

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

O TRABALHADOR ESTRANGEIRO NO BRASIL –
IGUALDADE EM RELAÇÃO AO NACIONAL

Monografia apresentada pelo aluno Thiago Milanez Andraus, do 5º ano diurno, código de matrícula n.º 9933182, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientadora: Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho.

CURITIBA
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO MILANEZ ANDRAUS

O TRABALHADOR ESTRANGEIRO NO BRASIL –
IGUALDADE EM RELAÇÃO AO NACIONAL

Monografia apresentada pelo aluno Thiago Milanez Andraus, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aprovada, aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

Orientadora:

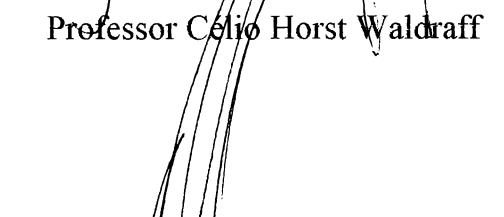


Professora Aldacy Rachid Coutinho

Examinadores:



Professor Célio Horst Waldraff



Professor Wilson Ramos Filho

Curitiba, 10 de novembro de 2003.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1 A IGUALDADE	3
1.1 Evolução Histórica	4
1.2 A Igualdade na Aplicação do Direito	10
1.3 A Igualdade na Formulação do Direito	12
1.4 A Igualdade Formal	13
1.5 A Igualdade Material	13
1.6 Critérios para a Valoração da Igualdade	14
1.7 A Igualdade de Fato	16
1.8 O Paradoxo da Igualdade	17
1.9 O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988	18
2 OS ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO – DISCIPLINA LEGAL DA ENTRADA E DA PERMANÊNCIA NO BRASIL	21
2.1 O Direito de Ir e Vir	21
2.2 Os Diversos Vistos	22
2.2.1 Visto Temporário	24
2.2.2 Visto Permanente	27
2.2.3. Casos Especiais	30
2.3 Exercício de Atividade Remunerada por Estrangeiro - A Jurisprudência do TST	34
3 DIFERENÇA	35
3.1 Uma Nova Realidade – O Mundo Globalizado	35
3.1.1 Mercosul	40
3.2 Análise Jurídica das Pretensas Razões do Xenofobismo Legislativo e Social	43
3.3 Normas de Proteção do Trabalhador Nacional	49
3.3.1 O Capítulo da Nacionalização do Trabalho na CLT	49
3.3.2 Trabalho Temporário em Empresas Urbanas	52
3.3.3 Exercício da Profissão de Engenheiro, Arquiteto ou Engenheiro- Agrônomo	52
3.3.4 Exercício da Profissão de Aeronauta	53
3.3.5 Proibição do Exercício de Cargos de Representação da Categoria Profissional	54
3.3.6 O Crime de Desrespeito à Nacionalização do Trabalho	54
3.4 Legitimidade das Normas de Proteção ao Trabalhador Nacional	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a igualdade de tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro entre o trabalhador nacional e o estrangeiro. Isto porque as normas infraconstitucionais pretendem reservar o mercado de trabalho do Brasil ao nacional, ao passo que a Constituição é expressa ao ordenar o tratamento igualitário do alienígena, relativamente ao nacional. Por outro lado, o princípio da igualdade engloba tanto um mandato de tratamento igual quanto um mandato de tratamento desigual. É diferente a igualdade a ser aplicada a cada caso concreto. Estuda-se, ainda, com o intuito de definir qual das acepções do princípio deve ser aplicada à relação em comento, o que é o estrangeiro e o que é o povo brasileiro. A contextualização do tema dá-se através da análise da conjuntura em que se inserem os atuais fenômenos migratórios. Por fim, abordam-se as normas de proteção (infraconstitucionais) de modo a perquirir acerca de sua constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A globalização, com os fenômenos que lhe subjazem (como a união dos países em blocos econômicos), imprime uma conotação especial ao tema do estrangeiro. Com efeito, na Europa, onde o processo de integração se consolida, já é bastante intenso o debate acerca da posição do alienígena na sociedade, procurando-se coibir a tendência ao preconceito. Não se deve esperar que o quadro se agrave no Brasil para se discutir o problema também aqui.

A legislação trabalhista infraconstitucional brasileira diferencia o trabalhador estrangeiro, no intento de proteger o mercado de trabalho do nacional. Por seu turno, a Constituição da República de 1988 garante a igualdade de todos, não restando dúvidas quanto à aplicabilidade do princípio também entre nacionais e estrangeiros.

A igualdade, porém, é tema de tal modo complexo que pouco se exprime ao se afirmar que todos os homens devem ser tratados igualmente. Atender ao mandato da igualdade por vezes pode significar a imposição de um tratamento diferenciado.

Para compreender em detalhes a articulação interna das diversas facetas do princípio, de acordo com o definido na Constituição, mostra-se imprescindível, primeiramente, observar a evolução histórica desse conceito. O que hoje se assume como uma construção lógica é, em verdade, resultado das transformações na organização da sociedade.

Hoje, ainda, por conta de mudanças nas atribuições do Estado, entende-se que a igualdade não deve apenas ser reconhecida pelo Direito, mas também forjada com a assistência do Direito.

Assim, a igualdade multifária, atualmente obtida, tem sua aplicação prática dependente de diversos critérios, que exigem análise teórica.

Outrossim, a subsunção da relação entre brasileiros e estrangeiros ao mandato de tratamento igual reclama o estudo de cada um desses grupos, sem assumir pré-conceitos. Cabe, pois, com base na legislação pertinente, apontar em que casos pode o alienígena entrar e permanecer em território brasileiro. Do mesmo modo, há de se tecer considerações sobre o povo e a nacionalidade brasileiros.

Apreendidas tais noções será possível demarcar os contornos da igualdade entre nacionais e estrangeiros pretendida pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro e indagar acerca de sua consonância com as regras diferenciadoras infraconstitucionais.

Como se vê, não é o simples fato de haver a Constituição assegurado a igualdade entre os grupos aludidos que sepulta toda a nacionalização do trabalho, como pensam muitos autores. É preciso refletir sobre o problema.

1 A IGUALDADE

Uma abordagem se não completa ao menos satisfatória do tema igualdade¹ pressupõe sua contemplação sob diversos ângulos. O acompanhar de suas transformações históricas, traçado no tópico abaixo, permite antever essa riqueza de conteúdo do termo.

Assim, o Dicionário de Política de BOBBIO (o verbete é de redação de Felix E. OPPENHEIM) consagra três² acepções para o termo, podendo a igualdade ser vista em relação³: a certas características pessoais; à distribuição feita por alguém entre ao menos duas pessoas;⁴ ou às regras que definem como essa distribuição deve ser feita. Os dois últimos aspectos evidenciados são tratados pela maioria dos autores como “igualdade na aplicação da lei” e “igualdade na criação da lei”, respectivamente. Ante a melhor aceitação dessas denominações, optou-se por utilizá-las neste estudo.

Cumprе ressaltar, ainda, que ao contrário do que pode transparecer se dispensada uma análise mais apurada, a questão da superação da visão da igualdade na

¹ O tema “igualdade” está intimamente ligado com o da “liberdade”. Isto porque, como evidencia Giovanni SARTORI (SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. (versión española de M.^a Luz Morán). Madrid: Alianza Editorial. 1992. p. 89.) as liberdades são (ou devem ser) iguais para todos. Não é à toa, pois, que muitos autores empreendem o estudo dessas noções em conjunto. O enfoque aqui, porém, será diverso.

² Ante a riqueza de significados desse significante, Giovanni SARTORI prefere falar em “igualdades”, no plural. Esse autor vislumbra cinco “tipos” de igualdade: igualdade jurídico-política, igualdade social, igualdade (de oportunidades) de acesso, igualdade (de oportunidades) de partida e igualdade econômica. *Idem*. p. 89-90.

³ OPPENHEIM, Felix E. *Igualdade*. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 597.

⁴ Para o autor, não são dignas de atenção as duas primeiras acepções. Não há porque se falar em igualdade em relação a certas características pessoais porque as pessoas só são iguais, ou desiguais, em relação a certas características. Assim, carece de sentido a expressão “todos são iguais”. (*Idem*. p. 598). Nesse aspecto, Vera Lúcia C. VASSOURAS lembra que já SARTRE entendia que se encontra em todos os homens a natureza humana, sendo este o conceito humano. (VASSOURAS, Vera Lúcia C. *O mito da igualdade jurídica no Brasil*: notas críticas sobre a igualdade formal. São Paulo: Edicon. 1994. p. 75). Já no segundo significado da palavra “igualdade” OPPENHEIM não se aprofunda porque a distribuição que é feita, em si, não permite dizer se a igualdade é observada. Nesse sentido, a igualdade confundir-se-ia com a imparcialidade. Para o autor, é necessário se deter na norma que disciplina como essa distribuição é feita (terceira acepção). Ocorre que nem sempre as normas foram aplicadas com imparcialidade, como se verá – isto é, nem sempre a igualdade na aplicação da lei foi algo natural. Daí que se optou aqui por analisar a igualdade nos dois últimos sentido apontados por OPPENHEIM.

aplicação pela igualdade também na criação do direito não é totalmente correlata à conhecida passagem da igualdade formal pela igualdade material. Isto é, igualdade formal não corresponde, a rigor, apenas à igualdade na aplicação do direito, bem como igualdade material não corresponde tão-somente à igualdade na criação da lei. Na verdade, tanto a igualdade formal quanto a material devem ser observadas no momento da formulação da norma.

O ponto nodal na discussão da igualdade consiste, basicamente, em definir um critério que permita qualificar uma norma como igualitária (e, portanto, válida, pois de acordo com a Constituição) ou inigualitária (e, assim, inválida, pois maculada pela inconstitucionalidade).

1.1 Evolução Histórica

O tema “igualdade” é objeto de intensa discussão desde os gregos, variando o sentido da locução conforme os tempos, como demonstra Maren Guimarães TABORDA⁵. Entre os gregos, os equivalentes eram apenas os homens livres. A igualdade existia apenas no campo político: apenas a participação na *polis* tornava os homens, seres desiguais por natureza, iguais.

A formulação concreta da idéia de que “todos” são iguais, sendo irrelevante a origem social, o gênero, a idade, o sexo, *etc.* só surgiu na era das revoluções liberais (mais precisamente, com a “Virginia Bill of Rights”, de 1776).

Ainda entre os gregos nasceu a idéia de igualdade como justiça. O justo, na Grécia Antiga, era visto ora como *nóminon*, ora como *íson*.

Dentro da primeira perspectiva, justa era a ação realizada de acordo com as leis, e as leis eram justas quando em conformidade com as leis superiores (naturais ou divinas). A justiça era ligada, desse modo, à idéia de legitimidade.

⁵ TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. Volume 211. janeiro/março 1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. p. 241.

Por outro lado, o justo como *íson* (ligado à idéia de igualdade) levou ARISTÓTELES, em sua *Ética a Nicômaco*, a contemplar duas espécies de justiça: a distributiva (para a qual o melhor critério do justo seria o mérito de cada um) e a corretiva (que desempenha papel corretivo nas transações entre os indivíduos). Ambas as espécies tratam o justo como virtude particular, igualdade (justiça) seria dar a cada um o que é seu, o problema era justamente definir o que seria o “seu” de cada um.⁶

Essa regra de justiça é, na verdade tautológica, pois, como observou KELSEN⁷, seria necessário que de antemão uma ordem normativa definisse o que seria o “seu” de cada um. O problema da justiça era transferido para o da igualdade, que, na verdade, apenas nominalmente o resolvia. Tanto era meramente aparente a solução do problema que, ao tempo de ARISTÓTELES (*Ética a Nicômaco*), essa visão da igualdade permitia que se considerasse a escravidão como justa e natural.

Como lembra TABORDA, é mérito da filosofia racionalista e individualista dos séculos XVII e XVIII o reconhecimento (ou presunção) de uma igualdade natural dos homens, com o corolário do tratamento igualitário. Esta foi chamada de “igualdade constitucional”, “mandato da igualdade” ou “técnica da igualdade” e foi recepcionada pelas Revoluções Liberais, que a inseriram nas diversas Declarações de Direitos do Homem e, progressivamente, culminando em sua aceitação como dogma jurídico-político nos Estados Modernos.

Jean-Jacques ROUSSEAU⁸, no século XVII, considera um estado de natureza hipotético, em que todos os homens seriam livres e iguais. Os homens só deixariam de ser iguais quando da passagem para o ‘estado civil’. Criou-se, assim, a base teórica para o mandato da igualdade.

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. (...)

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 1992. p. 18. *Apud* TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. Volume 211. janeiro/março 1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. p. 249.

⁸ ROUSSEAU, em seu Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, distingue duas espécies de desigualdade: a desigualdade natural ou física, e a desigualdade moral ou política. A passagem da primeira à segunda deu-se com o abandono do estado de natureza. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. (trad. Lourdes Santos Machado) *In Os pensadores: ROUSSEAU*. v. 2. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1999. p. 11.

A luta da burguesia contra as barreiras sociais da sociedade estamental culminou na Revolução Francesa. Legalidade e igualdade passaram a ser os pontos centrais do Estado limitado juridicamente, o Estado de Direito.

A igualdade de todos, aí, era entendida como igualdade absoluta. As desigualdades existentes entre os homens eram irrelevantes no plano jurídico. Importava um tratamento, pela lei, em termos absolutos, não o conteúdo desse tratamento. “Desta forma, o critério que iguala os homens é o momento de aplicação da lei (...). Ser considerado igual perante uma determinada lei é ser o destinatário de sua aplicação. A observância da devida igualdade dirige-se ao aplicador da lei – juiz ou Administração – que estão proibidos de estabelecer distinções onde a lei não as estabelece.”⁹

É que o alvo do princípio da igualdade, nesse contexto, era o Estado estamental. Com isso, ao legislador, a quem não se dirigia o princípio (pois este visava, como se viu, apenas ao juiz e à Administração), era permitido eleger seus critérios de discriminação. Aqui, na dominação pela burguesia, a igualdade é utilizada para cristalizar as desigualdades substanciais existentes entre os homens.

Prevalecia, aí, a idéia de igualdade formal, cujos contornos serão melhor determinados adiante. A par de ser um conceito que, atualmente, em isolado, encontra-se ultrapassado, foi necessário nesse momento histórico específico¹⁰. Mais tarde, ante

⁹ TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. Volume 211. janeiro/março 1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. p. 255.

¹⁰ O Iluminismo sempre foi um agente da dominação, pois destruiu todas as relações naturais do homem; sem ele, porém, a dominação não poderia ser contestada. Assim, ele tanto consistiu num articular de uma prática libertadora, como serviu para a dominação. É o que ensina Sérgio Paulo ROUANET. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 1987. p. 331.

sua patente insuficiência na resposta aos problemas do capitalismo¹¹, cedeu lugar à noção de igualdade material.¹²

A noção de igualdade, como se observa, sofreu sucessivas transformações através dos tempos.

