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

SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM GLOBAL E SUAS INTERFACES COM TRABALHO, EMPRESAS E MIGRAÇÕES

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

SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM GLOBAL E SUAS INTERFACES COM TRABALHO, EMPRESAS E MIGRAÇÕES

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 DIREITO HUMANO AO TRABALHO E AO SEGURO SOCIAL DO IMIGRANTE IRREGULAR NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

THE HUMAN RIGHTS TO LABOUR AND SOCIAL SECURITY OF THE IRREGULAR IMMIGRANT TO THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE NEW MIGRATION LAW

André Filipe de Moura Ferro
Yuri Schneider

Resumo

Diante do direito das comunidades de soberania tanto sobre território quanto sua composição, levanta-se a questão se a condição de imigrante irregular é determinante para a alocação de direitos humanos. O artigo é apoiado em pesquisa bibliográfica e investigou a teoria jusfilosófica de Michael Walzer, a jurisprudência internacional e a nova lei de migração. Os resultados da pesquisa indicam uma separação de esferas entre o poder imigracional e a detenção de direitos humanos. A conclusão é que a condição de imigrante irregular é irrelevante na alocação dos direitos humanos, inclusive ao trabalho e ao seguro social.

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

Abstract/Resumen/Résumé

Taking as given the communities right to sovereignty over the territory and its composition, comes to question if the irregular immigrant condition is determinative to the entitlement of human rights. This article was accomplished with the support of bibliographic and investigates Michael Walzer jusophilosophical theory, the internacional jurisprudence and the new immigration law. The results point out to a separation of the spheres between immigration power and the entitlement of human rights. The article concludes that is irrelevant to the distribution of human rights, including labour and social security rights, the condition of being an unauthorized immigrant.

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

1. Introdução

O presente artigo tem por tema os direitos sociais ao trabalho e ao seguro social. O recorte será a titularidade de direitos trabalhistas e previdenciários do imigrante não documentado a partir da teoria de Justiça Distributiva de Michael Walzer e dos estudos sobre cidadania de Linda Bosniak. Com esse aporte é possível encontrar fundamentos não metafísicos para limitar o poder das democracias liberais de submeter não cidadãos sob sua jurisdição a diminuições ou exclusões de direitos pertencentes a esferas distintas daquela do poder migratório dos Estados.

O trabalho iniciará com as formulações filosóficas e políticas de Michael Walzer sobre Justiça Distributiva, Esferas Distributivas e Igualdade Complexa. Em seguida, se debruçará sobre as contribuições de Linda Bosniak de aprofundamento dessas teorias no tema do imigrante não documentado. Sobre essas bases, serão analisados o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos direitos trabalhistas e previdenciários de imigrantes não documentados e também o contexto brasileiro diante da nova lei de migração.

2. Os limites do poder migracional a partir de Michael Walzer.

Em seu livro Esferas da Justiça, Michael Walzer entende as sociedades humanas como distribuidoras de direitos, obrigações e objetos, o que classifica globalmente como bens. É essa distribuição que fundamenta as relações humanas conforme os conceitos compartilhados sobre os bens e sobre suas serventias (WALZER, 2003).

Nessa teoria, o autor elabora seis proposições. A primeira é que todos os bens são elementos sociais, criados socialmente e seus significados não são universais, mas sim variam entre as sociedades. O seguinte, que os bens são determinantes para a identidade das pessoas, sendo impossível uma posição original anterior à distribuição, tendo em vista que "não seriam seres homens e mulheres em sentido reconhecível, e não teriam a menor noção de como proceder para dar, distribuir e trocar bens" (Id, Ibid). Também não há uma lista de bens elementares aplicáveis universalmente, considerando que os significados compartilhados são particulares a cada sociedade. Ainda, que a distribuição dos bens se passa conforme seus significados sociais e não conforme sua substância inerente (Id, Ibid). A penúltima preposição é que as distribuições, e suas caracterizações como justas ou injustas estão situadas no tempo, variando conforme esse tempo passa. Por último que os diferentes conjuntos de bens, agrupados em esferas conforme os seus significados sociais, possuem critérios próprios de distribuição e uma autonomia relativa quanto às demais esferas (Id, Ibid).

