

A ATUAL REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Cristiana Belon Fernandes
Mestranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, Professora e Advogada

Maurício Garcia Pallares Zockun
Advogado

SUMÁRIO

1. Considerações Preliminares - 2. Espécies de Visto de Trabalho - 2.1 Visto Temporário - 2.2 Visto Permanente - 3. A Inconstitucionalidade da Regra da Proporcionalidade

1 - Noções Preliminares

A imigração é matéria de competência interna, porém diretamente vinculada às relações internacionais. Como reflexo de sua soberania, o Estado pode decidir quando ou não admitir estrangeiros em seu território, podendo impor condições à entrada dos mesmos.

O Brasil, no passado, já apresentou posicionamento mais conservador, o que vem sendo modificado devido a maior abertura do país nos últimos anos. No próprio contexto internacional, podemos encontrar uma abordagem diferente: muitos países, hoje, entendem que não se deve negar permissão de entrada às pessoas de uma família quando isso representa a separação de outros membros da mesma que já se encontram no respectivo território. Tal recusa representaria a violação de Direitos Humanos, que garantem ao indivíduo o direito a uma vida em família e a uma vida particular¹.

De forma geral, os governos, entre eles o brasileiro, seguem política de reciprocidade quanto à autorização para que determinado estrangeiro possa adentrar o território nacional. Essa permissão se materializa no visto, que é concedido face ao preenchimento de determinados requisitos legais. Tais exigências buscam harmonizar a entrada e permanência do estrangeiro com a ordem pública nacional.

O art. 22, XV, da Constituição Federal, determina que a competência legislativa para expedir normas genéricas e abstratas contendo comandos vinculantes sobre emigração e entrada de estrangeiros no território nacional é privativa da União Federal². No exercício da sua competência legislativa e ante o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal³, a União Federal exerceu sua competência legislativa e, por meio do competente processo legislativo, fez publicar a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, posteriormente alterada pela Lei n.º 6.964, de 9 de dezembro de 1981 (Estatuto do Estrangeiro), que passou a regular a matéria objeto do presente estudo.

¹ O Brasil é signatário da Convenção de Havana de 1928 sobre a Condição dos Estrangeiros.. além de membro da ONU (que defende a Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Algumas alterações também ocorreram no Estatuto, posteriormente.

Dessa forma, muito embora a liberdade de locomoção no território nacional esteja assegurada ao estrangeiro em razão do preceito consagrado no art. 5º, XV, da Constituição Federal⁴, o Estatuto do Estrangeiro passou a disciplinar exaustivamente a matéria e estabeleceu os requisitos para que o estrangeiro possa entrar, permanecer ou sair do território nacional.

O artigo 7º, II do Estatuto do Estrangeiro determina que não será concedido visto ao estrangeiro considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais, hipótese na qual o mesmo será impedido de ingressar em território nacional e repatriado. O art. 26, “caput”, do mesmo Estatuto, estabelece ainda que o estrangeiro poderá ser impedido de entrar em território nacional se o Ministério da Justiça entender que sua entrada é inconveniente.

Caberia, então, perquirir qual a natureza jurídica do ato que concede ou não o visto de entrada e permanência do estrangeiro no Brasil para que seja possível analisar seus pressupostos de existência e validade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo é a “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”⁵.

Nessa perspectiva, a concessão do visto de entrada e de permanência do estrangeiro em território nacional é um ato administrativo porquanto: (i) trata-se de uma declaração da pessoa política competente através de seu respectivo servidor público; (ii) no exercício de prerrogativas arroladas no Estatuto do Estrangeiro; e (iii) findo o qual é concedido ou negado o visto para o estrangeiro ingressar e permanecer em território nacional.

A classificação do ato de concessão do visto para estrangeiro como ato administrativo tem fundamental importância, pois determina que o regime jurídico aplicável ao mesmo é o regime jurídico-administrativo o que consagra, nesse aspecto, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade pela Administração dos in-

2 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...omissis...

XV – emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

3 Art. 5. 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:

...omissis...

II – ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

4 Art. 5. 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:

...omissis...

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

teresses públicos.

Pelo exposto, nota-se que o ato administrativo em questão é daqueles classificados como discricionários. Isto porque, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos discricionários são aqueles atos que o Poder Público “*pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*”⁶. [grifo nosso]

Ainda que o ato de concessão do visto seja um ato discricionário não há que se imaginar que a Administração Pública poderá negá-los ou concedê-los ao seu talante conforme melhor lhe aprouver. Note-se que, interpretando-se sistematicamente as normas vertentes a matéria em questão, depreende-se que o Estatuto do Estrangeiro deve atender à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil e a defesa do trabalhador nacional⁷. Tais requisitos, por sua vez, podem ser extraídos do texto Constitucional que regula de forma exaustiva as referidas matérias.