Essa mudança de sentido dos conceitos jurídicos, através dos tempos, foi sobremaneira analisada por Michel MIAILLE, que procurou desvelar a força motriz dessas transformações. Com efeito, conceitos que se afiguram científicos, resultados de pesquisa e evolução da ciência, apenas servem à certa configuração das forças econômicas. Assim, nos moldes expostos por ENGELS: “Os homens esquecem que o seu direito tem na origem as suas condições de vida econômica, como esqueceram que descendem do mundo animal!”¹³.

Assim, na constatação de que os iguais, no campo jurídico, são os sujeitos de direitos, é necessário lembrar que o conceito de sujeito de direito “evolui” conforme o determinado pelas condições de vida econômica. A atual identificação indivíduo-sujeito de direito não é natural. Deve ser explicada, analisada, não simplesmente descrita.

Nem sempre todos foram sujeitos de direitos iguais. Na Antigüidade e até mais recentemente, notadamente no Brasil – século XIX, alguns indivíduos tinham a condição de escravos. Esses seres humanos não eram sujeitos de direito, reputava-se-os diferentes. Também os servos, na Idade Média, não se enquadram no atual conceito

¹¹ “Como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina ‘a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5 ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 1993. p. 47.

¹² Para Vera Lúcia C. VASSOURAS, a igualdade é ainda um mito, pois até hoje não se superou a igualdade formal. A acumulação de riqueza atingiu um grau insuportável, de forma que urge rever os conceitos da justiça burguesa, entendendo-a sob os princípios marxistas-aristotélicos de justiça distributiva (ou redistributiva). VASSOURAS, Vera Lúcia C. *O mito da igualdade jurídica no Brasil: notas críticas sobre a igualdade formal*. São Paulo: Edicon. 1994. p. 86.

¹³ ENGELS, Fridrich. *La Question du logement*. (1872), Éditions sociales, Paris, 1969, pp. 109 e seguintes. *Apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. Editorial Estampa: Lisboa. p. 111.

de sujeitos de direito (em vista da desigualdade dos estatutos jurídicos aplicados a cada estamento social, naquela época).

Não se pode atribuir à história, como “marcha da humanidade rumo a uma consciência mais esclarecida”, a qualificação de todos, como sujeitos de direito.

No escravismo, o escravo faz parte do conjunto de bens, por isso não é sujeito de direito. A exploração dos demais bens dependia da força de trabalho do escravo. Havia uma relação de dependência entre o restante da massa de bens e os escravos. No feudalismo, o servo é dominado por seu senhor por laços espirituais e políticos. O servo não se concebe fora da comunidade feudal (note-se que é justamente a necessidade de proteção de uns por outros que leva ao surgimento do feudo). Assim, ambos, servos e senhores, participam da mesma comunidade, mas por meio de estatutos jurídicos diversos.

Desse modo, tanto na hipótese dos escravos como na dos servos, tendo em conta as relações sociais determinadas pela economia, a idéia de sujeitos de direitos, como entes independentes e autônomos, era não apenas desnecessária como impossível.

Não é o que acontece na sociedade capitalista: nesse meio, é preciso fazer com que os proprietários da força de trabalho não sejam proprietários dos meios de produção (que não detenham capital) e, concomitantemente, que não possam vir a sê-lo (pois o capitalista deseja a acumulação de capital e para tanto necessita da força de trabalho¹⁴, e da força de trabalho falsamente remunerada, isto é, da mais-valia). O

¹⁴ Este, aliás, pode ser entendido como o cerne da crítica da economia política de MARX: “A mudança do valor do dinheiro que se pretende transformar em capital não pode ocorrer no próprio dinheiro. (...) [Pois] o dinheiro apenas realiza o preço da mercadoria (...). Tampouco pode a mudança do valor decorrer do segundo ato da circulação, da revenda da mercadoria, pois esse ato apenas reconverte a mercadoria da forma natural em forma dinheiro. A mudança tem portanto de ocorrer com a mercadoria comprada no primeiro ato D – M, mas não em seu valor, pois se trocam equivalentes, as mercadorias são pagas pelo seu valor. A mudança só pode portanto originar-se de seu valor-de-uso como tal, de seu consumo. Para extrair valor do consumo de uma mercadoria, nosso possuidor de dinheiro deve ter a felicidade de descobrir, dentro da esfera da circulação, no mercado, uma mercadoria cujo valor-de-uso possua a propriedade peculiar de ser fonte de valor; de modo que consumi-la (*sic*) seja realmente encarnar trabalho, criar valor, portanto. **E o possuidor de dinheiro encontra no mercado essa mercadoria especial: é a capacidade de trabalho ou a força de trabalho.**” (grifou-se) MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. (tradução de Reginaldo Sant’anna). 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1980. t.1. v.1. p. 187.

capitalismo exige, então, que os proprietários da força de trabalho sejam econômica, mas não juridicamente, obrigados a vender essa força. Desigualdade econômica e igualdade jurídica são pressupostos de existência do capitalismo. É o que ensina MARX:

Ele [o possuidor da força de trabalho] e o possuidor do dinheiro encontram-se no mercado e entram em relação um com outro como possuidores de mercadoria, dotados de igual condição, diferenciando-se apenas por um ser o vendedor e outro o comprador, sendo ambos juridicamente iguais.

Para transformar dinheiro em capital tem o possuidor do dinheiro de encontrar o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre nos dois sentidos, o de dispor como pessoa livre de sua força de trabalho como sua mercadoria, e o de estar livre, inteiramente despojado de todas as coisas necessárias à materialização de sua força de trabalho, não tendo além desta outra mercadoria para vender.¹⁵

No direito, essa situação traduz-se na “personalidade jurídica”. Isto é, juridicamente, os indivíduos são separados, livres e iguais. Ou seja, são “sujeitos de direitos”, mas sujeitos de direitos virtuais, abstratos.

Nesse sentido, portanto, “declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão somente que o modo de produção da vida social mudou.”¹⁶ Isto é, há de se admitir que a atual igualdade material é apenas resultado da configuração do capitalismo contemporâneo, que mudou para sobreviver.¹⁷

¹⁵ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. (tradução de Reginaldo Sant’anna). 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1980. t.1. v.1. p. 189.

¹⁶ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2. ed. Editorial Estampa: Lisboa. p. 117.

¹⁷ Criticar o conceito e continuar a usá-lo não significa, necessariamente, entregar-se a uma resignação indolente ou meramente indulgente. O que se pretendeu com a crítica, com o desvelamento levado a termo, foi tão-somente observar que o atual conceito de igualdade, como tantos outros conceitos jurídicos e como o direito em si mesmo, não é, como poderia transparecer da análise histórica, instrumento que naturalmente evolui para uma vocação emancipatória. Sérgio Paulo ROUANET bem analisa esse problema ao tratar das aporias de ADORNO: “a de uma razão que continua exercendo sua atividade, depois de ter perdido todo direito à existência; a de uma razão que critica a razão, e com isso compromete os seus fundamentos; e a de uma razão que quer ultrapassar o conceito, mas para isso não pode abrir mão do conceito.” (ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 1987. p. 331-337). Para o autor, é HABERMAS quem soluciona os paradoxos encontrados por ADORNO. A razão comunicativa de HABERMAS é um conceito mais amplo de razão, baseado não mais na relação sujeito-objeto, mas na relação sujeito-sujeito. Para ADORNO o Iluminismo tinha, em sua origem, um vetor duplo: tanto emancipatório quanto opressor. Essa duplicidade se desvanece com o tempo, restando apenas seu caráter opressor (nesse sentido é que a igualdade formal surgiu como conceito emancipatório, mas com o tempo passou a se constituir em algo meramente opressor). A dualidade do Iluminismo, para HABERMAS, não desapareceu.

Dentro da nova orientação, MARX é radical: “o direito só pode consistir, por natureza, na aplicação de uma medida igual; mas os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos por uma mesma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual, sempre e quando sejam olhados sob um aspecto determinado; (...) Para evitar todos estes inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual”¹⁸.

Nesse contexto, passa a ter relevância a chamada igualdade de chances (ou de oportunidades), que busca colocar os membros da sociedade em iguais pontos de partida para a competição pelos bens econômicos.

Assim, atualmente, tem maior importância a chamada igualdade relativa, a máxima “todos são iguais perante a lei” passa a englobar outras duas afirmações: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente.

Cumprir analisar, em maior profundidade, o atual estado da técnica na matéria.

1.2 A Igualdade na Aplicação do Direito

Consoante o já aduzido acima, quando a igualdade passou a ser aceita em sentido absoluto (“todos” são iguais), com as revoluções liberais, notadamente com a Revolução Francesa, era entendida como uma mandato de igualdade na aplicação do direito. Dirigia-se a quem aplicava o direito (ao juiz, à Administração), mas não ao legislador.

ADORNO pensava corretamente: é necessário criticar a razão pela razão. Mas, a partir daí, não é a mesma razão. Critica-se aquela razão monológica, dominadora, destacada de um conceito maior, o da razão comunicativa (surgida com a modernidade). Para superar a aporia é necessário criticar a razão instrumental com outra razão, a comunicativa. Uma crítica do todo em relação à parte, não uma autocrítica. O ente opressor não é o conceito, mas a razão sistêmica, centrada no sujeito. Portanto, cabe à razão comunicativa e não ao conceito a libertação da opressão. Permanece que só a razão pode se insurgir contra a opressão da razão, mas finda o paradoxo, pois a primeira razão (comunicativa) é diferente da segunda (sistêmica). Desse modo, a razão comunicativa apresenta-se como uma opção. A única, para os não interessados em um irracionalismo suicida ou em uma crítica aporética. O intento foi, pois, criticar a igualdade, desvendá-la, mas continuar a usá-la, baseando-a em uma racionalidade diversa.

¹⁸ *Obras Escolhidas*, Karl Marx e Friedrich Engels. Vol. 2. Editopra Alfa-Omega, São Paulo, s/c *Apud* TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance*

ANSCHÜTZ foi quem melhor condensou essa acepção do princípio: “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”¹⁹.

ALEXY²⁰ explica em detalhes a insuficiência científica dessa construção: o núcleo do mandamento da igualdade na aplicação do direito exige meramente que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos os casos para os quais foram formuladas (escritas), e que não sejam aplicadas para os casos para os quais não foram formuladas. Em outras palavras: a igualdade, nessa acepção, apenas diz que as normas jurídicas devem ser obedecidas, sempre. “Pero, que las normas jurídicas deben ser obedecidas ya lo dicen ellas mismas al expresar un deber ser.”²¹

Dessa forma, para que o princípio da igualdade permanecesse incólume bastaria que essas normas fossem aplicadas a todos os casos para os quais foram formuladas. Enquanto isso, o legislador poderia propor as discriminações de seu talante, sem ofensa ao princípio.

Para alguns, como CANOTILHO, a igualdade na aplicação do direito continua a constituir-se em dimensão básica da igualdade, a qual se agrega a igualdade na criação do direito. Outros, porém, como OPPENHEIM, não se dão ao trabalho nem de discutir o tema, alegando que a igualdade na aplicação ao direito “não apresenta qualquer problema”²².

e direções. Revista de Direito Administrativo. Volume 211 – janeiro/março 1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. p. 256.

¹⁹ ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Ftschr. Zum 25-jährigen Bestehen des BayVGH*, Munich: 1972. p. 523. *Apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 382. Também citado por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 424.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 382.

²¹ *Idem. Ibidem.*

²² OPPENHEIM, Felix E. *Igualdade*. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Político*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 597. Como já referido, para esse autor, a igualdade pode ser verificada quanto a “certas características pessoais”, quanto a “distribuição feita por alguém pelo menos entre outros dois” ou quanto a “normas que estabelecem como tal distribuição há de ser efetuada”. Interessante a igualdade como atributo das “regras de distribuição”. A igualdade quanto a certas características

1.3 A Igualdade na Formulação do Direito

Hoje não mais se duvida acerca da necessidade de observação da igualdade também na criação do direito. “Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual a todos os cidadãos.”²³

O princípio, portanto, passa a dirigir-se não apenas ao juiz e à Administração, mas também ao próprio legislador. Mesmo porque, na verdade, sob o prisma constitucional todos esses entes são aplicadores do direito, não apenas o juiz e a Administração. O legislador é condicionado sempre, pela Constituição.

Maren Guimarães TABORDA aponta que a discussão sobre o destinatário do princípio da igualdade não se estabeleceu no Brasil. O entendimento, aqui, sempre foi no sentido de que o legislador é também destinatário do princípio. “Francisco Campos, em célebre parecer, foi o primeiro a tratar do tema, sustentando ser o legislador o destinatário principal do princípio da igualdade”²⁴. No mesmo diapasão, Seabra Fagundes e Pontes de Miranda.

Assim, a igualdade na formulação do direito pressupõe que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. Mas e o que significa ser tratado de forma igual pelo legislador?

Importante contribuição para esse problema é dada pela máxima: há de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Essa fórmula, por sua vez, consoante o escólio de ALEXY²⁵, pode ser interpretada de duas maneiras distintas:

personais e a igualdade quanto à distribuição feita por alguém entre duas pessoas são problemas empíricos. A igualdade na aplicação do direito corresponderia, na verdade, à imparcialidade.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina. p. 424.

²⁴ TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. jan./mar.1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. v. 211. p. 261.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 385.

1.4 A Igualdade Formal

A primeira modalidade de interpretação da máxima “há de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” relaciona-a ao respeito ao princípio da universalidade. Dessa forma, o imperativo da igualdade seria obedecido quando a lei previsse as mesmas situações ou resultados jurídicos para os mesmos indivíduos com as mesmas características.²⁶ O legislador, portanto, deveria editar apenas normas universais condicionadas, isto é, normas sob a forma “para todo x vale que si x tiene las propiedades P_1, P_2, \dots, P_n , entonces debe ser que para x valga la consecuencia jurídica C ”.

Essa interpretação do postulado da igualdade garante que ao menos a forma da norma obedeça ao princípio da igualdade, daí o termo “igualdade formal”.

1.5 A Igualdade Material

Se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” correspondesse unicamente a respeitar-se o princípio da universalidade, o legislador poderia proceder a qualquer discriminação sem violar o princípio da igualdade.

Assim, o princípio da igualdade, sob esses termos, restaria intacto mesmo no caso de fórmulas como “todos os judeus devem carregar um sinal na testa”.

Daí que o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais não é uma exigência dirigida apenas à forma lógica das normas. Deve visar também a seu conteúdo. Em outras palavras, a igualdade deve ser não somente **formal**, mas também e principalmente **material**. O princípio da igualdade vincula não só formal, mas também materialmente o legislador.

Ocorre que nunca duas pessoas ou duas situações são iguais (ou desiguais) em todos os aspectos. A igualdade ou desigualdade entre dois indivíduos ou situações refere-se sempre a propriedades determinadas. Portanto, a igualdade (ou desigualdade)

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina. p. 425.

fática é sempre parcial. Porém a observação de uma (des)igualdade fática parcial, por si só, não garante o tratamento igualitário.

