

5

FRATERNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL: IMIGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 88 E NA CONVENÇÃO 143 DA OIT

(FRATERNITY AND SOCIAL JUSTICE: IMMIGRATION
IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND
IN THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION
CONVENTION N. 143)

Luciane Cardoso Barzotto¹

Renata Duval Martins²

Carolina Simões Correia³

Quando te vimos forasteiro, e te acolhemos? (Mateus, 25:38-39)

RESUMO

Migrar é um direito forjado por necessidades. O migrante se encontra em posição de vulnerabilidade diante do Estado “destino” e dos habitantes deste. O paradigma fraternal está previsto na Constituição Federal e orienta normas internacionais concernentes à situação do

¹ Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região. Professora Adjunta da UFRGS – graduação e Professora do PPGD-UFRGS. Doutora em Direito pela UFPR.

² Assistente em Administração na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestre em Direito pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

³ Assistente de Juiz do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.

migrante, como a Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho. A implementação destas normas torna possível uma comunidade fraternal pautada no dever da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Migrante. Fraternidade. Constituição Federal. Justiça Social. Convenção nº 143 da OIT.

ABSTRACT

Migrating is a right and often a necessity. The migrant is in a position of vulnerability vis-a-vis the receiving State and its inhabitants. The fraternity is established in the Federal Constitution, and serves as a basis for the creation of international standards concerning the situation of the migrant, such as Convention No. 143 of the International Labor Organization. Implementing this rules, will be possible to create a fraternal community based on the duty of social justice.

KEYWORDS: Migrant. Fraternity. Federal Constitution. Social justice. ILO Convention No. 143.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Fraternidade, Direito e Imigração; 2.1 A Constituição de 1988 e o paradigma fraternal para com os imigrantes; 2.2 A força normativa do preâmbulo constitucional e a aplicação jurisprudencial do conceito de fraternidade; 3 Justiça social e imigração; 3.1 Justiça social e constituição; 4 A convenção nº 143 da OIT e o paradigma da fraternidade; 5 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos elementos mais evidentes da globalização é o crescente deslocamento de pessoas e grupos humanos, entre países e continentes. Se todos os países democráticos reconhecem um direito a emigrar, nem todos os países são solícitos quando se trata de abrir suas fronteiras à imigração, ou de um modo mais preciso, ao trabalhador imigrante, pois a motivação econômica é hoje a principal causa da imigração.

O Brasil conta com uma base constitucional que lhe dá clareza sobre a linha geral das políticas públicas e da legislação em relação aos imigrantes. A constituição de 1988 propõe, de fato, a construção de uma sociedade fraterna (Preâmbulo) e de uma ordem socioeconômica

fundada sobre a justiça social (arts. 170 e 193). Tanto o conceito de fraternidade, que aponta à relação de reciprocidade que vincula os seres humanos entre si, como o conceito de justiça social, que aponta para aquilo que é devido ao ser humano como tal, são conceitos que impõem todo tipo de nacionalismo, fechamento de fronteiras e xenofobia, fatores que tem levado a uma crescente desglobalização, que em 2016 teve dois marcos históricos: o Brexit e a eleição de Donald Trump nos EUA.

Ao contrário dos fenômenos indicados, nossa decisão política fundamental, fundadora de nossa identidade jurídico-política, vai em direção contrária, na direção do acolhimento do outro, em uma atitude orientada pela fraternidade e pela justiça social. Seguem-se, no plano internacional, em grandes linhas, os traços da Convenção 143 da OIT, a qual exige uma atenção mais efetiva aos direitos dos imigrantes.

2. FRATERNIDADE, DIREITO E IMIGRAÇÃO

O princípio da fraternidade, mais que um princípio de direito, é um princípio ético, motor de deveres recíprocos, uma predisposição de ânimo que permite que o ser humano seja capaz de olhar qualquer outra pessoa com simpatia, porque visualiza em cada homem ou mulher origem e destino comuns. Visualiza-se no outro, “um outro eu”⁴, por meio de evidências racionais ou ainda que de forma intuitiva ou emocional, independentemente de qualquer crença ou cultura.