Walzer elabora pressupostos em evidente oposição a Rawls, rejeitando a possibilidade e a validade de princípios distributivos universais e atemporais extraídos de uma

posição original, a última entendida como uma situação hipotética e pretérita à sociedade de decisão do contrato social (RAWLS, 2008).

Bosniak leciona que na teoria comunitarista de Walzer o justo não é declarado, descoberto, nem mesmo revelado metafisicamente, tampouco há Justiça absoluta ou universal. Cada comunidade particular tem seus próprios significados compartilhados do que é Justiça e cada esfera distributiva tem suas próprias definições do que é justo. Ainda, que a posição de um indivíduo e os bens possuídos (ou a falta deles) em uma esfera não pode definir suas condições em uma outra esfera, conforme o princípio de Walzer da igualdade complexa (BOSNIAK, 2008).

Dentro dessa teoria, Walzer afirma que a comunidade e o territórios são os mais importantes bens a serem distribuídos e são as pessoas que a compõem que decidem internamente sobre afiliação de novos membros, tendo com os estrangeiros exclusivamente uma obrigação de auxílio, limitada pela auto preservação (WALZER, 2003).

Prossegue o autor a afirmar que as comunidades são soberanas para determinarem sua própria população e se fecharem aos estrangeiros para proteger a individualidade da cultura, sua política e liberdade e o bem estar social de seus membros (Id, Ibid).

Benhabib contesta a ideia de cultura unitária ou homogênea ou a exigência aos imigrantes de integração cultural. Para a Autora, as democracias liberais são plurais e compostas de diferentes culturas e tradições, que são, ao tempo todo, contestadas e reinterpretadas. Os imigrantes, leciona Benhabib, enriquecem essa diversidade democrática, ao invés de ameaçá-la (BENHABIB, 2004). Em seu entendimento, é possível exigir do imigrante exclusivamente a integração e a fidelidade à cultura política das democracias liberais de direitos humanos e do cidadão e de tradições e práticas constitucionais e democráticas (Id, Ibid).

Walzer afirma que o estrangeiro não tem o direito de imigrar, tendo em vista que a admissão de membros compõe uma esfera política dirigida pelos direitos da comunidade receptora de autodeterminação e autodefinição conforme sua próprias razões (Id, Ibid).

Uma diferente esfera distributiva, com seus próprios critérios e acordos, é a que trata dos estrangeiros presentes no território. Para esses indivíduos, se ainda não intitulados como membros plenos ou cidadãos da sociedade, devem evoluir para isso (Id, Ibid).

Aqueles que estão inseridos na sociedade, mas são impedidos de alcançar o reconhecimento como membros dela, estariam submetidos a uma tirania. Assim, Walzer afirma que os membros da comunidade devem recepcionar os imigrantes como “iguais num mundo de obrigações compartilhadas” (Id, Ibid. p. 68).

Um dos casos estudados por Walzer é o dos trabalhadores convidados nos países europeus até o início da década de oitenta do século passado. Esses imigrantes realizavam os trabalhos indesejados pelos nacionais e recebiam vistos apenas temporários, entretanto era comum que esses imigrantes se estabelecessem no país em definitivo (Id, Ibid).

Ainda, os trabalhadores convidados não tinham direitos políticos e temiam exercer outros direitos pelo risco de perderem empregos ou serem deportados. Além de tudo isso, os países europeus não permitiam aos trabalhadores temporários que se naturalizassem (id, Ibid).

Em sua teoria, o processo de autodeterminação de uma democracia liberal passa pela participação igual de todos que são sujeitos de sua soberania. Nessa linha, os imigrantes que vivem e trabalham dentro de uma comunidade não são mais estranhos e não podem ser tratados dessa forma, conforme os compromissos morais fundamentais de uma comunidade liberal e democrática (id, Ibid).

Para Walzer, a recusa em fornecer direitos civis aos imigrantes estrangeiros e a ameaça perene de deportação geram a dominação e a subordinação dos imigrantes por "cidadãos-tiranos" (Id, Ibid, p. 76).

Essa tirania seria, dentro dessa teoria distributiva, a aplicação do poder de controle das fronteiras da sociedade, governado pelos princípios de autodeterminação e auxílio mútuo, em uma diferença esfera distributiva, a da sociedade civil, regida pelo universalismo e pela Justiça Política. Nas palavras do autor, seria uma tirania "sobre pessoas que parecem cidadãos em todos os aspectos importantes para o país anfitrião, mas são, não obstantes, excluídos da cidadania" Id. Ibid, p. 78).

