a” e “b”: “[...] estar a serviço do Brasil [...]”, significa dizer que esteja a serviço da República Federativa do Brasil, trata-se de um critério ligado à função que desempenha, associada a atividades diplomáticas, como também qualquer função relacionada com atividades da União, Estado ou Município.

Já referente à alínea “c” vai depender quando o indivíduo for filho de pai ou mãe brasileiro e adquire a nacionalidade brasileira pelo ato de registro em repartição brasileira competente, ou exclusiva vontade do interessado, no momento em que vier residir no Brasil depois de atingida a maioridade.

A segunda maneira direciona a questão da naturalização, que proporciona a nacionalidade por vontade própria, quando previsto em lei (art. 12, II, “a” e “b”, CF). A requisição da naturalização deve ser direcionada ao Ministro de Justiça, de acordo com o artigo 115, do Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80) e a concessão será competência exclusiva do Poder Executivo, conforme prevê o artigo 111 da referida lei.

Como regra geral, é vedado distinção entre brasileiro nato e naturalizado, com exceção das previsões feitas pela Constituição Federal.

Referindo-se a questão do ingresso do estrangeiro em território nacional trata-se de matéria de competência interna, porém, com uma importância universal.

Dessa forma, é previsto logo no primeiro artigo da CF/88, a forma como se constitui a República Federativa do Brasil, e dentre os incisos elencados, três deles dão fundamento a condução diplomática brasileira referente ao ingresso do estrangeiro: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E, não menos importante, o direito brasileiro recorre a um dos mais importantes princípios do direito internacional, o princípio da reciprocidade¹.

¹Em termos simplórios, reciprocidade nada mais é do que um sistema de toma-lá-dá-cá. Implica troca ou permuta em bases exatas, quando possível, ou pelo menos de maneira aproximada, entre indivíduos ou grupos. Pressupõe ações mútuas e equivalentes, além de capacidade material e vontade política para seu exercício. Em latim usa-se a expressão *quid pro quo*, ou algo por algo, para bem definir o termo. Em relações internacionais, além dessas qualidades mais genéricas, o princípio de reciprocidade adquire contornos mais específicos. Representa a base primeira (ou última) a nortear relações entre atores em um meio caracterizado pela anarquia internacional. O termo não sugere juízos de valor, podendo ser de natureza positiva ou negativa. No primeiro caso, implica uma recompensa ou premiação em resposta a um comportamento prévio considerado benéfico ou

Segundo Senise (2011, p.14), a soberania é:

Una, porque se trata de um poder superior a todos os demais que existam no Estado; é indivisível, já que se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado; inalienável, uma vez que seu titular desaparece se ficar sem ela; imprescritível, pois que não seria poder superior se tivesse prazo certo de duração. O poder soberano, além disso, é originário, pois que nasce com o Estado; é exclusivo, visto que só o Estado o possui; incondicionado, já que só o próprio Estado pode, voluntariamente, impõem-se limitações (poder de autolimitação), e coativo, porque o Estado ordena e tem meios para fazer cumprir suas ordens, através de coação.

Isto posto, a soberania decorre do poder do Estado analisar sobre a conveniência e oportunidade com relação à entrada do estrangeiro na Federação. Ora, a aptidão do Estado propor suas normas, a condição jurídica que irá ser submetido o estrangeiro, abrangendo a sua entrada, os direitos e deveres enquanto permanecer no território e, por fim, a saída compulsória.

Cuida-se aqui da autopreservação da nação, da segurança e do interesse social, que não se submete ao controle de outro organismo senão as normas reguladoras do Estado Nacional significa o poder jurídico-político superior aos demais Estados.

Quanto ao segundo instituto apontado, Lenza (2013, p. 1.214) retrata a cidadania do seguinte modo: “Cidadania tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e ser votado. O cidadão, portanto, nada mais é do que o nacional que goza de direitos políticos”.

Previamente, é importante ressaltar a diferença existente entre a nacionalidade com a cidadania, pois é comum existir certa confusão entre os dois institutos. A primeira direciona-se no sentido do vínculo entre o indivíduo e o Estado. Quanto à segunda, pressupõe o vínculo com a nacionalidade refletindo nos direitos políticos do cidadão, como por exemplo, o direito de voto.

Isto é, a Constituição avalia a situação a cerca da aquisição da nacionalidade, na qual provém a cidadania, que significa o direito a ter direitos, uma vez que, a legislação atribui ao cidadão gozo dos direitos civis e políticos de um Estado quando vinculado a ele, ou melhor, o poder do cidadão de exercer seus direitos e deveres naquela nação.

O sociólogo inglês Thomas Humprey Marshall (1997, p. 64 apud SALADINI, 2011, p. 8), conceitua a cidadania dividindo em três elementos: civil, político e social:

condutivo à cooperação. No segundo caso, implica punição contra atos ou comportamentos tidos como conflitivos ou capazes de gerar prejuízos (SILVA e GONÇALVES, 2010, p. 240).

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.

A cidadania é um *status* do cidadão, refere-se aos direitos fundamentais, que leva em conta os direitos e deveres tanto do indivíduo, quanto do Estado, pressupõe uma relação recíproca entre eles.

Essa questão da nacionalidade, como também o da cidadania é tão significativa que existe previsão na Declaração Universal de Direitos humanos, em seu artigo 15, no qual prevê ser um direito humano o direito a uma nacionalidade, pois uma vez ausente, acarreta a restrição de direitos.

Sobre a dignidade da pessoa humana, não é uma criação recente, seu surgimento ocorreu pós-segunda guerra, devido as terríveis atrocidades contra os homens. Porém, o Brasil, mesmo sendo um dos membros originários da ONU, integrando a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apenas logrou êxito o princípio da dignidade da pessoa humana com a Constituição Federal de 1988, consagrada logo em seu primeiro artigo, resguardando o direito e garantia individual do homem, constituindo o princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Resume-se em um valor-fonte, na lição de Paiano e Furlan (2009, p. 6):

Como dignidade da pessoa humana, entende-se todo o respeito e valorização moral e espiritual do cidadão, um bem-estar psicológico, através de uma autodeterminação consciente de todas as pessoas e entidades da sociedade. Objetivando o mínimo de invulnerabilidade que o ordenamento jurídico deva assegurar, de modo que, em excepcionais circunstâncias, possam ser limitados tais direitos e garantias individuais, desde que, respeite e não menospreze a qualidade de ser humano que cada qual possui e necessita ser protegida. A dignidade é um atributo intrínseco do homem, nasce com este e com ele deve o acompanhar por toda sua existência e não uma criação do legislador; o legislador apenas a instituiu como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que o ser humano é o ponto central do ordenamento jurídico, como forma de garantir uma sociedade justa, igualitária e solidária, preocupa-se em outorgar direitos políticos e sociais de forma equivalente a todos, para o alcance de uma vida mais digna.

Assim sendo, em um primeiro momento, portanto, será abordada a situação do estrangeiro em situações regulares, como bem pressupõe o Estatuto do Estrangeiro.

O Estatuto foi criado pelo Governo Militar, com o Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, regulamentando a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Houve, também, o Decreto-Lei n.º 82, de 24 de novembro de 1971 que tipificou crimes especiais com as devidas sanções.

Posteriormente, foi aprovada a Lei n.º 6.815/80, de 19 de agosto de 1980, que se preocupou em produzir matéria relevante a ser introduzida no plano interno constitucional, sendo que disciplina a nacionalidade, naturalização, atividades permitidas ao estrangeiro, bem como sua residência provisória no caso de situação irregular nacional. Percebe-se diante da previsão do artigo 2º, da citada lei, como é tratada sua aplicação no direito interno:

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

A relevante preocupação desta matéria no direito interno foi devido ao fluxo de correntes migratórias, sendo que, foram observados diferentes tipos de vistos para ser concedido a cada estrangeiro (SEPMOV, 2003, apud ZAMBERLAM, 2004, p. 13):

O movimento das pessoas ou grupos, de um lugar para outro, são por diferentes motivos, seja de forma estável ou temporária. Nesse processo circulatório encontram-se diversas categorias de pessoas: turistas, representantes de governos, pesquisadores, estudantes, militares, homens de negócios e migrantes propriamente ditos, estes últimos buscando espaço para nova inserção social.

Trata-se de um direito de locomoção, bem como estabelece o artigo 13, inciso II da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a este regressar.

Haja vista os comentários acima o Brasil no seu artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Feito esse breve esclarecimento, conclui-se que para ingressar no Brasil, há que possuir um visto de entrada, que regulariza a situação jurídica do estrangeiro em território nacional, como prevê os parágrafos 1º e 2º, do artigo 26 da Lei nº 6.815, *in verbis*:

Art. 26 - O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça.