Esta visão do “outro” como “eu” dá suporte ético a uma superação da visão hegemônica e individualista dos direitos humanos⁵ e conecta os grupos e pessoas humanas à experiência das relações fraternais. Neste ponto, os vínculos de fraternidade implementam os direitos e a carga histórica da consolidação dos direitos humanos é suportada não apenas sobre os ombros do Estado. Deveres e direitos, desse modo, são assumidos para além das prescrições legais, uma vez

⁴ LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009, p. 122.

⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 1806-1823, 2016.

que movimentos sociais e indivíduos se tornam promotores e atores dos direitos humanos.

A orientação ética que decorre da fraternidade retira toda e qualquer pessoa humana de uma posição exclusiva de luta pelos seus direitos, simplesmente porque na avaliação dos bens da vida a serem resguardados, colocará em primeiro lugar a preservação do liame que o vincula à pessoa com quem se relaciona, à custa de sacrificar um direito pelo qual lhe parece legítima a luta. Sob este chão, sente-se a busca pelo bem do outro como um dever, a acolhida ao imigrante o diálogo que o permite manifestar sua cultura, um imperativo interno mais forte que o reclame constitucional (e aquele contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem) ao dever de tratar a todos com espírito de fraternidade.

Portanto, num lugar e momento de choque cultural seria possível um diálogo com bases em valores comuns a serem debatidos e pesados tendo como “fiel da balança”, o princípio da fraternidade que não funcionaria tanto como norma de garantia de direitos, mas como cola que preserva e recompõe os vínculos sociais. Nesta dinâmica, certamente haverá direitos sacrificados de lado a lado, imigrantes e nacionais haverão que suportar fortes perdas e também ganhos recíprocos. Isso tudo corresponde a uma razoabilidade prática, o *ethos* fraternal. Esta racionalidade fraternal é uma decisão que não é isenta de conflitos, mas é essencial para a construção de um espaço comum, ou seja, se na elaboração de uma metodologia de justiça, quisermos adotar um termo capaz de orientar as condutas humanas, não somente à paz, mas retirar o maior fruto do desenvolvimento humano, deveríamos falar de fraternidade como base de uma razoabilidade prática lugar onde os demais valores encontram plena manifestação. Ao encontro de valores, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deu espaço.

2.1 A Constituição de 1988 e o paradigma fraternal para com os imigrantes

A Constituição de 1988 instaura um novo paradigma, que podemos denominar “fraternal”. A referência à fraternidade está, de fato, presente no Preâmbulo Constitucional, como se transcreve:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos *de uma sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Do ponto de vista teórico constitucional, adota-se a tese da relevância jurídica específica do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Portanto, a categoria jurídica da fraternidade é princípio fundante da ordem constitucional brasileira e é reconhecido na doutrina e jurisprudência pátrias.

A partir do princípio da fraternidade formulado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, a política de tratamento dos imigrantes deveria ser vista a partir da óptica fraternal, a qual dá suporte ético aos demais fundamentos da ordem republicana.

Durante muito tempo, no Brasil, o trabalho do estrangeiro foi regido pelo Estatuto do Estrangeiro, a Lei n. 6.815/80, regulamentada pelo Decreto n. 86.715/81, a qual impunha diversas restrições ao imigrante no Brasil. Entretanto, esta lei foi revogada, considerando-se que o Presidente Michel Temer sancionou, com vetos, a Lei de Migração – nº 13.445/2017. Esta avança na proteção dos direitos humanos do imigrante, dando ênfase à condição de igualdade com os nacionais e assegurando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade e ao acesso aos serviços públicos de saúde e educação, bem como registro da documentação que permite ingresso ao mercado de trabalho e direito à previdência social.

Com estas alterações legislativas, o Brasil avança no paradigma fraternal, compromisso do Preâmbulo Constitucional, para os que ingressam no país na condição de imigrantes, passando agora a integrar uma sociedade que tem como objetivo constituir comunidade fraterna.

2.2 A força normativa do preâmbulo constitucional e a aplicação jurisprudencial do conceito de fraternidade

A tese da força interpretativa do Preâmbulo da Constituição Federal tem apoio em moderna vertente doutrinária constitucional.

Ao proclamar em seu texto quais são as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte, com vistas à aplicação das normas constitucionais, inscreve um programa de integração e interpretação constitucional.

Como a ideia de sociedade fraterna está expressa no Preâmbulo, importa explicar o significado deste termo em sede constitucional.

