IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

MIGRAÇÕES, DIREITOS HUMANOS E AGENDAS DA TEORIA CRÍTICA E JUSFILOSÓFICA NO DIREITO E DIREITO INTERNACIONAL

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

MIGRAÇÕES, DIREITOS HUMANOS E AGENDAS DA TEORIA CRÍTICA E JUSFILOSÓFICA NO DIREITO E DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – "TTMMs", o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os

direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

O CONTRATO DE TRABALHO DO ESTRANGEIRO NÃO DOCUMENTADO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. UMA VISÃO A PARTIR DE JOSEPH CARENS

THE UNDOCUMENTED IMMIGRANT LABOUR CONTRACT IN THE NEW MIGRATION LAW. AN OUTLOOK FROM JOSEPH CARENS

André Filipe de Moura Ferro
Yuri Schneider

Resumo

Tendo por pressupostos o poder estatal de controle das fronteiras e da composição da população e os princípios democráticos, teoriza-se sobre o que seria uma política migratória permissível nas democracias e seus impactos trabalhistas. O artigo é apoiado em pesquisa bibliográfica e investigou a teoria jusfilosófica de Joseph Carens e a nova lei de migração. Os resultados da pesquisam indicam que a irregularidade migratória não é causa para anular as relações laboristas ou prejudicar seus efeitos. A conclusão é que, em divergência ao entendimento majoritário, ser o empregado um estrangeiro indocumentado não afeta o contrato de trabalho e os direitos.

Palavras-chave: Direitos humanos, Imigração, Direito ao trabalho, Imigrante não documentado

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the assumptions of state power over border control and population composition and the democratic principles, it is possible to theorize about a permissible migratory policy in democracies and its impact in labour relations. This article was accomplished with the support of bibliographic and investigates Joseph Carens jusophilosophical theorie and the new immigration law. The results points towards the condition of being an irregular migrant doesn't annul the work relation or harm its effects. The article concludes, in divergence to the major understanding, the employee being an undocumented immigrant doesn't affect the labour contract or it's rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Immigration, Right to work, Undocumented migrant

1. Introdução

O presente artigo tem por tema o direito ao trabalho dos imigrantes. O recorte será a validade e os efeitos do contrato de trabalho no qual figure como parte empregada um imigrante estrangeiro não documentado na nova lei de migração pelo escopo da teoria da filiação social de Joseph Carens.

O trabalho iniciará com as formulações de Carens sobre o que seria permissível como política migratória nas democracias liberais com base no entendimento convencional sobre o poder do Estado de controle das fronteiras e de controle da composição da sua população e os princípios e a cultura democráticas.

Sobre essas bases, será feita uma análise da compreensão majoritária sobre a validade e efeitos do contrato de emprego do imigrante não documentado, que será confrontado com a nova formatação das políticas nacionais de imigração brasileiras a partir da lei de migração. Por fim será formulada uma resposta ao tema, divergindo do posicionamento adotado pela maioria dos doutrinadores e da jurisprudência pátria.

2. A visão de Joseph Carens sobre direitos de migração e filiação, com foco no tema do imigrante irregular.

Carens formula uma teoria sobre justiça nas democracias liberais quanto ao pertencimento e os direitos dos imigrantes presentes no território. A teoria tem como base consensos sobrepostos sobre duas premissas, a visão convencional quanto ao direito dos Estados de controlar a imigração e os princípios e a cultura democráticas.

Apesar de advogar por fronteiras abertas, Carens reconhece como um pressuposto do mundo real a ordem global contemporânea estadocêntrica e de controle discricionário tanto das fronteiras quanto da composição da população. Tendo isso em mente, ele intenta elaborar o que seria uma política de imigração compatível com a justiça. Esclarece o autor: “we have to take much of the world as given because it is not subject to our control or easily changed” (CARENS, 2013, p. 304).