Por isso é que, segundo ALEXY, a igualdade e a desigualdade aludidas na fórmula “há de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” são (des)igualdades valorativas. Não é qualquer aspecto da relação entre os indivíduos que deve ser tomado em consideração, para o tratamento igual ou desigual, porque entre dois indivíduos nunca haverá uma igualdade ou desigualdade plenas.

Dizer “há de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” é dizer quase nada, pois tal afirmação, por si só, não carrega um critério material explícito para um juízo de igualdade²⁷. Igualdades e desigualdades entre indivíduos existirão sempre. É por isso que se deve valorar as (des)igualdades.

Esse é justamente o problema central da máxima da igualdade. “La igualdad material conduce (...) necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa.”²⁸

1.6 Critérios para a Valoração da Igualdade

Um possível critério para valoração da relação de igualdade seria a **arbitrariedade**. CANOTILHO aponta, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que haveria ofensa arbitrária à igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se baseasse em (i) um fundamento sério, (ii) um sentido legítimo ou (iii) estabelecesse diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Todavia, o problema de valoração, desse modo, transfere-se para o conceito de **fundamento razoável**. Este significante não subjaz um critério material objetivo, jurídico.

²⁷ “A fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém (*sic*) o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da **igualdade justa** pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina. p. 425.

ALEXY aprofunda-se na análise da temática, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

O autor afirma que a noção de arbitrariedade, permite vislumbrar apenas uma “versão débil” da máxima da igualdade – “están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales”, que para ser plenamente compreendida deve ser desmembrada em um “mandato de tratamento igual” e um “mandato de tratamento desigual”.

O “mandato de tratamento igual” proíbe, obviamente, o tratamento desigual. O tratamento desigual, para ALEXY, estaria proibido quando houvesse uma razão suficiente a justificar a diferenciação. Tal mandato, portanto, estabelece que “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.

A razão suficiente só existe quando resultado de um **discurso jurídico racional**. Isto é, argumentos jurídicos (que são objetivos) é que podem justificar um tratamento desigual.

O tratamento igual deve ser a regra, o desigual a exceção. Por isso é que se deve exigir a fundamentação para a desigualdade. Assim, o mandato de tratamento desigual só pode significar que “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”

A assimetria entre as regras de tratamento igual e desigual implica que o princípio da igualdade seja interpretado, *prima facie*, como uma exigência de tratamento igual, sendo possível o tratamento desigual somente mediante uma justificação baseada em um discurso jurídico racional. Talvez esse critério não seja totalmente seguro, mas a solução apontada por ALEXY parece ser a mais cordata.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 388.

1.7 A Igualdade de Fato

Mesmo que existisse, previamente, uma igualdade real, esta não poderia subsistir sem uma igualdade de direito. Mas somente a igualdade de direito não basta.

As idéias por ora aduzidas tiveram apenas o condão de firmar pressupostos para a obrigatoriedade, proibição e permissão de um tratamento igual ou desigual. Cabe perguntar, então, **o que é um tratamento igual e o que é um tratamento desigual**.

Como nota CANOTILHO, o princípio da igualdade deixou de ser um princípio apenas do Estado de Direito para ser também um princípio de Estado Social. Portanto, “o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um **princípio de justiça social**”. Também a “igual dignidade social” aponta para esta interpretação do princípio.

O Estado não pode limitar-se a garantir uma igualdade provinda de outra fonte porque não existe outra fonte.²⁹ Por isso a igualdade real na sociedade deve ser produzida pelo próprio Estado, que dispõe, para tanto, da lei.

O Direito deve não só observar as (des)igualdades existentes como também promover a igualdade. Isto é, influir na realidade, transformá-la, de modo a nivelar as pessoas. Isto porque os direitos são iguais para todos, mas nem todos têm meios de exercê-los. Urge, em um Estado que se pretende Social, a criação de tais meios.

Essa “nova igualdade”, tendente a uma maior igualdade de fato – que não prescinde, logicamente, das noções estudadas *supra* – é representada por diferentes

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora. 1988. t.4. p. 288.

signos³⁰ entre os autores: igualdade de oportunidades³¹, regras de nivelamento³² ou igualdade social³³.

De forma mais concreta, o problema lógico do paradoxo da igualdade pode ser equacionado, no âmbito da economia política, com a questão de até onde deve o Estado promover a igualdade.

Como refere Eduardo Nunes CAMPOS³⁴, ao contrário do que pregava a tese liberal, o capitalismo, em si, não gera a justiça social. Isso foi sentido sobremaneira com a crise de 1929. É preciso, pois, que o Estado promova a igualdade. Resta saber até que ponto cabe ao Estado avançar nessa promoção de mais igualdade de fato.

Segundo Giovanni SARTORI³⁵, a igualdade mínima seria a igualdade de pontos de partida a todos, a igualdade mais drástica seria aquela em que todos seriam materialmente iguais, possuindo o mesmo, ou seja, nada, o Estado possuiria tudo.

Depende de uma eleição política o nível de igualdade de fato que se pretende alcançar. No Brasil, o atual estatuto jurídico do fenômeno político encontra-se mais próximo da igualdade mínima referida por SARTORI.

1.8 O Paradoxo da Igualdade

Há uma ambigüidade imanente aos conceitos de igualdade e desigualdade: podem referir-se tanto a fatos quanto a conseqüências.³⁶ No último sentido, importam

³⁰ “O signo é uma coisa que representa outra coisa, isto é, o seu objeto. O signo não é o objeto, apenas está no lugar do objeto. Se representa o objeto, produz na mente do intérprete alguma coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, porém pela mediação do signo” GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 203.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina. p. 428.

³² OPPENHEIM, Felix E. *Igualdade*. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 602.

³³ TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. jan./mar.1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. v.211. p. 265.

³⁴ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 63.

os resultados práticos da ação do Estado. A garantia da igualdade de direito, isoladamente, apenas reforça a desigualdade de fato. Ao contrário, quando se intenta criar uma igualdade de fato deve-se aceitar uma desigualdade de direito.

Ao atribuir-se ao princípio insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição da República tanto a carga de igualdade “de direito” como “de fato” cria-se o chamado paradoxo da igualdade: aquilo em um aspecto constituir-se-ia em tratamento desigual é igualitário, se visto no outro aspecto, e vice versa.

Só frente ao caso concreto e no cotejar com os demais princípios constitucionais é que o paradoxo é resolvido.

1.9 O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, alberga, indubitavelmente, o princípio da igualdade, nos moldes acima expostos, tanto no sentido de igualdade **perante** a lei quanto no de igualdade **na** lei, tanto como igualdade **formal**, como **material** e, principalmente, como **igualdade de oportunidades**.

Já em seu artigo 3º, a Constituição afirma serem “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Reside, porém, no *caput* do art. 5º o princípio geral da igualdade do ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

³⁵ SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. (versión española de M.^a Luz Morán). Madrid: Alianza Editorial. 1992. p. 90.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 402.

Como já averbado alhures³⁷, nunca se duvidou, no Brasil, acerca de ser o princípio da igualdade dirigido também ao legislador. Observa-se, ainda, que uma igualdade meramente formal é afastada de plano pela norma do inciso primeiro do art. 5º. A expressão “sem distinção de qualquer natureza” evidencia isso.³⁸ E após a leitura do art. 3º – notadamente de seus incisos primeiro e terceiro – dúvidas não podem restar quanto à necessidade de se buscar elevar o nível de igualdade de fato entre as pessoas.

É necessário atentar, ainda, que a Constituição da República³⁹ confere papel de destaque ao princípio da igualdade, de modo que este informa todos os direitos e garantias enumerados em seguida a ele. A proeminência do princípio frente aos demais direitos se denota até pelo modo como foi disposto o texto, como observa José Souto Mario BORGES⁴⁰, que por sua vez se apóia na lição de Francisco CAMPOS⁴¹.

Assim, na ordem de hierarquia substancial das normas constitucionais, a igualdade é princípio que se coloca ao lado daqueles relativos à federação (art. 1º, *caput*) e da tripartição do poder (art. 2º).⁴² Ademais, encontra-se, obviamente, sob o pálio do art. 60, parágrafo 4º, não se podendo cogitar sobre sua abolição por meio de emenda constitucional.

Afora o princípio geral da igualdade, identificam-se no texto constitucional diversos dispositivos que asseguram direitos específicos de igualdade, chamados por Maren Guimarães TABORDA de corolários imediatos do princípio da igualdade. Tratam-se, na verdade, do ponto de vista do direito constitucional, de garantias do

³⁷ Item 1.3 “A Igualdade na Formulação do Direito”.

³⁸ TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. jan./mar.1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. v.211. p. 264.

³⁹ A Constituição é antes da República do que da Federação – esta é modalidade daquela.

⁴⁰ “ele [o princípio da igualdade] penetra, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais.” BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. v.15. 1996. p. 30.

⁴¹ “Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais” CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 12. *Apud* BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. v.15. 1996. p. 29.

⁴² BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. In Revista Trimestral de Direito Público. v.15. 1996. p. 29.

direito de igualdade⁴³: não privação de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política;⁴⁴ liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão;⁴⁵ igualdade de acesso a função pública, na forma da lei;⁴⁶ e igualdade entre o homem e a mulher^{47, 48}.

Residem na Constituição, ainda, conforme aponta TABORDA, garantias da igualdade proporcional⁴⁹ – tratamento desigual dos desiguais – e de igualdade social⁵⁰ – promoção da igualdade de fato.

Como se percebe, a igualdade aplica-se não apenas entre os nacionais, mas também entre estes e os **estrangeiros residentes**^{51,52}. Mas, de acordo com o exposto acima, dizer que brasileiros e estrangeiros residentes são iguais não resolve o problema. Essa igualdade resulta em quê?

⁴³ Na doutrina constitucional sempre se quis diferenciar direito de garantia. Rui Barbosa já aplicava tal distinção. Atualmente, principalmente Paulo BONAVIDES assim procede. O ordenamento jurídico constitucional elege, primeiramente, certos valores, para em seguida protegê-los. Destarte, direitos fundamentais são valores fundamentais da sociedade, já garantias fundamentais são os mecanismos de defesa desses direitos.

⁴⁴ Art. 5º, inciso VIII.

⁴⁵ Art. 5º, inciso XIII.

⁴⁶ Art. 37, inciso I.

⁴⁷ Art. 5º, inciso I.

⁴⁸ Na enumeração dos diversos direitos específicos, aqui, deu-se especial atenção àqueles ligados ao direito do trabalho, pela natureza da obra.

⁴⁹ Proteção à trabalhadora gestante (art. 7º, inciso XVIII), proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX), remuneração diferenciada para atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, inc. XXIII), proteção do trabalho do menor (art. 7º, inciso XXXIII e § 3º do art. 227) e proteção aos representantes sindicais (inciso VIII, do art. 8º).

⁵⁰ Assistência judiciária gratuita aos que comprovam insuficiência de recursos (inciso LXXIV, do art. 5º) e incentivos específicos ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX, do art. 7º).

⁵¹ Ao presente estudo interessam os estrangeiros residentes, a quem se asseguram os direitos arrolados no art. 5º da Constituição da República, aí incluída a liberdade de exercício de qualquer profissão. Seria necessária uma abordagem um tanto diferenciada para a análise dos direitos dos estrangeiros não residentes.

⁵² Residência não é um conceito jurídico, é uma realidade de fato. Nisso difere do domicílio. É, na verdade, uma figura intermediária entre este e a habitação. A residência é o local em que a pessoa mora com o intuito de permanecer. Habitação é a residência provisória. Já o domicílio é a “sede jurídica da pessoa” e, segundo a doutrina hoje prevalente, pressupõe um elemento objetivo – a residência – outro subjetivo – o ânimo de permanecer. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 241.

2 OS ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO – DISCIPLINA LEGAL DA ENTRADA E DA PERMANÊNCIA NO BRASIL

Para a correta delimitação dos contornos que assume o princípio da igualdade, quando aplicado à relação entre nacionais e estrangeiros, faz-se mister a compreensão do que vem a ser o estrangeiro. Várias são as possibilidades de ingresso e permanência do alienígena no solo brasileiro. Disso decorre, como se verá, que o grupo formado por tais pessoas não se apresenta uniforme, o que impossibilita generalizações.

2.1 O Direito de Ir e Vir

A Constituição da República assegura o direito de ir e vir ao nacional e ao estrangeiro ao reputar “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (art. 5º, XV).

Qualquer pessoa, pois, em tempos de paz, pode adentrar ao território brasileiro, desde que obedecidas as disposições da lei. “O nacional tem o direito de sair, de entrar ou de regressar sem a pecha das restrições. Da mesma forma, o estrangeiro residente pode retornar a qualquer tempo, e os não-residentes gozam de liberdade irrestrita para sair.”⁵³

É competência privativa da União legislar sobre a “emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros” – inciso XV do art. 22 da CR. Em decorrência disso, a imigração e a saída forçada do estrangeiro do território nacional são disciplinadas pela legislação complementar – leis, decretos, decretos-leis, etc.

Quando da admissão do estrangeiro no território nacional a União tem, portanto, grande margem de liberdade para obstaculizar a entrada de pessoas com perfil indesejado, por não atenderem aos interesses nacionais.

Nesse ponto, duas forças atuam em sentidos opostos:

⁵³ CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 256.

Por um lado, o confinamento da pessoa em seu território de origem poderia imputar-lhe males irremediáveis – frustração de um casamento; distância da família; e impossibilidade de buscar melhores condições de vida, de professar uma religião e até de procurar asilo.

Por outro lado, há limitações diretas ao direito de ir e vir, consagradas até no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 12), de 16 de dezembro de 1966, a saber: segurança nacional; ordem pública; saúde pública; moral pública; direitos e liberdades de terceiros; e compatibilidade com os demais direitos reconhecidos no Pacto.⁵⁴

Daí se extrai que é no momento da permissão da entrada do estrangeiro – e apenas nessa ocasião, como se verá adiante – que o Estado tem a oportunidade (o dever) de proteger o trabalhador nacional.

Os estrangeiros não são admitidos da mesma forma no território nacional. Seus direitos estarão condicionados aos motivos de sua entrada e permanência em solo brasileiro. Faz-se necessário, assim, analisar em que condições pode o estrangeiro ingressar e permanecer em território nacional. A partir daí será possível inferir quando lhe será permitido o exercício de atividade remunerada no Brasil.

Para ingresso no país o estrangeiro deve obter visto, junto a qualquer consulado do Brasil. Este visto é apostado em seu passaporte, que é um documento de identidade expedido pelo país de onde o alienígena é natural e que lhe garante sair do território de seu Estado e a ele retornar.⁵⁵

2.2 Os Diversos Vistos

A Lei 6.815/80 que versa sobre a admissão, permanência e saída do estrangeiro⁵⁶, já em seu artigo 2º declara que sua aplicação está condicionada à

⁵⁴ CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 71.

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento de Estrangeiros. *Guia Prático para Orientação a estrangeiros no Brasil*. Brasília. 1997. p. 7.

⁵⁶ Esta Lei é regulada pelo Decreto 86715, formando o denominado Estatuto do Estrangeiro.

observância da segurança nacional e da defesa do trabalhador nacional. Em seu art. 4º, prevê os vistos: de trânsito; de turista; temporário; permanente; de cortesia; oficial; e diplomático.