Adota-se a tese da sustentabilidade hermenêutica do Preâmbulo constitucional, apoiada na doutrina pátria de José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes⁶. Do ponto de vista da doutrina estrangeira Gomes Canotilho e Jorge Miranda apontam para as possibilidades interpretativas do Preâmbulo constitucional, teses que se aplicam à realidade brasileira.

Em tese de doutorado, Carlos Augusto Alcântara Machado⁷ explicita o compromisso preambular da Carta Magna do Brasil de 1988, com relação ao princípio da fraternidade, colocado, historicamente, em posição secundária quanto aos demais princípios de liberdade e igualdade. Para o autor a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre princípios tradicionalmente assegurados, liberdade e a igualdade.

Nessa linha de abordagem, considerando-se o peso interpretativo do Preâmbulo da Constituição Federal, o desenvolvimento do constitucionalismo possibilitará o reconhecimento da existência da categoria jurídica da fraternidade.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2003.

⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

Para Canotilho⁸, o valor jurídico do Preâmbulo é expresso na sua utilidade como elemento de interpretação e integração, além de funcionar como “título de legitimidade” e unidade constitucional. O valor do Preâmbulo é sublinhado nas palavras de Jorge Miranda⁹:

O Preâmbulo dimana do órgão constituinte tal como disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possuindo a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Não deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade fosse subtraído do seu influxo ou fosse considerado despiciendo para sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja Preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

Como jurisprudência, o tema do valor do Preâmbulo já foi abordado em decisões do STF, tendo como faz referência, a ementa abaixo, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, *a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos* (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma,

⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*, 1991, p. 237.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2010, p. 408.

nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (Grifos nossos)¹⁰

Quanto ao conteúdo específico da ideia de fraternidade constante do Preâmbulo, também surgem diversas decisões nos Tribunais pátrios. Uma expressão do STF sobre o tema fraternal é encontrada no MS nº 26.071, do Ministro Relator Carlos Britto, o qual fundamentou seu voto afirmando que:

[...] Nunca é demais lembrar que o Preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, 'como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos', adotando a tese da relevância jurídica indireta do Preâmbulo constitucional e sua importância para a interpretação e integração da Carta Maior.¹¹

Em decisão no RHC 74.121, o Superior Tribunal de Justiça invoca o princípio da fraternidade, contido no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, na relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

[...] 2. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

3. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8.5.2008, **DJE** de 17.10.2008.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13.11.2007, *DJE* 018 Divulgado: 31.1.2008, Publicado: 1.2.2008.

prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (Preâmbulo e art. 3º) [...]¹²

Em uma exegese coerente do texto constitucional, conforme propõe a jurisprudência acima, “sociedade fraterna” significa tanto para o constituinte e para os juízes que aplicaram o conceito, uma “comunidade de livres e iguais”¹³.

Na esfera trabalhista, propriamente na questão do imigrante, o TST encontra respaldo no Preâmbulo da constituição para invocar a igualdade entre o trabalhador estrangeiro e brasileiro:

[...] 3) VÍNCULO DE EMPREGO – ESTRANGEIRO COM VISTO TEMPORÁRIO. 4) APLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA. 5) SALÁRIO *IN NATURA*. O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, *caput* e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (*Preâmbulo da Constituição*), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor. Da mesma maneira, não prestigia formas de discriminação contra o trabalhador estrangeiro, quer seja com visto permanente ou visto provisório de permanência no Brasil. [...] (Grifos nossos)¹⁴

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17.11.2016, *DJE* 25.11.2016.

¹³ Numa interpretação em conformidade com o paradigma fraternal da Constituição de 88, conforme ordem constitucional, a igualitária fraternal, aponta-se para a inconstitucionalidade de normas que discriminam as pessoas que ingressam em território pátrio para trabalhar. Além disso, exige-se uma necessária reinterpretação da legislação do estrangeiro. Conforme defendemos em trabalho anterior, o artigo 354 da CLT, que trata da nacionalização do trabalho, no ponto que prioriza o trabalho do nacional, com relação ao estrangeiro, garantindo 2/3 das vagas aos brasileiros estaria revogado. Veja-se o comentário à CLT pelos Juízes do Trabalho do TRT da 4ª Região no capítulo da Nacionalização do Trabalho organizado por Rodrigo Trindade de Souza, neste sentido.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26.3.2014, *DEJT* 15.4.2014.