§ 1º O estrangeiro que se tiver retirado do País sem recolher a multa devida em virtude desta Lei, não poderá reentrar sem efetuar o seu pagamento, acrescido de correção monetária.

§ 2º O impedimento de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar.

Sendo assim, o visto deve ser reconhecido por uma autoridade consular, é processo administrativo e não existe a previsão de visto de saída, mas há atenção quanto a qual visto será concedido ao estrangeiro, com enfoque a respeito da atividade que vai se desenvolver no Brasil.

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

Por oportuno, no artigo 4º, do Estatuto do Estrangeiro, vêm elencados todos os tipos de vistos que podem ser outorgados, a concessão é individual e condicionado a satisfação das exigências legais dependendo da necessidade do caso, como a seguir explicitados.

Visto de Trânsito: Regulado pelo artigo 8º² da referida lei, sendo concebido aquele estrangeiro que irá passar pela República Federativa do Brasil. E conforme os parágrafos § 1º e §2º, respectivamente, são válidos para uma estada e que não ultrapasse 10 dias (improrrogável); será exigido se for interromper escalas obrigatórias no meio do transporte utilizado.

Visto de Turista: Elaborado no artigo 9º³, cabe aquele que demonstrar que sua finalidade imigratória é de caráter recreativa, de visita, sem qualquer fim com exercício de atividade remunerada. Podendo ser solicitado por meio eletrônico caso seja processada pelo

² Art. 8º - O visto de trânsito poderá ser concedido ao estrangeiro que, para atingir o país de destino tenha de entrar em território nacional.

³ “Art. 9º - O visto de turista poderá ser concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil em caráter recreativo ou de visita, assim considerado aquele que não tenha finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada.”

Sistema Consular Integrado do Ministério das Relações Exteriores, na forma disciplinada pelo Poder Executivo.

O prazo de validade do visto de turista será de cinco anos, fixado pelo Ministério das Relações, dentro de critérios de reciprocidade, e proporcionará múltiplas entradas no País, com estadas não excedentes a noventa dias, prorrogáveis por igual período, totalizando cento e oitenta dias por anos, podendo, também ser reduzido o prazo de estada de turista a critério discricionário do Departamento de Polícia Federal, devendo o estrangeiro ser certificado da decisão e notificado para deixar o país. Já o prazo de estada do turista é de noventa dias por ano, podendo ser prorrogada esta estada por igual período, a critério do Ministério da Justiça (ISHIKIRIYAMA, 2005, p. 10).

Visto Temporário: Está disposto nos artigos 13, 14 e 15, e determina que apenas poderá apresentar este visto o indivíduo que se encaixam em alguma das hipóteses: viagem cultural ou em missão de estudos; em viagem de negócios; condição de artista ou desportista; condição de estudante; na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira e, na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa. O prazo de validade do visto muda de acordo com a conjuntura.

Os artistas ou desportistas, assim como os cientistas, os professores, os técnicos ou profissionais de outra categoria, terão de satisfazer as exigências especiais previstas em Regulamento, comprovando a sua qualificação e experiência compatível com a atividade que irá exercer no Brasil, a não ser no caso de comprovada prestação de serviço ao Governo brasileiro para o desenvolvimento do País (ISHIKIRIYAMA, 2005, p. 11).

Visto Permanente: Concedido ao estrangeiro que pretende se fixar permanentemente no Brasil, conforme o artigo 16⁴ e seguintes, da Lei nº 6.815/80, a legislação garante todos os direitos a ele, de acordo com as leis e a Constituição.

Visto de Cortesia: É concedido quando se refere a razões políticas, decisão privativa do Ministério das Relações Exteriores (art. 19 da Lei 6.815/80)⁵.

⁴ “Art. 16 O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil. Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos (Redação dada pela Lei nº 6.964, de 09/12/81).”

Visto Oficial: Decidido pelo Ministério das Relações Exteriores (art. 19) para autoridades a serventia de seu país.

Visto Diplomático: Assim como o visto de cortesia e o visto oficial, o visto diplomático também é decidido pelo Ministério das Relações Exteriores, reconhecido aos agentes diplomáticos.

Como visto, o Estatuto do Estrangeiro traz várias prerrogativas e possibilidades de ingresso e permanência no território nacional de estrangeiros provenientes das mais diversas nações.

Assim, estarão sujeitos aos direitos e deveres dos brasileiros que aqui já residem sujeitos a sanções e obrigações, conforme alhures asseverado.

Dessa forma, o entendimento mais acertado refere-se que a partir do momento que o estrangeiro ingressa no território nacional, seja qual for atividade que irá desenvolver, estará abrangido pelos direitos assegurados a todos os nacionais, conforme se apanha da Declaração dos Direitos do Homem, que em seu artigo 2^o⁶ dispõe que todos os direitos lá elencados são aplicáveis a toda pessoa sem distinção de origem. Nesse mesmo sentido, dispõe a Carta Magna em seu artigo 5^o assegurando “concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem a seus próprios nacionais o gozo dos direitos civis essenciais”.

2.2 Do Estrangeiro em situação Irregular no País e as Possíveis Sanções

No presente capítulo serão analisadas as possíveis sanções aos estrangeiros residentes no país de forma irregular, portanto, oposto ao que foi aludido anteriormente, pois tratou-se do modo de ingresso e requisitos relativos aos estrangeiros que permanecem no território nacional de forma legal, ou seja, cumprindo todos os requisitos elencados pelas legislações que regem o tema.

⁵ “Art. 19 O Ministério das Relações Exteriores definirá os casos de concessão, prorrogação ou dispensa dos vistos diplomáticos, oficial e de cortesia.”

⁶ “Art. 2^o Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.”

O cidadão estrangeiro que tenha entrado ou permaneça em território nacional de forma irregular, pode ser alvo de notificação para abandono voluntário do país ou de processo de expulsão administrativa.

Uma vez conferida à situação irregular do estrangeiro em território nacional, existem alguns institutos que podem ser realizados por iniciativa estatal, ou seja, pode haver a retirada compulsória do estrangeiro, cabendo os distingui-los.

I – Extradução: prevista no rol do Capítulo IX, da Lei nº 6.815/80, conforme propõe Gutier (2011, p. 29):

Extradução: é a entrega de uma pessoa de um Estado a outro, a pedido deste, para que esta pessoa lá seja processada, julgada ou para que lá cumpra pena. É medida jurídico-penal internacional para repressão de crimes, e funciona no Brasil com 03 fases:

(a) 1ª. Administrativa: A extradição é requerida via Ministério das Relações Exteriores e Ministério da Justiça. O MJ se verificar a admissibilidade do pedido, o encaminhará por meio de aviso ministerial ao STF.

(b) 2ª. Judiciária: O STF verifica se estão presentes os requisitos de admissibilidade da extradição, havendo a presença dos mesmos, ele autoriza a extradição.

(c) 3ª. Administrativa: O STF notifica o MJ, que notificará o Presidente da República. Se não houver Tratado prevendo a extradição, ele pode não extraditar se assim achar conveniente. A decisão do STF, em tese, não obriga o Presidente da República. Se houver Tratado, ele está obrigado a fazê-lo. Se o STF negar a extradição, o executivo comunica ao País requerente.

Brasileiro nato não pode ser extraditado. Já o Naturalizado pode ser quando praticar crime comum antes da naturalização; ou por prática comprovada de tráfico internacional de entorpecente. Para extradição, deve haver processo penal em andamento e similitude de crimes. Em caso de pena de morte ou perpétua em similitudes de crime, o STF autoriza a extradição, desde que o Estado faça um acordo com o Brasil, se comprometendo a comutar no máximo 30 anos de prisão. Quando há descumprimento desse acordo por parte do país requerente, o máximo que se pode fazer é romper as relações diplomáticas. O STF não autoriza extradição quando não houver similitude crimes, quando o fato no Brasil for atípico ou quando a pena imposta no país de origem violar a moral, os bons costumes e os Direitos Humanos reconhecidos no Brasil.

Desta feita, infere-se que a extradição é uma das sanções aplicáveis aos estrangeiros irregulares no país. Outrossim, a extradição ocorrerá quando um Estado solicitar a entrega de uma pessoa a outro, com o pedido deste, tem por finalidade o processamento e julgamento no Estado de origem para que lá cumpra a pena e, subdivide-se em três fases: a primeira por requisição do Ministério das Relações Exteriores por meio do Ministério da Justiça o qual encaminhará o pedido ao Supremo; a segunda fase que versa sobre um controle judicial por

parte do judiciário, exercido pelo STF, o qual analisará os requisitos permissíveis de extradição; e por fim a terceira fase, também administrativa que passará o Presidente da República e este por sua vez a seu juízo de conveniência decidirá ou não pela extradição não ficando restrito ao decidido pelo Supremo, salvo no caso de tratado entre os Estados, que vinculará sua decisão.