O **visto de trânsito** é concedido ao estrangeiro que necessite entrar em território nacional para atingir seu país de destino (não é necessário visto quando no caso de meras escalas).

O **visto de turista** é reservado ao estrangeiro que deseja entrar no país para fins de recreação ou visita. Não se concede visto de turista para quem pretenda imigrar ou para quem almeje exercer atividade remunerada.

O exercício de atividade remunerada é vedado ao estrangeiro portador do visto de trânsito ou de turista (art. 98, da L. 6.815/80). Obviamente essa é uma proibição legítima. Só é permitida a entrada do estrangeiro, nesses casos, por razões específicas (turismo ou trânsito), e por isso nenhum direito têm de auferir remuneração por qualquer atividade. Nem todos os direitos e garantias individuais, ademais, terá este sujeito, pois não se trata do “estrangeiro residente” ao qual alude o *caput* do art. 5º - isso não corresponde, porém, a se lhe negar direitos essenciais.

Os vistos **diplomático, oficial e de cortesia** têm sua disciplina confiada ao Ministério das Relações Exteriores, constituindo-se em instrumentos para o relacionamento diplomático com os demais povos.

Analogamente ao já explicitado no caso dos vistos de turista e de trânsito, o portador de visto de cortesia, oficial ou diplomático só pode exercer a atividade remunerada que tenha servido de base para a concessão do visto, se foi o caso (art. 101 da L. 6.815/80).

Especial importância para os fins do presente trabalho, têm os vistos **temporário e permanente**. Somente esses vistos – entre os previstos pelo art. 4º da L. 6815/80 – permitem ao estrangeiro a residência no Brasil.

2.2.1 Visto Temporário

Pode-se conceder o visto temporário ao estrangeiro que venha ao Brasil nas seguintes condições: em viagem cultural ou em missão de estudos; em viagem de negócios; na condição de artista ou desportista; na condição de estudante; na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; e na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa.

O Estatuto do Estrangeiro silencia quanto à possibilidade de exercício de atividade remunerada por aqueles que vêm ao país em viagem cultural ou em missão de estudos. A Resolução n.º 13 do CNI, porém, estabelece que o cientista, professor ou pesquisador estrangeiro que pretenda vir ao País em missão de estudos ou cooperação científico-tecnológica pode receber pro-labore, se o tempo de permanência não ultrapassar de 90 dias, ou bolsa de pesquisa de entidade reconhecida oficialmente. Anote-se que esse visto conta com a validade de duração da missão (máximo de dois anos).

O estrangeiro em viagem de negócios raramente utiliza-se de visto sob tal condição (conhecido por *business*) para seu ingresso em território nacional. É que ele não encontrará maiores dificuldades para obtenção do visto de turista, cujo regramento é mais flexível. De qualquer forma, há de se referir que o visto de negócios, com prazo brevíssimo de 90 dias improrrogáveis, presta-se unicamente para a freqüência do portador a reuniões, prospecção de oportunidades de investimento, etc. – não oferece possibilidade, portanto, de exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

O visto de estudante é reservado àqueles de qualquer nível de graduação ou pós-graduação, inclusive aqueles que participam de programas denominados "sanduíche". O estrangeiro admitido a ingresso sob tal condição tem sua permanência limitada a um ano, prorrogável mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula. Torna-se, pois, estrangeiro residente. Nem por isso, contudo, tem seu direito

ao trabalho assegurado: o exercício de atividade remunerada lhe é defeso pelo preceito do art. 98 da L. 6.815. A modo do já explicitado acima, trata-se de uma limitação justificada, tendo em vista o motivo da permissão de sua entrada em território nacional.

Contudo, como prevê o art. 3º da Resolução n.º 13 do Conselho Nacional de Imigração, a vedação de exercício de atividade remunerada, nesse caso, não acarreta impossibilidade de gozo de “bolsa-auxílio”. Na inexistência de bolsa-auxílio o estrangeiro deve comprovar, para obtenção do visto, que dispõe de recursos financeiros para manter-se durante o período do curso.

O visto temporário concedido à estrangeiro na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira não permite que seu detentor exerça atividade remunerada por fonte brasileira, por força do art. 98 da Lei 6.815 de 1980 – Estatuto do Estrangeiro.

O estrangeiro ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa que venha ao País para prestação de serviços de assistência religiosa não pode exercer qualquer atividade remunerada no país (art. 3º da Resolução Normativa n.º 39 da CNI). O visto será válido por um ano.

O mesmo ocorre ao estrangeiro que pretenda ingressar no Brasil com o fim precípuo de prestar serviços junto a entidades religiosas ou de assistência social – caso daquele interessado na prestação de serviço voluntário. Nesse caso não pode existir vínculo empregatício com pessoa jurídica sediada no Brasil e o visto terá prazo de 2 anos. Quanto à entidade de assistência, dever-se-á observar o disposto na Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

Apresentam maior relevância para o direito do trabalho, os vistos temporários para estrangeiros na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro (inciso V do art. 13 da L. 6815/80), ou ainda de artista ou esportista (inciso III do mesmo dispositivo) – além é claro do visto permanente.

Nessas hipóteses, a expedição do visto é condicionada às exigências especiais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração (órgão do Ministério da Justiça

criado pela L. 6.815/80) e à figuração como parte em contrato de trabalho devidamente chancelado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, exceto no caso de prestação de serviços ao Governo brasileiro (art. 15 do Estatuto).

Os artistas ou esportistas têm seu prazo de estada limitado a 90 dias. Tal prazo, para os demais, depende da duração do contrato ou da prestação de serviços, mediante comprovação perante a autoridade consular, observando-se a legislação trabalhista. Na verdade, o inciso III é mera hipótese especial do inciso V do art. 13 da L. 6.815/80, seccionado em razão de suas peculiaridades e incidência prática.

As resoluções normativas, recomendadas, administrativas e portarias emanadas do Conselho Nacional de Imigração – CNI (órgão subordinado ao Ministério da Justiça) e do Ministério do Trabalho e Emprego pertinentes ao tema formam um “inextricável emaranhado legislativo”. Destacam-se, entretanto, por sua relevância prática na proteção do trabalho do nacional: as Resoluções Normativas de n.ºs 10, 12 e 34 e a recente Resolução Administrativa de n.º 04, de 21 de maio de 2003, todas do Conselho Nacional de Imigração.

A Resolução Normativa n.º 10 do CNI será objeto de estudo na seção relativa ao visto permanente.

A Resolução Normativa n.º 12, de 13 de maio de 1998, do Conselho Nacional de Imigração, impõe requisitos de escolaridade para a concessão de visto temporário a estrangeiro na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro (inciso V do art. 13 da L. 6815/80). Sua base legal é o parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Estrangeiro, que estabelece que a imigração visará, primordialmente, a propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional.

Foi suspensa pela Resolução Administrativa n.º 04 – de 21 de maio de 2003 – a Resolução Normativa n.º 34, que tratava sobre a concessão de autorização de trabalho e visto temporário a estrangeiros sob contrato de prestação de serviço de assistência técnica, acordo de cooperação, convênio ou instrumentos similares, sem vínculo empregatício. Tal dispositivo era voltado para os casos em que uma sociedade comercial registrada no Brasil celebrasse contrato com empresa estrangeira, de

assistência técnica, por exemplo, em que era necessária a presença física de trabalhadores (estrangeiros) da empresa prestadora dos serviços.

A hipótese se reveste de extrema relevância no âmbito da proteção do trabalhador nacional, a despeito da ausência de liame empregatício entre o estrangeiro e a tomadora dos serviços (sociedade comercial nacional – ou ao menos registrada no Brasil). Isto porque se teme que, na prática, haja uma deturpação da finalidade do dispositivo, de modo que empresas não-brasileiras simplesmente “transfiram” seus empregados de outras partes do mundo para a subsidiária lotada no Brasil, mediante a simulação de contratos internacionais de prestação de serviços e de cooperação.

Reputou-se que, para coibir tal expediente, é necessária alteração na regulamentação da matéria. Assim, suspendeu-se a Resolução Normativa n.º 34 enquanto não se chega a uma conclusão acerca de o que se constitui como prestação de serviços passível de regulação sob tais moldes.

Por ora, em casos análogos, mas extremos, quando é por demais evidente a necessidade do trabalhador estrangeiro no território nacional, a solução é a apresentação de requerimento administrativo genérico ao Ministério do Trabalho.

2.2.2 Visto Permanente

Reserva-se o visto permanente ao estrangeiro que visa a estabelecer-se definitivamente no Brasil.

Dispõe o parágrafo único do art. 16 da L. 6.815/1980 que “a imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos”.

Desse modo, a regulação administrativa⁵⁷ prevê que o estrangeiro na qualidade de pesquisador ou especialista de alto nível, investidor (pessoa física) ou ocupante de

⁵⁷ Resolução Normativa Nº 1, de 29 de Abril de 1997, que também prevê a possibilidade de visto temporário, para o mesmo caso, se não houver necessidade de prazo superior a dois anos.

cargo de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil pode pleitear esse tipo de visto, que, nessa hipótese, fica condicionado à autorização de trabalho emitida pelo Ministério do Trabalho.

A Resolução Normativa n.º 10 do CNI disciplina a concessão de visto a estrangeiro que figurará como administrador, gerente, diretor ou executivo de sociedade comercial. Estabelece que, para tanto, é necessário **autorização de trabalho** expedida, após o procedimento administrativo competente, pelo Ministério do Trabalho (o prazo da autorização é de até 5 anos).

Afora requisitos de caráter mais formal, para que a sociedade comercial indique estrangeiro⁵⁸ que atuará como seu administrador, gerente, diretor ou executivo, deverá comprovar: investimento em moeda, transferência de tecnologia ou de outros bens de capital de valor igual ou superior a US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares norte-americanos, ou o equivalente em moeda nacional)⁵⁹ para cada estrangeiro chamado; ou um crescimento na folha salarial relativo a novos empregos, no ano que antecedeu ao pedido de chamada do estrangeiro, igual ou superior a 240 salários mínimos, respeitada a regra dos dois terços, da CLT (art. 354), para cada estrangeiro chamado.

Também o investidor pode requerer o visto permanente. Para tanto, de acordo com a Resolução Administrativa n.º 28 do CNI, deve comprovar a compatibilidade dos recursos com o investimento pretendido e seu interesse social (art. 2º); e investimento em montante igual ou superior a US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares norte-americanos). Há, ainda, a possibilidade excepcional de o CNI outorgar o visto no caso de investimento inferior a este montante, desde que o projeto de investimento contemple a geração de no mínimo dez novos empregos ou seja de relevante interesse social.

⁵⁸ A mudança de empregador fica condicionada à aprovação do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho.

⁵⁹ A comprovação do investimento pode se dar mediante a apresentação de cópia de Certificado de Registro de Capital Estrangeiro do Banco Central ou mediante a apresentação de contrato de câmbio emitido pelo Banco receptor do investimento e alteração contratual ou estatutária, registrado no órgão competente, e comprovação da integralização do investimento na empresa receptora.

O estrangeiro aposentado pode requer o visto permanente, se comprovar que está apto a transferir ao Brasil, mensalmente, importância igual ou superior a US\$ 2.000,00 (mais US\$ 1.000,00 para cada dependente que ultrapasse de dois).⁶⁰

Como se observa, é grande o óbice imposto à admissão de trabalhadores estrangeiros no território brasileiro. Não só o Estatuto do Estrangeiro como também os regulamentos administrativos dos ministérios da Justiça e do Trabalho estabelecem uma série de requisitos, de modo que são admitidos a ingresso apenas aqueles trabalhadores que realmente contribuirão para o crescimento do mercado de trabalho nacional.

Assim, de forma geral, pode-se afirmar que a legislação que regula a entrada de trabalhadores estrangeiros no Brasil tem por fito não só impedir o ingresso de trabalhadores que competirão com os residentes, como também incentivar o investimento estrangeiro, criar novos postos de trabalho e incrementar a tecnologia. Ao contrário do que pode transparecer sem uma análise mais aprofundada, portanto, proteger o mercado de trabalho do nacional, em alguns casos, é permitir a entrada de estrangeiros.

Desse ponto decorre que a autoridade administrativa tem um espaço muito reduzido de discricionariedade na apreciação dos pedidos de autorização de trabalho. A prática, comum, de exigência de qualquer outro requisito que não os legalmente previstos é, na verdade, ilegal.

Vale a alusão, aqui, ao Projeto de Lei n.º 2752/2000, de autoria do deputado federal Alberto Fraga. O Projeto, de redação truncada, tinha por escopo limitar a contratação de mão-de-obra externa a apenas dois casos: efetiva necessidade da contratação do trabalhador estrangeiro e comprovada inexistência de trabalhadores nacionais, ou estrangeiros residentes no país, para o exercício da atividade ou função. A falta de conveniência do Projeto levou a seu arquivamento, em 31 de janeiro de 2003. Anteriormente, a Câmara Americana de Comércio – AmCham – já se havia posicionado contrariamente à aprovação do PL, alegando que as multinacionais não incentivam a presença da mão-de-obra estrangeira no país, uma vez que estes custam,

em média, cerca de três vezes mais do que um funcionário brasileiro com a mesma qualificação.

2.2.3 Casos Especiais

2.2.3.1 Reunião Familiar, Prole Brasileira e Cônjuge Brasileiro

A Constituição da República concebe a família como “base da sociedade”, digna, pois, de merecer “especial proteção do Estado” – art. 226, CR. Por conseguinte, tanto o Estatuto do Estrangeiro, quanto as diversas resoluções administrativas sobre imigração, protegem a união familiar.

Dessa maneira, aos dependentes legais de cidadão brasileiro ou de estrangeiro residente temporário ou permanente no País assegura-se a possibilidade de requerer, para reunião familiar, visto temporário ou permanente – Resolução Normativa n.º 36, de 28 de setembro de 1999. Por força do art. 98 da L. 6.815, porém, a esses dependentes é defeso exercer atividade remunerada. Exige-se, por isso, quando do requerimento do visto, a prova de meio de vida e de capacidade financeira do chamante para sustentar o chamado.⁶¹

O estrangeiro que tenha cônjuge ou filho⁶² brasileiro pode requer a permanência definitiva, com base no art. 75, inciso II da Lei 6.815/80. Uma vez que o visto é permanente, pode o estrangeiro exercer atividade remunerada em território nacional. O Projeto de Lei 283/2003⁶³, de autoria da deputada federal Laura Carneiro (PFL/RJ), pretende permitir que também o estrangeiro que tenha sob sua responsabilidade criança ou adolescente junto a entidade filantrópica tenha esse benefício.

⁶⁰ Resolução Normativa do CNI n.º 45, de 14 de março de 2000.

⁶¹ O mesmo instituto é passível de utilização no caso do concubinato, como prevê a Resolução Administrativa n.º 02, de 28 de setembro de 1999.

⁶² Cumpre observar que as leis sobre a adoção de nacionais por estrangeiros são bastante rigorosas.