O referido princípio da Justiça Política impõe que todos submetidos à soberania devem ter direito à opinião igualitária e a participarem do processos políticos de autodeterminação e de autolegislação (Id, Ibid.).

Nessa linha, Walzer afirma que todo estrangeiro residente deve ser um cidadão ou um cidadão em potencial, lhe garantido o poder de evoluir até a condição de membro pleno. Durante esse período de evolução, apenas os direitos políticos poderiam ser restringidos ao imigrante. Em contrário seria extrapolar os critérios e princípios da esfera distributiva da jurisdição do território (Id, Ibid.).

Explica Bosniak que uma restrição temporária de direitos aos estrangeiros presentes no território em razão de sua condição de imigrante expressa uma autonomia relativa das esferas, sendo que a condição de não-cidadão, definida pela esfera da fronteiras da sociedade, também é relevante em seu interior, mas deve ter relevância limitada (BOSNIAK, 2008).

Em vista disso, o poder governamental de controle da imigração também se dirige para o interior das fronteiras, permitindo deportações e impondo regras para naturalização. A questão para Bosniak é, portanto, até que extensão o direito das sociedades de controlar as fronteiras pode penetrar a esfera em qual se dão as relações sociais das pessoas presentes no território e determinar a distribuição de direitos e obrigações àqueles não intitulados membros (Id, Ibid).

Como resposta, a Autora organiza dois modelos, um tendente ao liberalismo e outro estritamente comunitarista, mas em qual ambos os modelos entendem como legítima a autoridade da comunidade em admitir e excluir estrangeiros conforme seus próprios ditames (Id, Ibid.).

O modelo de separação, focado nos direitos individuais e em limitar o poder repressivo do Estado, busca expandir a autonomia relativa entre a esfera excludente do poder de imigração e a esfera universalista e igualitária do interior da sociedade, com vistas a ser pouco relevante ou até mesmo irrelevante à vida no interior da sociedade a condição de não-membro. Sobre o modelo cabe citar:

> alianage is not a morally relevant status for purposes of determining the civil, social, and economic rights of individuals who reside within the membership community – or, in the case of undocumented aliens, its moral relevance is minimal at best (Id, Ibid, p. 76).

Já o modelo de convergência defende que a filiação comunitária é determinante para ditar a natureza das relações sociais e legais tanto nas molduras da sociedade quanto para dentro dela, fazendo parte do poder do Estado de jurisdição do território e de determinar sua população a inflição de impedimentos nas relações sociais aos não nacionais sob sua soberania (Id, Ibid).

Nos dois modelos a cidadania das democracias liberais é dura por fora e mole por dentro. Isso é, na moldura a sociedade se fecha, impera a exclusividade daqueles que já são membros e a cidadania é racionada para aqueles candidatos a ingressar. Na sociedade civil, entendida pela como espaço de associação e sociabilidade no qual as pessoas se relacionam sem imposições estatais, a cidadania é universal e regida pela igualdade (Id, Ibid). Boniak explica:

> citizenship's nationalist commitments are relevant at the borders, facing outward, and that citizenship's universalist commitments are relevant within the community, facing in. It is presumed, in other words, that citizenship is hard on the outside and

> soft on the inside: whereas citizenship embodies a universalist ethic within the community, it is exclusionary at the community's edges.(Id, Ibid. p. 99)

A partir disso, Bosniak analisa casos históricos da jurisprudência norte-americana que tensionam pela separação das esferas e, consequentemente, frustrando as pretensões de converter a falta de cidadania na exclusão de direitos.

O caso Yamataya v. Fisher, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1903, entendeu que os imigrantes, mesmo que não documentados, têm direito ao devido processo legal nos processos de deportação. Em Yick Wo v. Hopkins de 1886 o tribunal definiu que os direitos de previstos na décima quarta emenda constitucional à vida, liberdade, propriedade, devido processo legal e de igual proteção das leis também são dirigidos aos estrangeiros presentes no território (Id, Ibid.).