Nota-se, que existe uma distinção entre a extradição com relação ao brasileiro nato e naturalizado, uma vez que, o brasileiro nato não pode ser extraditado e o naturalizado dependerá dos requisitos previstos em nossa Constituição⁷.

II – Deportação: Apresentada nos termos do Título VII do Estatuto do Estrangeiro:

Deportação: É a retirada compulsória do estrangeiro do território nacional que ingressou ou permanece no país de forma irregular. Não é crime, é procedimento administrativo. Nada lhe impede de retornar, desde que o faça de forma regular. É sempre individual e realizada pelo departamento da Polícia Federal, com efeitos imediatos (GUTIER, 2011, p. 28).

Enquanto na expulsão, a remoção se dá por prática ocorrida após a chegada e a fixação do estrangeiro no território do país, a deportação se origina exclusivamente de sua entrada irregular no país (DOLINGER, 1997, p. 2014).

O instituto da deportação também pode ser considerado como uma das sanções aplicáveis ao estrangeiro irregular que permanece em no território brasileiro, todavia não guarda relação com crime praticado pelo estrangeiro, sendo somente decisão administrativa que retira compulsoriamente o estrangeiro do território nacional.

Isso porque, o instituto da deportação ocorre quando o estrangeiro ingressa ou permanece de forma irregular, não impedindo de retornar ao país após ser deportado desde que dessa vez preencha os requisitos necessários para tanto, ou seja, refere-se tão somente a entrada irregular do estrangeiro no país pela não observância dos requisitos necessários ao ingresso.

III – Expulsão: Prevista no Estatuto do Estrangeiro, no título VIII:

Expulsão: É a retirada compulsória do estrangeiro do território nacional fundamentada em atos atentatórios à soberania nacional, à moral e aos bons costumes. É discricionário do Poder Executivo. Não é pena no sentido criminal, é medida político-administrativa, de caráter repressivo. É realizado por decreto presidencial. Não tem efeito imediato, pois depende de Decreto do presidente da república. O judiciário não pode entrar no mérito.

Não existe deportação nem expulsão de nacionais.

⁷ “Art. 5º (...)

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (...)”

A Constituição de 1988 acabou com o banimento (expulsão de um nacional). Também não existe mais o desterro (deslocar uma pessoa dentro do próprio território nacional, sem que esta possa sair desse local). (GUTIER, 2011, p. 28).

Com relação à expulsão diferentemente da deportação, trata-se de retirada compulsório do estrangeiro após sua chegada e fixação em território nacional, baseada em atos atentatórios à soberania nacional, à moral, e aos bons costumes, ou seja, é uma causa que dela irá decorrer a expulsão, também se tratando de medida político-administrativa, pois como visto é ato discricionário do poder executivo.

Insta salientar, no mais que os institutos acima elencados não são aplicáveis aos brasileiros natos, e os dois últimos não se aplicam aos nacionais, somente aos estrangeiros que ingressam em nosso território.

Houve uma maior atenção referente a este assunto devido o fato do Brasil, nos últimos anos, receber crescente fluxos migratórios. Sendo eles, na maioria das vezes, oriundos de países em desenvolvimento, visto que em seu país de origem não há uma relativa estabilidade econômica e política (GOMES, 2013, p.39). Soma-se a isso o fato de muitos estrangeiros provenientes desses países entrarem de forma irregular no território nacional.

À respeito, Gomes (2013, p.11), tece o seguinte comentário:

O Estado brasileiro adotou, há alguns anos, uma política de recrudescimento do controle migratório, levando ao aumento da imigração irregular. Assim, embora se garantam, aos estrangeiros no Brasil (de passagem ou habitantes residentes) alguns direitos, muitas vezes eles não podem ser usufruídos, já que grande parte desses imigrantes se encontra em situação irregular, ou seja, não possui a documentação necessária para o ingresso e/ou permanência no país. A situação se agrava ainda mais quando é trazida para a seara do Direito do Trabalho, onde se observa que diversos imigrantes, por serem indocumentados, estão sujeitos ao trabalho em condições análogas às de escravo, em clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito e consagrado na Constituição Federal de 1988. É nesse contexto que se questiona se o fato de o imigrante se encontrar em situação irregular no Brasil pode constituir óbice à obtenção dos direitos trabalhistas fundamentais que são inerentes a eventual relação trabalhista a que esse imigrante tenha se submetido.

Destarte, conforme se infere neste breve relato, é preocupante a situação que o migrante se coloca frente à busca por melhores condições de vida, pois ao mesmo tempo, percebe-se um choque entre os interesses dessa classe, uma vez que, em um primeiro plano há a busca por melhores condições dignas de vida e, nesta ao ingressarem no território nacional aceitam trabalhos que são condicionados a situações análogas a de escravos, práticas degradantes de exploração do trabalho. Por muitas vezes ingressam no país de forma irregular

por implicar em um gasto significativo de dinheiro, que a maioria dos imigrantes sem qualificação técnica não possuem, por sua vez, carecem da proteção necessária do direito, afrontando a sua dignidade e nem sequer recorrem ao poder judiciário, sujeitando-se a todas as condições que lhe são impostas pelo receio de terem sua condição de irregularidade descoberta e, conseqüentemente, suceder a obrigação de retornarem ao seu país de origem.

Considerando este contexto, é possível perceber uma forma de sanção ao imigrante, por não passar corretamente por uma autorização de entrada e permanência do país, conforme normas estabelecidas pelo direito pátrio, que normalmente não obterão os documentos necessários que regem a disciplina legal para a prática laboral e, portanto não serão resguardados pela mesma, recebendo como sanção a não aplicação dos direitos previstos a todas as pessoas que habitam de forma regular em nosso território, a mercê das explorações que sofrem por se encontrarem nessa condição.

Isto posto encontra-se entre dois problemas igualmente graves, segundo relata Saladini (2011, p. 16):

Caso denuncie as condições de trabalho irregulares, sofre o risco, quase certo, de deportação ou outra forma de expulsão; se não faz a denúncia, continua a trabalhar em condições degradantes. Ainda que se lhe reconheça o direito a propor ação trabalhista, no Brasil, para buscar receber os valores que lhe foram sonegados, teria que comparecer pessoalmente às audiências agendadas, e sua carência econômica, somada à distância, acabam por impedir o acesso à justiça. Perpetua-se, assim, o ciclo de exclusão desses trabalhadores da proteção do princípio da legalidade, em razão de viverem à margem da cidadania, sem *direito a ter direitos* no país com quem não mantêm vínculo de nacionalidade nem de permanência legal, embora sejam economicamente dependentes do trabalho que não conseguiram obter em seu país.

Como visto, os direitos dos imigrantes entram em conflito, haja vista que, por ingressarem e permanecerem no país de forma irregular encontra óbice à efetividade dos direitos assegurados a todos os nacionais e estrangeiros regulares que aqui permanecem. Assim, são rotineiramente expostos a situações degradantes por saberem de sua situação irregular aceitam os abusos sofridos a cargo de seus empregadores, pois não possuem uma ferramenta de denúncia e amparo para lhes assegurar seus direitos.

CAPÍTULO 3 – DO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR E A DIGNIDADE HUMANA

3.1 Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas

No que diz respeito ao estrangeiro que ingressa no território nacional em situação irregular, estes indivíduos acreditam depararem-se destituído de seus direitos, a julgar por abster dos procedimentos necessários para admissão legal no Brasil, o que o faz pressupor a não recorrer ao judiciário por apreensão de consequente obrigação de retorno ao país de origem, como abordado anteriormente.

Em face desse comportamento é possível identificar a desagregação do princípio da isonomia⁸ em relação às diferenças de nacionalidade e, acaba por prejudicar a dignidade da pessoa humana do imigrante.

Todavia, levando em consideração a hipótese de o imigrante estar incorporado no mercado de trabalho de forma não regularizada, diversos são os casos que empregadores ao perceberem a posição que esses estrangeiros se encontram utilizam de tal situação, colocando-os a práticas abusivas, degradantes, de exploração de trabalho.

Assim, há uma discrepância com o previsto na Constituição Federal, uma vez que, no art. 5º, *caput*, afasta interpretações que privem os direitos, mesmo que se refira ao estrangeiro em situação de irregularidade migratória, uma vez que, *in verbis*:

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 [...]