⁶³ Em 20 de agosto de 2003 aguardava deliberação da Comissão de Seguridade Social e Família.

Insta destacar que a permanência, nesses casos, é condicionada ao fato que a justifica. O abandono do filho, o divórcio e a separação, de fato ou de direito, ensejam imediata possibilidade de expulsão do estrangeiro.

Isso dificulta, mas não impede, o desvirtuamento do instituto. A contração de núpcias, apenas para obtenção de direito de permanência, ainda é considerada, em todo o mundo, como “solução não ortodoxa” a possibilitar a migração internacional.

2.2.3.2 Asilados

O Estatuto do Estrangeiro prevê, ainda, a admissão em território nacional de estrangeiro na condição de asilado político ou refugiado.

No plano internacional, a matéria é regida pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, e seu Protocolo, de 21 de janeiro de 1967. O Brasil figura entre os cem países que ratificaram referida Convenção.⁶⁴

Os arts. 17, 18 e 19 da Convenção dispõem que os refugiados podem desempenhar atividades lucrativas nos Estados-Membros, entre elas o emprego remunerado (art. 17).

2.2.3.3 Portugueses

A Constituição da República atribui (§ 1.º, do art. 12) os direitos inerentes aos brasileiros aos portugueses aqui residentes, no caso de haver reciprocidade em favor dos brasileiros (salvo as exceções da própria Constituição). Também o Estatuto do Estrangeiro prevê o tratamento igualitário.

Tais diplomas recebem, assim, a Convenção de Reciprocidade de Tratamento entre Brasil e Portugal.⁶⁵ Segundo a Convenção, o português regularmente residente no Brasil tem os mesmos direitos do brasileiro.

⁶⁴ CAVARZERE, Thelma Thais. Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 136.

⁶⁵ Internalizada, no Brasil, pelo Decreto nº 70.436, de 1972.

Cumpra observar, contudo, que o ingresso dos portugueses no território brasileiro, apesar de facilitado pelo Acordo Brasil-Portugal sobre Facilitação de Circulação de Pessoas, não importa indiscriminado acesso de trabalhadores portugueses imigrantes. A disciplina jurídica, aqui, é semelhante à adotada para os trabalhadores nacionais de países integrantes do Mercosul.

2.2.3.4 Nacionais de Países Limítrofes

Regra pouco observada, mas importante, é a do art. 21, da Lei 6.815/80: pode-se permitir que o natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território brasileiro adentre aos municípios fronteiriços a seu respectivo país. Ressalva, contudo, que devem ser respeitados os interesses da segurança nacional.

Esse estrangeiro poderá exercer atividade remunerada. Nesse caso, deve-se-lhe fornecer a competente Carteira de Trabalho e Previdência Social.

2.2.3.5 Livre Circulação de Trabalhadores no Âmbito do Mercosul

Edésio PASSOS⁶⁶ lembra que o artigo 1º do Tratado do MERCOSUL estabelece como meta básica do bloco a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos e a harmonização das legislações dos países, tudo com vistas a possibilitar o fortalecimento do processo de integração.

Giza o ilustre doutrinador, porém, que até hoje quase nada se fez no que se refere à livre circulação de serviços e trabalhadores, no âmbito do MERCOSUL. Foram priorizadas apenas as metas de cunho econômico, aí se incluindo a livre circulação de bens.⁶⁷

⁶⁶ PASSOS, Edésio. *Relações de trabalho & Transformação Social: o direito (do) excluído em uma época de crise*. Curitiba: Decisorio Trabalhista. 1999. p. 152-160.

⁶⁷ Também Eduardo Nunes CAMPOS chega a tal conclusão, afirmando que, por ora, a livre circulação no MERCOSUL restringe-se às mercadorias. CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 286.

Atualmente vigora a Mensagem 292/02, da Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, que dispõe sobre a isenção de vistos entre os países integrantes do bloco. Esse acordo dispensa artistas, professores, cientistas, desportistas, jornalistas e técnicos especializados da obrigatoriedade de obter vistos para exercer suas atividades em qualquer um dos Estados partícipes do MERCOSUL. As estadas são limitadas a até 90 dias corridos, prorrogáveis por igual período. Em sendo necessário tempo maior, o indivíduo nacional dos demais países do MERCOSUL deve sujeitar-se à disciplina ordinária de concessão de vistos.

De qualquer sorte, Jorge de Souza LIMA informa que se prevê para o ano de 2006 a livre circulação dos fatores produtivos, isto é, de capitais, serviços e **trabalhadores** dentro do MERCOSUL.⁶⁸

A livre circulação, dentro do MERCOSUL, será, então, direito de todos os trabalhadores brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, tal qual os demais direitos e garantias individuais do art. 5º da CR.

É que, nesse contexto, não se pode olvidar que as normas do Tratado de Assunção – que no Brasil foi ratificado pelo Decreto 350, de 21 de novembro de 1991, após aprovação do Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 197, de 25 de setembro de 1991 – que versam sobre direitos fundamentais restaram incorporadas à ordem jurídica brasileira, ao lado dos direitos e garantias individuais de que trata o art. 5º da Constituição.

Como alude PASSOS⁶⁹, outra interpretação não se pode extrair do parágrafo segundo do artigo 5º⁷⁰ da Constituição da República⁷¹.

⁶⁸ LIMA, Jorge de Souza. *Livre circulação de trabalhadores no âmbito do Mercosul*. Revista LTr. an. 67. n. 3. mar.2003. São Paulo. p. 303.

⁶⁹ PASSOS, Edésio. *Relações de trabalho & Transformação Social: o direito (do) excluído em uma época de crise*. Curitiba: Decisório Trabalhista. 1999. p. 152.

⁷⁰ “Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁷¹ Essa interpretação do parágrafo segundo do art. 5º da CR é feita principalmente pela doutrina que defende a incorporação das normas do Pacto de San Jose ao rol dos direitos e garantias da Constituição (entre outros, Eduardo Talamini). O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a matéria, mas não se pode dizer que chegou a um entendimento cristalizado, principalmente ante a iminente renovação de sua composição. Especificamente quanto aos tratados e convenções que versam sobre direitos trabalhistas, SÜSSEKIND compartilha do mesmo entendimento, corroborando-o mediante a

2.3 Exercício de Atividade Remunerada por Estrangeiro - A Jurisprudência do TST

O Tribunal Superior do Trabalho já teve oportunidade de se manifestar acerca das possibilidades de exercício de atividade remunerada por estrangeiros. Quando da apreciação dos embargos em Recurso de Revista n.º 380879/1997 os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais entenderam que, “segundo a interpretação do art. 98, c/c o art. 13 da Lei n.º 6.815/80, a vedação do exercício de atividade remunerada ao estrangeiro que se encontra no Brasil limita-se às seguintes condições: visto de turista, visto de trânsito, visto temporário na condição de estudante e dependente de titulares de quaisquer vistos temporários. (...)”.

Seguindo a metodologia adotada pelo Estatuto do Estrangeiro, portanto, o Colendo Tribunal analisou a questão de maneira negativa, isto é, definindo os casos em que o estrangeiro não pode exercer atividade remunerada. Com efeito, a norma do art. 97 da L. 6.815/80 dispõe que é livre o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira por estrangeiro, desde que respeitadas as restrições daquela própria Lei. As restrições, por sua vez, são apresentadas no art. 98, e este só proíbe o trabalho de estrangeiros nas condições aduzidas no acórdão.

É equivocado pensar, portanto, que o trabalho de estrangeiro em território nacional só é autorizado em alguns casos: é, em verdade, proibido em apenas alguns casos. Há estrangeiros em diversas outras condições, como visto acima, que podem exercer trabalho remunerado.

3 DIFERENÇA

3.1 Uma Nova Realidade – O Mundo Globalizado

A globalização é hoje um fato. Não cabe, pois, julgá-la, sendo-lhe pró ou contra – ‘ser contrário à globalização é como ser contrário à lei da gravidade’ – mas há lugar ao menos para lamentar suas mazelas. A análise dessas mazelas é o que faz, com maestria, Abili Lázaro Castro de LIMA⁷².

Esse professor adota o conceito de globalização de Anthony GIDDENS, para quem a globalização seria a “[...] intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁷³.

Entender a globalização como algo que faz com que eventos locais sejam determinados por acontecimentos distantes, porém, é apenas uma forma de visualizar o fenômeno⁷⁴. Na verdade, é preciso ter em mente que o conceito de globalização não se encontra, ainda, bem determinado, até mesmo pela complexidade dos elementos que a caracterizam. Mais frutífera do que procurar um conceito definitivo de globalização parece ser a indicação de suas características mais marcantes. Nesse intento, alguns traços do fenômeno podem ser extraídos da definição de Estevão RIEGEL:

A globalização é um fenômeno em cujo ventre está sendo gestada aquela que os estudiosos chamam de terceira revolução e que estaria implicando profundas e abrangentes mudanças nos modos de produção⁷⁵ da humanidade, quebrando inclusive barreiras ou mitos como o dos

⁷² LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

⁷³ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp. 1991. p. 69 *Apud* LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 124.

⁷⁴ Nesse sentido, Wilson RAMOS FILHO concorda com Boaventura de SOUZA SANTOS (in *Uma concepção multicultural de Direitos Humanos*. Revista Lua Nova n. 39. 1997. p. 105-123), para quem o termo globalização constitui-se, na realidade, por conjuntos diversos de relações sociais. Há, pois, “globalizações”, não **uma** globalização. RAMOS FILHO, Wilson. *A globalização dos direitos humanos*. In ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Edibej: Curitiba. 1998. p. 172.

⁷⁵ Não se há de deixar levar pela literalidade do texto, eis que o modo de produção característico desta realidade ainda é o modo capitalista de produção. O que ocorre, nestas novas relações, é que internacionalizam-se os meios de produção, em decorrência, de um lado, da busca de empresas por

Estados nacionais. A informática e a comunicação por satélite desconhecem fronteiras geográficas e **o fluxo de capitais apátridas tende a se concentrar onde maiores sejam seus ganhos, dado que sua destinação, seja para produção com menores custos, seja para propiciar consumo pelos de maior poder aquisitivo, é o mundo.**⁷⁶ (grifou-se)

Na verdade, como lembra José Eduardo FARIA, a globalização não é, propriamente, um fenômeno novo. Há, em verdade, novos elementos que tornam a globalização de hoje diversa de qualquer outra. O que realmente é novo, para o autor, é a conjugação otimizada das relações de espaço e tempo – as restrições daquele são superadas pela minimização das limitações deste.⁷⁷

Essa otimização das relação espaço-tempo é dada, entre outros fatores, segundo FARIA, por um “fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica; (...) e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial”.

Com efeito, a facilidade com que o capital hoje é colocado em um país e dele retirado para imediata aplicação em outro é fato inédito na história. E é no campo econômico que mais evidentemente se percebe esta realidade. Assim é que os economistas se valem do termo globalização, como conceito, "quando analisam os fluxos de negócios que têm impactos sobre os espaços econômicos e monetários nacionais ou perda do poder do Estado"⁷⁸.

Esse fluxo do capital narcisista – pois desatrelado de outra preocupação que não si mesmo, característica destacada por esses e outros autores, traz importantes mudanças no mundo das relações do trabalho. É traço peculiar da denominada

melhores (mais baratas) condições de produção, e de outro, a desculpa de abertura de novos empregos e geração de divisas dos Estados que recebem tais companhias.

⁷⁶ RIEGEL, Estevão. *Globalização, neoliberalismo e flexibilização: direitos e garantias*. In ARRUDA JR, Edmundo L. de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ. 1998. p. 133.

⁷⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999. p. 62.

globalização econômica e se mostra através de um novo modelo corporativo, baseado nas empresas transnacionais, que implica uma nova divisão internacional do trabalho.

Não se olvida, obviamente, que o viés econômico é apenas uma das facetas da globalização. Ocorrem, concomitantemente, de acordo com Liszt VIEIRA⁷⁹, as “globalizações” política, social, ambiental, cultural e econômica. O fio condutor de todo o processo, porém, é por certo a estrutura econômica. Nessa perspectiva, compreende-se que as inovações tecnológicas, por exemplo, seja no que tange à mídia, seja no que se refere à informática, dão o diferencial estético ao conceito ora analisado, mas são determinadas, naturalmente, por necessidades econômicas.

Para os fins do presente trabalho a análise da globalização, notadamente a econômica, não pode prescindir de um estudo acerca das empresas nacionais, bem como da nova divisão internacional do trabalho.

Salvador Allende, já em 1972, na trigésima sessão da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, destacou que “os mercadores não têm pátria. A terra onde eles vivem não é para eles um laço. Tudo o que lhes interessa, é onde eles possuem seus lucros. Esta frase não é minha, ela é de Jefferson ... Meu país está exposto às forças que agem na penumbra, sem bandeira, mas munidas de armas poderosas e colocadas nos locais estratégicos os mais diversos”⁸⁰.

A combinação entre empresa transnacional e nova divisão internacional do trabalho é sobremaneira retratada por Ignacio RAMONET:

A ‘empresa global’ de hoje deixou de ter centro, ela é um organismo sem corpo sem coração, não passa de uma rede constituída de diferentes elementos complementares, disseminados através do planeta e que, articulando-se uns aos outros segundo uma pura racionalidade econômica, obedecem a duas palavras: rentabilidade e produtividade. Assim, uma empresa francesa pode solicitar empréstimos na Suíça, instalar seus centros de pesquisa na Alemanha,

⁷⁸ BENAOUICHE, Rabah. *Globalização ou pax americana?*, In ARRUDA JR, Edmundo L. de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ. 1998. p. 8-9.

⁷⁹ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 94-96. *Apud* LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

⁸⁰ Na ocasião, Allende exprimia sua irrisignação contra o corte de linhas de crédito a seu país, de parte de duas grandes corporações americanas e bancos privados estrangeiros. LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 146.

comprar suas máquinas na Coréia do Sul, construir suas usinas na China, elaborar sua campanha de marketing e publicidade na Itália, vender aos Estados Unidos e ter sociedade com capitais mistos na Polônia, Marrocos e México. [...] **Os assalariados dos países de origem da firma são integrados, independentemente de sua vontade, no mercado internacional de trabalho. O nivelamento faz-se por baixo; os baixos trabalhos e menor proteção social levam a melhor.** [...] A empresa global procura, pelos deslocamentos e o aumento incessante da produtividade, o máximo lucro; essa obsessão leva-a a produzir nas regiões onde os custos salariais são os mais baixos e a vender onde os níveis de vida são mais elevados.⁸¹ (grifou-se)

Dentro dessa nova realidade global, é preciso notar que o próprio conceito de soberania do Estado é colocado em xeque. Isto porque “a interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia”⁸².

Também os processo de integração, que ocorrem com a globalização “impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação (acarretando) uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros...”⁸³.

Não é a globalização a causa determinante de todas as mazelas do Estado.

Verifica-se, uma crise conceitual e uma crise estrutural no Estado moderno⁸⁴. Ambas ensejam, inexoravelmente, uma modificação na própria noção de direito enquanto produto do Estado, mesmo porque “o Estado tem a seu cargo produzir e assegurar a realização do Direito”^{85,86}.