Princípios democráticos seriam amplos compromissos morais que sustentam políticas e instituições nas democracias liberais. O autor não tem a pretensão de apresentar uma lista completa do que seriam esses princípios, mas enumera alguns dos que entende como os mais relevantes. Entre eles estão igual dignidade de todos os seres humanos, igualdade legal dos cidadãos, não discriminação em razão de raça, religião ou gênero, direito dos indivíduos de viver suas vidas conforme suas escolhas desde que não prejudique os outros, a obrigação de respeitar a liberdade dos demais e observar a equidade e reciprocidade em suas ações, que governos legítimos são aqueles que têm o consentimento dos governados, que

desacordos devem ser resolvidos pelo princípio da maioria e a coerção só pode ser aplicada conforme a lei. Também seriam valores democráticos o pluralismo, a igualdade, a autonomia individual e a autodeterminação coletiva (Id, Ibid.).

Para o autor, a residência é o que torna o indivíduo membro da sociedade em que está inserido e o residente legal deve ser titular da maioria dos direitos remetidos aos cidadãos. Na sua compreensão, justiça democrática limita substancialmente as iniquidades legais permissíveis entre residentes e cidadãos (Id, Ibid.).

Nessa linha, durante os primeiros estágios de acomodação seria possível limitar alguns direitos, como benefícios redistributivos e proteção contra deportação. Entretanto, os residentes por longo período possuem a titularidade moral dos mesmos direitos civis, econômicos e sociais que os nacionais (Id, Ibid.). Para o autor, viver em sociedade, criar laços sociais e raízes faz do indivíduo membro dessa sociedade, é o que chama de filiação social. Ele explica:

> Long-term residents are members of society, and, for that reason, ought to be entitled to stay regardless of their conduct. Of course, by definition, the residents in question are not citizens, not formal members of the political community. But they are members of civil society. They participate in labor and housing markets, they pay taxes, they have families that connect them to others in the society in myriad ways, they send children to schools, they participate in neighborhood and other associations, and they are involved in cultural and recreational activities. In short, they belong. And that belonging matters morally (Id, Ibid, p. 102).

Carens também entende que os filhos nascidos em países democráticos de imigrantes residentes devem adquirir a cidadania automaticamente, por efetivamente pertencerem àquela comunidade (id. Ibid).

Em sua teoria os direitos humanos são separados em dois grupos quanto aos destinatários pela localização social. O primeiro endereçado a todos sob a jurisdição e chamado de direitos humanos gerais e o segundo endereçado aos cidadãos e residentes e chamado de direitos humanos vinculados à filiação (Id, Ibid).

Para o autor, os direitos humanos gerais são aqueles que protegem todos os indivíduos presentes no território, inclusive visitantes e residentes não cidadãos, e que geram obrigações e responsabilidades aos estados democráticos. Esses direitos protegem os indivíduos tanto dos demais presentes no território quanto também do próprio Estado. Entre eles estão elencados os direitos de segurança pessoal e as liberdades de pensamento, de expressão e de religião e os direitos ao devido processo e a um julgamento justo (Id, Ibid.).

O segundo grupo de direitos humanos são aqueles em que os cidadãos e os imigrantes residentes são titulares e decorrem da localização social do indivíduo. O direito ao trabalho é um deles e seria injusto e violador de direitos humanos recusar seu exercício aos residentes. Nas palavras do autor, "denying acces to work to people who live there is like denyin access to life itself" (Id, Ibid, p. 97).

Carens afirma que os estados devem prover tanto o direito de acesso ao trabalho como também os direitos trabalhistas comuns aos empregados cidadãos, entre elas a proteção quanto à segurança e saúde no trabalho, direito à associação sindical, pisos salariais, horas extras, férias e descanso aos feriados. Essas mesmas condições também devem ser aplicadas aos trabalhadores temporários ou convidados, entendidos como os não cidadão que migram para o trabalho por um tempo determinado e depois retornam ao país de origem (Id, Ibid.)

No entendimento do autor, os estados democráticos têm uma obrigação de regular as condições de trabalho e estabelecer limites sobre as disposições contratuais para proteger a dignidade humana, garantir que os empregados não tomem decisões em razão de ignorância ou estado de necessidade, prevenir que os trabalhadores hajam imprudentemente ou sem suficiente prognóstico e para solucionar problemas coletivos (Id, Ibid.).

Também é obrigação dos estados garantir os mesmos patamares de direitos trabalhistas entre cidadãos e não cidadãos, por dois motivos centrais. Primeiro para evitar desequilíbrios e não incentivar que os empregadores deem preferência à mão de obra estrangeira por salários menores e condições de trabalhado precárias. Segundo em razão da cultura democrática, também chamada por Carens de etos democrático, de igualdade fundamental de todos que compõem a sociedade e de incompatibilidade com o regime democrático de diminuir uma categoria de pessoas a um status legal de subordinação ou de casta baixa (Id, Ibid.).