Abordada a situação, a Constituição da República Federativa do Brasil implica em normas postas no centro do ordenamento jurídico, funciona como a base de todo o sistema, contudo, tende a proteção e reciprocidade quanto à dignidade da pessoa humana na comunidade internacional, como a vedação do retrocesso histórico, procedendo conforme os princípios previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

No mais, enquanto o artigo 5º, *caput*, refere-se à questão no aspecto geral, que iguala os direitos dos nacionais aos estrangeiros, de forma a constituir um dos objetivos da

⁸ “O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (LENZA, 2013, p. 1044).”

República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, CF/88)⁹, alguns incisos do dispositivo legal dispõem a respeito da prática laborativa, como destacados abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

c) de trabalhos forçados;

Deste modo, pretende-se proibir qualquer manifestação de trabalho forçado, ou degradante o qual o estrangeiro se sujeita. O objetivo do Estado é criar planos, políticas públicas, para que possa regularizar situações como estas, não apenas utilizando o emprego de um sistema repressivo em relação ao estrangeiro, como a deportação, expulsão, extradição, pretende-se utilizar métodos capazes de extinguir situações como essas, na busca de solucionar o conflito e reprimir os responsáveis por provocar todas estas circunstâncias, com a função de proteger a dignidade da pessoa humana e dar ênfase ao trabalho digno. Pois, legalmente os trabalhadores não documentados são desconhecidos, como se não existissem, por não ter a cidadania reconhecida, porém, quando são descobertos são penalizados por estarem indocumentados e trabalharem clandestinamente.

Além da Carta Magna, existem outros institutos que abarcam o tema do trabalhador estrangeiro em situação irregular frente às práticas degradantes de exploração do trabalho, e que devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, sendo assim, a

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o Código Penal (CP), e, também, o instituto infraconstitucional relativo ao estrangeiro, o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80).

Sobre o assunto, Gomes (2013, p. 63- 64) argumenta:

A CLT proíbe a fixação de condições degradantes de trabalho ao estabelecer multa ao empregador por manter empregado não registrado (art. 47), ou não identificá-lo por meio de assinatura da CTPS (art. 55) e prevê a aplicação de multa também para o empregador que infringir regras relativas à jornada de trabalho (art. 75), ao salário mínimo (art. 120) e por empregado em situação irregular (art. 153). O Código Penal Brasileiro, expressa a negação a essa forma de trabalho, prevendo sanções para os empregadores que submeterem trabalhadores a tais condições de trabalho. Define como ilícito penal, em seu art. 149, a conduta de reduzir alguém à condição análoga de escravo, através da sujeição do trabalhador a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou condições degradantes de trabalho, atribuindo a pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, sem contar com a pena relativa à violência. Há, ainda, na legislação penal brasileira, a tipificação das condutas de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203), aliciamento de trabalhadores de um local para outro no território nacional (art. 207) ou com o fim de emigração (art. 206). O ordenamento infraconstitucional acerca dos estrangeiros apresenta-se na forma do Estatuto do Estrangeiro, de 1980.

Destarte, além da constitucionalização dos direitos trabalhistas, o Código Penal, a Consolidação das Leis Trabalhistas juntamente com o Estatuto do Estrangeiro surgem para complementar e aperfeiçoar esta sistematização em torno da prática laborativa irregular, em respeito à dignidade humana.

Em suma, a questão constitucional sob o ponto de vista dos direitos humanos, não deve ser interpretada apenas aos estrangeiros que obedeceram aos trâmites legais, devido o fato, de atualmente existir abundantes ocorrências em torno dos trabalhadores explorados. “E a interpretação constitucional não pode ser feita para fins de exclusão, e sim para fins de inclusão” (SALADINI, 2011, p. 244).

Já foi o período que existia distinção entre os direitos que seriam concebidos aos nacionais e aqueles concedidos aos estrangeiros, observado a regra da igualdade prevista no artigo 5º. Da mesma forma, o ordenamento jurídico pátrio estabelece no artigo 6º¹⁰ da Constituição a proteção do trabalho por se referir a um dos direitos fundamentais sociais.

¹⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Igualmente, é direito social constitucional dos trabalhadores o amparo das condições de trabalho (art. 7º, CF/88), no qual apresenta um rol de direitos ao trabalhador urbano e rural¹¹.

Trata-se aqui do respaldo que é facultado aos direitos fundamentais sociais do trabalhador, não aceitando qualquer afronta aos direitos sociais mínimos, dos quais, o direito do trabalho tem grande relevância, isso porque, a subsistência de quem quer que seja provém do trabalho.

No artigo 7º, em particular, enumera em seus incisos a proteção dos direitos trabalhistas. Com relação a esta matéria, Canotilho e Vital Moreira (1995 apud MORAES, 2002, p. 205) expressa seu posicionamento:

¹¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família para os seus dependentes; XIII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIV - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XVI - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVII - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVIII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIX - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XXI - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXIII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIV - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXV - aposentadoria; XXVI - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; XXVII - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVIII - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXIX - proteção em face da automação, na forma da lei; XXX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXXII - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXXIII - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXIV - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXV - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXVI - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz; XXXVII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXVIII - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

[...] a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

No que concerne ao mencionado, este artigo trata de um rol programático, com um fim a atingir, ou seja, os direitos sociais do trabalhador, como dimensão dos direitos humanos, vale inclusive para o trabalhador ilegal, pois não pode privar os direitos decorrentes do trabalho.

O movimento de constitucionalização do direito do trabalho é de extrema relevância, à medida que, os conteúdos previstos na Carta Magna possuem máxima hierarquia normativa, ela possui uma imposição sob os demais institutos, refere-se à relação de subordinação quanto ao restante das normas infraconstitucionais. Contudo, a sociedade brasileira apresenta forte resistência no que se refere a reconhecer estes direitos aos trabalhadores imigrantes como se nacionais fossem, ou melhor, titular de direitos humanos e trabalhistas.

3.2 O caso Mama Selo Djalo

Em consonância com o Anexo A, colacionado ao final do presente trabalho, o ‘Caso Mama Djalo’ se refere ao julgamento de um cidadão de nacionalidade africana, nascido em Guiné, Bissau, na África Ocidental. Em vias de complexidades vividas em seu país de origem, surgiu à necessidade da pretensão por melhores condições de vida, inserindo-se no Brasil como estrangeiro e aqui permanecendo, fixando residência e se estabelecendo na comunidade, vendendo bebidas, fazendo de bicos e pedindo esmolas para seu sustento.

Todavia, Mama Djalo contraiu uma doença renal crônica terminal, o que comprometeu o seu sustento, uma vez que se encontrava muito debilitado fisicamente, com o surgimento da doença precisou recorrer à justiça e pedir auxílio ao Estado requerendo o benefício de prestação continuada (LOAS), com fundamento no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988¹².

¹² “Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

O Juiz Federal Dr. Alcides Saldanha, proferiu ordem judicial favorável ao tratamento da doença, mesmo Mama Djalo se encontrando de forma irregular no território nacional, no qual concedeu a sua permanência no Brasil até o término do tratamento médico.

Deve-se reconhecer que o assunto versado é de competência do órgão responsável pela Assistência Social, no caso o INSS, que atuou de maneira oposta a decisão proferida pelo Dr. Saldanha, dessa forma, recorreu com fundamento de que Mama, por não ser brasileiro nato, nem naturalizado não faz jus ao benefício. O Juiz da turma recursal, Dr. Vidal, concordou com as teses do INSS, aduzindo que por se referir a um imigrante ilegal não deveria ser a ele concedido o benefício, sendo, conseqüentemente, deportado ao seu país de origem.

Entretanto, o Juiz Federal Dr. George Marmelstein da Quarta Turma Recursal de Fortaleza/CE, fundamenta sua decisão de acordo com o que a Constituição Federal prevê, a reconhece por ser a base de todo o nosso ordenamento jurídico, como se extrai do artigo 6º, da Constituição Federal, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

À luz do artigo alhures asseverado, a Carta Magna, em nenhum momento, garante apenas aos nacionais ou naturalizados os direitos sociais. Ante o exposto, protege o direito a saúde e a assistência aos desamparados, como também, não permitem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, origem, cor de pele ou outro motivo (art. 3º, IV, CF).

No mais, os direitos e garantias fundamentais que o art. 5º assegura:

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 [...].

Trata-se ao direito de toda a pessoa como ser humano, os direitos básicos de qualquer cidadão que esteja em território nacional. Todavia, mesmo que entendem por não ser garantia de Mama a concessão do benefício defendendo a tese que ele não é residente no país, ora observe, conforme o anexo A, já há 10 (dez) anos que ele reside no Brasil, figura-se como um estrangeiro residente, por conseguinte, há decisão judicial favorável para a realização do tratamento, garantindo sua permissão no país, como também, o fato de seu território nacional (Guiné-Bissau), assim como o Brasil, estar participando do Estatuto da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), na qual há previsão de garantias migratórias entre membros do CPLP. Neste mesmo contexto, pode haver a naturalização dos indivíduos de

origem de países de língua portuguesa e que aqui residem pelo período de um ano ininterrupto com plena idoneidade moral (art. 12, inc. II, alínea “a”, CF), o que é o caso de Mama Djalo.