⁸¹ RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do caos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 49-50. *Apud* LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 149.

⁸² MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 31.

⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 31-32.

⁸⁴ Conforme os termos utilizados por José Luis Bolzan de Morais.

⁸⁵ SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e Direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: AIDE. 1984. p. 154.

⁸⁶ Antônio Carlos Wolkmer, em seu *Pluralismo Jurídico*, ao tratar do assunto, fala em quatro grandes fases ou ciclos do monismo jurídico, que consistiriam na sua formação, sistematização, apogeu e crise do mesmo. Por fim, o último grande ciclo do monismo jurídico, encontra seu lugar a partir dos anos 60/70, com a própria crise do Estado do Bem-estar Social, novas necessidades de reordenação e

Também no mundo do trabalho verificam-se vestígios da crise do Estado, gerados pela nova realidade. O Estado não consegue cumprir sua tarefa de assegurar o pleno emprego⁸⁷, justamente devido à concorrência com outros Estados. O nacional passa a concorrer não apenas com seu compatriota (ou com o estrangeiro residente no mesmo território), mas com um trabalhador a milhas de distância⁸⁸ – aqui o conceito de globalização de GIDDENS mostra toda sua validade (acontecimentos locais sendo modelados por eventos ocorrendo a milhas de distância).

A ausência de emprego para o trabalhador nacional, portanto, nunca será evitada às custas da discriminação do estrangeiro. Na globalização, todos os trabalhadores são vítimas.⁸⁹ Porque, quem não tem emprego, não o tem porque alguém vendeu sua força de trabalho a preço menor; quem tem emprego, tem-no porque **conseguiu** vender sua força de trabalho, e isso só foi possível a um preço baixíssimo, vil mesmo.⁹⁰ E isso, lembre-se, ocorre em escala “global”. É o que ensina, com maestria, Pierre BOURDIEU:

globalização do capital monopolista e final distanciamento entre realidade social e ordenamento jurídico positivado. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa-omega. 1994. p. 40-58.

⁸⁷ Mesmo porque, dentro do modo capitalista de produção, é impossível cumprir tal tarefa. A exploração pelo capital pressupõe a existência de um exército de reserva. O que o Estado pode fazer é assistir os desempregados ou semi-empregados.

⁸⁸ A concorrência internacional entre os trabalhadores não é fenômeno novo, mas hoje se acentua. Lembre-se que foi para se evitar os efeitos deletérios dessa concorrência nas condições básicas de trabalho que foi criada a OIT, como aponta Arnaldo SÜSSEKIND. (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr. 2000. p. 99)

⁸⁹ Compreende-se, aí, o porquê da “necessidade” de flexibilização: “Com a diminuição das barreiras alfandegárias e com a globalização, nos países com algum nível de ‘estado de bem-estar social’, cada vez mais há quem defenda a flexibilização de direitos como imprescindível para a competitividade internacional dos produtos, muitas vezes sob o epíteto de desregulação, que nada mais é do que uma nova regulação. Por trás destas expressões (flexibilização e desregulação) estão as mais diversas orientações legislativas contemporâneas em vários países de capitalismo avançado, tendentes a suprimir conquistas trabalhistas em nome do aumento da competitividade (...)”. RAMOS FILHO, Wilson. *A globalização dos direitos humanos*. In ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Edibej: Curitiba. 1998. p. 181.

⁹⁰ Wilson RAMOS FILHO fala, com precisão, no *dumping* social. Como com a globalização o processo produtivo passa a guardar pouca relação com os mercados prioritários, as empresas, transnacionais, buscam a diminuição dos custos de produção. Daí a necessidade de busca de trabalhadores **menos bem** remunerados, ou **ainda pior** remunerados – isto é, o *dumping* social. RAMOS FILHO, Wilson. *A globalização dos direitos humanos*. In ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Edibej: Curitiba. 1998. p. 181.

Facilitando ou organizando a mobilidade do capital, e o ‘deslocamento’ para os países com salários mais baixos, onde o custo do trabalho é reduzido, favoreceu-se a extensão da concorrência entre os trabalhadores em escala mundial. A empresa nacional (ou até nacionalizada), cujo território de concorrência estava ligado, mais ou menos estritamente, ao território nacional, e que saía para conquistar mercados no estrangeiro, cedeu lugar à empresa multinacional, que **põe os trabalhadores em concorrência, não mais apenas com seus compatriotas, ou mesmo, como querem nos fazer crer os demagogos, com os estrangeiros implantados no território nacional, que evidentemente, são de fato as primeiras vítimas da precarização, mas com trabalhadores do outro lado do mundo, que são obrigados a aceitar salários de miséria.**⁹¹

Uma nova realidade, portanto, o mundo globalizado, torna inócuos os mecanismos de proteção ao trabalhador nacional.

3.1.1 MERCOSUL

Eduardo Biacchi GOMES noticia que o processo de integração ora denominado de MERCOSUL tem origem na ALADI – Associação Latino-Americana de Integração, instituída em 1980, pelo tratado de Montevideu. Esta, por sua vez, sucedeu a ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio, nascida em 1961, e feneceu devido à drástica crise econômica pela qual passaram seus associados, bem como pela incompatibilidade entre as políticas econômicas adotadas pelos diversos governos.⁹²

A ALADI permanece em vigor, mas perdeu sua força e parece haver estagnado. Contudo, um dos pontos positivos de tal Associação (e que de certa forma contribuiu para seu próprio insucesso) foi sua filosofia de possibilitar aos países membros a formação de sub-blocos regionais – como consubstanciado no art. 7º do tratado que a instituiu. Aí se encontra a gênese do MERCOSUL⁹³, surgido a partir do Acordo de

⁹¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 151.

⁹² GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 27.

⁹³ Também outros blocos da América Latina nasceram a partir da ALADI: Pacto Andino (1969), entre Bolívia, Chile, Equador e Peru; e Nafta (1990), formado por México, Canadá e Estados Unidos da América.

Complementação n.º 14, celebrado entre o Brasil e a Argentina, que tinha por objetivo a formação de um mercado comum entre tais países até 1994.

Brasil e Argentina tiveram um desenvolvimento histórico muito semelhante no último século: ambos foram vitimados pelo processo inflacionário, sofreram longos períodos de regimes militares com transição quase que concomitante para o regime democrático⁹⁴ e sofrem os impactos das políticas neoliberais.

A aproximação entre Brasil e Argentina, principalmente a partir da década de 80, teve por fator propulsor a necessidade de ambos os países fomentarem seu comércio interno. Uruguai e Paraguai, tementes de perder influência política e comercial na região, manifestaram, mais tarde, sua intenção em participar do bloco em vias de formação.

Assim é que foi assinado, em 26 de março de 1991 (com vigência a partir de 29 de novembro do mesmo ano), o Tratado de Assunção, que visava à formação de um mercado comum. A Bolívia passou a integrar o MERCOSUL em 1995, como membro associado, por meio do Acordo de Complementação Econômica n.º 34, exemplo seguido pelo Chile, com o Acordo de Complementação Econômica n.º 35, de 25 de junho de 1996.

Para compreender o atual estágio de evolução do MERCOSUL é necessário, primeiramente, conhecer as diversas fases de um processo de integração.

Os processos de integração são também características da globalização e podem ser definidos como processo mediante o qual alguns Estados pretendem a formação de um grupo, cujas características são por eles definidas e que se desdobra em algumas fases⁹⁵.

A fase mais básica de integração é a denominada **zona de livre comércio**, caracterizada pela possibilidade de livre circulação de bens (mercadorias), com o

⁹⁴ GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 28.

⁹⁵ ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá Editora. 1996. p. 18-30.

desmantelamento de barreiras alfandegárias. Como exemplo de tal forma de integração, existe o Grupo dos Três – Paraguai, Venezuela e Colômbia.

Uma segunda etapa no processo de integração seria a **união aduaneira**, uma superação da Zona de Livre Comércio que, além de anular as tarifas entre os Estados membros, estabelece uma tarifa externa comum (TEC) para produtos importados de terceiros países. Os Estados membros passam a negociar em bloco com o exterior, eis que passam a ser uma coletividade estatal com personalidade jurídica internacional.

Superadas tais fases, evolui-se para o que se chama de **mercado comum**, que reproduz a Zona de Livre Comércio e União Aduaneira e amplia a livre circulação para serviços, **pessoas** (profissionais, mão-de-obra, livre estabelecimento) e capitais (dinheiro, ações e títulos de crédito).

Por fim, a **união monetária**, tão polêmica porque o estado deixa de ter poder de controlar o câmbio de sua moeda, passando a contar somente com uma moeda única para todos os Estados membros. É o caso da União das Européias.

Ocorre que, no MERCOSUL, como lembra GOMES⁹⁶, a tarifa externa comum – TEC – não é aplicada para todos os produtos, pois existe a possibilidade de criação de uma **lista de regime de adequação** “para os produtos que não têm livre circulação no bloco econômico e sobre os quais incidem tarifas diferenciadas, e de uma **lista de exceções** para os produtos oriundos de terceiros países e importados pelos Estados do MERCOSUL que não se utilizam da TEC”.

Não se trata o MERCOSUL, pois, de uma união aduaneira, no rigor do termo.

É por isso que parte da doutrina especializada define o bloco como uma **união aduaneira imperfeita**.⁹⁷

⁹⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 31.

⁹⁷ “Jorge FONTOURA, ao analisar a estrutura atual do Mercosul, refuta a existência de um mercado comum dentro do bloco econômico, que ele chama de ‘Mercosul imaginário’, pois nele estão ausentes as características do modelo europeu. Quanto ao ‘Mercosul real’, seria pautado pela existência de uma ‘união aduaneira imperfeita’” GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 33. “O Mercosul ainda não pode ser considerado uma união aduaneira dita perfeita, pois estão em vigor, atualmente vários institutos típicos de uma fase de implementação. Poderia ser caracterizada como

Recentemente (1999) o MERCOSUL foi abalado pelas divergências por que passaram Argentina e Brasil. Sendo o Brasil um dos principais importadores dos produtos argentinos, a mudança na política cambial brasileira (desvalorização do Real) certamente contribuiu (se não determinou) para a crise econômica argentina.

A livre circulação de trabalhadores, no âmbito do MERCOSUL, já foi objeto de abordagem em seção própria.

3.2 Análise Jurídica das Pretensas Razões do Xenofobismo Legislativo e Social

Em tópico específico será analisada a disciplina jurídica vigente de proteção do trabalhador nacional. O presente item guarda por finalidade unicamente indagar acerca de possíveis razões que levaram o legislador a uma orientação nacionalista, no direito do trabalho – tudo com o fito de se perquirir acerca da legalidade das normas discriminatórias.

Segadas VIANNA e João de Lima TEIXEIRA FILHO ensinam que já em 1848 havia ventos que sopravam para uma orientação de proteção do trabalhador nacional.⁹⁸ Isso se mostra a partir da redação do art. 1º do projeto de Nuno Machado:

“Os casos de negócios de qualquer gênero que sejam nacionais ou estrangeiros, existentes e que se abrirem de novo só obterão licença tendo pelo menos um caixeiro brasileiro.”⁹⁹

Ademais, desde 1930 é adotada, no Brasil, orientação protecionista do trabalhador nacional. Em 12 de dezembro desse ano foi editado o Decreto n.º 19.482, que inseriu no direito brasileiro a “regra dos 2/3”, para algumas atividades.

uma união aduaneira imperfeita, ou ainda flexível pois representa uma área em que estão presentes características de uma zona de livre comércio com um Tarifa Externa Comum que abrange uma determinada parcela de mercadorias.” ROCHA, Maria da Conceição Ramos. *Mercosul – alcances da união aduaneira no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. p. 24 Apud GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 32.

⁹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v. 2. p. 944.

Para RUSSOMANO, as medidas protetivas foram criadas devido à “acentuada imigração” ocorrida no Brasil, em suas origens históricas, e acabaram por perdurar até hoje.¹⁰⁰ Aliás, hoje, período de intenso fluxo de capital estrangeiro para o território nacional, a proteção far-se-ia imprescindível. Isto porque, segundo o renomado doutrinador, o trabalhador estrangeiro muitas vezes chegaria ao território nacional em melhores condições psicológicas e técnicas que o trabalhador nacional.

Não haveria nenhum prejuízo, aí, para o estrangeiro: “jamais se considerou, na América, que tais medidas, de natureza administrativa, representassem atitude contrária ao imigrante”.

Opinião semelhante transparece nas “Instituições” de SÜSSEKIND – o ponto é de lavra de Segadas VIANNA, com atualização de João de Lima TEIXEIRA FILHO. Aos argumentos acima aduzidos acresce-se, ainda, o de que, em geral, as empresas de capital estrangeiro privilegiam seus conterrâneos quando da contratação.¹⁰¹ DE LA CUEVA compartilha do mesmo entendimento e salienta que a orientação (protetiva) é geral na América Latina.¹⁰²

Esses autores reconhecem, porém, que a tendência é de uma reação – não só no Brasil, mas também nos demais países da América Latina – contra a orientação nacionalista, que fere os princípios de solidariedade, e também porque a concorrência apenas contribui para o aperfeiçoamento do operário nativo.

No entanto, tal qual RUSSOMANO, VIANNA acredita que a legislação que protege o trabalhador nacional não fere de nenhum modo a esfera de direitos do

⁹⁹ LIMA SOBRINHO, Barbosa. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, 1987. ns 67 e 68. p. 18. *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v.2. p. 938-951. p. 941.

¹⁰⁰ RUSSOMANO, Victor Mozart. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora. 1997. p. 402.

¹⁰¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v.2. p. 939.

¹⁰² “O Panamá fixou [a porcentagem obrigatória de trabalhadores nacionais no quadro de empregados das empresas] (...) em 50%; o Chile (...) em 75%; São Salvador (...) em 80%; a Bolívia (...) em 75%; o Brasil (...) em dois terços; o Peru (...) em 50%; Cuba (...) em 50%, e a Colômbia (...) em 70%.” DE LA CUEVA, (...) *Derecho Mexicano del Trabajo*. 1954. vol 1. p. 149. *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v.2. p. 940.

estrangeiro. Seu fim seria tão-somente o de garantia ao operariado brasileiro, nunca de discriminação do alienígena – parece evidente a contradição residente nessa afirmação.

Compreende-se, pois, que esses autores, acreditam que a legislação de proteção ao trabalhador nacional busca tornar iguais as oportunidades (de emprego) entre nacionais e estrangeiros. Nesse aspecto da relação, o Estado deve proteger o nacional, pois em posição desfavorável.

Em outras palavras, esses consagrados juslaboralistas, que, por sua reputação, pode-se dizer que espelham boa parte da doutrina nacional, crêem que a discriminação se legitima em uma suposta busca pela igualdade de fato – a desigualdade, aqui, seria apenas aparente, fruto natural do paradoxo da igualdade.