Quanto aos benefícios do seguro social decorrentes do trabalho, entendido como uma proteção contra dificuldades, privações e riscos da atividade econômica que podem afligir os empregados, dados como exemplos a aposentadoria por idade, apoio à renda no desemprego e compensação por acidentes de trabalho, Carens afirma que os sistemas contributivos compulsórios devem observar a necessária reciprocidade e todos que contribuem para ele, inclusive os imigrantes, são seus beneficiários. O mesmo se diria dos programas sociais em geral, como educação e saúde, tendo em vista que os não cidadãos também pagam impostos e contribuem, mesmo que indiretamente, ao custeio (Id, Ibid.).

Já em relação aos imigrantes que atuam como empregados temporários ou convidados, por não serem residentes, são possíveis diferenciações. Carens afirma que, se o

sistema não é contributivo, esses empregados devem ser segurados plenos, mas se o sistema é contributivo há três soluções possíveis. A primeira é que os imigrantes trabalhadores temporários contribuam e participem do sistema normalmente, a outra que os imigrantes não participem mas sejam isentos de contribuições e a última que as contribuições componham um fundo especial e sejam devolvidas ao trabalhador quando retornar ao seu país de origem (Id, Ibid.).

Mas o autor faz importante exceção quanto aos programas e benefícios de seguro social quanto a acidentes e doenças ocupacionais, esses necessariamente devem também incluir os imigrantes trabalhadores temporários. Como conclui o autor:

> Just as it would be wrong to permit temporary workers to labor under substandard working conditions with respect to health and safety, even if they were compensated financially for doing so, it would also be wrong to permit them to opt out of workers' compensation programs (Id, Ibid, p. 121)

Por fim, Carens trata dos imigrantes irregulares, aqueles que residem sem autorização do Estado e desenvolve uma argumentação em favor do reconhecimento de importantes direitos legais a essa população e que deve haver uma barreira entre o exercício do poder imigracional e a proteção e o exercício dos direitos como também os imigrantes irregulares obtém, pelo passar do tempo, um direito moral de legalização, baseado na filiação social (Id, Ibid.).

Para o Autor, as democracias constitucionais têm como um dos seus fundamentos um governo autolimitado, que seria a capacidade de restringir o exercício do poder conforme os direitos humanos e as normas que reconhecem. Assim, o direito de apreender e deportar imigrantes, mesmo que irregulares, é contido, possuindo amarras morais e legais (Id, Ibid.).

Carens afirma que as democracias liberais devem reconhecer todas as pessoas sob sua jurisdição como titulares de direitos humanos gerais, inclusive dos direitos de segurança pessoal, a um julgamento justo, liberdades de opinião e religião e cuidados médicos em situações de emergência, independente de permissão da presença no território (Id, Ibid.).

Como assevera o autor, nos estados democráticos descumprir com a política imigracional não é considerado crime ou tem tal gravidade. Seria na verdade uma violação administrativa e seguiria um procedimento administrativo, ao invés do penal, e as detenções e deportações de imigrantes irregulares não são punições na acepção criminal (Id, Ibid.).

Para Carens, os direitos humanos dos imigrantes irregulares devem ser efetivos, não só formais, para tanto necessariamente deve haver uma barreira (firewall) entre, por um lado,

a proteção e o gozo dos direitos e, pelo outro, o exercício do poder imigracional. As informações obtidas pelas pessoas e instituições responsáveis por protegerem os direitos humanos não podem ser usadas pelo controle migratório, caso contrário o exercício dos direitos exporia os imigrantes à detenção e expulsão. O autor explica:

> […] if irregular migrants are victims of a crime or witnesses to one, they should be able to go to the police, report the crime, and serve as witnesses without fear that this will increase the chances of their being apprehended and deported. If they need emergency health care, they should be able to seek help without worrying that the hospital will disclose their identity to those responsible for enforcing immigration laws (Id, Ibid, p. 133).