De fato, como menciona a decisão acima, valores adotados no Preâmbulo são bens comuns de uma comunidade política, como a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça. A referência à “harmonia social” entre pessoas que aceitam suas diferenças (pluralismo e ausência de preconceitos), também reforça o caráter comunitário do ideal de sociedade proposto, concretizando a ideia de justiça social.

3. JUSTIÇA SOCIAL E IMIGRAÇÃO

A posição do imigrante é justamente aquela de quem perde tudo porque a ele falta tudo. Inicialmente ele parecerá abdicar de suas raízes culturais para depois, quando já alcançado um certo grau de estabilidade em terra estrangeira, tomar uma forte posição de construção de uma microrrealidade que espelhe sua pátria de origem.

Por outro lado, a chegada de grande número de imigrantes em uma determinada região, tenderá a causar impacto significativo no contexto cultural que o recebe, inevitavelmente haverá reações violentamente contrárias ao movimento migratório e contemporaneamente, reações de solidariedade de quem buscará atender às múltiplas necessidades de quem chega carente de tudo.

Neste contexto conflituoso, mas também carregado de potencialidades de desenvolvimento humano e comunitário emergem movimentos de fechamento e curiosidade recíprocos. Identifica-se também um impulso que pode levar à adição de conhecimento e trocas de valores culturais.

Para a passagem de uma fase inicial de exacerbação de ânimos para uma etapa de crescimento e colaboração multicultural, deve ser lembrado o princípio esquecido o princípio da fraternidade, juntamente entre aqueles que nortearam a formação do Estado de Direito (liberdade e igualdade). Gize-se, a mera invocação de direitos de igualdade, nestes casos, forçosamente desequilibrará a balança dos direitos em direção ao assistencialismo que não é capaz de fomentar diálogo nem crescimento. Também, a simples manutenção e reconhecimento das liberdades individuais não será capaz de fomentar os devidos respeito e valorização a uma cultura diversa que aporta em terra estrangeira.

Se os olhos do cidadão que percebe a chegada de fluxos de migratórios em seu território parece impossível ceder algo de seu e ao imigrante parece extremamente necessário salvar aquela parcela de história e cultura inscrita em seu DNA, funcionará o princípio da fraternidade ponto de partida e horizonte ao qual almejar, na realização plena das riquezas que reciprocamente doadas, potencializam-se para dar origem à novos horizontes de vida, cidadania e cultura para imigrantes e nativos. Frequentemente o migrante é forçado a renunciar ao trabalho ao qual dedicou-se e para o qual se preparou e, tantas vezes, é forçado a aceitar condições sub-humanas de trabalho, no álveo da informalidade não alcançada por qualquer regramento jurídico ou até mesmo no limbo do desemprego.

O crivo da fraternidade poderá acusar com maior acuidade os momentos em que o ordenamento jurídico vem desrespeitado ou ignorado, não somente em seu aspecto positivo, mas também o próprio espírito de um regramento, tal como a Convenção 143 da OIT, cuja aplicação se liga de forma peculiar ao princípio da fraternidade.

Sim, porque o trabalho é o lugar onde a dignidade humana se exprime em obras, na contraprestação por um trabalho bem feito, que deve ser fruto de um ato livre e consciente de bem desenvolver uma atividade para o bem da coletividade e não uma resposta mecânica às necessidades materiais da vida, que representam uma única dimensão do trabalho, mas não a sua motivação fundante. Trata-se de resgatar não somente o respeito pela dignidade de cada pessoa, aí incluído o migrante, mas sobretudo a dignidade intrínseca de qualquer profissão.

De acordo com Luigino Bruni¹⁵, uma antropologia instrumentalista e recompensatória da relação laboral, individualista na sua essência, está fazendo com que a visão hodierna do trabalho se aproxime à servidão antiga, que faz do labor humano uma mercadoria que tem um preço, daí emergindo toda sorte de barganha mediante sanções de controle e recompensas que indignificam a pessoa, que nada faz para um “trabalho bem feito”, vanificando o próprio sentido de sua obra.

Paralelamente, se não atendermos à urgência de mudança de paradigma nas relações sociais, continuaremos e vasculhar os arts. 5º e

¹⁵ BRUNI. Luigino. *Commenti – Il lavoro e le lenti sbagliate*, 2012 [on line].