Assim, a proteção do trabalhador nacional justificar-se-ia porque se trata de uma desigualdade de direito corrigindo uma desigualdade de fato. A discriminação se pauta nessa premissa e, nesse sentido, restaria plenamente atendido o princípio constitucional da igualdade.

A premissa utilizada, contudo, não é de todo verdadeira. Trata-se, aqui, de um pré-conceito desarrazoado, ou melhor, de um preconceito.¹⁰³ Isto porque nem todo estrangeiro está em melhores condições, na busca pelo emprego, do que o nacional.¹⁰⁴ Como já se expôs acima, os estrangeiros não chegam a formar um grupo uniforme. Diversas são as condições que possibilitam a entrada e a permanência (até definitiva) de um estrangeiro em território nacional. É errado, portanto, generalizar-se, afirmando que o estrangeiro está sempre em melhores condições de empregabilidade que o nacional, o que justificaria o tratamento diferenciado.

¹⁰³ A Procuradora do Trabalho Thereza Cristina GOSDAL ensina, citando Arnold M. ROSE, que o preconceito é uma idéia pré-concebida de um indivíduo ou grupo acerca de algo, ou alguém. A interiorização das idéias pré-concebidas por um indivíduo ou grupo leva ao tratamento diferenciado e imerecido de certas pessoas (por ausência de conhecimento), isto é, à discriminação. GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação de raça nas relações de trabalho no Brasil*. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba. n.47. a. 27 jan./jun. 2002. p. 251.

¹⁰⁴ Nem todos os estrangeiros estão em melhores condições do que o nacional, mas alguns estão. A solução do problema, no entanto, deve dar-se de outra forma, sem ofensa ao princípio da igualdade. Os negros são discriminados e nem por isso se lhes reservam cotas nas empresas. O Ministério Público do Trabalho pode cumprir importante papel no combate a esse tipo de discriminação. No mais, as oportunidades devem ser igualadas por meio da melhor preparação do nacional – nivelando-se por cima, não por baixo – só assim restaria realmente protegido o mercado de trabalho nacional, até mesmo diante das novas variáveis do desemprego.

Existe, portanto, uma outra idéia, subjacente ao pensamento dos que defendem a proteção do trabalhador nacional, e que se evidencia principalmente da análise das diversas regras de proteção do trabalhador nacional: a de que o nacional tem mais direito ao trabalho do que o estrangeiro.

Haveria, ainda, a possibilidade de a reserva de mercado constituir-se em uma **ação afirmativa**. Thereza Cristina GOSDAL ensina que a ação afirmativa, também chamada discriminação positiva, “compreende um conjunto de medidas legais e de práticas sociais, destinadas a compensar uma situação de efetiva desigualdade em que se encontre um determinado grupo social, possibilitar o acesso ao sistema legal, tornando viável para estes indivíduos o exercício de direitos fundamentais”.¹⁰⁵

Nesse sentido, o estabelecimento de cotas para os deficientes físicos e para menores-aprendizes configuram-se tratamentos igualitários. Não é o caso, porém, da reserva do mercado de trabalho ao nacional. Esta não é uma ação afirmativa. Observe-se que há uma efetiva desigualdade de fato entre os deficientes e o restante dos trabalhadores (todos), que se pretende ver corrigida com a desigualdade de direito.

Não é o que ocorre entre brasileiros e estrangeiros, pois, como já se disse, estes formam um grupo diversificado, em que nem todos estão em melhores condições que os nacionais. A generalização que se procede, aqui, é inigualitária: trata um grupo plural como se uniforme fosse, ou seja, trata igualmente desiguais.

Por isso é falacioso o argumento de que o que se pretende com a proteção do trabalhador nacional é a equalização das oportunidades. As normas que versam sobre a matéria e de forma indireta os autores acima citados, nitidamente pressupõem que o nacional tem mais direito ao trabalho que o estrangeiro. Os leigos têm como certa essa idéia. E isso ocorre devido ao **nacionalismo**.¹⁰⁶

O termo **brasileiro** surgiu antes mesmo de o Brasil ter esse nome: os traficantes do “pau-de-tinta” (pau-brasil) eram assim chamados. Contudo, aponta Darcy

¹⁰⁵ GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação de raça nas relações de trabalho no Brasil*. Revista TRT 9ª R. Curitiba. an.27. n. 47. jan./jun. 2002. p. 252.

¹⁰⁶ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ed. da Universidade de São Paulo. 1973. p. 145.

RIBEIRO¹⁰⁷ que, na verdade, o primeiro indivíduo a identificar-se como brasileiro foi o mameluco (o filho do índio com o branco). Outra opção, aliás, não lhe restava: não se identificava com os ancestrais americanos porque os desprezava, nem com os europeus, porque era desprezado por eles. Nasce, assim, a nação brasileira.

Com o tempo, paulatinamente a nação se transforma com a absorção de indivíduos vindos de outras partes do mundo – primeiro o negro, depois o alemão, o italiano, o japonês, etc. – até se autodefinir como nação brasileira, um todo em que nenhuma das partes se vislumbra como um “centro de lealdades étnicas extranacionais” isolado.¹⁰⁸

Nesse sentido, isto é, ante o caráter plúrimo do próprio conceito de “brasileiro”, não causa espécie o fato de o estrangeiro residente no Brasil considerar-se, à revelia dos conceitos jurídicos, como brasileiro. Por outro lado, a competitividade inerente ao capitalismo gera uma reação dos “verdadeiros” brasileiros. “Esse brasileirismo é hoje tão arraigado que resulta em xenofobia, por um lado, e, por outro, em vanglória nacionalista.”¹⁰⁹

Cumprir definir, portanto, se o estrangeiro residente faz ou não parte do “povo” brasileiro.

A Teoria Geral do Estado tem como certo que o elemento pessoal é indispensável para a constituição e existência do Estado¹¹⁰. Recebe o nome de povo, esse elemento pessoal. Mas, se todo poder emana do povo (parágrafo único do art. 1º da CR), quem (ou o que) é povo?

Adverte Dalmo de Abreu DALLARI que povo não é o mesmo que população. Esta é mera expressão numérica do conjunto de pessoas que vive no território do Estado ou que nele se ache temporariamente (note-se que o estrangeiro residente vislumbrado pelo art. 5º da CR não se acha temporariamente no território nacional). Também não corresponde a nação, pois essa compreende “uma comunhão formada por

¹⁰⁷ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p. 128.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 243.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*.

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 95.

laços históricos e culturais e assentada sobre um sistema de relações de ordem objetiva”. Povo, para DALLARI, seria o conjunto de indivíduos dotados de cidadania (vínculo jurídico de caráter permanente com o Estado, que importa em direitos e deveres). A aquisição da cidadania dependeria do atendimento de certos pressupostos estabelecidos pelo Estado ou do nascimento em determinadas circunstâncias.¹¹¹

Paulo BONAVIDES, por seu turno, indica que conceito de povo pode ser visto através de três perspectivas: a política, a sociológica e a jurídica. Segundo o conceito político, povo corresponde ao corpo eleitoral. De acordo com a visão sociológica, povo é nação. Só a concepção jurídica, contudo, é exata sendo que, para o autor, juridicamente povo é o conjunto de cidadãos e, na terminologia do direito constitucional brasileiro, emprega-se a palavra nacionalidade ao invés de cidadania. Em suma: para este autor, o povo seria formado pelo conjunto de cidadãos dotados de nacionalidade.¹¹²

Mas e o que dizer dos estrangeiros residentes? Estes indivíduos têm assegurados todos os direitos arrolados no art. 5º da Constituição da República. Não são nacionais, o que seriam?

Maria Luísa DUARTE, citada por CAMPOS, ensina que o indivíduo, na condição de cidadão, conta primeiramente com os direitos fundamentais da pessoa humana, e a estes somam-se os direitos específicos por sua vinculação à determinada entidade política (o Estado). Os direitos fundamentais, contudo, não são reservados (ou não deveriam ser) apenas a quem detém esse vínculo.¹¹³

O que determina esse vínculo é a nacionalidade. Nacionalidade não é, por isso, o mesmo que cidadania. Aquela diz respeito à ligação do indivíduo ao Estado; esta concerne ao conteúdo dessa relação.¹¹⁴

¹¹¹ *Idem.* p. 95-99. O termo nacionalidade decorre do termo nação, mas seu sentido jurídico é outro.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 68-78.

¹¹³ DUARTE, Maria Luísa. *A liberdade de circulação de pessoas e o estatuto da cidadania previsto no Tratado da União Européia*. In: A União Européia na encruzilhada. Coimbra: Almedina. 1996. p. 172 *Apud* CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 68.

¹¹⁴ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 69.

Cria-se a exclusão social quando só se outorgam direitos através da nacionalidade. Em um mundo globalizado, o problema se agrava, pois “milhões de pessoas que, por variadas razões, migram de seus países são condenadas, freqüentemente, à condição de párias da sociedade, muito embora sejam cumpridoras de suas obrigações para com o Estado para o qual se deslocam e sejam mesmo, em certas situações, imprescindíveis a esse Estado.”¹¹⁵

Compreende-se, dessa forma, o porquê da igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes preconizada no *caput* do art. 5º e porque não procedem as orientações de índole nacionalista. Os estrangeiros residentes contam, sim, com todos os direitos civis elencados no art. 5º – aí incluída a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão do inciso XIII – e, quando trabalhadores¹¹⁶, todos os direitos trabalhistas a que alude o art. 7º. Além disso, com a alteração na redação do inciso I do art. 37 da CR, operada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, cargos, empregos e funções públicas passam a ser acessíveis tanto a brasileiros, quanto a estrangeiros, na forma da lei. Estes não detêm, porém, por expressa vedação do parágrafo segundo do art. 14, os direitos políticos.

A nacionalidade não pode ser razão suficiente para permissão de um tratamento desigual. Lembre-se que a razão suficiente deve ser resultado de um discurso jurídico racional, e isso não ocorre aqui.

3.3 Normas de Proteção do Trabalhador Nacional

3.3.1 O Capítulo da Nacionalização do Trabalho na CLT

Na Consolidação das Leis do Trabalho destinou-se um capítulo inteiro à “Nacionalização do Trabalho”. Já o nome denuncia que o intento foi mesmo de

¹¹⁵ *Idem.* p. 70.

¹¹⁶ Apesar da utilização do termo “trabalhadores” na redação do *caput* art. 7º da CR, essa norma diz respeito apenas aos trabalhadores com relação de emprego, que tem por característica mais marcante a subordinação jurídica. LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 112.

reservar o mercado de trabalho ao nacional. Nesse corpo legislativo compreendem-se as seguintes regras:

3.3.1.a Regra dos dois terços

Os artigos 352 e 354, ambos da CLT, estabelecem, lidos em conjunto, que as empresas com mais de três empregados devem ter em seu quadro de trabalhadores ao menos dois terços de brasileiros. Também a folha de pagamentos deve observar essa proporcionalidade.

Analisando a norma tendo em vista o até agora estudado percebe-se que encerra um tratamento diferenciado entre dois grupos. Privilegia um, em detrimento do outro.

Ora, o tratamento diferenciado, por si só, não configura contrariedade ao princípio da igualdade. Ao revés: o significado contemporâneo do princípio torna imperativo, em certos casos, a desigualdade de direito, de modo que se corrija uma desigualdade de fato.

No entanto, não é disso que se trata. Como aduzido *supra*, os estrangeiros residentes não formam um todo harmônico. Não se pode dizer se estão, todos, em situação privilegiada em relação aos nacionais. Não é o caso, portanto, de se corrigir uma desigualdade de fato.

Assim, percebe-se que a regra dos dois terços não atende ao princípio da igualdade e, portanto, é inconstitucional.

É de se notar, ainda, a completa ausência de base legal do artigo 353, que equipara estrangeiros sob determinadas condições – residentes há mais de 10 anos com cônjuge ou filho brasileiro e os portugueses – aos brasileiros. Por que apenas estes estrangeiros?

3.3.1. b Igualdade de salários

Os salários de brasileiro e estrangeiro que exerçam função análoga não podem ser diferentes, conforme o estabelecido pelo art. 358 da CLT.

A analogia de funções deve ser reconhecida pela inspeção do trabalho.¹¹⁷ É claro, porém, que no caso de controvérsia, a Justiça do Trabalho poderá dirimi-la. Não basta, contudo, a simples analogia de funções, é necessária a analogia também no modo de exercer a função¹¹⁸.

Os argumentos lançados acima no que se refere à inconstitucionalidade da proporcionalidade de dois terços aplicam-se, de modo geral, a todo o capítulo da nacionalização do trabalho. Poder-se-ia argüir, no entanto, que a igualdade de salários do art. 358 é plenamente justificável, pois busca garantir a mesma remuneração para o mesmo trabalho.

A Consolidação, todavia, já prevê mecanismo para tanto. Trata-se da equiparação salarial, garantida pelo art. 461. Não há qualquer motivo para uma equiparação mais flexível¹¹⁹ quando a relação se dá entre nacional e estrangeiro.

3.3.1.c Cláusula de preferência em favor dos nacionais

Quando da necessidade de dispensa de funções, em parte ou sucessivamente, por falta de serviço ou cessação da atividade econômica, a empregadora deve dispensar o trabalhador estrangeiro antes do nacional que exerce função análoga. É o que estabelece o parágrafo único do art. 358 da CLT.

Tendo em vista o acima aduzido, patente a inconstitucionalidade dessa norma.

¹¹⁷ RUSSOMANO, Victor Mozart. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora. 1997. p. 403.

¹¹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v.2. p. 946.

¹¹⁹ “Quando se trata de confrontar as funções de um trabalhador nacional com um estrangeiro, não se impõem as numerosas exigências do artigo quatrocentos e sessenta e um da CLT, a fim de que se conceda a equiparação salarial, pois basta mera semelhança de funções para que o pleito tenha condições de deferimento.” Trecho de acórdão da 3ª Turma do TST (Relator o Ministro Orlando

3.3.2 Trabalho Temporário em Empresas Urbanas

A Lei 6.019, de 1974, que disciplina o trabalho temporário nas empresas urbanas, proíbe expressamente (art. 17) a contratação, pelas empresas prestadoras de serviço temporário, de estrangeiros com visto provisório de permanência no País.

Não haveria motivos para se cogitar acerca da inidoneidade dessa norma, se os casos, no Brasil, de visto temporário – que chama “provisório” – fossem realmente apenas aqueles previstos no art. 13 da Lei 6.815/80.¹²⁰ Com efeito, o trabalhador que adentra ao território nacional munido de visto provisório emitido com base nesse preceito já deve ter contrato de trabalho com a empresa que o chamou, vinculando-se a ela.

Ocorre que não é apenas com base no art. 13 que são emitidos esse tipo de vistos.

O estrangeiro, a título de reunião familiar, como já se observou, pode requerer visto permanente **ou temporário**. O asilado conta com visto temporário. Também o nacional de país integrante do MERCOSUL pode utilizar-se desse expediente.

Afora o nacional de país integrante do MERCOSUL, que, pelo exíguo prazo máximo de estada (90 dias) não atinge a condição de estrangeiro residente, não há, como já afirmado, por que se vedar o exercício profissional dos demais estrangeiros nas condições aludidas, como faz o art. 17 da Lei do Trabalho Temporário em Empresas Urbanas.