Entre os imigrantes irregulares, Carens aponta as crianças como detentoras de reivindicações morais mais robustas, já que elas foram trazidas pelo seus pais ao território e não podem ser responsabilizadas pela irregularidade de sua presença. Nessa linha as crianças imigrantes irregulares teriam direitos a mais que aqueles que migraram na mesma condição quando adultos, entre eles o direito à educação publica e gratuita, entendido como um direito humano e uma necessidade fundamental que deve ser atendida pela sociedade onde a criança viva (id. Ibid.).

Reforça o autor que o direito da crianças migrantes irregulares à educação já foi reconhecido pela suprema corte norteamericana no caso Plyler v. Doe de 1982. Nas palavras de Carens, "children of irregulars migrants belong in school, not merely because they are physically present in the territory, but because they are living in the society" (Id, Ibid, p. 137).

Quanto ao direito de procurar trabalho, para a teoria da filiação social esse seria um direito humano vinculado à filiação à sociedade e não seria de titularidade do imigrante irregular nos primeiros estágios de sua presença tendo em vista que ainda não seriam membros da sociedade. Mas não afeta os direitos decorrentes do labor se efetivamente o imigrante irregular trabalhar (Id, Ibid.).

Para o autor, o imigrante irregular que realiza um trabalho produtivo e honesto deve receber a remuneração prometida pelo empregador como um direito humano e o Estado receptor deve fazer cumprir essas promessa. Em seu entendimento, ter a retribuição pelo trabalho negada por um empregador, que usa da falta de mecanismos para exigi-la ou do risco de detenção e extradição ao demandar o pagamento, equivaleria a ser roubado. (Id, Ibid.)

Assim, Carens entende que o imigrante irregular tem o direito de buscar pelas vias legais o pagamento de sua retribuição laboral sem que isso o exponha ao poder imigracional, caso contrário o direito humano ao salário seria meramente formal (Id, Ibid.).

Quanto à equidade de condição de trabalho, o autor afirma que as democracias têm a responsabilidade de garantir padrões mínimos para a atividade econômica que se desenvolve sob sua jurisdição e que esses mesmos padrões devem se aplicar aos imigrantes irregulares (Id, Ibid.).

Com base na sua teoria da filiação social Carens inicia uma argumentação em favor da regularização de imigrantes que base no tempo de residência e com condições especiais para aqueles que ingressaram no território quando criança e que possuem familiares que seja cidadãos ou residentes permanentes. Nas palavras do autor "the longer the stay, the stronger the moral claim to remain" (Id, Ibid, p. 147). Em seu entendimento, crescer em uma sociedade, principalmente durante a infância, faz do indivíduo membro da sociedade. Ele explica:

> […] there is something deeply wrong in forcing people to leave a place where they have lived for a long time. Most people form their deepest human connections where they live. It becomes home. Even if someone has arrived only as an adult, it seems cruel and inhumane to uproot a person who has spent fifteen or twenty years as a contributing member of society in the name of enforcing immigration restrictions. The harm done to her is entirely out of proportion to the wrong of unauthorized entry and settlement (Id, Ibid, p. 148-149).

O direito à vida em família e o direito a reunificação familiar são direitos humanos básicos que devem ser reconhecidos pelas democracias, afirma o autor. Isso traduziria no direito dos cidadãos e dos residentes de trazerem para o território seus esposos e filhos como também na proibição ao Estado de deportá-los se já presentes irregularmente (Id, Ibid).

Carens elabora que, com a passagem do tempo de residência, o imigrante irregular tem fortalecida sua reivindicação moral de pertencimento, o fato do ingresso ter sido não autorizado perde relevância e o poder do Estado de apreender e deportá-lo se erode, para o autor "people who live and work and raise their families in a society become members, whatever their legal status" (Id, Ibid, p. 150).

Nessa linha, o autor defende que deve haver um direito individual do imigrante de regularização após um tempo de residência, podendo ser acelerado esse tempo pelo casamento com um nacional ou residente, pelo emprego e pela falta de condenações penais (Id, Ibid.).

É feita inclusive uma argumentação em paralelo com a prescrição penal, na qual as democracias reconhecem que o Estado tem um tempo para exercer o poder punitivo e que seria injusto que as pessoas vivessem indefinitivamente sob o temor de sofrerem reprimendas. Cabe citar:

> If we are prepared to let time erode the state's power to pursue actual crimes, it makes even more sense to let time erode the power of the state to pursue immigration violations, which are not normally treated as crimes and should not be viewed as crimes (Id, Ibid, p. 155).