Já no processo Wong Wing v. United States de 1896 se firmou que as pessoas que ingressaram no território sem o consentimento do Estado são titulares do direito constitucional de não serem submetidos a punições cruéis e incomuns. Para a corte, a pretensão de prender e submeter ao trabalho forçado imigrantes indesejados sem o julgamento por um juri ultrapassava a esfera de pleno poder de regulamentação da imigração e adentrava a esfera criminal, essa fortemente restringida pela constituição (Id, Ibid.).

Em Mendoza v. Monmouth Recycling Corporation de 1996 a Corte Superior de Nova Jersey decidiu que o estrangeiro não documentado tem direito a compensação em razão de acidente de trabalho, inclusive do período em que estava inválido para retornar ao trabalho e das possíveis sequelas que reduziriam sua capacidade laborativa, argumentado que "the effect on the worker of his injury has nothing to do with his citizenship or immigration status" (NOVA JERSEY, 1996).

Ainda, no caso Plyler v. Doe de 1982 a Suprema Corte garantiu o acesso à educação pública para crianças imigrantes não documentadas, consolidando que a violação à política estatal de imigração não afasta a obrigação do Estado em prestar serviços públicos (BOSNIAK, 2008.).

Todavia, nesse último caso o entendimento da Suprema Corte era de que os pais imigrantes não documentados teriam culpa pela ilegalidade do ingresso e estariam sujeitos às consequências jurídicas que vão para além da deportação, como a perda da titularidade de direitos de outras esferas. Já o filho não poderia ser responsabilizado ou punido, tendo em vista sua dependência e subordinação aos pais. Nessa linha, o Ministro da Suprema Corte

William Brennan sintetizou que as concepções fundamentais de Justiça barram que a ilicitude da conduta dos adultos se convertam em consequências negativas aos filhos (Id, Ibid.).

Em vista disso, o tribunal decidiu que o status de não-cidadão que contornou ou violou a política de admissão e, portanto, não teve o consentimento estatal para sua presença no território, pode superar a esfera de poder do Estado de controlar suas fronteiras e infiltrar as esferas de direitos para dentro da sociedade civil, desde que a condição de imigrante não autorizado tenha sido adquirida por ato proposital (Id, Ibid.).

Bosniak pondera essa compreensão do imigrante culpado ou faltoso, questionando até que ponto se poderia atribuir ao estrangeiro culpa pelo ingresso não autorizado. Para ela, a ineficiência do exercício do poder do Estado em barrar que imigrantes considerados não desejados em ingressar e trabalhar criou uma população fantasma de milhões, diminuída à condição de casta baixa que não tem acesso aos direitos dos cidadãos mas é tolerada, ou até mesmo encorajada, a ficar como mão de obra barata. Conclui que a inaptidão ou a má-fé no exercício do poder de controle das fronteiras impediria que essa condição de migrante não autorizado afetasse a esfera de direitos do indivíduo dentro da sociedade (Id, Ibid.).

Apontando no sentido da separação das esferas, Bosniak afirma que, nas democracias liberais, os estrangeiros são intitulados de direitos em razão de sua presença no território e sua condição de pessoa humana. Entre esses direitos estão o devido processo legal tanto em processos criminais quanto em processos de expulsão ou exclusão do território, além dos direitos de livre expressão, associação, liberdade religiosa, educação, de proteção nas relações laborais e de certos benefícios sociais (Id, Ibid.).

Argumenta a autora que, independente das democracias liberais serem comunidades fechadas e exclusivas de membros, aqueles presentes no territórios, mesmo que não-cidadãos, portanto desprovidos da condição de afiliação plena, desfrutam de certas cidadanias. Cidadania, como referenciado, não é conceito monolítico ou estático.

Para Benhabib cidadania é desagregada em três frentes, identidade coletiva, prerrogativas da afiliação política e direitos e intitulações sociais (BENHABIB, 2004). Para Bosniak cidadania é um conceito dividido, de diferentes discursos que são majoritariamente sobrepostos, mas nem sempre coextensivos. Essa seria uma concepção flexível e que permitiria novos significados, inclusive significados emancipatórios pela sua normativa universalista, superando, ao menos parcialmente, concepções de fechamento e exclusividade (BOSNIAK, 2008.).