É notório que o Brasil é um país em desenvolvimento, e não tem condições de abarcar todos aqueles estrangeiros que pretendem ingressar no Brasil com o intuito de conquistar auxílio do governo nacional. Contudo, este caso em questão, preenche todos os requisitos para a concessão do benefício, uma vez que, Mama Djalo é considerado brasileiro para os efeitos legais.

Mesmo se assim não for apreciado, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) não faz distinção de apenas ser um benefício concedido ao brasileiro nato ou naturalizado, abrangendo o benefício a todos que pretendem requerer, como dispõe o artigo 1º, da Lei nº 8.472/93, *in verbis*:

Art. 1º - A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Sob os preceitos do artigo exposto, ao aludir a cerca da cidadania não é considerada requisito para a concessão do benefício, visto que a própria Constituição não faz previsão ao tema tratado.

Portanto, se abster da concessão do auxílio a Mama seria um completo desrespeito ao princípio básico da Constituição Federal do Brasil, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seria uma ofensa ao direito a vida, o mais importantes direito fundamental, visto que é a condição para o privilégio dos demais direitos. Tal qual confirma o artigo 1º do Pacto de San Jose da Costa Rica: “Os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a cerca da condição jurídica do estrangeiro no Brasil que, de certa forma, foram obrigados a sair do seu país de origem com fundamento nos reflexos proporcionados pela sociedade globalizada, crises políticas, econômicas, religiosas, ou mesmo, relacionado a impactos ambientais, com o intuito da busca de uma vida melhor. Dessa forma, buscam por trabalho que possa garantir o seu sustento e de sua família e, assim garantir uma boa qualidade de vida, diferente da qual possuía anteriormente.

Entretanto, por se deslocaram para países com nacionalidade distinta, acabam por esbarrarem em dificuldades como irregularidade da documentação, com o idioma, ausência de qualificação profissional.

Observou que por várias vezes, estas pessoas não recorrem ao judiciário, deixando de lado seus direitos, primeiro por desconheceram a legislação nacional e segundo, pelo receio de serem aplicadas sanções e retornarem a vida de miséria que levavam no seu país de origem. Consequentemente, ficam a mercê de seus direitos básicos, sendo expostos a situações de trabalho degradantes, forçados, muitas vezes equiparados a trabalhos análogos aos de escravo.

Por tal motivo, foi abordada a questão da proteção a estes trabalhadores reportados como ilegais, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, demonstrando que a dignidade da pessoa humana impera qualquer legislação. Devendo todos os direitos sociais ser assistidos aos estrangeiros, seja ele nato ou naturalizado, como se nacional fosse, com algumas ressalvas proposta pela Constituição Federal.

Portanto, o objetivo do trabalho é assegurar aos estrangeiros irregulares, principalmente os oriundos de países mais pobres os direitos previstos na nossa Constituição, com enfoque para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri Cesar. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. **Revista Ltr: legislação do trabalho**. v. 75, n. 10, p. 1209–1218, out., 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo: online, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>> . Acesso em: 01 jan. 2014.

DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli et al. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. 2012.

DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

Estatuto do Estrangeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 26 ago 2015

GIORDANO, **Introdução à história do direito privado e da codificação**. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145/2012, p. 165, jan, 2012.

GOMES, Juliana Marques. Imigrantes indocumentados no Brasil: uma análise sob o enfoque do Direito do Trabalho. **Monografia** (Graduação) Curso de Direito da Universidade de Brasília–UNB, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/5861>>. Acesso em: 13 out 2015.

GUTIER, Murilo Sapia. **Introdução ao direito internacional público**. 2011. Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/INTRODU%C3%87%C3%83O-AO-DIREITO-INTERNACIONAL-MURILLO-SAPIA-GUTIER.pdf>> Acesso em: 11 out 2015.

ISHIKIRIYAMA, Anne. A Condição Jurídica do Estrangeiro Residente no Brasil. Monografia (Graduação) Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), 2005. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10141/10141.PDF>>. Acesso em: 13 out 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ªed.São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, George Marmelstein. Benefício assistencial para estrangeiro: caso Mama Selo Djalo. Disponível em: < <http://direitosfundamentais.net/2010/04/21/beneficio-assistencial-para-estrangeiro-caso-mama-selo-djalo/> >. Acesso em: 15 out 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1103 p.

MONTANHA, Rafaela Mariano A atuação da ONU frente aos direitos humanos e os limites da diversidade cultural. **Trabalho de Curso** (Bacharelado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/900/A%20atua%C3%A7%C3%A3o%20da%20ONU%20frente%20aos%20Direitos%20Humanos%20e%20os%20limites%20da%20diversidade%20cultural..pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7 out 2015.

NERES, Cássia Dantas; RODRIGRES, Cleidilene Lima Rodrigues. Trabalho Análogo ao de Escravo No Brasil Contemporâneo: Uma Prática errônea que fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2015. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3987>>. Acesso em: 17 out 2015.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Trabalhador Imigrante em Condição de Irregularidade **Revista de Direito Brasileira** 2011, p.363-381 - RDBRas. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/64/63>>. Acesso em 10 out 2015.

PAIANO, Daniela Braga; FURLAN, Alessandra Cristina. **Direitos Humanos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana: Evolução e Efetividade no Estado Democrático de Direito**. ETIC-Encontro de Iniciação Científica, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1687/1605>>. Acesso em: 8 out 2015

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Maxi Liminad, 2003.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança com Liminar**. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14449757/mandado-de-seguranca-com-liminar-ms-135764-rn-2009013576-4>>. Acesso em: 2 ago 2015.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante Ilegal no Brasil**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 128, 2011. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440>>. Acesso em: 8 out 2015.

SENISE, Irineia Maria Braz Pereira. Formação de Estados Federados. **Dissertação** (Mestrado em Direito do Estado) Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12092012-152420/>>. Acesso em: 6 out 2015

SILVA, G. A.; GONÇALVES, W. **Dicionário de Relações Internacionais**. 2, ed. rev. e ampl. Barueri, SP: Manoele, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os direitos humanos do trabalhador. **Rev. TST**, Brasília, vol. 73, nº 3, jul/set 2007. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/2383/001_sussekind.pdf?sequence=5>. Acesso em: 20 ago 2015

TARAN, Geronimi, Globalization, labour and migration, cit., p. 15.

VALENTIM, Cristina. **Entre Direitos, Sujeitos e Contextos**: algumas reflexões sobre os Direitos Humanos. 2010. Disponível em: <<http://www.antropologia.cat/quaderns-e-154>>. Acesso em: 10 set 2015.

ZAMBERLAM, Jurandir. **O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização**. Porto Alegre: Pallotti, 2004.

ANEXO A – ÍNTEGRA DE JULGAMENTO - CASO MAMA DJALO

DJ – 5ª Região

Disponibilização: Terça-feira, 19 de abril de 2010

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO PUBLICAÇÕES JUDICIAIS - TRF
SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

APELAÇÃO CIVIL Nº 0000642-29.2009.4.05.8100/CE 2009.81.00.000642-6/CE

RELATOR: Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR

APELANTE: UNIÃO APELADO: MAMA SELO DJALO - Nº ORG.: 200981000006426
VR FORTALEZA/CE.

Voto (George Marmelstein)

Mama Selo Djalo nasceu em Guiné-Bissau, que, assim como o Brasil, também foi colônia de Portugal. O Brasil, contudo, teve a sorte de conquistar a independência desde 1822. Guiné-Bissau, por outro lado, só conquistou a independência em 1974 e, desde então, vive mergulhado em crises internas, guerras civis, golpes de estado e diversos problemas sociais sérios, típicos de diversos países que obtiveram uma descolonização tardia. Guiné-Bissau está entre os vinte países do mundo que possuem os piores Índices de Desenvolvimento Humano, ocupando a 173ª posição do ranking do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Em 2001, em virtude dos problemas vividos em seu país, Mama Djalo resolveu sacrificar sua vida familiar, seu trabalho local, seus amigos, sua cultura e, apesar de todos os riscos, incertezas e custos, largou tudo em sua terra natal para tentar construir uma vida melhor no Brasil. Aportou aqui como turista e resolveu ficar de vez. Fixou residência, fez amigos e se integrou na comunidade. Já vive aqui por quase dez anos.