Carens registra que estados têm ou já tiveram políticas nesse sentido. Na França, até 2003, o imigrante poderia obter o status de residente legal se comprovasse que vivia no país há pelo menos dez anos. No ano de 2000 a Espanha passou a legalizar imigrantes que demonstrassem residência no país por alguns anos por intermédio de registros de trabalho. O autor também registra que nos Estados Unidos da América era permitido ao procurador geral conceder residência permanente àqueles com estadia contínua de ao menos dez anos e que cumpram com requisitos de emprego e não possuir registros criminais.

Cabe adendar que o livro de Carens, escrito em 2011, chega a mencionar os esforços da administração de Barack Obama em buscar a regularização de imigrantes. No ano seguinte um programa nesse sentido foi adotado, o Deferred Action for Childhood Arrivals – DACA, instituído em 15 de junho de 2012 por um memorando do Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos da América aos órgãos estatais de controle de imigração (UNITED STATES DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, 2012).

Esse memorando ordena que esses aparelhos estatais se abstenham de buscar a aplicação de procedimentos de remoção àqueles presentes no território sem autorização, mas que ingressaram quando ainda crianças e adolescentes (id, Ibid.) .

No documento se justifica que os imigrantes irregulares que ingressaram quando ainda crianças não tinham intenção em violar as leis imigracionais norte americanas e que essas pessoas são produtivas e contribuem de muitas formas para a sociedade em que residem (Id. Ibid.).

Se argumenta também que as normas de clausura do ordenamento norteamericano não poderiam ser aplicadas sem medir suas consequências em cada caso e que não cumpriria os objetivos desse ordenamento remover indivíduos a países em qual não viveram ou com o qual não partilham o idioma (Id. Ibid.).

Assim, é determinado que os órgãos atrasem o início de procedimentos de remoção por dois anos, sujeitos à renovação, para aqueles, cumulativamente, ingressaram no país com menos de dezesseis anos e não possuem mais de trinta anos, têm residência contínua de ao menos cinco anos, estão em graduação escolar ou são graduados ou são veteranos dispensados honrosamente das forças armadas, não foram condenados por crime ou contração e não são uma ameaça à segurança nacional ou do público (Id. Ibid.).

O programa também foi significativo de permitir a esses indivíduos que requeressem autorização para o trabalho, entretanto não concedia um direito de residência permanente nem mesmo abria caminhos para a naturalização. Em 5 de setembro de 2017 o programa DACA foi rescindido pelo governo Trump (Id, 2017).

Enfim, Carens traz importantes contribuições sobre os necessários limites do poder dos Estados de controlarem suas fronteiras e a composição da população frente aos princípios democráticos e os direitos humanos. Como argumenta, os não cidadãos presentes no território, autorizados ou não, são pessoas titulares de direitos e se tornam membros da sociedade pela filiação social, que se dá pela passagem do tempo de residência.

Com essa leitura é possível analisar a nova lei de migração pelo escopo de Carens, dando atenção especial ao tema do trabalho do imigrante não documentado.

3. O contrato de trabalho do estrangeiro não documentado na nova lei de migração. Uma divergência ao entendimento convencional.

O labor de um migrante não documentado é considerado pela doutrina e jurisprudência brasileira como proibido. Trabalho proibido é aquele cuja formação da relação jurídica de trabalho ou de emprego não é permitida, apesar de seu objeto ou finalidade não serem configurados como crime (CASSAR, 2011, p. 589).

Também são proibidos o labor sem as qualificações profissionais que a lei estabelecer e sem admissão por concurso público aos servidores e empregados públicos. Para os jovens entre dezesseis e dezoito anos é proibido o trabalho noturno, perigoso, insalubre ou prejudicial à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social. Já ao adolescente com idade entre quatorze e dezesseis é proibido o labor fora da condição de aprendiz. Por último, aos menores de quatorze anos é proibido qualquer trabalho. Tudo isso conforme o inciso XIII do art. 5º, inciso XXXIII do art. 7º e inciso III do art. 37 da Constituição Federal e o inciso III, art. 67 da lei federal 8.096/1990.