7º da Constituição Federal, sem encontrar resposta para o inserimento digno dos migrantes no mercado trabalho, pois não damos conta da resposta correta e concreta nem mesmo para com os nativos quando não há vínculo e comprometimento consciente e recíproco entre patrões e empregados.

Em outros termos, a fraternidade no mundo do trabalho do ponto de vista do imigrante e do trabalhador nacional dá a base da justiça social do trabalhador para com a sociedade, e da sociedade para com o trabalhador.

3.1 Justiça social e constituição

Conforme a Constituição Federal de 1988 são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em uma interpretação ampliada do texto constitucional do art. 3º em exegese unitária com o Preâmbulo, a nação que prometemos construir é livre, igual e fraterna.

Aqui a fraternidade, com raízes na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”. De fato, a reciprocidade aponta para atitude de abertura dos membros da sociedade, com aqueles que, em tese, seriam forasteiros à comunidade brasileira, mas ao ingressar no Brasil, adotam uma nova pátria, novo pertencimento cidadão:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. [...]¹⁶

A liberdade, por sua vez, é condição da responsabilidade. Só responde por si e por outrem quem é livre. A igualdade também está

¹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência]*, Brasília, v. 5, n. 48, maio 2003, [on line].

contida aqui: a fraternidade exige que todos sejam igualmente responsáveis por si (liberdade) e por outrem (comunidade). Ademais, “[...] a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor”¹⁷.

Para construir esta comunidade nacional, incluindo o imigrante, importante lembrar o conceito de justiça social, o qual está expresso em dois momentos tópicos: na ordem econômica e na ordem social, precisamente nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal de 1988, alinhando-se com as promessas e compromissos do Preâmbulo.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. (Grifos nossos)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a *justiça sociais*. (Grifos nossos)

Justiça social como conceito que abarca a humanidade, e, portanto, não diferencia nacionais e estrangeiros, fora utilizada pela primeira vez por Luigi Taparelli d’Azeglio:

[...] Luigi Taparelli d’Azeglio, dentro da tradição tomista, é o primeiro a utilizar a expressão ‘justiça social’, na sua obra *Saggio teoretico di diritto naturale*. Ele inicia sua exposição sobre o conceito de justiça social com a seguinte definição: ‘A justiça social é para nós a justiça entre homem e homem.’ O homem, aqui, é o ‘homem considerado como dotado somente do requisito de humanidade, considerado como puro animal racional.’ Obviamente, entre os homens considerados sob este aspecto, existem ‘relações de perfeita igualdade, por que homem e homem aqui não significa senão a humanidade reproduzida duas vezes’. A justiça social, portanto, em uma sociedade de iguais, na qual as posições ocupadas por cada um são consideradas secundárias em matéria de justiça, tem por objeto aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana.¹⁸

¹⁷ BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. Vol 1, 2008, p. 54.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Promover uma migração equitativa*. Conferência Internacional Del Trabajo, 105. Reunión, 2016.

A comunidade, constituída com base na condição humana exige este relacionamento pessoa para pessoa, no sentido de que pessoa é somente aquele com quem é estabelecida qualquer sorte de relação de reconhecimento e reciprocidade, a quem é possível chamar pelo nome e não por um número. Não pode ser fechada em si para que se construa a paz, mas exige um empenho de inclusão do outro, um empenho fraternal no sentido que harmoniza os ideais de liberdade e igualdade. Ou seja, a Constituição de 1988, ao invocar a ideia de justiça social, não permite que na ordem econômica seja excluído ou discriminado o outro, o trabalhador forasteiro, o estrangeiro, o imigrante.

Pode-se ilustrar que o imigrante contribui para as ordens econômica e social. Se, do ponto de vista jurídico houvesse dúvida da existência de um fundamento constitucional que ampara os direitos do trabalhador imigrante no Brasil, do ponto de vista econômico e social, pesquisas revelam a positividade da imigração: os estrangeiros melhoram os salários, a produtividade e o empreendedorismo no país em que estabelecem. Não necessariamente se estabelecem em setores em que concorrem ou desempregam os trabalhadores nacionais, como é o caso setor doméstico ou de serviços. Os imigrantes pressionam aumento de salários nos países donde emigram, tornam seus colegas não migrantes mais produtivos; fundam empresas nos países que chegam, causam inovações surpreendentes e contribuem para a diversidade social e cultural, com impacto profundo sobre a extensão e o desenvolvimento da economia¹⁹.