Em 2005, Mama Djalo contraiu uma doença renal crônica terminal (anexo 24). Seu fim seria a morte rápida, se não recebesse o tratamento adequado. Conseguiu ser inserido no sistema público de saúde brasileiro e está recebendo o tratamento na Santa Casa de Misericórdia. No mesmo período, quase foi deportado, pois não possuía visto de permanência e o seu visto de turismo já havia expirado (anexo 7). Graças à sensibilidade de um juiz federal, Dr. Alcides Saldanha, conseguiu garantir a sua permanência no país, por força de

ordem judicial, até o fim do seu tratamento médico. Na referida sentença, o juiz federal consignou que: “a permanência do estrangeiro no território nacional revela-se como um dos únicos meios disponíveis, senão o único, para se garantir a continuidade do tratamento médico, mormente quanto ao fato de que o país de origem do autor (Guiné-Bissau) sabidamente não possui estrutura médico-hospitalar adequada para o combate à moléstia que o acomete (insuficiência renal crônica terminal por nefroesclerose hipertensiva)” (Proc. 2009.81.00.000642-6 – 10ª Vara/CE).

Mama Djalo, antes da doença, vivia de bicos, pedia esmolas, vendia bebidas na noite boêmia de Fortaleza. Ganhava o suficiente para pagar o aluguel. Depois da doença, sua situação laboral mudou drasticamente, pois, agora, precisa passar boa parte de sua vida fazendo hemodiálise, a qual tem que se submeter durante três vezes na semana. Seu estado de saúde está cada vez pior, já que a doença é progressiva e irreversível. Mama Djalo não tem como trabalhar, pois está muito debilitado fisicamente. Vive da ajuda de amigos. O aluguel já está atrasado há vários meses (anexo 14). No desespero, procurou a Defensoria Pública da União que ingressou com a presente ação, no intuito de receber o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo mensal, previsto no artigo 203, inc. V, da Constituição Federal brasileira: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Partindo do pressuposto de que restou devidamente comprovado nos autos que Mama Djalo é portador de uma doença grave que o incapacita para o trabalho, impedindo-o de prover à própria manutenção, resta saber se faz jus ao benefício assistencial. A questão não é simples, pois ele não é brasileiro e, a rigor, mesmo que fosse saudável, sequer poderia trabalhar em nosso país já que não possui formalmente o visto de trabalho.

A juíza federal Cíntia Brunetta, que costuma ser muito criteriosa na concessão de benefícios assistenciais, julgou o pedido procedente, fundamentando a sentença em diversos precedentes que garantem ao estrangeiro o direito ao benefício assistencial (anexo 27). O INSS recorreu, alegando que, por não ser brasileiro nato ou naturalizado, Mama Djalo não teria direito ao benefício. O Dr. Vidal, juiz desta Turma Recursal, após estudar a matéria cuidadosamente, apresentou seu voto acolhendo a tese do INSS, alegando que Mama era um imigrante ilegal que deveria ser deportado; logo, não deveria receber o benefício assistencial. Vidal ainda apresentou várias teses a respeito do benefício assistencial para estrangeiros, mas

nenhuma seria útil ao autor da presente ação, pois ele não estaria em situação regular no Brasil. Para o Dr. Vidal, seria incoerente reconhecer a ilegalidade de sua permanência no Brasil e, ao mesmo tempo, concedê-lo um benefício de prestação continuada.

É lógico que há um forte apelo pragmático em favor dos argumentos apresentados pelo Dr. Vidal. Mama Djalo é um imigrante que, no momento, só gera ônus ao Brasil. Nenhum país do mundo seria tão generoso ao ponto de conceder para seus imigrantes ilegais um benefício financeiro mensal. Qualquer país que adotasse tal política certamente seria invadido por imigrantes necessitados. O Brasil não tem dinheiro para servir como fonte assistencial do mundo. Não poderíamos encarar o problema dos outros como se fosse um problema nosso. Há vários brasileiros em situação semelhante ou pior e não recebem qualquer tipo de ajuda estatal, e assim por diante. Enfim, os argumentos desenvolvidos pelo Dr. Vidal para negar o direito ao benefício são muito fortes.

Esses argumentos, de fato, seriam preponderantes se não fosse um detalhe que muda tudo: nossa Constituição nos obriga a não discriminar qualquer pessoa por conta de sua nacionalidade ou origem ou cor da pele ou condição social ou qualquer outro motivo (artigo 3º, inc. IV). Vigora, no Brasil, o princípio da equiparação de direitos e deveres entre nacionais e estrangeiros, com as exceções previstas na própria Constituição e na lei. Portanto, do ponto de vista constitucional, Mama Djalo não pode ser discriminado arbitrariamente. À luz do nosso ordenamento jurídico, não interessa se Mama Djalo é africano, brasileiro ou europeu: é um ser humano e como tal deve ser tratado.

Talvez as palavras acima possam ser consideradas demasiadamente utópicas, exageradas ou fora da realidade. De fato, nossa Constituição não é tão taxativa assim, nem tão “cega quanto à nacionalidade”. Ela própria faz inúmeras discriminações para beneficiar os brasileiros. De início, estabelece que os direitos previstos no artigo 5º só são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”, não contemplando expressamente os seres humanos que não são residentes no Brasil. Mas esse não é o caso de Mama Djalo, que reside no Brasil há dez anos. Mama Djalo, portanto, deve ser considerado como um estrangeiro residente no país, sobretudo porque existe uma decisão judicial em seu favor garantindo a sua permanência no país. A situação atual de Mama Djalo não é de imigrante ilegal: ele está autorizado, por força de uma sentença judicial, a permanecer no país enquanto durar o tratamento médico. Some-se a isso o fato de que Guiné-Bissau, assim como o Brasil, faz parte da Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP, que possuem um acordo específico sobre a concessão de visto temporário para tratamento médico, inclusive quando o cidadão da CPLP contraiu a doença após a entrada no país de destino (arts. 3º e 4º). Ressalte-se que os

países membros da CPLP estão cada vez mais engajados na busca de uma integração maior entre os seus povos. Isso inclui uma série de medidas para facilitar a migração e a livre circulação no espaço da CPLP, bem como a concessão de direitos aos cidadãos da CPLP.

O fato de Mama Djalo ser estrangeiro residente no Brasil não significa dizer que ele tem todos os direitos garantidos aos brasileiros. Ele não pode, por exemplo, votar ou ser votado, nem ocupar determinados cargos públicos, nem exercer determinados direitos que são garantidos apenas aos brasileiros natos ou naturalizados. Apesar disso, como princípio geral, o estrangeiro residente não poderá ser discriminado, exceto se houver uma justificativa constitucional ou mesmo legal para tanto.

Poderiam ser citadas algumas justificativas para se negar o direito ao benefício assistencial para estrangeiros residentes, já que esse direito tem uma natureza prestacional que gera custos e é financiado por brasileiros. O próprio Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) talvez contenha um dispositivo que poderia ser utilizado contra o direito de Mama Djalo. Ao mesmo tempo em que proíbe qualquer tipo de discriminação por motivo de origem nacional, o Pacto prevê que “os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (artigo 2º, item II).

Com base nesse dispositivo do PIDESC, o Brasil poderia, sem dúvida, negar o direito ao recebimento do benefício assistencial aos “que não sejam seus nacionais”. O Brasil é um país em desenvolvimento e certamente não teria condições de acabar com a miséria do mundo. Estamos, portanto, inseridos na exceção que o próprio PIDESC estabeleceu. Não estaríamos descumprindo qualquer compromisso perante a comunidade internacional se discriminássemos os “não nacionais” em relação aos direitos de natureza prestacional.

Porém, nosso sistema assistencial não adotou expressamente esse entendimento, pois, em nenhum momento, excluiu os estrangeiros residentes de sua abrangência. Existe um princípio básico na interpretação de tratados de direitos humanos: os tratados não podem ser invocados para piorar ainda mais a proteção institucional dos direitos. Logo, o PIDESC não pode ser invocado na presente hipótese, especialmente porque expressamente estabelece que: “não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (artigo 5º, item 2).

Nossa Constituição estabelece que o benefício assistencial é devido “a quem dela necessitar” (art. 203), não fazendo, em princípio, qualquer discriminação por conta de nacionalidade. A própria Lei Orgânica da Assistência Social determina que o benefício será devido “à pessoaportadora de deficiência” (art. 20). Pessoa, até onde sei, não é só o brasileiro, mas qualquer ser humano (artigo 1º, do Pacto de San José da Costa Rica). Se Mama Djalo é estrangeiro que reside no país e se não há uma norma expressa que o exclua do rol de beneficiários dos direitos assistenciais, o INSS não está autorizado a discriminá-lo na esfera administrativa por falta de suporte jurídico para tanto.