Mesmo sendo entendido como proibido, a declaração da nulidade do contrato de trabalho não derruba os efeitos produzidos enquanto a relação ocorreu, conforme a teoria das nulidades trabalhistas (DELGADO, 2013. p. 522).

Assim, as consequências seriam diferentes daquelas do negócio jurídico regido pela legislação civilista. No Código Civil brasileiro, quando anulado o negócio jurídico, deve ser restituído às partes ao estado anterior ou indenizado na impossibilidade da restituição (art. 182). Ainda, o prestador de serviços que não possui habilitação ou outro requisito legal não terá direito a prestação ordinária pelo trabalho, mas sim a compensação razoável, caso tenha agido de boa-fé e o recebedor do serviço tenha se beneficiado do negócio nulo (art. 606).

Defendendo a teoria das nulidades trabalhistas, Delgado afirma que o contrato de trabalho produziria todos os seus resultados, inclusive aqueles típicos da relação de emprego, até o tempo de sua anulação. (DELGADO, 2013)

Essa construção passa por três argumentos centrais, De início, seria impossível o retorno às condições anteriores ao contrato, considerando que o trabalho foi realizado e o empregador o recebeu e absorveu o valor por ele produzido. Ainda, a retroação dos efeitos desequilibraria a relação jurídica e permitiria um enriquecimento sem causa do empregador. Por último, o valor-trabalho e os direitos trabalhistas prevaleceriam sobe os demais valores jurídicos que a proibição pretende guarnecer (id. Ibid.).

No caso do trabalho do imigrante não documentado, Delgado se posiciona pela aplicação plena dessa teoria das nulidades, afirmando que o contrato de emprego do imigrante em situação irregular é proibido, entretanto produzirá todos os seus efeitos até a decretação da nulidade (Id. Ibid.).

Nicoli corrobora com esse entendimento ao pronunciar que o contrato de emprego do estrangeiro não documentado é irregular em razão de vício do objeto, reconhecendo como válida a proibição ao desempenho de atividade remunerada sem visto, mas que deve produzir todos seus efeitos como um contrato-realidade, conceito que absorve de Mario de La Cueva (NICOLI, 2011).

Cassar contesta essa posição e defende que o contrato de trabalho proibido é nulo de pleno direito, não se aplicando os direitos tipicamente trabalhistas, inclusive de depósitos em FGTS, contrariando inclusive a súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho. O efeito que se produziria da relação seria apenas o pagamento dos salários inadimplidos, em razão da impossibilidade de restituição à situação anterior e que qualquer pagamento além disso seria incentivar ou premiar o trabalho proibido. Para a autora, é válido ao Estado brasileiro proibir o imigrante de realizar atividade remunerada se não for detentor de visto e autorização especial ao trabalho, o contrato de emprego do migrante em situação irregular seria proibido por ser vetado por lei a formação do vínculo (CASSAR, 2011).

Para Barros o contrato proibido é nulo, entretanto produzirá certos efeitos que serão atípicos à relação trabalhista. Conforme a autora, é devido ao trabalhador uma compensação razoável e sem natureza salarial pelo trabalho, com base nos arts. 593 e 606 do Código Civil. O pagamento teria por intuito evitar enriquecimento ilícito daquele que recebeu os frutos do trabalho, tendo em vista a impossibilidade do regresso as condições anteriores. Nessa linha, a autora entende que não há relação de emprego constituída pelo imigrante em situação

irregular por nulidade do contrato, que produz apenas efeitos reparatórios civis (BARROS, 2013).

Dessa forma, os entendimentos convencionais na doutrina e na jurisprudência convergem em afirmar que o poder imigracional do Estado pode afastar daqueles que não são cidadãos do direito ao trabalho, havendo divergências quanto aos efeitos do contrato se ele, apesar da proibição, efetivamente ocorrer, sendo que corrente majoritária advoga que o contrato produzirá todos seus efeitos até o momento da declaração de sua nulidade. Entretanto essas compreensões são desafiadas pela nova legislação migratória, a lei 13.445/2017, como será visto no desenrolar do artigo.