Assim sendo, por ocasião da análise do pedido de ingresso ou de permanência do estrangeiro no Brasil, a pessoa política competente para o exercício dessa prerrogativa pública deverá se pautar em tais normas para que, no exercício de sua discricionariedade, busque a finalidade que o sistema se pauta para admitir ou impedir a entrada do estrangeiro em território nacional.

2 - Espécies de Visto de Trabalho

De acordo com o Estatuto do Estrangeiro, o ato que permite a entrada e a permanência do estrangeiro no Brasil é a concessão do visto. Sete espécies de visto são elencadas nesse texto legal: visto de trânsito, visto de turista, visto temporário, visto permanente, visto de cortesia, visto oficial e visto diplomático. Dentre elas, somente o visto temporário e o visto permanente permitem ao estrangeiro o exercício de atividade laborativa e o recebimento da respectiva contraprestação em dinheiro em território nacional.

2.2. - Visto temporário

Sendo concedido ao estrangeiro visto de permanência, esse poderá exercer atividade laborativa em território nacional e receber a respectiva contraprestação de fonte pagadora nacional ou estrangeira.

Segundo o Estatuto do Estrangeiro, o visto temporário será concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil, dentre outras situações: (i) em viagem cultural ou em missão

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 199 a 200.

⁶ Ob. cit., p. 229 (os grifos são do autor)

⁷ Art. 2º, “caput”, da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980.

de estudos; (ii) em viagem de negócios; (iii) na condição de artista ou desportista; (iv) na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob o regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; (v) na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência estrangeira; e (vi) na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa⁸.

O regime aplicável à concessão do visto será diverso, de acordo com a situação que motiva o ingresso do estrangeiro em território nacional: (i) na hipótese de ingresso em razão de viagem de negócios e na condição de artista ou desportista, o prazo de concessão do visto temporário será de até noventa dias; (ii) na hipótese de ingresso na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, o prazo de concessão do visto temporário será de até um ano; e (iii) nas demais hipóteses, o visto temporário será correspondente à duração da missão, do contrato ou da prestação de serviço ou na forma do Regulamento⁹.

Somando-se a esses requisitos, adicionam-se outros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Imigração na hipótese em que o estrangeiro ingressa em território nacional na condição de artista ou desportista e na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob o regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro¹⁰. Muito embora os requisitos adicionais relativos aos estrangeiros que ingressam no Brasil na condição de artista ou desportista representem interessante campo de estudo, tomamos a liberdade de analisar aqueles atinentes aos demais estrangeiros sob o regime de contrato face aos contornos que mais adiante se esclarecerá.

A concessão do visto temporário ao estrangeiro na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob o regime de contrato é condicionado à existência de contrato de trabalho, celebrado entre o estrangeiro, e organizações, entidades ou empresas estabelecidas no Brasil pelo prazo máximo de dois anos, renovável, visado pela Secretaria de Imigração do Ministério do Trabalho com comprovação de qualificação técnica e/ou científica que justifique a contratação de mão de obra estrangeira¹¹.

Os arts. 352 a 358 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determinam, em síntese, que as empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, estão obrigadas a manter, no seu quadro de pessoal, uma proporção de brasileiros não inferior a dois terços – salvo determinação em contrário do Poder Executivo – proporção esta extensível à folha de salário.

Entende-se que tais disposições da CLT não foram recepcionadas pela atual Constituição Federal como buscaremos demonstrar em tópico específico.

8 Art. 13, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII, da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980.

9 Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981. 10 Art. 15, "caput", da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. 11 Art. 15, "caput", da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980.

11 Art. 25, V, do Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1980 e Resolução n.º 6, do Conselho Nacional de Imigração, de 04 de fevereiro de 1986.

12 Art. 26, "caput", do Decreto 86.715, de 10 de dezembro de 1980.

2.3 - Visto Permanente

Se faz necessário esclarecer que a diferença básica entre o visto temporário e o permanente reside no fato que, no último, o estrangeiro pretende se fixar definitivamente no Brasil e exercer atividade remunerada e na primeira hipótese, o estrangeiro permanecerá em território nacional exercendo atividade remunerada por período certo¹².

Assim sendo, o visto permante será concedido pelas autoridades brasileiras se forem preenchidos os requisitos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Imigração, órgão competente para regulamentar a matéria.

Dentre os eventos que autorizam a concessão de visto permanente incluem-se aqueles advindos dos seguintes fatos: (i) estrangeiro desejando investir recursos externos em atividades produtivas; (ii) estrangeiro no exercício da função de administrador, gerente ou diretor em empresa estrangeira que venha representá-la no Brasil; (iii) estrangeiro que seja indicado por sociedade comercial para as funções de administrador, gerente ou diretor; e (iv) estrangeiro buscando exercer a função de administrador, gerente, diretor ou executivo na constituição de empresa estrangeira no Brasil. Passemos a analisar os elementos e o conteúdo dessas quatro hipóteses.