Esta inserção do imigrante na economia do país, no entanto, muitas vezes, ocorre de modo pouco fraterno e justo. Tendo em vista a sua situação de vulnerabilidade – por falta de acesso à educação formal, desconhecimento do idioma falado no novo país e dos seus direitos nesse, etc. –, este trabalhador é mais suscetível a ser empregado em condições nas quais os seus direitos trabalhistas estão sendo descumpridos e não raro, em casos mais graves, as violações podem até caracterizar a prática de trabalho forçado.

No Brasil, no ano de 2012, o Ministério Público investigou os condomínios em Foz do Iguaçu/Paraná nos quais estaria sendo utilizado

¹⁹ Além das fronteiras: as vantagens econômicas da imigração,

trabalho forçado. Foram notificados 50 condomínios nos quais mulheres paraguaias estariam sendo submetidas à servidão doméstica, impedidas de sair das residências nas quais trabalhavam e recebendo salário inferior ao de domésticas brasileiras. Além disso, em 2015 a empresa Home Staff anunciou a “importação” de babás e domésticas filipinas para atender à elite brasileira, pois, segundo as patroas, essas trabalhadoras realizam inúmeras atividades a um custo mais baixo do que uma doméstica nacional, não são preguiçosas, aceitam cumular as atividades de babás e domésticas, até lavam o carro²⁰.

Verifica-se no primeiro caso características típicas de trabalho forçado, já no segundo ainda que não haja trabalho forçado, mas certamente existe uma relação laboral exploratória. E esta exploração é suficiente para extirpar a fraternidade destas relações, pois “a fraternidade [...] é atenção incondicional ao outro e pressupõe que a minha liberdade não se possa realizar sem a liberdade do outro, e que nesse sentido eu sou responsável por ela”²¹.

Se há, no Brasil, uma obrigação constitucional de proteção ao imigrante, seja pela exegese do preâmbulo, seja pelos ditames da ordem econômica e social, que aponta para a ideia da justiça social, no plano internacional o Brasil também é compelido a seguir este paradigma, na linha da Convenção 143 da OIT.

4. A CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT E O PARADIGMA DA FRATERNIDADE

A fraternidade é o meio pelo qual a convivência entre os diferentes é possibilitada, logo, sua aplicação às relações entre nacionais e estrangeiros se mostra imprescindível no combate à xenofobia e práticas exploratórias.

O primeiro, e mais óbvio, propósito da legislação laboral internacional tem sido, desde o início, a regulação de questões de caráter internacional. Isso se refere principalmente aos trabalhadores

²⁰ BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*, 2007, p. 96.

²¹ MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, 2008, p. 177-178.

migrantes, que levanta um número de problemas complexos relacionados às condições de trabalho e vida do trabalhador imigrante nos países de imigração. [...]

Analisa-se, neste ponto, a Convenção 143 da OIT. A norma está dividida em duas partes, uma parte sobre migrações em condições abusivas e outra sobre igualdade de oportunidade e tratamento. Conforme consta no artigo 16 da norma, os Estados têm flexibilidade ao ratificar a convenção podendo excluir uma das referidas partes.

Atendendo à Constituição da OIT, durante a elaboração das Normas Internacionais do Trabalho, estão presentes a consideração da diversidade nos níveis de desenvolvimento, condições e práticas dos Estados membros da OIT. Em consequência, tem-se concebido a adoção de convenções que autorizam a aceitação de partes alternativas que definam distintos graus de obrigações, com linguagem geral e ampla. Ilustra-se esta característica quando, ao serem ratificadas certas convenções, excluem-se certos tipos de trabalhadores, ou certos setores, da incidência da norma. A flexibilidade pode ser estendida para as cláusulas da norma, para os objetivos da norma, para o conteúdo da obrigação e quanto aos métodos de aplicação. [...]