A nova lei estabelece como alguns dos seus princípios da política migratória brasileira o respeito aos direitos humanos, a não criminalização da imigração, a igualdade de tratamento e de oportunidades, a inclusão social, laboral e produtiva e o acesso livre e igualitário à programas e benefícios sociais, ao trabalho e à seguridade social (incisos I, III, IX, X e XI do art. 3º).

São garantidos aos imigrantes ainda os direitos civis, econômicos, de reunião e associação sindical, de acesso à saúde, assistência e previdência social, como também os direitos de proteção nas relações de trabalho e de "cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas" (caput e incisos I, VII, VIII, X, XI do art. 4º).

Mesmo com muitas inovações em prol do reconhecimento de direitos já expressos em normas internacionais de direitos humanos e na Constituição Federal, a nova lei de migração continua a exigir do estrangeiro pretendente a ingressar no país para trabalhar que possua de antemão uma oferta de emprego (§5º do art. 14 e alínea "b", inciso "II" do art. 30). Por exceção, o imigrante que possui escolaridade de nível superior pode adquirir um visto temporário sem a promessa formal de trabalho (§5º do art. 14).

Assim, a política brasileira de migração continua sendo de clausura, mas o poder do Estado brasileiro de controlar as fronteiras e a composição da população é autolimitado pelos direitos humanos, sendo reconhecidos os direitos daqueles que pretendem ingressar no território de refúgio, asilo, acolhida humanitária, proteção ao apátrida, reunião familiar e não devolução (incisos I, IV, VI e VIII do art. 3º, arts. 26, 27, 37 e §4º do art. 49). Também são reconhecidos os direitos de igualdade e não discriminação dos estrangeiros presente no território (incisos IV, IX e XI do art. 3º).

O ingresso e a permanência no território não autorizados são colocados como violações de natureza administrativa sujeitas a regularização. Para a lei, a política migratória tem como um dos seus princípios a promoção da regularização documental, sendo inclusive

concedido prazo renovável ao imigrante para corrigir sua situação migratória, nesse processo é possível requerer autorização de residência, cuja concessão independe da condição migratória (inciso V do art. 3º, §§1º do art. 50, inciso I do art. 109 e §5º do art. 30).

Assim, em contrário ao Estatuto do Estrangeiro, que atribuía ao imigrante não documentado a pecha de clandestino (inciso I do art. 125) e proibia a regularização e transformação do visto (art. 38), na nova lei de migração a regularização não é só permitida, sua promoção é elevada à condição de princípio da política migratória.

A norma também afirma que independe da condição migratória o exercício dos direitos e garantias constitucionais, a concessão de benefícios da atenção à saúde, assistência e previdência social e a "garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador" (incisos VIII e XI e §1º do art. 4º). Mais importante é que há expressa previsão que a irregularidade da condição migratória e a própria deportação não afetam os "direitos adquiridos em relações contratuais ou decorrentes da lei brasileira" (§4º do art. 50).

Essas disposições vão em sentido contrário aos entendimentos que o contrato de emprego do estrangeiro não documentado não produz nenhum efeito ou mesmo que produz apenas efeitos limitados, como são as compreensões de Cassar, Barros e como seria uma aplicação por analogia da súmula n. 363 do TST.

Como visto, a lei de migração descreve limitações ao poder estatal de controle das fronteiras e da composição da população que apontam, inclusive, que o exercício desse poder frente a um não cidadão cuja estadia no país não foi autorizada não afeta os negócios que praticou e os direitos e obrigações obtidos enquanto estava sob a jurisdição brasileira. Ainda, a irregularidade da situação migratória não é um defeito irremediável, na verdade sua correção é encorajada.

Carens chega a afirmar que, se o Estado receptor impede o imigrante não documentado de exigir a retribuição pelo seu trabalho, isso equivaleria a violação dos direitos humanos de segurança pessoal e de não ser roubado. Vale citar:

> It is morally wrong for the state to announce that employers are legally free to withhold promised pay from irregular migrants after extracting work from them. In practice, unscrupulous employers often do deny irregular migrants payment for their work, knowing that the workers have no effective legal recourse and sometimes not even any formal entitlement to their pay. However, this is not a practice that a democratic state should endorse, even implicitly. As I noted above in the discussion of general human rights, the state's right to apprehend and deport migrants does not affect its obligation to protect them against being robbed while within its jurisdiction. If a democratic state refuses to grant irregular migrants a legal right to

> their pay, it effectively abandons its responsibility to prevent them from being robbed. (CARENS, 2013, p. 141)

Assim, todos os direitos e efeitos do contrato de emprego, inclusive a filiação à previdência social, se aplicam integralmente, já que é irrelevante para a titulação e exercício desses direitos a condição migratória, em especial pelas expressas previsões do inciso XI do art. 4º e §4º do art. 50 dai lei de migração.