3.3.3 Exercício da Profissão de Engenheiro, Arquiteto ou Engenheiro-Agrônomo

O exercício das profissões de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo fica condicionado à escassez de profissionais de determinada especialidade e ao interesse nacional, de uma forma geral. É o que estipula o art. 2º da Lei 5.194/66, que versa sobre o exercício de tais profissões. Ainda nesses casos, o registro dos títulos do

Teixeira da Costa, proferido no Recurso de Revista 5293/1983. Publicado no Diário da Justiça de 12 de abril de 1985.

estrangeiro pelos Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia só se pode dar à título provisório.

Como se pode inferir do que até agora foi explicitado, evidente o caráter inigualitário dessa norma.

Se residente no Brasil o estrangeiro tem tanto direito a ter seu título registrado quanto um brasileiro – respeitadas, quanto ao título, as disposições legais pertinentes¹²¹.

Há de se referir, ainda, para uma visão mais concreta, que, segundo relatório fornecido pela Secretaria de Relações do Trabalho, Coordenação Geral de Imigração – CGIg, o número de autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros na profissão de engenheiro, arquiteto e trabalhadores assemelhados foi, em 1999, de 681 e, em 1998, de 671.¹²²

3.3.4 Exercício da Profissão de Aeronauta

A Lei n.º 7.183/84 – que Regula o exercício da Profissão de Aeronauta – e a Lei n.º 7.565/86 – que institui o Código Brasileiro de Aeronáutica – proíbem o trabalho de estrangeiros como aeronautas, salvo em caráter provisório, na falta de tripulantes brasileiros, ou em linhas aéreas internacionais, desde que respeitada a proporção de 1 estrangeiro para cada dois brasileiros. Ao modo da proibição ao exercício da função de engenheiro, trata-se de uma regra inconstitucional.

¹²⁰ Vide item 2.2.1 “Visto Temporário”.

¹²¹ No âmbito do MERCOSUL, segundo Eduardo Nunes CAMPOS, o Conselho do Mercado Comum tomou conhecimento, na Cimeira de Ushuaia, na Argentina (julho/1998) de um Memorando de Entendimento acerca da implementação de um mecanismo experimental de certificação de cursos superiores para o reconhecimento de títulos de grau universitário, dentro dos países participantes do bloco econômico. CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 284.

¹²² Em 1999, somente uma empresa, atuante no setor do petróleo, obteve 71 autorizações de trabalho.

3.3.5 Proibição do Exercício de Cargos de Representação da Categoria Profissional

O Estatuto do Estrangeiro proíbe ao não-nacional, exceto o português, a participação na administração ou representação de sindicato, associação profissional ou entidade fiscalizadora de profissão regulamentada.

Até mesmo autores que defendem a nacionalização do trabalho pregam a inconstitucionalidade desse preceito.¹²³

3.3.6 O Crime de Desrespeito à Nacionalização do Trabalho

O Código Penal define como crime, com pena de detenção de um mês a um ano e multa, o ato de “frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho” (art. 204). O crime se consuma, segundo João de Lima TEIXEIRA FILHO¹²⁴, quando se comprova que a empresa conta com um número maior de empregados estrangeiros do que o legalmente permitido. Julio Fabbrini MIRABETE¹²⁵ explica que o tipo é norma penal em branco, pois é a CLT que define a percentagem de empregados.

MIRABETE entende inócuo tal preceito penal.¹²⁶ Se o Capítulo referente à nacionalização do trabalho, da Consolidação das Leis do Trabalho, não encontra amparo constitucional, também o art. 204 do Código Penal não gera efeitos sob o pálio da Constituição de 1988.¹²⁷

O mesmo não ocorre, no entanto, com o dispositivo da Lei 6.815 que confere o caráter de infração ao ato de “empregar ou manter a seu serviço estrangeiro em

¹²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002. v.2. p. 949.

¹²⁴ *Idem. Ibidem.* p. 946.

¹²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 121 a 234 do CP. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 1995. p. 414.

¹²⁶ *Idem. ibidem.*

¹²⁷ A lógica se inverteu: atualmente é crime justamente a discriminação por procedência nacional. Nesse sentido, a Lei 7716/1989, alterada pela Lei 9459/1997, estatui que "Art. 1º Serão punidos, na

situação irregular ou impedido de exercer atividade remunerada” (inciso VII do art. 125), cominando pena de multa de trinta vezes o Maior Valor de Referência, por estrangeiro. Isto porque, aqui, pretende-se coibir a permanência ilegal, tão-somente.

3.4 Legitimidade das Normas de Proteção ao Trabalhador Nacional

Valentin CARRION¹²⁸ assinala que o princípio da igualdade, nos moldes do preconizado pela Constituição da República, de 1988, é incompatível com as disposições que visam a proteger o trabalho do nacional. Para esse autor, vigoram apenas as restrições estabelecidas pela própria Constituição¹²⁹.

Também Francisco das C. LIMA FILHO¹³⁰, após analisar a questão, chega à mesma conclusão. Lembra, ainda, que a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial a define, no art. 1º, como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou **origem nacional** ou étnica, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais" (grifou-se).

Ademais, especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, existe a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto n.º 62.150/68, que define como discriminação qualquer preferência fundada em ascendência nacional “que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão”.

forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou **procedência nacional.**" (grifou-se).

¹²⁸ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 237.

¹²⁹ Que, para o autor, seriam as referentes a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I) – restrição não mais existente, como já visto, apesar de ainda referida na edição de 2003, recursos minerais (art. 176, § 1º) – restrição referente ao capital estrangeiro e não ao estrangeiro em si e que também foi sepultada por emenda constitucional (n.º 6 de 1995), transporte naval (art. 178, § 1º) e empresas jornalísticas (art. 222) – as duas últimas também referentes ao capital estrangeiro.

¹³⁰ LIMA FILHO, Francisco das C. *A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade*. In *Juris Síntese*. São Paulo: Síntese Editora. CD-ROM. n.º 30. jul/ago. 2001.

Por sua vez, Anacleto de Oliveira FARIA, após metucioso estudo histórico do tratamento dispensado ao estrangeiro, já em 1973 conclui que as discriminações entre nacionais e estrangeiros eram excessivas, baseadas unicamente em um nacionalismo desmedido. À época vigorava, ainda, o Código Civil de 1916, que em seu art. 3º dispunha que “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”.¹³¹

Na prática, porém, essa orientação nem sempre é levada em conta. Como emblemático exemplo, a Delegacia Regional do Trabalho do Paraná, consultada acerca do assunto, tergiversou. Em um trecho da resposta, contudo, aduziu que: “Sem adentrar ao mérito do que diz a Constituição Federal [!], face o (*sic*) **princípio da autonomia do disposto do art. 354 da CLT**, limitamo-nos a informar a inteligência da lei ao disciplinar a matéria. Ainda que o item citado da CLT em análise traga em seu bojo normas contrapostas ao que preconiza a Constituição Federal em seu art. 5º”.¹³²

Enfrenta-se, mais uma vez, o conhecido problema da interpretação da Constituição “conforme a CLT”¹³³. Com efeito, diversas inovações trazidas pela Constituição de 1988 deixam de gerar efeitos devido à refratária “tradição inautêntica” no direito, como ensina Lênio STRECK. Os juristas, nesse contexto, não se dão conta de que a Constituição “constitui a sociedade” e, assim, provoca mudanças na realidade, é um mecanismo de transformação.¹³⁴

No plano da formação do operador do direito, LEDUR¹³⁵ critica a exacerbada importância que se confere às leis infra-constitucionais, em detrimento da Constituição. Essa inversão de valores é resultado da cisão do discurso jurídico, a que

¹³¹ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo. 1973. p. 135-146.

¹³² Processo administrativo 46212.010955/99-11. A consulta voltava-se, especificamente, à constitucionalidade da regra dos dois terços.

¹³³ GRUPO DE ESTUDOS DA ABDCConst. *Direito Constitucional do salário mínimo*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional: Curitiba. 2002. n.2. p. 231.

¹³⁴ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 265-276.

¹³⁵ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 50.

se refere Plauto Faraco de AZEVEDO, que por sua vez decorre de uma dominante e equivocada visão do Direito¹³⁶.

Muitos, contudo, já se deram conta da nova realidade imposta pela Carta Política de 1988. É o que se depreende da decisão prolatada no Procedimento Preparatório de Inquérito Civil Público n.º 508/2000, que tramitou na Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região:

Através desse procedimento administrativo o SENGE/PR e o CREA/PR pretendiam provocar o Ministério Público do Trabalho, para que este apurasse suposto trabalho irregular de profissionais estrangeiros em empresas instaladas no estado do Paraná. A questão foi encaminhada para análise de procuradora integrante do Núcleo de Combate à Discriminação da PRT/9ª Reg. que, em lapidar decisão, concluiu que “à luz das regras constitucionais e legais em vigor, é assegurada a igualdade perante a lei a trabalhadores brasileiros e estrangeiros”. Somente se ressaltou que “devem ambos, é claro, atender às qualificações profissionais que a lei estabelecer e, em se tratando de engenheiro incumbe ao CREA proceder esta verificação. Não ao Ministério Público do Trabalho”.

¹³⁶ “A cisão do discurso jurídico é em verdade efeito de uma concepção do direito, de seu ensino e de sua investigação, que, em nome da ‘neutralidade científica’ – diga-se da acomodação ao poder dominante, seja ele qual for – , vira as costas para a história e para os interesses e valores que reclamam tomadas de posição, opções, engajamentos e não uma neutralidade que não existe e nem é deste mundo.” AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1989. p. 21-22.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de a Constituição da República preconizar a igualdade entre todos não implica que as normas não possam estabelecer distinções. A observação do princípio da igualdade pode, muitas vezes, determinar o tratamento diferenciado entre dois indivíduos ou grupos.

Cumpra analisar a relação concreta para que se estabeleça qual das acepções do princípio deve ser aplicada.

No caso da igualdade entre nacionais e estrangeiros, o tratamento diferenciado imposto pelas normas de nacionalização do trabalho seria justificado, segundo alguns, com o auxílio da noção de igualdade de oportunidades.

Isto é, para compensar uma desigualdade de fato existente – os estrangeiros teriam melhores condições de empregabilidade que os brasileiros – far-se-ia necessário uma desigualdade na norma.

Esse argumento é falacioso porque baseado em um pré-conceito acerca de quem é o estrangeiro residente em território nacional. Como visto, porém, vários são os casos em que se permite ao alienígena entrar e permanecer no Brasil. Tais casos não se limitam àqueles de trabalhadores provisoriamente admitidos para procederem a atividades específicas em solo brasileiro.

Em verdade, é no momento da admissão do estrangeiro em território nacional que o mercado de trabalho do brasileiro deve ser protegido. E isso, como se percebe da análise do corpo legislativo sobre imigração, já ocorre. Essa proteção dá-se tanto através da proibição da entrada imotivada de estrangeiros que competiriam com o nacional quanto por meio do incentivo do ingresso de investidores, que geram empregos no Brasil.

O sentimento velado do nacionalismo também não tem razão de ser, uma vez que o povo brasileiro é plural por natureza. Em um mundo globalizado esse nacionalismo mostra-se sobremaneira desarrazoado e a nacionalidade não pode ser tomada como único parâmetro para o reconhecimento de direitos.

Os estrangeiros, portanto, não formam um todo uniforme, donde qualquer generalização revelar-se-ia inigualitária. Ademais, as características do povo brasileiro e da realidade em que se vive tornam o alienígena muitas vezes tão brasileiro quanto aquele que tem tal nacionalidade juridicamente reconhecida.

Nesse sentido, as normas de proteção ao trabalho que inibem a prestação de trabalho pelo estrangeiro revelam-se imotivadamente discriminadoras. Nenhum discurso jurídico lógico é capaz de sustentar a distinção. Ferem o princípio da igualdade, e, portanto, não encontram amparo constitucional. São inválidas.

No Brasil, entretanto, é endêmico um mal que acomete o cenário jurídico: uma equivocada visão do direito torna inoperante muitas das normas da Constituição da República de 1988. O modo geral como o ensino jurídico é ministrado contribui para tal quadro. No campo do direito do trabalho, resulta-se que, em vários casos, a Constituição é interpretada consoante a CLT.

Urge combater tal mal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá Editora. 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 241.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1989.

BENAKOUCHE, Rabah. *Globalização ou pax americana?*, In ARRUDA JR, Edmundo L. de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ. 1998. p. 8-9.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5 ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 1993.

_____. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros. 10ª ed. rev. e atual. 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. In *Revista Trimestral de Direito Público*. 15. 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento de Estrangeiros. *Guia Prático para Orientação a estrangeiros no Brasil*. Brasília. 1997.

CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28 ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva. 2003.

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo. 1973.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação de raça nas relações de trabalho no Brasil*. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, n. 47 (ano 27) jan./jun. 2002.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

GRUPO DE ESTUDOS DA ABDCConst. *Direito Constitucional do salário mínimo*. In Revista da Academia Brasileira de Direito Consititucional. n.º 2. 2002. Academia Brasileira de Direito Constitucional: Curitiba.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

LIMA, Jorge de Souza. *Livre circulação de trabalhadores no âmbito do Mercosul*. In Revista LTr. Ano 67. N.º 03. Março de 2003. São Paulo: LTr.

LIMA FILHO, Francisco das C. *A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade*. In Juris Síntese. São Paulo: Síntese Editora. CD-ROM. n.º 30. jul/ago. 2001.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. (tradução de Reginaldo Sant'anna). Livro Primeiro. Volume I. 6ª ed. 1980. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Editorial Estampa: Lisboa.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 121 a 234 do CP. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora. 1988.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

OPPENHEIM, Felix E. *Igualdade*. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

PASSOS, Edésio. *Relações de trabalho & Transformação Social: o direito (do) excluído em uma época de crise*. Curitiba: Decisório Trabalhista. 1999.

RAMOS FILHO, Wilson. *A globalização dos direitos humanos*. In ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Edibej: Curitiba. 1998.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. 2ª ed.

RIEGEL, Estevão. *Globalização, neoliberalismo e flexibilização: direitos e garantias*. In ARRUDA JR, Edmundo L. de; RAMOS, Alexandre. (org.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ. 1998. p. 133-144.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. (trad. Lourdes Santos Machado) In *Os pensadores: ROUSSEAU*. v. 2. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1999.

RUSSOMANO, Victor Mozart. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. (rev. e atual.). Curitiba: Juruá Editora. 1997.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. (versión española de M.ª Luz Morán). Madrid: Alianza Editorial. 1992.

SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e Direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: AIDE. 1984.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr. 2000.

_____. [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 2. 20 ed. atual por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr. 2002.

TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. Revista de Direito Administrativo. Volume 211. janeiro/março 1998. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 1998.

VASSOURAS, Vera Lúcia C. *O mito da igualdade jurídica no Brasil: notas críticas sobre a igualdade formal*. São Paulo: Edicon. 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa-omega. 1994.