Para a elaboração da Convenção 143 da OIT se compreendeu que os trabalhadores migrantes tanto regulares como irregulares e refugiados sofrem pela consequência dos movimentos e eventos migratórios mistos e massivos. Portanto os trabalhadores migrantes necessitam de proteção específica para assegurar o respeito de seus direitos. Com isso se observa a necessidade de implementação dos instrumentos normativos de defesa desses direitos: surge a necessidade de cooperação internacional dos países de origem, de trânsito e de destino. Os governos e interlocutores sociais devem aumentar esforços a fim de garantir o crescimento econômico sustentável e inclusivo quanto à empregos produtivos e decentes (isto é, em condições de liberdade, igualdade, justamente remunerados).

A Convenção 143 da OIT exige se que se garanta o acesso à justiça dos migrantes e que as mobilidades sejam seguras, ordenadas e, se possível, planejadas. O imigrante deve ter informações suficientes sobre o mercado de trabalho no qual vai ser inserido e as políticas públicas podem assegurar este conhecimento. Esta norma da OIT

ainda não foi ratificada pelo Brasil, no entanto, encontra-se em fase de aprovação pelo Congresso Nacional, aguardando a constituição de comissão temporária pela mesa, através da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais nº 696 de 13 de dezembro de 2010.

No preâmbulo da Convenção consta que “em virtude da existência de tráfico ilícito ou clandestino de mão-de-obra, seria conveniente tomar novas medidas dirigidas, em especial, contra tais abusos”:

Artigo 1º

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.

(...)

Artigo 3º

Todo o Estado Membro deverá tomar as medidas necessárias e apropriadas, quer da sua própria competência, quer as que exijam a colaboração de outros Estados Membros:

- a) A fim de suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de migrantes;
- b) Contra os organizadores de movimentos ilícitos ou clandestinos de migrantes com fins de emprego, provenientes do seu território ou que a ele se destinam, assim como os que se efetuam em trânsito por esse mesmo território, bem como contra aqueles que empregam trabalhadores que tenham imigrado em condições ilegais; a fim de prevenir e eliminar os abusos citados no artigo 2º da presente Convenção.

No art. 5º se encontra o escopo da norma e no art. 6º as sanções culminadas ao seu descumprimento.

Artigo 5º

As medidas previstas nos artigos 3º e 4º deverão ter por objetivo processar os autores de tráfico de mão-de-obra, qualquer que seja o país a partir do qual estes exerçam as suas atividades.

Artigo 6º

No âmbito das várias legislações nacionais, deverão ser tomadas disposições para uma detecção eficaz de emprego ilegal de trabalhadores migrantes e para a definição e aplicação de sanções administrativas, civis e penais, incluindo penas de prisão, no que diz respeito a emprego ilegal de trabalhadores migrantes e à organização de migrações com fins de emprego que impliquem os abusos definidos no artigo 2º da presente Convenção e ainda a assistência prestada conscientemente a tais migrações com ou sem fins lucrativos. O empregador processado em virtude da aplicação das disposições tomadas no presente artigo deverá ter o direito de fazer prova da sua boa-fé.

Ressalta-se que a norma foi adotada em 18 de dezembro de 1990 pela Organização Internacional do Trabalho e desde então pode ser utilizada como orientação pelos magistrados nos julgamentos em âmbito nacional desde que tenha sido ratificada pelo Estado. No entanto, também pode ser usada pelos Estados que ainda não a ratificaram, mas apenas em cunho interpretativo das legislações internas do país.

Ademais, ressalta-se que o direito dos migrantes está previsto entre as normas de fundo da Organização Internacional do Trabalho, bem como está englobado na proibição à discriminação, norma de direito fundamental (Convenção nº 111 da OIT, na qual consta a proibição à discriminação por ascendência nacional), logo, para alguns, estes fatos permitem a aplicação da Convenção nº 143 inclusive em Estados que ainda não a internalizaram.

O caráter vinculante do conteúdo normativo da Constituição da OIT descrito é específico quando um Estado decide ser Membro da OIT e aceita a obrigatoriedade do instrumento internacional – tanto do Preâmbulo como dos Princípios Gerais – pelo que se encontra vinculado a respeitá-los.