Ainda, para que seja efetivo o direito à devida contrapartida pelo trabalho e aos demais direitos, inclusive reparatórios e de seguro social, exigi-los, tanto pelas vias administrativas quanto pelas vias judiciais, não pode significar exposição às autoridades migratórias e à deportação.

Assim, a consequência da entrada ou permanência não autorizada é uma abertura para o exercício do poder migracional de exclusão do imigrante do território, mas, como visto, esse poder possui múltiplos limites, entre eles estão a não afetação dos direitos obtidos enquanto no território e o direito de regularização no prazo mínimo e renovável de 60 (sessenta dias), quando pode ser verificado, por exemplo, se o imigrante não documentado pode adquirir uma das modalidades de visto, autorização de residência ou até mesmo ser naturalizado brasileiro.

Esses direitos são reforçados para os imigrantes crianças e adolescentes ou aqueles que ingressaram no território quando ainda menores. A nova lei consagra como princípios da política migratória a integral proteção e prioridade das crianças e adolescentes (inciso XVII do art. 3º), permite a concessão de autorização de residência por acolhida humanitária aos menores abandonados ou desacompanhados que estejam presentes no território ou em suas fronteiras (alínea "f", inciso II do art. 30) e concede naturalização provisória àqueles que passaram a residir no país antes dos dez anos de idade, naturalização essa que poderá ser transformada em definitiva quando alcançada maior idade (art. 70 caput e parágrafo único).

A naturalização provisória para crianças da lei brasileira tem paralelos com o estadunidense Deferred Action for Childhood Arrivals – DACA, já que ambos há uma maior proteção dos imigrantes e uma maior contenção do poder estatal de determinar sua população. Ainda, enquanto a primeira é mais restritiva no critério de idade quando do ingresso no território, na brasileira menos de dez anos e na norte-americana menos de dezesseis anos, a nova lei de imigração concede cidadania a esses imigrantes, ai incluída as prerrogativas da filiação política, enquanto que o DACA é uma precária autorização de residência.

Nessas vias é possível apontar para um posicionamento jurídico de maior proteção e igualdade do trabalhador imigrante em que sua condição migratória é irrelevante para a intitulação e exercício de direitos e também no qual o poder imigracional do Estado não alcança essas relações de emprego e nem mesmo afeta a condição de segurado de previdência social desses indivíduos.

4. Considerações finais

Como visto, o entendimento convencional da doutrina e da jurisprudência, de que o poder do Estado brasileiro de controle das fronteiras e da composição da população pode excluir os imigrantes do direito humano ao trabalho e anular seus contratos de emprego, se vê dissonante com os direitos humanos consagrados e com a nova lei de migração. A não autorização da presença no território ou não autorização do desempenho de atividade remunerada são irregularidades administrativas cuja correção é encorajada e eventual retirada compulsória do território não afeta os negócios e os direitos obtidos enquanto sob a jurisdição brasileira. Assim, é arguível que não pode afetar o contrato de emprego e suas consequências, inclusive o direito ao seguro social, a irregularidade imigracional. Nessa linha, é possível concluir que os contratos de emprego em qual figurem imigrante não documentados não podem ser anulados, nem mesmo podem ter seus efeitos restringidos, inclusive os efeitos diante do seguro social.

5. Referência Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 31 out 2017.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 31 out 2017.

_____. Lei nº 10.496, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 31 out 2017.

_____. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 31 out 2017.

CARENS, Joseph. The Ethics of Immigration. New York. Oxford University Press, 2013.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 5.ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MEZZAROBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa do direito. 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro. 1.ed. São Paulo : Ltr, 2011.

UNITED STATES DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY. Memorandum on Rescission Of Deferred Action For Childhood Arrivals (DACA). Disponível em <https://www.dhs.gov/news/2017/09/05/memorandum-rescission-daca>. Acesso em 31 de out de 2017.