O primeiro evento que autoriza a concessão do visto permanente advém do desejo do estrangeiro se fixar com ânimo definitivo no Brasil visando: investir recursos externos em atividades produtivas; propiciar mão-de-obra especializada; investir, em moeda estrangeira, em montante igual ou superior, em moeda nacional, a duzentos mil dólares americanos; elaborar plano de absorção de mão-de-obra nacional, além de outros elementos arrolados taxativamente pela legislação específica¹³.

Uma vez preenchidos tais requisitos, juntamente com aqueles preenchidos pelo estrangeiro para a concessão do visto temporário, em vista da finalidade prestigiada pelo sistema vertente, o estrangeiro poderá permanecer pelo período de dois anos, renováveis ou não por idênticos períodos.

O segundo evento que autoriza a concessão do visto permanente é condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) exercício, pelo estrangeiro, da função que constar do contrato de trabalho que houver sido registrado; (ii) comunicação ao Ministério do Trabalho da modificação da função exercida pelo estrangeiro constante do mencionado contrato de trabalho; e (iii) comunicação ao Ministério da Justiça da mudança do empregador.

Já na terceira hipótese a concessão do visto permanente está condicionada a comprovação, pela sociedade comercial, dos seguintes itens: (i) investimento em moeda, transferência de tecnologia ou de bens de capital de valor igual ou superior a duzentos mil dólares americanos, ou equivalente, em outra moeda estrangeira para cada estrangeiro; (ii)

13 Arts. 1º, "caput", 2º, §1º e 3º, todos da Resolução nº 34, de 12 de Dezembro de 1994, do Conselho Nacional de Imigração.

realização de tal investimento na empresa; (iii) crescimento na folha de salário referente a criação de novos empregos igual ou superior a duzentos e quarenta salários mínimos durante o ano que antecedeu a chamada do administrador; e (iv) não estar em débito com suas obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias.

O quarto evento que autoriza a concessão do visto permanente está condicionado à: (i) existência da pessoa jurídica no exterior há, no mínimo, cinco anos; (ii) procuração da empresa estrangeira dando ao estrangeiro poderes para representá-la a fim de possibilitar sua instalação no País; (iii) outros instrumentos que possam vir a ser solicitados pelo Ministério do Trabalho; e (iv) impossibilidade de concessão de visto para um número superior a três estrangeiros nesta hipótese.

3. A Inconstitucionalidade da Regra da Proporcionalidade

Assim, é na análise dos comandos constitucionais e legais que tratam da matéria em comento – como deve ocorrer na interpretação de todo nosso sistema jurídico, independente da matéria objeto do estudo – deve-se levar em consideração todo o sistema legal mas, principalmente, os princípios constitucionais atinentes à matéria. Na lição de Luís Roberto Barroso: *“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são os conjuntos de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e afins”*¹⁴.

Reza o art. 5º, “caput”, da Constituição Federal que *“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:”*.

Embora o conteúdo desse princípio deva ser analisado a partir de uma visão sistemática do nosso ordenamento constitucional, o mesmo visa assegurar a aplicação da lei de maneira e forma idêntica àqueles que se encontrem em situação assemelhada. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“...ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”*¹⁵.

Conforme Rui Barbosa já nos alertava com maestria em sua memorável frase da *Orações aos Moços*: *“a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”*.

O princípio da igualdade restará ofendido sempre que – dentre outras situações – um ato normativo ou ato de autoridade: (i) adotar como critério discriminador, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas; (ii) singulariza atual e definitivamente dada pessoa quando, pelo contrário, deveria abranger determinada categoria de pessoas, ou pessoas futuras e indeterminadas; e (iii) a desigualdade erigida não guarda pertinência lógica com a tratamento desigual outorgado.

¹⁴ Luís Roberto Barroso, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 141

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª ed., Malheiros, 1993, p. 10.

Tais apontamentos devem ser erigidos e valorados pelo intérprete sempre que se de-
frontar com atos normativos que atribuam tratamento jurídico diverso para pessoas que,
aparentemente, se encontrem em situações jurídicas equivalentes.

Feitas essas considerações iniciais, debruçamo-nos sobre as regras insculpidas nos arts.
352 a 358, da CLT¹⁶.