Na concepção ateniense, cidadania corresponderia ao autogoverno, ao processo de comandar e ser comandado. Já para a romana a cidadania se traduziria em um título que

garantiria direitos de proteção contra o poder governamental. No entendimento contemporâneo e republicano, se traduziria, por um lado, no processo de autogoverno democrático, na democracia deliberativa e no engajamento na vida política da comunidade. Já pelo outro a cidadania seria a identidade e a solidariedade com os demais membros (id, Ibid).

Nessa linha, cidadania seria entendida majoritariamente como uma condição desejável de pertencimento, de inclusão e de não subordinação, como também a satisfação de aspirações tanto democráticas quanto de igualdade (id, Ibid).

Como endereçamento de direitos no interior da sociedade, cidadania também tomaria significados econômicos e sociais, tratando do direito ao trabalho digno, de participação nos resultados financeiros da sociedade e a sistemas de bem estar social mais satisfatórios (id, Ibid).

Para Fraser, a face social desse conceito tem em si a ideia de distribuição de provisões sociais. Essas provisões seriam de assistência, para garantir a plena condição de membro e o igual respeito, ai incluindo uma módica segurança econômica, como também seriam provisões de instituições e serviços, entre eles de seguro social universal e saúde pública (FRASER, 1996).

Bosniak afirma que o risco de deportação estrutura a vida dos imigrantes não documentados e os submetem a alta vulnerabilidade, inclusive de intensa exploração. Nesses casos, a autora apontou que o Estado volta todas as suas atenções à ilegalidade do ingresso e permanência do estrangeiro, ao invés de atentar àqueles que se aproveitam desses imigrantes, em especial seus empregadores (Id, Ibid.).

Em vista disso, o pleno poder do Estado sobre o fluxo migratório e sobre a composição de sua comunidade impõe ao imigrante não documentado que o gozo dos direitos, inclusive dos direitos de proteção nas relações trabalho, dos quais é titular independente da sua condição de imigrante, só é possível se escondido ou em desafio à autoridade do Estado (Id, Ibid.).

Conclui a Autora que os estrangeiros vivem entre dois mundos em interferência, um excludente e o outro universalista. A inclusão total no interior da comunidade, mesmo não sendo possível em sua completude, serviria como um ideal normativo no debate da cidadania em uma perspectiva liberal, no qual se coloca em discussão o alcance das responsabilidades e do pertencimento (Id, Ibid.).

Bosniak reconhece que, enquanto houver fronteiras e o controle do Estado sobre o ingresso de pessoas e sobre a composição da comunidade, haverá a imposição do status de estrangeiro a parte da população (Id, Ibid.). Nesse ambiente, a esfera da cidadania de

universalidade e a esfera da cidadania de exclusividade dos membros conflitam e ocupam o mesmo espaço.

Assim, a separação completas dessas esferas não seria possível, mas poderiam ser minimizados os efeitos negativos da face dura da cidadania sobre os não-membros, garantindo outras vertentes da cidadania, inclusive a social e a econômica, àqueles que não possuem a cidadania como status formal (id, Ibid, p. 140).

3. Os direitos do trabalhador não documentado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Entre as elaborações de organismos internacionais de direitos humanos sobre o tema do trabalhador imigrante não documento se destaca o parecer consultivo n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

Acionada pelo Estado Mexicano, a corte foi questionada se o poder político do Estado de controlar as fronteiras e sua composição populacional pode suplantar direitos daqueles excluídos da condição de membro e cuja presença no território é indesejada (Id, Ibid.). Assim, foram formuladas questões sobre tratamento dos trabalhadores imigrantes não documentados, em especial a aplicabilidade de direitos trabalhistas, e sua compatibilidade principalmente com os princípios de igualdade e não discriminação (Id, Ibid.).

São citadas como disposições de tratados internacionais de Direitos Humanos mais relevantes ao tema os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos[1]; o artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem[2];os artigos 1.1, 2 e 24 da Convenção Americana[3]; os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos

[1]Artigo 3. Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; Artigo 17. Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal.

[2]Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, sexo, língua, crença, ou qualquer outra.

[3]Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a 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. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Humanos[4] e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[5] (Id, Ibid.).

Entre as diversas contribuições, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos defende que os Estados têm o direito de racionar a cidadania e decidirem, por suas próprias razões, quanto ao ingresso de estrangeiros. Ainda, a Comissão entende ser legítimo aos Estados distribuírem certos direitos exclusivamente aos seus cidadãos, ou ainda aos imigrantes cuja presença é consentida. Entretanto, a Comissão advoga que o status migracional é irrelevante para a garantia aos presentes no território dos direitos humanos previstos nas normas internacionais, inclusive dos direitos trabalhistas (Id, Ibid.).