É certo que o artigo 1º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), diz que a assistência social é “direito do cidadão e dever do Estado...”. A redação do referido artigo, segundo o INSS, indicaria que apenas os cidadãos brasileiros teriam direito ao benefício. É fácil refutar essa idéia. Em primeiro lugar, o INSS concede o benefício para menores de idade ou mesmo para portadores de graves deficiências mentais, que, a rigor, não são cidadãos no sentido técnico do termo. Além disso, é bastante claro que o texto não trata dos requisitos para a concessão dos benefícios, mas apenas adota uma linguagem retórica para dizer que todos têm o direito à assistência social. A cidadania não pode ser requisito para a concessão do benefício, até porque a própria Constituição não afirmou isso. Se apenas os cidadãos (i.e. os eleitores) pudessem receber benefício assistencial, tal restrição seria claramente inconstitucional.

Caso se entenda que o conceito de cidadania adotado no artigo 1º da LOAS é uma cidadania no sentido social e cultural, então não vejo porque excluir Mama Djalo da sua esfera de proteção, uma vez que ele já se integrou à sociedade brasileira. Mama Djalo há muito tempo já preencheu os requisitos para obtenção da nacionalidade brasileira. A CF/88 possui uma norma específica que visa facilitar a aquisição naturalização por parte daquelas pessoas que são originárias de países de língua portuguesa. O artigo 12, inc. II, “a”, estabelece que, para a aquisição da nacionalidade brasileira, “aos originários de países de língua portuguesa” deve ser exigida “apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”. Há pelo menos oito anos, Mama Djalo já preencheu os requisitos para poder pedir a sua naturalização. Talvez não tenha pedido por desconhecimento de seus direitos.

É lógico, contudo, que o conceito de cidadania previsto no artigo 1º da LOAS nem tem um sentido técnico-eleitoral, nem um sentido sócio-cultural. Seu uso decorreu, provavelmente, de uma atecnia legislativa que evocou a palavra “cidadão” num sentido metafórico. Assim, o referido artigo não pode ser interpretado no sentido de exigir a cidadania brasileira como requisito para o recebimento do benefício.

O Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007, que autoriza a concessão do benefício assistencial para brasileiros naturalizados, também não pode servir como empecilho para o reconhecimento do direito aos estrangeiros residentes. Na verdade, o referido decreto é tautológico, já que a Constituição Federal é muito clara ao estabelecer que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (art. 12, §2º). Assim, seria flagrantemente inconstitucional qualquer lei que concedesse benefícios sociais apenas a brasileiros natos. Perceba que, se o legislador brasileiro quiser, pode excluir os estrangeiros residentes do rol de beneficiários do amparo assistencial, mas jamais poderia excluir os brasileiros naturalizados. No caso, o legislador pátrio incluiu expressamente os brasileiros naturalizados (e não poderia ser diferente), mas não excluiu expressamente os estrangeiros residentes, devendo prevalecer, no caso, a regra geral de igualdade, à falta de norma específica.

Poder-se-ia alegar que nenhum país do mundo daria direitos sociais a um imigrante que ingressou ilegalmente no país. Não é bem assim. O mundo está mudando. Até mesmo um país geralmente acusado de ser xenofóbico, como os Estados Unidos da América, reconhece que os imigrantes ilegais não podem ser discriminados arbitrariamente, pois também estão protegidos pela cláusula da igualdade. No paradigmático caso *Plyler v. Doe* (1982), a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que “seja qual for o seu estatuto ao abrigo da legislação de imigração, um estrangeiro é uma ‘pessoa’ em qualquer sentido comum do termo”, razão pela qual os estados-membros não poderiam se negar a matricular filhos de imigrantes ilegais nas escolas públicas. Os estrangeiros “mesmo os estrangeiros cuja presença no país é ilegal, têm sido reconhecidos como ‘pessoas’ e, por isso, não podem sofrer discriminação injusta”. Dito de outro modo: para os juízes norte-americanos, até mesmo os estrangeiros que estão em situação irregular no país podem ser considerados titulares de direitos de caráter social!

Na Europa, que é um continente onde a imigração é muito intensa, existem inúmeras políticas públicas de caráter social extensíveis aos imigrantes. Em Portugal e Espanha, por exemplo, os cuidados de saúde estão acessíveis a todos os imigrantes, independentemente do seu estatuto legal, o que significa que também os irregulares possuem esse direito. A grande maioria dos países reconhece que os imigrantes regulares podem receber os cuidados preventivos e de emergência fornecidos pelo poder público. De um modo geral, na Comunidade Européia, o direito à educação é garantido indistintamente a nacionais e a estrangeiros. Em alguns países, como a Suécia e Portugal, os imigrantes regulares também podem ser favorecidos por medidas financeiras de proteção social. Como regra, os imigrantes

são titulares de inúmeros direitos fundamentais, embora, muitas vezes, os serviços sociais disponibilizados aos imigrantes irregulares sejam muito mais restritos. (Fonte: PNUD).

Porém, mesmo que nenhum governo no mundo reconhecesse direitos sociais aos estrangeiros, não creio que um erro de outros países deveria pautar a política brasileira. A toda hora, criticamos a política externa de países hegemônicos por não ser tão solidária. Por que devemos seguir esse exemplo negativo? Em muitos momentos, ficamos indignados com o tratamento discriminatório que os brasileiros recebem quando estão no exterior. Por que devemos repetir as mesmas práticas que censuramos nos outros? O Brasil se orgulha de ser um país hospitaleiro e sem preconceitos, mas parece que esse orgulho não passa de um jogo de marketing. Afinal, por que os antepassados de Mama Djalo, que vieram forçados em navios negreiros para o Brasil, podiam ingressar no país e agora são deportados, como se fossem um fardo indesejável?

É preciso enfatizar novamente que Mama Djalo não deve ser considerado, hoje, como um imigrante ilegal. Ele obteve, por decisão judicial, o direito de permanecer no país para se tratar. Enquanto essa decisão estiver em vigor, Mama Djalo não pode ser deportado e, por óbvio, para fins de proteção jurídica, deve ser considerado como um “estrangeiro residente no país”. A sua condição, portanto, é de residente, tanto que lhe foi reconhecido o direito ao tratamento médico gratuito. Não é coerente reconhecer a ele o direito de ser tratado no Brasil e não lhe conceder os meios mínimos para a sua sobrevivência. Mama Djalo não pode trabalhar. Mas precisa se alimentar, pagar o aluguel e o transporte para o seu tratamento. O direito constitucional brasileiro previu o benefício assistencial exatamente para esse tipo de situação, onde a pessoa está em condições de extrema vulnerabilidade física e financeira. Negar a Mama Djalo esse direito só porque ele não nasceu em nosso país seria avalizar um preconceito por nacionalidade incompatível com qualquer noção de dignidade humana, especialmente quando não há qualquer norma constitucional ou legal que autorize claramente esse tipo de discriminação.

Seria uma atitude muito hipócrita proclamar, em belos discursos jurídicos, o princípio da igualdade, o combate ao preconceito, a proibição de discriminação e a idéia de que toda a vida humana possui o mesmo valor e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, adotar uma postura de falso patriotismo onde os nossos nacionais valeriam mais do que os demais seres humanos. Igualmente contraditório seria condenar o preconceito que os brasileiros sofrem em outros países e, aqui, fazermos o mesmo com pessoas de outras nacionalidades, especialmente de países ainda mais pobres que o nosso.

Em qualquer país civilizado, os imigrantes continuam sendo titulares dos direitos fundamentais básicos. Existem standards mínimos de proteção jurídica que nenhum ser humano pode ser privado. Os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à justa proteção jurídica são garantidos a todos os seres humanos indistintamente. Nossa Constituição, aliás, determina que os “brasileiros e estrangeiros residentes no país” podem invocar os direitos fundamentais em seu favor. O Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica, de forma ainda mais abrangente, inclui qualquer pessoa na sua esfera de proteção (artigo 1º). E reconhece taxativamente que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”. O Brasil, portanto, tem um dever de respeitar, proteger e promover os direitos de “toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Entre os direitos fundamentais, certamente o direito à vida é um dos mais importantes, até porque é pressuposto para o exercício de todos os demais. E o direito à vida não tem apenas uma feição negativa, no sentido de que o poder público não pode privar um ser humano do direito de viver. O dever de proteger a vida humana também gera para o estado uma obrigação positiva, no sentido de adotar medidas concretas capazes de possibilitar a fruição desse direito para aquelas pessoas em situação de desvantagem sócio-econômica. Isso significa que o Estado tem o dever de fornecer os serviços básicos para a proteção do chamado mínimo vital. Existe, portanto, uma obrigação estatal de garantir que todos os seres humanos tenham acesso às necessidades básicas para a manutenção da vida. O fornecimento de medicamentos vitais para a sobrevivência de um determinado paciente é uma decorrência desse dever; do mesmo modo, pode-se mencionar o direito a uma renda mínima que lhe permita suprir as necessidades básicas para a sobrevivência, que é justamente o que se pede no presente caso.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, antes mesmo de ter sido editada a lei regulamentando a assistência social naquele país, reconheceu que o direito à renda mínima para os necessitados é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição. Isso porque o princípio da dignidade humana não exige apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria existência da pessoa humana ficaria sacrificada (BVerwGE 1, 159, 24/6/1954, conforme: SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos

Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, especialmente pp. 283/300). Em decisão posterior, a mesma corte, invocando o princípio do estado social, decidiu que: “Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado” (SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 828).