Portanto, verifica-se que existe um fundamento fraterno na criação da Convenção nº 143 da OIT, uma norma laboral, porém cuja base está nos direitos humanos. Sua criação decorre da necessidade de proteger o migrante, vulnerável exatamente por sua situação de estrangeiro em um novo país. Assim, a norma obriga e pune aqueles que violando o seu dever de cuidado sobre o outro, optam por explorá-lo tendo em vista sua circunstância desvalida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal causa das imigrações no mundo segue sendo a busca de emprego, segundo dados recentes da OIT. Isso não é diferente no Brasil.

No Brasil há um compromisso constitucional que nos compele ao tratamento digno do imigrante: no preâmbulo da Constituição, na ordem econômica e social. Neste sentido, a nova Lei de Migrações no Brasil, a Lei nº 13.445/2017, melhora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo.

Verifica-se uma aproximação entre a nova lei brasileira de Migrações e as normativas internacionais de direitos humanos. Por exemplo, apenas para ficar no plano laboral, a OIT editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração abusiva na sua prestação de serviços. A Convenção nº 143 da OIT sugere aos Estados uma reavaliação da matéria de regulamentação ao trabalho do imigrante, na linha que tende a equipará-lo ao nacional, o que, no Brasil se concretiza pela Lei das Migrações sancionada pelo Presidente Michel Temer, a qual revoga o Estatuto do Estrangeiro.

Do ponto de vista internacional, a nossa Constituição Federal, na ótica fraternal, é totalmente compatível com a Convenção 143 da OIT, a qual, em síntese, pretende a igualdade de oportunidade e tratamento dos trabalhadores migrantes com relação aos nacionais.

Do ponto de vista nacional, a lei sancionada, para substituir o Estatuto do Estrangeiro, em síntese, favorece as interações laborais, econômicas e sociais, no sentido de valorizar direitos, realçando o contributo do imigrante na construção na comunidade nacional. Em matéria de ingresso de imigrantes no país procura-se o repúdio à xenofobia, acolhimento humanitário, reunião familiar, acesso à justiça e medidas destinadas a promover integração social.

A ampliação e simplificação em matéria de novas garantias sociais, linguísticas, laborais, culturais e assistenciais implementam o comando constitucional de uma comunidade fraternal inclusiva dos imigrantes trabalhadores como dever de justiça social.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido*. Vol 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência]*, Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>> Acesso em: 10 abr. 2017.

BOM DIA BRASIL. PR: *Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/02/pr-ministerio-publico-investiga-trabalho-escravo-de-domesticas.html>>. Acesso em: 08 out. 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 1806-1823, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8.5.2008, *DJE* de 17.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13.11.2007, *DJE* 018 Divulgado: 31.01.2008, Publicado: 01.02.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17.11.2016, *DJE* 25.11.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?>

componente=ITA&sequencial=1555503&num_registro=201602021631&-data=201611_25&formato=PDF>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26/03/2014, *DEJT* 15/04/2014. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:-tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2_014-03-26;167800-2005-482-1-0>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRUNI. Luigino in ‘Commenti - Il lavoro e le lenti sbagliate’. *Avvenire il*, 01/04/2012. Disponível em: <<http://www.edc-online.org/it/pubblicazioni/articoli-di/luigino-bruni/editoriali-avvenire/3295-la-cultura-dei-muri-dritti.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FINNIS, John Mitchell. *A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis*. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF>. Acesso em: 06 mar. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Empresa ‘importa’ babás e domésticas das Filipinas para o Brasil*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1627108-empresa-importa-babas-e-domesticas-das-filipinas-para-o-brasil.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2016.

LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra editora, 2010.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. *Migración equitativa: un programa para la OIT*. Memoria del Director General, Informe I (B), CIT,103. reunión, 2014, parr. 5, 32-36.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Convenção nº 143*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em: 04 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. *Promover uma migração equitativa*. Conferência Internacional Del Trabajo, 105. reunión, 2016.

POTOBSKY, Geraldo W. von; VALTICOS, Nicolas. *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation, 1995.

RIVAS, Pablo Ramires. *Amistad, pólisy reconocimiento: la decisión de la fraternidade*. In *Fraternidad y conflicto*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Nueva, 2011.

SOUZA, Rodrigo Trindade de (Coord.) *et al. CLT comentada pelos Juizes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo: LTr, 2015. 470 p.

UOL. *Além das fronteiras*. Disponível em: <<http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>>. Acesso em: 04 out. 2016.

Recebido em 7/6/17

Aprovado em 4/8/17