Analisando o caso com as múltiplas contribuições de organismos e Estados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o princípio da não discriminação autoriza exclusivamente diferenciações objetivas, razoáveis e não degradantes aos direitos humanos, devendo também, para que sejam válidas, estarem em sincronia com o princípio da melhor proteção da pessoa humana (Id, Ibid, 99).

Afirmou ainda que "a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o status migratório das pessoas" (CIDH, 2003) como também que "a mencionada obrigação alcança a totalidade dos direitos previstos na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos" (Id, Ibid, p. 104).

Reconhecendo a vulnerabilidade do imigrante não documentado, a Corte é enfática ao afirmar que os direitos trabalhistas, que também englobam os direitos de assistência social e de indenização (Id. Ibid. p. 114), são inalienáveis e dirigidos a todos. Do parecer se lê:

[4]Artigo I. Todos os seres humanos 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. Artigo II. 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[5]Artigo 2. 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. Artigo 5. 2. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

> Toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, consequentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulamentado no âmbito nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, isto é, regulamenta os direitos e obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer outra consideração de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingressa a um Estado e estabelece relações trabalhistas, adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego, independentemente de sua situação migratória, visto que o respeito e garantia do desfrute e exercício destes direitos devem se realizar sem nenhuma discriminação.
> Deste modo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista. (Id, Ibid, p. 110)

As conclusões da Corte se encaixam na vertente de separação das esferas, conforme o modelo de Walzer e Bosniak. Assim, é reconhecido um direito de soberania dos Estados de determinarem a filiação e regrarem o ingresso dos não membros, mas também é reconhecido que esse poder sobre a imigração deve se limitar à esfera distributiva das bordas da comunidade. A esfera do interior da comunidade, a sociedade civil, é governada pelos seus próprios princípios de igualdade e justiça política e possui autonomia relativa às demais esferas (BOSNIAK, 2006).

Nessa linha, é o entendimento expresso no parecer que a condição imigracional, atribuída na esfera dura da cidadania, não pode se converter inadvertidamente em exclusão e limitação de direitos humanos, devendo ser garantidos a todos sob a jurisdição do Estado os direitos elencados nas convenções e tratados internacionais, inclusive os direitos de proteção nas relações de trabalho.

Como visto, os princípios de igualdade e não-discriminação presentes nas convenções e tratados de direitos humanos previnem que as pretensões políticas de clausura das comunidades ultrapassem a sua devida esfera e tolham os direitos elencados nessas normas internacionais de direitos humanos, porque se constituem em um piso mínimo de direitos que devem ser dirigidos a todos presentes no território, independente da filiação à comunidade ou da autorização da presença.

Seguindo um modelo de separação das esferas, no qual o poder do Estado de controle sobre as fronteiras e sobre a composição de sua população não pode se infiltrar ao interior da sociedade para excluir e limitar direitos humanos, é possível afirmar que os trabalhadores imigrantes não documentados têm o direito de receber a contraprestação pelo seu trabalho e o

direito de participar dos sistemas de seguridade e previdência social como segurados e beneficiários, sendo suficiente para tanto a condição de pessoas humanas.

4. A lei de migração no campo trabalhista e previdenciário do empregado não documentado

A Lei de Imigração 13.445/2017 trouxe importantes inovações que vão no sentido de compatibilização da política e do poder migracional brasileiro com as normas internacionais de direitos humanos, em especial as normas que prescrevem a necessária igualdade e não discriminação. O novo estatuto enumera como princípios a prevalência dos direitos humanos, o repúdio a quaisquer formas de discriminação, a igualdade de tratamento e de oportunidade com os nacionais e o livre acesso ao trabalho e à seguridade social (incisos I, II, IX, X, XI do art. 3º).

No conceito de cidadania desagregada de Benhabib, apesar do imigrante não ser cidadão no sentido de identidade coletiva ou de prerrogativas da filiação política, ele seria, só a jurisdição brasileira, cidadão na concepção de intitulamentos, benefícios e obrigações sociais (BENHABIB, 2004). Seria ainda uma cidadania social alcançada por provisões governamentais que garantam um bem estar material básico, como também uma cidadania econômica que consiste no direito ao trabalho decente, à participação nos resultados financeiros da sociedade e de cobertura por sistemas de seguro social que sejam mais abrangentes e significativos (BOSNIAK, 2008).