É lógico que existem múltiplas formas de o estado garantir o mínimo vital para a sobrevivência de um indivíduo que esteja em condições de vulnerabilidade física e econômica, sendo o benefício social de prestação continuada apenas uma delas. Em linha de princípio, em deferência à separação de poderes, deve-se reconhecer que cabe ao governo federal estabelecer o melhor caminho para promover a dignidade humana, garantir o direito à vida e possibilitar a sobrevivência de pessoas necessitadas que estão sujeitas à jurisdição brasileira. Porém, no presente caso, o INSS, que é o órgão responsável pela Assistência Social, não apresentou qualquer medida alternativa que pudesse ajudar Mama Djalo, abandonando-o à própria sorte. Desse modo, à falta de opção melhor, a concessão do benefício assistencial mostra-se adequada e necessária para os fins a que se propõe.

Por fim, é preciso tecer algumas considerações sobre os argumentos do INSS envolvendo os aspectos econômicos do entendimento favorável à concessão do benefício assistencial para estrangeiros.

Não há dúvida de que seria uma atitude inconsequente se assumirmos um compromisso de financiar o combate a todos os males do planeta sem que tenhamos condições econômicas para tanto. Nesse aspecto, temos que ser realistas. O benefício assistencial gera um custo, e esse custo é distribuído por toda a sociedade brasileira. Por óbvio, os recursos são escassos e, por isso, a sua distribuição deve ser criteriosa e seletiva. Não seria razoável conceder o benefício a pessoas que sequer moram no Brasil ou então que estão aqui meramente de passagem ou então que estão apenas querendo se aproveitar da nossa boa vontade, pois certamente não foi esse o objetivo do legislador brasileiro. Mas esse não é o caso de Mama Djalo. Ele já está inserido na sociedade há mais de dez anos. Boa parte de sua vida foi vivida no Brasil. Ele trabalhou, ainda que informalmente, pagou impostos (tem até

CPF – anexo 2) e criou laços de amizade. Com toda certeza, ele não pode ser considerado como um aproveitador que veio ao Brasil apenas para receber tratamento médico gratuito e ainda receber dinheiro do governo federal.

O argumento do impacto financeiro desaparece por completo diante desse fato. Não parece factível que o sistema assistencial brasileiro entrará em colapso em virtude do pagamento do benefício assistencial mensal, no valor de um salário mínimo, para Mama Djalo. É provável que o custo que o estado brasileiro terá com o pagamento desse benefício nesses últimos momentos de vida que lhe restam será inferior ao que teria com a sua deportação, já que só o custo da passagem aérea de Fortaleza para Guiné-Bissau pode chegar a cinco mil reais (via TAP), que é o suficiente para pagar quase um ano de benefício assistencial. Se acrescentarmos a isso os demais gastos que o processo de deportação acarreta, então, sob o ponto de vista financeiro, talvez seja melhor mantê-lo aqui.

E mesmo que se raciocine com a extensão do benefício para estrangeiros em situação semelhante, o que certamente resultaria em um impacto econômico maior, ainda assim não restou provado nos autos qual seria a consequência econômica daí resultante. A meu ver, o temor de um impacto excessivo é infundado. No Brasil, residem cerca de 500 mil estrangeiros, conforme dados do IBGE referentes ao ano 2000. A quantidade de estrangeiros residentes que estão com as condições financeiras e de saúde semelhantes à de Mama Djalo é irrisória. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, de 1999, a imensa maioria dos estrangeiros residentes (92%) recebe mais de cinco salários mínimos. Uma quantidade muito pequena (3,3%) ganha menos de meio salário mínimo. Certamente, os que ganham menos de um quarto de salário mínimo e ainda estão incapacitados para o trabalho, representam uma população ainda mais insignificante, já que, entre a população brasileira, a quantidade pessoas que fazem jus ao benefício assistencial não chega a 1,5% do total, incluídos aqui os idosos. Por isso, não vejo aí qualquer possibilidade de exaustão orçamentária caso se interprete a Constituição e a Lei Orgânica da Assistência Social no sentido de que os estrangeiros residentes não podem ser excluídos, tão somente por sua nacionalidade, do rol de beneficiários do amparo social.

O Brasil, cada vez mais, eleva os gastos com ajuda humanitária para países mais pobres, numa elogiável atitude de solidariedade mundial. Seria um contra-senso enviar milhões de reais para o exterior, para ajudar pessoas necessitadas em outros países, e não ajudar os estrangeiros necessitados que residem no país. Se o Brasil pretende ser um país com alguma liderança no novo cenário mundial, tem que começar tendo uma atitude moral

coerente e sincera, onde a preocupação com a miséria humana em todos os lugares do planeta não é apenas da boca pra fora.

O receio de que a concessão de benefícios assistenciais para estrangeiros residentes gere um aumento do fluxo de imigrantes ilegais também é infundado. O número de estrangeiros que buscam o Brasil para aqui fixar residência tem diminuído e não aumentado. Esse número já chegou a mais de 700 mil no início dos anos noventa e, no último censo do IBGE, realizado em 2000, girava em torno de 500 mil. Além disso, é muito improvável que uma pessoa que esteja em outro país, distante do Brasil, em uma situação de miséria financeira e com a saúde debilitada, tenha condições de arcar com todos os custos e riscos de uma viagem onerosa para vir ao Brasil receber um salário mínimo por mês. Em geral, as pessoas optam por morar em outro país para fugir de conflitos políticos ou então para buscar novas oportunidades de emprego e não por conta de possíveis benefícios sociais que possam lá receber.

O Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, relativo ao ano de 2009, tratou precisamente da situação dos imigrantes e do impacto da mobilidade humano no desenvolvimento dos países. No referido estudo, foi demonstrado que, ao contrário do que a maioria pensa, a imigração traz diversos benefícios não apenas para o imigrante, mas também para o país de destino. A mobilidade dos seres humanos entre os países do mundo é um fator que estimula o desenvolvimento humano. Por isso, não devemos encarar o estrangeiro como um inimigo, nem como alguém que não é bem-vindo, que gera encargos sociais ou então que traz insegurança e violência. A possibilidade de se deslocar, mudar de local de residência e tentar melhorar de vida em outro lugar deve ser considerada como uma componente fundamental da liberdade humana.

Hoje, é fato, o mundo está se globalizando. As fronteiras estão desaparecendo. A economia é uma só. A ética é uma só ou, pelo menos, almeja ser uma só. O mundo caminha para a construção de um projeto ético comum. Se a idéia de um código moral uniforme para todos os habitantes do planeta é uma utopia irrealizável e, em certo sentido, indesejável (por ser demasiadamente pretensiosa e arrogante), percebe-se cada vez mais a necessidade de se desenvolver um modelo de regulamentação internacional que possa, pelo menos, harmonizar a pluralidade de códigos morais existentes, rumo a uma convivência pacífica entre todos os povos, onde cada ser humano possa ser, de fato e de direito, tratado como igualmente merecedor de respeito e consideração, independentemente de qualquer qualificativo.

Mama Djalo é um africano, pobre, doente e sem familiares para ajudá-lo. Ele veio ao Brasil de boa vontade com o intuito de melhorar seu bem-estar e fugir das péssimas condições

de vida em seu país de origem. Talvez para a maioria de nós seja difícil sentir empatia por alguém que vem de um local que nem sequer sabemos indicar no mapa. Mas a obrigação de qualquer ser humano é ajudar outro ser humano que esteja em necessidade. Essa obrigação, para nós que somos brasileiros, não é uma mera obrigação moral. Trata-se, na verdade, de uma obrigação constitucional, que está claramente prevista no artigo 3º da Constituição Federal: constitui objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem”. Em razão disso, por obrigação constitucional, deve ser mantida a sentença e reconhecido o direito de Mama Djalo receber o benefício assistencial enquanto permanecer no Brasil.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS.

Fixo os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Fortaleza, 19 de abril de 2010

George Marmelstein Lima

Juiz Federal no Ceará