O art. 352, da CLT, determina que, em síntese que, as empresas estabelecidas no Brasil
devem manter em seus quadros um número mínimo de trabalhadores brasileiros. O art.
353, também da CLT, determina que os estrangeiros equiparam-se aos brasileiros natos e
naturalizados, ressalvado o exercício de determinadas profissões. O art. 354, da CLT, reza
que a proporcionalidade mencionada no art. 352, da CLT, será de 2/3 e será aplicável à

16 Art. M352 - As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo.

§ 1º Sob a denominação geral de atividades industriais e comerciais compreendem-se, além de outras que venham a ser determinadas em portaria do Ministro do Trabalho, as exercidas:

- a) nos estabelecimentos industriais em geral;*
- b) nos serviços de comunicações, de transportes terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aéreos;*
- c) nas garagens, oficinas de reparos e postos de abastecimento de automóveis e nas cocheiras;*
- d) na indústria de pesca;*
- e) nos estabelecimentos comerciais em geral;*
- f) nos escritórios comerciais em geral;*
- g) nos estabelecimentos bancários, ou de economia coletiva, nas empresas de seguros e nas de capitalização;*
- h) nos estabelecimentos jornalísticos, de publicidade e de radiodifusão;*
- i) nos estabelecimentos de ensino remunerado, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso;*
- j) nas drogarias e farmácias;*
- k) nos salões de barbeiro ou cabeleireiro e de beleza;*
- l) nos estabelecimentos de diversões públicas, excluídos os elencos teatrais, e nos clubes esportivos;*
- m) nos hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres;*
- n) nos estabelecimentos hospitalares e fisioterápicos cujos serviços sejam remunerados, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso;*
- o) nas empresas de mineração;*
- p) nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos da Administração direta ou indireta que tenham em seus quadros de pessoal, empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.*

§ 2º Não se acham sujeitas às obrigações da proporcionalidade as indústrias rurais, as que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região e as atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração.

Art.353 - Equiparam-se aos brasileiros, para os fins deste Capítulo, ressalvado o exercício de profissões reservadas aos brasileiros natos ou aos brasileiros em geral, os estrangeiros que, residindo no País há mais de 10 (dez) anos, tenham cônjuge ou filho brasileiro, e os portugueses.

Art.354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. Parágrafo único. A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários.

folha de salários.

Essas regras apontadas por tais dispositivos legais como, aliás, todas as demais que, de qualquer forma, discriminem o estrangeiro do brasileiro nato e naturalizado, além dos limites constitucionalmente estabelecidos, é evitado pelo vício da inconstitucionalidade.

O princípio constitucional que rege esta matéria determina que a lei não poderá distinguir nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis. Entretanto, a própria Constituição Federal arrola ao longo do seu texto determinadas situações em que os direitos e garantias do estrangeiro não se equiparam àqueles atribuídos aos nacionais.

São arrolados no texto constitucional as seguintes situações em que o tratamento jurídico dado ao estrangeiro difere daquele atribuído ao nacional: (i) determinação por meio de lei do limite a aquisição ou arrendamento de propriedade rural (art. 190); (ii) investimento de capital estrangeiro e remessas de lucros para o exterior (art. 172); (iii) pesquisa e lavra de recursos minerais ou o aproveitamento de potencial de energia hidráulica (art. 176, § 1º); (iv) impossibilidade de estrangeiros serem armadores, proprietários, comandantes de embarcações nacionais nos termos da Constituição (art. 178, § 2º); (v) impossibilidade de estrangeiros serem proprietários de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nem responsáveis por sua administração e orientação intelectual (art. 222); (vi) impossibilidade de estrangeiros adquirirem direitos políticos, só atribuíveis a brasileiros natos ou naturalizados. Dessa forma, os estrangeiros não são alistáveis como eleitores, não podendo votar ou ser votados (art. 14, § 2º) e, nem tão pouco, poderão ser servidores públicos, membros de partidos políticos, visto que tais garantias são fruto da cidadania.

Nota-se, portanto, que ao longo do texto maior – único instrumento capaz de limitar os direitos dos estrangeiros em relação aos naturais – não há qualquer menção ou possibilidade dos estrangeiros serem impedidos de exercerem atividade remunerada da forma efetuada pela CLT.

Flagrante é a inconstitucionalidade de tais dispositivos segundo parte da doutrina¹⁷ e da jurisprudência¹⁸, muito embora alguns autores tenham se manifestado de modo contrário¹⁹. Naquela perspectiva, os mencionados dispositivos legais da CLT não teriam sido recepcionados pela nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, perdendo, em razão disso, sua eficácia²⁰.

17 Valentin Carrion, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 23ª ed., Saraiva, 1998, pp. 242 a 246; e Eduardo Gabriel Saad, "Consolidação das Leis do Trabalho Comentada", 28ª ed., LTr, pp. 253 a 255)

18 RT 733/385; RE nº 161.243 in Informativo nº 97 do STF.

19 Mozart Victor Russomano, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 17ª ed, Forense, 1997, pp. 382 a 398, 1º vol.; e Orlando Gomes e Elson Gottschalk, "Curso de Direito do Trabalho", 14ª ed., Forense, 1995, pp. 418 a 439.

20 Conforme a lição extraída da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 36-5.