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. Para tanto, é concedido prazo renovável ao imigrante para corrigir sua situação migratória, que inclusive poderá 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).

A lei 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).

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 para que ele possa permanecer no país.

Pode se dizer assim que há uma tendência de maior separação e de maior autonomia relativa entre a esfera distributiva das margens da sociedade, que seria a a face dura e de clausura da cidadania na qual atua o poder migracional, e a esfera da sociedade civil, em que a cidadania é universalista, igualitária e guiada pela justiça política (BOSNIAK, 2008).

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.

Por essas razões, 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. Como analisado no caso Plyler v. Doe, aos menores não pode ser imputada culpa pela ilegalidade da entrada no país ou aplicada sanções em razão de sua condição migratória tendo em vista a involuntariedade e a subordinação aos pais quando da obtenção da condição migratória irregular (BOSNIAK, 2006).

A lei de migração aponta no mesmo sentido, ao consagrar como princípios da política migratória a integral proteção e prioridade das crianças e adolescentes (inciso XVII do art. 3º), ao permitir 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 ao conceder 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).

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.

5. Considerações finais

A pesquisa almejou visitar as teorias filosóficas e políticas de Justiça Distributiva e de Igualdade Complexa de Michael Walzer, com as contribuições e aprofundamentos de Linda Bosniak ao estudo dos direitos humanos de imigração. Com base nessas contribuições foi possível examinar o Parecer Consultivo OC-18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e elaborar sobre a titularidade de direitos de trabalhadores imigrantes não documentados.

Como visto, os autores afirmam que mesmo reconhecido o direito das democracias liberais de se fecharem aos que não são seus membros, deve ser conferido aos estrangeiros presentes no território o direito de também alcançarem cidadanias, podendo nessa empreitada ser limitados apenas direitos políticos. Caso contrário essas pessoas estariam submetidas a um tirânico sistema de castas sociais, inaceitável à Justiça Política, princípio balizador da sociedade civil.

No modelo de Bosniak, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou uma linha de separação de esferas, afirmando que a condição de imigrante não documentado é irrelevante para a distribuição de direitos trabalhistas e previdenciários e que a política de imigração dos Estados não pode desprover dos direitos humanos aqueles entendidos por essa política como indesejados. Entre esses direitos inafastáveis estão inclusive aqueles estabelecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de proteção nas relações de trabalho e de seguro social.

Diante disso, é possível inferir que os trabalhadores imigrantes não documentados também têm direito à contraprestação pelo seu labor à proteção nas relações de trabalho, como também de participarem como segurados e filiados dos sistemas de seguridade social, em atenção aos princípios de igualdade e não discriminação e a necessária separação das esferas distributivas.

6. Referência Bibliográficas

BENHABIB, Seyla. The Right of Others. 1ª ed. - Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BOSNIAK, Linda. The Citizen and the Alien, Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. Citizenship Denationalized in Indiana Journal of Global Legal Studies 7.2, p. p. 447-510, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo OC-18/03. Assinado em 17 de setembro de 2003. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.doc> Acesso em 31 out 2017.

FRASER, Nancy. Civil Citizenship against Social Citizenship?. In: Steenbergen, Bart Van. The Conditiion of Citizenship. 1ª ed. - Londres : Sage Publications, 1994.

NOVA JERSEY. Luis Castro Mendoza v. Monmouth Recycling Corporation. Julgado em 07 de março de 1996. Disponível em <https://njlaw.rutgers.edu/collections/courts/appellate/a3188-94.opn.html>. Acesso em 31 out 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assinada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 31 out 2017.

____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assinado em 16 December 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 31 out 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta de Organização dos Estados Americanos. Assinada em 30 de abril de 1948. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza %C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 31 out 2017.

____. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Assinada em abril de 1948. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em 04 set 2017.

____. Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada em 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 31 out 2017.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2008.

UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. GENERAL COMMENT NO. 19 The right to social security (art. 9). Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E %2fC.12%2fGC%2f19>. Acesso em 31 out 2017.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça. 1ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 2003.